

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA 20 MART 2020 TARİHLİ KANUN TEKLİFİ'NE İLİŞKİN BAZI AÇIKLAMALAR VE KANUN TEKLİFİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EXAMINATION AND EVALUATION ON
THE PROPOSED BILL DATED 20 MARCH 2020 AMENDING
THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND OTHER LAWS

Selçuk ÖZTEK*
Sema TAŞPINAR AYVAZ**
Serdar KALE***

Özet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi” 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arz edilmiştir. Bu teklif ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun elli maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir. Değişiklikler yapılırken HMK’nın ruhunu ve amacını muhafaza etmek bakımından özel bir titizlik gösterilmiş ve bu bağlamda değişikliklerde HMK’nın aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması, ön inceleme kurumunun gözden geçirilmesi, yargılama usullerinin daha işlevsel hale getirilmesi gibi amaçlar ön planda tutulmuştur. Değişiklikleri hazırlayan Bilim Komisyonunda yer alan üyeler tarafından hazırlanan bu makalede, HMK’da yapılacak değişiklikler detaylı bir şekilde incelenip değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değişikliği, Ön İnceleme, Yargılamanın Aksayan Yönleri

Abstract: “The Proposed Bill Amending the Code of Civil Procedure and Other Laws” was proposed to Grand National Assembly of Turkey on 20.03.2020. In this proposal, it is anticipated to amend the fifty articles of the Code of Civil Procedures No: 6100. A great care and ultimate attention have been taken to maintain the spirit

* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, soztek@ttmail.com, ORCID: 0000-0002-6145-0967

** Prof. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, semataspinarayvaz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0978-2785

*** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, skale@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4179-8146, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.06.2020 Kabul Tarihi: 16.06.2020

and purpose of the Law while making amendments and in this context, objectives such as identifying and finding solutions to defunct aspects of the Code of Civil Procedure, reviewing the preliminary examination institution, and making the judicial procedures more functional have been prioritized. In this article prepared by the members of the Academic Council who prepared the amendments, the amendments to be made in Code of Civil Procedure were examined and evaluated in detail.

Keywords: Amendment to Code of Civil Procedure, Preliminary Examination, Defunct Aspects of Judgment

Bilindiği gibi, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arz edilmiştir.

Teklif sahibi Sayın Milletvekilleri; Adil Çelik, Abdullah Güler, Ramazan Can, Ali Özkaya, Orhan Kırçalı, Salih Cora, İshak Gazel, Yılmaz Tunç, Mustafa Arslan, Yusuf Ziya Yılmaz, Mustafa Demir, Atay Uslu, Kemal Çelik, İbrahim Aydın, Yakup Taş, Ziver Özdemir, Hacı Turan, Necip Nasır, Abdulahat Arvas, Mücahit Durmuşoğlu, İsmail Tamer, Ayşe Keşir, Ahmet Çakır, Mehmet Mehdi Eker, Ahmet Aydın, Fehmi Küpçü, Özlem Zengin, Serkan Bayram, Ebubekir Bal, Salim Çivitçioğlu, Selim Yağcı, Metin Yavuz, İlyas Şeker, Hakan Çavuşoğlu, Niyazi Güneş, Belgin Uygur, Yavuz Subaşı, Ekrem Çelebi, Nilgün Ök, Osman Öner, Hakan Kahtalı, Halit Özşavcı, Selman Özboyacı, Recep Akdağ, Orhan Yegin, Fatma Aksal, Zehra Taşkesenlioğlu Ban, Abdullah Doğru, Cengiz Demirkaya, Ahmet Kılıç, Cumhur Ünal, F.Alpay Özalan. Semiha Ekinci, Hacı Bayram Türkoğlu, Zemzem Gülender Açıanal, Hüseyin Şanverdi, Mustafa Kendirci, Tahir Akyürek, M. Sait Kirazoğlu, Tamer Dağlı, Müslüm Yüksel, Yücel Menekşe, Selim Gültekin, Yunus Kılıç, İffet Polat, Şermin Balık, Halil Etyemez, Orhan Erdem, Selami Altınok, M. Levent Karahocagil, Nazım Maviş, Canan Kalsın, Mustafa Ataş, Hacı Ahmet Özdemir, Refik Özen, Lütfiye Selva Çam, İsmail Güneş, Yusuf Beyazıt, Yusuf Başer, Atilla Ödünç, Ahmet Özdemir, Hasan Çilez, Oya Eronat, Feyzi Berdibek, Mustafa Savaş, Bekir Kuvvet Erim, Tülay Kaynarca, Zeynep Yıldız, Selman Oğuzhan Eser, Meliha Akyol, Ali Cumhur Taşkın, Polat Türkmen, İbrahim Yurdunuseven, Murat Baybatur, Şirin Ünal, İmran Kılıç, Yaşar Kırkpınar, Cihan Pektaş, Fuat Köktaş, Mustafa Açıkgöz, Rümeyza Kadak, Uğur Aydemir, Mustafa Canbey, Mehmet Erdoğan, Emine Yavuz Gözgeç, Şahin Tin, Yavuz

Ergun, Arife Polat Doğan, İsmail Kaya, Habibe Öcal, Ali Şahin, İrfan Kartal, Ahmet Zenbilci, Mehmet Ali Cevheri, Zülfü Demirdağ, Asuman Erdoğan, Emine Zeybek, Çiğdem Koncagül, Oğuzhan Kaya, Yasin Uğur, İbrahim Aydemir, Ziya Altunyaldız, Sabri Öztürk, Cemil Yaman, Mehmet Altay, Ahmet Akay, Ergün Taşçı, Şenel Yediyıldız'dır.

Yukarıda isimleri belirtilen bu 130 saygıdeğer milletvekiline, Kanun Teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne arz edilmesindeki değerli katkıları için teşekkürlerimizi Bilim Komisyonu adına burada arz etmek istiyoruz.

6100 sayılı "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması, ön inceleme kurumunun gözden geçirilmesi, yargılama usullerinin daha işlevsel hale getirilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk yargılamasında etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve buna mani unsurların sistem dışına çıkarılması amacıyla*" 30.03.2015 tarihli Makam Olur'uyla kurulan ve 29.04.2015 tarihli Genel Müdür Olur'uyla da üyesi olarak görevlendirildiğimiz Bilim Komisyonu **otuz beş tam gün toplantı yaparak** kendisine tevdi edilen görev kapsamındaki çalışmalarını tamamlamış ve 07.06.2017 tarihinde "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı*"nı Adalet Bakanlığı'na tevdi etmiştir. Bu tarihten sonra Taslak, Bakanlık içinde tartışılmış ve ayrıca **hemen** Yargıtay'a, Danıştay'a, bütün ilk derece hukuk mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin hukuk dairelerine, tüm bakanlıklara, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelere, çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına görüşe gönderilerek gelen cevaplar Bilim Komisyonu tarafından değerlendirilmiş; bu gayret ve emekler, 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına arz edilen "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*" yle sonuçlanmıştır.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı süre içinde bazı hükümleri uygulamacılar ve öğreti tarafından eleştirilmiş ve çeşitli görüş ve öneriler dile getirilmiştir. Mahkeme kararlarında, Yargıtay içtihatlarında ve akademisyenler ile uygulamacıların makale ve eserlerinde dile getirilen bu eleştiri, görüş ve öneriler, Bilim Komisyonu çalışmaları sırasında değerlendirmiştir.

Bu çerçevede 6100 sayılı Kanun'un, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler çerçevesinde gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, uygulamacıların ve öğretinin dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla elli maddeden oluşan¹ bir Taslak ("*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı*") hazırlanmıştır.

Bu Taslak; yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Yargıtay, Danıştay, bütün ilk derece hukuk mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri, tüm bakanlıklar, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversiteler, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile hukuk derneklerine görüşe gönderilmiştir. Ayrıca Taslak, Adalet Bakanlığı'nın resmi internet sayfasında da kamuoyuyla paylaşılmıştır.

Aşağıdaki tabloda Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 12.06.2017 tarihli yazısıyla "*Kanun Tasarısı Taslağı*" hakkında görüşleri istenen Hukuk Fakülteleri gösterilmiştir:

Akdeniz Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Medipol Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Anadolu Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Şehir Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Atatürk Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı	İzmir Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Atılım Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kadir Has Üniv. Hukuk Fak. Dekanlığı

¹ 07.06.2017 tarihli Taslak diğer kanunlarda yapılan değişikliklerle birlikte elli maddeden oluşmakta iken, zaman içinde, çalışmaların devamı süresince, çeşitli aşamalarda madde sayısı değişkenlik göstermiş, nihayet bu sayı Teklif'te altmış üç ile sınırlandırılmıştır; bu altmış üç maddenin ellisi HMK'da yapılan değişikliklerden oluşmaktadır ve incelememizde, sadece, Makam Olur'uyla Komisyonumuza tevdi edilmiş olan görevin kapsamı içinde kalan bu elli madde üzerinde yoğunlaşmış, diğer kanunlarda yapılması önerilen değişiklikler ele alınmamıştır. Öte yandan, zaman içinde, alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının hukuk yargılamasında etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve buna engel olan unsurların sistem dışına çıkarılması için çalışmalar yapmak üzere başka bir Komisyon kurulduğundan, detaya ilişkin birkaç husus dışında Bilim Komisyonu bu alanda bir faaliyet göstermemiştir.

Bahçeşehir Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Karadeniz Teknik Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Başkent Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kırıkkale Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Beykent Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kocaeli Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Çankaya Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Koç Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Çukurova Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	KTO Karatay Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Dicle Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Maltepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Doğuş Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Marmara Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Dokuz Eylül Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Ondokuz Mayıs Ünv. Ali Fuad Başgil Hukuk Fak. Dekanlığı
Erciyes Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Özyeğin Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Erzincan Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Sakarya Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Selçuk Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Galatasaray Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Süleyman Demirel Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Gazi Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Gaziantep Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Türk-Alman Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Hacettepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Uludağ Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İhsan Doğramacı Bilkent Ünv. Huk. Fak. Dekanlığı	Yalova Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İnönü Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yaşar Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Aydın Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yeditepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Bilgi Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yeni Yüzyıl Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Kültür Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yıldırım Beyazıt Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı

Aşağıdaki tabloda ise, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 12.06.2017 tarihli yazısıyla “*Kanun Tasarısı Taslağı*” hakkında görüşleri istenen kamu kurum ve kuruluşları gösterilmiştir:

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği	Türkiye Belediyeler Birliği
Türkiye Barolar Birliği	Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu
Türkiye Noterler Birliği	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği	Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği	Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Uluslararası Yatırımcılar Derneği	Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Türkiye İhracatçılar Meclisi	Türk Mimar ve Mühendis Odaları Birliği
İstanbul Tahkim Merkezi	Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
Türkiye Bankalar Birliği	

“*Kanun Tasarısı Taslağı*” hakkında kırk sekiz farklı kurum ve kuruluş tarafından ve beş yüz sayfayı aşkın görüş Adalet Bakanlığı'na bildirilmiştir.

Taslak ayrıca iki gün süren dar katılımlı bir toplantıda medeni usul ve icra iflas hukuku alanının duayeni Sayın Prof. Dr. Baki Kuru Hocamız ile de tartışılmıştır.

Öte yandan, 25 ve 26 Nisan 2019 tarihlerinde Adalet Bakanlığı tarafından ülkemizdeki bütün bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin başkanları ile Ankara'da, konusu sadece bu değişiklikler olan bir toplantı düzenlenerek taslak ve özellikle taslağın istinafa ilişkin hükümleri değerlendirilmiştir.

Gelen ve üç büyük klasör hacminde olan görüşler ile toplantılarda kayıt altına alınan değerlendirmeler Bilim Komisyonunca yirmi bir tam gün toplantı yapılarak tek tek ele alınmış, eleştiriler doğrultusunda düzeltme veya değişiklikler yapılmış ve Taslağa son hali verilmiştir.

I- Bir Kanun Tasarısı Taslağı'na eleştiriler yöneltmesi kadar doğal bir uygulama olamaz. Nitekim 20.03.2020 tarihli Kanun Teklifiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılması düşünülen değişikliklere kısa bir süre önce yayınlanan bir makaleyle² bazı eleştiriler yapılmıştır.

1) Yukarıda tek tek sayılan ve istisnasız herkesin bildiği objektif verilere rağmen, ilginçtir ki bu makaledeki eleştirilerin en başında, Kanun Teklifine konu olan HMK değişikliğinin ilgili kişi ya da kurumlarla hiç tartışılmadan (!) hazırlanmış ve TBMM'ye sunulmuş olması yönündeki eleştiri gelmektedir. Nitekim, sadece bu eleştiriye, değerli yazarların makalesinin özellikle 4., 5., 6., 7., 9. ve 10. sayfalarında uzun uzadıya değinilmiş ve özetle kanun taslaklarının ilgili kişi ve kurumlarla paylaşılıp tartışılması gerektiği; bu son HMK değişikliğinin ise sadece kanun değişikliği için oluşturulan komisyon üyelerinin tercihi doğrultusunda hazırlanmış bulunduğu, bir tartışma olmadan belli kişilerin görüşleri esas alınarak bu düzenlemelerin yapıldığı; Tasarı'nın görüşe sunulmamış olduğu, en azından konunun uzmanlarının görüşünün alınmadığı, mesleki kuruluşlar, hukuk fakülteleri, yargı organları ve hukuki kurumların görüşlerinin değerlendirilmediği; uygulamacıların Tasarıyı ancak tasarı haline ("*teklif*" olacak) gelip TBMM'ye sunulduğunda öğrenilebildikleri; ilgili kişi ya da kuruluşlarla paylaşılmadan, tartışılmadan, değerlendirilmeden temel kanunlardaki değişikliklerin kabul edilmesinin fayda sağlamayacağı; avukatların ve baroların konuyla ilgili kurumsal görüşünün alınmadığı ileri sürülmüştür.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve belirttiğimiz veriler dikkate alındığında, gerçeği asla ve kesinlikle yansıtmayan ve hem Adalet Bakanlığı'na hem de Bilim Komisyonuna karşı büyük ve vahim bir haksızlık teşkil eden böyle bir eleştirinin nasıl ileri sürülebildiğine doğrusu bir anlam verememekteyiz.

² Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", Lexpera Blog - 30.03.2020. Her ne kadar bu makalede değişikliğin yürürlüğe konulmuş olduğundan söz edilmekte ise de Kanun Teklifi makalemizin kaleme alındığı ve baskıya verildiği tarihte henüz yürürlüğe girmemiştir.

O kadar anlam verememekteyiz ki Taslak hakkında görüş bildiren kurumlar arasında değerli yazarların görev yapmakta olduğu Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı da bulunmaktadır; bu bağlamda Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın 05.07.2017 tarihli yazısı ekinde Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes, Taslak hakkında tam 64 sayfalık bir görüş bildirmiştir.

Bu çerçevede, “*Kanun Teklifi*”nin ilgili kişi ya da kurumlarla hiç tartışılmadan hazırlanmış ve TBMM’ye sunulmuş olması yönünde eleştiri yönelten yazarlardan Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes’in bu 64 sayfalık görüş yazısının hemen birinci sayfasında; “*Öncelikle belirtmek gerekir ki Tasarı Taslağı’nın HMK’nın genel çerçevesini ana yapısını bozmadan özellikle geçen sürede bazı Anayasa Mahkemesi kararları ile diğer kararlar ve mevzuat değişikliklerini da dikkate alan düzeltmeler yapması, ayrıca uygulamada gelişen bazı sorunların çözümüne yönelik hükümler getirmesi bakımından yerinde ve olumludur. Aşağıda her maddenin karşısında tabloda ilgili yere değerlendirme, eleştiri ve önerilerimiz belirtilmiştir. Burada onların dışında Tasarı Taslağı’nın geneli üzerinde bazı değerlendirmelerimizi belirtmek isteriz...*” şeklinde bir giriş yapılmış ve daha sonra çeşitli eleştirilerde ve önerilerde bulunulmuştur. Değerli yazarın bu eleştiri ve önerileri Bilim Komisyonunda tek tek ele alınarak değerlendirilmiş ve bazıları kabul edilerek Taslağa geçirilmiş ya da Taslak hükümlerinde bu yönde düzeltmeler yapılmıştır. Kaldı ki Türk hukuk öğretisinde önemli bir yeri olan bu değerli yazarın olumlu bulduğu birçok değişiklik önerisi de vardır. Tahdidi olmamak kaydıyla bunlardan **sadece** birkaç tanesini şu şekilde sıralayabiliriz:

“Madde 130: ...delillerin bildirilmesinin öne çekilmesi yerinde olmuştur...

Madde 145: ...Ön incelemede delillere ilişkin yapılan sınırlandırmada da belirttiğimiz gerekçelerle, burada yapılan düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Uygulamada ortaya çıkmıştır ki çıkartılan kısım takdire açık olan ve kötüye kullanılmaya müsait bir ifadedir. Bu sebeple **öneri yerindedir...**

Madde 147: ...**yapılan düzenleme yerindedir.** Bununla birlikte, ikinci fıkradaki önerinin ifade yönünden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Madde 206: Maddede miktar **düzeltilmesi yapılması doğrudur**. Ancak, bu rakamın 5.000,00 TL olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır

Madde 310: Getirilen **düzenleme önerisi**, hükmün verilmesinden sonra feragat ve kabule ilişkin uygulamada ortaya çıkan tereddütü gidermesi bakımından **yararlıdır...**

Madde 305: 305'e eklenecek 3. fıkra:

'Taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargulamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir'. /Bu çerçevede ek karar verilmesi usulü bakımından da açıklık sağlanması çerçevesinde HMK 306. maddenin kenar başlığı 'Tavzih ve tamamlama talebi ve usulü' şeklinde değiştirilerek, aşağıda 4. fıkra eklenmesi uygun olacaktır: /**'Hükmün tavzihine ilişkin yukarıdaki fıkra hükümleri, ek hüküm hakkında da kıyasen uygulanır'**.

NOT:³ KONU TARTIŞILDI. KANUNA 305/A MADDESİNİN EKLENMESİ VE 306. MADDEDE DE ÖNERİ DOĞRULTUSUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA KARAR VERİLDİ... 18.11.2017...

Madde 331: Uygulamada tereddütlü bir durumu açıklığa kavuşturması bakımından **yararlıdır**. Ancak bu hususun gerekçede **daha net belirtilmesi** gerekmektedir...

Madde 341: Özellikle geçici hukukî korumalara itirazda karşı tarafın dinlenip dinlenmemesi durumunda kanun yoluna başvuru hakkında uygulamadaki gereksiz tereddütleri kaldırması ve daha sistematik ifade edilmesi bakımından **doğru bir değişikliktir...**

Madde 391: Bu maddede 3. fıkra yapılan **ekleme** uygulamadaki tereddüte açıklık getirmesi bakımından **yerinde** ve istinafta yapılan değişikliklerle **uyumludur...**

Madde 398: Tedbire muhalefetin cezası konusu (HMK hazırlanırken ceza hukukçularında da görüş alınmasına rağmen) HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bazı eleştirilere muhatap olmuştur ve bu eleştiriler özellikle ceza hukuku noktasında haklıdır. Bu sebeple **düzenleme yapılması yerindedir...**

³ "Not" ile kastedilen, Bilim Komisyonunun görüşü ve vardığı sonuçtur.

Ek Madde 1: ...HMK ile birlikte, 1086 sayılı HUMK'daki... rakamlar konusundaki belirsizlik terkedilmişken, rakamlar konusunda tekrar eskiye dönüş hukuk adına üzüntü vericidir.

NOT: KOMİSYONUMUZUN... HAKİM VE AKADEMİSYEN ÜYELERİ YAPILAN ELEŞTİRİYE TAMAMEN KATILMAKTADIR. ANCAK BUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK KISA BİR SÜRE ÖNCE YAPILMIŞ OLDUĞUNDAN BU KONUDA İLK FIRSATTA ESKİ SİSTEME DÖNÜLEREK SABİT EŞİKLER TESPİT EDİLMESİ VE BU EŞİKLER YETERSİZ KALDIĞI TAKDİRDE BİR KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE EŞİKLERİN GÜNCEL DURUMA ADAPTE EDİLMESİ GEREKTİĞİ YÖNÜNDE KOMİSYONUMUZ ÖNERİDE BULUNMAYA KARAR VERMİŞTİR. 18.11.2017".

Değerli Öğretim Üyesi'nin bazı görüş ve önerileri ise Bilim Komisyonu tarafından etraflı şekilde tartışıldıktan sonra kabul edilmemiştir. Bilim Komisyonu Tutanağının buna ilişkin pasajlarından bir örnek vermek gerekirse, 177. maddeyi gösterebiliriz. Burada yazar sadece usûlî bozmalardan sonra ıslaha izin verilmesi yönünde düzenleme yapılmasının yerinde olacağını, bu konuda önerisinin, mevcut birinci fıkraya şu cümlelerin eklenmesi yönünde olduğunu ifade etmiştir:

"(1) Islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Ancak, Yargıtay tarafından usûlden bozma veya bölge adliye mahkemesi tarafından usûl yönünden hükmü kaldırma kararı verilmesi durumunda, yeniden tahkikat yapıldığında da ıslah mümkündür". Bilim Komisyonunun bu konudaki görüşü değerli yazarın görüşüyle örtüşmemiştir:

"NOT 1: GENEL KURULDA ISLAHIN YALNIZCA USULİ KONULARDA YAPILABİLECEĞİ HUSUSUNUN SAKINCALARA NEDEN OLABİLECEĞİ DEĞERLENDİRİLDİĞİNDEN ÖNERİ BENİMSENMEMİŞTİR. 13.01.2018. / NOT 2: ÖNERİNİN FIKRANIN MEVCUT METNİNE ORANLA DAHA BÜYÜK VE ÖNEMLİ KARIŞIKLIKLARA VE TARTIŞMALARA YOL AÇACAĞI SONUCUNA VARILARAK ÖNERİ REDDEDİLMİŞTİR. 19.01.2018".⁴

⁴ Aynı madde konusunda Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin görüş ve önerisi de Bilim Komisyonu tarafından benzer gerekçeyle kabul edilmemiştir: "Not: Genel kurulda ıslahın yalnızca usuli konularda yapılabileceği hususunun sakıncalara neden olabileceği değerlendirildiğinden öneri benimsenmemiştir".

Yalnızca Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes'in değil, **Tasarı Taslağına görüş gönderen kırk sekiz kurum ve kuruluşun öneri ve eleştirileri de bu şekilde tek tek incelenip tartışıldıktan sonra oylanmış ve varılan sonuçlar ikili tabloya işlenmiştir.**

Örneğin, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği'nin 212. maddede ikinci fıkra olarak eklenmesi Tasarı Taslağında kabul edilen hükümdeki muğlaklığın giderilmesi yönündeki önerisi kabul edilerek Tutanağa;

"NOT: DEĞİNİLEN MUĞLAKLIK DÜZELTİLMİŞTİR. 19.01.2018"

şeklinde şerh düşünülmüştür.

Keza Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin;

"HMK'nın 28. maddesinde;

***(28/2) "Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilir"** şeklindeki ilave değişiklik isabetli olacaktır. Yargılamada aleniyetin sağlanması ne kadar önemli ise, genel ahlak ve kamu güvenliği gibi, özel hayatın gizliliği ve ticari sırların gizliliği de aile hayatı ile sınırlı mülkiyetin korunması açısından bir o kadar önemlidir. Mahkemelere bu konuda re'sen harekete geçme yetkisi verilmesi de isabetli olacaktır"* şeklindeki önerisi Bilim Komisyonunda tartışılmış;

"NOT: ÖNERİ ÜZERİNE 28. MADDENİN 2. FIKRASINDA DÜZENLEME YAPILARAK TASLAK METNE ALINMIŞTIR. 30.09.2017".

Aynı şekilde, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin;

"...yargılama giderlerinin hükümde gösterilmesi zorunluluğu kaldırılıp, bu görevin mahkeme kalemine verilmesi suretiyle; yapılacak hesaplama sonucunda taraflara yüklenilen harç, vekâlet ücreti ve diğer giderlerin yazıldığı bir makbuzun ilamın, eki olarak taraflara verilmesi yoluna gidilebilir" şeklindeki önerisi Bilim Komisyonunda tartışılmış;

“NOT: ÖNERİ... BİLİM KOMİSYONUNCA İLKE OLARAK GAYET YERİNDE BULUNMAKLA BİRLİKTE ÖZEL BİR DÜZENLEMESİNE MUHTAÇ OLDUĞU VE BU ÖZEL DÜZENLEMENİN KOMİSYONUMUZA TEVDİ EDİLEN GÖREVİN DIŞINDA KALDIĞI DÜŞÜNCESİYLE KONUNUN BAKANLIĞIN TAKDİRLERİNE SUNULARAK AYRI BİR ÇALIŞMAYLA ÖZEL BİR DÜZENLEMESİNE KAVUŞTURULMASININ GAYET YERİNDE OLACAĞI SONUCUNA VARILMIŞTIR. 30.09.2017”.

Keza, örneğin Samsun Bölge Adliye Mahkemesi’nin;

“Taslakta yer almayan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353/1-a fıkrasının 6. bendindeki; ‘hiçbir’ ibaresinin yerine ‘hükme esas alınan deliller’ şeklinde kanun tasarısı taslağına eklenmesi.” yönündeki önerisi Bilim Komisyonunda şu şekilde karşılanmıştır:

“...KONU HAKKINDA GEREKLİ DEĞİŞİKLİK YAPILMIŞ OLUP BAKANLIĞIN TAKDİRLERİNE SUNULMUŞTUR. 30.09.2017”.

Buna mukabil bazı eleştiri ve öneriler ise etraflı şekilde tartışıldıktan sonra reddedilmiştir.

Örneğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın bir kısmı kabul gören çeşitli önerileri yanında,

“HMK’nın ‘uzman görüşü’ adlı hükmü (m. 293) ile hukukumuzda yeni bir müessese getirilmiştir. Uygulamada taraflarca uzman görüşünün hukuki konularda da alındığı ve Mahkemelerce bu görüşlerin davanın çözümünde dikkate alındığı görülmektedir. Aynı şekilde maddeye hukuki konularda uzman görüşüne başvurulamayacağına da eklenmesi gerektiği düşünülmektedir” şeklindeki önerisi hakkında Bilim Komisyonunca;

“NOT: MADDE AÇIK OLUP YAPILAN TARTIŞMALAR NETİCESİNDE HERHANGİ BİR... İLAVE YAPILARAK DÜZENLEME YAPILMASINA GEREK OLMADIĞI SONUCUNA VARILMIŞTIR. 18.11.2017”.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın;

“...Kamu avukatları: 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında: ‘İdareleri adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi; hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat

müdürleri ve avukatlara aittir' denilmektedir. Bu durumda, genel ve özel bütçeli kurumlarda 657 sayılı Kanun'un 4/A ve 4/B maddelerine tabi olarak görev yapan hukuk müşavirleri ile avukatlardan temsil belgesi veya yetki belgesinin talep edilmemesi gerekmektedir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesine: 'Davalarda temsil yetkisi bulunan Hukuk Müşavirleri ve Avukatların bir listesi Bakanlıkça ilgili Cumhuriyet başsavcılığı ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına verilir. Listede isimleri yer alan Hukuk Müşavirleri ve Avukatlar, temsil belgesi veya vekâletname ibraz etmeksizin temsil yetkilerini kullanırlar' şeklinde bir düzenlemenin üçüncü fıkra olarak eklenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir" şeklinde olan önerisi bakımından Bilim Komisyonunca;

"NOT: KONU 659 SAYILI KHK'NIN 6. MADDESİNDE DÜZENLENMİŞ BULUNDUĞU VE BU DÜZENLEMENİN HMK KAPSAMINDA DA GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULAMADA BİR SORUN DA YAŞANMADIĞI GÖRÜLDÜĞÜNDEN HERHANGİ BİR MÜDAHALEDE BULUNULMASINA GEREK GÖRÜLMEMİŞTİR. 30.09.2017".

Makale sahibi değerli yazarların; avukatların ve baroların görüşünün alınmamış olduğu yönündeki iddiası da **gerçeği yansıtmayan** bir başka iddiadır. Nitekim Bilim Komisyonunda avukatlar yer aldığı gibi, Türkiye Barolar Birliği de değişiklik önerisi hakkındaki görüşlerini uzun bir yazıyla bildirmiştir. Ayrıca değişiklik önerileri hakkında İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı Av. Necmi Şimşek, bazı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Baro mensubu avukatlar ile hâkimlerin ve akademisyenlerin iştirakiyle 21.09.2017 tarihinde (dar katılımlı bir) **HMK DEĞİŞİKLİK TASLAĞI DEĞERLENDİRMESİ ÇALIŞTAYI** düzenlenmiş ve sonuçta İstanbul Barosu HMK Değişiklik Taslağı'nın otuz sekiz maddesi hakkında olumlu veya olumsuz görüş bildirmiş ve çeşitli önerilerde bulunmuştur. Bu öneri ve eleştirilerin hepsi Bilim Komisyonunda değerlendirmeye alınmıştır.

Bütün bu veriler karşısında, değişikliklerin sadece kanun değişikliği için oluşturulan komisyon üyelerinin tercihi doğrultusunda hazırlanmış olduğu, bir tartışma olmadan, sadece belli kişilerin görüşleri esas alınarak değişiklik düzenlemesinin yapıldığı; Tasarı Taslağı'nın görüşe sunulmamış olduğu, en azından konunun uzmanlarının görüşünün alınmadığı, mesleki kuruluşlar, hukuk fakülteleri, yargı organları ve hukuki kurumların görüşlerinin değerlendirilmediğinin iddia

edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle değerli yazarların aksi yönde olan ve gerçeği asla yansıtmayan eleştirilerine bir anlam verememekte ve sonuçta ilkelere, sistematığa ve kavramlara asla dokunmadığı tartışılmayacak kadar açık olan bir kanun değişikliğinin neden hakareta-miz ve aşağılayıcı ifadeler kullanılmasından dahi sakınılmayan ölçüde şiddetli ve zaman zaman neredeyse nefret içeren bir kızgınlığa yol açtığını doğrusu anlayamamaktayız.

2) Değerli yazarların katılamadığımız bir diğer eleştirisi de değişikliklerin “mahkeme ve hâkim merkezli” olması yönündeki eleştiridir. Hemen akabinde de “*Esasen avukatların ve baroların konuyla ilgili olarak kurumsal görüşünün alınmaması da bunun bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır*” denmiştir.

Baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin görüşlerinin alındığı ve bu görüşlerin kimi zaman değişiklikleri onaylama kimi zaman da eleştirme yönünde olduğu birkaç satır önce açıklanmıştır.

Yazarların bu eleştiri çerçevesinde kullanmış oldukları “Mahkeme ve hâkim merkezli” terimi iddialı ve efsunkâr olmakla birlikte muğlak olup, yargılamanın sevk ve idaresini asli görev olarak hâkime bırakan (HMK m.32) bir medeni usul kanununda yapılması önerilen değişikliklerin “*yargının diğer bileşenlerinden çok, mahkeme odaklı*” olmasıyla neyin kastedildiği (davada hâkime geniş yetki verilmesi?)⁵ pek anlaşılamamaktadır. Kaldı ki, Bilim Komisyonunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması çerçevesindeki görevi gereği, Kanun’un sistematığı, dokusu ve temel yapısına dokunulmadan uygulamada ortaya çıkan sorunlar ele alınmıştır. Nitekim Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes de Bakanlığa gönderdiği görüş yazısının ilk sayfasında haklı olarak bu hususa işaret etmiştir: “*Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tasarı Taslağı’nın HMK’nın genel çerçevesini ana yapısını bozmadan... düzeltmeler yapması, ... yerinde ve olumludur.*”.

3) Değerli yazarların eleştiri yazısında, alalecele yapılan kanun değişikliklerinin daha sonra tekrar tekrar değiştirilmeye çalışıldığı, örneğin alalecele konkordato hükümlerinin kabul edildiği, ardından komiserlerin yetersiz olduğu görülerek eğitime tâbi tutulmaları gere-

⁵ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1997, s.9 vd.

ğinin fark edildiği, bir yıl sonra bir değişiklik yapıldığı, ancak bununla ilgili yönetmelik de bir yıl sonra kabul edilince iki yıl eğitimsiz kişilerin konkordato komiseri olarak görev yaptığı ve eğitimin iki yıl sonra başladığı ileri sürülmüştür.

Bu eleştiride de bir yanlışlık vardır. Çünkü 28 Şubat 2018 kabul tarihli 7101 sayılı Kanun'da, 290. madde değiştirilerek "*Konkordato komiserinin nitelikleri Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir*" hükmü getirilmiştir. Diğer bir deyişle, konkordato komiserlerinin eğitime tabi tutulması gereği sonradan fark edilmemiş, daha en başta dikkate alınmıştır. Bu fıkra 7155 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, daha ziyade bu zorunluluğu pekiştirmeye yönelik olup *Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik* de 30.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Şu halde, konkordato komiserlerinin eğitimi ile ilgili Yönetmelik, yazarların iddia ettiğinin aksine 2018 yılı değişikliğinden iki yıl sonra değil, sadece on bir ay sonra uygulanmaya hazır hale gelmiştir. Yazarların neden böyle "*alelacele*" değer yargısında bulunduklarını da anlamak mümkün değildir.

4) Bir diğer eleştiri de madde aralarına harf eklemek suretiyle yeni madde ihdas edilmesinin yanlış bir yöntem olduğuna ilişkindir. Yazarlara göre, mevcut hükümlere fıkra eklenerek bu sorunun çözülmesi mümkündür.

Ancak, değişiklik Teklif'inde öngörülen ilâveler bu tarz bir eklemeye uygun değildir. Böyle olunca, yani yürürlükteki metne yeni madde eklenmesi ve eklenecek yeni maddenin düzenlemenin belirli bir bölümünde yer alması gerekiyorsa, 2005/9986 Karar sayılı "*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*"in emredici 16. maddesi gereğince bu yeni maddenin ilgili bölümde "*MADDE .../A-*" şeklinde numaralandırılması gerekmektedir. Değişiklik metnindeki 183/A, 305/A maddeleri bu esaslar dâhilinde numaralandırılmıştır.

5) Hiç kuşkusuz HMK ciddi, titiz, dikkatli ve özenli ve genel olarak başarılı bir çalışmanın ürünüdür ve uygulamacılar tarafından da kısa sürede benimsenmiştir. Bu açıdan bakıldığında -her ne kadar HMK'yı hazırlayan komisyonda üye olarak görev almamız, zamanında, özellikle istenmemiş ise de- bizlere düşen görev, en kıdemsizinden en kıdemlisine kadar bütün Bilim Komisyonu üyelerini ve bu kapsamlı ve büyük emek sarf edilerek hazırlanmış olan çalışmayı hukuk ala-

nına dâhil eden, ona hayat veren değerli milletvekillerini kutlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne şükranlarımızı arz etmektir.

Yalnız, kanunlar canlı organizmalar gibidir; hükümleri zaman içinde eskiyip ihtiyaçlara cevap veremeyebileceği ya da yeni ihtiyaçları karşılayamayabileceği gibi daha baştan itibaren bazı hükümleri itibariyle tartışmalara sebebiyet verebilir. Bu nedenle, ne kadar büyük emek ve mesai sarf edilmiş olursa olsun hazırlanan bir kanuna değiştirilemez, dokunulamaz bir nitelik atfetmek, onu adeta kutsallaştırmak doğru değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da dokuz yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır ve bazı hükümlerinin uygulamada sorunlara sebebiyet verdiği artık anlaşılmıştır. Nitekim, HMK'yı hazırlayan komisyonun bazı değerli üyeleri HMK yürürlüğe girer girmez hemen, daha bir yıl bile dolmadan, (2012 yılında) bazı önemli ikaz ve eleştirilerde bulunmuşlardır: *"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşandığı gibi, bu Kanunun uygulanması evresinde de, bazı tereddütler ve sorunlarla da karşı karşıya kalınmıştır. Kanun'un ortaya çıkan sorunlara cevap verebilmesi ve yeni gelişen durumlara adapte edilebilmesini temin amacıyla, bir revizyona tâbi tutulması evresinde, gözetilmesi gereken belli başlı hususları, şu şekilde sıralamak mümkündür:..."*⁶

6) Öte yandan, değerli yazarların sözü edilen makaledeki artık klasikleşmiş ve her hukukçunun değinmeden geçemediği, bizim de uzun yıllardan beri ileri sürdüğümüz bazı eleştirilerine bizler de aynen katılmaktayız.

Örneğin, hukuk fakültelerindeki eğitimin nitelik yönünden ele alınması ve hukuk fakültesi sayısının bazı sınırlamalar getirilerek azaltılması artık gerçekten bir zorunluluk halini almış bulunmaktadır. Bunu bizler de uzun yıllardan beri çeşitli vesilelerle dile getirmiş bulunmaktayız. Burada, bu konunun *"Yargı Reformu Stratejisi"*⁷ belgesi içinde etraflı şekilde ele alındığını da belirtmek isteriz (bkz. s. 40).

Keza yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi konusu da katıldığımız ve yıllardan beri hararetle savunduğumuz bir diğer husustur.

⁶ Süha Tanrıver, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s.15 vd., özellikle s.16.

⁷ Yargı Reformu Stratejisi, T.C. Adalet Bakanlığı, Mayıs 2019.

Bu konu da “*yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” başlığı altında *Yargı Reformu Stratejisi* belgesinde çeşitli yönleriyle ele alınmış (bkz. s.32-37) ve bunun sağlanmasının bir enstrümanı olarak “*coğrafi teminat*”a da yer verilmiştir.

Hâkim yardımcılığı konusu ülkemizde uzun zamandan beri gündemde olan bir konudur ve son olarak akademisyenlerin, hakimlerin, avukatların ve yabancı uzmanların katılımıyla 12-13 Şubat 2020 tarihleri arasında Ankara’da Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen geniş katılımlı “*Hakim ve Savcı Yardımcılığı Çalıştayı*”nda bütün yönleriyle tartışılmıştır. Yakın bir gelecekte bu konuda bazı önemli gelişmelerin vuku bulacağını düşünmekteyiz.

İstinaf kanun yolunun hakim sayısının oldukça azaldığı bir dönemde devreye sokulduğu yönündeki eleştiriye gelince; burada Bilim Komisyonunun olumlu ya da olumsuz bir görüş beyan etmesinin bir önemi olmadığını düşünmekteyiz -nitekim olmamıştır da!. Sonuç itibarıyla bu bir siyasi tercih meselesidir ve siyasi irade tercihin bu yönde yapılmasını uygun görmüştür.

Arabuluculuğun zorunlu tutulması ve alanının her gün daha fazla genişletilmesi benimsemediğimiz ve sık sık şiddetle eleştirdiğimiz bir konudur. Anlaşılan odur ki, gelişme burada da durmayacak ve arabuluculuğun zorunlu olduğu alanların sayısı daha da artacaktır. Bu gelişmeyi tasvip etmemekteyiz. Ancak, bu da bir siyasi tercih meselesidir.

Yazarların belirttiği üzere, “*küçük talepler yargılaması*” şeklinde nitelendirilebilecek özel ve çok basit bir usulün belirlenmesinde yarar bulunduğu kuşkusuzdur. Nitekim sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes de görüş yazısında bunu şöyle ifade etmiştir: “*Böyle bir Tasarı komisyonu kurulduğunda belki de yapılması beklenen ve HMK’nın kabulü aşamasında başarılamayan bir şeyin gerçekleştirilmesi gerekirdi. O da dünyada kabul edilen ‘küçük talepler’ olarak nitelendirilen konulara ilişkin özel hükümlere yer verilmesi...Bu yönde düzenleme HMK’da veya tercihen İİK’da yapılabilir...*”. Kanun koyucu buna ilişkin düzenlemenin **ayrı bir kanun** şeklinde yapılmasını uygun görmüş ve 06.12.2018 kabul tarihli 7155 sayılı “*Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun*”u kabul etmiştir. Bilim Komisyonumuzun hazırlanmasında görev almadığı bu Kanun, her ne kadar miktar bakımından bir sınırlama öngörmemişse de abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacakları bakımından özel bir cebrî icra usulü ihdas etmiştir.

Bu bağlamda şu hususa da işaret etmek gerekmektedir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan “*şifahi usulü muhakeme*” ve “*seri usulü muhakeme*”yi lağvederek sadece “*yazılı yargılama usulü*” ve “*basit yargılama usulü*”nü bırakmıştır. Böyle olunca, bu iki yargılama usulünün özellikle küçük miktarlı bazı uyuşmazlıklarda zaman kaybına neden olduğunu ileri sürerek bu alanda yeni bir yargılama usulüne ihtiyaç bulunduğuna işaret etmek ve değişiklik komisyonuna bu yönden bir çalışma yapmadığı için eleştiri yöneltmek doğru bir tavır değildir (aynı ihtiyaç o zaman da vardı). Ayrıca, bizzat yazarların da belirttiği üzere (“...*bu tür değişiklikler için özel bir çalışma gereklidir*”). Siyasi irade küçük taleplerin şimdilik icra hukuku bünyesinde ele alınmasını uygun görmüştür; küçük miktarlı uyuşmazlıklarda yeni bir yargılama usulü ihdas edilerek bu konunun HMK bünyesinde de ele alınmasına gerek duyduğu takdirde konu, hiç kuşkusuz, kurulacak bir başka bilim komisyonu tarafından enine boyuna tartışılacaktır.

7) Değişiklikler yapılırken HMK'nın ruhunu ve amacını muhafaza etmek bakımından özel bir titizlik gösterilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, değişikliğe bir eleştiri yöneltilmesinin mümkün olmaması gerekir. Kaldı, “*kanun tasarısı taslağı*” (ya da Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki adıyla “*kanun teklifi taslağı*”) hazırlamak kimsenin tekelinde değildir. Bu onurlu görevin ifasında bayrak elden ele geçecek, yeni bilim komisyonları kurulacak, bu komisyonlarda hiç kuşkusuz hepsi de liyakat sahibi değişik üyeler yer alacak ve döngü böylece sürüp gidecek, bayrak elden ele dolaşacaktır. İleride kurulacak bu yeni bilim komisyonlarına Sâdi Şirâzi'nin Gülistan'daki⁸ muhteşem ifadeyle şunu şimdiden söylemek isteriz:

“Ben iyi değilsem şayet, iyilik ediver de sen bana örnek ol”.

II- Şimdi, Giriş niteliğindeki bu zorunlu açıklamalardan sonra, Teklif ile getirilmesi önerilen ve incelememizin asıl konusunu teşkil eden değişiklikler hakkındaki görüş ve değerlendirmelerimizi şu şekilde özetleyebiliriz.

⁸ İkinci Bölüm, Otuz Dokuzuncu Hikaye, Hazırlayan: Osman Koca, Beyan Yayınları, İstanbul 2005, s.98.

(TEKLİF m. 1) HMK MADDE 20: GÖREVSİZLİK veya YETKİSİZLİK KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Bu maddede gerçekleştirilmesi önerilen değişikliklerden ilkinin nedeni, Anayasa Mahkemesi kararıdır. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, 10.02.2016 tarih ve 2015/96 E., 2016/09 K. sayılı kararı ile, HMK m. 20, f.1’de yer alan ve *“bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten”* şeklinde olan ibareyi iptal ettiği için birinci fıkra metni, *“Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır ve mahkemece bu konuda resen karar verilir”* şeklini almıştır.

İptal edilen ibare, mahkemenin verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu (istinaf) süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi değişiklikten önceki düzenlemeyi hak arama özgürlüğüne aykırılık sebebiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kuralla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın, hak arama özgürlüğüne ilişkin hakkın Anayasada ifade edilen sınırlarını aşan ve bu hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran bir durum yarattığı; dolayısıyla, hükmün ölçülülük ve hak arama özgürlüğü bakımından Anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Gerçekten de hükmün iptal edilmeden önceki halinde, verildiği anda kesin olan bir görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra taraflardan birinin davaya görevli veya yetkili mahkemede devam etmek istemesi durumunda süre, kararın verildiği andan itibaren başlamakta; bu da hak kayıplarına yol açabilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda düzenleme yapılmaması halinde, madde metninde yalnızca kanun yoluna başvurulması olasılığı yer aldığı için, verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararları kapsam dışında kalıp tereddütler ortaya çıkabilecektir. Nitekim HMK m. 139 ve m. 150 uyarınca meşruhatlı davetiye ile duruşmaya davet edilen taraflara ayrıca görevsizlik kararının tebliğine

gerek olmadığı ileri sürülebilecektir. Yine görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının dosya üzerinden verilmesi halinde de sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı önemli olup, maddeye ilişkin düzenleme ihtiyaca cevap veren, uygulamaya bırakılmaması gereken bir husustur.

Yapılması önerilen değişiklikle, verildiği anda kesin olan kararlar bakımından dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi için işleyecek olan sürenin kararın tebliği anından itibaren işlemeye başlayacağı hükme bağlanmaktadır.

HMK m.20, f.1’de yapılması önerilen diğer değişiklik ise görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine taraflardan birinin dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istememesi halinde ortaya çıkan duruma ilişkindir. Söz konusu değişiklikle, süresi içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi için gerekli başvurunun yapılmaması halinde, davanın Kanun gereği açılmamış sayılacağı ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemenin resen davanın açılmamış sayılmasına karar vereceği hususu daha açık bir şekilde düzenlenmektedir.

Uygulamada da mahkemelerce bu yönde kararlar verilmekteyse de HMK m. 331, f. 2’de yer alan düzenleme, mevcut hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde tereddütlere sebebiyet verecek niteliktedir. Gerçekten de HMK m.331, f.2’nin “*davaya başka bir mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder*” şeklindeki hükmü gereğince talep olmadan mahkeme yargılama giderlerine hükmedemeyecektir. İlga edilmesi önerilen hükümde, resen davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hususu açıkça düzenlenmediğinden, davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, taraflardan birinin talebinin aranması gerektiği düşünülebilmekteydi. İşte, 20. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile 331. maddenin ikinci fıkrası sebebiyle halen uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla, birinci fıkranın son cümlesinde ilgili değişikliğin yapılması önerilmektedir.

Davanın açılmamış sayılmasına görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece hükmedileceği açıktır.

(TEKLİF m. 2) HMK MADDE 28: ALENİYET İLKESİ

Maddedeki değişiklik önerisi ile sadece tarafların değil, ilgililerin (örneğin, fer'i müdahil) talebi ile de duruşmaların kısmen ya da tamamen gizli olarak icra edilmesi mümkün olabilecektir. İlgilinin talebi ile gizlilik kararı verilebilmesi için, *bu kimselerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin kesin olarak gerekli olması* aranmaktadır.

Maddedeki bu değişiklik önerisinin kaynağı İsviçre hukukudur (SchZPO/CPC m. 34, f. 3). Değişiklik ile gizlilik kararı talep edebileceklerin kapsamı genişletilmiş; ancak bunlar bakımından koşullar ağırlaştırılmıştır. İlgililerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin ne zaman gerçekleşeceği tamamen mahkemenin takdirine bağlıdır. Bu kimselerin menfaatlerinin, duruşmanın aleni olarak yapılması ilkesinin getirdiği amaçtan üstün olması gerekir. Yani burada ilgilinin menfaatinin, duruşmaların aleni olarak yapılmasının sağlayacağı faydaya galebe çalması gerekir.

HMK m. 27 uyarınca kendilerine hukukî dinlenilme hakkı sağlanan ilgililerin, bu haklarını amaca uygun şekilde kullanabilmeleri, kimi hallerde “gizlilik” kararını gerektirebilir. Taraf sıfatı taşımasa da “ilgili”lerin, duruşmaların gizli yapılmasında menfaati bulunabilir. Söz konusu yenilik, bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Gizlilik kararı verecek olan mahkemenin, gizlilik kararı talep eden ilgilinin üstün bir menfaatinin ihlal edildiği konusunda kesin olarak ikna olması gerekir. Mahkemenin değerlendirmeyi yaparken, ölçülülük ilkesi uyarınca, aleniyet ilkesi ile ilgilinin üstün menfaati arasındaki menfaat dengelemesini hassas bir şekilde yerine getirmesi lazımdır. Elbette ilgililerden birinin sosyal statüsü başlı başına aleniyet ilkesinin ihlal edilmesinin gerekçesi olamayacaktır.

Aleniyetin hangi hallerde kaldırılabilmesi konusunda esasen adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 hükmüne bakılması gerekir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türk hukukunun da bir parçası olan söz konusu hüküm, medenî yargı bakımından da uygulama alanına sahiptir. Ancak ne var ki, yine Anayasanın aleniyeti düzenleyen 141. maddesinin “*duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir*” şeklindeki hükmü, daha alt norm olan

HMK'da sınırlamanın geniş tutulacak şekilde kaleme alınmasına engel olmuştur. Buna karşılık, Anayasa hükmü pasif bir ifade ile yazıldığı için, aleniyetin kaldırılmasını talep bakımından taraflar dışında ilgili-lerin talepte bulunabilmesinin mümkün olduğu; bunun da adil yargı-lanma hakkı çerçevesinde kaldığı düşünülmüştür.

(TEKLİF m. 3) HMK MADDE 36: RET SEBEPLERİ

Değişiklik önerisiyle hâkimin reddi sebepleri arasına davaya ba-kan hâkimin *uyuşmazlıkta arabuluculuk ve uzlaştırmacılık* yapmış olması da eklenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasının (c) bendine böyle bir ekleme yapılmasın-da, görmekte olduğu bir uyuşmazlık ile ilgili olarak daha önce arabu-lucu veya uzlaştırmacı olarak görev yapmış olan bir hâkimin, bu gö-re-vi sebebiyle öğrenmiş bulunduğu bilgilerin derdest davada yaratacağı etki sebebiyle davadan çekilmesinin yerinde olduğu düşüncesi etkili olmuştur. Maddeye yapılmak istenen bu eklemenin sebebi, hukuk uy-gulamamızda son yıllarda artan arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yön-temleridir. Gerçekten de iş hukuku ve ticaret hukukundan kaynakla-nan uyuşmazlıkların pek çoğunu kapsayan arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etki alanlarının hukukumuzda giderek genişlemesine neden olmuştur.

Meslekte belli bir kıdeme erişmiş olan avukatların hâkimlik mes-le-ğine geçişlerinin daha kolay gerçekleştiği son yıllarda, daha önce mevcut bir uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacı olarak görev yapmış olan avukatların aynı uyuşmazlıkla bu kez hâkim sıfatıyla gö-re-v alması kuvvetle muhtemeldir. İşte ülkemizde son yıllarda artan bu gibi olasılıklar sebebiyle, hâkimin reddi sebepleri arasına davaya ba-kan hâkimin uyuşmazlıkta daha önce arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yapması da eklenmiştir.

Öte yandan gerek hâkimin yasaklılığı gerekse hâkimin reddi se-beplerinin kıyasen arabuluculuk veya uzlaştırmaya uygulanmasının güçlüğü de ortadadır. Bu nedenle açık bir düzenleme yapılması tered-dütleri de ortadan kaldırmak bakımından uygun olmuştur. 1086 sa-yılı HUMK döneminden itibaren, davada tanık, bilirkişi, hakem veya hâkim sıfatıyla yer almanın açıkça hâkimin reddi sebebi olarak düzen-lendiği dikkate alınır, arabuluculuğun ve uzlaştırmacılığın da ret sebe-bi olarak Kanun'a eklenmesi yerinde bir değişikliktir.

Tarafları uzlaştırmak için çaba sarf eden ve hatta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 15. maddesinin 7. fıkrasında yapılan değişiklikle, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerme yetkisine sahip olan arabulucunun sonradan aynı uyuşmazlığın hâkimi olduğu dosyada ret sebeplerinin oluşmadığını söylemek uygun olmayacağı gibi, bu durumun açıkça düzenlenmesi de isabetlidir. Kaldı ki, yine HUAK m. 5'te ifade edildiği gibi, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan beyan ve belgelerin gizliliği nedeniyle sonraki bir davada kullanılması da yasaktır. Tüm bu süreçlere katılmış ve hatta onu yönetmiş arabulucunun burada tarafsız olması esas ise de, ortaya çıkan uyuşmazlığın daha sonra hâkimi olarak görev almasının uygun olmayacağı kabul edilmelidir.

(TEKLİF m. 4) HMK MADDE 38: RET USULÜ

Değişiklik önerisiyle maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hâkimin reddi talebinin incelenmesi usulüne ilişkin kurallar olduğu için 42. maddeye aktarılmıştır.

Mevcut 9. fıkra ise hâkimin reddine ilişkin kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yoluna başvurulacağı düzenlenmiştir. Değişiklikle dokuzuncu fıkranın kaldırılmak istenmesinin sebebi 43. maddenin ikinci fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan çelişkidir. Gerçekten de kaldırılması önerilen fıkra da merci kararlarına karşı ancak hükümle birlikte kanun yolu imkânı düzenlenmişken, 43. maddenin ikinci fıkrasında müstakil bir kanun yolu mevcuttur.

Değişiklik gerekçesinde, haklı olarak, merci kararına karşı hükümle birlikte kanun yoluna başvurulmasının merci kararının gecikmiş bir aşamada değerlendirilmesi sonucunu yaratacağı ve bu durumun yargılamayı uzatacağı hususuna vurgu yapılarak merci kararlarına karşı hükümle birlikte değil, doğrudan istinaf yoluna başvurmanın gerekli olduğu belirtilmektedir. Netice itibarıyla, 38. maddenin dokuzuncu fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla 43. maddenin ikinci fıkrasıyla ortaya çıkan çelişki giderilmiş ve esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan dava ve işlerde ret talebi hakkında merci kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabileceği tasrih edilmiştir.

Belirtelim ki, merci kararının istinaf edilmesi halinde cevap dilekçesi verilmesi mümkün olamayacağı gibi, bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesin bir karar teşkil edecektir (m. 43, f. 2). Elbette, müstakil olarak istinaf konusu yapılan merci kararları, bölge adliye mahkemesince öncelikle incelenecektir. Bu gibi hallerde, bölge adliye mahkemesinin öncelikle inceleme yapmasına dair bir açıklamanın kanun maddesi olmasına gerek yoktur.

Bir yandan “*ret usulü*” (m. 38) başlığını taşıyan bir maddede kanun yolu düzenlemesi yapmak, öte yandan hemen ardından m. 41, f. 3 ve m. 43-44’te yine iki farklı (birisinde hükümle, diğesinde bağımsız gidilebilen) kanun yolu öngörmek de uygulamada tereddütlere neden olmakta idi.

Öncelikle 38. madde, asıl olarak ret usulünü düzenlemektedir. Burada kanun yolu öngörmek teknik olarak isabetli sayılamaz.

İkinci olarak, Kanun esasen, hâkimin kendisinin merciye göndermeden karara bağladığı ret istemleri hakkındaki kararlarının nihaî kararlar istinaf veya temyiz yoluna gitmesini öngörmüş (m. 41, f. 3); buna karşılık mercinin incelediği ret istemleri bakımından ise böyle bir koşul aramamıştır (m. 43-44). Bu halde, zaten davaya kural olarak devam edilmediği için (m. 42, f. 2), bu sonuç doğaldır. Ne var ki, m. 38’de hiçbir ayırım yapılmadan, burada verilen kararların ancak nihaî kararlar kanun yoluna götürülebileceği yolundaki hüküm tereddüt uyandırmaktadır. Zira m. 38’deki durumlar hem hâkimin kendisinin karar vereceği hem de mercinin karar vereceği durumlara ilişkin olabilir.

(TEKLİF m.5) HMK MADDE 42: RET TALEBİNİN İNCELENMESİ

Yeni düzenleme önerisinde, daha önce 38. maddede yer alan altıncı ve yedinci fıkralar 42. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası haline gelmiştir. Madde, mercinin hâkimin reddi talebini incelemesi usulünü düzenlemektedir. Bu çerçevede değişiklik öncesi farklı maddelerin konusu olan ret talebinin incelenmesi usulü, yeknesak bir şekilde 42. maddenin konusu olmuştur. Hâkimin reddi talebinin incelenmesi usulünün iki maddede dağınık bir şekilde yer almasından ziyade tek bir maddenin konusu haline gelmesi madde değişikliğinin sebebidir ve bu yeknesaklığı sağlamak için maddede değişikliğe gidilmesi isabetli olmuştur.

(TEKLİF m. 6) HMK MADDE 94: KESİN SÜRE

Maddenin ikinci fıkrasında gerçekleştirilmesi önerilen ekleme ile hâkimin, tayin ettiği sürenin kesin süre olduğuna karar verdiği hallerde, tayin ettiği süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklayacağı ve süreye uyulmamasının sonuçlarını açıkça tutanağa geçirip muhataba ihtar edeceği belirtilmektedir.

Bu düzenleme önerisinin amacı; hâkimin tayin ettiği kesin süreye ilişkin Yargıtay kararları ile yaratılan fiili durumu bir ölçüde yasalaştırarak öğretide de farklı görüşlerin bulunduğu gri bir alanın belirlenmesidir. Mevcut hükümde sadece, hâkimin “kesin süre” vereceği belirtilmiş olmakla birlikte, Yargıtay, hâkimin verdiği sürenin hangi halde “kesin süre” sayılacağını kararlarında açıklığa kavuşturmuştur.

Hâkimin, tayin ettiği sürelerin niteliği konusunda açık ve net bir tutum sergilemesi gerekir. Hâkimin, tayin ettiği sürelerde belirsizlik yaratması özellikle sürenin muhatabı açısından oldukça önemli sonuçları beraberinde getirebilecek, onun hukuki dinlenilme hakkını ihlal edebilecektir. Tayin edilen sürede açık ve net bir şekilde hangi işlemin yapılacağını belirtmemesi ve işlemin süresi içinde yapılması halinde muhatabın ne ile karşılaşacağı ortaya konulmamuşsa, bu halde kesin süreden söz etmek mümkün olmayacaktır. Aslında burada hâkimler için öngörülen bir düzen hükmü bulunmaktadır. Verdiği sürenin kesin süre olmasını isteyen hâkimin, 94. maddede öngörülen şekilde süreyi tayin etmesi gerekir.

Bu noktada akla şöyle bir soru gelebilir: İlk süre kesin olmadığı için ikinci kez süre veren hâkimin gerekli açıklamalar içermeyen ikinci süreyi vermesinden sonra yeni bir süre verilebilmesi mümkün olabilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap verebilmek mümkün değildir. Maddede yapılması önerilen değişiklik ile hâkimin kesin süre vermesini gerektiren her durumda gerekli açıklamaları yapması zorunlu olarak aranmaktadır. Kanunen kendisine yüklenen bir düzen hükmünü yerine getirmeyen hâkimin bu ihmalden taraflardan birinin bir sonuç elde edebilmesini beklemek mümkün olmamalıdır. 94. maddenin başlığı “kesin süre” dir. Bu maddedeki düzenleme ile hedeflenen, ilgili işlemin belli bir süre içinde sona erdirilmesidir. Şu hâlde hâkimin hatasından kaynaklanan bir sebeple üçüncü, dördüncü... kez süre verilmesini beklemek -ki mevcut Yargıtay uygulaması bu şekildedir- da-

vaların gereksiz yere uzaması sonucunu doğurabileceği gibi bir taraf aleyhine oldukça olumsuz sonuçlar yaratabilecektir. Şu hâlde, gerekli açıklamaları içermese de hâkim tarafından tesis edilen ikinci sürenin her koşulda kesin süre olduğunun kabulü gerekir.

(TEKLİF m. 7) HMK MADDE 107: BELİRSİZ ALACAK DAVASI

1 Ekim 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dikkatleri en çok çeken ve bu ölçüde soruna ve tartışmalara neden olan yenilik, "*belirsiz alacak davası*" olmuştur.

Kanunun yürürlükte olduğu yaklaşık dokuz yıl içinde en çok konuşulan ve uygulamayı meşgul eden bu dava türünde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Teklif ile bu maddede önerilen ilk değişiklik, maddenin başlığında olmuştur. "*Belirsiz alacak ve tespit davası*" şeklinde olan başlık, "*belirsiz alacak davası*" halini almıştır.

Maddenin içeriğindeki değişiklik ise ikinci fıkradadır. Belirsiz alacak davası olarak açılan davada karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat neticesinde dava konusunun miktar ve değeri tam ve kesin olarak belirlenmişse davacı, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmadan talebini artırabilir. İki haftalık kesin süre içinde müddeabih belirlenmemişse mahkemenin, davanın açıldığı andaki miktar ve değer üzerinden karar vermesi gerekir.

Bu değişiklik ile mevcut belirsizliğin giderilmesi hedeflenmektedir. Gerçekten de halen HMK'da "*alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda*" ibaresi kullanılarak, belirsiz bir "*zaman*"dan bahsedilmektedir. Öğretide de bu "*an*"ın hangi "*an*" olacağı konusunda tartışmalar bulunmakta; usul hukukunda "*an*" biçiminde bir başlangıcın bulunmadığı ifade edilmekte idi. Gerek öğreti ve gerekse uygulamada ortaya çıkan bu belirsizliğin ve hak kayıplarının giderilmesi amacıyla kesin ve net bir zaman diliminin belirlenmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Değişiklik önerisi çerçevesinde, alacağın netleşmesiyle birlikte mahkemenin, tahkikatı sona erdirmeden, iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesi için davacıya süre vermesi öngörülmektedir.

Mahkemenin buradaki sorumluluğu, aydınlatma ödevinin bir gereği olarak kabul edilmelidir (HMK m. 31). Hâkimin böyle bir görevi yerine getirmesi, tasarruf ve taleple bağlılık ilkesine aykırı veya aydınlatma ödevinin kapsamı dışında görülmemelidir. Her şeyden önce, hâkim davayı belirsiz alacak davası olarak nitelemiş ve kabul etmişse, bu davanın davacıya tanımış olduğu avantajı kullanıp kullanmayacağı konusunda onu uyarması şeklindeki düzenleme, önceki dönemde davacının yaşadığı belirsizlik ve kaygıyı sona erdirecek niteliktedir. Zira alacağın ne zaman belirli hale geldiğini, tahkikatın ne zaman sonlanacağını bilemeyen davacı, ilk bilirkişi raporu üzerine hemen artırma talebinde bulunmaya çalışmakta; bazen de tam tersine, sonraki raporu beklemekte ve kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle yüksek yargılama giderleri riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Burada mahkemenin yaptığı şey, tasarruf ilkesini ihlal etmek değil, kendi görev alanında olan yargılamanın bir aşamasını, yani tahkikatı sona erdireceğini, bunu yapmadan önce iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesini davacıya bildirmekten ibarettir.

Mahkemenin bu hatırlatmayı yapmasına rağmen davacının talep sonucunu belirlememesi halinde, davaya dava dilekçesindeki talep sonucu üzerinden devam edilip hüküm tesis edilecektir.

Değişiklik gerekçesinde belirtildiği üzere, belirli hale gelen alacak, hâkimin verdiği kesin sürede artırılabilir. İsviçre öğretisinde de kabul edilen görüş bu istikamettir, fakat maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik İsviçre hukukundan farklı bir sonucu benimsemektedir. Nitekim İsviçre öğretisinde hâkimin verdiği süreye rağmen talep belirlenmemişse dava şartı eksikliğinden dolayı davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹ Oysa hukukumuzda yapılması önerilen kanun değişikliği ile davacının talebini artırmaması halinde dava, İsviçre hukukunda olduğu gibi dava şartı eksikliğinden dolayı usulden reddedilmeyecek, hâkim davacının talep sonucu na göre hükmünü tesis edecektir.

Belirsiz alacak davasında hâkimin davacıya alacağını belirlemesi için süre vermesi, yukarıda belirtildiği ve İsviçre hukukunda da kabul edildiği üzere hâkimin aydınlatma ödevinin gereğidir. Buradan

⁹ BSK ZPO, Karl Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 85, Rdn.11.

hâkimin talep sonucundan daha fazlasına karar vereceği gibi bir anlam çıkartılamaz, zira dava geçici bir talep sonucuyla açılan belirsiz alacak davasıdır. Her iki taraf da belirsiz alacak davası olarak açılan bu davada artırılan talep sonucuna göre hâkimin nasıl hareket edeceğini çok iyi bilmektedir. Aslında burada hâkim, Kanunun kendisine yüklediği bir görevi ifa etmektedir. Ayrıca alacağın miktarının hangi anda belirlenir hale geldiğini (tahkikatın sona erdiğini) en iyi tespit edecek olan da hâkimdir. Kanunun kendisine yüklediği görevi yerine getiren hâkimin eyleminden tarafların olumlu veya olumsuz bir sonuç çıkartabilmeleri mümkün değildir. Unutulmamalıdır ki alacağın belirli hale gelmesine rağmen davanın esastan reddedilmesi her zaman mümkündür.

Maddede yapılan son değişiklik üçüncü fıkranın kaldırılmasıdır. HMK m. 107, f. 3'te belirsiz alacak davası başlığı altında yer alan ve *"ayrıca kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde"* tespit davası açılmasına izin veren hüküm, belirsiz alacak davası dışında kısmî davanın açılabilirdiği her durumda böyle bir dava açılabilirdiği gibi yorumlara yol açmıştır. Hükmün aynen muhafazası, kısmî dava açılması mümkün olan her durumda tespit davasının da açılabilirdiği yolundaki görüşlere dayanak teşkil edebilmektedir. Oysa kısmî dava da Kanunda düzenlenmiş olan bir eda davası türü olup, her dava için Kanunda genel dava şartı olarak öngörülmüş bulunan *"hukuki yarar"* şartı, kısmî dava bakımından da geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, 6644 sayılı Kanunun 4. maddesiyle, kısmî davaya ilişkin m. 109, f. 2'de yer alan ve *"Talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz"* şeklinde olan hükmün yürürlükten kaldırılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Bir başka deyişle, hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın, kısmî dava açılmasının mümkün olduğu her durumda, dava dışı tutulan kesim için de aynı zamanda tespit davası açılabilirdiğinin kabul edilmesi, usul ekonomisi ilkesinin açıkça ihlâl edilmesi anlamına gelir. Ayrıca, tespit davası ve bu davanın koşulları, m. 106'da düzenlenmiş, bu maddenin ikinci fıkrasında da tespit davasında korunmaya değer güncel bir hukuki yararın bulunması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, m. 107, f. 3'te yer alan kural her ne kadar belirsiz alacak davasını öngören düzenleme içinde yer almakta ise de, belirsiz alacak davası ile değil, m. 109'da düzenlenen kısmî davayla ilişkilidir.

Bu nedenle m. 107, f. 3'te, *"kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir"* şeklinde tanımlanan kuralda yer alan *"kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde"* şeklindeki ifadeden hareketle, hükmün sadece belirsiz alacak davasının açılabilirdiği hallerde işlerlik kazanabileceği biçiminde anlaşılması da olanaklı değildir.

Söz konusu hükmün içeriğinin tespiti ile hangi hallerde uygulanabileceği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş, bazı tereddütler ortaya çıkmıştır. Örneğin bir görüşe göre, kısmî eda davasının açılabilirdiği her durumda tespit davası da açılabilir. Yani davacı kısmî eda davası ile birlikte kısmî tespit davası açabileceği gibi, kısmî eda davası yerine bütünüyle külli bir tespit davası da açabilir. Diğer bir görüşe göre ise, kısmî eda davası ile birlikte aynı zamanda kısmî tespit davası açılmaz; bu hükmü sadece kısmî eda davası açılacak hallerde, kanunda bu durumda hukuki yararın var sayılacağı açıkça öngörüldüğü için, kısmî eda davası yerine sadece alacağın tamamı için tespit davası açılabilir şeklinde anlamak gerekir. Bir başka görüşe göre ise bu hüküm, eda davası açılacak her durumda değil, ancak belirsiz alacak davasının koşulları oluşmuş ise işlerlik kazanabilir. Ancak bu olasılık da öğretide mantıklı bulunmamış, hükmün bu nedenle gereksiz bir düzenleme getirdiği ifade edilmiştir. Çünkü belirsiz alacak davasında alacağın tamamı dava edildiğine göre, zaten alacağın tamamının mevcut olup olmadığı da tespit edilecektir. Ayrıca belirsiz alacak davasında alacağın tamamı dava edildiği için, dava açılmasıyla birlikte alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmiş olacaktır. Belirsiz alacak davası da bir tür eda davası olduğuna göre, alacaklının, alacağının tamamını hüküm altına aldırma olanağı mevcut iken, sadece alacağın tespitine yönelik bir dava açması makul değildir. Kaldı ki belirsiz alacak davası açma olanağı varken, bu dava yerine, bir tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Zira belirsiz alacak davası zaten eda davasının özel bir türüdür. Dolayısıyla, açılacak olan bu davada davalının alacağı ödemeye mahkûm edilebilmesi için, dava dilekçesinde dayanılan hukuki ilişkinin bir bütün halinde tespit edilmiş olması şarttır. Belirsiz alacak davasında bu tespit zaten yapılacağına göre, ayrıca tespit davası açılmasında hukuki bir yarar bulunduğundan söz edilemez. Hükmün getirilmesine gerekçe olarak gösterilen, *"dava dışı tutulan alacak kesimi bakımından zamanaşımı tehlikesinin bertaraf edilmesi"*

düşüncesinde de haklılık payı yoktur. Çünkü belirsiz alacak davasında alacağın tamamı için davanın açıldığı anda zamanaşımı kesilmektedir. Bu konuda m. 107, f.3 hükmüne gerekçe olarak, “*alınacak tespit ilamı ile genel haciz yoluna başvurulabileceğinin, ödeme emrine itiraz halinde icra inkâr tazminatı yaptırımının etkili olacağının gösterilmesini*” kabul etmek de hukuk politikası bakımından tercih edilmemesi gereken bir yol olarak tezahür etmektedir.

Diğer taraftan, kısmî dava bir eda davasıdır. Hukukumuzda, kısmî tespit davası şeklinde bir dava türü mevcut değildir. Kısmî davada mahkemenin davalıyı kısmî edaya mahkûm edebilmesi için de öncelikle, dayanılan hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığını tespit etmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, açılan bir kısmî dava, her halde hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığının ya da yokluğunun tespiti-
tine yönelik bir incelemeyi doğası gereği zorunlu kılar. Dolayısıyla, kısmî davanın açılabilirdiği hallerde, kısmî davanın açılmasından sonra, dava dışı tutulan kesim için, her ne kadar 107. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, tespit davası açılabilirdiği ve bu durumda hukuki yararın mevcut olduğu şeklinde düzenleme yapılmış ise de mahkeme, kısmî davadan sonra açılan bu tespit davasını derdestlik nedeniyle usulden reddetmelidir. Zira derdestlik Kanunda bir dava şartı olarak öngörülmüş olup, mahkemece davanın her aşamasında resen dikkate alınmalıdır [HMK m.114, f.1 (b)-ı].

Öğretide kısmî eda davasından sonra açılan tespit davasında derdestliğin söz konusu olmayacağına ilişkin görüşlere ise katılmak mümkün değildir. Zira bir eda davası olan kısmî davada, edime kısmen mahkûmiyet kararı verilse bile, hukuki ilişkinin kısmen tespitinden söz edilemez. Dolayısıyla, kısmî davadan sonra açılan tespit davasında, dava edilen alacak kesimlerinin farklı olmasından hareketle, her iki davanın dava konularının aynı olmadığı ileri sürülerek derdestliğin söz konusu olamayacağına ilişkin değerlendirme, isabetli değildir. Çünkü kısmî davada karar verilebilmesinin ön koşulu, hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığının ya da yokluğunun tespit edilmiş bulunmasıdır ve bu husus zaten bir eda davası olan kısmî davada mündemiçtir.

Öğretideki görüş farklılıkları dikkate alınıp 107. maddenin üçüncü fıkrasının yalnızca belirsiz alacak davasında uygulama bulması görü-

şünün kabul edilmesi halinde dahi, belirsiz alacak davasının davacıya sağladığı koruma ve avantajlar gözönüne alındığında, davacıya belirsiz alacak davası yerine belirsiz alacağın tespiti davası açma olanağının verilmesinde bir hukukî yarar bulunmamaktadır. Yapılan bütün bu tespitler karşısında ve hükmün uygulanma koşulları hususunda yaşanan tereddütlerin de giderilmesi amacıyla, m. 107, f. 3 hükmünün bütünüyle yürürlükten kaldırılması yoluna gidilmesi ve madde başlığının da buna uygun olarak “*Belirsiz alacak davası*” şeklinde değiştirilmesi uygun olmuştur.

(TEKLİF m. 8) HMK MADDE 116: (İLK İTİRAZLAR) KONUSU

Bu maddede yapılan düzenlemenin sebebi 6335 sayılı Kanun’la TTK’nın 5. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliktir.

Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklikle asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak değiştirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 1956 tarihinden itibaren iki mahkeme arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olarak uygulanagelmıştır; bu ilişkinin doğal sonucu olarak HMK m.116’da iş bölümü ilişkisi bir ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, HMK’nın yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra TTK’da yapılan değişiklik ile iş bölümü şeklindeki ilk itiraz artık anlamını kaybetmiş; böylece zımnen ilga olmuş olan HMK m. 116, f. 1, b. (c) hükmü açıkça da yürürlükten kaldırılmıştır.

(TEKLİF m. 9) HMK MADDE 120: HARÇ VE GİDER AVANSININ ÖDENMESİ

Öğretide görüş birliği içinde delil avansı ve gider avansı ayrımının net bir şekilde kabul edilmesine rağmen, önce HMK Yönetmeliği ve Gider Avansı Tarifeleri; ardından Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik ile yine Gider Avansı Tarifeleri ve yargı kararları nedeniyle uygulamada yaklaşık dokuz yıl boyunca karmaşık bir hal arz eden fiili vaziyetin, değişik önerisiyle düzeltilmesi hedeflenmektedir.

Sözü edilen Yönetmeliğin 205. maddesi, gider avansını, dava açarken davacıdan alınması gereken “*her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif*

giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağ” biçiminde tanımlamaktadır. Yargı kararları, gider avansı ve delil avansı ayırımını yapmakla birlikte uygulama ne yazık ki Yönetmelik hükmü doğrultusunda şekillenmiştir.

Maddede yapılması önerilen değişikliklerle gider avansı ve delil avansı kurumları birbirlerinden keskin bir şekilde ayrılmaktadır. Davanın başında dava açılırken yatırılacak olan avans; gider avansıdır. Yargılama sürecince kullanacağı delillere ilişkin masrafın daha davanın başında davacı tarafından mahkeme veznesine depo edilmesinin gerekçesi, yargılamanın hızlandırılması olamaz. Gerçekten de İstanbul gibi yoğun iş yükünün bulunduğu adliyelerde, davanın açılmasından delilin kullanılması anına kadar geçecek zamanın bir yılı aştığı hallerde- ki, bu halde yeni tarifeye göre eksik ücretin de ikmal edilmesi gerekecektir- ilgili delile ilişkin masrafın daha davanın başında alınması yargılamanın hızlandırılması amacı ile açıklanamaz.

Davada kullanılacak delillerin masraflarının erken bir dönemde tahsil edilmesi gerekiyorsa, bu aşamanın tahkikatın başlangıcı olması daha mantıklı ve hukuka uygundur. Bu düşüncelerden hareketle 120. maddenin değişikliğe uğratılması önerilmektedir. Bu kapsamda maddenin başlığı “*Harç ve Gider Avansının Ödenmesi*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin amacı, maddenin yalnızca gider avansına ilişkin bir madde olduğunu net bir şekilde ortaya koymaya yöneliktir. Bu farklılığı belirginleştirmek için maddeye üçüncü fıkra eklemiştir.

Eklenen fıkra gereğince, taraflardan birinin ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen delil avansına ilişkin 324. madde hükümleri saklı olacaktır. Bu madde kapsamında son olarak belirtelim ki sadece Gider Avansı Tarifesinde var olan sorunların giderilmesiyle madde değişikliği ile hedeflenen amaca ulaşabilmek mümkün olmayacaktır. Zira sorunlu Tarifenin kaynağı mülga 120. madde ve özellikle de maddenin “*Harç ve avans ödenmesi*” başlığını taşıyan başlığı ile maddenin gerekçesidir.

Gerçekten de 120. maddenin (ilk) gerekçesine bakıldığında, “... yeni düzenleme yapılarak her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından davacı tarafından dava açılırken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir” açıklamasına yer verilmiş olduğu görülmektedir. Görüldüğü gibi

madde gerekçesinde delil avansından da söz edilmektedir. Şu hâlde mevcut karmaşa sadece madde başlığının düzeltilmesi veya Tarifenin değiştirilmesi ile çözülecek gibi değildir.

(TEKLİF m. 10) HMK MADDE 123: DAVANIN GERİ ALINMASI

Maddenin birinci fıkrasına “*Bu takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir*” ibaresi eklenmiştir.

HMK m. 123’te davanın geri alınmasının koşulları düzenlenmektedir. Buna göre davacı, hüküm kesinleşinceye kadar ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir.

Davanın geri alınması, davadan feragat, davanın konusuz kalması veya davanın atıye bırakılması şeklinde ifade edilen kavramlar, uygulamada sıklıkla birbirine karıştırılan yargılama hukuku kurumlarıdır. Bu karışıklık hem mahkemenin vereceği karar türleri hem de yargılama giderlerinden kimlerin sorumlu olacağı hususları bakımından ortaya çıkmaktadır.

Davanın geri alınmasını davadan feragatten ayıran temel farklılık, geri alınan bir davanın yeniden açılabilmesi mümkün iken, feragat edilen davanın yeniden açılmasının mümkün olmaması; feragatin kesin hüküm etkisidir (m. 311).

Davadan feragat tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşirken, davanın geri alınabilmesi için davalının açık rızası gerekir. Davadan feragat halinde mahkemenin, esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir hükümle, yani bir anlamda mevcut durumu ortaya koyacak bir şekilde hüküm kurması lazımdır. Oysa davanın geri alınması halinde mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir.

Uygulamada davanın atıye terki biçiminde ifade edilen kurumun ise Kanun’da bir karşılığı bulunmayıp, bu şekilde beyanda bulunan tarafla, mahkemenin, talebinin ne yönde olduğunu açıklattırıp buna göre karar vermesi gerekir.

Benzer nitelikteki usulî kurumların ortaya çıkarılabileceği bir diğer sorun ise, az önce bahsedildiği üzere, yargılama giderlerine kimin mahkûm edileceği noktasındadır.

Davadan feragat halinde, feragat eden davacının feragat kapsamıyla sınırlı olmak üzere yargılama giderlerine mahkûm olacağı açıktır (m. 312). Feragat kapsamıyla sınırlı olmaktan kastedilen husus ise, kısmı feragat halinde feragat edilen kısım oranında davacının yargılama giderlerini ödeyecek olmasıdır.

Davanın geri alınmasına bağlanan sonuç ise davanın açılmamış sayılmasıdır. Yeni düzenleme ile öğretide kabul gören görüş, kanun maddesi haline getirilmiştir.

Davacı burada tek taraflı bir irade beyanıyla yargılamayı sona erdirmemekte, usulî bir sebep dışında başka bir sebeple (davacının davasını geri alması, davalının da buna muvafakat etmesi nedeniyle şimdilik) davanın konusu ortadan kalkmaktadır. İşte bu halde mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığını belirterek yargılama giderleri bakımından davanın açıldığı andaki haklılık durumunu araştırması gerekir (m. 331, f. 1).

Sonuç itibariyle uygulamada ortaya çıkan ve kavram kargaşasına sebebiyet veren hususlar, önerilen değişikliklerle, davanın geri alınması bakımından netleştirilmiş ve geri alınan davada mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına karar vererek yargılama giderlerini davacıya yükleyeceği tasrih edilmiştir (m. 331, 3).

Davanın geri alınması sebebiyle davanın zaten açılmamış sayılacağı, bu hususun, yani açılmamış sayılmanın ayrıca kararda zikredilmesinin gereksiz olduğu gibi bir düşünce akla gelebilirse de, davanın açılmamış sayılması sadece davanın geri alınması halinde değil, HMK m. 77, f.1; m. 150 veya m. 119’da öngörülen hallerde de gerçekleşebileceği için, davanın geri alınması sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verildiğinin kararda gösterilmesi faydalı olacak, bu şekilde durum diğer açılmamış sayılma hallerinden ayırt edilebilecektir.

Ayrıca davanın açılmamış sayılması kararının diğer durumlarda olduğu gibi burada da kurucu değil, tespit edici olduğu hususunun vurgulanması bakımından da değişiklik önerisi isabetlidir.

(TEKLİF m. 11) HMK MADDE 125: DAVA KONUSUNUN DEVRİ

Dava konusunun devrini düzenleyen maddede yapılması önerilen temel değişiklik, davacının dava konusunu devretmesi ve sonrasında davanın davacı aleyhine sonuçlanması halinde yargılama giderlerinden, önceki (eski) ve yeni davacının müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin üçüncü fıkraya yapılan eklemedir.

Davalının, davanın konusunu devretmesi ve sonrasında davanın davalı aleyhine sonuçlanması halinde, eski ve yeni davalının yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olacaklarına dair bir hüküm maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmişken, davacının davanın konusunu devretmesi ve sonrasında yeni davacının aleyhine hüküm tesis edilmesi halinde eski davacının bu yargılama giderlerinden sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmamakta idi.

Öğretide her ne kadar davalı bakımından Kanunda öngörülen düzenlemenin kıyasen davacı için de uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler bulunsa da bu konuda açık bir düzenlemenin olmaması tereddütlere sebebiyet vermekte idi. Gerçekten de açık bir düzenleme eksikliği karşısında, davalı bakımından öngörülen düzenlemenin kıyasen davacı bakımından da geçerli olacağını söyleyebilmek her zaman kolay olmamakta idi.

Değiştirilmesi önerilen düzenlemede böyle bir hükmün eksikliği, uygulamada da kötüye kullanılabilecek sonuçlara yol açabilmekteydi. Örneğin, davayı kaybedeceğini anlayan ve ağır bir yargılama gideri ile karşı karşıya kalacağını düşünen davacının hiçbir malvarlığı değeri bulunmayan bir kimseye dava konusunu devrederek davalıyı zarara uğratması mümkün olabilmekteydi. Bu halde davalı, davayı kazansa dahi özellikle vekâlet ücretini tahsil edebileceği bir muhatap bulamamaktaydı. İşte, ortaya çıkan bu olumsuz sonucun giderilmesi amacıyla 125. maddenin ikinci fıkrasına bir hüküm getirilmiştir.

Her ne kadar, uygulamanın değişiklik kapsamında cereyan ettiği ve bu çerçevede yapılacak değişikliğin lüzumsuz olduğu ileri sürülebilse de HMK m.326, f.1 gereğince, “*Kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir*”.

Bu hükümden hareketle, aleyhine hüküm verilen taraf, davanın konusunu devralan yeni davacıdır ve yargılama giderlerinden 326. maddenin ilk fıkrası gereğince kendisi sorumludur. Zira Kanun'da aksine bir durum da söz konusu değildir. Şu hâlde aleyhine hüküm verilmesine rağmen yargılama giderlerinden devreden davacıyı sorumlu tutabilmek için açık kanun değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır.

Maddede yapılması önerilen bir diğer değişiklik ise, ilk fıkranın (a) bendinde yapılan düzeltmedir. Buna göre, bu bentteki "*davacı davayı kazanırsa*" ibaresi, "*dava, davacı lehine sonuçlanırsa*" şeklinde değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde bu değişikliğe ilişkin bir açıklama yer almamıştır. Bu değişikliğin esaslı bir sebebi bulunmamakla birlikte, kanaatimizce, fıkra daha doğru ve teknik bir anlam yüklemek ve ikinci fıkraya eklenmesi önerilen "*...dava davacı aleyhine sonuçlanırsa*" ibaresiyle uyum sağlamak amacı güdülmüştür.

(TEKLİF m.12) HMK MADDE 127: CEVAP DİLEKÇESİNİ VERME SÜRESİ

Önerilen değişiklikle maddeye kısa bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, ek süre talebi kabul edilen davalıya mahkeme tarafından verilen ek süre, iki haftalık cevap süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Değişikliğin gerekçesi ise hâlâ devam eden farklı uygulamalardır. Nitekim bazı mahkemeler ek süreyi, süre verilmesine ilişkin kararın tebliğinden itibaren işletmektedir. Başka bazı mahkeme kararlarında süre, kararın verildiği andan itibaren işletilmeye başlanmaktadır. Bir kısım mahkeme kararlarında ise ek sürenin, değişikliğe benzer şekilde, cevap süresinin bitmesini müteakip işlemeye başlatıldığı görülmektedir.

Yapılması önerilen değişiklikle, uygulamada ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi hedeflenmiş ve cevap dilekçesinin iki haftalık süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda mahkemece bir defaya mahsus ve bir ayı geçmemek üzere verilen ek sürenin iki haftalık cevap süresinin bitmesini müteakip işlemeye başlayacağı açık bir kanun hükmü olarak düzenlenmiştir.

(TEKLİF m. 13) HMK MADDE 139: ÖN İNCELEME DURUŞMASINA DAVET

HMK’da yapılması önerilen elli maddeyi aşkın değişikliklerin belki de en önemlilerinden birisi 139. maddede yapılan değişikliktir. Bu değişikliği önemli kılan husus ise yargılamanın hazırlık safhası olarak kabul edebileceğimiz ön inceleme aşamasında yapılan esaslı müdahalelerdir. Söz konusu müdahalelerden ilki, ön inceleme duruşma davetiyesinde yer alan konularda yapılan düzenlemedir.

Dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra mahkemece taraflara gönderilecek ön inceleme duruşma gününü gösteren davetiyede yer alacak hususların büyük bir kısmı 139. maddede yer alsa da davetiyede, ön inceleme sistemini değiştirecek önemli bir yenilik yapılmıştır.

Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesi ve sonuçlarına ilişkin hususlar, tarafların sulh için gerekli hazırlıkları yapması, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği hususları ile birlikte -ki, bu üç husus maddenin mevcut halinde de yer almaktadır-, *davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği* hususları yer almaktadır.

Mevcut 139. maddede yer alıp da değişiklik ile kaldırılması önerilen ibare, ön inceleme duruşmasına gelen tarafın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda ve gelmeyen tarafın muvafakati olmadan iddiasını veya savunmasını genişletebileceğine ya da değiştirebileceğine ilişkin ihtar. Bu ihtar, 141. madde ile bağlantılı olan bir ihtardır.

141. maddenin mevcut halinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde; *“ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir”* hükmü yer almaktadır. Değişikle, 141. maddenin ilk fıkrası tamamıyla ilga edilmiş ve yeni bir hüküm tesis edilmiştir.

Bu değişiklikte dikkati çeken husus, ön inceleme duruşmasına gelen tarafın mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın yokluğunda iddiasını ve savunmasını serbestçe genişletip değiştirebilmesine dair olan hükmün kaldırılmasıdır. Görüldüğü gibi, 139, 140 ve 141. maddelerde yapılan değişikliklerin amacı ortaktır ve yapılan değişiklikler, ön inceleme duruşmasında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnası olabilecek ihtimali kaldırmayı hedeflemiştir.

Bu üç maddeye ilişkin değişiklikte dikkati çeken bir başka husus ise, iddianın ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının dilekçeler teatisi (değişimi) aşamasının tamamlanmasıyla başladığının tasrih edilmesidir. Tarafların ön inceleme duruşmasına katılmaları çok önemli olmakla birlikte, bunun katılmayan taraf bakımından bir ceza olmaktan çıkarılması; davanın veya savunmanın genişletilip buna karşı yeni cevapların ve delillerin sunulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Ön inceleme duruşmasına ilişkin davetiyede yapılan bir diğer önemli değişiklik ise, tarafların dilekçelerinde belirttikleri, fakat ibraz etmedikleri belgeleri sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilmesi amacıyla gerekli açıklamaları yapmaları için davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık sürelerinin bulunduğu yöneltik ihtarattır.

Yeni düzenleme radikal bir değişikliktir. 140. maddenin değiştirilmesi önerilen 5. fıkrasında iki haftalık süre ön inceleme duruşması ile başlamaktaydı. Maddede yapılan değişiklikle süre daha öne çekilmiştir. Ayrıca bu durum 139. maddede düzenlendiği için 140. maddede tekrar yer bulmamıştır.

Gerekçede, ön inceleme duruşmasının gerekli belgelerin önceden toplanarak yapılmasının uyumsuzluğun çözümü için gerekli olan “*yol haritasının*” daha erken bir zamanda netleşmesini sağlayacağı ve böylece ön inceleme duruşmasının bütün verilerin sunulmuş olmasıyla daha etkin bir şekilde gerçekleşmesinin önünün açıldığı vurgulanmıştır. Gerekçede ayrıca, yapılan değişikle zaman kaybetmeksizin bir an önce tahkikata başlanabileceğinin de altı çizilmektedir.

Bu değişiklik önerisi kapsamında son olarak belirtmek gerekir ki, delili süresinde dosyaya sunmayan taraf o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır.

(TEKLİF m. 14) HMK MADDE 140: ÖN İNCELEME DURUŞMASI

Teklif'in bu maddesiyle, HMK m. 140'ın ikinci ve beşinci fıkralarında değişiklik yapılması önerilmektedir.

İkinci fıkra da yapılan değişikliğin amacı, sulh ve arabuluculuk gibi dostane çözüm yöntemlerine etkin bir şekilde başvurunun önünün açılmasıdır. Bu değişiklik kapsamında ikinci fıkra da yer alan, *“sulh ve arabuluculuğa”* ibaresi, *“sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak”* şeklinde değiştirilmektedir.

Diğer değişiklik önerisi, beşinci fıkranın tamamen ilga edilip yeni fıkra ihdas edilmesine yöneliktir. Yeni fıkra gereğince, 139. madde uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamaları yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Tekrar edelim ki, bu fıkra da yapılması önerilen değişikliği, 139 ve 141. maddelerde yapılan değişikliklerle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

(TEKLİF m. 15) HMK MADDE 141: İDDİA VE SAVUNMANIN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA GENİŞLETİLMESİ

Önerilen değişiklikle maddenin ilk fıkrası ilga edilip yeni bir fıkra ihdas edilmektedir. Buna göre, taraflar, iddia veya savunmalarını cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinde serbestçe genişletip değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia ve savunma kural olarak genişletilip değiştirilemez.

Yukarıda 139. maddede de açıklandığı üzere, mevcut düzenlemede ön inceleme duruşmasına gelen tarafın duruşmaya mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın yokluğunda iddiasını veya savunmasını genişletip değiştirmesinin mümkün olabileceği düzenlenmişken, değiştirilmesi teklif edilen madde ile bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

İlga edilmesi önerilen fıkra da ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlayacağı belirtilmişse de öğretide bu yasağın dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla başlayacağı kabul edilmekteydi. Bu kabul, yeni düzenlemede ilk fıkranın sonuna eklenmiş ve dilekçe-

lerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Gerekçede, duruşmaya katılan tarafın katılmayan tarafın yokluğunda iddiasını genişletip değiştirmesinin silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmadığına vurgu yapılmaktadır. Sadece duruşmaya katıldığı için bir tarafın diğer tarafa nazaran daha avantajlı bir noktaya gelmesi adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil edebilir. Ön inceleme duruşmasına katılımı teşvik etmek de bu çözümü haklı göstermez.

Yine gerekçede genişletilen veya değiştirilen iddia veya savunmaya karşı diğer tarafın -genel olarak- savunma hakkı kapsamında dilekçeler sunmasının yargılamayı çetrefilleştireceği, dilekçeler aşamasının sona ermesinden sonra hâlâ tarafların dilekçe verme gayretine girmelerinin yargılamayı uzatabileceği, ayrıca bu aşamada hangi kriterlere göre dilekçe verileceğinin belirli olmaması gibi sebeplerle ilgili hükmün ilga edildiği belirtilerek, ön inceleme duruşmasına gelerek, yargılamanın yol haritası niteliğindeki ön inceleme tutanağının hazırlanmasına katkı sağlayan tarafın kendisi bakımından en avantajlı sonucu elde edeceği belirtilmektedir.

(TEKLİF m. 16) HMK MADDE 147: TARAFLARIN DURUŞMAYA DAVETİ

Bu madde, tahkikat aşamasında tarafların duruşmaya çağırılması hakkındadır. Her ne kadar madde başlığı tarafların duruşmaya çağırılmasına ilişkinse de maddenin önerilen değişiklikten sonraki hali tahkikat aşamasına ilişkin önemli düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle, madde, değişiklikle birlikte, sadece duruşmalara ilişkin bir hüküm olmaktan çıkarak tahkikatın hitamından sonra yargılamanın nasıl cereyan edeceğinin belirlendiği bir düzen hükmü halini alacaktır.

Değişiklik önerisine göre, maddenin ilk fıkrası uyarınca, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra gönderilecek davetiye hem tahkikat hem de sözlü yargılama aşamasındaki duruşmaları kapsayacak şekilde düzenlenecektir. Değiştirilmesi önerilen hükümde tarafların sadece tahkikat için duruşmaya davet edileceği belirtilmektedir. Aslında yeni madde ile yapısal bir değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Bu değişiklik sonucu, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra taraflara gönderilen davetiye ile tahkikat ve müteakip süreç başlamaktadır. Davetiye ile taraflar tahkikat ve sözlü yargılama duruşmalarına davet edilmektedir. Görüldüğü gibi, tek bir davetiye ile iki yargılama safhasındaki duruşmalar için çağrı yapılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında az önce bahsedilen yapısal değişiklik ortaya çıkmaktadır. Bu değişiklik gereğince, tahkikat aşamasının tamamlanmasından sonra, aynı duruşmada, sözlü yargılama aşamasına geçilmesi kural haline getirilmektedir. Nitekim 186. maddede bu değişikliğin esasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Değişikliklerle birlikte kural, mevcut hükümlerden farklı olarak, sözlü yargılama için ayrı bir günde yeni bir duruşma günü verilmesi olmaktan çıkarılmış, tahkikatın hemen akabinde sözlü yargılamanın yapılmasına imkân verecek şekle dönüştürülmüştür. Yapılan bu değişiklikle yargılamanın hızlanmasının önü açılacak ve gereksiz duruşmalardan kaçınılacaktır. Sözlü yargılama için ayrı bir duruşma günü tayin edilmediği için de duruşma davetiyesi gönderilmesine gerek kalmayacaktır. Kaldı ki sözlü yargılama için ayrı bir gün belirlense dahi yeni bir davetiye gönderilmeyecektir.

Değişiklikle tahkikatın bitmesinin hemen akabinde sözlü yargılama aşamasına geçilmesi öngörülmüşse de taraflardan birinin talebi halinde sözlü yargılama yapılması için başka bir güne duruşma günü verilebilecektir. Yukarıda bahsedildiği gibi, farklı güne verilen sözlü yargılama duruşması için taraflara davetiye gönderilmeyecek, 150. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla taraflar sözlü yargılama duruşmasına gelmeseler dahi yokluklarında hüküm verilebilecektir.

Bu noktada 150. maddeye yapılan atfın nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusu akla gelebilir. Zira tahkikatın hitamından sonra müstakil olarak yapılan sözlü yargılama duruşmasına iki taraf da gelmezse yokluklarında karar verileceği 147. maddenin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Şu hâlde, 150. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ve iki tarafın da duruşmaya gelmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılabacağına ilişkin olan hükmün burada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Belki burada akla gelebilecek olan ihtimal iki tarafın da duruşmaya gelip davayı takip etmeyeceklerini bildirmiş olmalarıdır. Fakat bu durumda da değişiklikle yapılan düzenlemede 150. maddeye atıf yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira değişiklik sadece tarafların gelmemesine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Taraflardan birinin gelip diğerinin gelmemesi faraziyesinde ise bakılacaktır. Gelen taraf gelmeyen tarafın yokluğunda davaya devam etmeyeceğini bildirirse dahi, hâkimin dosyayı işlemiden kaldırmayarak hükmünü tesis etmesi gerekmektedir.

(TEKLİF m. 17) HMK MADDE 149: SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMA İCRASI

Önerilen değişiklikle madde yeniden düzenlenmekte ve şu şekli alması öngörülmektedir:

“Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası

MADDE 149- (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.

(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.

(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

(4) Mahkeme, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına da karar verebilir.

(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.”

Değişikliğin gerekçesi Teklif’te şöyle açıklanmıştır: “Maddeyle, Kanunun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükmüyle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden

duruşmaya katılması ve usuli işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikte, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkân tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkân tanınmaktadır”.

Mevcut hükümle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleşebilmesi için artık her iki tarafın da rızasının aranmayacak olmasıdır. Yani getirilen düzenleme ile taraflardan birisinin talebi yeterli sayılacak ve bu talep üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usuli işlemleri yapabilmesi mümkün olacaktır. Mahkeme bu talep üzerine tarafın veya vekilinin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımına izin verebilir. Görüldüğü üzere, başlı başına talep yeterli değildir; gerçi değiştirilen hükme nazaran tek taraflı bir talep yeterlidir, ama neticede bu kararı mutlaka hâkim verecektir.

Bu noktada tek taraflı bir taleple duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının diğer tarafın haklarına zarar verebileceği veya asıl olandan, yani fiziki ortamda duruşma yapılmasından uzaklaşılacağı gibi eleştirileri gündeme getirebileceği düşünülebilse de, neticede duruşmaların ne zaman ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacağına karar verecek olan merci, hâkimdir. Elbette hâkim iki tarafın menfaatini, yargılamanın seyrini ve yargılama ilkelerini ve özellikle de doğrudanlık ilkesini dikkate alarak bir karar verecektir.

Hâkim, yargılamanın seyri ve yargılamaya hâkim olan ilkeler dikkate alındığında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasının beklenen sonucu ortaya çıkarmayacağı kanaatindeyse bu yönde yapılan talebi reddedecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da bulundukları yerden ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımına izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim resen

de usuli işlemlerin ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının mümkün olduğuna karar verebilir. Değiştirilmesi önerilen (mevcut) ikinci fıkrada hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı.

Her iki fıkra bakımından değerlendirilmesi gereken en önemli mesele, sesi ve görüntüsüyle duruşmaya katılacak olanların bulundukları yerin neresi olabileceği noktasındadır. Sesi ve görüntünün nakledileceği yer muhakkak bir duruşma salonu mu olmalıdır? Bu yönde madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Benzer sorun, değiştirilmesi önerilen (yani mevcut) madde zamanında da gündeme getirilmiştir.

Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.218 ve Ceza Muhakemesine İlişkin SEGBİS Yönetmeliği'nde sesi ve görüntünün nereden nakledileceği konusunda açık ifadeler bulunmamakla birlikte, ceza yargılamasında SEGBİS sistemi başka bir mahkeme salonu veya cezaevleri SEGBİS odaları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Kanaatimizce, hukuk yargılaması bakımından sesi ve görüntünün muhakkak bir başka mahkeme salonundan veya adliyede buna ilişkin yerlerden iletilmesine gerek bulunmadığı; maddenin etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak için adliyeler dışında başkaca yerlerin de kullanılmasıyla duruşmalara katılımın sağlanmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Örneğin, avukatların yazıhanelerinden (bürolarından), bilirkişilerin çalıştıkları yerlerden ve hatta evlerinden duruşmalara katılımları mümkün olmalıdır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, ses ve görüntünün nitelikli bir şekilde mahkemeye aktarılmasını sağlayacak teknolojik yöntemlerin seçilmesinin gerekli olmasıdır. Ayrıca olası tehdit, şantaj şüphelerine yer vermek amacıyla, kullanılan kameranın, sesi ve görüntünün aktarıldığı odaya bütün açılardan hâkim olacak bir noktaya konuşturılması lazımdır. Diğer taraftan, bu usulün uygulanması halinde gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması, özellikle ses ve görüntü nakliyle elde edilen verinin delil niteliğini kazanması için resmiyetin sağlanması ve yöntemin bir mahkeme salonu kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği de savunulabilir.

Bu noktada son olarak belirtmek gerekir ki, sesin veya görüntünün münferit olarak aktarılması suretiyle duruşmanın icrası madde kapsamında mümkün değildir. Yani sadece ses aktarımı yoluyla bu madde işletilemeyecektir.

Değişiklik önerisinin üçüncü fıkrasında mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgilileri resen dinleyebileceği hususu düzenlenmiştir. Elbette, tarafların veya ilgililerin talebiyle de mahkemenin bu konuda karar vermesi mümkündür.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası HMK ile hukuk hayatımıza girmiştir. Bu değişikliğin sebebi teknolojik gelişmelerden, elverdiği takdirde ve ölçüde hukuk alanında da yararlanılması düşüncesidir. Fakat HMK'nın yürürlüğe girdiği yaklaşık on yıla yakın bir süre bu maddenin işletilmesi mümkün olmamıştır. Hukuk yargılamalarında neredeyse hiç uygulaması olmamıştır.

Bu maddenin işletilmemesinin en önemli nedenlerinden birisi ise hükümde yer alan ve her iki tarafın da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına rıza göstermesine yönelik olan zorunluluktur. Uygulaması çok az olan hükmü tamamen ilga etmek yerine işlevsel hale getirerek uygulanmasını sağlamak değişikliğin temel amacı olmuştur. Yapılması önerilen değişiklikle sadece bir tarafın talebi ve mahkemenin de onayı ile duruşmalar bu şekilde icra edilebilecek, maddeden beklenen amaç hâsıl olacaktır.

Değişiklikle maddeye eklenen dördüncü fıkra yenidir. Bu fıkra gereğince, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılabilmesi mümkündür. Madde gerekçesinde neden böyle bir fıkraya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu değişiklik önerisi uygulamada bazı hukuki sıkıntılar yaratabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu karar, dosyayı inceleyen mahkemece verilecektir. Duruşmanın başka yerde yapılmasından kast edilen, yine başka bir mahkeme salonu olmalıdır. Aksi, yani duruşmanın mahkeme salonu dışında icra edilebilmesi düşünülemeyecektir. Ayrıca duruşmanın başka bir yerde icra edilmesinin sebebi fiili engel veya güvenlidir. Bu sebeplerin yeterince somut sebepler olmadığı da söylenebilir. Netice itibarıyla ilgili fıkranın tabii hâkim ilkesini ihlal potansiyelini de bünyesinde barındırdığı aşikârdır.

Maddenin yeni içeriğine uygun olarak başlığı da “*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*” şeklinde değiştirilmektedir.

Teklif’te maddenin değişik şeklinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenmesi önerilmektedir. Bu yönetmelik düzenlenirken çok dikkatli davranılması gerektiği açıktır.

(TEKLİF m.1 8) HMK MADDE 151: DURUŞMA DÜZENİ

Önerilen düzenleme ile maddenin ilk fıkrası değiştirilmiştir. Değişikliğin amacı, büyük ölçüde, duruşma düzenini bozan ve fakat tarafların vekili olmayan avukatların duruşmadan çıkartılıp çıkartılmayacağı konusunda uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesidir. Gerçekten de değiştirilmesi önerilen hükümde, “*taraf*” avukatı ibaresi kullanılmadan genel olarak “avukat” ibaresine yer verilmiş olduğu için, tarafların vekili olmayan ve duruşma düzenini bozan avukatların da duruşmadan çıkartılamayacağı gibi bir sonuca ulaşılabilmekteydi. Değişiklikle birlikte durum netliğe kavuşturulmuş ve duruşma düzenini bozan ve fakat tarafların vekili sıfatı bulunmayan avukatın da duruşmadan çıkartılması mümkün kılınmıştır.

Fıkranın değişiklik gerekçesinde, görülmekte olan bir davada taraf vekili olmayan, ancak duruşma düzenini bozan kimselerin sadece avukat kimliği dolayısıyla duruşma salonundan çıkarılmamasının Anayasa’da hükme bağlanan yargı yetkisinin mahkemeler eliyle kullanılması ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi tarafların hak arama özgürlükleriyle bağdaşmayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce, taraf vekili sıfatını taşımayan avukatın duruşma düzenini bozması sebebiyle duruşmadan çıkartılamamasının yargı yetkisinin mahkemelerce kullanılması ilkesi ile veya hak arama özgürlüğüyle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Taraf vekili olmayan avukatın duruşmadan çıkartılması hususu bir düzen hükmüdür ve bu düzen hükmü yargılamanın şekli anlamda sevk ve idaresini ilgilendirmektedir. Duruşma düzenini bozan avukatlar bakımından elbette HMK m. 79 gereğince işlem yapılması her zaman mümkündür. Taraf vekili olmayan avukatın duruşmadan çıkarılmasının, avukatlık mesleğinin görmezden gelinmesi olarak algılanmaması gerekir. Yine, taraf vekili olmayan avukatların

duruşmadan çıkarılmasının, taraf avukatının yalnız ve sahipsiz bırakılması anlamına geldiği düşüncesi de *Gerekçeden* anlaşılabilirdiği kadarıyla değişikliğin amaçlamadığı bir düşüncedir. Genellikle duruşmayı izlemek için duruşma salonunda bulunan avukatın gayesi kendi duruşmasını beklemektir. Bu amaçla duruşmada bulunan bir avukatın, taraf avukatı ile hâkim arasında cereyan edecek muhtemel bir tartışmada, o avukatın yanında yer alıp onun lehine davranış sergileyeceğini düşünmek tüm bu tartışmalarda hâkimin mutlaka haksız olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Oysa duruşma düzeninin bozulduğu her durumda hatanın kaynağı olarak hâkimi görmek mümkün ve doğru olmamak gerekir. Ayrıca taraf avukatının böyle bir durumda desteğe ihtiyacı olduğundan söz etmek de mesleğini savunma üzerine kuran bir kimse için en son söylenecek sözdür.

Bu madde kapsamında son olarak belirtmek gerekir ki, taraf avukatı olmayıp fer'i müdahilin avukatı olan bir vekilin duruşmadan çıkartılabilip çıkartılamayacağı konusunda maddede bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, her ne kadar müdahil vekilleri taraf vekili olarak kabul edilmeseler de fer'i müdahilin taraf yardımcısı olduğu düşünüldüğünde müdahil vekilinin de duruşmadan çıkarılamaması gerekir.

Yukarıda sevk gerekçesi ve amacı açıklanan bu değişiklik Bilim Komisyonunda yoğun tartışmalara neden olmuştur. Hazırlık çalışmaları sırasında özellikle Barolar değişikliği tasvip etmeyerek Teklif'ten çıkarılmasını istemişlerdir. Bir değişiklik ancak bütün ilgililerin mutabakatı halinde başarılı sonuçlar verebilir; aksi takdirde, yapılan değişiklik daha sıkıntılı hukuki durumlara yol açabilir. Onun için, Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmeyeceğini düşündüğümüz bu değişiklik önerisinin Teklif'ten çıkarılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

(TEKLİF m. 19) HMK MADDE 177: ISLAHIN ZAMANI VE ŞEKLİ

Değişiklik önerisiyle, Türk hukukunda doğrudan veya dolaylı olarak üç İçtihadı Birleştirme Kararına konu olan bir mesele çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Tartışmalara neden olan mesele, kanun yolu aşamasından sonra ilk derece mahkemesinde tahkikata devam edilen uyuşmazlıklarda

ıslahın yapılabilip yapılamayacağı, şayet ıslah yapılabilecekse bunun kapsamının ne olduğu noktasındadır.

Bozma kararından sonra ilk derece yargılamasında tahkikata devam edilse dahi ıslahın mümkün olamayacağı, az önce bahsedilen İçtihadı Birleştirme Kararlarında ön plana çıkan görüştür. Bu görüşün temel gerekçesi, bozma kararıyla yargılamanın belli bir seyre sokulduğu, yapılacak ıslahla bu seyrin değiştirilerek bozmanın ve o ana kadar yapılan işlemlerin geçersiz kalacağı ve yargılamanın uzayacağı endişesidir. İşte bu endişe sebebiyle İçtihadı Birleştirme Kararlarında bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşü ağırlık kazanmıştır. Oysa meselenin bu yönü yanında bir başka yönünün de dikkate alınması gerekir.

Gerek HUMK gerekse HMK hükümlerine göre tahkikat, muhakemenin sonuna kadar yapılır. Islah da tahkikatın sonuna kadar yapılabilen bir usul işlemidir (HMK m. 177, f. 1).

Bozmadan veya kararın istinaf incelemesi neticesinde usuli sebeplerle kaldırılmasından sonra dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesince tahkikata devam edilmekteyse, bu tahkikatın bozma veya kaldırma sebebine göre gerçekleştirilmesi söz konusudur.

Sorun; bozmaya uyulmasının veya kaldırma kararının gereklerinin yapılması durumunda oluşan durumun ıslahla bertaraf edileceği düşüncesidir. Fakat bu düşünce özellikle usule ilişkin bozma ve kaldırma kararlarında bir anlam ifade etmemektedir. Örneğin, hiçbir tahkikat işlemi yapılmadan görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmiş ve bu karar kanun yolu aşamasında bozulmuş veya kaldırılmışsa, artık bozmadan veya kaldırmadan sonra ıslah yapılamayacağını söylemek mümkün olmayacaktır. Bu halde bozma veya kaldırmanın kapsamını değiştirecek bir husustan da söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca, aksine bir düşünce, gereksiz davaların açılmasına sebebiyet vererek usul ekonomisi ilkesini zedeleyecektir.

Bozmanın veya kaldırmanın usule ilişkin nedenlerle değil de, esasa ilişkin nedenlerle gerçekleşmesi halinde dikkat edilmesi gereken husus, bozma kararına uyulmakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacak olmasıdır. Değişiklik önerisiyle getirilen birinci fıkranın son cümlesindeki bu ibare, İçtihadı Birleştirme Kararlarında var olan endişenin giderilmesi amacıyla hükme eklenmiştir. Fıkranın

son cümlesinde dikkati çeken husus sadece bozma kararına uyulmasından sonra ortaya çıkan hukuki durumla ilgilidir. Oysa istinaf incelemesi üzerine kaldırılan kararlardan sonra da dosya ilk derece mahkemesinin önüne gitmiş ve ilk derece mahkemesi tahkikata devam etmiş olabilir. Bu halde de tahkikata devam edileceği için ıslah yapılabilecektir. Kaldı ki, bu husus değişik ikinci fıkranın ilk cümlesinde açıkça belirtilmiştir.

Bu noktada sorulması gereken soru, kaldırma kararından sonra bozmaya uyma gibi bir hukuki durumun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Bilindiği gibi, bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353, f. 1 (a) bendi gereğince duruşma yapmadan dosya üzerinden vereceği kararlar kesindir. Bu fıkra gereğince karar kaldırılıp ilk derece mahkemesine gönderilmişse, bu durumda ilk derece mahkemesinin uyma veya direnme benzeri bir karar verebilmesi mümkün değildir. Bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararı üzerine ilk derece mahkemesinin kesin olan bu karar çerçevesinde işlem yapması gerekmektedir. Şu hâlde hukukumuzda, kaldırma kararı sonrasında ilk derece mahkemesince uyma kararına benzer bir karar verilemeyeceği için, değişik ikinci fıkranın son cümlesi sadece Yargıtay'ın bozma kararı sonrası verilen uyma kararları bakımından bir düzenleme getirmiştir. Hemen belirtelim ki, her ne kadar bölge adliye mahkemesinin kararı Yargıtay'ca bozulur ve bölge adliye mahkemesince bozmaya uyma kararı verilebilirse de, HMK m. 357 gereğince istinaf aşamasında ıslah yapılamayacağı için bu yönde bir değişiklik (bölge adliye mahkemesinin bozmaya uyma kararından sonra istinaf aşamasında ıslah yapılabileceğine yönelik) fıkroda yer almamıştır.

Yukarıda bahsedilen meselenin ağır basan yönü, bozma karardan sonra tahkikata devam edilmişse tahkikat tamamlanuncaya kadar ıslahın yapılabilecek olmasıdır. Bu kabul, yargılamanın amacı olan maddi gerçeğin temel alınması suretiyle sübjektif hakların tesisi ilkesinin de bir sonucudur.

Bozmaya uyma kararından sonra ıslah yapılamayacağını belirterek davacıya veya davalıya yeni dava açmasını salık vermek, hem yargılamanın az önce bahsedilen amacına hem de usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki kimi durumlarda yeni dava açılarak da olsa hak kayıplarının önüne geçebilmek mümkün olamayabilmektedir. Şu hâlde yapılan değişiklik tasvip edilebilir.

Gelinen nokta bu olmakla birlikte, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını savunan görüşte de haklılık payı bulunan bazı hususlar vardır. Bu gerekçeler dikkate alınarak değişik ikinci fıkranın son cümlesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz”.

Fıkra gerekçesinde bu değişikliğin sebebi belirtilirken usulî kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağı kavramlarına atıf yapılmış; ancak Kanun metninde bu kavram tercih edilmemiştir.

Usulî kazanılmış hak açık bir kanun hükmüyle tanımlanmamışsa da Yargıtay’ın 1959 ve 1960 tarihli iki ayrı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda kabul edilmiştir. Bu kabulün temelinde de esasen tasarruf ve usul ekonomisi ilkesi vardır. Zira taraflarca temyiz (kanun yolu) sebebi yapılmayan bir hususun kural olarak incelenememesi, temyiz incelemesi dışında kalan bir hususun kesinleşmesi suretiyle tekrar aynı konuya dönülmemesi, sürecin sınırlı ve amaca dönük bir şekilde sonuçlanmasına ve daha fazla zaman kaybedilmemesine yöneliktir.

Bozmaya uyma ile birlikte bir taraf lehine usulî kazanılmış hak doğduğu genel olarak kabul görmektedir. Değişiklik ile hedeflenen, kazanılmış bu hakkın ıslah bahanesiyle ortadan kaldırılamayacak olmasıdır. Gerekçede bu hususa ilişkin bir örnek verilmiştir. Buna göre, anapara ve faiz alacağına ilişkin davanın kabulü üzerine istinaf edilen kararın bölge adliye mahkemesince doğru bulunması ve fakat bölge adliye mahkemesi kararının Yargıtay tarafından sadece faiz bakımından bozulması halinde, bozmaya uyan ilk derece mahkemesi sadece faiz bakımından inceleme yapacak ve davacı taraf anapara miktarını artırmak amacıyla ıslah yapamayacaktır.

Usulî kazanılmış hak kavramının kendisinin ve pek çok istisnasının da tartışmalı olması nedeniyle, değişiklik önerisinde, bu kavramları da kapsayan, ancak daha genel ve geniş bir ifade olarak “bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz” denilmiştir. Bu bakımdan bozmanın usulden mi, yoksa esastan mı olduğu konusu bir ölçüt olarak kabul edilmemiştir. Örneğin maddi tazminat talebine ilişkin bir davada verilen hükmü istinaf yoluna götüren davacının talebi, bölge adliye mahkemesi tarafından reddedilmiş; Yargıtay ise davacı tarafın temyizi üzerine zararın bilirkişi incelemesi yaptırıla-

rak tespit edilmesi yönünden kararı bozmuş ve ilk derece mahkemesi bozma kararına uyarak bozma ilâmı doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırmışsa, daha önce ıslah yoluna başvurmayan davacı, dava değerini, bozma kararı üzerine mahkemece tahkikata devam edildiğine, bir başka deyişle tahkikat henüz sonuçlanmadığına göre artırabilir. Bu bozmaya uyma halinde ilk derece mahkemesinin bilirkişi incelemesi yaptırmaması söz konusu olup, bilirkişi incelemesi bozmanın kapsamı içindedir.

Buna karşılık, örneğin mahkemenin görevsizliğine ilişkin kararın bozulmasından sonra davacının davasını tamamen ıslah etmesi halinde, ıslah dikkate alındığında mahkeme bu kez görevli olmayabilir. İlk kararın, görev yönünden bozulmuş olması taraflar açısından usuli kazanılmış bir hak ortaya çıkarmaz.¹⁰ Bu nedenle de davacının ıslahı kabul edilmeli denirse, bu halde davalının temyizi üzerine mahkemenin görevli olduğu şeklinde bozma kararı verilmişse, davalının bozma ile elde ettiği hukuki sonuç ıslahla ortadan kaldırılmış olur. O halde her durumda usulî kazanılmış hak ile bozma kararı sonucunda ortaya çıkan hukuki durum örtüşmez.

Bölge adliye mahkemesinin başvuru esastan reddetmesi ve bunun üzerine Yargıtay'ın kararı bozması halinde, dosya kararı veren ilk derece mahkemesine gelir (HMK m.373, f.1). Dosyanın ilk derece mahkemesine tekrar döndüğü durumlardan birisi de HMK m.353, f.1, b. (a)'da belirtilen ve usule ilişkin olarak kesin şekilde verilen gönderme kararlarıdır. Bu halde ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin kaldırıp gönderme kararı doğrultusunda işlem yapması zorunludur. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir "uyma" söz konusu değildir. O nedenle söz konusu değişikliğin sınırlı bir uygulama alanı olacağını belirtmek gerekir.

Bu noktada son olarak belirtelim ki, bozmadan veya kaldırmadan önce ıslah hakkını kullanmış bir tarafın koşulları oluşsa dahi bozmadan sonra yeniden ıslah yapabilmesi mümkün değildir. Zira taraf, ıslahı bir kez yapmakla bu hakkını tüketmiştir.

¹⁰ Örnek, 06.05.2016 tarih ve E. 2015/1, K. 2016/1 sayılı İBK'ndaki karşı oy görüşünden alınmıştır.

**(TEKLİF m. 20) HMK MADDE 183/A: TOPLU
MAHKEMELERDE TAHKİKAT**

Değişiklik önerisiyle, toplu mahkemelerde geçerli olmak üzere “*Toplu mahkemelerde tahkikat*” başlıklı yeni bir madde ihdas edilmiştir. Hukukumuzda ilk derece yargılamasında heyet olarak çalışan mahkeme 5235 sayılı Kanun’da belirtilen bazı dava ve işlerde asliye ticaret mahkemesi, ikinci derece yargılamasında ise bölge adliye mahkemesidir. Şu hâlde düzenleme asliye ticaret mahkemelerini ve bölge adliye mahkemelerini ilgilendirmektedir. HMK m. 354’e ilişkin Gerekçe’de bölge adliye mahkemeleri bakımından “*inceleme*” sözcüğü ile kastedilenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu anlamında “*tahkikat*” olduğu açıklamasına yer verildiğini bu bağlamda gözden kaçırmak gerekir. Madde hükmünün HMK m. 360 atfıyla bölge adliye mahkemelerinde de uygulanması yönünden bir sıkıntı olmayacağı düşünülmekle beraber, açıklık getirmek için, madde başlığının “*toplu mahkemelerde tahkikat ve inceleme*” olarak düzenlenmesi ve bölge adliye mahkemelerinin de bu maddenin kapsamına girdiğini anlatmak üzere açık bir fıkranın maddeye eklenmesi yerinde olurdu.

Heyet olarak çalışan mahkemelerde başkanın ve üye hâkimlerin görev alanları, yetkileri ve sorumlulukları uygulamada kimi zaman sorunlara sebebiyet vermektedir. Nitelikleri itibarıyla bu sorunların yargı kararlarına veya öğretiyeye yansımaları da pek mümkün değildir.

Ayrıca, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, heyet olarak çalışan mahkemelerin işleyişinin nasıl olacağına ilişkin açık bir düzenleme HMK’da bulunmasa da kimi maddelerde heyet olarak çalışan mahkemelerin işleyişine dair münferit hükümler mevcuttur (m. 152, ilgililere soru sorulması; m. 298, hükmün yazılması; m. 299, hükmün imza edilememesi gibi). Getirilmesi önerilen düzenleme ile heyet olarak çalışan mahkemelerin düzenli, verimli ve uyum içinde çalışmaları hedeflenmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında, davadan önce talep edilen geçici hukuki koruma tedbirleri de dâhil olmak üzere heyetin görev alanına giren tüm kararların heyetçe alınacağı belirtilmektedir. Yine tüm yargılama faaliyetleri ve işler heyetçe yerine getirilecektir.

İkinci fıkrada, üye hâkimlerden birisi tarafından tahkikat işlemlerinin yürütülebileceğinin heyet tarafından kararlaştırılabileceği dü-

zenlenmektedir. Maddenin açık yazımının görevlendirme yetkisini heyete verdiği anlaşılmaktadır. Bu halde görevlendirmeyi tek başına başkan değil, heyet yapacaktır ve görevlendirilen hâkim tahkikat hâkimi olarak adlandırılacaktır. Yani heyet üyelerinin alacağı kararla görevlendirme yapılacaktır. Fakat madde gerekçesinde görevlendirmenin başkan tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce, görevlendirmenin heyet tarafından yapılması zorlukları bünyesinde barındırsa da maddenin açık hükmü karşısında aksini kabul etmek, yani görevlendirmenin mahkeme başkanınca yapılacağını kabul etmek pek mümkün değildir.

Maddede dikkati çeken bir diğer husus ise tahkikat hâkimi olarak sadece üyelerden birinin görevlendirilebileceği, başkanın tahkikat hâkimi olamayacağıdır. Ayrıca sadece bir üye görevlendirilebilecek, birden fazla üyenin aynı dosyada tahkikat hâkimi olabilmesi mümkün olmayacaktır.

Görevlendirilen tahkikat hâkimi, tahkikat sürecinde HMK kapsamında yapılacak tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Kısaca delillere ilişkin işlemleri yapabileceği gibi duruşmaları da tahkikat hâkimi sevk ve idare edecektir. Tahkikat hâkimi her ne kadar tahkikata dair tüm işlemleri yapma yetkisini haizse de, bu süreçte tesis edilmesi gereken ihtiyati tedbir veya haciz kararlarını müstakil olarak alamayacak, bu halde olumlu veya olumsuz bir karar için dosyayı heyete sevk edecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tahkikatın heyetçe yürütüldüğü dava ve işlerde başkanın görevlendirmesi ile üyelerden birinin naip hâkim olarak çalışabileceği hususu düzenlenmektedir.

Görevlendirilen naip hâkim, tahkikat içinde yapılabilecek bazı işleri bizzat yerine getirecektir. Örneğin; naip hâkim, keşif yapabilecek, bilirkişi ile yerinde inceleme gerçekleştirebilecek veya tanıdığı bulunduğu yerde dinleyebilecektir. Bir önceki fıkrada tahkikat hâkimini görevlendirme konusunda yetki heyette iken, bu fıkrada açıkça naip hâkimin görevlendirmesinde yetkinin başkanda olduğu belirtilmektedir. Dava açılmadan önce talep edilen delil tespitleri de naip hâkim tarafından yapılabilecektir. Naip hâkim sadece görevlendirme kapsamında yetkiye sahiptir. Yani başkanın belirlediği işleri yapacak, bunun dışında başkaca bir işlem yapamayacaktır. Görevlendirildiği işlemi tamamlayan naip hâkim dosyayı yeniden heyete teslim edecektir.

Maddenin son fıkrasında mahkeme başkanının mahkemenin uyumlu, verimli ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlayacağı ve bu kapsamda uygun göreceği gerekli önlemleri alacağı hükme bağlanmaktadır. Benzer bir hüküm 5235 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiş olsa da heyet olarak çalışacak mahkemelerin işleyişine ilişkin bir düzenlemenin yargılama kanununda da bulunması uygun olacaktır. Mahkeme başkanının uygun göreceği önlemlerden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda ne maddede ne de gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Bu noktada tahkikat hâkimi olarak görevlendirilen üye hâkimin başkan tarafından dosyadan el çektilirip başka bir üyeye dosyanın verilip verilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, gerekli önlemlerin alınmasının kapsamına bu durum girmemelidir. Zira üye hâkimin bir dosyada tahkikat hâkimi olarak görevlendirilmesi ile birlikte dosyaya devam edip karar aşamasına kadar dosyanın kendisi tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Devam ettiği bir dosyadan mahkeme başkanı tarafından görevden alınması, o hâkime olan bir güven eksikliği veya hâkimin liyakatsizliği neticesinde dosyaya devam edemediği intibamı yaratacaktır ki böyle bir sonuçla hâkimi karşı karşıya bırakmak gibi bir ihtimale Teklif'in izin verdiğini düşünmek mümkün olmamalıdır.

(TEKLİF m. 21) HMK MADDE 186: SÖZLÜ YARGILAMA

Maddenin ilk fıkrasının değiştirilmesi önerilmektedir. Yukarıda 147. maddede açıklandığı üzere, tahkikatın hitamını müteakip hemen sözlü yargılamaya geçilmesi Teklif'te asıl usul haline gelmiştir. Bu durum zaten ön incelemenin tamamlanmasından sonra taraflara gönderilecek davetiyede belirtilecektir. Taraflardan birisi sözlü yargılama için ayrı bir günde duruşma yapılması talebinde bulunmuşsa mahkeme, artık duruşmayı iki haftadan az bir süre olmayacak şekilde erteleyecek ve yeni bir duruşma günü verecektir. Bu duruşma günü taraflara ayrıca tebliğ edilmeyecektir.

Sözlü yargılama için ayrı bir duruşma günü belirlenmesine rağmen bu duruşma gününün taraflara tebliğ edilmemesinin pratik yararları bulunmakla birlikte bu durum meseleyi hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden bir boyuta taşıyabilir. Özellikle, taraflardan birinin sözlü yargılama duruşmasından önceki son tahkikat duruşmasına katılmamış olması, duruşmaya katılmayan taraf bakımından sorunlara

sebebiyet verebilecektir. Fakat duruşmaya katılmasa da yargılamayı o aşamaya kadar takip etmiş olan tarafın katılmadığı duruşmanın akıbetini merak edip son duruşmada yapılanlardan haberdar olabileceği ve bu kapsamda sözlü yargılama duruşmasının zamanı konusunda bilgi sahibi olabileceği kabul edilmelidir.

HMK m. 147'ye ilişkin değişiklik önerisinde yer verildiği (bkz. Teklif m.16) için, burada HMK m. 150 hakkında bir kere daha açıklama yapılmasına gerek görülmemiştir.

(TEKLİF m. 22) HMK MADDE 206: İMZA ATAMAYANLARIN DURUMU

Madde, imza atamayanların düzenleyecekleri senetlere ilişkindir. Teklif'te, mevcut hükümlerden farklı olarak, ikili bir ayrıma gidilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında okuma yazma bilmediği için imza atamayanların hukuki durumu ele alınmışken, ikinci fıkrasında okuma yazma bilmesine rağmen imza atamayanların hukuki durumları düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında okuma yazma bilmediği için imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için ilgili belgelerin noter tarafından düzenleme biçiminde hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise okuma yazma bildiği halde imza atamayanların mühür, bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesinin, belgenin noter tarafından düzenleme veya onaylama biçiminde hazırlanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir.

HMK m. 206 ile getirilen şekil, ispat şartı olup; işlemin geçerliliği ile ilgili değildir. Ancak senetle (kesin delille) ispat sınırını aşan (m. 200) hukuki işlemlerin ispatı bakımından delil sağlamak amacıyla imza atamayanların işlemleri için notere başvurma zorunluluğu, bir güvence teşkil etmekle birlikte, uygulamada bazı zorluklar da yaratmaktadır.

Teklif bu anlamda yeni bir düzenleme yoluna gitmiş ve bir ayırım yapmıştır. Önceki (mevcut) hükümde sadece imza atamayanlardan

söz edildiği halde, Teklif'te imza atamayanların okuma yazma bilip bilmemesine göre farklı düzenleme öngörülmüştür.

Buna göre okuma-yazma bilmeyen ve imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için, ilgili belgelerin noter tarafından **düzenleme** biçiminde hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, okuma yazma bildiği halde imza atamayanların mühür, bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için, belgenin noter tarafından **düzenleme veya onaylama** biçiminde yapılabilmesi mümkündür.

Noterlerin düzenleme biçiminde yaptıkları işlemler bakımından, noterlik mevzuatı gereği iki tanık bulundurulması zorunlu olduğu ve imza atamayanlar için bu durum kimi kez zorluk oluşturduğu, kimi zaman da ilgililer işlemin gizli kalmasını arzu ettikleri için bunu istemediklerinden, HMK m. 206 hükmü yakınmalara sebep olmakta idi. Noterler, ister onaylama isterse düzenleme biçiminde işlem yapsınlar, kanunlardaki emredici hükümlere uymak zorundadırlar (Noterlik Kanunu m. 53). Bu anlamda Noterlik Kanunu m. 87'ye göre, *"ilgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, hazır bulundurulacak iki tanık huzurunda maksadını notere"* beyan etmek zorundadır. Bu nedenle değişiklik önerisinin ilk fıkrasında *"düzenleme"* biçimi kabul edilmişken; okuma yazma bilen ancak imza atamayanlar bakımından dilerlerse onaylama biçiminde işlem yapmaları da mümkün hale getirilmiştir.

Son fıkrada yapılan değişiklikte de yukarıdaki kapsamda hazırlanan düzenleme ve onaylama biçimindeki belgelerin ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmayacağı ifade edilmiştir.

(TEKLİF m. 23) HMK MADDE 215: BELGELERİN HALEFLER ALEYHİNE KULLANILMASI

Öğretide, HMK'da yer almaması eleştirilen ve hatta HMK hazırlanırken unutulduğu iddia edilen ve adi senetlerin üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesine ilişkin olan HUMK m. 299 hükmünün büyük ölçüde benzeri, değişiklik önerisinde 215. maddenin ikinci fıkrası olarak Kanun'a dâhil edilmektedir. Bu maddenin düzenlenme sebebi, adi senetteki tarihin üçüncü kişiler açısından hangi an itibarıyla bağlayıcı

olduğunun belirlenmesidir. Özellikle muvazaa iddialarının ispatı bakımından senetteki tarih üçüncü kişiler açısından önem arz edebilir. Maddeye eklenen ikinci fıkra ile birlikte madde başlığı da değişmiş ve “Belgelerin halefler aleyhine kullanılması ve adi senetlerin üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesi” halini almıştır.

Eklenmesi önerilen 2. fıkraya göre, adi senet notere veya yetkili memura ibraz edilerek noter ya da yetkili memur tarafından usulüne uygun olarak onaylanmışsa ibraz tarihinde; resmi bir işleme konu olmuşsa işlem tarihinde; imza edenlerden biri ölmüşse ölüm tarihinde; imza edenlerden birinin yeniden imza atmasına fiilen imkân kalmamışsa, bu imkânsızlığın gerçekleştiği tarihte, üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade eder.

Adi senet içeriğinde bahsedilen başka senetlerin tarihleri de ancak son senet tarihinin onaylanmış sayıldığı tarihte üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edecektir.

Madde başlığı ve eklenen fıkrada adi senetten bahsedilmesine rağmen, HMK m. 199’da hükme bağlanan belgeler bakımından da bu değişikliğin geçerli olması kabul edilmelidir. Zira senet niteliğine sahip olmasa da özellikle delil başlangıcı olabilecek belgelerin tarihi üçüncü kişiler bakımından önem arz edebilir ve bu halde delil başlangıcındaki tarih, 215. madde çerçevesinde üçüncü kişiler bakımından da hüküm ifade eder.

(TEKLİF m. 24) HMK MADDE 222: TİCARİ DEFTERLERİN İBRAZİ VE DELİL OLMASI

Ticari defterlerin delil değeri konusunda HMK’nın yürürlüğe girdiği andan itibaren yapılan tartışmalara son vermek amacıyla madde değişikliği yapılması önerilmektedir.

Değişiklikle, eleştirilere konu olan “ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi” ibaresi kaldırılmaktadır. Kaldırılan bu ibarenin tartışmalara neden olmasının sebebi, diğer tarafın ticari defterlerinde dava konusu ticari ilişkiye dair hiçbir kayıt olmamasına rağmen ticari defterlere dayanan tarafın kendi kayıtlarından lehine sonuç çıkartacak olmasıdır. Yani, ticari defterlere dayanan tarafla hiçbir ticari ilişkisi bulunmaması sebebiyle olağan olarak kendi defterlerine uyuşmazlık konusu alacağı

ilişkin kayıt düşmeyen taraf, defterlere dayanan tarafın bizzat kendisinin hazırladığı ticari defterlerinden lehine sonuç çıkarmasına engel olamayacaktır. Bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı açıktır.

Yapılması önerilen değişiklikte birlikte, karşı tarafın usulüne uygun olarak tuttuğu defterleri ibraz etmesi ve bu defterlerde ileri sürülen husus hakkında hiçbir kayıt bulunmaması halinde ticari defterlere dayanan tarafın kendi lehine hak çıkartabilmesi mümkün olmayacaktır.

Maddeye eklenen cümlede dikkat çeken nokta, kendi defterlerinde iddia edilen hususa ilişkin hiçbir kayıt içermeyen tarafın, iddia edenin ticari defterlerinden lehine sonuç çıkarmasına mâni olabilmesi için kendi defterlerini, ikinci fıkrada sayılan hususlara uygun olarak tutmuş olmasının gerekmesidir.

Maddenin mevcut üçüncü fıkrasından çıkarılan “*ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi*” ibaresi yerine, “*diğer tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikte birlikte, karşı tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi ve diğer koşulların da bulunması halinde, ticari defterlere dayanan tarafın kendi lehine bir sonuç çıkarması mümkün olacaktır. Gerekçede bu durumun hakkaniyete uygun olduğu belirtilerek, ticari defterlerini ibraz ederek hasmını hedef alan kayıtlardan kendi lehine hak çıkartacağını bildiren tarafa karşı hasmın sessiz kalması ve kendi defterlerini ibrazdan imtina etmesinin, aleyhine doğacak hukuki sonucu haklı göstereceği ifade edilmiştir. Yine gerekçede, defterlerini sunmayan tarafın ileri sürülen delili hükümden düşürecek başkaca herhangi bir kayda sahip olmadığı sonucunun da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Elbette, sorumlu olmadığını kendi ticari defterleriyle kanıtlayamayan tarafın, karşı tarafın ticari defterlerindeki kayıtların aksini senet veya diğer kesin delillerle ispat edebilmesi mümkündür.

(TEKLİF m. 25) HMK MADDE 281: BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

Teklif’le, bilirkişi raporlarına itirazı düzenleyen maddede itiraz süresi konusunda değişiklik yapılması önerilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasına eklenen cümle ile taraflardan birinin iki haftalık rapora itiraz süresi içinde bilirkişi raporuna itiraz dilekçesini hazırlamasının çok zor veya imkânsız olması ya da özel yahut teknik

bir çalışmayı gerektirmesi halinde, iki haftalık itiraz süresi içinde mahkemeye başvurarak bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre isteyebileceği düzenlenmiştir.

Mahkemenin ek süre talebini kabul etmesi üzerine vereceği süre, iki haftalık itiraz süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Değişiklik gerekçesinde, değişikliğin sebeplerinden birisi olarak bilirkişi raporuna itiraz süresinin kısa olduğu yönünde uygulamadan kaynaklanan şikâyetler gösterilmiştir.

Değişiklik çerçevesinde dikkat edilmesi gereken husus, her bilirkişi raporundan (bilhassa ek rapordan) sonra rapora itiraz için uzatma talep eden tarafın bu talebinin mahkemece kabul edilmeyecek olmasıdır. Özellikle yargılamayı geciktirmek amacıyla yapılan uzatma taleplerinin mahkemece kabul edilmeyeceği muhakkaktır.

(TEKLİF m. 26) HMK MADDE 290: KEŞFİN YAPILMASI

HMK m. 290'a ilişkin değişiklik önerisinde, keşfin yapılması başlığını taşıyan maddenin ilk fıkrasına bir sözcük eklenmektedir. Buna göre, "*Keşfin yeri*" ibaresinden sonra "*kapsamı*" ibaresi fıkraya dâhil edilmektedir. Bu eklemenin sebebi olarak, gerekçede, keşfin kapsamının da mahkeme tarafından belirleneceğine vurgu yapılmak istenmesi hususu gösterilmiştir. Keşfe gitmeden önce mahkemenin keşfin kapsamını belirlemesiyle sadece belirlenen kapsam içerisinde keşfin yapılacağı, uyuşmazlığın gerektirmediği konuların keşfin dışında kalacağı ve yine kapsam içinde kalan bilgilerin dosyaya gireceği hususlarının altı gerekçede çizilmektedir.

İkinci fıkraya eklenen cümlelerin amacı, hâkimin keşifle ilgili gözlemlerini keşif tutanağına aktarmasının sağlanmasıdır.

Hâkimin keşif konusuna ve mahalline ilişkin gözlemlerini keşif tutanağına aktarması, keşfi yapan ve dosyayı aradan zaman geçtikten sonra tekrar ele alan hâkimin veya dosyayı daha sonra inceleyecek başka bir hâkimin yahut keşif tutanağında inceleme yapması gerekebilecek bilirkişinin işini kolaylaştıracaktır.

Keşif tutanağına hâkimin gözlemlerinin aktarılması, heyet olarak uyuşmazlığı çözecek mahkemelerde keşfe katılmayan hâkimlerin keşif konusu hakkında daha detaylı bilgiler edinmesine de vesile olabilecektir.

Benzer şekilde, kanun yolu aşamasında dosyayı inceleyen mahkemenin keşif konusu hakkında daha detaylı bilgi sahibi olması bu değişiklikte mümkün olabilecektir. Yapılması önerilen değişiklikte dikkate çeken husus, “yazılır” ibaresi kullanılarak hâkimin keşif sonucunda gözlemlerini yazması gerektiğinin zorunlu olduğuna ayrıca işaret edilmesidir.

(TEKLİF m. 27 ve m. 28) HMK MADDE 305/A: HÜKMÜN TAMAMLANMASI

Teklif’in 28. maddesiyle yeni bir hüküm ihdas edilmektedir.

Yeni maddenin başlığı “*Hükümün tamamlanmasıdır*”. Önerilen düzenleme ile hedeflenen, talep edilmesine ve yargılama konusu yapılmasına rağmen hakkında hüküm verilmeyen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hükme alınmayan hususların ek karara konu olabilmesidir.

Uygulamada “ek karar” biçiminde verilen kararların da yasal dayanağı bulunmadığından bunun çerçevesi ve sınırlarının çizilmesi açısından da değişiklik önerisi uygun ve isabetli bir öneri olarak kabul edilebilir.

Gerçekten, tarafların talebine rağmen bazı hallerde bu taleplerin hükme yansması mümkün olmamaktadır. Bu durum genellikle mahkemenin ihmalinden kaynaklanmaktadır. Keza, geçici hukuki korumalar bakımından da bu tür eksiklikler mümkün olabilmektedir. Benzer şekilde, yargılama giderleri ve bu kapsamda özellikle vekâlet ücretleri konusunda da hükümde eksiklikler bulunabilmektedir. Bu eksikliklerin veya hükme geçmesi gereken hususların hükme eklenmesi, tavzih veya tashih kurumuyla da mümkün olamamaktadır.

Hükümün tamamlanması, hukukumuza yabancı bir kavram da değildir. HMK m. 437, f. 4 gereğince; “*taraflardan her biri, hakem kararlarının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere, tahkim yargılama sırasında karara bağlanmamış konularda sonradan karar verilebilmesi

talep üzerine mümkündür. Teklifin 28. maddesiyle HMK'ya eklenmesi önerilen 305/A maddesinde, 437. maddeden farklı olarak, karşı tarafa bilgi verme kaydı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, mahkeme kararının tamamlanmasının talep edildiği durumda karşı tarafa bu konuda bilgi verilmelidir. Yine 437. maddenin 5. fıkrasında, tamamlanan kararın hakem kararının bir parçası olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce, tamamlanan mahkeme kararlarının da asıl kararın bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir.

Maddede sorun teşkil edebilecek bir diğer husus ise, tamamlayıcı karara karşı müstakil olarak kanun yoluna başvurulacak olmasıdır. Bu durumda sorun, asıl hükme karşı kanun yoluna başvurulmuş olması halinde, hangi esas numarasıyla tamamlayıcı karara karşı kanun yoluna başvurulacağıdır.

Tamamlayıcı karar ile asıl kararın kanun yolu aşamasında incelenmesi açısından zamansal bir sorun olacağı düşünülmesi de tamamlayıcı karara en geç hükmün tebliğinden itibaren bir ay içinde başvurulacağından, her iki kararın da aynı anda incelenmesi kuvvetle muhtemeldir- tamamlayıcı kararın esas numarasının asıl kararın esas numarası ile aynı olması gerektiği söylenebilecektir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, tamamlayıcı karar asıl kararın bir parçasıdır. Bu aşamada özellikle yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda tamamlayıcı karar talep edilmişse, mahkemenin bu talebi duruşma yaparak karara bağlayabilmesi gerekir (HMK m. 306).

Tamamlama talebi, uyuşmazlığın esasına ilişkin önemli noktalar üzerinde değil de vekâlet ücreti veya yargılama gideri gibi mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken hususlardaki eksikliklerden kaynaklanıyorsa, bu durumda mahkemenin duruşma yapmadan dosya üzerinden tamamlayıcı karar verebilmesi mümkündür.

Tamamlayıcı kararı, taraflardan biri nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde mahkemeden isteyebilir.

Teklif'in 27. maddesinde, bu değişikliğe paralel olarak Kanunun Beşinci Kısımının İkinci Bölümünün başlığı "*Hükmün Tashihi, Tavzihi ve Tamamlanması*" olarak değiştirilmiştir.

(TEKLİF m. 29) HMK MADDE 306: TAVZİH TALEBİ VE USULÜ

Maddede, tamamlayıcı kararlar uyum sağlayacak değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikle birlikte tavzih talebi üzerine gerçekleşecek usul işlemleri, tamamlama talebi üzerine de gerçekleşecektir. Maddenin başlığı "*Tavzih ve tamamlama talebi ile usulü*" olarak değiştirilmiştir.

(TEKLİF m. 30) HMK MADDE 310: FERAGAT VE KABULÜN ZAMANI

Önerilen yeni düzenlemede, feragat ve kabulün yapılma zamanı ve verilecek hükme ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede, maddeye eklenen ikinci fıkraya göre, feragat ve kabul hükmün verilmesinden ve fakat dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmesinden önce yapılmışsa, mahkemenin dosyayı kanun yolu incelemesine göndermeyeceği, feragat veya kabule göre ek karar vereceği hükme bağlanmaktadır. Bu şekilde dosyanın kanun yoluna taşınmadan sonuçlandırılmasının önü açılmaktadır. Gerçekten de kabul veya feragate rağmen dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesini beklemek ve derece mahkemesinin kararı üzerine işlem yapmak emek ve zaman kaybına sebebiyet verecektir. Nihai karardan sonra feragat ve kabul hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf yargılamasında mümkün olabilmektedir. Şayet, bölge adliye mahkemesinin nihai kararından sonra feragat ve kabul gerçekleşmiş ve bu durum temyiz aşamasına dosyanın gönderilmesinden önce vuku bulmuşsa, bölge adliye mahkemesi ek karar ile feragat ve kabulün niteliğine göre hüküm tesis edecektir. Madde ile "*ek karar*" kavramı HMK'da ilk defa yer bulmaktadır. Bu itibarla, maddedeki değişikliğin gereksiz, bilineni ortaya koyan bir değişiklik olduğunu söylemek mümkün değildir. Esasında uygulama da açık bir yasal dayanak bulunmadığı halde bu şekilde gelişmiştir. Bunun nedeni ise Yönetmeliğin, dayanağını Kanundan almayan, m.215 hükmüdür. Değişiklikle bu hata düzeltilmiş ve konu, açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Maddenin üçüncü fıkrasına yapılan ekleme ile dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra feragat ve kabul gerçekleşmişse, Yargıtay'ın dosyayı incelemeksizin feragat ve kabul hususunda ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye göndereceği hükme bağlanmıştır. As-

lında değişiklik ile, mevcut uygulama kanun maddesi haline gelmiştir. Maddenin değiştirilmesi önerilen 3. Fıkrasında yer alan ve “*Yargıtay temyiz incelemesi yapmaksızın*” şeklinde olan ibareden anlaşılması gereken, kabul ve feragat beyanında bulunan taraflar açısından Yargıtay’ın feragat veya kabul hususunda ek karar vermesi için dosyayı hükmü tesis eden mahkemeye göndermesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada Yargıtay- bugüne kadarki uygulamanın aksine- bozma kararı vermektedir. Bu şekilde usul ekonomisi açısından da uygun olan pratik bir yöntem tercih edilmiştir.

İhtiyari dava arkadaşlığında bir veya birkaç dava arkadaşı kabul veya feragatte bulunup diğerlerinin bu yönde bir beyanları mevcut değilse elbette Yargıtay’ın kabul veya feragat beyanında bulunmayan dava arkadaşları bakımından inceleme yapması ve gerekli kararı vermesi gerekmektedir.

(TEKLİF m. 31) HMK MADDE 314: SULHÜN ZAMANI

Teklif ile 310. maddede yapılan değişikliklerle uyumlu olacak ve benzer hususları kapsayacak şekilde maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmektedir.

(TEKLİF m. 32) HMK MADDE 317: DİLEKÇELERİN VERİLMESİ

Maddede yapılması önerilen değişiklik, yazılı yargılama usulünde cevap dilekçesi verme süresinin uzatılmasına ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliktir.

Basit yargılama usulünde de ek cevap süresi, cevap süresinin bitiminden itibaren başlayacak şekilde değiştirilmektedir.

(TEKLİF m. 33) HMK MADDE 323: YARGILAMA GİDERLERİNİN KAPSAMI

Maddede yapılması önerilen değişiklikle, celse harcı yargılama giderleri arasından çıkarılmaktadır. Gerçekten de celse harcı, bir yargılama gideri değil, duruşmanın gereksiz yere ertelenmesine sebebiyet veren taraf ve vekiline yüklenen bir yükümlülüktür.

Değişiklikle maddenin ilk fıkrasının (a) bendine başvuru harcı eklenmektedir. Aslında yargılama giderleri arasında kabul edilen başvuru harcı, açık bir şekilde maddede sayılarak uygulamada yaşanan tereddütler giderilmektedir.

(TEKLİF m. 34) HMK MADDE 331: ESASTAN SONUÇLANMAYAN DAVADA YARGILAMA GİDERİ

Değişiklik önerisiyle, maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “veya gönderme” ibaresi kaldırılmıştır. Değişikliğin sebebi, ilk itiraz olarak kabul edilen iş bölümü itirazının 116. maddeden kaldırılmış olmasıdır. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunun kabulüyle birlikte, iş bölümü ve bu ilişkinin doğal bir sonucu olan gönderme kararı hukuk hayatımızdan çıktığı için, maddede gerekli düzenleme yapılmakta ve gönderme kararına atıf yapan ibare kaldırılmaktadır.

(TEKLİF m. 35) HMK MADDE 341: İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULABİLEN KARARLAR

Maddede yapılması önerilen değişiklikle, istinaf yoluna başvurulabilecek ilk derece mahkemesi kararlarının kapsamı genişletilmektedir.

Değişikliğin ana hedefi, yüzüne karşı aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu karara karşı doğrudan istinaf yoluna başvurabilmesinin önünü açmaktır.

Gerçekten de mevcut HMK düzenlemesine göre, yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin, bu karara karşı -öğretide bazı yazarların aksi yöndeki görüşlerine rağmen- kanun yoluna başvurabilmesi mümkün olmamaktaydı. Oysa hak arama özgürlüğünün yargılamanın her aşamasında ilgililerce etkin ve eşit bir şekilde kullanılması son derece önemlidir.

Yokluğunda ihtiyati tedbir veya haciz kararı verilen kimsenin, bu karara itiraz etmesi ve sonrasında itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurması mümkünken, yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu haktan mahrum bırakılması düşünülemez. Aksinin kabulü hak arama özgürlüğünün gereksiz yere kısıtlanması sonucu doğurur.

Yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kim-
senin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz duruşmasında bu karara itiraz
etme hakkının bulunması, onun istinaf hakkının elinden alınmasının
haklı gerekçesi olamaz.

Önerilen değişiklikle HMK'da yaratılan eşitsizlik giderilmekte ve
yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen tarafın da
tıpkı yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilen taraf gibi istinaf yoluna
başvurmasının -bu karara karşı doğrudan doğruya- önü açılmaktadır.

(TEKLİF m. 36) HMK MADDE 353: DURUŞMA YAPILMADAN VERİLECEK KARARLAR

Uygulamada büyük tartışmalara sebebiyet veren maddenin ilk
fıkrasının (a) bendinin 6.alt bendi Teklif'te önemli bir değişikliğe uğ-
ramaktadır. Söz konusu düzenlemede SchZPO/CPC m.318 dikkate
alınmıştır.

Böylece HMK'da istinaf kanun yolu bakımından büyük tartışma-
lara sebebiyet veren 6. alt bent tamamen değişmektedir. Yeni düzen-
lemeye göre, *"mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde
önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin
önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması"* halinde, bölge adliye
mahkemesi dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine duruş-
ma yapmadan kesin olarak karar verebilecektir.

HMK'da mevcut düzenlemede ise, delillerin hiç toplanmamasın-
dan veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesinden söz edil-
mektedir. Getirilen düzenleme ile bölge adliye mahkemesince dosya-
nın ilk derece mahkemesine kesin olarak gönderilmesinin kapsamının
bir ölçüde netleştirilmesi hedeflenmektedir. Her türlü delilin eksikliği
veya dosyada önem arz etmeyen bir delilin ilk derece mahkemesince
değerlendirilmemiş olması, dosyanın kesin olarak ilk derece mahke-
mesine gönderilmesinin bir gerekçesi olmamalıdır.

Sınırlı (dar) istinaf modelinin kabul edildiği HMK sistematığında
yargılamanın ağırlığı ilk derece mahkemesindedir. İstinaf inceleme-
sinde değerlendirme, ilk derece yargılamasındaki deliller, vakıalar ve
usul işlemleri üzerine kurulmuştur. Bu sebeple yeni vakıa ve delil ge-
tirilmesi yasağı istinaf yargılamasının en önemli kurallarından biridir.

İlk derecedeki yargılamanın niteliği ve kalitesi istinaf incelemesinin niteliğini ve kalitesini belirleyecektir. Kısaca, ilk derece yargılamasında vakıalar ne kadar iyi netleşmiş, deliller ne kadar iyi somutlaşmış ve neticesinde deliller ne kadar iyi değerlendirilip hüküm gerekçeli ve mantıklı bir şekilde kurulmuşsa, bölge adliye mahkemesinin işi de o kadar kolay olacak ve bölge adliye mahkemesinden beklenen fayda o kadar fazla hâsıl olacaktır. Şu hâlde, ilk derece mahkemesi, davanın esasına etki eden ve uyuşmazlığın çözümüne tesir edecek olan “önemli” bir delili toplamadan veya “önemli” bir delili değerlendirmeden kararını vermişse, sistemde kayda değer bir açık ortaya çıkacaktır. Bir anlamda sistemin temelini oluşturan parça eksik olduğundan, üzerine inşa edilecek yapının da sağlıklı olması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda bölge adliye mahkemesinin de kendisinden beklenen yargısal faaliyeti gerçekleştirebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu takdirde bölge adliye mahkemesinin inceleyeceği alanda önemli bir boşluk bulunacaktır. Bu ihtimalde bireyin dereceli yargılanma hakkının da zarar gördüğü aşikârdır. Zira dereceli yargılanma hakkının bir gereği de ilk derece yargılamasının eksiksiz bir şekilde gerçekleşmesidir.

Uyuşmazlığın çözümüne etkili olan delillerin toplanmaması veya bu nitelikteki delillerin değerlendirilmemesi, ilk derece yargılamasında ciddi bir sorunun bulunduğu ortaya koymaktadır. İlk derece yargılamasında meydana gelen bu boşluğun bölge adliye mahkemesince tamamlanıp hüküm tesis edilmesini beklemek de mümkün değildir. Netice itibarıyla, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın çözümünde etkili olan delilin toplanmaması veya bu nitelikteki bir delilin değerlendirilmemesi dosyanın bölge adliye mahkemesince kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi sebebidir. Elbette bir uyuşmazlıkta hangi delilin bu nitelikte olduğunu belirleme yetkisi derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesindedir.

Bölge adliye mahkemesi, uyuşmazlığın niteliğine, vakıalara, talep sonuçlarına bakarak bu konuda bir karar verecek ve ilk derece mahkemesinden, belirttiği delilleri topladıktan veya değerlendirdikten sonra karar vermesini kesin olarak isteyecektir.

Bu noktada son olarak belirtelim ki, gerek mevcut alt bentte yer alan “hiç” ibaresi gerekse de değişiklikte yer alan “önemli” ibaresi sorunu tam olarak çözen teknik terimler değildir. Aslında mevcut isti-

naf uygulamamızın bu aşamadaki sorununu çözebilecek bir sözcük de mevcut değildir. Sorunu çözecek olanlar; sözcüklerle bağlı kalmaksızın ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleridir.

Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesinin kapsamının ne olduğunu ve hangi koşullarda dosyanın ilk derece mahkemesine tekrar inceleme için gönderilmesi gerektiğini bilebilecek durumdadır. Aslında, ilk derece mahkemesine göndermemesi ve esas hakkında inceleme yapması gereken bir dosyayı, bir an önce bu dosyadan kurtulma düşüncesinde olan bir mahkemenin bu anlayışını ortadan kaldıracak bir sözcük henüz bulunmamıştır. Kısaca, sözcükler üzerinde saplanıp kalmadan her derecenin kendi sorumluluğunun bilincinde olduğu bir sistemde, 353. maddenin ilk fıkrasının (a) bendinin 6. alt bendi sebebiyle yaşadığımız sorunlar yaşanmayacaktır. Maddenin son fıkrasında yapılması önerilen değişikliğin sebebi ise Kanun'da bulunmayan bir karar verme imkânının bölge adliye mahkemesine sağlanmasıdır.

Mevcut sistemde, bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden eksiklikleri tamamlayıp esastan ret kararı vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda mahkemenin muhakkak duruşma yapması, eksiklikleri tamamlaması ve sonrasında esastan ret kararı vermesi gerekir. Değişiklik önerisiyle, yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanabilecek nitelikte ise bölge adliye mahkemesi dosya üzerinden istinaf talebinin esastan reddine karar verebilecektir. Böylece, HMK m.353, f.1, b.(b)-3'ün şu şekli alması önerilmektedir: "*Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra **başvurunun esastan reddine veya yeniden esas hakkında, ...duruşma yapılmadan karar verilir.***"

(TEKLİF m. 37) HMK MADDE 356: DURUŞMA YAPILMASI VE KARAR VERİLMESİ

Maddede önerilen değişiklik ile duruşma yaptıktan sonra bölge adliye mahkemesinin vereceği karar türlerinin neler olabileceği daha açık bir şekilde düzenlenmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına yapılan ekleme ile bölge adliye mahkemesi duruşma sonrasında başvurunun esastan reddine karar verebileceği gibi, gerekirse ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın kabulüne veya reddine hükmedilebilecektir.

Bu madde kapsamında değişiklikten önce uygulamada tereddütler yaşanmasının sebebi, istinafta ön incelemeye dair 352. madde ve duruşma yapılmadan verilecek kararları düzenleyen 353. maddedir. Söz konusu maddeler gereğince, istinaf incelemesi duruşmasız olarak yapılacaktır. Bu maddeler haricinde istinaf incelemesinin- uygulama aksi yönde cereyan etse de- duruşmalı olarak yapılması asıldır. Sorun, bölge adliye mahkemesinin duruşmalı inceleme yapılmasına karar vermesinden sonra 352 ve 353. maddelerdeki (ki bu maddelerde kanun gereği asıl olan dosya üzerinden inceleme yapılmasıdır) eksiklikleri tespit etmesi halinde nasıl karar vereceği noktasındadır.

Mevcut hüküm bu konuda bölge adliye mahkemelerinin farklı kararlar vermelerine neden olmuştur. Değişiklikle birlikte, bölge adliye mahkemesi incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar vermiş olsa da başvurunun esastan reddine karar verebileceği gibi, dosyanın kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine de karar verebilecektir. Elbette, bölge adliye mahkemesi duruşmadan sonra ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp, davanın kabulüne veya reddine de hükmedebilecektir.

Ayrıca maddenin başlığının da *“Duruşma yapılması ve karar verilmesi”* şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir.

(TEKLİF m. 38) HMK MADDE 358: DURUŞMAYA GELİNMEMESİ VE GİDERLERİN ÖDENMEMESİ

Maddenin ilk fıkrasında yapılması önerilen değişiklik, tahkikatla ilgili giderlerin iki haftadan az olmamak üzere bölge adliye mahkemesince verilecek kesin süre içinde yatırılması gerektiği hükme bağlanmaktadır.

Mevcut düzenlemede bu giderleri yatırma süresinin duruşma gününe kadar olduğu ifade edilmiştir. Giderlerin duruşma gününe kadar yatırılıp yatırılmayacağı bilinmediğinden kimi zaman duruşmaya kadar hiçbir işlem yapılamamakta ve bu durum yargılamanın gecikmesine sebebiyet vermektedir. Değişiklikle birlikte bölge adliye mahkemesinin verdiği süre iki haftadan fazla olamayacak ve bu süre kesin süre olduğundan artık duruşmaya kadar beklenilmesi de gerekmeyecektir. Bu şekilde tahkikatta yapılacak işlemlerle ilgili giderler duruşmadan önce tamamlanmış olduğundan, tahkikat işlemleri duruşmadan önce

tamamlanacağı için duruşmaya hazırlıklı bir şekilde çıkılacaktır. Böylelikle giderlerin yatırılmamasından kaynaklanan zaman kaybının önüne geçilmiş olunacaktır.

Maddede yapılması önerilen diğer değişiklikle üçüncü fıkranın yeni bir hal alması hedeflenmektedir. Maddenin ilk fıkrası ile uyumlu olarak, yapılan ihtarat üzerine gider avansını yatıran taraf mazeretsiz olarak duruşmaya katılmamışsa, duruşma yokluğunda yapılarak karar verilecektir. Yani gider avansı yatırılmışsa, taraf gelmese dahi yokluğunda tahkikat işlemleri yapıp karar verilecektir.

Halen uygulanmakta olan hükümden ise, bu ihtimalde gelmeyen tarafın yokluğunda tahkikat yapılamayacağı ve dosyanın mevcut haline göre bir karar verileceği şeklinde bir sonuç çıkarılabilmektedir. Şayet belirlenen süre içinde tahkikatın yapılabilmesi için avans yatırılması talep edilmiş ve buna rağmen avans yatırılmamışsa, bu takdirde dosyanın mevcut durumuna göre karar verilecektir. Dosyanın mevcut durumu ise, dosyanın o ana kadar tekemmül etmiş halidir. Şayet, bölge adliye mahkemesince gerçekleştirilmesine karar verilen tahkikat (inceleme) işlemi yapılmadan karar verilemeyecekse ve buna ilişkin giderler de yatırılmamışsa, artık istinaf başvurusu reddedilecektir.

(TEKLİF m. 39) HMK MADDE 359: KARAR VE TEBLİĞİ

Maddede yapılması önerilen ilk değişiklik, ikinci fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkranın eklenmesidir.

Eklenen fıkra ile amaçlanan, bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı verdiği hallerde daha kısa bir istinaf kararının yazılabilmesidir. Buna göre, bölge adliye mahkemesi, kararında, ileri sürülen istinaf sebeplerini özetlemek ve ret sebeplerini açıklamak kaydıyla, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermekle yetinebilir. Esastan ret kararlarında böyle bir yöntem belirlenmesinin sebebi, ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olmasıdır. Dolayısıyla, bölge adliye mahkemesinin, kararının gerekçesinde, istinaf sebeplerini ve ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluk gerekçesini göstermesi yeterlidir. Yapılan bu değişiklik, bölge adliye mahkemelerinin esastan ret kararlarında gerekçe göstermeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Tekrar etmek gerekir ki, bölge adliye mahkemesi bu tür kararlarında da ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olan gerekçesini

göstermek zorundadır. Önerilen değişiklik son derece önemli olup, ağır iş yükü altında ezilmeye başlayan bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerini bir nebze rahatlatabilecektir. Ancak, bu imkânın öneri- de belirlenen şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Dördüncü fıkrada yapılması önerilen değişiklikle de bölge adliye mahkemesinin verildiği anda kesin olan kararlarının ilk derece mahkemesince, temyizi kabil kararlarının ise bölge adliye mahkemesince resen tebliğe çıkartılacağı hükme bağlanmıştır. Fıkranın mevcut halinde mahkemelerin kararlarının resen tebliğe çıkartacağına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Böylece, yapılması önerilen değişiklikle, bu konuda uygulamada yaşanan tereddütler giderilmeye çalışılmıştır.

(TEKLİF m. 40) HMK MADDE 362: TEMYİZ EDİLEMİYEN KARARLAR

Maddenin ilk fıkrasının (c) bendinde yapılması önerilen değişiklikle, “*mercı tayini*” ibaresi yerine “*yargı yeri belirlenmesi*” ibaresi kullanılmıştır. Bu değişikliğin sebebi Kanundaki terim birliğini sağlamaktır. İlgili bentteki diğer bir değişiklik ise, alt derece mahkemelerinin görev ve yetkiye ilişkin kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğunun daha net bir şekilde ortaya konulmasıdır. Gerçekten de bölge adliye mahkemelerinin görev ve yetkiye ilişkin kararlarının daha sonra tekrar temyiz denetimine tâbi olması yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermektedir.

Ayrıca, değişiklik metninde, maddenin ilk fıkrasına (g) bendi eklenmiştir. Bu ekleme ile aslında atıf yapılan maddedeki durumun açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir.

353. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, bölge adliye mahkemesinin usule ilişkin sebeplerle dosya üzerinden kesin olarak karar verdiği haller düzenlenmiştir. İşte bu sebeplere dayanarak bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak ve dosyayı kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderecektir. Bölge adliye mahkemesinin bu tür kararları aleyhine temyiz yoluna gidilemeyeceği, eklenmesi önerilen bent ile tasrih edilmiştir.

(TEKLİF m. 41) HMK MADDE 390: İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

Maddenin ilk fıkrasına eklenmesi önerilen cümle ile esas hakkın- da yabancı devlet mahkemesinin, hakemin veya hakem kurulunun

görevli veya yetkili olduğu hallerde ihtiyati tedbir talebinin, talebin konusu olan hak veya şeyin bulunduğu yer Türk mahkemesinden istenebileceği belirtilmektedir.

Yabancılik unsuru taşıyan ve Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmadığı uyuşmazlıklarda tarafları Türk mahkemelerinden alacakları ihtiyati tedbir kararlarından mahrûm bırakmak, bu kimseler bakımından etkin hukuki himayenin sağlanamaması anlamına gelecektir. Getirilen düzenleme ile her ne kadar Türk mahkemeleri davanın esası bakımından yetkili olmasalar da, ilgililer dava konusu hak veya şeyin bulunduğu yer mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebileceklerdir. Değişikliğin önemini artıran bir diğer husus ise yabancı devlet mahkemelerinden veya hakem kurulundan yahut hakemden alınan ihtiyati tedbir kararlarının ülkemizde tanıma ve tenfize konu olamayacağıdır. Bu kararlar için tanıma veya tenfiz kararı verilemeyeceğinden, ilgilinin elinde kalan tek enstrüman ihtiyati tedbir kararını Türk mahkemeleri nezdinde talepte bulunarak elde etmeleridir.

(TEKLİF m. 42) HMK MADDE 391: İHTİYATİ TEDBİR KARARI

Teklif ile maddenin üçüncü fıkrası değiştirilmektedir.

Değişiklikte, ilk olarak, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de Kanunda tedbir talebinin kabulü kararlarının gerekçeli olması hükme bağlanmışken, ret kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Değişiklikle birlikte, ihtiyati tedbir talebini reddeden mahkemenin, bu talebi neden reddettiğine dair doyurucu bir gerekçe yazması gerekecektir. Bu husus, esasen hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının da gereğidir.

Değişik fıkra ile getirilen bir diğer yenilik ise, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın doğrudan doğruya istinaf yoluna başvurabilecek olmasıdır. Maddede yapılması önerilen bu değişiklik 341. madde değişikliği ile de uyumludur.

(TEKLİF m. 43) HMK MADDE 393: İHTİYATİ TEDBİR KARARININ UYGULANMASI

Maddenin ilk fıkrasında yapılması önerilen değişiklikle, ihtiyati tedbirin *“verildiği tarihten”* ibaresi, *“bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren”* ibaresiyle değiştirilmiştir.

Değişikliğin sebebi, mevcut hükümde yer alan “*verildiği*” ibaresine yüklenen farklı anlamlardır. Gerçekten de mevcut hüküm farklı anlamlara sebebiyet verecek niteliktedir. Ayrıca, verildiği andan itibaren işleyecek bir haftalık sürenin kısalığı bu madde sebebiyle yaşanan tereddütleri daha da artırmıştır. “*Verildiği*” anın, mahkemenin karar verdiği an olarak anlaşılıp değerlendirildiği durumlarda, bu karardan haberdar olamayan ilgili bakımından ciddi kayıplar söz konusu olabilecektir. Zira mahkemenin tedbir kararının kendisine tebliğ edileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut hükümde bulunmamaktadır. Oluşan bu sorunun giderilmesi amacıyla, öğretide “*verildiği*” anın mahkeme kalemince kararın yazılıp tedbir talep edene verildiği an olarak anlaşılması gerektiğini söyleyen görüşler de bulunmaktadır.

Değişiklik önerisiyle, var olan karmaşa giderilmek istenmiş ve ihtiyati tedbirin icrasını talep için kanunda öngörülen sürenin ihtiyati tedbir kararının tefhimi veya tebliği ile başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddede geçen tefhim anının kısa kararın tefhimi anıyla karıştırılmaması gerektiği açıktır. Hukukumuzda tefhim, sadece kısa karar verilmesi ile ilişkilendirilen bir kavram değildir. Ayrıca sürelerin tefhimle başlayabileceği hususu m. 91’de açıkça hükme bağlandığından, tedbir kararının tefhimiyle sürelerin başlatılacak olmasında bir beis bulunmamaktadır. Ancak bunun için, kısa kararın gerekçeli kararın unsurlarını taşıması gerektiği hususu, özellikle Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği hak ihlali kararları dikkate alındığında her türlü kuşkudan uzaktır.

(TEKLİF m. 44) HMK MADDE 394: İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI İTİRAZ

Maddenin ikinci fıkrasına eklenmesi önerilen cümle ile esas hakkında dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbire yönelik itirazlar hakkında davaya bakan mahkemenin karar vereceği belirtilmektedir. Bu eklemenin sebebi, dava açılmadan önce esas hakkında işi ele alan mahkemeden başka bir mahkemede ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve itiraz sırasında işin esası incelenmeye başlanmışsa, tedbir kararına itirazın, tedbir kararını veren mahkemeye değil, işin esasını inceleyen mahkemeye yapılacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu şekilde,

kararı veren mahkeme mi, yoksa işin esasını inceleyen mahkeme mi sorusunun cevabı netliğe kavuşmuştur.

(TEKLİF m. 45) HMK MADDE 397: İHTİYATİ TEDBİRİ TAMAMLAYAN İŞLEMLER

Maddeye eklenmesi önerilen ikinci fıkranın amacı, dava açılmadan ve tahkim sürecine başlamadan önce yetkili yabancı devlet mahkemesinden veya hakem yahut hakem kurulundan alınan tedbir kararlarını tamamlayan merasime ilişkin usuli işlemleri açıklığa kavuşturmadır.

Eklenmesi önerilen fıkrayla, dava açılmadan veya tahkim sürecine başlamadan önce tedbir kararının alınması halinde bu kararın etkilerinin devam edebilmesi için, tedbir talep edenin bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren bir ay içinde yabancı mahkemede veya hakem yahut hakem kurulunda davasını açması ve davayı açtığına ilişkin evrakı kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurması ve bu işlemleri yaptığına dair bir belge alması gerektiği hususu düzenlenmektedir. Tedbir talep edenin bu işlemi yapmaması halinde tedbirin kendiliğinden kalkacağı da fıkraya eklenen bir diğer husustur.

(TEKLİF m. 46) HMK MADDE 398: TEDBİRE MUHALEFETİN CEZASI

İhtiyati tedbire muhalefetin cezasını düzenleyen hükmün, Anayasa Mahkemesi'nin 11.07.2018 tarih ve 2018/1 E. ve 2018/83 K. sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine oluşan boşluğun giderilmesi amacıyla yeni bir madde kaleme alınmıştır.

Değişik madde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen gerekçeler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, tedbire muhalefetin cezasına ilişkin yargılama usulü, şikâyet olunanın hakları, yargılama sonucunda verilecek karar türleri, karara karşı yapılacak itirazın süresi ve itiraz mercii, kararın kesinleşmesi halinde infazı gerçekleştirecek merci ve cezanın ortadan kalkacağı hallere ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı bir şekilde (değiştirilmesi önerilen) maddede hükme bağlanmaktadır.

(TEKLİF m. 47) HMK MADDE 402: DELİL TESPİTİ TALEBİ VE KARAR

Önerilen değişiklik, maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir.

Eklenen fıkrada, tespitin yapılmasından sonra tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkeme tarafından karşı tarafa resen tebliğ edileceği belirtilmektedir. Bu değişiklik, delil tespiti talebinin mahkemece kabulü ve gereğinin yerine getirilmesi durumunda ortaya çıkan tespit tutanağının veya varsa bilirkişi raporunun karşı tarafa resen tebliğe çıkartılacağı hususu açıkça kanun maddesi haline getirilmiş olmaktadır.

Değişikliğin amacı, ilgiliyi dava öncesi işlemler hakkında zamanında bilgilendirmektir. İleride kendisine karşı dava açılması kuvvetle muhtemel olan bir kimse bu bilgilendirme ile birlikte gerekli hazırlık yapmak için zaman kazanacaktır. Mahkemece yapılacak resen tebliğ, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan bilgilendirme hakkının da bir gereğidir. Ayrıca, uygulamada bu konuda Kanunda açık bir hüküm bulunmamasından kaynaklanan sorunlar da böylece giderilmektedir.

(TEKLİF m. 48) HMK MADDE 436: HAKEM KARARININ ŞEKLİ, İÇERİĞİ VE SAKLANMASI

Üçüncü fıkrada yapılması önerilen değişiklik, sadece hakemin veya hakem kurulunun değil, tahkim kurulu bünyesinde yapılan tahkim yargılamalarında hakem tarafından verilen kararın da ilgili tahkim kurulu tarafından taraflara bildirileceği ve kararın aslının dosya ile birlikte mahkemeye gönderileceği, mahkemenin de bu dosyayı saklayacağı hükme bağlanmıştır.

(TEKLİF m. 49) HMK MADDE 440: HAKEM ÜCRETİ

Maddede yapılması önerilen değişiklik, taraflarca kararlaştırılması durumunda hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması halinde de hakemlere ücret ödenebilecektir. HMK'nın mevcut düzenlemesine göre ise, hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması halinde hakemlerin ücret talep edebilmeleri mümkün olamamaktaydı.

(TEKLİF m. 50) HMK GEÇİCİ MADDE 3

Geçici 3.madde ile düzenlenen husus, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu sistemine ilişkindir.

Maddede, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarının, HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önceki hükümlerine tâbi olduğu açıklanmıştır. Bu bağlamda, 20.07.2016 tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarının olağan kanun yolu aşaması temyiz ve karar düzeltmedir. İlk derece mahkemesinin 20.07.2016 tarihinden önce yargılamanın yenilenmesi sonucu verdiği kararların kanun yolu incelemesi de benzer şekilde gerçekleşecektir. Yani ilk derece mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi sonucunda verdiği karar 20.07.2016 tarihinden önce verilmiş ise, bu karara karşı HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değişiklikten önceki hükümlerine göre temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurulabilecek; yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen karar 20.07.2016 tarihinden sonra ise bu karara karşı HMK hükümlerine göre kanun yolu incelemesi gerçekleşecektir.

Geçici 3.maddenin mevcut 2. fıkrasında, 20.07.2016 tarihinden önce verilen kararların kanun yolu incelemesinin HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 427 ilâ 454. maddelerine göre gerçekleşeceği hükme bağlanmış ve bu madde gereğince HMK sonrası başlatılan yargılamanın yenilenmesi usulünün HUMK hükümlerine tâbi olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu yorum, öğretide çoğunlukla kabul görmemiş ve HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte HMK'daki yargılamanın yenilenmesi usulünün, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra talep edilen yargılamanın yenilenmesi hallerinde de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Yapılması önerilen değişiklik ile öğretideki hâkim görüş kanun maddesi haline getirilmekte ve HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihine kadarki dönemde başvurulacak yargılamanın yenilenmesi yollarında, HMK'daki yargılamanın yenilenmesi usulünün uygulanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenen bütün bu değişikliklerle yargının süratlendirilmesi amaçlanmakta ise de yargının hızlandırılması çok boyutlu (çok yönlü) bir hedeftir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılacak değişiklikler bu boyutlardan sadece biridir. Hakkında yıllardır kapsamlı araştırmalar yapılmış, etraflı şekilde incelenmiş olan diğer boyutların neler olduğunu burada uzun uzadıya açıklamaya gerek bulunmamaktadır. Bütün bunlardan hareketle Adalet Bakanlığı'nın ve Cumhurbaşkanlığı'nın bu konuda önemli adımlar atacağına inanmaktayız.

Kaynakça

Kitaplar

Koca Osman, İkinci Bölüm, Otuz Dokuzuncu Hikaye, Beyan Yayınları, İstanbul 2005.
Schweizerische Zivilprozessordnung Basler Kommentar, 2. Auflage. (Kısaca BSK ZPO).

Code de procédure civile (CPC), Chancellerie fédérale, Berne 2017.

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1997.

Makale

Tanrıver Süha, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99.

İnternet Kaynakları

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, 30.03.2020.