

**6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU GENEL GEREKÇESİ MADDE
GEREKÇELERİ
VE
YÜRÜRLÜKTEN KALKAN 1086 SAYILI KANUNDA KARŞILADIĞI MADDELER**

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1- Anayasanın 142 nci maddesi uyarınca mahkemelerin görevleri ancak kanunla tayin edilebilir; idare, düzenleyici idarî işlemleri aracılığıyla göreve yönelik herhangi bir belirleme yapamaz. Maddenin birinci cümlesinde yer alan düzenlemede, anılan Anayasa kuralı yasal plânda bir kez daha ifade edilmiştir. Şüphesiz, kanunla yapılacak olan göreve ilişkin belirlemenin, Anayasanın 37 nci maddesinde güvence altına alınmış bulunan tabîî hâkim ilkesine de uygunluk arz etmesi gerekir. Yine bu yasal düzenlemede, görev kurallarının niteliğine ilişkin bir belirleme de yapılmıştır. Bu belirleme ve görevin dava şartı hâline getirilmiş bulunması sebebiyle 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 7 nci maddesindeki düzenleme tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tercih yapılırken 1086 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme de bilinçli olarak göz ardı edilmiştir. Bu durum her şeyden önce görev kurallarının yargı erkinin işleyişiyle ilgili olması sebebiyle kamu düzeninden sayılmasının ve ayrıca Tasarının 119 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde açıkça dava şartı olarak nitelenmiş bulunmasının doğal bir sonucudur. Öte yandan 7 nci maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen düzenleme sulh hukuk mahkemelerinin tek hâkimli, asliye hukuk mahkemelerinin ise 469 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde toplu mahkeme olarak öngörülmüş bulunmasını temel almaktadır. Bugün 08/04/1924 tarihli ve 469 Sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına Ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun yürürlükten kalkıp yerini 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun alıp, bu Kanunda da açıkça asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimli mahkeme olarak öngörüldüğü için, 1086 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin temelindeki gerekçe tümüyle ortadan kalkmıştır. Yani bugün için hem sulh hukuk mahkemeleri hem de asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimli konumdadır. Sulh hukuk mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemeleri arasında herhangi bir derecelendirme ilişkisi de yoktur. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ilişkisi ile bu mahkemelerle özel mahkemeler arasında kurulmuş bulunan görev ilişkisi ve sonuçları arasında herhangi bir ayırım gözetilemez.

Görevin kamu düzenine ilişkin bulunmasının doğal sonucu, bu alanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alan konumunda bulunmamasıdır. Yani taraflar anlaşmak suretiyle, bir başka ifadeyle görev sözleşmesi yaparak, somut uyuşmazlık bağlamında görevli olmayan bir yargı yerini görevli hâle getiremezler.

Diğer yandan, 1086 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası, aynen bu maddeyle alınmıştır.

Madde 2- Maddenin birinci fıkrasında, mal varlığı haklarına ilişkin davalarda, yani konusu para olan yahut parayla ölçülebilen bir şey olan davalarda görevli mahkemenin tayininde dava konusunun davanın açıldığı tarihteki değerinin veya tutarının esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu madde

çerçevesinde, davanın açılmasından sonraki aşamada dava konusunun değerinde yahut tutarında meydana gelen artma yahut azalmalardan, başlangıçta dava konusunun davanın açıldığı tarihteki değeri yahut tutarı esas alınmak suretiyle belirlenmiş bulunan mahkemenin etkilenmeyeceği hususu vurgulanmıştır. Sözü edilen hüküm, 1086 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralla da, bu bağlamda paralellik arz etmektedir.

İkinci fıkra ise görevli mahkemenin belirlenmesinde dava konusunun çıplak değerinin yahut tutarının esas alınacağı; faiz, icra tazminatları, yargılama giderleri ile takip giderlerinin hesaba katılmayacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Anılan yasal düzenleme, 1086 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki bu konuyla ilgili düzenlemeyle de paralellik göstermektedir.

Üçüncü fıkrada, para alacaklarına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin belirlenmesinde dava dilekçesinde gösterilmiş bulunan tutarın esas alınacağı hususu vurgulanmıştır. Bu madde 1086 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasındaki kuralla paralellik arz etmektedir.

Dördüncü fıkrada ise dava konusunun para ile ölçülebilen bir şey olması hâlinde, mahkemenin dava konusunun değerini serbestçe kendiliğinden belirleyeceği hususu yasal çerçevede ifade olunmuş ve böylelikle 1086 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemedeki tereddüt ve yanlış anlaşılmanın tümüyle önüne geçilmiştir. Sözü edilen hüküm, görevin kamu düzenine ilişkin olmasının ve dolayısıyla tarafların tasarruf alanı dışında bulunmasının somut bir yansıma biçimidir. Ayrıca görev konusunun dava şartları arasında yer alması da bu alanın tarafların tasarruf alanının dışında bulunduğu bir başka kanıtını teşkil etmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise özel kanunlarda yer alan ve göreve ilişkin bulunan düzenlemelerin saklı bulunduğu hususuna açıkça işaret edilmiştir.

Madde 3- Bu maddede, dava çeşitleri arasında açıkça düzenlenmiş bulunan davaların yığılmasında görevli mahkemenin dava yoluyla ileri sürülen taleplerin, yani dava konularının değer yahut tutarlarının toplamının esas alınması suretiyle belirleneceği açıkça ifade olunmuştur. Sözü edilen yasal düzenleme, kurumun da adı konulmak suretiyle, 1086 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki düzenlemenin somutlaştırılmış şekliyle farklı bir şey değildir. Ayrıca burada sözü edilen davaların yığılmasıyla kastedilenin objektif dava birleşmesi bütünü altında yer alan ve onun tipik bir örneğini oluşturan kümülatif dava yığılması olduğu vurgulanmalıdır.

Madde 4- Maddenin birinci fıkrasında, terditli davada görevin nasıl belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, terditli davada görevli mahkeme, ileri sürülen taleplerden birisinin para alacağı olması hâlinde, bu para alacağının tutarı, her iki talep de paradan başka bir şeye ilişkinse, taleplerden değeri daha fazla olan esas alınmak suretiyle belirlenecektir.

İkinci fıkrada da aynı kuralın farklı bir dava çeşidi olmasına rağmen seçimlik davada da kıyasen uygulama alanı bulacağına işaret edilmiştir.

Esas itibarıyla bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ikinci fıkrasındaki kurallar, kurumların adı konulmak suretiyle, dili de sadeleştirilerek ifade olunmuştur.

Madde 5- Maddenin birinci fıkrasında, kısmî davada dava edilenin, alacağın son kesimi olması hâlinde, görevli mahkemenin belirlenmesinde, bu son kesimin tutarına bakılacağı hususu hükme bağlanmıştır.

İkinci fıkrada ise dava edilenin, alacağın son kesimi olmaması hâlinde, alacağın çekişmeli olup olmayacağı, ancak çoğunlukla davanın açılmasından sonraki evrede anlaşılacağından, 1086 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin iki ve üçüncü fıkralarında yapılmış bulunan ayırımdan tümüyle vazgeçilmiş, bu durumda kısmî davada görevli mahkemenin belirlenmesinde alacağının tamamının esas alınması gerektiği hususu açıkça vurgulanmıştır.

Madde 6- Maddenin birinci fıkrasında, karşı dava konusunun değerinin asıl dava konusunun değerinden fazla olması hâlinde görevli mahkemenin belirlenmesinde, karşı davanın konusunun değerinin esas alınacağı; bu durumda asıl davanın açıldığı mahkemenin hem asıl dava hem de karşı

dava bakımından görevsizlik kararı verebileceği ve her iki davaya da karşı dava bakımından görevli olan mahkemece bakılacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Bu kural, 1086 sayılı Kanununun 5 inci maddesiyle paralellik arz etmektedir.

İkinci fıkrasında ise asıl davanın asliye hukuk mahkemesinin, karşı davanın ise sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmesi durumunda, her iki davaya da asliye hukuk mahkemesinde, yani asıl davanın görüldüğü mahkemede bakılacağı hususu açıkça ifade olunmuştur.

Madde 7- Bu maddedeki düzenlemede, eşyaya bağlı irtifak hakkına ilişkin davalarda görevli mahkemenin, dava edilen irtifak hakkının yararlanan taşınmaza sağladığı değer artışıyla, yüklü taşınmaza verdiği değer kaybından hangisi daha fazla ise onun esas alınması suretiyle belirleneceği hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Burada sözü edilen göreve ilişkin düzenlemenin, ancak eşyaya bağlı irtifak hakları (örneğin; zorunlu geçit hakkı gibi) bakımından uygulanabileceği hususu açıkça vurgulanmıştır. Bu düzenleme, büyük ölçüde 1086 sayılı Kanununun 6 ncı maddesindeki kuralla paralellik arz etmektedir. Şahsa bağlı irtifak haklarında ise göreve ilişkin genel kurallar uygulanma alanı bulacaktır.

Madde 8- Bu maddede sulh hukuk mahkemelerinin görevinin tayini bağlamında iki ayrı ölçüt benimsenmiştir. Bunlardan ilki, dava konusunun değerinin esas alınması suretiyle görevin belirlenmesi, ikincisi ise dava konusunun değer veya tutarı her ne olursa olsun, belirli bazı dava ve işlerde sulh hukuk mahkemelerinin görevli kılınmasıdır. Birinci ölçüt çerçevesinde, iflâsa, konkordatoya, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ve vakıflara ilişkin davalar ayrı olmak üzere, mal varlığı haklarından doğan değer veya tutarı beşbin Türk Lirasını geçmeyen (bu tutar dahil) davaların sulh hukuk mahkemelerinde, bu tutarın üstündeki davalara ise asliye hukuk mahkemelerinde bakılacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

İkinci ölçüt çerçevesinde ise;

- Kiralanan taşınmazların, İcra ve İflâs Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalara,

- Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılması ile ortaklığın giderilmesi davalarına,
- Taşınır ve taşınmaz mallarda yalnızca zilyetliğin korunmasına yönelik olan davalara, sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçeveden bakıldığında, kira uyuşmazlıkları bakımından sulh hukuk mahkemelerinin görev alanı genişletilmiş ve ayrıca diğer kanunların sulh hukuk mahkemesi veya hâkimini görevlendirdiği davaların da sulh hukuk mahkemesinde görüleceği hususuna açıkça işaret olunmuştur.

Madde 9- Bu maddede, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, şahıs varlığına ilişkin davalarda genel görevli yargı yerinin asliye hukuk mahkemeleri olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır.

Böylelikle de mahkemelerin görevinin kanunla belirlenmesini öngören Anayasanın 142 nci maddesinin birinci fıkrası ile bu Kanunun 1 inci maddesindeki kural arasında uyum sağlanmıştır.

Madde 10 - Medenî yargılama alanında görev yapan mahkemelerin yetkisi, Anayasanın 142 nci maddesine uygun olarak, bu Kanunla düzenlenmiştir. Diğer taraftan, 1086 sayılı Kanun dışında, özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar, kesin yetki kuralı olarak öngörülmediği takdirde genel yetki kuralı ile beraber seçimlik bir yetki kuralı oluşturacaktır. Bu sebeple özel kanunlardaki yetkiye ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

Maddedeki "diğer kanunlar" terimi Anayasa ile uluslararası antlaşmaları da kapsar şekilde, geniş anlamda kullanılmıştır.

Madde 11- 1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, davalının yerleşim yeri mahkemesi, genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Türk Medenî Kanununun 19 uncu maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, kavram birliğini gerçekleştirmek amacıyla, "ikametgâh" yerine "yerleşim yeri" kavramı kullanılmıştır. Hükümde, gerçek kişiler dışında, tüzel kişi ifadesine yer verilerek, "yerleşim yeri" kavramının her ikisi için de geçerli olduğu, belirtilmek

istenmiştir. Ayrıca, davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri esas alınarak, davalının daha sonra yerleşim yerini değiştirmesi hâlinde, mahkemenin yetkisinin bundan etkilenmesi ve yetkisiz hâle gelmesi önlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, genel yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınan, "yerleşim yeri"nin neye göre ve nasıl belirleneceği konusunda doğabilecek tereddütleri gidermek amacıyla, "yerleşim yerinin Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre" belirleneceği konusunda açıklık getirilmiştir.

Madde 12- 1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmü ayrı bir madde hâlinde düzenlenmiş; birden fazla davalı varsa, davanın bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceği esası burada da kabul edilmiştir. Ancak, birden fazla davalı hakkında dava açılmak istendiğinde, dava sebebine göre davalıların tümü hakkında, kanunda ortak yetkili bir mahkeme belirtilmişse, davanın, davalılardan birinin yerleşim yerinde değil, ortak yetkili mahkemede açılması gerekmektedir. Ayrıca, "...davaya, ancak o yer

mahkemesinde bakılır" denilerek, ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki hâline getirilmiştir.

İkinci fıkrada, 1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi hükmü, açıklık getirilmek amacıyla tekrar düzenlenmiş, kapsamda bir değişiklik yapılmamıştır.

Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, Türk Medenî Kanununun 168 inci maddesinde ayrıca düzenlendiğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla, 1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne burada yer verilmemiştir.

Madde 13- Bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 20 nci maddesinde yer alan yetki kuralında gösterilen, örneklerin bir kısmı çıkartılmış, düşünce aynen muhafaza edilmiştir. Meşguliyetlerine göre buldukları yerde uzunca bir süre oturan, memur, işçi, öğrenci, asker gibi bir yerde geçici olarak bulunanlara karşı, açılacak, alacak veya taşınır mallara ilişkin davalar, buldukları yerde de görülebilecektir. Bu yetki kuralına, yerleşim yeri ile yakın ilişkili olduğu için, yerleşim yerine ilişkin yetki kurallarından hemen sonra yer verilmiştir.

Madde 14- 1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ve 16 ncı madde hükümleri birlikte değerlendirilmiştir. Türkiye'de, yerleşim yeri olmayanlar hakkında açılacak davalar için, mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesi, genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Ancak, diğer özel yetki kurallarına göre yetkili olabilen mahkeme varsa, onların yetkisi devam etmek kaydıyla, belirli bir malvarlığına ilişkin dava, o malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.

Bu maddede, davalının Türkiye'de son oturduğu yer ve Türkiye'de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylelikle, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması veya tenfizi gerektiğinde, "aşkın yetki" gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddi engellenmek istenmiştir.

Madde 15- 1086 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde yer alan sözleşmelere ilişkin yetki kuralında, davalının veya vekilinin dava tarihinde orada bulunması hâlinde, sözleşmenin kurulduğu yerde de dava açılmasına imkân verilmekte idi. Ancak, bu yetki kuralının işlerlik kazanabilmesi için dava açılmadan önce, davalı ya da vekilinin sözleşmenin kurulduğu yerde bulunduğunu araştırıp tespit etmek zorunluluğu vardı. Bu durumu tespit etmek de, davacı açısından oldukça zordur. O nedenle, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisine, uygulama alanı bulamadığından, bu maddede yer verilmemiştir.

1086 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine paralel bir biçimde, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi özel yetkili mahkeme olarak muhafaza edilmiştir.

Madde 16- 1086 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde yer alan, ölen kimsenin, ölümünden önceki son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini düzenleyen yetki kuralı esas olarak aynen kabul edilmiştir.

Ancak, birinci fıkrada, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin, burada belirtilen davalar için kesin yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir.

Birinci fıkranın (a) bendine, 1086 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (1) numaralı bendinde yer almamakla beraber, bu kapsamda yer alması gereken ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi ile miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar da eklenmiştir.

1086 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (2) numaralı bendinde "terekenin taksimi katfisine kadar tereke aleyhine ikâme olunan dâvalar" ifadesine yer verilmişse de, Tasarıda bu ifade, "terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar" şeklinde değiştirilmiştir. Zira bilindiği gibi, terekenin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. O nedenle de, davada taraf ehliyeti yoktur. Buna bağlı olarak tereke aleyhine dava açılamaz. Bu halde de, davanın yine mirasçılara karşı açılması gereklidir. O nedenle, "tereke aleyhine ikâme olunan davalar" ifadesinin, "mirasçılara karşı açılacak tüm davalar" şeklinde değiştirilmesi uygun görülmüştür. Belirtmek gerekir ki, bu durum, mirasçılardan birinin iştirak halinde mülkiyet kuralları gereğince birlikte hareket etmek zorunda oldukları haller için geçerli olacaktır. Buna karşılık, mirasçılardan birinin müteselsilen sorumlu oldukları bir borç söz konusu ise bu takdirde, mirasçılardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise 1086 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasından farklı olarak "mirasçılardan birinin bulunduğu mahal" ifadesi değiştirilmiş, "mirasçılardan birinin oturduğu yer" ifadesine yer verilmiştir. Bu değişiklik yapılırken, fıkrada belirtilen işlemler için mirasçılardan birinin tesadüfen bulunduğu geçici bir yer mahkemesinin yetkisi kabul edilmemiş, daha uzun süre kaldığı, yerleşim yerinin bulunduğu yahut yerleşme niyeti olmaksızın oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olması kabul edilmiştir.

Madde 17- 1086 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde yer alan taşınmazlara ilişkin yetki kuralı, günümüz Türkçesine uyarlanıp, kısaltılarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, bir taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin dava ve işlemler, taşınmazın zilyetliğine veya Türk Medenî Kanununda düzenlenen hapis hakkından farklı olarak, taşınmazın her türlü alıkoyma hakkına ilişkin dava ve işlemler, taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır. Hükümde, bu tür dava ve işlemler için, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin olduğu açıkça belirtilmiştir. Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin dava, doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynî hakka, örneğin istihkak davasında olduğu gibi, mülkiyet hakkına ilişkin olabileceği gibi; şahsî bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynî hak değişikliği veya aynî hak sahipliğinde bir değişiklik ortaya çıkaran bir dava açıyorsa, böyle bir talep hakkına ilişkin dava da, taşınmazın aynına ilişkin dava olarak kabul edilip, madde kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşılık, taşınmaza ilişkin olmakla birlikte, taşınmaz üzerinde aynî hakka değil de, şahsî bir hakka ilişkin dava, örneğin kiralanan taşınmazın tahliyesi davası için, bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Zira dava, taşınmaz üzerinde şahsî bir hakka ilişkindir. Şüphesiz böyle bir durumda, bir başka yetki kuralına göre, örneğin tahliye davası için, sözleşmenin ifa edileceği yer kuralına göre, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yine yetkili olabilir. Ancak, böyle bir durumda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, bu maddede belirtildiği şekilde kesin yetkili olmayacaktır.

Bir taşınmaz üzerindeki irtifak hakkına ilişkin davalar ise üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır. Bu hâlde de şüphesiz, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, kesin yetkidir.

Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğeri için de dava açılabilir.

Madde 18- 1086 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde yer alan karşılık davaya ilişkin yetki kuralına, bu maddede yer verilmiştir. Buna göre, asıl dava için yetkili olan mahkeme, karşılık dava için de yetkilidir. Ancak, karşılık dava için kanunda kesin yetkili mahkeme belirlenmişse, bu takdirde, karşılık dava, asıl davanın açıldığı mahkemede değil, kesin yetkili mahkemede açılacaktır.

Madde 19- 1086 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yer alan şubenin işlemlerinden dolayı merkeze karşı açılacak davalarda, merkezin bulunduğu yer dışında, şubenin bulunduğu yerde de dava açılacağına ilişkin kurala bu düzenlemede de yer verilmiştir. Buna göre, bir merkeze bağlı olan şube ile işlem yapan kişi, şube ile yapılan işlemde dolayı merkeze karşı dava açması gerekirse, bu davayı merkezin bulunduğu yerde açabileceği gibi, ayrıca şube ile işlem yapan kişiye kolaylık olmak üzere, şubenin bulunduğu yerde de, merkeze karşı dava açılacaktır. Ayrıca, 1086 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde şubenin yaptığı işlemde dolayı, merkeze karşı iflâs davası açılmak istendiğinde, iflâs davasının, şubenin bulunduğu yerde açılmayacağına ilişkin kısma burada yer verilmemiştir. Zira, iflâs davasının, merkezin bulunduğu yerde açılacağı İcra ve İflâs Kanununun 154 üncü maddesinde düzenlenmiştir. O nedenle, bir başka şekilde, aynı kurala, tekrar yer verilmemiştir.

İkinci fıkraya göre, özel hukuk tüzel kişilerinin kendi iç ilişkilerine yönelik olmak üzere, örneğin bir üyenin veya ortağın diğer bir üyeye veya ortağa yahut üyenin veya ortağın merkeze karşı açacağı davalar, merkezin bulunduğu yerde açılacaktır. Bu tür davalarda, merkezin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir.

Madde 20- 1086 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinde yer alan, sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davalarına ilişkin yetki kuralı, Türk Ticaret Kanununda yer alan sigorta sözleşmelerindeki yeni düzenlemeye paralel olarak yeniden kaleme alınmıştır. Bu kapsamda, "sigorta mukavelesinden mütevellit tazminat dâvası" ifadesi yerine, "zarar sigortalarından doğan davalar" denilerek, yetki kuralının sigorta sözleşmesinden doğan sadece tazminat davası değil, diğer davaları da içine alması sağlanmıştır. Ayrıca, birinci fıkrada yer alan yetki kuralı, zarar sigortalarına ilişkin olduğundan, hükmün başına "zarar sigortalarından" ifadesi eklenerek, yetki kuralının zarar sigortalarına ilişkin olduğu açıklığa kavuşturulmak istenmiştir.

İkinci fıkrada, can sigortalarından doğan davalarda yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Buna göre, can sigortası nedeniyle açılacak dava, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın leh veya aleyhine açılıyorsa, bu kişilerin yerleşim yerinde açılacaktır. Söz konusu kimselerin, özellikle sigorta şirketlerine karşı korunması amacıyla, yerleşim yerleri mahkemesinin yetkisi, kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir.

1086 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aynen muhafaza edilmiştir.

Madde 21- 1086 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde yer alan haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, tekrar gözden geçirilip, kapsamı biraz daha genişletilerek, yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle, haksız fiilden doğan dava, haksız fiilin işlendiği yerde açılacaktır. Uygulama ve doktrinde oluşan görüşler dikkate alınarak, ayrıca, haksız fiilin işlendiği yer ile, zarar farklı bir yerde gerçekleşmişse, zararın gerçekleştiği yerde de dava açılacağı, hükümde belirtilmiştir. Özellikle, yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmelere paralel olarak, muhtemel zarar yeri mahkemesi de yetkili kılınmış, henüz bir zarar meydana gelmeden "zararı önleme amacı" ile açılacak davalar için

yetkili mahkeme açıkça gösterilmiştir. Haksız fiilin işlendiği yerin Türkiye dışında olduğu hâllerde, bu yetki kuralı özellikle önem arz edecektir.

Madde 22- Yetki sözleşmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemede, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile diğer kişiler, yetki sözleşmesi yapmak açısından, birbirinden ayırt edilmiştir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde her ikisi de hukuken eşit konumda sayılabilirler. Buna karşılık, tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle iltihakî sözleşmelerle bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. O nedenle, örneğin Alman hukukunda, yetki sözleşmesinin her durumda yapılması kabul edilmemektedir. Yetki sözleşmesi yapılabilen alanlar oldukça sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Tacirlerle kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında, yapmış oldukları işlemlerde, belirtildiği gibi, daha zayıf konumda olan bir taraf yoktur. Kural olarak her iki tarafı da eşit kabul etmek mümkündür. Bu kimseler, kanunda belirtilen şartlara uygun olmak kaydı ile, aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Taraflar ayrıca, yapmış oldukları yetki sözleşmesi ile, yetkili kıldıkları bir veya birden fazla mahkemenin yetkisinin, münhasır yetki olup olmadığını da kararlaştırabileceklerdir. Buna göre, tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin, hukukumuzda tartışmalı olan, münhasır yetki sözleşmesini de yapabilecekleri kabul edilmiştir. Taraflar, yetki sözleşmesinde, aksini kararlaştırmadıkça, dava sadece sözleşmeyle belirlenen mahkemede veya mahkemelerde açılabilir. Bu durumda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yapılan yetki sözleşmesi, münhasır yetki sözleşmesi şeklinde olacaktır. Taraflar, yetkili kıldıkları mahkemenin yanında, kanunen yetkili kılınan genel veya özel yetkili mahkemelerin de yetkisinin devam etmesini istiyorlarsa, yani yetki sözleşmesinin münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olmasını istiyorlarsa, bu durumun yetki sözleşmesinde ayrıca belirtilmesi gerekecektir.

Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, özellikle, tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadır. O nedenle, bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Bu amaçla, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasındaki yetki sözleşmesine, örneğin bir gerçek kişi tüketici ile bir tacirin, yetki sözleşmesi yapmalarına engel olunmak istenmiştir. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Ayrıca bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir.

Madde 23- Taraflarca yapılan yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, yetki sözleşmesi ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabilir. Örneğin ayrılık, boşanma gibi kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

Yetki sözleşmesinin caiz olduğu hâllerde, sözleşmenin geçerli olarak yapılabilmesi için, yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın belli veya belirlenebilir nitelikte olması, yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin de gösterilmesi gereklidir.

Madde 24- Yetki itirazının ne zaman ve nasıl ileri sürüleceği, yetkinin kesin olduğu ve kesin olmadığı hâller ayırımı yapılarak düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, kesin yetkinin söz konusu olduğu hâllerde, mahkeme, bu husus bir dava şartı olarak kabul edildiğinden, yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar, her zaman kendiliğinden araştıracaktır. Taraflar da mahkemenin yetkisiz olduğunu, yine davanın sona ermesine kadar, her zaman ileri sürebileceklerdir. Esasen maddenin birinci fıkrasında yer alan bu durum, yetkiyi incelemesi için mahkemeye bir hatırlatma niteliğindedir.

İkinci fıkrada ise yetkinin kesin olmadığı hâllerde, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi esası kabul edilmiştir. Davalı, cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmamışsa, cevap dilekçesini verdikten sonra artık yetki itirazında bulunamayacaktır. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi, birden fazla yetkili mahkemenin söz konusu olduğu hâllerde ise kendi kanaatine göre tercih ettiği yetkili mahkemeyi de itirazında belirtmek zorundadır.

Üçüncü fıkraya göre, mahkemenin yetkisizlik kararı verirken, yetkili mahkemeyi de göstermesi gerekmektedir. Mahkeme, yetkisizlik kararı verirken, kesin yetkinin söz konusu olduğu hâllerde, taraflar itirazlarında belirtmemiş olsalar bile, yetkili mahkemeyi kendisi bulup, yetkisizlik kararında göstermelidir. Yetkinin kesin olmadığı hâllerde ise itirazda bulunan tarafın, itirazında belirttiği mahkeme gerçekten yetkili ise o mahkeme vereceği kararda yetkili mahkemeyi gösterecektir.

Dördüncü fıkrada, 1086 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin ilk cümlesine benzer şekilde, yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalının süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması hâlinde, davanın açıldığı mahkemenin, yetkili hâle geleceği kabul edilmiştir.

Madde 25- Bilindiği gibi, görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler, 1086 sayılı Kanunun 193 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, sözü geçen Kanunun sisteminden kısmen ayrılınmıştır.

Maddenin birinci fıkrasına göre, davanın açıldığı mahkeme, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verirse, bu karar (kanun yoluna tâbi olmadığı için) kesinse bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmişse, sürenin dolmasından itibaren, kanun yoluna başvurulup, başvuru reddedilmişse, ret kararının tebliğinden itibaren, onbeş gün içinde, taraflardan birinin kararı veren mahkemeye başvurarak, dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istemesi gereklidir. Bu süre içinde başvurulmayacak olursa, yine aynı mahkeme, davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir. Görüldüğü gibi, bu başvuru, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeye yapılmaktadır. Burada, görevsizlik veya yetkisizlik kararında görevli veya yetkili olduğu belirtilen mahkemeye başvuru kabul edilmeyerek, daha pratik bir yol oluşturulmak istenmiştir. Gerçekten, kendisinde dava açılmamış veya dosya diğer mahkeme tarafından kendisine henüz gönderilmemiş bir mahkemeden davaya devamın istenmesi, pratik değildir. Mahkemenin, içinde bulunulan bu aşamada, yapabileceği tek şey, dosyayı görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeden istemektir. Oysa, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemenin tarafların başvurusu üzerine, dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi daha pratik bir yoldur.

Gönderme işlemi sırasında, gönderme masraflarının ve gönderilen mahkemenin tebliğ giderlerinin varsa avanstan karşılanacağı, artan kısmın da dosya ile birlikte gönderileceği, avans bu masrafı karşılamıyorsa gönderme isteğinde bulunandan alınacağı tabiidir.

İkinci fıkraya göre ise görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine, görevli veya yetkili olduğu belirtilerek dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara bir davetiye göndererek davaya devam edilmesini sağlayacaktır.

Madde 26- 1086 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde düzenlenen, merci tayinine ilişkin hüküm, yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, daha önce hükümde merci tayini nedeni olarak belirtilip de fiilen işlerlik kazanamayan nedenler, hükümden çıkarılmış, ifade sadeleştirilmiş ve daha anlaşılır hâle getirilmiştir.

Birinci fıkranın (a) bendinde, davaya bakmakla görevli veya yetkili mahkemenin, davaya bakmasına herhangi bir engel çıkması hâli düzenlenmiştir. Burada, engelin fiilî veya hukukî olması ayırımına gidilmemiş, genel olarak "herhangi bir engel" ifadesi yeterli görülmüştür.

(b) bendinde, iki mahkeme arasında yargı çevrelerinin sınırlarının belirlenmesi konusunda bir tereddüt ortaya çıkarsa, yine yargı yeri belirlenmesi yoluna başvurulacaktır. Bu başvuru için, dava açılmasını beklemeye gerek yoktur. Dava açılmadan yargı yeri belirlenirse, davanın gereksiz yere uzaması engellenmiş olur.

(c) ve (ç) bentlerine göre, iki mahkemenin karşılıklı olarak görevsizlik kararı vermesi ve bu kararların kanun yoluna başvurmaksızın kesinleşmesi hâlinde; yine kesin yetki varsa, her iki mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi ve bu kararların da kanun yoluna başvurmaksızın kesinleşmesi hâlinde, yargı yeri belirlenmesi yoluna başvurulacaktır.

Madde 27- Bu maddede, yargı yeri belirlemesinin, hangi hâllerde nerede yapılacağı düzenlenmiştir. Görevli ve yetkili mahkeme, bir davaya herhangi bir engel nedeniyle bakamazsa yahut iki mahkemenin yargısal sınırlarının belirlenmesinde tereddüt hâlinde, yargı yerinin belirlenmesi amacıyla, ilk derece mahkemeleri için, bölge adliye mahkemelerine, bölge adliye mahkemeleri için de, Yargıtaya başvurulacaktır. Yine aynı şekilde, iki mahkemenin görevsizlik veya kesin yetki hâlinde yetkisizlik kararı vermeleri durumunda, ilk derece mahkemeleri için bölge adliye mahkemelerine, bölge adliye mahkemeleri için Yargıtaya başvurulacaktır.

Madde 28- Yargı yeri belirlemesinin usulü ve bölge adliye mahkemesinin yahut Yargıtayın göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararın etkisi ve sonucu düzenlenmiştir.

Buna göre, yargı yeri belirlenmesi, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından dosya üzerinden yapılabileceği gibi, gerekli görülürse, duruşma yapılarak incelenmesi de mümkündür.

İkinci fıkraya göre, bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemeleri için, bölge adliye mahkemeleri için de Yargıtay tarafından verilen yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlarla, kanun yolu incelemesi sonucu kesinleşen göreve veya yetkiye ilişkin kararlar, davaya bu karardan sonra bakacak mahkemeyi bağlar. Bu mahkeme, tekrar görevsizlik veya yetkisizlik kararı veremez.

Madde 29- Maddeyle, hâkimin bir davaya ancak, taraflardan birinin talebi üzerine bakabileceği, tarafın da bir davayı açmak, takip etmek ve sona erdirmekte serbest olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu husus medeni usul hukukunda "tasarruf ilkesi" olarak bilinmektedir. Bu ilke, 1086 sayılı Kanunun 72 ve 79 uncu maddelerinde yer almış iken, bu maddede birinci ve ikinci fıkralar olarak düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla, özel hukuktaki hukukî ilişkilerde var olan irade serbestisinin, dava açılmakla doğan kamusal nitelikteki dava ilişkisinde, daha geniş bir ifadeyle, usul ilişkisinde de devam ettiği açıkça ifade edilmektedir. Bu fıkranın, özellikle, ferağdan men şeklindeki ihtiyatî tedbir kararlarının alınmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmelidir. Keza, ikrar (irade açıklaması niteliği ön planda tutulursa) gerçeğe aykırı ise hâkimin bununla bağlı olup olmayacağı da bu başlıkta ele alınması gereken bir konudur.

Madde 30- Maddede, dava malzemesi olan vakıaların, taraflarca getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin birinci fıkrasını karşılamaktadır. İkinci fıkra ise yeni bir hüküm olup, delillerin toplanması bakımından genel kuralı ifade etmektedir.

Maddede, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesindeki "hatırlatacak hâllerde dahi bulunamaz" ibaresi muhafaza edilmiştir. Bununla yasaklanan husus, somut bir olaya, vakıaya işaret edilmesi, vakıa getirilmesinin telkin edilmesidir.

Hâkim, getirilen olayın olgularının, vakıalarının soyut hukuk normunun unsurlarını karşılamadığını beyan edebilecektir. Hâkimin vakıalar yönünden yetkin kılınması veya sınırlanması hususu, Tasarının 36 ncı maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Maddede dava malzemesinin, davanın temelini teşkil eden vakıalar ve delillerin getirilmesi konusunda, tarafların mutlak yetkisi vurgulanmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin üçüncü fıkrasına nazaran dar kapsamlı olan ve hâkime yeni delil emredebilme yetkisi veren 36 ncı madde ile birlikte değerlendirilmelidir.

Madde 31- Madde, 1086 sayılı Kanunun tek fıkradan ibaret olan 74 üncü maddesini karşılamaktadır. 1086 sayılı Kanunun bu maddesinde yer alan "Türk Medenî Kanunu ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere" ibaresi, ikinci fıkrada "Hâkimin, tarafların talebi ile bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır" şeklinde daha genel bir ifadeyle düzenlenmiştir.

Bu madde ile 29 uncu maddede düzenlenen medenî yargılama için asıl olan, tasarruf ilkesinin bir açılımı yapılmış olmaktadır.

Madde 32- Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir.

Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir. Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir.

Bu hakkın ikinci unsuru, açıklama ve ispat hakkıdır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir.

Bu hakkın üçüncü unsuru, tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir. Eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması, bu hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır. Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddî ve hukukî sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum "sürpriz karar yasağı" olarak da ifade edilmektedir.

Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında yeni bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam ortaya koymalı ve tarafların açıklamalarını da değerlendirmelidirler.

Maddede yapılan düzenlemeyle, en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle anayasalarda yerini bulan hukukî dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur.

Madde 33- Maddede kural olarak, yargılama işleminin alenî olduğu vurgulanmaktadır. Yapılan düzenlemede Anayasanın 141 inci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesindeki unsurlar da dikkate alınmış ve "açık duruşma" ibaresi yerine, "alenî duruşma, gizli duruşma ya da gizlilik" kavramı, kurumu ifade için daha uygun görülmüştür.

Maddenin birinci fıkrası, alenîlik prensibinin kapsamını belirlemekte, bunun, kararların bildirimini de kapsadığını ifade etmektedir.

Bazı hâllerde, temel haklardan olan "yargılamanın alenî yapılması" ilkesinin Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin yukarıda açıklanan ölçüleri içinde sınırlandırılması zorunlu olmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, bu hâller, mümkün olduğu kadar somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Üçüncü fıkrada, gizlilik kararının verilebilmesi için araştırmanın da gizli duruşmada yapılacağı ve gizlilik kararı gerekçesinin hemen değil de esas hakkındaki kararla birlikte açıklanması uygun bulunmuştur. Zira yargılamanın her noktasında karara ulaşmak için bir araştırma yapılması, tarafların diyeceklerinin sorulması, bu konuda delillerin toplanıp incelenmesi zorunludur. Bu zorunluluğu yerine getirirken dahi gizliliğin amacını yok edecek açıklamaların alenen yapılması uygun olmayabilir. Doğaldır ki Anayasamızın 141 inci

maddesinin üçüncü fıkrasında ifade olunduğu üzere, gizlilik kararının da gerekçesi gösterilmelidir. Yine gizliliğin amacını korumak için bu gerekçenin açıklanmasının da davanın sonuna tehir edilmesi uygun bulunmuştur.

Yargılamada, mahkeme kararı ile oluşan gizliliğin korunması da gerekir. Mahkeme kağıtları üzerindeki gizli bilgilerin nasıl korunacağı bu Tasarının 162 nci maddesinin ikinci fıkrasında gösterilmiş ise de bu maddenin dördüncü fıkrasında gizli duruşmada bulunup gizlilik kararı alınmasına yol açan sebepler ve bundan sonraki işlemler sebebiyle vâkıf olunan bilgilerin korunması da şarttır. Bu yön ceza takibatı yanında yargılama disiplininin bir parçası olarak mütalaa edilmiş ve mahkemeye bu disiplini sağlamak açısından hazır bulunanların dikkatinin çekilmesi ve bunun zapta yazılması bir görev olarak verilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında müeyyidelerin ihtarı usulü düzenlenmiştir.

Madde 34- Bu maddenin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir ki bunlar "taraf hâkimiyeti"nin sınırları olarak görülmektedir.

Maddenin ilk fıkrası, Türk Medenî Kanunundaki "dürüstlük kuralı"nın medenî usul kanunundaki görünümüdür. Mukayeseli hukukta da dürüstlük kuralına, medenî usul kanunlarında yer verilmektedir. Bu kural, taraf usul işlemleri alanında etkisini gösterecektir. Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukukî sonuç doğurması mahkemece önlenecektir.

Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. Yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Muhakeme sürecine ilişkin değişik maddelerde de dürüstlük kuralına aykırı kötüniyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerin temelinde dürüstlük kuralına uygun davranmayı sağlama amacı yatmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsuru olan doğruyu söyleme ödevi açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Taraflar yargılamada kendi menfaatlerine uygun olarak neleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbesttir. Ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir. Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklenemez. Ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Doğruyu söyleme ödevi, hem yazılı hem de sözlü beyan ve açıklamalar için geçerlidir. Bu ödeviye aykırılık hâlinde beyanlar mahkemece dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir. Ayrıca tarafın bilinçli olarak yalan söylemesi bir usul hilesi oluşturabilir.

Madde 35- Madde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgilidir. 1086 sayılı Kanunun 77 nci maddesinin sadeleştirilmiş şekli olan bu düzenleme ile, yargılamanın gecikmeye meydan vermeden, düzenli ve en az masrafla yapılması amaçlanmıştır. Ayrıca, yargılamanın safhaları olan "tahkikat ve muhakeme" yerine "yargılama" terimi kullanılmıştır.

Yargılamanın uzaması hâlinde kişilerin, hukukî korunma mekanizmasının işlevini yerine getirdiğine ve hukuk düzeninin etkisine olan inancı da kaybolmaktadır. Çok geç gelen hükümlerin çoğu zaman hayatla bir ilgisi kalmamaktadır ve onların icrası çoğunlukla hakkı teslim edeceğine, bilakis madden haksızlık yaratmaktadır. Yargılamanın hızlandırılmasının sıkı şekilde uygulanması hayat olayının mükemmelleştirilmesini sınırlar ve böylece hükmün temellerinin mükemmelliği ve doğruluğunu olumsuz yönde etkiler. Bir usul kanunu, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitine hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir dengeleyici sistem sunuyorsa, bu daha da önem kazanmaktadır. Bu hükmün işlevsel olabilmesi, bu Kanunun diğer hükümlerinin de uygulanmasına bağlıdır.

Madde 36- Hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılması bakımından neler yapabileceğinin hüküm altına alındığı bu madde, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını karşılamaktadır. 75 inci maddede, "iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere" şeklinde ifade edilen husus "uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda" ibaresi kullanılarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, hâkimin ancak bu hâllerde, taraflardan açıklama isteme, soru sorma ve delil göstermelerini isteme yetkisi vardır.

Maddede, hâkimin maddî anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde, bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmaktadır. Bununla hâkim, olayın ve hukukî uyuşmazlığın olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir.

Madde 37- Yargılamaya hâkim olan ilkelere ilişkin olan bu madde, 1086 sayılı Kanunun 78 inci maddesini kısmen karşılamaktadır. Ancak maddenin başlığı ve birinci fıkrasında yer verilen "sevk ve idare" terimi yenidir. Dava, vakıaların getirilmesi yönünden, tarafların davası olmakla birlikte, yargılama kamu hukuku ile ilgilidir ve dava açılmakla taraflar ve mahkeme arasında "usulî bir ilişki" doğar. Bununla birlikte yargılamayı hâkim yürütür. Yargılama terimi kendi içinde duruşmayı ve oturumları içerir. Mukayeseli hukukta sevk yetkisi şekli anlamda ve maddî anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır. Duruşma günü tayini, tebligatların yapılmasına karar verilmesi gibi işlemler yargılamanın şekli anlamda yürütülmesine ilişkindir. Maddî anlamda sevk yetkisinden vakıaların aydınlatılmasına yönelik işlemler anlaşılmaktadır. Yargılamanın sevk ve idaresinin Türk hukukundaki kapsamı "Hâkimin davayı aydınlatma ödevi" başlıklı 36 ncı madde ile sınırlıdır.

Madde 38- Maddedeki "Türk hukuku" terimi, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır. 1086 sayılı Kanunun 76 ncı maddesinin birinci cümlesi sadeleştirilerek alınmıştır. 76 ncı maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerinde, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler de bulunmaktaydı. Ancak, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda bu konu açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu hususlara maddede yer verilmemiştir.

Bu hüküm klasik bir ilkeyi ifade etmektedir. Hem usul hukuku, hem maddî hukuk aynı düzeyde madde kapsamı içerisindedir.

Madde 39- Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hâllere ilişkin 1086 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin dili sadeleştirilmiş, yasaklılık hâllerinden her biri ayrı bir bentte

düzenlenmiştir. Ancak, 28 inci maddenin (2) numaralı bendinde mevcut olan kan ve kayın hısımları arasındaki derece farkı kaldırılarak her iki hısımlık bakımından da üçüncü derece dahil olmak üzere yasaklılık getirilmiştir. Yine maddenin, (4) numaralı bendinde yer alan hüküm, hâkimlerin görevleri gereği yapamayacağı işlerle ilgili olup, uygulama alanı olmaması sebebiyle metne dahil edilmemiştir. Maddeye, nişanlılık da yasaklılık sebebi olarak ilave edilmiştir.

Madde 40- Madde, 1086 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine tekabül etmektedir. Dili sadeleştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Hâkimin yasaklılık sebeplerinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, bu konuda tarafların anlaşmalarına imkân tanınmamasının daha uygun olacağı düşünülmüştür. Bu sebeple, 1086 sayılı Kanunda yer alan, hakkında yasaklılık sebebi bulunan hâkimin, ancak iki tarafın açık ve yazılı muvafakatleri ile davaya bakabileceğine ilişkin hüküm metne alınmamıştır.

Madde 41- Madde, 1086 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin yeniden düzenlenmiş hâlidir. Birinci cümlede, genel ret sebebi olarak, 29 uncu maddenin birinci fıkrasının altıncı bendindeki durum kabul edilmiş ve diğer hâller örnek olarak sayılmıştır.

Madde 42- Maddede yer alan düzenleme, 1086 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının dili sadeleştirilerek aynen tekrarından ibarettir. 1086 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural ise bu düzenlemeye alınmamıştır. Ret sebepleri hâkimin şahsında gerçekleşmişse, hâkim bu inancı taşıyorsa, tarafların her ikisi de muvafakat etsin yahut etmesin, hâkim, yine kendi kendisini reddedebilir. Çünkü kendi kendini ret yetkisi hâkime tanınmış olan yetkilerden birisi konumundadır. Öte yandan, ret kurumu hâkimin tarafsızlığıyla ilişkili bir kurum konumundadır ve tarafsızlık, hukukumuz bakımından da yargılamaya ilişkin temel bir hak olan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan, kanunî bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma unsuruyla yakından ilişki içerisindedir. Bu sebeple, tarafların muvafakat göstermesi hâlinde hâkimin kendi kendisini ret yetkisini kullanamayacağını kabul etmek, bir anlamda tarafların bu bağlamdaki tasarrufuyla bağlı tutmak, ne hâkimin işleviyle ne de yargı bağımsızlığı kurumu ile bağdaştırılabilir.

Madde 43- Madde, 1086 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinde yer alan, hâkimin reddi usulünü düzenlemektedir. 1086 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, üçüncü fıkra olarak düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinin beşinci fıkrasında bulunan, ret sebebinin yazılı delile dayanmaması hâlinde, merciin talebi reddetmekte veya gösterilen tanıkları dinleyerek bir karar vermekte serbest olduğuna ilişkin hüküm, bu düzenlemeye alınmamıştır. Çünkü, hâkimin reddi sebeplerinin ispatında tamamen serbest delil sisteminin kabul edilmiş olması karşısında, ret taleplerinin yazılı delile dayanıp dayanmamasının önemi bulunmamaktadır. Ret talebini inceleyecek olan merciin, gereksiz yere inceleme yapması ve davaların uzamasının önüne geçilebilmesi bakımından, ret talebinin somut dayanağının ve delillerinin gösterilmiş olması koşulu yeterlidir.

Madde 44- 1086 sayılı Kanunun 2494 sayılı Kanunla değiştirilen 32 nci maddesindeki düzenleme gerekçesiyle birlikte benimsenmiş, dili sadeleştirilerek aynen alınmıştır.

Madde 45- Madde, 1086 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin kısmen karşılığıdır. Söz konusu maddede "Vekilin, hâkimin reddi isteminde bulunabilmesi bu konudaki yetkisinin vekâletnamede belirtilmiş olması" koşuluna bağlayan hüküm, bu Tasarıya alınmamıştır. Çünkü "Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâller" kenar başlıklı 79 uncu

maddede, hâkimin reddi için vekilin özel yetkisi olması gerektiği gösterilmiş olduğundan, böylece tekrardan kaçınılmıştır.

Dördüncü fıkrada bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi başkan ve üyelerinin reddi taleplerini incelemeye yetkili merci konusunda hüküm getirilmiştir.

Madde 46- 1086 sayılı Kanunun 35 inci maddesi hükmü, kural olarak korunmuş ve dil bakımından yapılan sadeleştirme yanında, ilk derece mahkemesince verilen ret talebinin geri çevrilmesi kararına karşı istinaf yoluna, bölge adliye mahkemesinin bu yoldaki kararına karşı ise temyiz yoluna, ancak nihaî kararlar birlikte başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Madde 47- Madde, 1086 sayılı Kanunun 36 ncı maddesini karşılamaktadır. Bu düzenlemenin dört ve altıncı fıkraları yeni hükümler içermektedir.

Maddenin birinci fıkrasında işin niteliği icabı hâkimin reddi talebine ilişkin kararların, duruşma yapılmaksızın da verilebileceği açıklanmıştır.

İkinci fıkrada ise ret talebi üzerine, işe bakan hâkimin hangi işlemleri yapabileceği düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada, ret talebinin merci tarafından reddedilmesi üzerine, engel bulunmadığı anlaşılacağından hâkimin davaya bakmaya devam edeceği açıkça vurgulanmıştır.

1086 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında hâkimin reddi isteğinin merci tarafından usul ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, istekte bulunanlar aleyhine para cezasına hükmolunacağı öngörülmüş iken, bu düzenlemenin dördüncü fıkrasında "ret talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi" durumunda para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Davaya bakan hâkimlerin birden çok olması ve bu sebeple birden çok hâkim hakkında ret talebinde bulunulmasından dolayı, cezanın ağırlaştırılması, hakkaniyete uygun görülmemiş, 1086 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrası olan son cümle bu düzenlemeye alınmamıştır.

Maddenin beşinci fıkrasında tevali eden ret durumu, cezanın artırılma sebebi olarak kabul edilmiştir.

1086 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinde, para cezasının hüküm kesinleşmeden tahsili ve hükmün bozulması hâlinde ilgilinin isteği üzerine iade edileceği düzenlenmiş iken, maddenin altıncı fıkrasında para cezasına ilişkin karar kesinleşmedikçe tahsil edilemeyeceği gösterilmiştir. Davaya bakan mahkemenin, dosyanın gelişi tarihinden itibaren onbeş gün içinde para cezasının tahsili için gereğini yapacağı düzenlenmiştir. Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin kurala uyum sağlanmıştır.

Madde 48- Esas hüküm bakımından istinaf yolu kapalı bulunan dava ve işlerde, hâkimin reddi talebiyle ilgili merci kararlarının, kesin olması ilkesi benimsenmiştir. Esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan dava ve işlerde ise ilk derece mahkemesi hâkimleri hakkındaki ret talepleriyle ilgili kararlara karşı, sadece istinaf yolu kabul edilmiştir. Hâkimin reddi konusundaki kararın kesinleşmesinden sonra, ret sebebinin doğduğu tarihten itibaren reddedilen hâkimce yapılmış olan ve ret talebinde bulunan tarafça itiraz edilen esasa etkili işlemlerin, davaya daha sonra bakacak hâkim tarafından iptal olunması öngörülmüştür.

Madde 49- Madde, 1086 sayılı Kanuna 2494 sayılı Kanunla eklenen, 36/A ve 36/B maddelerinin kısmen karşılığıdır. Bölge adliye mahkemelerinin kurulması sebebiyle, temyiz yolu, sadece bu mahkemelerde görev yapan hâkimlerin reddi talepleri konusundaki kararlara karşı mümkün olacağından, buna uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bölge adliye mahkemelerinde görülen ve esas hüküm bakımından temyiz yolu kapalı olan dava ve işlerde, hâkimin reddi isteminin incelenmesine ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.

Madde 50- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 37 nci maddesi hükmünü kısmen karşılamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, hâkimin yasaklılığına ve reddine ilişkin sebeplerin zabıt kâtibi bakımından da yasaklılık ve ret sebebi olduğu kabul edilmiş, ret talebini, zabıt kâtibinin görev yaptığı mahkemenin inceleyeceği ve kararın kesin olduğu belirtilmiştir.

İkinci fıkrada, hâkimin yasaklılığına ilişkin kurallara paralellik sağlanması amacı güdülmüştür.

Maddenin üçüncü fıkrasında, aynı işte, zabıt kâtibinin hâkim ile birlikte reddi hâlinde veya birlikte çekinmeleri durumunda, kararın, hâkimin reddi veya çekinmesi yönünde karar alacak mercice inceleneceği hükme bağlanarak, usul ekonomisi ilkesine uygun düzenleme yapılmıştır.

Madde 51 - Hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümlerin yeri değiştirilmiş ve kanunun sistemi bakımından hâkimin yasaklılığı ve reddinden sonra düzenlenmiştir.

Bu hükümle, 1086 sayılı Kanunun 573-576 ncı maddelerinde düzenlenen hâkimin kusurlu davranışlarından, ilk etapta Devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimin şahsen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki esastan ayrılmış ve karşılaştırmalı hukuk da nazara alınarak, hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, ilk plânda Devlete karşı tazminat davası açılması esas kabul edilmiştir. Devlet, daha sonra kusurlu hâkime rücu edebilecektir. Böyle bir düzenleme ile hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin durum, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede Devleti sorumlu tutan ve daha sonra da Devletin sorumlu kişiye rücu etmesini kabul eden, Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygundur.

Hükümde geçen "hâkim" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dahildir.

Hükümde, hâkimlerin sorumluluğunu gerektiren sebepler, genel olarak belirtilmemiş, daha önce 1086 sayılı Kanunun 573 üncü maddesinde olduğu gibi tahdidi olarak sayma yoluna gidilmiş, böylece, hâkimlerin daha ağır bir sorumluluk rejimiyle karşılaşmaları engellenmek istenmiştir. Hükümde kabul edilen sorumluluk hâlleri, esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 573 üncü maddesiyle aynıdır. Ancak, 573 üncü maddenin (7) numaralı bendinde gösterilen nedene yer verilmemiştir. Zira, hâkime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır, görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi de, hâkimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebilecektir.

İkinci fıkraya göre, hâkimin davranışından zarar gören kişi, hukukî yollara, örneğin kanun yollarına başvurarak zararı engelleme imkânı olmasına rağmen, bunu yapmamışsa, tazminat talep edemeyecektir.

Üçüncü fıkrada, Devletin ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime rücu edebileceği kabul edilmiş, bu rücu için de bir yıllık süre öngörülmüştür.

Madde 52- Maddede hâkimin kusurlu davranışları nedeniyle, açılacak tazminat ve rücu davasında, görevli ve yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Hâkimlerin sorumluluğu nedeniyle açılan tazminat davası, sıradan bir tazminat davası gibi değerlendirilmemelidir. O nedenle, gerek Devlet aleyhine açılan tazminat davasında, gerekse Devlet tarafından hâkime karşı açılacak rücu davasında, hâkimler için ayrıca bir teminat oluşturmak amacıyla, 1086 sayılı Kanunun 575 inci maddesinin, 5236 sayılı Kanunla değişik ikinci fıkrasındaki sistemden ayrılmış, bu davalar için Yargıtayın görevli olması kabul edilmiştir. Buna göre, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat davası, dava konusuna göre karar temyiz edilse idi, temyiz incelemesi Yargıtayın hangi hukuk dairesinde yapılacak idiyse, o hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve davranışlarından dolayı açılacak tazminat davası da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılacaktır. Hükümde ayrıca, dava sonunda verilen kararların nerede temyiz edileceği de gösterilmiştir. Buna göre, Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda; Hukuk Genel Kurulunun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunda yapılacaktır.

Devlet, tazminatı öder ve sorumlu hâkime karşı rücu davası açarsa, bu davanın da, birinci fıkrada belirtildiği şekilde, asıl tazminat davasını karara bağlayan mahkemede görülmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler yargı bağımsızlığı ile de doğrudan doğruya ilgilidir. Ayrıca, bu mahkeme, tazminat davasını inceleyip, karara bağlayarak, uyuşmazlık hakkında zaten en iyi şekilde bilgi sahibi olmuş durumdadır. O nedenle, bu mahkeme, rücu davasını da kısa süre içinde gerçeğe uygun bir şekilde karara bağlayabilecektir.

Madde 53- Bu maddede, Devlete karşı açılacak tazminat davasında, dava dilekçesinde özel olarak bulunması gereken hususlar belirtilmektedir. Dilekçede, tahdidi olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığı, bunu ispat etmek için başvurulacak deliller belirtilecek ve mevcut deliller dilekçeye eklenecektir. Davaya bakan mahkeme, bu hususlarda eksiklik görürse, bu eksikliğin giderilmesi için ilgiliye süre vermeden, dilekçenin reddine karar verir.

Maddenin üçüncü fıkrası ile, Devlet aleyhine açılan tazminat davasına bakan mahkemenin, bu davayı, sorumlu hâkime re'sen ihbar etmesi esası getirilmiştir. Dava kendisine ihbar edilen hâkim, davalı Devlet yanında davaya katılabilir. Böylece, sorumlu hâkimin de davadan haberdar olması ve hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde davada etkili olabilmesi, delil getirebilmesi imkânı sağlanmak istenmiştir.

Madde 54- Hâkimin kusurlu davranışı nedeniyle, Devlete karşı açılan tazminat davası reddedildiğinde, davacı, disiplin para cezasına mahkûm edilecektir. Bu cezaya, davaya bakan mahkeme karar verecektir. Para cezasının verilebilmesi için davanın esastan reddi gereklidir.

Bu hükümde, 1086 sayılı Kanunun 576 ncı maddesinde olduğu gibi, davanın reddi hâlinde, hâkim lehine maddî ve manevî zarara hükmedilmesi esasına yer verilmemiştir. Zira, dava doğrudan doğruya hâkim aleyhine açılmayıp, Devlet aleyhine açıldığından, davanın tarafı olmayan, üçüncü kişi konumunda olan hâkim için, bu davada maddî veya manevî tazminata karar verilmesi uygun görülmemiştir. Şüphesiz, hâkim, haksız dava nedeniyle uğramış olduğu maddî veya manevi zarar nedeniyle, davacıya ayrı bir tazminat davası açabilecektir.

Madde 55- Bu maddenin kenar başlığı taraf ehliyeti şeklinde düzenlenmiştir.

1086 sayılı Kanunda, davaya ehliyetin Türk Medenî Kanununa göre tayin olunacağı zikredilmiştir. Burada taraflara ilişkin dava şartlarını açıklamada bir belirginlik yoktur. Bu nedenle davada taraf ehliyetine ilişkin düzenlemelerin yeni baştan ve ayrı ayrı ele alınması gerekmiştir. Nitekim; gerek Alman hukukundaki düzenleme gerekse İsviçre hukukundaki düzenleme de bu doğrultudadır.

Taraf ehliyeti, medenî hukuktaki hak ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir. Medenî hukuktaki haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti hak ehliyetini oluşturmakta, gerçek ve tüzel kişiler bakımından geçerli olmaktadır.

Bu maddede, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın, medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların davada taraf ehliyetine de sahip olacağı ifade edilmiştir.

Madde 56- Bu maddede, taraflara ilişkin dava şartının ikincisi olan dava ehliyeti ele alınmıştır. Dava ehliyeti, medenî hukuktaki fiil ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir. Burada gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın, medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olanların dava ehliyetine de sahip olacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu düzenleme, Alman Medenî Usul Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hüküm içermektedir.

Madde 57- Bu maddede, medenî hakları kullanma ehliyetine sahip bulunmayanların, davada temsil esası düzenlenmiştir.

Medenî hakları kullanma ehliyetine sahip bulunmayanlar bakımından kanunî temsilci eliyle, tüzel kişiler bakımından da yetkili organları aracılığıyla davanın yürütülmesi taraflara ilişkin bir dava şartıdır. Bu nedenle, davada, medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan gerçek kişiler kanunî temsilcileri, tüzel kişiler ise yetkili organları tarafından temsil edilir.

Madde 58- Madde ile davayı takip yetkisi kurumu düzenlenmiştir. Davayı takip yetkisi, maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukuna yansımadır. Dolayısıyla, kanunla aksi belirtilmedikçe, bu yetki kural olarak maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Maddede davayı takip yetkisinin tanımına da yer verilmiş bulunmaktadır. Bu tanım, esas itibarıyla davayı takibi de kapsamaktadır. Davayı takip yetkisi tamamen şeklî taraf kavramının bir sonucudur. Kural olarak dava ehliyeti bulunan kimsenin davayı takip yetkisi de mevcuttur; ancak, bazı durumlarda tarafın dava ehliyeti olmakla birlikte davayı takip yetkisi kendisi dışında üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilir ya da kanun gereği kullanılması zorunlu olabilir. Bu yetkiyi kullanan kişinin gerçekte hukukî ilişkinin tarafı olmasına gerek yoktur. Davayı takip yetkisi bir dava şartı olup, mahkeme bunu kendiliğinden göz önüne alır.

Buna göre, davayı takip yetkisi, talep sonucunda belirtilen hakkın ya da hukukî ilişkinin esası hakkında hüküm alabilme yetkisini ifade etmekte olup, kanunda belirtilen istisnaî durumlar (örneğin, İİK.m. 94/II'ye göre, borçlunun henüz tapuya tescil ettirmediği bir taşınmazın borçlu adına tescil ettirmek için alacaklının icra dairesinden dava açma yetkisini istemesi, iflâs masasına karşı açılacak davalarda veya iflâs masasının açacağı davalarda iflâs idaresi tarafından temsil edilmesinde olduğu gibi) dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Bu örneklerde de görüleceği üzere, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen durumda, aslında borçlunun normal olarak dava ehliyeti mevcuttur. Fakat alacaklı, borçlunun alacağını tahsil için icra dairesinden davayı takip yetkisini alarak, borçlu adına davayı takip eder. Bu durumda, borçlunun ne taraf ehliyeti ne de dava ehliyeti kaldırılmamış olup, sadece alacaklıya borçlunun alacağını tahsil için bir yetki verilmiştir. Benzer durum iflâsta da söz konusudur. Müflisin taraf ehliyeti ve dava ehliyeti mevcut olmakla birlikte iflâs masasına giren mal ve haklar bakımından takip yetkisi iflâs idaresi tarafından kullanılacaktır.

Madde 59- Bu maddede, kanunî temsilcilerin temsil belgesini veya davanın takibinin izne bağlı olduğu hâllerde izin belgesini verme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, bu belgelerin usul ekonomisi açısından dava veya cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir.

İkinci fıkrada, izin belgesinin alınması için mahkemeye başvurunun zorunlu olduğu hâllerde, mahkemenin bir süre vereceği ve bu sürenin de kesin olacağı düzenlenmiştir. Verilen kesin süre içinde mahkemeye başvurulması yeterli olup ayrıca mahkemenin bu süre içinde karar vermesi zorunlu değildir; mahkeme karar verinceye kadar beklenecektir.

Üçüncü fıkrada ise gerek birinci fıkraya göre sunulması gereken belgelerin sunulmaması, gerekse ikinci fıkraya göre mahkemeye başvurulması gereken durumlarda başvurulmamasının sonuçları düzenlenmiştir. Süresinde belirtilen işlemler yapılmadığında dava açılmamış, şayet herhangi bir işlem yapılmışsa işlemler de yapılmamış sayılacaktır.

Madde 60- Bu maddede, malvarlığına ilişkin davalar bakımından, dava sırasında taraflardan birinin ölümü hâlinde, Türk Medenî Kanununun 606 ncı maddesindeki mirasçılar tarafından mirası ret süresi göz önüne alınarak, bu süre zarfında mirasçılarının mirası kabul veya reddetmemelerine bağlı olarak davanın ertelenmesi öngörülmektedir. Maddeyle getirilen bu düzenleme mukayeseli hukuktaki düzenlemelerle de paralellik arz etmektedir.

Bununla beraber, gecikmesinde zarar umulan hâllerde, bilhassa diğer tarafın istemi üzerine mahkemece kayyım atanmasına karar verilebileceği de maddede ifade edilmiştir.

Madde 61- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 42 nci maddesi hükmünün günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Bu hükümlerle, vesayet altına alınması muhtemel kişilerle koruma altına alınmış olan kişilerin haklarının korunması amaçlanmıştır.

Madde 62- "İhtiyarî dava arkadaşlığı" başlığını taşıyan 62 nci madde hükmü 1086 sayılı Kanundaki 43 üncü maddedeki ifadelerin günümüz Türkçesine uyarlanmış hâlini ifade etmektedir.

İhtiyarî dava arkadaşlığını oluşturan sebepler, 1086 sayılı Kanunda iki bent altında düzenlenmişken, yeni değişikliklerle üç bent olarak kabul edilmiştir. Birinci bentte, 1086 sayılı Kanundaki "iştirak hâlinde bulunması" ifadesinin elbirliği mülkiyetini çağrıştırmaması ve

kavramlar arasında doğması muhtemel karışıklığı önlemek açısından, "elbirliği mülkiyeti dışındaki bir sebeple ortak olması" ifadesine yer verilmiştir.

1086 sayılı Kanunun 43 üncü maddesinin (1) numaralı bendinin ikinci cümlesinde yer alan ihtiyari dava arkadaşlığını oluşturan sebep, bu düzenlemede (b) bendi olarak günümüz Türkçesine çevrilmiştir.

İhtiyarî dava arkadaşlığını oluşturan diğer bir sebep de (c) bendinde düzenlenmiştir. İhtiyarî dava arkadaşlığının amaçları dikkate alınarak (usul ekonomisi, çelişkili kararı önlemek gibi) 1086 sayılı Kanun hükmünden farklı bir biçimde ihtiyarî dava arkadaşlığından söz edilebilmesi için davanın temelini oluşturan, vakıaların yanı sıra hukukî sebeplerin de aynı veya benzer olmasının gerektiği vurgulanmıştır. Böylece "davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin birbirine benzer olması" ifadesiyle, ihtiyarî dava arkadaşlığını oluşturabilecek sebepler daha da genişletilmiştir. Bu husus, Türk hukukunda gerek öğreti gerek Yargıtay uygulamalarına uygun bir düzenlemeyi içermektedir. Benzer düzenlemelere Almanya ve Avusturya kanunları ile İsviçre'nin Neuchatel Usul Kanununda da rastlamak mümkündür.

Madde 63- Bu maddede, ihtiyarî dava arkadaşlığının usul hukukuna yönelik hükümlerine yer verilmiştir.

Burada ihtiyarî dava arkadaşlarının, davalarının, birbirinden bağımsız olduğu ve her bir dava arkadaşının diğerinden bağımsız hareket edebileceği hususu vurgulanmıştır. Benzer düzenleme Alman Medeni Usul Kanununun 61 inci maddesinde de yer almaktadır.

Madde 64- Bu maddede, yapılan düzenleme maddî bakımdan mecburi dava arkadaşlığıdır. Burada 1086 sayılı Kanundan farklı olarak maddî bakımdan mecburî dava arkadaşlığından ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, mecburî dava arkadaşlığı, maddî hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu olan hâllerde söz konusudur.

Madde 65- "Mecburî dava arkadaşlarının davadaki durumu" başlığını taşıyan bu maddede, maddî bakımdan mecburî dava arkadaşlarına yönelik usul hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre, maddî bakımdan mecburî dava arkadaşlığı ancak kanunlarda belirtilen elbirliği ortaklığı ile bölünemeyen hak veya borç üzerinde birden fazla kişinin tasarrufla bulunması hâlinde söz konusu olabilmektedir. Mecburî dava arkadaşlığına yönelik 64 üncü maddedeki düzenleme göz önüne alındığında dava arkadaşlarının ancak birlikte dava açmaları veya aleyhlerine birlikte dava açılması zorunludur. Yine, dava arkadaşları hakkında tek hüküm verilmesi esas geçerli olduğundan,

mahkemece yapılacak tahkikat ve yargılamaya ilişkin işlemlerde dava arkadaşlarının birlikte hareket etmeleri zorunluluğu esas geçerlidir. Ancak, dava arkadaşlarından bir ya da bir kaçının kötü niyetli olarak veya hukukun geçerli olmayan başka sebeplerle diğer dava arkadaşlarıyla birlikte hareket etmemeleri, örneğin duruşmalara gelmemeleri veya yapılacak usulî işlemlere yanaşmamaları hâlinde, diğer dava arkadaşları bundan zarar gördükleri gibi, bu tür tutum ve davranışlar davaların gecikmesine de sebep olabilmektedir. Bu durum göz önüne alınarak, mukayeseli hukuktaki düzenlemelere paralel şekilde, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinin, usulüne uygun olarak davet edildikleri hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade edeceği açıkça

belirtilmiştir. Maddedeki, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinden kasıt, hem tarafın duruşmaya gelmemesi, hem de duruşma dışında süreye tâbi işlemlerde hareketsiz kalınması durumunda geçerli olacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, bu düzenleme, davada usul işlemleri bakımından geçerli olup, sulh, feragat ve kabul gibi maddî hukuk içerikli usul işlemleri açısından geçerli değildir. Zira, bu türlü maddî hukuk içerikli tasarruf işlemlerinde dava arkadaşları, ancak birlikte hareket etmek zorundadır. Madde 66- Maddede taraf ihbarı ve şartları düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, rücu için temel şart olarak, hem tarafın kendisine rücu edilmesi, hem de kendisinin rücu etmesi ihtimali dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. 1086 sayılı Kanunda, sadece tarafın üçüncü kişiye rücu ihtimali dikkate alınmıştır. Oysa, davanın sonucuna göre tarafın kendisine de rücu ihtimali ortaya çıkabilecektir. İhbar yapılacak kişinin o yargılama bakımından üçüncü kişi sayılması gerekir. Şartları oluşmuşsa, her iki tarafın da bu yola başvurması mümkündür. İhbarın tahkikat sonuçlanıncaya kadar yapılabilmesi öngörülmüştür. Böylece genel bir ifade yerine, tahkikat sonuçlanıncaya kadar ihbarın mümkün olduğu kabul edilmiştir. Tahkikat aşamasından sonra ihbarın yapılması, istenen sonucu tam olarak gerçekleştirmeyeceği gibi, yargılamayı uzatıcı bir sonuç da doğuracağından kabul edilmemiştir.

İkinci fıkrada, kendisine dava ihbar edilenin de başkasına bu davayı ihbar edebileceği açıkça belirtilmiştir. 1086 sayılı Kanunda ayrı bir maddede düzenlenen bu husus, sistematik bütünlük sağlamak amacıyla maddenin ikinci fıkrası hâline getirilmiştir.

Madde 67- Bu maddede ihbarın şekli ve nasıl yapılacağı düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, ihbarın yazılı olarak yapılacağı öngörülmüş, bunun dışında bir sınırlama getirilmemiştir. İhbar yapılırken, gerek kötüniyetli davranışların önüne geçmek gerekse ihbar edilen üçüncü kişinin doğru ve sağlıklı karar vermesini sağlayabilmek için, ihbar sebebinin ve yargılamanın bulunduğu aşamanın açıkça belirtilmesi aranmıştır.

İkinci fıkrada, davanın ihbarı ile yargılamanın başka bir güne bırakılmayacağı açıkça öngörülerek, yargılamanın gereksiz uzaması ve kötüniyetli ihbarda bulunulmasının da önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ancak, ihbarın tevalisi gibi, zorunlu hâllerde bir süre verilerek yargılamanın başka güne bırakılması kabul edilmiştir. Böylece, zorunluluğu hâkim takdir ederek süre verebilecek, ancak ihbar sebebiyle yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olacaktır. 1086 sayılı Kanunda ihbarın tevali etmesi hâlinde hâkimin mutlaka süre vereceği, ancak teminat alabileceği öngörülmüştür. Hâkime tanınan yetki ve konulan kural sebebiyle teminat alınması gerekli değildir. Zira hukukî dinlenilmenin bir uzantısı olan ihbar için, teminat alınması uygun olmadığı gibi, uygulamada da ortaya çıkan güçlükler sebebiyle süre verilmesi durumunda, teminat alınmasından vazgeçilmiştir.

Madde 68- Maddede, ihbar üzerine kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişinin yargılamada nasıl yer alacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu düzenlemeye göre, kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, mutlaka ihbarda bulunan tarafın değil, hukukî yararı bulunuyorsa diğer tarafın da yanında yer alabilecektir.

1086 sayılı Kanunda ihbar üzerine üçüncü kişi, taraf yanında veya onun yerine davayı takip yetkisiyle birlikte davada yer alabilmekteydi. Yapılan yeni düzenlemeyle, ihbarı alan üçüncü kişinin, sadece hukukî yararı olan taraf yanında yargılamada yer alması kabul edilmiştir. Zira, taraf yerine

geçerek davayı takip etmek, uygulamada hemen hemen hiç kullanılmamaktaydı. Ayrıca bu durum, davada temsil ve bunun için tanınan avukatlık tekeli de ihlâl eden bir sonuç doğurmaktaydı. Belirtilen sebeplerle, ihbar üzerine üçüncü kişinin, hukukî yararı olan yanında davaya katılması kabul edilmiştir.

Madde 69- Bu maddede, davanın ihbarının etkisi, Tasarının "Fer'i müdahalenin etkisi" başlıklı 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasına yollama yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Davanın ihbarı müessesesi ile güdülen temel amacın üçüncü kişinin davaya ihbar eden yanında fer'i müdahil olarak katılmasının sağlanması olduğu dikkate alındığında, söz konusu etkinin davanın ihbarı bakımından da kabulü gereklidir. Zira, ihbara icabet ederek davaya fer'i müdahil olarak katılan üçüncü kişi bakımından 75 inci madde sebebiyle meydana gelen "müdahale etkisi"nin, ihbara rağmen, davayı kazanması kendi lehine olan taraf yanında davaya katılarak ona bu yolda yardım etmekten kaçınan kimse bakımından da doğması ihbar müessesesinden beklenen faydanın temini bakımından kaçınılmazdır. Bu itibarla, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişinin ihbar eden yanında davaya fer'i müdahil olarak katılmadığı hallerde, aralarındaki rücu bakımından ihbar alan kişi, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verilmiş olduğunu ileri süremeyecektir. Bununla birlikte, ihbar alan kişi, ihbar eden tarafın ihbarı zamanında yapmamış olduğunu yahut iddia ve savunma imkânlarının asıl davada ihbar eden tarafından ağır kusurlu olarak değerlendirilebilecek surette kullanmayarak davayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilecektir. Tasarının benimsemiş olduğu bu çözüm tarzı ihbar alan kişinin ihbar eden taraf yanında davaya fer'i müdahil olarak katılmaması durumu için ağır bir müeyyide getirmek yoluyla davanın ihbarı müessesesini etkin ve anlamlı kılmaktadır. Getirilen düzenleme Alman Usul Kanununun 74 üncü paragrafının üçüncü fıkrası ve söz konusu fıkranın yollama yaptığı 68 inci paragrafındaki düzenleme ile paralellik göstermektedir. Zira, Alman Hukukunda da öncelikle fer'i müdahalenin etkisi § 68 ZPO'de, buna karşılık ihbarın etkisi ise § 74, III ZPO'da § 68 ZPO'ya yollama yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Keza İsviçre Tasarısında da aynı yol izlenmiş, fer'i müdahalenin etkisi Tasarının 75 inci maddesinde düzenlenmiş, ihbarın etkisi ise Tasarının 78 inci maddesinde söz konusu 75 inci maddeye yapılan yollamayla (bu madde hükmünün kıyasen uygulanması öngörülerek) düzenlenmiştir.

Madde 70- Bu maddede, doktrin ve uygulamada tereddüt etmeden kabul edilen ve bazı kanunlarımızda açıkça veya dolaylı olarak zikredilen (örneğin, Kadastro Kanunu), ayrıca yabancı ülke kanunlarında da yer verilen aslî müdahale kurumu düzenlenmiştir. Aslî müdahale, çelişkili kararların önüne geçmek, gerçeğin ortaya çıkartılması, usul ekonomisi, hukukî dinlenilme hakkının tam gerçekleştirilmesi, muvazaalı yargılamaların önüne geçmek gibi amaçlara hizmet eden bir kurumdur.

Birinci fıkrada, öncelikle davaya aslî müdahale değil, yargılamaya müdahale ifadesi kullanılmıştır. Zira, fer'i müdahale çekişmesiz yargıda mümkün değilken, aslî müdahale çekişmesiz yargıda da mümkündür ve aslî müdahalede bulunulmasıyla çekişmesiz yargı işi kural olarak çekişmeli yargıya dönüşür. Zaman bakımından, hüküm verilinceye kadar aslî müdahalede bulunulması kabul edilmiştir. Özellikle konusu aynı olan davalardaki hak veya şeyle ilgili çelişkili kararların önüne geçmek bakımından, hükme kadar müdahalenin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Aslî müdahale davasını diğer davalardan ayıran temel özellik, aslî müdahalede bulunmakta hukukî yararı olan kimsenin, ilk davanın veya yargılamanın görüldüğü mahkemede, ilk davanın veya yargılamanın taraflarını davalı göstererek dava açması ve bu iki davanın birlikte görülmesidir. Bu sebeple, birinci fıkrada bu durum açıkça belirtilmiştir. Ancak, aslî müdahale

şartları oluşsa da, hak iddiasında bulunan üçüncü kişi, yetkili ve görevli olmak kaydıyla ilgili mahkemede ilk davanın taraflarına karşı bağımsız bir dava da açabilir. Yani, aslî müdahale bir zorunluluk değil, üçüncü kişiye tanınan bir imkândır. Bu sebeple, üçüncü kişinin dava açacağı şeklinde mutlak ifade kullanılmayıp dava açabileceği belirtilmekle yetinilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, asıl yargılamayla, müdahale davasının birlikte görülüp karara bağlanacağı belirtilmiştir. Her iki yargılamaya ilişkin tahkikatın birlikte yürütülüp yürütülmeyeceği veya birinin diğeri için bekletici sorun yapılıp yapılamayacağına, yargılamanın özelliğine göre, mahkemece karar verilecektir. Ancak her hâlde yargılamaların birlikte yürütülmesi ve kararın da ayrı ayrı değil, aynı anda birlikte verilmesi gerektiği fıkra da açıkça belirtilmiştir.

Madde 71- Madde ile fer'î müdahale, mümkün olduğunca temel unsurlarını içerecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu çerçevede, fer'î müdahilin davanın tarafları dışında üçüncü kişi olduğu belirtilmiştir. Maddede üçüncü kişinin fer'î müdahalede bulunabilmesi için bu konuda "hukukî yararının bulunması" şeklinde genel bir çerçeve çizilmiş, hukukî yararın ne olduğu doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Yargı organlarına yöneltilen her talep gibi fer'î müdahalede bulunmak için de hukukî yararın bulunması gerekir.

Maddede açıklığa kavuşturulan bir başka husus ise fer'î müdahilin tarafın yardımcısı olduğu ve onun yanında davaya katılacağıdır. Böylece, fer'î müdahilin taraf mı, taraf yardımcısı mı veya taraf benzeri bir konuma mı sahip olduğu konusundaki tartışmalar ortadan kalkacaktır. Fer'î müdahilin tarafın yardımcısı olması, fer'î müdahilin davadaki durumunu ve kullanacağı yetkileri doğrudan belirleyici niteliktedir. Örneğin, fer'î müdahil, taraf yardımcısı olması sebebiyle, tarafa rağmen bir işlem yapamayacaktır. Fer'î müdahil, davada kimin yanında yer almasında hukukî yararı varsa onun yanında yer alacaktır.

Aslî müdahaleden farklı olarak, tahkikat sona erinceye kadar fer'î müdahalede bulunulacağı kabul edilmiştir. Zira aslî müdahil taraftır ve bir dava açmaktadır; oysa fer'î müdahil taraf yardımcısı olarak mevcut bir davanın içinde yer almaktadır. Ayrıca, ihbarla fer'î müdahalenin yakın ilişkisi dikkate alındığında da her ikisinin de tahkikat sonuna kadar kullanılan hukukî kurumlar olmasına dikkat edilmiştir.

Madde 72- Maddenin birinci fıkrasında, fer'î müdahale hakkının kötüye kullanılmaması ve istenen sonucu sağlayabilmesi, yargılamanın daha sağlıklı yürütülebilmesi için, müdahilin, yanında katıldığı tarafı, müdahale sebebinin ve bunun dayanaklarını müdahale talebinde açıkça belirtmesi aranmıştır. Böylece, müdahilin hangi taraf yanında fer'î olarak katılacağı konusunda tereddüt olmayacaktır. Üçüncü kişinin, fer'î müdahil olarak davada yer alması için, bu konuda hukukî yararı mevcut olmalıdır. Bu sebeple, müdahale sebebi ve müdahale sebebine ilişkin somut dayanakları da dilekçesinde yer almalıdır.

İkinci fıkraya göre, müdahale dilekçesi, tarafların haberdar olmaları için taraflara tebliğ edilmelidir. Bu aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının unsuru olan yargılama faaliyeti hakkında tarafların bilgilendirilmesinin de bir gereğidir. Mahkeme, ayrıca gerekli ise müdahale talebini incelemek için tarafları ve üçüncü kişiyi davet eder. Ancak, fer'î müdahale sebebiyle davanın gecikmesine engel olmak için, davet edilenler gelmeseler dahi müdahale hakkında karar verileceği hususu kabul edilmiştir.

Madde 73- Maddenin birinci fıkrasında, müdahale talebinin kabulü hâlinde, müdahilin davayı ancak katıldığı noktadan itibaren takip edeceği belirtilerek, müdahale sebebiyle yargılamanın

gecikmesine veya bu yönde kötüniyetli davranışlara engel olunması amaçlanmıştır. Böylelikle, müdahilin katıldığı aşamaya kadar olan işlemlerin yeniden müdahile bildirilmesi ve müdahilin de bu işlemlere karşı beyanda bulunması gibi, yargılamayı uzatacak ve zorlaştıracak bir yöntem kabul edilmemiştir. Müdahilin, tarafın yardımcısı olması sebebiyle, onun işlem ve açıklamalarına aykırı işlem yapması müdahillik konumuyla bağdaşmayacaktır. Fer'î müdahil ancak, yanında katıldığı tarafın işlemlerine yardımcı olacak nitelikte işlemler yapabilir ve onun yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir. Bu durum, fıkra açıkça belirtmek suretiyle, konuyla ilgili tartışmaları sona erdirecektir.

İkinci fıkraya göre, fer'î müdahil, taraf olmamakla birlikte, hem katıldığı tarafın yararına hem de dolaylı olarak kendi yararına işlemler yapacaktır. Zira, yanında katıldığı tarafın davayı kazanması

hâlinde, fer'î müdahilin de hukukî durumu güçlenecektir. Bu çerçevede fer'î müdahilin taraf yardımcısı olarak üzerine düşeni tam olarak gerçekleştirebilmesi için, katıldığı andan itibaren yargılama işlemlerinden haberdar olması gerekir. Bu aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının da bir gereğidir. Zira, yargılamanın sükeleri, yargılamadaki durumlarıyla bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. Şüphesiz fer'î müdahilin hukukî dinlenilme hakkı; özellikle açıklama ve ispat hakkı, taraflar kadar geniş değildir. Ancak, fer'î müdahilin yargılama faaliyetinden, taraf ve mahkeme işlemlerinden bilgi sahibi olması konusundaki hakkı taraflara yakındır. Yargılama işleminden haberdar olmadan, o konuda bir işlem yapmak mümkün olamayacağı için, uygulamada doğabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla katıldığı andan itibaren müdahile de yapılacak işlemlerin tebliği öngörülmüştür.

Madde 74- Maddede fer'î müdahalenin etkisi düzenlenmiştir. Bu çerçevede, önce müdahilin de yer aldığı asıl uyuşmazlığın çözümlendiği davada, hükmün sadece taraflar hakkında verileceği açıkça belirtilmiş; sonra da müdahil ile taraf arasında görülecek davada, asıl davaya fer'î müdahil olarak katılmanın ve verilen hükmün, rücu davasındaki etkisi düzenlenmiştir.

Birinci fıkra, asıl davada hükmün kim hakkında verileceğini düzenlemektedir. Oysa, uygulamada zaman zaman 1086 sayılı Kanunun 57 nci maddesindeki hükme rağmen, fer'î müdahili de içine alacak nitelikte hükümler verildiği görülmekte idi. Bu tereddütlü durumu ortadan kaldırmak için, fer'î müdahilin de yer aldığı bir davada, hükmün ancak taraflar hakkında verileceği açıkça belirtilmiştir.

İkinci fıkra, müdahil ile taraf arasında görülecek rücu davasında, ilk davada verilen kararın etkisini düzenlemektedir. Fer'î müdahil, asıl tarafa yardımcı olmasına rağmen, taraf davayı kaybetmiş olabilir. Bu durum, asıl tarafın fer'î müdahile karşı bir dava açmasını gerektirebilir veya fer'î müdahil asıl tarafa karşı bir dava açabilir. Fer'î müdahil ile taraf arasında görülen ikinci davada, ortaya çıkan bazı sorunlar, ilk davada çözümlenmiş ve karara bağlanmış olabilir. İlk davada karara bağlanan sorunların, ikinci davada yeniden incelenip incelenemeyeceği, ilk davada verilen hükmün, ikinci davada kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği, kesin hüküm teşkil etmeyecek ise kesin hüküm etkisi dışında bir etki doğurup doğurmayacağı, açıklığa kavuşturulmalıdır. Ortaya çıkan bu etkiye, müdahalenin etkisi denilmektedir. Madde ile bu etkinin kapsamı açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Fer'î müdahalenin etkisi, fer'î müdahil ile taraflar arasında değil, sadece fer'î müdahil ile yanında davaya katıldığı taraf arasında geçerlidir. Müdahalenin etkisi, ilk davada verilen hüküm ne olursa olsun müdahilin hem lehine hem de aleyhine uygulanır.

Müdahalenin etkisi, önceki davada verilen hükmün sadece hüküm fıkrasıyla değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurlarla da geçerli olacaktır. Bu açıdan müdahalenin etkisi, kesin hükme nazaran daha geniştir. Fer'î müdahil ilk davada verilen hükmün yanlış olduğunu ileri süremeyecektir. Bu, hükmün dayandığı vakıaların da yanlış olduğunu ileri süremeyeceği anlamına gelir. İlk davadaki verilen hükmün tümü değil, sadece alternatif ilişkide, birbirinin unsuru olan hususlar bağlayıcıdır. Ancak ilk davada hükümde bulunması gerekmeyen, yani tarafların talep etmediği ve dava ile ilgisi bulunmayan hususlar hakkında karar verilmişse, bu tespitler ikinci davada bağlayıcı olmaz.

Kesin hükmün aksine, müdahalenin etkisi mutlak değildir. Fer'î müdahil davaya etki edebildiği ölçüde müdahalenin etkisine tâbi olacaktır. Bu sebeple, müdahilin davaya katıldığı zaman çok önemlidir. Çünkü fer'î müdahil davaya katıldığı andan itibaren, tarafa ait usulî işlemleri yapıp tarafa yardım edebilecektir. Önceki işlemlere itiraz edemez ve onların tekrarını isteyemez. Eğer müdahil davaya geç katılmışsa, geç katılmasının taraftan kaynaklandığını, asıl tarafın davayı iyi yürütemediğini, eksik veya yanlış iddia ve savunmada bulunduğunu, bu nedenle davanın kısmen veya tamamen kaybedilmesine neden olduğunu ileri sürebilir.

Fer'î müdahilin işlemleri, asıl tarafın işlemlerine aykırı olamayacağından, eğer asıl tarafça onun bazı işlemleri engellenmişse, yine müdahil, müdahalenin etkisine tâbi olmadığını ileri sürebilir.

Örneğin, müdahil, asıl tarafın ikrarı sebebiyle bazı savunma vasıtalarını ileri sürememişse veya ileri sürdüğü işlem geçersiz ise müdahalenin etkisinin buna göre sınırlandırılmasını talep edebilir.

Bunların yanında, asıl taraf, müdahilin bilmediği iddia ve savunma vasıtalarını ve delilleri kasten veya ağır kusuru ile ileri sürmemişse, müdahil, ikinci davada ilk davanın iyi yönetilmediğini ileri sürebilir. Bunu ispat edebildiği ölçüde, müdahalenin etkisinden kurtulur. Örneğin fer'î müdahilin bilmediği zamanaşımı defini, asıl taraf bilmesine rağmen kasten ileri sürmemişse ve bu sebeple dava asıl tarafın aleyhine sonuçlanmışsa, müdahil için bu hükmün bir etkisi olmamalıdır.

Müdahalenin etkisi, mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde tutulmalıdır. Çünkü, bu etki, çelişik kararların verilmesini önlemek, bu sayede tarafların mahkeme kararlarına güvenini sağlamak yanında, usul ekonomisi yönünden de önem taşımaktadır. Bu sebeple mahkemece kendiliğinden nazara alınmalıdır.

Madde 75- Cumhuriyet savcısının, hukuk davalarında yer almasının temelinde, kamu düzeninin korunması düşüncesi yatar. Ancak, kamu düzenini ilgilendiren her konuda Cumhuriyet savcısının görevli olduğuna ilişkin bir ilke olmadığı gibi, böyle bir kanun hükmünün konulması da hukuk davalarının niteliği ile bağdaşmaz. Sadece kanunda açıkça öngörülen hâllerde Cumhuriyet savcısının dava açması ve açılan davalarda taraf olarak yer alması kabul edilmiştir. Cumhuriyet savcısı, hukuk davası açılması için gerekli şartların varlığı hâlinde, dava açmak zorundadır. Cumhuriyet savcısı, yer aldığı hukuk davalarında, dava açma, kanun yollarına başvurma, delillerin toplanmasını isteme gibi "taraf" olmaya bağlanan her türlü yetkiyi kullanabilir. Maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmamaları, şekli esasa bağlı "taraf olma" niteliğine engel teşkil etmemektedir. Öğretide, dava dilekçesinde davalı veya davacı olarak gösterilmek, usulî bir kavram olan "taraf sayılmak için yeterli kabul edilmektedir. Maddî hukuk ilişkisine yabancı üçüncü kişilerin davadaki konumlarını

açıklamak için kullanılan "davayı takip yetkisi" kavramıyla kanunen kendilerine görev verilen üçüncü kişilerin durumları açıklığa kavuşturulmuş, bu esas, öğretide ve uygulamada kabul görmüştür. Bu nedenle, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak, Cumhuriyet savcılarının hukuk davalarındaki görevlerinin niteliğini ve temelini açıklığa kavuşturmak için, taraf olduklarının açıkça belirtilmesine gerek duyulmuştur. Ayrıca kanunda açıkça öngörülen hâllerde, açtığı veya açılmış bir hukuk davasında Cumhuriyet savcısının yer alması, kanunî bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.

Cumhuriyet savcısı kendiliğinden veya resmî dairenin bildirimde bulunması üzerine hukuk davası açar. Resmî dairenin ihbarı üzerine, dava açılmaması hâlinde bir itiraz yolunun öngörülmesi, kamu düzeninin korunması ve keyfiliğin önlenmesi açısından faydalı görülmüştür. Yalnız, burada işin mahiyeti icabı, itirazın asliye hukuk hâkimi tarafından incelenmesi gerekmektedir. İtiraz usulüne ilişkin olarak, ayrıntılı hükümler konulması yerine, bu ihtiyacı karşılayacak nitelikte olan Ceza Muhakemesi Kanununun 172 ve 173 üncü maddelerinin kıyasen uygulanması kabul edilmiştir. Resmî daire dışındaki gerçek veya tüzel kişilerin hukukî menfaatlerinin bulunması hâlinde, doğrudan dava açabilecekleri dikkate alınarak, ihbar veya şikâyetleri üzerine Cumhuriyet savcısının dava açmaması durumunda, onlara bir itiraz hakkının tanınmasına gerek görülmemiştir.

Kamu düzeninin korunmasının özel önem taşıması ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması nedeniyle, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde, tarafların serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunmadığının açıkça belirtilmesinde yarar görülmüştür.

Madde 76- 1086 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin birinci fıkrası aynen kabul edilmiş; dava ehliyetine sahip olan tarafın daha önce olduğu gibi davasını bizzat açabilmesi, takip edebilmesi ve bu işlemleri tayin edeceği vekil aracılığıyla da yapabilmesi benimsenmiştir. Aynı Kanunun aynı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm, yasal temsilcilerin kanunî görevi arasında yer almakla burada tekrara lüzum görülmemiştir.

Madde 77- Maddede, davanın vekil aracılığı ile açılması ve takibinde, avukatın temsilci sıfatı ile hareket etmesi sebebiyle, kanunlarda özel olarak düzenlenen hususlar dışında, umumi olarak Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan temsile ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmektedir.

Borçlar Kanunundaki temsile ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerin varlığından yarar görüldüğünden, maddenin bu düzenlemeleri de kapsadığı kabul edilerek mevcut uygulamanın devamına imkân sağlanmıştır.

Madde 78- Tasarının bu maddesinde 1086 sayılı Kanunun 62 nci maddesinde olduğu gibi vekilin vekâlet kapsamında yapabileceği işler belirtilmiştir.

Madde 79- Bu maddede vekile açık yetki verilmesi gereken durumlar geniş tutulmuş, 1086 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde yazılı olan vekilin sulh olması, hükmolunan şeyi teslim alması, haczin kaldırılması, hakem tayini, davadan feragat, karşı tarafın davasını kabul ve karşı tarafı ibraya ilişkin düzenleme muhafaza edilmiştir. Ancak yeminin reddi ve iadesi bu Tasarıda ayrı ayrı belirlendiğinden, iade konusu fıkraya ayrıca ilâve edilmiştir.

63 üncü maddenin ikinci cümlesinde, yeminin kabulü ve reddine ilişkin beyan için, vekile, ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleye ittila kesbettikten sonra, yetki verilebilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Ancak işin mahiyeti icabı, vekilin,

talimat almaksızın yapacağı işlem kendisini de sorumlu kılacak bir yetkinin kullanılması sonucunu doğuracağından ve pratikte de 1086 sayılı Kanundaki düzenlemenin bir yarar sağlamadığı görüldüğünden bu maddeye alınmamıştır.

Düzenleme gereğince hâkimin reddi, davanın tamamının ıslahı, yemin teklifi, iadesi veya reddi, başkasını tevkil, müvekkilinin iflâsını istemek, hakem sözleşmesi yapmak, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunmak ve bunlara muvafakat vermek, davanın alternatif çözüm yollarına başvurmak, kanun yollarından feragat etmek, yargılamanın yenilenmesi (iadesi) yoluna gitmek, hâkimlerin sorumlulukları sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açmak, vekile açıkça belirtilerek yetki verilmesi hâlinde mümkündür. Bunun yanı sıra kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili olarak da hangileri hakkında yetkilendirildiği açıkça belirtilmek kaydı ile vekil sıfatıyla işlem yapılabilir.

Madde 80- 1086 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinde olduğu gibi, birden çok vekilin bulunması hâlinde her bir vekilin, bağımsız olarak hareket edebileceği ve karşı taraf bakımından yetkilerinin sınırlanamayacağı hükmü kabul edilmiştir.

Madde 81- 1086 sayılı Kanunun 65 inci maddesi, nahiye meclisi, ihtiyar heyeti ve sulh hâkimi tarafından vekâletname düzenlenebilmesine imkân vermekte ise de bu kuralların devamına, ülkemizin bugünkü koşulları karşısında gerek kalmamıştır. Vekâletname düzenleme yetkisinin, münhasıran noterlere bırakılması uygun bulunmuştur. Vekilin, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere sunması zorunluluğu, 1086 sayılı Kanunun 65 inci maddesi muhtevastaki şekli ile korunmuştur.

Resmî dairelerin yetkili amirleri tarafından, avukatlarına usulüne uygun olarak verdikleri temsil belgelerinin onaylanmasına gerek olmadığına dair hükme, maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir.

Madde 82- 1086 sayılı Kanunun 67 nci maddesindeki düzenlemeye genelde sadık kalınarak, dili güncelleştirilmiş, maddenin daha kolay anlaşılması için ifadelerde bir takım değişiklikler yapılmıştır.

Vekâletname aslı veya onanmış örneğinin her dosya için ayrı ayrı verilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin 1086 sayılı Kanunun 67 nci maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye, söz konusu uygulamanın işin doğası gereği yapılması zarureti bulunduğundan, maddede ayrıca yer verilmesine gerek görülmemiştir.

Madde 83- 1086 sayılı Kanunun 69 uncu maddesinde olduğu gibi, vekâlet verenin kendi huzurundaki vekil beyanının sonuçları maddede gösterilmiştir.

Madde 84- 1086 sayılı Kanunun 70 inci maddesinde olduğu gibi maddede, bizzat tarafın veya vekilin uygun olmayan bir hâl veya davranışta bulunması durumunda uygulanacak kurallar, iki ayrı fıkrada düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, genel olarak uygunsuz davranışta bulunan vekile uygulanacak hükümler ve vekâlet verene yapılacak tebligat gösterilmiştir.

İkinci fıkrada ise davasını bizzat takip eden kişinin uygunsuz davranışlarda bulunması hâlinde ona uygulanacak hükümler yer almakta ve ona bir vekil aracılığı ile davasını takip zorunluluğu getirilmektedir.

Madde 85- Bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 71 inci maddesindeki düzenlemeye genel olarak sadık kalınmış, maddenin uygulanmasının kolaylaştırılması bakımından açıklık getirilmiş, verilen karara uymayan hakkında, tarafın yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılması kuralı benimsenmiş ve dil yönünden güncelleştirme yapılarak madde yeniden düzenlenmiştir.

Madde 86- Madde düzenlemesinde 1086 sayılı Kanunun 68 inci maddesinin dilinde güncelleştirme yapılmış, azil ve istifa suretiyle davayı uzatmaya yönelik davranışlar önlenmeye çalışılmıştır. İlgilinin yokluğunda yapılan azil ve istifaya yönelik işlemin hüküm ifade edebilmesi için, ilgisine yapılacak tebligat giderinin de işlemi yapan tarafından peşin olarak ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Madde 87- 1086 sayılı Kanunun 68 inci maddesinde çok dar bir kapsamla düzenlenen avukatın istifa hâli, maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Vekilin istifasının vekâlet verene tebliği anında, vekil edenin hemen sorumluluk altına girmesi mağduriyetine sebep olabileceğinden, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 41 inci maddesine uyum sağlanması amacı ile istifanın vekâlet verene tebliğinden itibaren onbeş gün süreyle vekilin sorumluluğunun devamı öngörülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, vekilin istifası hâlinde, öngörülen sürede, vekâlet veren başka vekil görevlendirmez veya kendisi davasını takip etmez ise uygulanacak kural gösterilmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hususların istifa eden vekilin istifa dilekçesiyle birlikte vekalet verene ihtaren bildirilmesi düzenlenmiştir.

Madde 88- 1086 sayılı Kanunun 68 inci maddesinde düzenlenen avukatın azline paralel olarak maddede düzenleme getirilmiştir. Hüküm, vekilin azlinin davayı uzatma amaçlı kullanılmasını önlemek üzere, vekâlet veren tarafın onbeş gün içinde başka bir vekil görevlendirmesini veya davayı kendisinin takibini öngörmekte, kurala uyulmaması hâlinde, tarafın yokluğu hâlindeki hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

Madde 89- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, teminat gösterilecek hâllerin neler olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, teminat gösterilmesi gereken ilk hâli, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması, davacı yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılması yahut Türkiye'de takip yapması olacaktır. Maddede, teminat konusu sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü yabancıların, Türkiye'de dava açması, davacı yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılması ve Türkiye'de takip yapması hâlinde, teminat göstermesiyle ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 32 nci maddesinde yer alan kural işlerlik kazanacaktır.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan kural, ancak Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları bakımından uygulanma alanı bulur. Çünkü, mutad mesken ve vatandaşlık kavramları, sadece gerçek kişilerle ilişkili kavramlardır. Tüzel kişilerin ise merkezlerinden söz edilebilir ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde (statülerinde) gösterilmesi zorunludur. Bu durum karşısında, ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar

zaten tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye'de ise o tüzel kişi Türk tâbiyetindedir; merkezi yurt dışında ise yabancı bir tüzel kişiden söz etmek gerekir. Yabancı tüzel kişi ise Türkiye'de dava açacak yahut takip yapacak olursa, 2675 sayılı Kanununun 32 nci maddesi uyarınca teminat göstermek zorundadır. Bu durumda, tüzel kişilerin daima bir merkezlerinin bulunmasının zorunlu olması sebebiyle, (a) bendinde yer alan düzenleme, onlar bakımından işlerlik kazanamayacaktır. Tüzel kişilerin merkezlerinin bulunması sebebiyle onlarla her durumda ilişkilendirilen bir coğrafi yerin varlığından ötürü Türk tüzel kişileri bakımından (a) bendi kapsamında bir düzenleme sevk etmeye gerçekte ihtiyaç da yoktur.

Öte yandan, 1086 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşları açısından, "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmama" ölçütü yerine yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye'de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları amaçlanmıştır.

Maddede sözü edilen davaya müdahaleden maksat ise davaya fer'î müdahaledir. Çünkü, aslî müdahale, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan şey üzerinde kısmen ya da tamamen üstün bir hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin, görülmekte olan davanın taraflarına karşı müstakil bir dava açılması suretiyle gerçekleştirildiği için, aslî müdahil zaten davada taraf yani davacı konumundadır; dolayısıyla, aslî müdahaleyi yapacak kimsenin Türkiye'de mutad meskeni yoksa, teminat gösterme zorunluluğu, bunu gerçekleştirmek için açacağı dava ile zaten ortaya çıkacaktır. Fer'î müdahale ise ayrı ve müstakil bir davanın açılması suretiyle değil, müdahale talebinin mahkemece kabulü hâlinde işlerlik kazanır. Fer'î müdahil taraf değil, yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı konumundadır. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan fer'î müdahil açısından teminat gösterme yükümü ise davalının yanında değil, ancak davacının yanında davaya katılarak bu sıfatı iktisap etmesi hâlinde ortaya çıkacaktır.

1086 sayılı Kanununun 97 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, teminat gösterilecek hâller arasına Türkiye'de takip yapılması da eklenmiştir. Ayrıca, anılan yasal düzenlemeden yine farklı olarak, gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleri ile sınırlandırılmış; içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi sebebiyle, bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dahil edilmemiştir. Ayrıca, bu bağlamda, davacı yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılanın temin etmesi gerekenin sadece fer'î müdahale giderleri ile sınırlı bulunduğunun altının da çizilmesi gerekir.

Öte yandan, teminat gösterme zorunluluğu doğuran hâller arasına, yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü bertaraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla, davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı hâli de eklenmiştir. Bu hüküm, hem gerçek hem de tüzel kişi davacılar bakımından işlerlik kazanabilir. Belirtilen hâllerin, davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alan kişinin şahsında gerçekleşmiş olması, fer'î müdahil açısından da müdahale giderleriyle sınırlı olarak teminat gösterme zorunluluğunun doğması sonucunu ortaya çıkarır.

Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlemenin, 1086 sayılı Kanunun salt yabancı değil de, millî unsurlu ilişkileri baz alması sebebiyle, Türk tâbiyetinde bulunan davacılar ile davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alan kişiler açısından geçerlilik taşıyacağı konusunda herhangi bir kuşku duymamak gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında, teminat gösterilmesini gerektiren hâl ve şartların davanın görülmesi sırasında ortaya çıkması hâlinde, mahkemenin teminat gösterilmesine karar verebileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise aktif mecburî dava ve takip arkadaşlığında, teminat göstermeyi gerektiren hâllerin dava ve takip arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi hâlinde doğacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Bu durum, sözü edilen dava veya takip arkadaşlarının tamamının tek bir tarafı oluşturması kuralının doğal bir sonucudur.

Madde 90- Maddede yer alan düzenlemeyle, teminattan muafiyeti gerektiren hâllerin neler olduğu sayılmak suretiyle hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede;

- Adli yardım, tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için, davacı adli yardımdan yararlanan konumunda ise yargılama giderleri bağlamında teminat göstermekten de muaf tutulacaktır. Bu düzenleme, "Adli yardımın kapsamı" başlıklı 339 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan kuralın teminat çerçevesinde bir kez daha ifade edilmesi anlamını taşımakta olup, (a) bendindeki düzenleme ise takip açılması hâlinde takip giderleri ve davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alma durumunda ise fer'î müdahale giderleri bakımından da işlerlik kazanacaktır.

- Davacının yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte, Türkiye'de taşınmaz malı, yahut aynî teminatla güvence altına alınmış bir alacağı mevcutsa yine ortada yeterli bir güvencenin mevcudiyeti sebebiyle teminat bağlamında muafiyet gündeme gelecektir.

- Çocuğun (küçüğün) menfaati hem millî, hem de milletlerarası plânda en ziyade himayeye mahzar menfaat olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, salt küçüğün yani onsekiz yaşını doldurmamış olan gerçek kişinin menfaatinin korunması için dava açılması hâlinde, gösterilmesi gereken teminattan muaf tutulmasının sağlanması gerekir.

- İlâma bağlı alacağın varlığı konusunda herhangi bir tartışma ve kuşku mevcut değildir. Dolayısıyla, ilâma bağlı alacak için ilâmlı takibe müracaat edilmesi hâlinde, alacağının varlığı sabitlik kazanmış bulunan alacaklının teminattan muaf tutulması uygun olur. Sözü edilen muafiyetten ancak, ilâma bağlı olan alacaklar yararlanacak; ilâm niteliğinde belgeye bağlı alacaklar için ilâmlı takip yapılması hâlinde ise belirtilen istisna işlerlik kazanamayacaktır.

Madde 91- Maddede yer alan düzenlemeyle, dava açılması hâlinde yargılama giderlerini, davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alma hâlinde ise müdahale giderlerini karşılayacak olan teminata mahkemece re'sen karar verileceği; hâkimin bu konuda karar almadan önce, sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmesini mümkün kılmak amacıyla tarafları ve müdahale isteminde bulunanı dinleyebileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Hâkime teminat konusunda re'sen karar verme yetkisinin tanınmasının temelinde, teminat kararının gereğinin yerine getirilmesinin, "Dava şartları" başlıklı 119 uncu maddenin (ğ) bendinde dava şartı sayılması yatmaktadır.

Madde 92- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, gösterilecek olan teminatın tutarını ve şeklini, hâkimin tayin edeceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede, nelerin teminat olarak gösterilebileceği konusunda 1086 sayılı Kanunun 96 ncı maddesinde yer alan kuraldan farklı olarak, bir teminat kataloğuna yer verilmemiş; bunun takdiri tümüyle hâkime bırakılmıştır. Ancak, 1086 sayılı Kanunun 96 ncı maddesinde olduğu gibi, teminatın şekli konusunda taraflar bir sözleşme yapmışlarsa, hâkimin gösterilecek olan teminatı belirlerken bununla bağlı kalması esası da aynen benimsenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise uygulamada bu bağlamda ortaya çıkabilecek olan ihtiyacı karşılamak amacıyla, hâkime, teminatın, azaltılmasına, artırılmasına, değiştirilmesine ya da kaldırılmasına karar verme yetkisi tanınmıştır.

Madde 93- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, hâkim tarafından belirlenen süre içinde teminatın gösterilmemesi hâlinde, hâkimin davayı usulden reddedeceği hususu hüküm altına alınmıştır. Böylelikle 1086 sayılı Kanunun 99 uncu maddesinde yer alan düzenlemeden farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Bu durum, "Dava şartları" başlıklı 119 uncu maddenin (ğ) bendinde, teminat kararının yerine getirilmesi hususunun dava şartı olarak öngörülmesinin doğal bir sonucudur.

Maddenin ikinci fıkrasında ise davacı yanında ferî müdahil olarak yer alanın müdahale giderlerini karşılamak amacıyla, göstermesi istenen teminatı, verilen kesin süre içinde göstermemesi hâlinde, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılacağı hususu hüküm altına alınmış; uygulamada ferî müdahale bağlamında ortaya çıkabilecek olan boşluk, bu şekilde doldurulmuştur.

Madde 94- Maddede yer alan düzenlemeyle, teminatın iadesi bağlamında, uygulamada mevcut olan belirsizliğin yahut tereddüdün giderilmesi amaçlanmıştır.

Madde 95- Maddede yer alan düzenlemeyle takipler bağlamında teminat gösterme yükümlüğünün doğması hâlinde, davada teminatla ilgili olarak hâkim tarafından alınması gereken

kararların, takiplerde işin doğası gereği, cebri icra prosedürünün işleyişinde başından sonuna kadar birinci derecede rol ve sorumluluk üstlenmiş olan icra müdürleri tarafından alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Madde 96- 1086 sayılı Kanunun 159 uncu madde metni dil yönünden güncelleştirme yapılarak ve madde iki fıkraya ayrılarak yeniden düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, sürelerin kanunda belirtileceği veya hâkim tarafından tespit edileceği kuralı benimsenmiştir. Kanunda belirtilen istisnalar dışında sürelerin, hâkim tarafından artırılıp eksiltilemeyeceği açıklıkla belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre ise hâkim, kendi tespit ettiği süreleri, haklı sebepler varsa artırıp, eksiltebilecek ve bu konudaki kararını vermeden önce gerekli görürse tarafları da dinleyebilecektir.

Madde 97- Bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 160 ncı maddesindeki düzenleme genel olarak korunmuş, ancak dil yönünden güncelleştirilmiştir. Hukuk muhakemesine ilişkin sürelerin, taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hâllerde, tefhim tarihinden itibaren

işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Tebliği yaptıran taraf için dahi sürenin kendisine yapılacak tebliğ tarihinden itibaren başlayacağı açık olup, 1086 sayılı Kanunun 165 inci maddesinde yer alan kural, bu maddedeki kuralın tekrarı niteliğinde görüldüğünden, düzenlemede tekrardan kaçınılmıştır.

Madde 98- 1086 sayılı Kanunun 161 inci maddesindeki düzenleme genel olarak dil yönünden güncelleştirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, sürelerin gün olarak belirlendiği hâllerde tebliğ veya tefhimin yapıldığı günün süre hesabında nazara alınmayacağı ve bu suretle hesaplanan sürenin son günü resmî çalışma saati sonunda (tatil saatinde) biteceği kurala bağlanmıştır.

İkinci fıkrada, süre; hafta, ay veya yıl olarak belirlenmiş ise ne şekilde hesaplanacağı düzenlenmiştir. Buna göre; pazartesi günü başlayan bir haftalık süre, biteceği haftanın pazartesi günü tatil saatinde; ay olarak öngörülmüş sürelerde, ayın birinci günü başlayan süre biteceği ayın birinci günü tatil saatinde; otuzbir aralık günü başlayan iki aylık süre ise şubat ayının son günü tatil saatinde bitecektir.

Madde 99- 1086 sayılı Kanunun 162 nci maddesinde yer alan sürenin tatilin ertesi günü biteceğine dair kural, "Sürelerin bitimi" başlıklı 98 inci maddenin birinci fıkrasına paralel olarak "sürenin tatilin ertesi günü çalışma saati sonunda biteceği" şekline dönüştürülerek açıklık sağlanmıştır.

Madde 100- Maddenin birinci fıkrasında, kanunun belirlediği sürelerin kesin olduğu, ikinci fıkrasında ise hâkim tarafından da kesin süre verilebileceği kuralı benimsenmiştir. Hâkimin kesin olduğunu belirtmeden süre vermesi hâlinde, belirlenen süreyi geçirmiş olan tarafın yeniden süre isteyebileceği; ancak ikinci olarak verilen sürenin, her halükarda kesin olduğu ve aynı konuda yeniden süre verilmesinin mümkün olmadığı kurala bağlanmıştır.

Üçüncü fıkraya göre, kanunla veya hâkim tarafından verilen kesin süre içinde yapılamayan işlemi, ilgili tarafın yapma hakkı son bulmaktadır. Diğer taraf aynı işlemi yapmak isterse ya da yapması gerekirse ona yeni bir süre verilerek işlemi yapması sağlanabilir. Bir taraf için süresinde işlemi yapmamasından kaynaklanan hak kaybı, diğer tarafı etkilemez.

Madde 101- Elde olmayan bir sebeple, yani kusur olmaksızın gerçekleşen bir sebepten dolayı, kanunda belirtilen veya hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde yapılması gereken işlem yapılamazsa, eski hâle getirme yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Maddede, 1086 sayılı Kanunun 166 ncı maddesinde olduğu gibi "bu kanun" şeklinde bir ifadeye yer verilmeyip, genel olarak "kanun" denildiği için, sadece Hukuk Muhakemeleri Kanununda değil, medenî yargılamaya ilişkin diğer kanunlarda belirlenen kesin sürelerin kaçırılması hâlinde de, eski hâle getirme yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. Örneğin, aile mahkemeleri veya tüketici mahkemelerine ilişkin özel hükümlerle getirilen sürelerin elde olmayan sebeplerle kaçırılmış olması halinde de bu hükümler uygulanacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, süresinde yapılamayan işlemle ulaşılmak istenen aynı sonuca bir başka hukukî yoldan ulaşılabiliyorsa, eski hâle getirme yoluna başvurulamayacaktır. Aslında bu hüküm, 1086 sayılı Kanunun 167 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin, farklı bir açıdan yeniden düzenlenmiş şeklidir. Hükümün daha kolay anlaşılması ve uygulanması sağlanmak istenmiştir.

Madde 102- Bu hükümlerle, eski hâle getirme talebinin hangi süre içinde yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, eski hâle getirme talebi, işlemin süresinde yapılamamasına engel olan sebebin ortadan kalkmasından itibaren onbeş gün içinde ileri sürülmelidir. Bu süre, 1086 sayılı Kanununun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında on gün olarak öngörülmüştü. Onbeş günlük süre, eski hâle getirme talebinin ileri sürülmesi için Komisyon tarafından da yeterli görülmüştür.

İkinci fıkra ile, ilk derece yargılamasında ve istinaf aşamasında, eski hâle getirme talebinin en geç mahkemece nihaî karar verilmesine kadar ileri sürülmesi esası kabul edilerek, talep için nihaî bir süre getirilmiştir. Esasen, bu durum, söz konusu mahkemelerde, ön sorun olarak ileri sürülmesi ve incelenmesi kabul edilen eski hâle getirme talebinin niteliği gereği ortaya çıkmaktadır. Ancak nihaî karar bir tarafın yokluğunda verilmişse, o tarafın hukukî dinlenilme hakkının muhafazası açısından, nihaî kararın verilmesinden sonra da, yine onbeş günlük süreye riayet edilerek eski hâle getirme talebinde bulunulabilecektir.

Yargıtayda ileri sürülecek eski hâle getirme talepleri açısından ise kural olarak Yargıtayda temyiz süresinin kaçırılması hâlinde, eski hâle getirme yoluna başvurulacağından, nihaî karar verilmeye kadar şeklinde bir süre sınırlaması gerekli olmayacaktır. Yargıtayın ilk derece mahkemesi olarak yargılama yaptığı hâllerde ise zaten ilk derece mahkemesi için belirtilen kurallar geçerli olacaktır.

Madde 103- Maddede, eski hâle getirme talebinin dilekçe ile yapılacağı belirtilmiş ve dilekçede özel olarak bulunması gereken hususlar gösterilmiştir. Ayrıca, süresinde yapılamayan işlemin de, eski hâle getirme süresi içinde yapılması öngörülmüştür. Süresinde yapılamayan işlem, şüphesiz eski hâle getirme talebiyle birlikte yapılabilir, buna bir engel yoktur; ancak, bu işlemin eski hâle getirme dilekçesiyle birlikte yapılması zorunlu olmayıp, onbeş günlük süre içinde olmak kaydı ile daha sonra yapılması da mümkündür. Bu durumda, talepte bulunan, işlemi yapmak için onbeş günlük süreye sahip hâle gelmektedir. Böylece, bir taraftan, işlemin yapılması için ilgiliye onbeş günlük süre tanınırken, diğer taraftan, eski hâle getirme talebinin kabulünden sonra, işlemin yapılabilmesi için tekrar bir süre verme zorunluluğu kaldırılarak, yargılamada çabukluk ilkesi gerçekleştirilmek istenmiştir.

Madde 104- Eski hâle getirme talebinin hangi mahkemeye yapılacağı ve nerede inceleneceği konusu bu madde ile düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanununun 169 uncu maddesinde düzenlenen hüküm, gerekli görülen değişiklikler ve eklemelerle yeniden kaleme alınmıştır.

Birinci fıkraya göre, süresinde yapılamadığı için, hakkında eski hâle getirme talebinde bulunulan işlem, süresinde yapılırsa idi, hangi mahkemede incelenecek, o işlem hakkında hangi mahkeme karar verecek ise eski hâle getirme talebi de o mahkemeye yapılacaktır.

İkinci fıkra ile istinaf ve temyiz kanun yollarının kaçırılması hâlinde, eski hâle getirme talebinin nerede yapılacağı ayrıca düzenlenmiştir. Eski hâle getirme talebi, istinaf süresi için bölge adliye mahkemesine, temyiz süresi için de Yargıtaya yapılması kabul edilmiştir.

Madde 105- 1086 sayılı Kanununun 171 inci madde ifadesi daha anlaşılır hâle getirilerek tekrar düzenlenmiştir. Kapsam itibarıyla bir değişiklik getirilmemiş, eski hâle getirme isteğinin yargılamaya ve kararlara etkisi açıklanmıştır.

1086 sayılı Kanunda, Devlet, eski hâle getirme talebi sebebiyle teminattan muaf tutulmuş olmasına rağmen, kanun ve mahkeme önünde eşitlik ilkesi gereğince, bu maddede Devletin

teminattan muafiyeti kaldırılmıştır. Bu durum, özel hukuk ilişkilerinde, Devletin vatandaşı karşısında eşit olması, hukuk devleti ve demokrasinin de bir gereğidir.

Madde 106- Eski hâle getirme talebinin görevli ve yetkili merci tarafından nasıl inceleneceği düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanunun 170 inci maddesi hükmü esas alınmış, ancak bölge adliye mahkemelerine yapılacak eski hâle getirme taleplerinin ne şekilde inceleneceği de, hükümde belirtilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemelerinde ve bölge adliye mahkemelerinde ileri sürülen eski hâle getirme talepleri, ön sorun hakkındaki usule göre; Yargıtayda ileri sürülecek eski hâle getirme talepleri ise temyiz usulüne göre yapılır ve incelenir.

Maddenin ikinci fıkrası ile, 1086 sayılı Kanunun 172 nci maddesi hükmü aynen kabul edilmiş, ancak ifadesi değiştirilerek daha kolay anlaşılması sağlanmak istenmiştir. Buna göre, eski hâle getirme talebinin kabulü hâlinde, bu karardan etkilenip geçersiz hâle gelen işlemleri, mahkeme tespit edip kararında gösterecektir. Ayrıca, ıslahla geçersiz kılınamayan işlemler, eski hâle getirme talebinden etkilenmeyecek ve bu yolla geçersiz kılınamayacaktır.

Madde 107- Eski hâle getirme talebi nedeniyle doğan giderler, 1086 sayılı Kanunun 173 üncü maddesine uygun bir şekilde, eski hâle getirme talebinde bulunan tarafa yükletilmiştir. Ancak 1086 sayılı Kanunun 173 üncü maddesinden farklı olarak, eğer karşı taraf, eski hâle getirme talebine asılsız itiraz ederek giderlerin artmasına sebep olmuşsa, hâkim, doğan giderlerin tümünün veya bir kısmının karşı tarafa yükletilmesine karar verebilecektir.

Madde 108- 1086 sayılı Kanunun kabul edildiği tarih itibarıyla, ülkemizde insanların çoğunun tarımla uğraşması dolayısıyla yaz aylarında çiftçilikle ilgili çalışmaların çok yoğunlaştığı ve şehirlere ulaşmanın zorluğu dikkate alınarak, insanların bu verimli dönemde mahkemelerde kaybedeceği zamanın ciddi anlamda zararlar doğuracağı düşüncesiyle, Kanuna adli tatil ile ilgili hüküm konulmuştur. Günümüzde ise bu gerekçenin büyük ölçüde geçerliliğini kaybettiği ve adli tatilin, davaların uzamasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle, kaldırılması yönünde tartışmalar yapılmaya başlanmıştır. Nitekim, 1086 sayılı Kanunda 5219 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, süre, kırkbeş günden otuzaltı güne indirilmiştir.

1930'lu yılların başındaki tarım toplumunun imkânları eskisine göre çok değişmiş ise de, bugün nüfusumuzun önemli bir kesimi hâlâ kırsalda oturmakta ve tarımla uğraşmaktadır. Ayrıca ülkemizin iklim şartlarına göre, tüm kamu kurumlarında olduğu üzere, yargı mensupları da tatil ihtiyaçlarını karşılamak için genellikle yaz aylarını tercih etmektedirler. Bilindiği üzere yargılama faaliyeti, hâkimin nezaretinde, davanın tarafları veya vekillerinin birlikte bulunduğu bir ortamda gerçekleştirilmektedir. İdeal olan, delilleri toplayan ve onlarla doğrudan temasta bulunan hâkimin karar vermesidir. Hâkimin veya taraf vekilinin öngörülemeyecek bir zamanda değil, önceden kanunla belirlenmiş olan dönemde tatile çıkması, davaların daha sağlıklı şekilde sonuçlandırılabilmesini sağlayacaktır.

Öte yandan, Akdenize kıyısı olan bütün Avrupa ülkelerinin kanunlarında adli tatilin yer aldığı, ülkemizin de aynı iklim ve kültür kuşağında bulunması sebebiyle bu ülkelerle büyük benzerlikler göstermekte olduğu bir gerçektir. Kanun çalışmaları sırasında, adli tatil ile ilgili görüşler ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, yukarıda ifade edilen gerekçelerle bu kurumun muhafaza edilmesi uygun görülmüştür.

Madde, 1086 sayılı Kanunun 175 inci maddesini karşılamaktadır. Sözü geçen Kanunda 5219 sayılı Kanunla yapılan değişiklik doğrultusunda, bu düzenlemede de adli tatilin, ağustos

ayının birinci gününden başlayıp, eylül ayının beşinci gününe kadar devam etmesi öngörülmüştür. Mevcut uygulamada olduğu gibi, başlangıç ve bitiş günleri tatile dahildir.

Madde 109- Madde, 1086 sayılı Kanunun 176 ncı maddesini kısmen karşılamakla birlikte, bazı farklı hükümler içermektedir.

Birinci fıkranın (a) bendinde, adli tatilde verilebilecek bazı geçici hukukî koruma tedbirleri örnekleme yoluyla sayıldığından "gibi" ifadesi kullanılmıştır. Başka örnekler olarak; 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 6 ncı maddesindeki, hâkimin koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alması, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 1 inci

maddesindeki, hâkimin ailenin korunmasına ilişkin yetkisi ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 22 nci maddesindeki koruma önlemleriyle ilgili hükümler gösterilebilir.

Birinci fıkranın (c), (d), (e), (f ve (g) bentleri, 1086 sayılı Kanunun 176 ncı maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup, esaslı bir değişiklik içermemektedir.

(b) bendinde, şahsın hukuku ve aile hukuku kapsamında yer alan bazı davalar sayılmış, "dava" ile birlikte "işler" de özellikle vurgulanmıştır. Çünkü bu bentteki uyuşmazlıkların bir kısmı çekişmesiz yargı işleri kapsamında olup, çekişmesiz yargıya dikkat çekmek açısından bu ifade kullanılmıştır.

Birinci fıkranın (ğ) bendinde, kanunlarda ivedi olduğu belirtilen işlerin yanında "taflardan birinin talebi üzerine, mahkemece ivedi görülmesine karar verilen dava ve işler" de sayılmıştır. Bu bentteki düzenlemenin önemli bir fonksiyonu vardır. Çünkü bu maddede sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler, adli tatilde görülecek işler kapsamından çıkartılmıştır. Sulh hukuk mahkemesinin baktığı her işin, ivedi sayılmasına, yani adli tatilde bakılmasına gerek görülmemiş, taflardan birinin herhangi bir mahkemede talepte bulunması, mahkemenin de bu talebi haklı bulur ise davaya adli tatilde bakması şeklinde bir düzenlemenin daha uygun olacağı düşünülmüştür.

Maddenin üçüncü fıkrasında, adli tatilde görülemeyen dava ve işlerle ilgili olarak, mahkemeye dava veya cevap dilekçesi verilmesi veya her türlü tebligat gibi usul işlemlerinin yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak, karşı tarafın bu dilekçelere vereceği cevap veya yapacağı işlemler açısından süre işlemeyecektir. Bu sürelerin işlenmesi "Adli tatilin sürelerle etkisi" başlıklı 110 uncu madde hükmüne tâbidir.

Madde 110- Adli tatile tâbi olmayan dava ve işler açısından, sürelerin işleyeceği açıktır.

Bu maddede, adli tatile tâbi olan, yani adli tatilde görülemeyecek dava ve işlerdeki süreler açısından tatilin etkisi düzenlenmektedir. Ayrıca, burada kastedilen, maddî hukuka ait süreler olmayıp, örneğin; zamanaşımı gibi, usul hukukundaki sürelerdir. Hükme göre, adli tatilde görülemeyecek olan dava ve işlere ilişkin sürelerin bitim tarihi tatile rastlar ise bu süreler tatilin bittiği günden itibaren yedi gün uzatılmış sayılacaktır.

Maddeyi örneklerle açıklamak gerekirse;

Yirmi temmuzda başlayan onbeş günlük sürenin bitim tarihi dört ağustos günü akşam mesai saati sonudur. Ancak, bu tarih tatil zamanına rastladığından, süre, altı eylül gününden itibaren yedi gün uzar. Yani oniki eylül günü mesai bitimi sona erer.

İki ağustos günü başlayan onbeş günlük sürenin bitim tarihi tatil içine rastlayacağından, süre yine altı eylül gününden itibaren yedi gün uzar.

Üç eylül günü başlayan onbeş günlük sürenin bitim tarihi adli tatil içinde olmadığından, süre normal olarak onsekiz eylül günü mesai bitimi sona erer.

Madde 111- Bu maddede, hukuk uygulaması bakımından son derecede önem taşıyan ve sıklıkla kendisine müracaat edilen bir dava çeşidi olan, eda davalarına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir. Eda davaları, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesini hedefleyen bir dava çeşididir. Buradaki "yapmamaya" ibaresinin kapsamına bir şeyi yapmaktan kaçınma eski deyişle "içtinap etme" hâli de dahildir.

Madde 112- Maddenin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Bu çerçevede, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara, tespit davası denir. Tespit davaları, uygulamada sıkça müracaat edilen bir dava türüdür. Çoğu kere de bir geçici hukuksal korunma türü olan delil tespiti kurumuyla karıştırılmaktadır. Bu genel tanımlama ile tespit davasının hukukumuzda caiz olduğu ve delil tespitinden tümüyle farklı bir kurum olduğu hususuna, uygulamada duyulan tereddüt giderilmek suretiyle açıklık kazandırılmıştır.

İkinci fıkrada, kanunla belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacının, eda davası ile inşâî davalardan farklı olarak dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu hususunu açıkça ortaya koyması, bir şart olarak öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada ise maddî vakıaların tek başlarına tespit davasına konu yapılamayacağı; ancak bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında tespit davasına konu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede, maddî vakıaların tek başlarına tespiti isteniyor ise tespit davasına değil; delil tespiti kurumuna başvurulması gerekecektir. Maddenin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Madde 113- Maddenin birinci fıkrasında, inşâî dava kurumunun yasal çerçevede tanımı yapılmıştır. İnşâî dava, yeni bir hukukî durumun yaratılmasını, mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesini ya da onun tümüyle ortadan kaldırılmasını hedefleyen bir dava çeşididir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise inşâî davaların, ancak, bir inşâî hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hâllerin neler olduğunu maddî hukuk gösterecektir. İnşâî haklar, varması gerekli tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılırlar; karşı tarafa vardıkları anda kendilerinden beklenen etkiyi doğururlar. İnşâî hakka bağlanmış olan etkinin doğumu için,

mahkeme aracılığıyla kullanılması maddî hukuk tarafından zorunlu kılınmışsa, bu durumda inşâî hak sahibinin inşâî dava açması gerekir.

Maddenin son fıkrasında ise inşâî davanın kabulü hâlinde, verilen hükümlere özgü bir nitelik olan inşâî etkinin, hükmün verilip şekli anlamda kesinleştiği anda kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı sürece geçmişe değil; geleceğe etkili olacağı hususu açıkça ifade olunmuştur. İnşâî hükümlerin geçmişe etkili olması ise son derece istisnâî hâllere münhasırdır.

Madde 114- Maddenin birinci fıkrasında, kısmî dava kurumunun ne zaman işlerlik kazanabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, talep konusu niteliği itibarıyla bölünebiliyor ise onun sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Alacağın tamamı aynı hukukî ilişkiden doğup, şimdilik sadece bir kısmını dava ediliyorsa kısmî davadan söz etmek gerekecektir. Bu dava çeşidine müracaat edebilmek için, talebin konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olması gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmî davanın açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş, yani sözü edilen hâlde davacının kısmî dava açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmamasına ilişkin bir kayda yer verilmemiş olmasının, dava dışı tutulan kesim bakımından feragat edilmesi anlamına gelmeyeceği hususu açıkça hüküm altına alınmış, bu konudaki suskunluğun ileride ek dava açma imkânını ortadan kaldırmayacağına işaret edilmiştir. Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmişse, bu durumda feragat nedeniyle alacak da zaten sona ermiş olduğundan ek dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün bir alacaktan söz edilemeyecektir.

Madde 115- Bu maddede, Türk hukuk uygulamasında son derece önemli bir yeri bulunan kümülatif dava yığılması Tasarıda benimsenen adıyla "davaların yığılması" kurumu düzenlenmiştir.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir. Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Yine, görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının varlığı hâlinde, tek müşterek olan husus, delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Sözü edilen kurum, son işaret edilen nokta sebebiyle usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunur.

Maddede ayrıca, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının koşullarının neler olduğu da gösterilmiştir. Buna göre, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının ortaya çıkabilmesi için varlığı gereken koşullar şunlardır:

- a) Davacının aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talep olacak,
- b) Birlikte ileri sürülen taleplerin tümü aynı yargı çeşidi içinde yer alacak,
- c) Talepler arasında bir aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulmamış olacak,
- ç) Taleplerin tümü bakımından geçerlilik taşıyan bir ortak yetkili mahkeme bulunacak.

Madde 116- Maddenin birinci fıkrasında uygulaması son derece yoğun olan terditli dava kurumunun yasal çerçevede bir tanımı yapılmış ve terditli davanın hukukumuzda caiz olduğu konusundaki tereddüt tümüyle giderilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde davacının, aynı davalıya karşı olan birden fazla talebini aralarında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde ortada bir terditli davanın bulunduğundan söz edilecektir. Terditli davanın varlığı için gereken şartların neler olduğu hususuna da yasal düzenlemede açıklık getirilmiştir.

Buna göre bir terditli davadan söz edilebilmesi için şu iki şartın bir arada bulunması gerekir:

a) Aynı davalıya karşı ileri sürülecek birden ziyade talep arasında bir aslîlik-ferîlik ilişkisi mevcut olmalıdır. Yani dava dilekçesinde önce aslî talep daha sonra da fer'î talep belirtilmiş bulunmalıdır.

b) Birlikte ileri sürülen bu talepler arasında, hukuki veya ekonomik bir bağ bulunmalıdır.

Terditli dava açılması, şarta bağlı dava ikame edilmesi anlamına gelmez. Davacı böyle bir yol izlemek suretiyle taleplerine ilişkin olarak mahkemece gerçekleştirilecek olan incelemenin sırasını belirlemektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise terditli davada incelemenin ve kararın nasıl verileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Terditli davada, mahkeme öncelikle asıl talebi inceleyecek ve karara bağlayacaktır. Mahkeme asıl talebin esastan reddine karar vermediği sürece, fer'î talebi inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Yani, fer'î talebin incelenip hükme bağlanması, aslî talebin mahkemece esastan reddedilmiş olmasına bağlıdır.

Terditli dava açılmasıyla, pratik zaruretlerin bir ürünü olarak bazı hâllerde terditli hüküm olarak sayılabilecek durumların (örnek; menkul teslimine ilişkin ilamların icrasına ilişkin İcra ve İflâs Kanununun 24 üncü maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemede olduğu gibi) ortaya çıkmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Çünkü, terditli dava sonucunda verilen hüküm terditli değildir. Aslî talep hüküm altına alınmışsa, zaten fer'î talep hakkında herhangi bir karar verilmeyecektir. Aslî talep reddedilmişse ancak bu durumda fer'î talep hakkında karar verilecektir. Fer'î talep de mahkemece esastan reddedilmişse zaten ortada bir menfi tespit hükmü bulunacaktır.

Madde 117- Maddenin birinci fıkrasında, seçimlik dava kurumunun yasal çerçevede genel bir tanımı yapılmış ve hangi hâllerde seçimlik davanın açılacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Seçimlik borç kavramı ile seçimlik dava kavramını birbiriyle karıştırmamak gerekir. Yani her seçimlik borç bir seçimlik dava açılmasına vücut vermez. Seçimlik

borçlarda, seçme hakkı borçluya yahut üçüncü bir kişiye bırakılmış ve borçlu yahut üçüncü kişi bu hakkını kullanmaktan kaçınıyorsa ancak bu durumda seçimlik dava açılması söz konusu olacaktır. Seçme hakkı alacaklıya aitse, alacaklının bu durumda seçimlik dava açma imkânı yoktur. Alacaklı, sözü edilen hâlde, hukukî niteliği itibarıyla inşaî bir hak olan seçme hakkını kullanmak suretiyle öncelikle borç konusunu belirli hâle getirecek, borçlu, belirlenen bu edimi yerine getirmeye yanaşmıyorsa, ona karşı seçimlik dava değil; bir eda davası açacaktır. Seçimlik davada esasında gerçek anlamda bir dava yığılması mevcut değildir. Borcun konusu yani edim ve dolayısıyla talep taktır. Edimin konusunu birbirinin alternatifi olacak şekilde birden fazla şeyin oluşturması edimin de birden fazla olması anlamına asla gelmez.

Maddenin ikinci fıkrasında, seçimlik dava sonucunda mahkemece nasıl bir hüküm verilmesi gerektiği hususuna açıklık getirilmiştir. Seçimlik davada, davacı dava dilekçesinde seçimlik olarak talepte bulunduğru için, mahkemece talebin hukuka uygun bulunduğru sonucuna varılması hâlinde de, verilecek mahkûmiyet kararı seçimlik bir mahkûmiyet kararı olacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise seçimlik mahkûmiyet hükümlerinin cebrî icra yoluyla yerine getirilmesinin nasıl sağlanacağı hususuna açıklık getirilmiştir. Bu çerçevede, seçimlik mahkûmiyet hükmünü cebrî icraya koyan alacaklı, takip hukukunun temel kuralı olan takibin konusunun belirli olması kuralı uyarınca, takibinin konusunu seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan edim konusu şeylerden birisine hasretmek zorundadır. İcra müdürü de, bu belirleme çerçevesinde, borçluya, hasredilen edimin yerine getirilmesini konu alan bir icra emri çıkartacaktır. Ancak, borçlu, hasredilen ve icra emrinin konusunu oluşturan edimin yerine diğer edimi yerine getirmek suretiyle de takibin son bulmasını sağlayabilecektir. Bu düzenleme sayesinde, sözü edilen hâlde seçme hakkının yine borçluda kalması sağlanacak; alacaklıya geçmesinin de engellenmesi gerçekleştirilmiş olacaktır. Böylelikle, esas itibarıyla bir borçlar hukuku kurumu olan seçimlik borç kurumuyla ilgili yasal düzenlemeyle de paralellik gerçekleştirilmiş olacaktır.

Madde 118- Maddede yer alan düzenlemeyle, esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk davası (grup, sınıf davası) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarını tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak olan davanın, topluluk davası olacağına açıkça işaret edilmiştir.

Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Mevzuatımız bağlamında, grup davasına örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı Kanunun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gösterilebilir.

Madde 119- Bu düzenleme, büyük ölçüde İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu Tasarısının 57 nci maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuştur.

Maddenin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken

hususların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Burada sözü edilen dava şartlarından maksat, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen hâllerdir. Ayrıca maddede, davanın taraflarına ve davanın konusuna ilişkin dava şartlarının tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması; yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; kesin yetki hâllerinde, mahkemenin yetkili bulunması; tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması; yasal temsilin işlerlik kazandığı hâllerde, yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması; davayı takip yetkisine sahip olunması; vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması; davacının yatırmaya gereken gider avansının yatırılmış olması; davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması; aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunması, genel dava şartları olarak belirlenmiştir.

Maddenin (1) ve (i) bentlerinde sayılan hâller diğerlerinden farklı olarak olumlu değil; olumsuz dava şartı konumundadırlar. Maddenin (e) bendinde yer alan düzenleme ile ilk defa hukukumuzda dava takip yetkisi kurumuna yasal bir dayanak oluşturulmuştur. Burada sözü edilen davayı takip yetkisinden maksat, davada taraf olan kişinin o davayı kendi adına yürütebilme ve kendi adına esas hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Sözü edilen kurum, şekli taraf kuramının kabulünün sonucu olarak ortaya çıkmış ve sözü edilen kuramı tamamlamak amacıyla geliştirilmiştir. Davayı takip yetkisi, maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki karşılığını oluşturur. Ayrıca, bu kavram, davada taraf olmadığı hâlde kanun gereği taraf gibi davranmakla görevli kılınmış olanların hukukî konumlarının açıklanmasında başvurulan bir kavram konumundadır. Yine bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde davanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla davacının yatırmaya gereken gider avansını yatırmış bulunması da bir dava şartı hâline getirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yapılan düzenlemeyle, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması durumunda, göstermesi gereken teminatın gereğini yerine getirmemesi hâlinin dava şartı olarak öngörülmesi suretiyle, mahkemece her zaman gözetilmesi ve taraflarca da her zaman ileri sürülebilmesi olanağı yaratılmıştır. Böylelikle, 1086 sayılı Kanununun 187 nci maddesinin (1) numaralı bendinde yer alan ve Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının Türkiye'de dava açması hâlinde bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesini öngören düzenlemenin varlığına da son verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde ise davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmasının bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukukî yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurmasında hâli hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu şekilde anlam ve içerik yüklenen hukukî yarar kavramına grup davası bağlamında yeni bir açılımın getirilmesi de sağlanmış; hâli hazırda kolektif hukukî himaye ihtiyacı içerisinde bulunma da, bu kapsamda mütalaa edilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının (ı) bendinde ise aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması hususu yani teknik bir ifadeyle derdestlik iddiası bir olumsuz dava şartı

hâline getirilmiş ve bu suretle derdestlik itirazı ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesi sağlanmıştır.

Açılmış ve görülmekte olan bir davanın davacısı, hukukî korunma sürecini başlatmıştır. Artık onun aynı davayı yeniden bir başka mahkeme önüne getirmesinde hukuken korunmaya değer güncel bir yararı kalmamıştır; bu bağlamda hukuken korunma ihtiyacı içerisinde bulunmamaktadır ve onun yapacağı tek iş, davanın sonucunu beklemekten ibarettir. Öte yandan, dava açmaktaki yarar hukukî olmalıdır; ideal veya ekonomik yarar tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla daha önce açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, hangi saikle olursa olsun ikinci kez açılması hâlinde, davacının bu ikinci davayı açmaktaki kararı hukukî değildir. O hâlde derdestlik itirazının korunmasının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmesinin sağlanmasında davacının hiçbir hukukî yararının bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır. Hukukî yararın ise dava şartı olduğu konusunda, bu düzenlemeden önce dahi doktrin ve yargı uygulaması bağlamında bir görüş birliği mevcuttur. Derdestlik itirazı da hukukî yarar eksikliğinin, somut ve özel plânda bir düzenleniş biçimi olduğuna göre, onun da temelinde yatan bu düşünceye uygun bir işlev görmesinin sağlanabilmesi için ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesinde kaçınılmaz bir zorunluluk mevcuttur.

Maddenin birinci fıkrasının (i) bendinde ise aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olmasının bir dava şartı olduğu hususuna yasal çerçevede açıklık kazandırılmıştır. Derdestlik gibi kesin hüküm itirazı da, "ne bis idem" (aynı fiilden ötürü bir kişi ancak bir kez yargılanabilir) kuralını temel alır. Kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisiyle

ilişkili bir itiraz konumundadır. Burada sözü edilen maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisinden maksat, karara konu kılınan uyuşmazlığın yeni bir davanın konusunu oluşturamaması; oluşturmuşsa böyle bir davanın dinlenmeyip usulden reddedilmesidir. Bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın, daha önce kesin bir hükümle çözümlenmiş olması nedeniyle, mahkemece yeniden inceleme konusu yapılamayacağını öngören bir usulî itiraz biçiminde tanımlanan kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesin hükmün müspet değil; menfi etkisiyle ilişkilidir. Zaten maddî anlamda kesin hüküm de, müspet değil menfi etkisi itibarıyla bir dava şartı konumundadır. Kesin hüküm itirazını da, menfi etkiyle ilişkili konumda bulunduğundan, dava şartına ilişkin bir itiraz olarak nitelemek gerekir. Bu suretle, maddî anlamda kesin hükmün, kesin hükümle mahkemenin ve davanın taraflarının bağlı olması, özellikle lehine karar verilen kişinin hakkının inkâr edilememesi biçiminde tanımlanan müspet etkisi itibarıyla, dava şartı niteliği vurgulanmış olmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise münferit davalar bakımından diğer kanunlarda yer alan ve özel dava şartları öngören düzenlemelerin uygulanma alanlarının saklı tutulduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Madde 120- Maddenin birinci fıkrasında, dava şartlarının mevcut olup olmadığı hususunun, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilebileceği; taraflarca da bu bağlamdaki eksikliğin her zaman ileri sürülebileceği açıkça vurgulanmıştır. Genel dava şartlarının inceleme sırasının ne olacağı hususu ise pozitif bir düzenlemeye elverişli bir nitelik taşıması sebebiyle, tümüyle doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, mahkemenin dava şartı noksanlığını tespiti hâlinde, vereceği kararın usule ilişkin bir nihaî karar olan davanın usulden reddi kararı olacağı hususu

vurgulanmış; dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanabilmesi için, hâkimin usulden ret kararı vermeden önce, eksikliğin tamamlanması yönünde ilgilisine kesin süre vermesi esası benimsenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise davanın esasına girilmesinden önce, dava şartı noksanlığının fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmiş ise usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanması açısından, artık başlangıçtaki dava şartı noksanlığından dolayı davanın usulden reddedilmemesi gerektiği hususu açıkça hüküm altına alınmıştır.

Madde 121- 1086 sayılı Kanunun 187 nci maddesinde yer alan ilk itirazlar, bu maddede üç bent hâlinde düzenlenmiştir. 187 nci maddede sekiz bent hâlinde yer alan ilk itirazlardan bir kısmı dava şartı hâline getirilmiş, özellikle adli yargıda görülen hukuk davalarında, gereksiz ve zaman alıcı formalitelerin, kötü niyetli kişilere davaları sürüncemede bırakma fırsatını verdiği ve başka işe yaramadığı hususundaki yaygın kanaat dikkate alınarak, bazı ilk itiraz sebeplerinin kaldırılması suretiyle çabukluk ve güvenliğin sağlanması amaçlanmıştır. Böylece ilk itirazlar; kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı, tahkim itirazı ve asliye ticaret mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki iş bölümü itirazı şeklinde üç bent hâlinde düzenlenmiştir.

Madde 122- Bu maddede, ilk itirazların hep birlikte cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği, aksi takdirde dinlenemeyeceği hususu vurgulanmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında usul ekonomisi ilkesi göz önüne alınarak, davada zaman kaybının önlenmesi bakımından ilk itirazların dava şartlarından sonra incelenmesi öngörülmüştür. İlk itirazların incelenme usulünün yer aldığı üçüncü fıkrada ise bunların ön sorun gibi karara bağlanacağı ifade edilmiştir. İlk itirazların dava şartlarından sonra incelenmesi esası kabul edildiğinden, dava şartlarını incelemeye yetkili esas davaya bakacak olan mahkemenin, bu incelemeyi yapması işin doğası gereğidir. İlk itiraz neticesinde mahkemenin vereceği karar, yapılan ilk itirazın niteliğine göre oluşacaktır.

Madde 123- Maddede davanın açılma tarihi ve dava dilekçesinin kaç örnek verileceği düzenlenmiştir. Davanın açılma zamanı olarak dilekçenin mahkemedeki kayıt anı esas alınmıştır. Bunun sebebi özellikle teknolojinin de ilerlemesiyle mahkemelerin duruma göre elektronik ortamda da dilekçeleri kabul ve kayıt edebilmeleridir. Dava açma zamanının arz ettiği önem sebebiyle mahkemelerin dava dilekçelerini yönetmeliğe uygun şekilde derhal kayda geçirecekleri tabiidir. Bu

çerçeve de dava dilekçesinin kaydına ilişkin usul ve esasların yönetmelikte düzenlenmesi uygun bulunmuştur. Ayrıca kayıt için gerekli harç ve giderlerin de yatırılıp yatırılmamasına göre işlem yapılacaktır. Dava dilekçesi, aslı yanında davalı sayısı kadar örnek eklenerek mahkemeye verilmelidir.

Madde 124- 1086 sayılı Kanunun 179 uncu maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu madde ile, dava dilekçesinde bulunması gereken hususların neler olduğu, ilâve unsurlarla birlikte ve daha geniş olarak düzenlenmiştir. Mahkemenin adının dava dilekçesinde gösterilmesiyle, davacının dilekçeyi vereceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş olmaktadır. Davacı ve davalı gerçek kişi ise ad, soyadı ve adresleri; tüzel kişi ise bu takdirde tüzel kişinin türü, unvanı ve adresi belirtilecektir. Maddeyle davacının gerçek kişi ve Türk vatandaşı olması hâlinde Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarasının da dava dilekçesinde belirtilmesi esası getirilmiştir. Malvarlığı haklarına ilişkin ve konusu para alacağı olmayan

davalarda, harca esas miktarın belirlenebilmesi bakımından, dava konusunun değerinin gösterilmesi esası da dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri hâline getirilmiştir.

"Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi" başlıklı 198 inci madde ile, tarafların, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu, yani somutlaştırma yku getirilmiş olduğundan, bu yükümlülük gereği, davacının iddia ettiği her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini, dava dilekçesinde belirtmesi esası da bir yenilik olarak maddede düzenlenmiştir. Böylece, özellikle ispat konusunda davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde, makul bir sürede sonuçlanması hedeflenmiştir.

Tarafların kanunî temsilcilerinin ve davacı vekilinin kimlik ve adres bilgilerinin bulunması, davanın konusunun ne olduğu, davacının iddiasının dayanağı olan vakıaların neler olduğu, davanın hukukî sebepleri, açık bir şekilde istem sonucunun ve davacının varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin, dava açma iradesini ortaya koyan imzasının dava dilekçesinde bulunması esası 1086 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesi, yerleşik uygulama ve anlayışa uygun olarak muhafaza edilmiştir.

Cevap dilekçesi verme süresi 132 nci maddede düzenlendiğinden ve bu nedenle davacının cevap süresini belirtme yetkisi kalmadığından, cevap süresi, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar arasında sayılmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkranın (b), (c), (), (ę) ve (h) bentlerindeki hususlardan birinin veya birkaçının eksik olması durumunda, mahkemece davacıya eksikliği tamamlaması için kesin süre verileceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde, davanın açılmamış sayılacağı düzenlenmiştir.

Madde 125- Madde ile, dava açılırken yargılama harçlarının mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğu düzenlenmiştir.

Maddede ayrıca, 1086 sayılı Kanunda yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu avansın yetmemesi durumunda ise tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Avans miktarının, davanın türü ve özelliklerine göre her yıl Adalet Bakanlığınca iln edilecek tarifeye göre belirleneceği, maddede yer almıştır.

Maddede yapılan bu düzenlemeyle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Madde 126- 1086 sayılı Kanunun 180 inci maddesindeki düzenlemeye karşılık olan bu madde ile, davacının elinde bulunan belgelerin dava dilekçesi ekinde verilmesi esası düzenlenmiştir. "Harç ve avans ödenmesi" başlıklı 125 inci maddede masrafların avans olarak yatırılması esası getirildiğinden, bu maddede posta giderleri ile ilgili ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır.

Madde 127- Madde ile, cevap süresi, Kanun tarafından düzenlenmiş kesin bir süre hâline getirilmiştir. Böylece, cevap süresinin kanunî cevap süresinden daha uzun bir müddet olarak davacı

tarafından belirlenebilmesi esasından vazgeçilmiştir. Cevap süresinin onbeş güne çıkarılması ile davalı tarafın hak arama özgürlüğünü daha geniş bir süre içinde kullanması amaçlanmıştır.

Madde 128- Davanın, davacı tarafından ancak davalının açık rızası ile ve hüküm kesinleşinceye kadar geri alınabileceği düzenlenmiş olup; bu düzenlemeyle geri alma işleminin ne zamana kadar yapılabileceği konusundaki muhtemel tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Maddede, açık rızadan söz edilmek suretiyle, hâkimin davalı taraftan, davacının davasını ileride tekrar açabilme hakkını saklı tutarak geri aldığı konusunda, rızasının bulunup bulunmadığını açıkça sorması esas da düzenlenmiş olmaktadır.

Madde 129- Maddeyle, davacının davalı tarafın açık rızası ile taraf değişikliği yapabileceği; yani görülmekte olan davanın davalısından bir başka kişiye davayı yöneltip, yeni davalıya karşı yürütmesi imkânı, maddî hukuk esasları çerçevesinde öngörülmüştür. Açık rızadan söz edilmek suretiyle, hâkimin davalı tarafa taraf değişikliği konusunda, rızasının bulunup bulunmadığı hususunu açıkça sorması esas da düzenlenmiş olmaktadır.

Madde 130- 1086 sayılı Kanununun 186 ncı maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddeyle, dava konusunun devri yani müddeabihin temlikî düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, dava konusunun davalı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, davacının, (a) ve (b) bentlerinde öngörülen iki seçenektan birini kullanabileceği hususu uygulamadaki tereddütleri giderecek şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise dava konusunun davacı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi hâlinde, devralan üçüncü kişinin, hukuk gereği (ipso iure) davacı sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi kazanacağı ve davanın yeni davacı ile süreceği esas getirilmiştir.

Madde 131- 1086 sayılı Kanununun 195 inci maddesindeki düzenlemeye kısmen karşılık gelen bu madde, cevap dilekçesinin verilmesinin nasıl olacağını, cevap dilekçesinin verilmesi üzerine nasıl hareket edileceğini ve verilme zamanı olarak hangi tarihin kabul edileceğini düzenlemektedir. Cevap dilekçesinin, kural olarak davanın açılmış olduğu mahkemeye verilmesi gerekir. Süresi içinde, gönderilme ve tebliğ masrafları yatırılarak, davanın açılmış olduğu mahkemeye sunulmak üzere, başka bir yer mahkemesine verilmesi de mümkündür. Davalı, cevap dilekçesine davacı sayısı kadar örneğini de eklemek zorundadır. Davaya bakacak mahkeme tarafından, cevap dilekçesinin aslı dosyaya konur ve örnekler davacı veya davacılara tebliğ edilir. Cevap dilekçesi herhangi bir harca tâbi olmadığından ve doğabilecek tereddütleri de gidermek amacıyla, hâkim tarafından havale edildiği tarih, cevap dilekçesinin verildiği tarih olarak kabul edilmiştir. Hâkimin, havale esnasında cevap dilekçesine eklenmesi gerekli olan örneklerinin mevcut olup olmadığını gözetmesi gerekir. Ancak, bu husustaki bir eksikliğe rağmen havalenin yapılmış olması durumunda, cevap dilekçesi havale anında verilmiş kabul edilecektir.

Madde 132- 1086 sayılı Kanununun 195 inci maddesindeki cevap süresine ilişkin düzenlemeye kısmen karşılık gelen bu madde, sadece cevap süresine ayrılmıştır. Davalının cevap dilekçesi verebilmesi için kural olarak onbeş günlük bir süre tayin edilmekle birlikte, hâl ve şartlara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere ek bir süre verilebileceği öngörülmüştür. Ancak, bu ilâve sürenin verilmesinde hassas davranılması, bir taraftan davanın daha başlangıcında gereksiz yere

uzamasına sebep olacak uzunlukta bir süre verilmemesi, diğer taraftan da davalının savunma hakkının zaman baskısı altında kısıtlanmaması gerekmektedir. Cevap dilekçesinin hazırlanabilmesi için, kapsamlı bir çalışmanın gerektiği, örneğin, önemli ölçüde hesap, bilanço, defter yahut depo kontrolünün yapılmasının kaçınılmaz olduğu ve benzeri durumlarda, olayın özellikleri ve işin niteliği dikkate alınarak bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilecektir. Ek süre bir aydan az belirlenmişse tekrar yapılan müracaat üzerine yeni bir ek süre daha verilemez. Başka bir ifadeyle, kalan süre ilâvesiyle sonradan süre bir aya tamamlanamaz. Bu nedenle, ek sürenin belirlenmesinde gerekli titizliğin gösterilmesi gerekecektir.

Öte yandan, 1086 sayılı Kanunun 198 inci maddesinde yer alan, ilk oturumda, istek üzerine üç günlük ek süre verilebilmesi kuralına, davaların gereksiz yere uzamasına sebep olduğu düşünülerek, bu Tasarıda yer verilmemiştir.

1086 sayılı Kanunun 195 inci maddesinin ikinci cümlesinde, 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kuruluşları hakkında otuz gün olarak düzenlenmiş bulunan cevap süresi, özel hukuk ilişkilerinde Devletin vatandaşı karşısında, kanun ve mahkeme önünde eşit olması ilkesi gereğince, bu maddede kamu kuruluşları açısından farklı bir süre öngörülmemiştir.

Madde 133- Madde, 1086 sayılı Kanunun 201 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesini kısmen karşılamaktadır. Davaya cevap vermemenin sonucu maddede açıkça belirtilmiştir.

Madde 134- 1086 sayılı Kanunun 200 üncü maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, cevap dilekçesinde yer alması gereken hususlar, dava dilekçesine paralel olarak düzenlenmiştir.

Madde 135- Cevap dilekçesinde yer alması gereken hususların eksikliği hâlinde, nasıl hareket edileceğini düzenleyen bu madde, cevap dilekçesinin bütün unsurları bakımından değil, sadece (a), (b), (c), (ç) ve (ğ) bentlerinde belirtilen hususların eksikliği hâlinde, hâkimin, yedi günlük süre vermesini, eksikliğin bu süre zarfında giderilmemesi durumunda ise cevap dilekçesinin verilmemiş sayılması müeyyidesi ile karşılaşılabileceğini öngörmektedir.

Madde 136- Davalının, cevap dilekçesi vermekle artık usulî itirazlarını bildirdiğini veya böyle bir itirazı olmadığını ve esasa girdiğini kabul etmek gerekir. Tereddütlerin de giderilmesi amacıyla, cevap dilekçesi verme süresi henüz dolmamış olsa bile, artık bundan sonra ilk itirazların ileri sürüleceği açıkça belirtilmiştir.

Madde 137- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, hukuk uygulamamızda önemli bir yeri bulunan karşı dava kurumunun işlerlik kazanabilmesinin şartları belirlenmiştir. Karşı dava açılabilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekir.

Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması; karşı dava, niteliği gereği açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın varlığını zorunlu kılar. Çünkü, açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın davalısının cevap dilekçesinde, asıl davanın davacısına karşı, asıl davanın görüldüğü mahkemede bir dava açması hâlinde, ancak karşı davadan söz edilebilir.

Karşı davada ileri sürülecek olan taleple, asıl davada ileri sürülen talep arasında, takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bunun dışında kalan bir başka bağlantının mevcut olması gerekir. Buradaki bağlantıdan maksat, asıl taleple karşı davada ileri sürülebilecek talebin, aynı

yahut birbirine benzer sebeplerden doğmuş yahut biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek bir nitelikte bulunmasıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bir davanın şartlarının gerçekleşmemesine rağmen karşı dava olarak açılması hâlinde, asıl davaya bakan mahkemenin talep üzerine yahut kendiliğinden karşı dava olarak açılan davanın, asıl davadan ayrılmasına ve gerekiyorsa o davaya ilişkin dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, karşı davanın kabule şayan olmadığı itirazı, bir ilk itiraz olmaktan çıkartılmış, koşulları oluşmadan bir karşı dava açılması hâlinde, mahkemenin talep üzerine yahut kendiliğinden ayırma kararı vererek, karşı dava olarak açılan davanın görevli mahkemesine gönderilmesinin sağlanması olanağı yaratılmak suretiyle, usul ekonomisi ilkesine de uygunluk sağlanmıştır. Aralarında hiçbir bağlantı bulunmayan davaların birlikte görülmesinin önüne geçilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise karşı davaya karşı, karşı dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanarak, karşı davanın tevali ettirilmesi engellenmiştir. Bununla yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Madde 138- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, karşı davanın esasa cevap dilekçesiyle yahut esasa cevap süresi içerisinde verilecek ayrı bir dilekçeyle açılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Karşı dava niteliği gereği zaten cevap dilekçesiyle yahut esasa cevap süresi

içerisinde açılması gerekir. Burada yenilik arz eden nokta, karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde, cevap dilekçesinin dışında ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle de açılmasının mümkün kılınmış bulunmasıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla karşı dava açılabilmesi için Kanunun aradığı diğer şartlar gerçekleşmiş bulunsa bile, mahkemenin kendiliğinden dahi asıl davayla ona karşı açılmak istenen davanın ayrılmasına karar vereceği hususu hükme bağlanmıştır.

Madde 139- Maddede yer alan düzenleme ile, mahkemece birlikte görülüyor olmalarına rağmen, asıl davayla karşı davanın birbirinden bağımsız davalar olduğu hususu açıkça vurgulanmış ve bu çerçevede asıl davanın herhangi bir nedenle sona ermesinin, karşı davanın da sona ermesi sonucunu doğurmayacağı hususunun altı çizilmiştir.

Madde 140- Maddede yer alan düzenlemeyle, karşı dava da müstakil bir dava olduğu için, özel düzenleme bulunan hâller dışında, dava ile ilgili ilke ve kuralların karşı dava bakımından da işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, karşı davada ayrı harç alınacak; dava şartları asıl davadan bağımsız olarak araştırılacak ve verilecek olan kararın hüküm fıkrasında da, karşı dava ile ilgili talebe mahkemenin nasıl cevap vereceği hususuna açıkça işaret edilecektir.

Madde 141- Davalının cevap dilekçesinin davacıya tebliğ edilmesi üzerine, davacı da onbeş gün içerisinde cevaba cevap dilekçesini verebilir. Davacının da buna karşı yine onbeş gün içerisinde cevap hakkı bulunmaktadır. Dava ve cevap dilekçesinde bulunması gereken hususlar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinde de uygulanır. Bu dilekçelerin verilmesiyle veya bunlara ilişkin sürelerin geçirilmesiyle, dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlanır ve ön inceleme sürecine geçilir. Dava ve cevap

dilekçesine ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe, gerek cevaba cevap, gerekse ikinci cevap dilekçesinin verilmesi için de uygulanacaktır. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin hazırlanması, veriliş süresi gibi konularda öngörülen kurallar, bunlar için de uygulanacağından, özellikle cevap süresi ve cevap süresinin uzatılmasına ilişkin hükümler, şartların gerçekleşmesi koşuluyla, bu dilekçeler için de uygulanır.

Madde 142- Madde, hukukumuzda yeni kabul edilen bir yargılama aşamasını düzenlemektedir.

Birinci fıkra, ön incelemenin kapsamını belirlemektedir. Ön incelemede hangi işlemlerin yapılacağı açıklanmıştır. Bunlar, usule ilişkin hususlarla, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve toplanması için gerekli işlemlerdir. Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir.

İkinci fıkra ile uygulamadaki eski alışkanlıkların devam etmesinin kesin olarak önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ön inceleme işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu açık Kanun hükmüne aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirir.

Madde 143- Yargılamada taraflar usule veya esasa ilişkin iddia ve savunma sebeplerini ileri sürerler. Bunlardan usule ilişkin olanların hâllinden sonra, işin esasına girilerek uyuşmazlık çözümlenir. Usule ilişkin hususlar, ya dava şartıdır veya ilk itiraz niteliğindedir. Usule ilişkin hususlar, şeklî nitelik taşıdıklarından yargılamanın başında, dosya üzerinden de incelenerek karara bağlanabilir. Ancak, mahkeme, kararını vermek için tarafların dinlenmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunu da tahkikat aşamasında değil, ön inceleme oturumunda yapacaktır. Böylece dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili sorunların, en geç tahkikat başlamadan, ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanması amaçlanmıştır.

Madde 144- Bu maddeyle ön inceleme için bir oturum günü belirlenmesi, ön inceleme konusundaki bazı işlemlerin bu oturumda, iki taraf veya vekilleri huzurunda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ön inceleme oturumu için gün tespiti, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra yapılacaktır. Özellikle, tarafların sulh olmalarını sağlamak; sulh olmayacaklar ise uyuşmazlık noktalarını tam olarak tespit edebilmek için, böyle bir oturuma ihtiyaç vardır. Ayrıca, usule ilişkin kararlar dosya üzerinden verilemiyorsa, bu oturumda incelenerek karara bağlanacaktır. Ancak, ön inceleme oturumunun etkin bir şekilde yürütülmesi, tarafları bu oturuma gelmeye zorlayıcı tedbirlerin alınmasına, tarafların bu oturuma hazırlıklı gelmelerine, bu oturumun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesine bağlıdır. Bu sebeple davette, oturuma sadece taraflardan biri gelirse, gelmeyen tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve kendisinin muvafakati olmasa da diğer tarafın iddia ve savunmasını genişletip değiştirebileceği belirtilecektir. Tüm bunlar gözetilerek ön inceleme oturumuna davet, ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Bu davete rağmen, gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen sonuçlarla karşılaşacaktır.

Madde 145- Ön inceleme oturumu, ön inceleme aşamasında özel bir öneme sahiptir. Bu aşamanın başarısı, esasen bu oturuma doğru bir şekilde hazırlanılması ve yapılması gereken işlemlerin mahkemece ve taraflarca doğru bir şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu sebeple ön inceleme oturumunda yapılacak işlemler her bir fıkrada ayrıca belirtilmiştir.

Birinci fıkra uyarınca, dava şartları ve ilk itirazlar dosya üzerinden de karara bağlanabiliyorsa, bu şekilde karara bağlanacaktır. Bu durumda, bazen ön inceleme oturumu yapılmasına da gerek kalmayabilir. Örneğin, mahkeme görevsiz ya da yetkisiz olduğuna dosya üzerinden karar verebiliyorsa, ön inceleme oturumuna ihtiyaç kalmayacaktır. Şayet usule ilişkin bu hususlarda, oturum yapılması gerekli ise ön inceleme oturumunda taraflar öncelikle bu konuda dinlenecektir. Usule ilişkin hususlarda taraflar dinlendikten sonra, uyuşmazlığın esasıyla ilgili iddia ve savunmaları dikkate alınarak, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar tespit edilecektir. Bu belirleme genel bir belirleme olmayacak, tarafların ortaya koydukları somut vakıalar üzerinden, tek tek hangi vakıada anlaştıkları ya da anlaşamadıkları belirlenecektir.

İkinci fıkra sulhe ilişkin özel bir fıkradır. Tarafların anlaşmazlık noktaları tespit edildikten sonra, deyim yerindeyse uyuşmazlığa ilişkin resim daha net olarak ortaya çıkacaktır. Ön inceleme safhasında, anlaşmazlık noktalarının az veya çok olmasına bakılmadan, hâkimin, tarafları sulhe teşvik etmesi zorunludur. Hâkimin, bunu şeklen, bir hükmü mecburen uygulamak için değil, samimi bir çaba olarak yerine getirmesi gerekir. Hâkim, tarafların sulh olmalarının mümkün olduğu, bu konuda bir süreye, karşılıklı görüşmeye ihtiyaç duyduklarını anlarsa, sulh olmaları için bir defaya mahsus olmak üzere süre de vererek, yeni bir oturum günü belirleyebilir. Bu süre, tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından kendiliğinden verilebilir. Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hâkimde tarafların uzlaşabilecekleri yönünde ciddî bir kanaatin oluşmasıdır. Bazen taraflar, psikolojik sebeplerle bu konuda bir süre talep etmeyebilirler. Hâkim buna rağmen, tarafların durumunu ve niyetlerini dikkate alarak süre vermelidir. Bu süre içinde taraflar, karşılıklı görüşerek veya bir arabulucu ya da uzlaştırıcı yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Yargılamanın başlamış olması, yargılama dışında alternatif yolların kapatıldığı anlamına gelmemelidir.

Üçüncü fıkra gereğince, ön inceleme oturumunda veya sulh için süre verilmişse ikinci oturumda tarafların sulh olup olmadıkları açıklığa kavuşacaktır. Taraflar sulh olurlarsa, bu durum; sulh olmazlarsa sulh olmadıkları tutanağa geçirilecektir. Eğer taraflar uyuşmazlığı sürdürerek yargılamaya devam etmek istiyorlarsa, o zaman da anlaşmazlık noktalarının nelerden ibaret olduğu tek tek tutanağa geçirilmelidir. Şüphesiz tarafların bu konudaki iradeleri önemlidir. Yani, taraflar hangi hususlarda anlaşamadıkları konusunda anlaşabiliyorlarsa, bu hususlar tutanağa geçirilecektir. Ancak, taraflar bu konuda da anlaşamıyorlarsa ya da mazeretsiz olarak oturuma gelmemişlerse, hâkim birinci fıkradaki tespitleri dikkate alarak anlaşmazlık noktalarını kendiliğinden tespit edecektir. Bu durum ve

anlaşmazlık noktaları da tutanağa geçirilmelidir. Ön inceleme oturumunda, tutulan tutanak özel bir öneme sahiptir. Zira, uyuşmazlık çözümlenmişse bu tutanak bir sulh belgesidir. Uyuşmazlık devam edecekse, bu belge adeta yargılamanın yolunu gösteren bir yol haritasıdır. Tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır. Tahkikat aşamasında tereddüt edilen hâllerde bu tutanak, neyin incelenip neyin incelenmeyeceğini gösterecektir. Ön inceleme tutanağının bu önemi ve tarafları bağlaması sebebiyle, altının oturumunda hazır bulunanlarca imzalanması kabul edilmiştir.

Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve tahkikatın hızlandırılmasını amaçlayan ön incelemenin kendisinin, yargılamanın uzaması sebebi olmasının önüne geçilmelidir. Ayrıca, ön inceleme oturumu, hazırlık mahiyetinde ve esasa girmeden verilecek kararları içeren oturumdur. Bu sebeple, dördüncü fıkrada ön incelemenin tek oturumda tamamlanması öngörülmüştür. Ancak, sulh için süre verilmesi hâlinde ya da çok özel diğer durumlarda bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü tespit edilebilir. Bu ikinci oturum, istisnaen düşünülmüş ve ancak gerekli durumlarda, o durumla mütenasip bir süre sonra yapılması gereken bir oturumdur. Uygulamada sürekli ikinci oturumun verilmesi, ön inceleme aşamasının amacına aykırı olacaktır.

Taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse, bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksiklikleri tamamlamaları düşünülmüştür. Taraflar bu şanslarını da doğru kullanamazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir. Yargılamanın uzaması sebeplerinin başında, tarafların ellerinde bulunan delilleri sunmamaları ya da başka yerden getirilecekse gerekli açıklamaları yaparak masrafını vermemeleri gelmektedir. Zaman zaman tarafların bu konuda kötüniyetli olarak yargılamayı uzatıcı işlemler yaptıkları da görülmektedir. Beşinci fıkra ile bu sorun çözümlenmiş olacaktır.

Madde 146- Ön inceleme, yargılamanın önemli bir kesiti olarak, yargılamanın başında bazı hususların çözümlenmesine imkân tanımaktadır. Yargılama sürdürülecekse, ön inceleme oturumunda tutulan tutanak esas alınarak yargılama yürütülecektir. Bu sebeple, yargılama içerisinde iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesinin nasıl olacağına da bu yeni düzenlemeyle bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulması zorunludur. Madde bu soruya cevap oluşturmaktadır.

Birinci fıkra ile, tarafların karşılıklı dilekçelerini verdikleri aşamada, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan uyuşmazlığın genel çerçevesi içinde iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Zira, daha uyuşmazlığın başında, karşı tarafın açıklamasını, iddia ve savunmasını tam olarak görmeden, sağlıklı ve tam bir iddia ve savunma örgüsü kurmak her zaman mümkün ve gerçekçi değildir. Karşı tarafın beyanına göre, daha önce ortaya konulmayan bir iddia veya savunmayı ileri sürmek zorunlu olabilir. Ayrıca, yeni düzenlemeyle ön inceleme aşamasında, uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi de gereklidir. Bu hususlar gözetilerek, tarafların, dilekçelerinde rahat, doğru ve sağlıklı bir iddia ve savunma bütünü oluşturmalarını, maddî ve hukukî nitelendirmeleri uyuşmazlığı çözecek doğrulukta ortaya koymalarını sağlamak amacıyla, dilekçelerin verilmesi aşamasında, yani yargılamanın ilk kesitinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uygulanmayacaktır. Şüphesiz bu imkân, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkişer dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Yargılamanın ikinci kesiti olan, ön inceleme aşamasında ise bu konuda değişik bir sınırlama getirilmiştir. Ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edilmiştir. Zira, ön inceleme tahkikat için hazırlık aşamasıdır. Bu sebeple, taraf iddia ve savunmaları açıkça belirli olmalıdır ki, uyuşmazlık noktaları tam tespit edilerek tahkikat bunlara göre yürütülebilsin. Tarafların herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan, iddia ve savunmalarını genişletip değiştirmeleri, bu

amacın gerçekleştirilmesini baştan engellemek demektir. Karşı tarafın muvafakati varsa, taraf iddia ve savunmasını değiştirip genişletebilir.

Ön inceleme oturumunun yargılama bakımından önemi sebebiyle, tarafların bu oturuma mümkün olduğunca katılmasını sağlamak gereklidir. Bunun için de, gelen tarafı ödüllendirecek, mazereti olmadan gelmeyen tarafı cezalandıracak bir yol izlenmesi zorunludur. Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve amacı, tarafların keyfi ve kötüniyetli davranışlarına feda edilmemelidir. Dürüstlük ilkesi de bunu gerektirir. Bu sebeple, her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan biri mazeretsiz gelmez, diğeri gelirse, gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir. Bunun en önemli sonucu, uyuşmazlık noktalarının tespit edildiği ön inceleme oturumunda, gelen tarafın daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır. Bundan sonra yürütülecek tartışmada, gelen taraf kendini daha sağlam bir noktaya yerleştirerek hakkını ararken, karşı taraf daha zayıf konuma gelebilecektir.

Islah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının istisnası olduğundan, ikinci fıkrada yapılan düzenleme ile iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah hükümleri saklı tutulmuştur. Yani, ıslahla iddia ve savunma genişletilip değiştirilebilir. Islaha başvurulması, belirli şartlara bağlı olduğundan, taraf bu yola başvurmak istiyorsa bu şartları yerine getirmek zorunda kalacaktır.

Madde 147- Hak düşürücü süreler ve zamanaşımı konusundaki iddia ve savunmalar, aslında, işin esasıyla ilgili hususlardır. Bu sebeple, ön inceleme oturumu yapılmadan ve uyuşmazlık noktaları tam olarak belirlenmeden, uyuşmazlığın esası ile ilgili, maddî hukuka dahil olan bir konuda karar da verilemez. Ancak, uyuşmazlık noktaları açıklığa kavuşup belirli hâle geldikten sonra, uyuşmazlıkla ilgili süreler hakkında karar vermek de mümkün hâle gelmiş demektir. Bu sebeple, aslında doğrudan ön incelemenin içerisinde olmamakla birlikte, sürelerle ilişkin sorunların, tahkikata başlamadan önce çözümlenmesi açık bir hükümle düzenlenmiştir.

Uygulamada, birkaç yıl süren usul işlemlerinden ve delillerin toplanmasından sonra (hatta bazen taraflardan birinin o konudaki ısrarlı beyanlarına rağmen), sadece hak düşürücü süre veya zamanaşımı yönünden bir karar verildiği görülebilmektedir. Bu hükümle, hem gereksiz yargılama işlemleri yapılması, hem de adaleti zedeleyici böyle bir durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Maddenin ön inceleme hükümlerinin sonunda, tahkikat hükümlerinden önce yer alması da, yukarıda belirtilen sebeplerle uygun görülmüştür.

Madde 148- Madde, 1086 sayılı Kanunun 221 inci maddesinin dili sadeleştirilmiş hâlidir. Maddede tahkikatın ne suretle yapılacağı açıklanmıştır. Tabiidir ki hâkim ön inceleme sırasında öncelikle dava manileri ve sonra da dava şartlarını belirleyecek hadiseleri tahkik edecek, eğer davaya devam gerekli olursa diğerlerini tahkik ettikten sonra hep birlikte değerlendirecektir.

Madde 149- Bu madde hükmünde, 1086 sayılı Kanunun 213 üncü maddenin birinci fıkrası ile 215 inci maddesi birleştirilmiştir. "Tarafların duruşmaya daveti" başlıklı 152; "Tarafların duruşmaya gelmemesi ve sonuçları" başlıklı 155 ve "Ön inceleme oturumuna davet" başlıklı 144 üncü maddelerde taraflara çıkartılacak davetiyeler ve duruşmaya gelmemenin sonuçları

hakkında kurallar getirildiğinden, 1086 sayılı Kanununun 213 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki düzenlemeye, bu maddede yer verilmemiştir. 1086 sayılı Kanunda yer alan tahkikata ilişkin hükümlerden bir çoğu bu Tasarıda "Ön inceleme" bölümüne alınmıştır.

Madde 150- Uygulamada, davaların uzamasının temel sebeplerinden birinin de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelerle uyulmaması olduğu bilinmektedir. Maddenin ilk fıkrasıyla, Kanunda belirtilen sürelerden sonra, davada yeni delil sunulmasının yasak olduğu kural olarak benimsenmiştir. Fakat iki istisna kabul edilmiştir. Yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa, hâkim gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi, hukukî dinlenme hakkının tabî bir sonucudur.

Madde 151- 1086 sayılı Kanununun 217 nci maddesinin birinci fıkrası hükmü muhafaza edilmekle birlikte, ikinci fıkra başka maddelerde düzenlendiğinden, tekrara sebebiyet vermemek için bu maddeye alınmamıştır. Ayrıca, tahkikat sona erdikten sonra dava da aydınlanmış sayılacağından, yeni delil ibrazı söz konusu olmayacaktır. Şayet dava aydınlanmamışsa, tahkikat da tamamlanmış sayılamayacağından, böyle bir durumda tahkikatın sona erdirildiğine de karar verilemez.

Madde 152- Bu madde 1086 sayılı Kanununun 213 üncü maddesini karşılamaktadır. Tasarıda, dava, cevap, cevaba cevap ve davalının ikinci cevap dilekçesi verilince veya ilgili süreler geçince, tarafların ön inceleme için davet edileceği ve yapılacak işlemler gösterilmiştir. O işlemler tamamlanmadan başka bir işlem yapılamaz. Bu yönün sağlanması amacıyla maddenin birinci fıkrası 1086 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı bir biçimde düzenlenmiş; tarafların bundan sonraki tüm duruşmayı kapsar şekilde, oturumlara çağırılma şekli belirlenmiştir. Diğer unsurlar yönünden 1086 sayılı Kanununun 213 üncü maddesi hükümlerinden bir ayrılma söz konusu değildir. Ancak, maddenin ikinci fıkra hükmü, mutlaka davetiye ile taraflara bildirilmelidir. Çünkü ihtarla rağmen gelmeyen taraf, müeyyideye muhatap olacaktır.

Madde 153- Maddeyle, mahkeme işlemlerinin hangi gün ve saatlerde yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, esas itibarıyla işlemler resmî çalışma gün ve saatlerinde yapılmakla birlikte; zorunluluk veya gecikmesinde zarar ihtimali bulunan hâllerde, günlük duruşma listesinde yazılı işler ile keşif ve delillerin tespiti gibi işlemlerin, bu gün ve saatlerin dışında da yapılmasına ihtiyaç duyulabilmektedir. Kamu düzeni ve davaların gecikmesine sebep olunmaması açısından bu düzenlemeye yer verilmiştir.

Madde 154- Madde, taraflara modern teknolojiden ve Adalet Bakanlığınca uygulamaya konulan Ulusal Yargı Ağı Projesinden yararlanma imkânı hazırlamaktadır. Bu yolla, yargılamanın herhangi bir işlemine uzaktan katılma, tarafın isticvabı, şahidin veya bilirkişinin dinlenilmesi mümkün olacak, hâkim uzaktan da olsa delillerle bizzat temas kuracak; Anayasanın da amir hükmü olan "usul ekonomisi çerçevesinde daha az emek ve daha az masrafla" davanın karara bağlanması sağlanacaktır.

Maddenin birinci fıkrasında, yapılan işleme muhatap olmayan tarafın, bu işlemi görüntü ve ses nakli yoluyla izlemesi mümkün hâle getirilmekte, ikinci fıkrada ise tanığın, bilirkişinin ya da tarafın başka bir yerden elektronik araçlarla dinlenmesine imkân yaratılmaktadır. Bu işlemlere ait masrafın, o işlemin elektronik ortamda yapılmasını isteyen tarafın yatırdığı avanstan karşılanacağı tabîdir.

Her iki fıkrada da tarafların rızası özel olarak aranmıştır. Çünkü doğrudanlık ilkesi gereğince, hâkimin kural olarak delilleri doğrudan ve tarafların huzurunda incelemesi gereklidir. Bu çerçevede, daha iyi değerlendirilme yapılabilmesi açısından, taraflar birbirleri ile ve tanık ya da bilirkişi ile doğrudan aynı ortamda bulunarak soru sormak, cevaplarını tartışmak isteyebilirler. Taraflar kabul etmezse, ses ve görüntü nakli yoluyla diğer tarafın, tanığın veya bilirkişinin uzaktan dinlenmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda ya aynı mahkemede veya istinabe yoluyla başka bir mahkemede doğrudan dinlenilme gerçekleştirilecektir.

Bu madde dışında isticvap ve yeminde de ses ve görüntü nakli yoluyla dinlemenin mümkün olduğu ayrıca ilgili maddelerde belirtilmiştir. Zira isticvap ve yemin bizzat tarafın ikrar veya delil elde edilmesi amacıyla dinlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple, işin niteliği gereği ayrıca düzenlenmesi gerekli görülmüştür. Bu özel düzenlemeler dışında, bu madde, genel düzenleme olarak uygulama alanı bulacaktır.

Madde 155- Bu madde ile kabul edilen hükümler, 1086 sayılı Kanunun 409 uncu maddesinin karşılığıdır. Hükümlerde bir değişiklik olmamakla beraber, birinci fıkrada bu hükümlerin uygulanabilmesi için her şeyden önce tarafların usulüne uygun davet edilmiş olmaları gerektiğine işaret edilmiştir. Takip edilmeyen dava dosyasının işleminden kaldırılmasından sonra yenilenme imkânı bulunduğu, bu işlemin yenileninceye kadar geçerli olduğu gözetilerek, fıkra metnine, 1086 sayılı Kanunun birinci fıkrasında yer alan, "yenileninceye kadar" ibaresi alınmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, bir tarafın gelmemesi hâlinde yapılacak işleme açıklık getirilmiştir. Esasen gelmeyen tarafa "Tarafların duruşmaya daveti" başlıklı 152 ve "Ön inceleme oturumuna davet" başlıklı 144 üncü maddelerde belirtildiği gibi, taraflara, sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmemesi ve gelen tarafın yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, gelmeyeninin muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirilebileceği hususlarına, davetiyede işaret etmek gerekir.

Maddenin üçüncü fıkrasının uygulama alanı son derece daraldığından, merci tayini gibi tarafın son işleminden haberdar olmadığı hâllerde, işleminden kaldırma süresinin, bu işlemin tebliğinden itibaren başlayacağı kabul edilmiştir.

Madde 156- Madde, 1086 sayılı Kanunun 150 nci maddesine tekabül etmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, 1086 sayılı Kanunun bu konudaki hükmü benimsenmiş, mahkemenin düzenini bozan kimsenin, öncelikle mahkeme salonundan çıkartılması yaptırımını ile karşılaşması düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise mahkemenin düzenini bozmakta veya münasip olmayan söz ve davranışta ısrar eden kişilere, Ceza Muhakemesi Kanununda olduğu gibi, disiplin hapsi öngörülmüştür.

Mahkemenin düzenini bozan veya münasip olmayan fiil ayrıca suç teşkil ediyorsa, durumun Cumhuriyet başsavcılığına ihbar edileceği tabiidir. Bu husus maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Olayın vahametine ve Ceza Muhakemesi Kanunundaki şartların oluşmasına göre hukuk hâkimine de tutuklama kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.

Avukatlık Kanununun 58 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki açıklık sebebiyle, avukatın disiplin hapsine konamayacağını ve yakalanamayacağını gerekçeye yazmakta yarar görülmüştür.

Bu maddenin tartışılması sırasında, gizli oturumda bulunacaklar ve hâkimin bu oturumlarda alması gereken özel tedbirler tartışılmış ise de, yargılama sırasında genel olarak alınacak önlemlerin gizli oturumlar açısından da yeterli olacağı kabul edilmiştir.

Madde 157- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, ... haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir... bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak... yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." biçiminde ifade edilen kural uyarınca ve birçok batı ülkeleri kanunlarında olduğu gibi, madde ile, yargılamanın selametini sağlamak, tarafları teşhir etmemek ve özellikle hâkim ve tanıkları etki altında bırakma girişimlerinin önüne geçmek istenmiştir. Yargı bağımsızlığı, fertlerin adil yargılanma ve kişilik hakları ile basın özgürlüğü ve haber alma hakkı arasında bir denge kurulmuş, duruşmada ses ve görüntü kaydı yasaklanmış; basın özgürlüğü ve haber alma hakkı, özüne dokunulmamak kaydıyla sınırlandırılmıştır. Hemen şu ifade edilmelidir ki; gizli oturumlar dışında, basın mensupları, diğer kişiler gibi, mahkeme salonuna girebilirler ve haber alıp hadiseyi yansıtabilirler.

Davanın taraflarına ve üçüncü kişilere karşı konan bu kayıt yasağı, mutlak olup, ancak yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece dosyaya konmak üzere kayıt yapılabilir. Mahkemenin yaptığı kayıtlarla, kişilik haklarını ilgilendiren belgeler, ilgililerin ve hâkimin birlikte izni ile yayımlanabilecektir. Bununla kişilik haklarındaki gizliliğin ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Duruşmalar sırasında bu kuralın ihlali "Duruşma düzeni" başlıklı 156 ncı maddedeki müeyyideyi icap ettirdiği gibi, ayrıca mahkemenin izni alınmadan kayıt veya çekim yapılması hâli ve duruşmalar dışında kuralın ihlali ile yasağa rağmen yapılan çekimle elde edilen bilgi ve belgelerin yayımının Türk Ceza Kanunu tarafından müeyyidelendirildiğinin açıklanmasında yarar umulmuştur.

Madde 158- Madde 1086 sayılı Kanunun 151 inci maddesine tekabül etmektedir. Birinci fıkrada, tutanağa, yargılama işlemleri ile iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarının yazılacağı belirtilip, böylece tutanağın amacı ortaya konmuştur.

İkinci fıkrada, sözlü açıklamaların doğrudan ancak hâkimin izniyle tutanağa geçirilebileceği belirtilmiş; üçüncü fıkrada, tutanakta mutlaka bulunması gereken hususlar gösterilmiştir. Bu fıkranın (ç) bendinde, imza ile onanması zorunlu bazı işlemler gösterilmiş, böylece bu konularda imzanın bir şekil şartı olduğu kabul edilmiştir. Hâkim yargılama sırasında yapılan işlemleri teknik araçlarla kayıt ettirebilir. Bu hâlde kayıtların bir tutanak hâline getirilmesi öngörülmüştür. Kayıtların tutanakla çelişmesi hâlinde çelişkinin, ön sorunların tahkiki biçiminde hâlledileceği kabul edilmiştir.

Madde 159- Madde 1086 sayılı Kanunun 152 nci maddesine tekabül etmekte ve tutanağın imza altına alınması düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, hâkim ve zabıt kâtibine tutanağın derhal imzalanması gereği hatırlatılmaktadır. Zira dava evrakının ana belgelerinden biri de tutanaklardır. Bu belgenin tartışma yaratmayacak bir biçimde düzenlenmesi davanın selameti bakımından önem taşır. İkinci fıkrada ise tutanağa imza koyması gereken ve fakat imza bilmeyenler ile imza veya parmak izi koyamayanların durumu açıklanmıştır.

Madde 160- Madde, 1086 sayılı Kanunun 153 üncü maddesine tekabül etmektedir. 153 üncü maddede, tutanağın ispat gücü, sadece sözlü muhakemeye hasredilmişken, yeni sistem içerisinde bu güç, ön inceleme ile tahkikat ve yargılamanın diğer işlemlerine de teşmil edilmiştir.

Madde 161- Madde 1086 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine tekabül etmektedir. Zabıt kâtipleri, mahkemenin oluşumunda önemli unsurlardır. Binaenaleyh tüm mahkeme işlemlerinde hâkimin yanında bulunmalıdırlar.

Çok istisnaî hâllerde, zabıt kâtibi hukukî veya fiilî sebeplerle görev yapamayacak durumda olur ve işin de gecikmesinde sakınca bulunursa, ehil olan herhangi bir kimse yemin ettirilerek, zabıt kâtibi olarak görevlendirilebilir. Böylece, işin, süratle görülmesinin mümkün hâle getirilmesi amaçlanmıştır.

Madde 162- Madde 1086 sayılı Kanunun 155 inci maddesine tekabül etmektedir.

Davanın hiçbir evrakı taraflardan ve davaya katılandan gizlenemez. Taraflar ve katılan dava evrakını istedikleri zaman, kuralları çerçevesinde inceler. Mahkemeler dava evrakının taraflarca incelenmesini kolaylaştıracak tedbirleri de almalıdır. Bu tedbirler kapsamında tutanakların örneklerinin tamamen ya da kısmen taraflara veya katılana verilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak dava evrakı arasına getirilen veya konan belgelerin kapsamı davanın konusu ile doğrudan ilgili olmayan başka konuları da içerebilir. Hatta bu bölümler gizlilik kararının alınmasına da sebep olmuş olabilir. İşte bu gibi evrakın örneklerinin hangilerinin hangi kapsamda taraflara ve katılana verilebileceğine hâkimin karar vermesi gizliliğin korunması bakımından uygun bulunmuş ve bu çerçevede ikinci fıkra hükmü konulmuştur.

Kendisine gizlilik taşıyan belge örneği verilen taraf, katılan veya vekillerce gizliliğin ihlâl edilmesi, tabîi olarak ihlâli yapan kişinin sorumluluğunu gerektirir.

Madde 163- Madde, 1086 sayılı Kanunun 156 ncı maddesine tekabül etmektedir. Belgenin dosyaya konuluş tarihi, davanın seyri bakımından önem taşır. Belgenin dosyaya havale tarihini belirleme işini hâkim yapar veya görevlendirilmişse yazı işleri müdürü de yerine getirebilir.

İkinci fıkrada, davanın delili olarak dosyada bulunan belgenin, kaybolmasını önlemek amacıyla, re'sen veya talep üzerine alınacak tedbirler düzenlenmiştir. Dava dosyasının bir başka mahkeme ya da merci tarafından istenilmesi durumunda, dosyada bulunan bir belgenin kaybolma ihtimali göz önüne alınarak, aslı yerine tasdikli bir sureti ya da kopyası gönderilebilir. Burada belge sözcüğü dosyaya konulan kaset, CD, senet gibi her türlü malzemeyi kapsamaktadır.

Madde 164- Madde, 1086 sayılı Kanunun 156 ncı maddesinin ikinci fıkrasına tekabül etmektedir. Dosyanın dizi listesine bağlanması, içeriğinin daha iyi saklanması bakımından önem taşır. Bu konu ayrı bir madde hâline getirilerek mahkeme personelinin dikkati çekilmek istenmiştir.

Madde 165- Madde, 1086 sayılı Kanunun 157 nci maddesinin ikinci cümlesine tekabül etmektedir. Davanın tarafları, katılanlar ya da Avukatlık Kanununun açık hükmüne göre avukatlar dosyayı inceleyebilecektir. Dava ile ilgili olduğunu bildiren kişiler ise bunu yaklaşık olarak ispata yarayan delilleri göstermeli ve hâkimin iznini almalıdır.

Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanaklara gelince; 162 nci maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere davanın hiçbir evrakı taraflardan ve davaya katılardan gizlenemez. Taraflar, katılan veya vekilleri dava evrakını istedikleri zaman, kuralları çerçevesinde inceler. Ancak dava evrakı arasına getirilen veya konan belgelerin kapsamı davanın konusu ile doğrudan ilgili olmayan başka konuları da içerebilir. Bu cümleden olarak da gizlilik kararının alınmasına sebep olmuş olabilir. İşte dava dosyası içinde yer alan fakat dava ile doğrudan ilgisi olmayan belgelerin hangilerinin hangi kapsamda taraflar ve katılan ile vekillerince hâkimin kararı ile incelenebileceğinin kabulü, gizlilik dereceli resmî belgelerin ve ticarî sırların korunması bakımından zorunlu görülmektedir.

Madde 166- Madde, 1086 sayılı Kanunun 158 inci maddesine tekabül etmektedir. 158 inci maddedeki kurallar muhafaza edilmiştir.

Madde 167- 1086 sayılı Kanunun Beşinci Faslında düzenlenmiş olan "Hadise" kurumu bu Tasarıda, "Ön Sorun" olarak ifade edilmiştir. Bu madde 1086 sayılı Kanunun 222 nci maddesinin karşılığı olup, ön sorunun duruşma sırasında veya dışında nasıl ileri sürülebileceği düzenlenmiştir.

Madde 168- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 223 ve 224 üncü maddelerinin tek madde altında düzenlenmiş hâlidir. Hâkimin, davada ileri sürülen ön sorun hakkında öncelikle incelemeye değer bulunup bulunmadığı yönünden karar vermesi, şayet incelemeye değer görür ise bu incelemenin usulü tanzim edilmiştir.

Madde 169- Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir. 1086 sayılı Kanunda bekletici soruna ilişkin bir hüküm yer almamakta iken, bu maddede iki tür bekletici sorun düzenlenmiştir.

Birinci hâl, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya veya idarî makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar yargılamayı bekletir. Burada beklenen sorun, bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir dava ya da idarî makamın kararıdır.

İkinci hâl ise yine bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya makamın çözümüne bağlı, fakat o dava henüz açılmamış ya da idarî makama başvurulmamış ise hâkim ilgili tarafa, dava açması ya da idarî makama başvurusu için süre verecektir. Bu süre içinde başvurulmazsa, tarafın bu husustaki iddiasından vazgeçtiği varsayılarak esas hakkında bir karar verilecektir. Buna karşılık süresi içinde dava açılır ya da idarî makama başvurulursa, bu davanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar asıl dava ertelenecektir.

Ancak her iki hâlde de bekletici soruna karar veren mahkemenin, zaman zaman duruşma yaparak diğer davanın veya idarî makamın kararının akıbetini araştırması, zaman kaybını önlemek bakımından önemlidir.

Madde 170- "Davaların birleştirilmesi" başlığını taşıyan bu maddeye göre, ayrı ayrı açılmış davalar arasında ancak bu maddede gösterilen anlamda bir bağlantı bulunması hâlinde, davaların birleştirilmesi istenebilir. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması

ya da biri hakkında verilecek hükmün diğeri etkileyecek nitelikte bulunması hâlinde, davaların birleştirilmesi usul ekonomisi açısından önem taşımaktadır.

Bu durumda aynı yargı çevresinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış olan davalarda birleştirme kararı, talep üzerine veya kendiliğinden hüküm verilinceye kadar her zaman verilebilecektir. Aynı düzey ve aynı sıfattaki mahkemelerden anlaşılması gereken; her iki davanın da görüldüğü mahkemenin, asliye hukuk mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi yahut iş mahkemesi yahut aile mahkemesi olması gerekir. Birleştirme kararı ikinci davanın açıldığı mahkemece verilecek ve bu karar diğer mahkemeyi bağlayacaktır.

Aynı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılan davalarda birleştirme talepleri, her zaman ileri sürülebilecektir. Zira, 1086 sayılı Kanunda olduğu gibi ilk itiraz olarak muhafazası halinde çoğunlukla bu davalar birbiri yönünden bekletici mesele yapıldığından yargılamanın daha da uzamasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca ilk itirazda bulunulmaması halinde, hâkim, irtibat unsurunu re'sen gözetip, davaları birleştiremeyeceği için aynı konuda çelişik kararların ortaya çıkması da muhtemeldir. Bunun önüne geçmek için sözü edilen halde de davaların birleştirilmesi ilk itiraz olmaktan çıkarılmıştır.

Üçüncü fıkrada, birleştirme kararının derhâl, ilk davanın açıldığı mahkemeye bildirileceğine ilişkin usul hükmüne yer verilmiştir.

1086 sayılı Kanundan farklı olarak, davalar arasında bağlantıdan ne anlaşılması gerektiğini ifade eden dördüncü fıkrada, davaların benzer sebeplerden doğması birleştirme sebebi olarak kabul edilmiş ve genişletilmiştir.

5235 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, adli yargı ikinci derece mahkemeleri olarak bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu düzenlenmiştir. Adli yargı alanında ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlar bakımından istinaf kanun yolu getirilmiştir.

Beşinci fıkra ile istinaf incelemesi sırasında da davaların birleştirilebileceği kabul edilmiştir. Bu durumda istinaf incelemesinin, birleştirilen davalarda uyumsuzluğu doğuran asıl hukukî ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde yapılacağı kabul edilmiştir.

Madde 171- "Davaların ayrılması" başlığını taşıyan bu maddede 1086 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi metnine bağlı kalınmış olup, davaların ayrılmasına karar verilmesi hâlinde mahkeme, davaları başka bir mahkemeye göndermeyip, bizzat bakmaya devam edecektir. Sözü edilen husus, usul ekonomisinin bir gereği olarak bu düzenlemeye yansıtılmıştır.

Öte yandan, 1086 sayılı Kanunun 47 nci maddesi hükmü, uygulama alanının bulunmaması sebebiyle ve teorideki düşüncelere de uygun olarak bu Tasarıda yer almamıştır.

Madde 172- Bu maddede, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu da dikkate alınarak, aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davalar yönünden verilen birleştirme ve ayırma kararlarına karşı istinaf yoluna; bölge adliye mahkemesi kararları hakkında ise temyiz yoluna ancak esas hükümlerle birlikte gidilebileceği vurgulanmıştır. Ayırma ve birleştirme kararları bakımından tek başına istinaf yoluna başvurulması bölge adliye mahkemelerinde hükmün kaldırılarak esastan incelenmesi

sonucunu doğurmaz. Keza, bu husus, Yargıtayda temyiz incelemesi bakımından bozma sebebi oluşturmaz.

Madde 173- Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 230 uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinden, ifadesi sadeleştirilmek suretiyle, alınmıştır. İkinci fıkra ise aynı maddenin ikinci fıkrasının, güncelleştirilmiş şeklidir.

Böylece hâkime, taraftan kendisini bağlayıcı beyan alma imkânı getirilmiştir.

Madde 174- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 231 inci maddesinden alınmıştır. Tüzel kişilerin isticvabı söz konusu olduğunda, tüzel kişiyi temsile yetkili kimseler davet edilerek isticvap edilecektir. Buna karşılık ergin olmayan veya kısıtlıların isticvap edilmesi söz konusu olduğunda ise onlar adına kanunî temsilcileri davet edilerek isticvap edilecektir. Ancak, ergin olmayan veya kısıtlıların bizzat dava açabilecekleri hâllerde, bizzat kendilerinin isticvabı düzenlenmiştir. Ergin olmayan veya kısıtlıların kanunî temsilcileri yanında bizzat dinlenilmeleri konusunda 1086 sayılı Kanunun 231 inci maddesinde hâkime tanınmış olan takdir hakkı kaldırılmıştır.

Madde 175- Bu maddede 1086 sayılı Kanunun 234 üncü maddesinde düzenlendiği gibi, isticvap edilecek kimselerin mahkemeye çağrılmaları ile gelmemeleri yahut cevap vermemelerinin sonuçları gösterilmiştir.

Madde 176- Maddenin birinci fıkrasına, 1086 sayılı Kanunun 232 nci maddesi sadeleştirilerek alınmıştır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi ise yeni bir hükümdür. İmkân oldukça tarafın hüküm verecek hâkimle yüz yüze gelmesinde, gerçeğin ortaya çıkması bakımından fayda umulmuş, mahkemenin yargı çevresi dışında fakat mahkemenin bulunduğu ilde bulunan kişilere dahi mahkemeye gelme mecburiyeti getirilmiştir. Ancak mahkemenin bulunduğu il dışında oturanlar için ses ve görüntü nakline ilişkin teknik imkânlardan yararlanmak suretiyle bunun sağlanması öngörülmüştür. İsticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında olur, ses ve görüntü nakline ilişkin tekniklerden yararlanma imkânı da bulunmazsa, istinabe yoluyla isticvap edilir.

Madde 177- Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 231 inci maddesinde yer alan, mahcur veya küçük kişiler yerine, bunların velisi veya vasisinin isticvap edileceğine ilişkin düzenleme, "Bizzat isticvap edilme" kenar başlıklı 176 ncı maddenin gerekçesinde gösterildiği üzere bu Tasarıya alınmamış, değişikliği vurgulamak üzere bu fıkra düzenlenmiştir.

İkinci fıkra, isticvap olunacak kişiyi, doğruyu söylemeye yönlendirme görevini hâkime yükleyen bir hükümdür.

Üçüncü fıkraya, 1086 sayılı Kanunun 233 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme kısmen değiştirilerek alınmıştır. Bu hükme göre hâkim isticvabın iki tarafın huzurunda yapılacağına karar vermemişse, kural olarak isticvap sadece kâtabin ve isticvap edilecek kişinin vekilinin huzurunda yapılabilmekte idi. Yeni düzenleme ile karşı tarafın isticvapta hazır bulunma hakkı hâkimin iznine bağlı olmaktan çıkarılmış ve mutlak hâle getirilmiştir.

Dördüncü fıkradaki düzenleme de yenidir. Doğruya ulaşmak amacıyla tanığın, ifadesini verirken yazılı notlardan yararlanamayacağına yönelik düzenlemenin, isticvapta, isticvap edilen taraf için de gerekli olduğu düşüncesiyle bu fıkra maddede yer almıştır.

Madde 178- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 235 inci maddesinden ifadesi değiştirilerek ve sadeleştirilerek alınmıştır. Son cümlede "haklı sebep olmaksızın" tutanağı imzalamaktan kaçınma hâlinde bunun da tutanakta gösterilmesi hükme bağlanmıştır. İsticvap olunanın göstereceği haklı sebebin de tutanağa geçirilmesi tabiidir. Haklı sebebin anlamı ve sınırını belirlemek her zaman çok kolay olmadığından, isticvap olunanın kendince ortaya koyduğu haklı sebebin değerlendirmesi hâkim tarafından serbestçe takdir edilecektir.

Madde 179- Tarafın isticvabı tarafın bir nevi tanıklığıdır. Bu sebeple tanıklığa ilişkin sır nedeniyle çekinmeye dair 252, menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle çekinmeye dair 253 üncü maddeler ile tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesine, tanığın dinlenmeden önce bilgilendirilmesine, tanığın dinlenilme şekline, karşı tarafın isteği üzerine soru yönlendirilmesine, karşı tarafın doğrudan soru yönlendirme yasağına ve gerektiğinde tercüman veya bilirkişi kullanılmasına ilişkin 262 ila 267 nci maddelerin isticvabın niteliğine aykırı olmadıkça, burada da uygulanacağı hükmüne bu maddede yer verilmiştir.

Madde 180- 1086 sayılı Kanunun 83 üncü maddesi hükmü esas olarak kabul edilmiş, ancak anlaşılmasını kolaylaştırmak için ifadesi değiştirilmiş ve iki fıkra hâlinde düzenlenmiştir.

Taraflar, daha önce olduğu gibi, ıslah yolu ile iddialarını ve savunmalarını genişletip değiştirebileceklerdir. Buna göre, davacı dava dilekçesinde belirttiği dava sebebinin değiştirebileceği gibi, örneğin; daha önce belirttiği ödünç sözleşmesi sebebinin değiştirip, sebepsiz zenginleşme sebebine dayanabilecektir. Keza, davacı dava dilekçesinde belirttiği vakıaları eksik belirtmişse, onları ıslah yolu ile tamamlayabilecektir. Ayrıca, davacının dava dilekçesinde belirttiği talebini ıslah yolu ile artırması, örneğin daha önce istediği ellibin Türk Lirasını yüzbin Türk Lirasına çıkarması mümkün olduğu gibi, talebini değiştirmesi de mümkündür, aynen talep ettiği otomobilden vazgeçip, ıslah yolu ile değerini isteyebileceği gibi, otomobilden tümüyle vazgeçip, ıslah yolu ile bilgisayar istemesi de mümkündür. Aynı şekilde davalı da, vermiş olduğu cevap dilekçesini ıslah edip, daha önce eksik bıraktığı savunmasını tamamlayabileceği gibi, savunmasını dayandırdığı vakıaları tümüyle de değiştirebilecektir. Hukukumuzda, ıslah yolu ile davanın taraflarının değiştirilip değiştirilemeyeceği

konusunda farklı görüşler mevcut olup, Yargıtayın uygulaması da ıslah yolu ile davanın taraflarının değiştirilemeyeceği yönündedir. Bu Tasarıda, açıklanan esaslar tamamen kabul edilmiştir.

Islah yolu ile davanın geciktirilmesi ve sürüncemede bırakılması mümkün olduğundan, ikinci fıkra ile, tarafların ıslah yoluna bir defa başvurabileceklerine ilişkin sınırlama bu Tasarıda da kabul edilmiştir.

Uygulamada, zamanaşımının ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceğine dair bazı tereddütler var ise de zamanaşımı ilk itiraz olmayıp, ıslah yolu ile de ileri sürülebileceğinde tereddüt etmemek gerekir.

Madde 181- Maddeyle, ıslahın tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm, esas olarak 1086 sayılı Kanunun 84 üncü maddesinde düzenlenmiş ve orada

tahkikata tâbi olan davalarda, tahkikat sona erene kadar, tahkikata tâbi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu düzenleme çerçevesinde, tahkikata tâbi olan ve tâbi olmayan dava ayırımına gerek duyulmadığı için, ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılması esası kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, ıslahın şekli düzenlenmiştir. Buna göre, ıslah yazılı veya sözlü olarak yapılabilecektir. Duruşmada sözlü yapılan ıslah, tutanağa geçirilecektir. ıslah yazılı yapılıyorsa, duruşmada veya duruşma dışında mahkemeye verilebilecektir. Hukukî dinlenilme hakkının bir sonucu olarak, karşı tarafı ıslahtan haberdar etmek amacıyla, tutanağın veya ıslah dilekçesinin bir örneği ona tebliğ edilmelidir.

Madde 182- 1086 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi hükmünün ifadesi ve kapsamında bazı değişiklikler yapılarak, tekrar düzenlenmiştir. Buna göre, ıslah sebebiyle geçersiz hâle gelen işlemlerle, karşı tarafın uğradığı zarar dışında, uğrayabileceği zarar da hükmün kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca, 1086 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinde, geçersiz sayılan işlemler sebebiyle karşı tarafın zararlarının hemen tazmini öngörülmüş ise de, bu maddede zarar ve ziyanlar karşılığı olarak takdir edilen teminatın öngörülen süre içinde yatırılması esası kabul edilmiştir.

Madde 183- Bu madde ile, ıslahın yapılması hâlinde hangi etki ve sonuçların doğacağı düzenlenmiştir. Madde esas olarak 1086 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin karşılığıdır. Söz konusu 87 nci madde, bu düzenlemede fıkralara ayrılmış, ifadesinde ve kapsamında bazı değişiklikler yapılarak düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, ıslahın, ıslah eden tarafın belirteceği noktadan itibaren, usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.

İkinci fıkrada ise ıslah ile geçersiz sayılmayacak işlemler gösterilmiştir. İkrar, tanık ifadeleri, bilirkişi raporu ve beyanları, keşif ve isticvap, eda edilmiş olan yemin yahut henüz eda edilmemiş olmakla birlikte eda edileceği kabul edilen veya iade edilen yahut edasından kaçınılan yemin ıslah ile geçersiz sayılmayacaktır. İsticvap, bir taraf işlemi olmadığından, isticvap sonucunda tutulan tutanağın hatalı yahut eksik olduğu gerekçesiyle ıslahı yoluna gidilemeyecektir. Yine bu duruma bağlı olarak isticvap esnasında ikrar vuku bulmuşsa, bu şekilde elde edilen ikrarın da ıslah yoluyla etkisiz kılınması mümkün olmayacaktır. İsticvap haricinde gerçekleşen ikrarın yine ıslah yolu ile etkisiz kılınmamasının sebebi ise ikrardan dönmeye ilişkin olarak "İkrar" başlıklı 192 nci maddenin ikinci fıkrasında özel hüküm getirilmiş olmasıdır.

Üçüncü fıkrada ise 1086 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin son cümle hükmü ifadesi sadeleştirilerek aynen kabul edilmiştir. Buna göre, ıslahtan sonra davanın aldığı şekle ve buna bağlı olarak yapılacak tahkikata göre, ikinci fıkrada belirtilen işlemlerin herhangi bir etkisi ve önemi kalmamışsa, bu işlemler de yapılmamış sayılacaktır.

Madde 184- 1086 sayılı Kanunun 88 ve 89 uncu madde hükümleri birlikte değerlendirilmiş ve tek madde hâlinde bazı değişiklikler yapılarak yeniden düzenlenmiştir.

Buna göre, davasını tamamen ıslah etmek isteyen taraf, kural olarak davacı, ıslah talebiyle birlikte değiştirilmiş şekli ile yeni bir dava dilekçesi vermelidir. Böyle bir dilekçe verilmeksizin,

tamamen ıslah yoluna başvurma isteği mahkemeye bildirildiği takdirde, o tarihten itibaren yedi gün içinde değiştirilmiş şekli ile yeni bir dava dilekçesi verilmesi zorunludur. Bu süre içinde yeni bir dilekçe verilmezse, mevcut dava dilekçesinin iptaline karar verilir. Burada, 1086 sayılı Kanunun 88 inci maddesindeki yeni bir dilekçe vermek için öngörülen  günlük süre, yetersiz bulunarak yedi güne çıkarılmıştır. Dava dilekçesinin iptaline karar verilmesi hâlinde, bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir. Bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren davacı, bir ay içinde, dilekçesi iptal edilen eski davasını tekrar açabileceği gibi, o davayı ıslah suretiyle açmak istediği yeni davayı amazsa, artık eski davadan feragat etmiş sayılacaktır. Grldği gibi, dava dilekçesinin iptali hâlinde, tekrar dava açmak için öngörülen süre, 1086 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinde üç ay olarak öngörülmüşken, burada dava için yeniden bir hazırlık gerekli olmadığından süre bir aya indirilmiştir.

Madde 185- Bu maddede, 1086 sayılı Kanunda mevcut olmayan bir hükme yer verilmiştir. Bir nceki maddede tamamen ıslah ayrıca düzenlendiğinden, kısmen ıslahın da aynı şekilde düzenlenmesi uygun grlmştir. Kısmen ıslah yoluna başvuran taraf, ıslah talebiyle birlikte, ıslah etmek istediği işlemi ve ne şekilde ıslah edeceğini de belirtebilir. Bu şekilde ıslah talebiyle birlikte işlem de hemen ıslah edilirse, dava buna göre görülecektir. Ancak, kısmen ıslaha başvurmak isteyen taraf, ıslah talebiyle birlikte ıslah etmek istediği işlemi ve bu işlemi ne şekilde ıslah ettiğini belirtmeyebilir. İşte davanın sürüncemede kalmaması için, bu şekilde kısmen ıslaha başvurup da, ıslah ettiği işlemi belirtmeyen taraf için, yedi günlük bir süre getirilmiştir. Yedi günlük süre içinde ıslah edilen işlem belirtilmezse, ıslah yapılmamış sayılıp, davaya eski şekli ile devam edilir.

Madde 186- 1086 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesinde yer alan, kötüniyetle yapılan ıslaha ilişkin hüküm, önemli değişiklikler yapılarak ve ifadesi sadeleştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, ıslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa, mahkeme, yapılan ıslahı dikkate almadan karar verebilecektir. Bilindiği gibi, daha önce kötüniyetle ıslah yapılırsa dahi ıslah geçerli kabul ediliyor, ancak, mahkeme para cezasına ve karşı tarafın zararlarının ödenmesine karar verebiliyordu. Oysa bu durumda, asıl kötüniyetle yapılan işlem yaptırımsız kalıyor, ıslah geçersiz sayılmıyordu. Yapılan değişiklikle, kötüniyetle yapılan ıslahın mahkeme tarafından dikkate alınmayacağı kuralı kabul edilerek, bu durum düzeltilmiştir. Ayrıca, kötüniyetle ıslah yapan taraf, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararları ödemeye ve disiplin para cezasına mahkûm edilecektir. 1086 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesinin son kısmında, "mahkûm edebilir" denilerek, hâkime takdir yetkisi bırakılmıştı. Ancak burada, kesin bir ifade kullanılarak, kötüniyetin mutlaka cezalandırılması amaçlanmıştır. Yine bu kapsamda, öngörülen para cezası da arttırılmıştır.

Madde 187- Maddeyle, dava dosyasında bulunan belgelerdeki açık yazı ve hesap hatalarının, karar verilinceye kadar düzeltilebileceği, bu hataların düzeltilmesi sonucunda yargılama uzamışsa yargılama giderlerinin hesaplanmasında bu durumun da dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan madde, 1086 sayılı Kanunun 80 inci maddesinin sadeleştirilmiş şeklidir. Bu maddede geçen "daima" ibaresi yerine "karar verilinceye kadar" ifadesi kullanılmıştır.

Madde 188- Bu madde 1086 sayılı Kanunun 375 inci maddesine karşılıklı gelmektedir. Ancak söz konusu maddeden farklı olarak burada hâkim taraflara öncelikle tahkikat hakkında sözlü açıklama yapabilmeleri için imkân hazırlamakta olup, taraf tahkikat hakkında açıklamalarda bulunmak durumundadır.

Hâkim dosyadaki tüm delilleri inceledikten sonra taraflara tahkikat hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. Yapılan sözlü açıklamalardan sonra mahkeme gerekli görürse tahkikatı sürdürür. Aksi hâlde tahkikatın tamamlandığını açıklayarak sözlü yargılama safhasına geçer.

Madde 189- Toplu mahkemelerde tahkikat için görevlendirilen hâkim, tahkikatın tamamlandığı kanaatine varırsa, tarafların davanın tümü hakkında açıklama yapabilmelerinin sağlanması için dosyayı mahkeme başkanına verir. Toplu mahkeme gerçeğin ortaya çıkması ve davanın aydınlanabilmesi için gerekli görürse, tahkikat hâkimi tarafından dinlenen tanıkları ve bilirkişiyi

tekrar çağırıp dinleyebilir. 1086 sayılı Kanunun 378 inci maddesinde de düzenlenmiş olan bu imkânla, mahkeme, tarafların daha önce dilekçelerinde gösterip de elde olmayan nedenlerle sunamadıkları delillerin veya başka yerden getirilmesini isteyip de tahkikat hâkiminin getirtmediği delillerin de verilmesini veya getirilmesini kararlaştırabilecektir. Ancak bunun için bu delillerin daha önce gösterilmesinin mümkün olmaması veya tarafın bunu zamanında göstermeme konusunda kusurunun bulunmaması gerekir. Toplu mahkeme, eksik gördüğü hususları kendisi tamamlayabileceği gibi bu konuda hâkimlerden birisini bunun için görevlendirebilir.

Toplu mahkemelerde naip hâkim, delil toplanması, keşif yapılması ve tahkikat sırasındaki diğer işlemleri tek başına yapabilir. Ancak tahkikat işlemleri dışında kalan işlerde, geçici hukukî koruma önlemi de olsa, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti gibi talepler hakkında, mahkeme toplu olarak karar verecektir.

Madde 190- Maddede hükümden önceki son yargılama aşaması olan sözlü yargılama aşaması düzenlenmiş bulunmaktadır. Hangi yargılama usulü uygulanırsa uygulansın tarafların yargılamada sözlü olarak görüş ve değerlendirmelerini ifade etmeleri özel bir önem taşımaktadır. Yazılı yargılama usulü içerisinde de tarafların hükümden önce son kez mahkeme huzurunda sözlü değerlendirme yapıp açıklamada bulunmaları, doğru bir karar verilmesi bakımından önemlidir.

Birinci fıkrada, tahkikatın bitiminden sonra sözlü yargılama ve hüküm için bir gün tayini ve belirtilen günde tarafların hazır bulunmalarını sağlamak için davet edilmeleri düzenlenmiştir. Taraflar sözlü yargılama için gelmedikleri takdirde yokluklarında hüküm verilebilir.

İkinci fıkrada, sözlü yargılamada ne yapılacağı düzenlenmiştir. Taraflar tüm yargılamayı değerlendirerek kendi iddia ve savunmalarının haklılığını ortaya koyacak nitelikte son açıklamalarını yaparlar.

Madde 191- Bu madde 1086 sayılı Kanunun 238 inci maddesinin karşılığı olup, içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın dili sadeleştirilmiştir. Maddede geçen "Herkesçe bilinen" ibaresi "Maruf ve meşhur "tabirinin karşılığı olarak ve her iki terimi kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

Madde 192- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 236 ncı maddesinin karşılığı olup, içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın dili sadeleştirilmiştir.

Madde 193- 1086 sayılı Kanunun 218 ve 287 nci maddelerindeki düzenlemelere kısmen karşılık gelen bu maddenin birinci fıkrası ile, ispat hakkı kavramı, kanunî sınırları belirtilmek

suretiyle, bir davanın her iki tarafına da tanınmış olmaktadır. Böylece ispat, bu maddede taraflar bakımından sadece bir yük olmanın ötesinde aynı zamanda kanunî bir hak olarak düzenlenmiştir.

İkinci fıkra ile, ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukukî çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkra öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafta bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece re'sen karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür.

Üçüncü fıkra ile, mevcut uygulama ve öğretilerdeki görüş birliğinden hareketle, senetle ispat zorunluluğunun temel dayanağı olan kanunî delil sistemi esas muhafaza edilmiştir.

Dördüncü fıkra, gösterilen delillerin caiz olup olmadığına mahkemece re'sen karar verileceği hususu düzenlenmiştir.

Madde 194- İspat yüküne ilişkin kural daha önce Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen ispat yükü kurallarının maddî hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle, bu Kanun içerisinde yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca bu durum, ispat hukukuna ilişkin tüm genel hükümlerin birlikte düzenlenmesinin de bir sonucudur. İspat yükü kuralı,

Türk Medenî Kanunundaki düzenleniş tarzına göre daha açık ve üzerinde uzlaşılan bir şekilde ifade edilmiştir.

Birinci fıkra, ispat yükünün belirlenmesine ilişkin temel kural vurgulanmıştır. Buna göre, bir vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak taraf ispat yükünü taşıyacaktır. İspat yükünün belirlenebilmesi için önce ilgili maddî hukuk kuralındaki koşul vakıaların doğru bir şekilde tespit edilmiş olması ve buna uygun somut vakıaların ortaya konulmuş olması gerekir. Her bir vakıa bakımından lehine hak çıkarma çerçevesinde ispat yükü kuralları belirlenir. Ancak kanunda özel olarak ispat yükünün belirlendiği hallerde, genel kurala göre değil, kanunda belirtilen şekilde ispat yükü belirlenecektir.

İkinci fıkra, karinelerin varlığı halinde ispat yükünün nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Karine söz konusu olduğunda, karine temeli ile karine sonucunu birbirinden ayırt etmek gerekir. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olur, ancak karine temelini ispat etmek yükü altındadır. Bu durumu vurgulamak için, fıkra açık düzenleme yapılmıştır. Kesin kanunî karineler dışında, karşı taraf karinenin aksini ispat edebilir. Fıkra, özellikle aksini ispat kavramına yer verilmiştir. Zira, aksini ispat ve karşı ispat farklı kavramlardır. Karine söz konusu olduğunda, karşı ispat faaliyetinden değil, karine ile kabul edilen durumun aksini ispat etmek gerekir.

Madde 195- Bu madde 1086 sayılı Kanunun 239 uncu maddesinin karşılığı olup, içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın dili sadeleştirilmiştir.

Madde 196- 1086 sayılı Kanunun 367 nci maddesine karşılık gelen bu maddeyle, kanunda düzenlenmemiş olan delillerin hukukî çerçevesi çizilmiştir. Bu düzenleme, 1086 sayılı Kanundaki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sayarak sınırlamamaktadır. Her ne kadar tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda aklî, mantıkî ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında 1086 sayılı Kanunun mehzında da bulunmayan ve uygulanmasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terkedilmiştir.

Madde 197- Maddede 1086 sayılı Kanunda da kabul edilmiş olan delil sözleşmesi, sınırları ve türleri de belirtilerek yeniden düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, tarafların kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların, başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri ya da belirli delillerle ispatı öngörülmeven vakıaların, belirli delil veya delillerle ispatı konusunda sınırlama getirebilecekleri kabul edilmiştir. Birinci durumda, münhasır olmayan delil sözleşmesi; ikinci durumda münhasır delil sözleşmesi ortaya çıkacaktır. Aynı fıkrada delil sözleşmesinin nasıl yapılacağı da belirtilmiştir. Delil sözleşmesinin önemi sebebiyle, yazılı olması veya tutanağa geçirilecek beyanların imzalanması suretiyle yapılabileceği kabul edilmiştir. Delil sözleşmesinin, ancak açıkça yapılabilmesi karşısında, zımnî delil sözleşmesi yapılması mümkün değildir.

İkinci fıkrada, delil sözleşmesinin sınırları belirtilmiştir. Delil sözleşmesi, ispat hakkını doğrudan ilgilendirdiğinden bu konudaki sınırların da ortaya konulması gerekir. Özellikle uygulamada zaman zaman güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya güçleştirecek nitelikte onu delil sözleşmesi yapmaya zorladığı görülmektedir. Bu sebeple, taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.

Madde 198- Bu madde yeni bir düzenlemedir. Maddenin amacı, bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama yer vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmektir.

Birinci fıkrada, somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdır. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.

İkinci fıkrada, somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar. Delil bir ispat aracı olarak, ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yarar. Dolayısıyla her bir vakıa bakımından o vakıayı ispata yarayan ispat araçlarının da belirtilmesi önemlidir. Uygulamada, tarafların iddia veya savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür.

Madde 199- Bu madde 1086 sayılı Kanundaki ilgili hükmün daha açık ve yeniden düzenlenmiş hâlidir. Taraflar ellerinde bulunan delilleri sunmak, ellerinde bulunmayan delillerin ise nerede bulunduğuna ilişkin bilgi vermek durumundadırlar. Ancak, üçüncü kişilerle resmî makam veya mercilerin elinde bulunan delilleri tarafların temin etmesi onlardan beklenemez. Tarafların ellerinde bulunmayan delillerin incelenmesine karar verilmesi durumunda, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle, üçüncü kişilere delillerin getirilmesi için, gerekli bildirim yapılacaktır. Mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan deliller ise bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir.

Madde 200- Bu madde, 1086 sayılı Kanundaki benzer düzenlemenin geliştirilmiş hâlidir. 1086 sayılı Kanunda delilden vazgeçmeye ilişkin hüküm, senetlere ilişkin olarak düzenlenmişti ve uygulama ile doktrinde bu çerçevede yorumlayan görüşler olduğu gibi aksine görüşler de mevcuttu. Bu madde ile duruma açıklık getirilerek, herhangi bir delili gösteren tarafın, bu delilden vazgeçmek istemesi durumunda, bunun ancak karşı tarafın açık izni ile mümkün olduğu belirtilmiştir.

Madde 201- Bu madde ile 1086 sayılı Kanunun farklı maddelerinde yer alan, delillerin incelenmesine ilişkin hususlar birlikte düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, doğrudanlık ilkesinin de bir sonucu olarak, delillerin davaya bakan mahkeme huzurunda ve mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada inceleneceği belirtilmiştir. Ancak, kanunun belirttiği hallerde bu ilkedan vazgeçilebilir. Zorunlu durumlarda bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir.

İkinci fıkrada, başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilmesi de mümkün olmayan delillerin, bulunduğu yerde istinabe yoluyla toplanabileceği belirtilmiştir. İstinabe yoluyla yapılacak olan işlem, delillerin toplanmasıdır. İstinabe yoluyla toplanan delillerin değerlendirilmesi, asıl davaya bakan mahkeme tarafından yapılacaktır.

Üçüncü fıkrada, istinabe yoluyla delillerin incelenmesi veya beyanların alınması sırasında, tarafların hazır bulunabilecekleri ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilecekleri vurgulanmıştır. Bu, hukukî dinlenilme hakkının da bir sonucudur. Bunun sağlanabilmesi için, taraflara, çıkartılacak davetiyede incelemenin yapılacağı tarih ve yerin belirtilmesi gerekir. Ancak, davete rağmen taraflar mahkemede hazır bulunmasalar dahi deliller incelenebilir veya beyanlar alınabilir. Zira, bu bir imkân ve hak olup zorunluluk değildir.

Madde 202- Madde 1086 sayılı Kanundaki düzenlemenin bir değişiklik yapılmaksızın sadeleştirilmiş hâlidir. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği belirtilerek kanunî istisnalar saklı tutulmuştur.

Madde 203- 1086 sayılı Kanundan farklı olarak, belge kavramına da bu Tasarıda yer verilmiştir. Belge, bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belge kavramının, hukukumuzda yeni yer alması sebebiyle ayrıca tanımı da yapılmıştır. Belge tanımlanmakla birlikte, senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınılmıştır. Bunun bir sebebi, senedin öteden beri kanunda yer alması, bu konuda doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddüdün mevcut olmamasıdır. Ayrıca, senedin kesin delil olarak kabulü sebebiyle, yapılacak bir tanım, bazı sınırlamaları da içereceğinden, ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak bakımından tanımı yapılmamıştır.

Belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir. Böylece bu Tasarıda yer alan kavram konusundaki tereddütlerin ortadan kaldırılması ve senet kavramı ile karıştırılmaması mümkün olacaktır. Maddede verilen tanıma göre, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belgedir. Belgenin tanımı yapılırken, hukuk sistemimiz içinde bütünlüğün korunması ve aynı kavramın farklı şekillerde anlaşılması için, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "Tanımlar" başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde yer alan belge tanımından da yararlanılmıştır.

Maddedeki belge tanımında, iki unsur önemlidir. Belge bir "bilgi taşıyıcısı"dır. Ancak, her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olanlar, yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır. Tanımda belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmı örnek olarak sayılmış olmakla beraber, tüm belgeler bu sayılanlardan ibaret değildir. Ancak, sayılan bilgi taşıyıcıları farklı niteliklere sahip olanlardan en tipikleridir. Örneğin, sadece yazılı ve basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plân vesaire belge olarak sayılmış, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya film de ayrıca belirtilmiştir. Görüntü ya da ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Görüldüğü üzere, farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir tanımlama yapılmıştır.

Bu maddede belge tanımlanmakla yetinilmiş, belgenin türüne göre delil kuvveti takip eden maddelerde düzenlenmiştir.

Madde 204- Maddede 1086 sayılı Kanundaki senetle ispat kuralı aynen kabul edilmiştir. İspat sisteminde temel değişiklik yapılmadığı için, bu sistem içinde önemli bir hüküm olan senetle ispat kuralı da aynen muhafaza edilmiş, sadece senetle ispat kuralı için parasal sınır değiştirilmiştir.

1086 sayılı Kanunun 289 uncu maddesi hükmü, senetle ispat kuralının dışına çıkılarak, tanıkla ispata imkân tanıyan bir düzenlemeyi içermektedir. Ancak bu maddenin içeriği, senetle ispat kuralı ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle, maddenin ikinci fıkrası olarak düzenlenmesi uygun bulunmuştur.

Madde 205- Maddede 1086 sayılı Kanunda senede karşı senetle ispat kuralı (veya tanıkla ispat yasağı) hakkındaki hükümler bazı ifade değişiklikleri ile kabul edilmiştir. Senede karşı

ileri sürülen hukukî işlemlerin değeri senetle ispat kuralına ilişkin miktardan daha az olsa bile yine senetle ispat edilmelidir.

Madde 206- Madde, senetle ispat kuralının istisnalarından biri kabul edilen, delil başlangıcının bulunmasını düzenlemektedir. Bu konuda 1086 sayılı Kanundaki düzenleme esas alınmıştır. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında, 1086 sayılı Kanunun 292 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "vukuuna delalet eden" ifadesi yerine, hem Türk uygulama ve öğretisinde hem de mukayeseli hukukta genellikle benimsenen anlayışa uygun olarak, "muhtemel gösteren" ifadesi kullanılmıştır. Öte yandan, haberleşmenin önemli bir türünü oluşturan faks mesajlarının delil değerini, delil başlangıcı olarak benimseyen içtihatlarla uyum sağlanması amacıyla, "verilmiş" sözcüğünün yanına "gönderilmiş" sözcüğünün de ilâve edilmesi kabul edilmiştir. Böylece, faks mesajı ve bu konudaki benzer yollarla

göndermenin, bir belgenin verilir verilmemesi sayılmasına ilişkin tereddüt ve tartışmaların önüne geçilebilecek, teknik araçlarla gönderilen belgeler de delil başlangıcı sayılabilecektir.

Madde 207- 1086 sayılı Kanunun 293 ve 294 üncü maddelerinde, iki ayrı madde hâlinde düzenlenen, senetle ispat zorunluluğunun istisnasını oluşturan maddî ve maneî imkânsızlık hâlleri tek maddede birleştirilerek sistematik bütünlük sağlanmıştır. Maddenin içeriğinde 1086 sayılı Kanunda yer alan bir bent çıkartılarak yeni bir bent de eklenmiştir. Bunun dışında, Türk Medenî Kanununda kullanılan kavramlar ve terimler esas alınarak maddedeki terimler güncelleştirilmiştir. Ayrıca, bentlerin sıralanmasında mantıkî bir silsile izlenmiştir.

Bu düzenlemede yer verilmeyen bent, tazminat sonucunu doğuran fiillerin tanıkla ispat edileceği hususudur. Zira, haksız fiiller hukukî işlem olmadığından, hukukî fiillerin ise zaten tanıkla ispatı mümkün olduğundan böyle bir bendin yer alması fazladan bir düzenlemedir. Senetle ispat kuralı konusundaki sınırlama sadece hukukî işlemler içindir, hukukî fiilleri kapsamamaktadır.

Maddede yeni yer alan bent ise hukukî işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddialarının tanıkla ispat edileceği hususudur. Bu durum, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kabul edilen bir husustur. Senedin veya hukukî işlemin tarafı olmayanlar için (o konuda tarafa halef olarak hareket etmiyorlarsa), senetle ispat kuralı geçerli değildir. Muvazaa iddiasında bulunan üçüncü kişi, işlemin dışında kaldığından, esasen taraflardan bu konuda kural olarak bir belge alması da mümkün değildir.

Birinci fıkranın (b) bendi, 1086 sayılı Kanundaki ifadeye göre biraz daha geniş tutulmuştur. Bu yönde yerleşik yargı kararlarının da mevcut olduğu dikkate alınarak, özellikle hayatın olağan akışı çerçevesinde, senede bağlanması teamülden olmayan işlemlerde tanıkla ispatın mümkün olması amaçlanmıştır. 1086 sayılı Kanunun 293 üncü maddesinin (4) numaralı bendinde yer alan "senede raptı müteamil olmayan muameleler" ifadesi yerine, doktrinde de kabul edilen şekilde "senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler" ifadesine yer verilmiştir.

Birinci fıkranın (e) bendi, 1086 sayılı Kanunda ayrı bir madde iken, burada bent olarak düzenlenerek konu bütünlüğü korunmaya çalışılmıştır. Bir senedin, sahibi elinde iken beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle ya da tevdi edildiği resmî makamda kaybolması durumunda tanık dinlenmesinin mümkün olacağı açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmiştir.

Madde 208- Maddede resmî senetlerin ispat gücü, açık ve yalın şekilde düzenlenmiştir. Madde metninde 1086 sayılı Kanundaki hükme göre esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak konunun daha anlaşılır olması için, ilgililerin beyanına dayanılarak noter senetlerine geçirilen kayıtlarla, diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgelerin, aksi sabit oluncaya kadar kesin delil sayılacağı hususu, ilâmlar ve düzenleme şeklindeki noter senetlerinden farklı olarak ayrı bir fıkra hâlinde düzenlenmiştir.

Bu maddede resmî belgeler düzenlendiği için, maddede belirtilmemekle birlikte, ilâmlar ile veya noterde düzenleme şeklinde yapılan senet kuvvetinde sayılan belgelerin de, bu madde kapsamında kabul edilmesi gerekir. Örneğin: Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, resmî vasiyetname düzenlenmesi ve tereke tespiti gibi resmî belgeler de resmî senet kuvvetine sahiptir.

Madde 209- Madde ile, 1086 sayılı Kanunda yer alan adî senetler ile elektronik imzalı belgelerin ispat gücü hakkındaki düzenlemenin özünde bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte günümüz Türkçesine uyarlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasına göre, adî senetler, mahkeme huzurunda ikrar edilmişse (inkâr edilmemişse), aksi ispat edilmedikçe kesin delil olarak kabul edilecektir. Bu açıdan hükmün, 1086 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı bir yanı bulunmamaktadır.

İkinci fıkra ile, güvenli elektronik imzalı belgeler, adî senet niteliğinde kabul edilmiştir. 1086 sayılı Kanunda 5070 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle medenî yargılama hukukumuzda giren elektronik imzalı belgelerin, delil gücü konusundaki tereddüdün, bu düzenlemeyle ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak, elektronik imzalı belgelerden sadece, güvenli elektronik imza ile

oluşturulanlar adî senet kuvvetinde sayılmış, diğer elektronik belgeler ya da güvenli elektronik imza dışında imzalanarak oluşturulmuş elektronik belgeler adî senet olarak kabul edilmemiştir.

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler için doğrudan adî senettir ifadesi yerine, adî senet hükmündedir ifadesi tercih edilmiştir. Zira, güvenli elektronik imza, dar ve teknik anlamda adî senet değildir. Bu tür belgelerin oluşturulması ve ibrazı adî senetlerden farklılık gösterdiği gibi, inkârı hâlinde uygulanacak hükümler de farklıdır. Bu sebeple, adî senetle aynı ispat gücüne sahip olmakla birlikte, doğrudan adî senet olarak kabulü doğru görülmemiştir. Nitekim, adî senetlerin inkârı ile elektronik belgelerin inkârı hâlinde uygulanacak usul ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada, hâkime bir yetki verilmiştir. Elektronik imzalı belgelerin güvenli elektronik imza ile oluşturulup oluşturulmadığını hâkim kendiliğinden inceleyecektir. Zira, bir elektronik belge, ancak güvenli elektronik imza ile oluşturulması hâlinde adî senet kuvvetinde delil olma niteliğine sahiptir. Bu fıkraya, ispat ve delillere ilişkin genel hükümler içinde yer alan, bir delilin geçerli ve caiz bir delil olup olmadığını inceleme yetkisinin mahkemede olmasının bir sonucu olarak yer verilmiştir.

Madde 210- Madde 1086 sayılı Kanundaki muadil hükümden hem sistematik hem de içerik olarak farklı düzenlenmiştir. Öncelikle, imza atamayanların senet düzenlerken durumunu belirleyen genel bir hüküm hâline getirilmiştir.

Birinci fıkrada, imza atamayan veya imza atmaya muktedir olmayan kimselerin, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle işlem yapabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak, bu şekilde mühür, alet ya da parmak izi kullanarak yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlı kılınmıştır. 1086 sayılı Kanundaki ihtiyar heyeti ve iki tanık huzurunda işlemin yapılması usulü kaldırılmıştır. İmza atamayanların, hukukî işlemlerinin sonuçları konusunda aydınlatılmalarını ve bu şekilde işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapmalarını sağlamak amacıyla, belgenin, noterde düzenleme biçiminde oluşturulması kabul edilmiştir. Özellikle, noterlerin hukukçu olmaları sebebiyle, hukukî işlem yapma konusundaki bilgi ve tecrübeleri ile imza atamayan kimseleri de gereği gibi bilgilendirmeleri sonucu hukukî işlemler daha güvenli bir şekilde yapılmış olacaktır. Noterlerin, hemen hemen ülkenin her yerinde bulunduğu ve onlara ulaşmanın bugün çok kolaylaştığı düşünüldüğünde, işlem yapacak kimseler bakımından, bu yeni düzenleme, ayrıca bir zorluk yaratmayacaktır.

İkinci fıkrada, imza atamayan kimselerin cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla (Örneğin: Bankalar) olan işlemleri düzenlenmiştir. Bu işlemlerde kolaylık sağlamak amacıyla birinci fıkradaki işlemin her seferinde tekrarlanmaması için bu fıkra kabul edilmiştir. Bu tür kuruluşlarla olan işlemlerde, kullanacakları mühür, imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli kabul edilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, noter tarafından düzenlenecek belgeler dolayısıyla, ilgilinin sıkıntıya düşmemesini temin ve onu zora koşmamak için, noterin, harç, vergi ve değerli kağıt bedeli adı altında herhangi bir ödeme yapılmasını talep edemeyeceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Madde 211- Maddeyle, senedin güvenilirliğinde tereddüt doğuracak şekilde çıkıntı, kazıntı veya silintinin var olması hâlinde, geçerliliğine ilişkin hüküm gösterilmiştir. 1086 sayılı Kanununun 298 inci maddesi hükmü daha açık ve net bir hâle getirilmiştir. Burada özellikle belirtilmesi gereken husus, kazıntı veya silinti bulunması hâlinde, kazıntı veya silinti ile ortadan kaldırılan senet kısmının dikkate alınması gerektiğidir.

Madde 212- Madde ile 1086 sayılı Kanununun 308, 310 ve 314 üncü maddelerindeki konu ile ilgili farklı hükümler tek bir maddede düzenlenmiştir. Dağınık hükümlerin bulunması nedeniyle ortaya çıkan tereddütler kaldırılmış, sistematik bütünlüğün sağlanması amaçlanmış ve böylece sahtelik iddiasının ileri sürülme şekli netleştirilmiştir. Maddenin kenar başlığında "Yazı veya imza inkârı" ibaresi birlikte kullanılmıştır. Her iki husus uygulamada sahtelik iddiası olarak adlandırılan durumu ifade etmektedir.

Birinci fıkrada, tarafların kendilerine izafe edilen bir belgedeki yazı veya imza konusunda inkârları söz konusu ise bunu sahtelik iddiası şeklinde ileri sürmeleri aranmış, aksi hâlde belgenin aleyhlerine delil olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Belgelerin delil olarak önemi açıktır. Yargılamada delil olarak kullanılan bir belge hakkında tarafların sahtelik iddiası söz konusu değilse, kanunda öngörülen hâller dışında kural olarak doğruluğunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu sebeple yazı veya imza inkârında bulunan tarafın bunu açık bir sahtelik iddiası ile ileri sürmesi gereklidir.

İkinci fıkra ile sahteliği iddia edilen belgenin, korunması için mahkemece yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Sahtelik iddia edildiğinde, bu iddianın sağlıklı incelenebilmesi için, belgenin o anki durumunun korunması gereklidir. Bunun için, sahtelik iddiası hâlinde, belgenin

mahkemeye verildiği tarih yazılıp mühürlenerek, saklanması için mahkemece uygun görülen tedbirler alınacaktır.

Üçüncü fıkrada, sahtelik iddiasının incelenme usulü düzenlenmiştir. Sahtelik iddiası adf senetlerde ara sorun veya ayrı bir dava şeklinde, resmî senetlerde kural olarak ayrı bir dava olarak açılıp incelenecektir. Hukuk mahkemesince, belgenin sahte olmadığına kesin olarak karar verilirse, bu belge konusunda ceza mahkemesince de inceleme yapılmayacağı kabul edilerek, çelişkili kararların ve aynı hususların tekrar incelenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Senedin sahteliğine karar verilmesi hâlinde ise ceza hukukundaki kriterlerin ayrıca dikkate alınması gerekir.

Dördüncü fıkrada, resmî senetlerdeki yazı veya imza inkârının nasıl ileri sürüleceği açıkça düzenlenmiştir. Resmî senetlerde sahtelik iddiası söz konusu olduğunda, bu iddianın nasıl ileri sürüleceği ve inceleneceği uygulamada tereddüt doğurabilmektedir. Bu konudaki tereddütleri tamamen ortadan kaldırmak amacıyla, resmî senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiasını, ancak ilgili evraka resmîyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada ileri sürmesi kabul edilmiştir. Zira, (resmî senedin düzenlenmesinden sonra, resmî senede benzetilerek sahte belge tanzimi dışında), evraka resmîyet kazandıran kişi dahil olmadan bir resmî senette sahtelik yapılması kural olarak mümkün değildir. Sahtelik iddiasının sadece karşı tarafa ya da sadece evrakı düzenleyene yöneltilmesi veya bunlara karşı farklı zamanlarda ayrı davaların açılması çelişik kararların ortaya çıkmasına sebep olabilecek, resmî senedin niteliği ile bağdaşmayan bir durumla karşı karşıya kalınabilecektir. Ayrıca, sadece karşı tarafa veya sadece evrakı düzenleyene dava açılması, bu yolun kötüye kullanılarak yargılamaların uzatılması sonucunu doğurabilecektir. Resmî senetlerin güvenilirliği de dikkate alındığında, bu konudaki iddianın, evrakı düzenleyene de yöneltilerek bir an önce aydınlatılması önem taşımaktadır. Mevcut dava içinde de böyle bir sahtelik iddiasının karara bağlanması mümkün değildir. Zira, mevcut davanın tarafları dışında, evrakı düzenleyen de asıl uyuşmazlıkla ilgisi olmadığı hâlde taraf gösterilerek, dava içinde tarafları farklı yeni bir davanın görülmesi şeklinde bir usul, yargılama hukukumuzda mümkün değildir. Belirtilen sebeplerle, resmî senetlerdeki sahtelik iddiasının, evrakı düzenleyen ve senetten lehine sonuç çıkarana karşı açılacak ayrı bir davada görülerek, karara bağlanması düzenlenmiştir. Sahtelik iddiasını ileri süren taraf, bu şekilde ayrı bir dava açmıyorsa, yargılamanın uzamaması ve bu imkânın kötüye kullanılmaması için, asıl davaya bakan hâkimin, gerekirse bu konuda yazı veya imzayı inkâr eden tarafa, dava açması için onbeş günlük kesin bir süre vermesi de maddede ayrıca düzenlenmiştir.

Madde 213 - Maddede yazı veya imza inkârının sonucu, 1086 sayılı Kanundaki prensipler korunarak, ancak daha açık şekilde, adf senetlerle resmî senetler için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, adf bir senette yazı ve imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar o senedin bir işleme esas alınmayacağı kuralı tekrarlanmıştır.

İkinci fıkrada resmî senetlerdeki yazı ve imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olunca, bu senedin herhangi bir işleme esas alınmayacağı hususu düzenlenmiştir. Resmî senedin güven uyandırmasının bir sonucu olarak, resmî senetler sahteliği iddia edilince değil, ancak bir mahkeme kararıyla sabit olunca herhangi bir işleme esas alınamazlar. Adf senetlerle resmî senetler arasındaki bu önemli fark, fıkrada bir kez daha vurgulanmıştır.

Üçüncü fıkrada senede dayanılarak verilmiş olan ihtiyatî tedbir, o senet hakkındaki sahtelik iddiasından etkilenmez ve gerektiğinde senet sahibi haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebilir. Bu fıkra daha önce 1086 sayılı Kanundaki düzenlemenin paraleli niteliğindedir. Sahtelik iddiası, o senet hakkında daha önce verilmiş tedbiri etkilemeyecek, hatta yeni tedbirlerin alınması mümkün olabilecektir.

Madde 214 - Güvenli elektronik imzayla oluşturulan verinin inkârı hâlinde, bu iddianın incelenmesi, diğer belgelerdeki sahtelik incelemesinden farklılık gösterecektir. Zira, güvenli elektronik imzayla oluşturulan verinin doğruluğu konusundaki tereddüdün giderilmesi, ancak teknik bir incelemeyle mümkündür. Bu sebeple, güvenli elektronik imzalar konusundaki iddialar, konunun uzmanı bilirkişilerin yapacağı inceleme ile açıklığa kavuşturulabilir. Ancak, bu inceleme yapılmadan önce, inkârda bulunan tarafın dinlenmesi uygun bulunmuştur. İnkâr eden tarafın yapacağı açıklama mahkemede bir kanaat uyandırırca, bilirkişi incelemesine başvurulmaz; tarafın dinlenmesinden sonra da kanaat oluşmazsa, bu takdirde bilirkişi incelemesine başvurulması zorunludur.

Madde 215- 1086 sayılı Kanununun 308, 309 ve 316 ncı maddelerinde yer alan sahtelik incelemesi, tek maddede sistematik olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yapılmasında, yerleşik yargı kararları ile doktrindeki görüşler de dikkate alınmıştır.

Bir belge hakkında sahtelik iddiası söz konusu olduğunda, öncelikle karşı tarafın bu konudaki açıklamaları da dikkate alınacaktır. Zira sahtelik iddiası konusunda sadece bir tarafın açıklamaları dikkate alınarak değerlendirme yapılması, tarafların eşitliği ilkesine ve hukukî dinlenilme hakkına aykırı olacaktır.

Sahtelik iddiası üzerine, hâkim önce, inkâr eden tarafı isticvap edecektir. İsticvap için çıkartılan davetiyede, çağrılan tarafa, belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde inkâr etmiş olduğu belgedeki yazı ya da imzayı ikrar etmiş sayılacağı belirtilir. İsticvaba rağmen bir kanaate ulaşılamazsa, imza inkârında bulunan kişiye, yazı yazdırılıp imza atılarak yazı ve imza örneği alınacaktır. Alınan yazı ve imza örneği ile bu konudaki diğer delilleri hâkim birlikte değerlendirecektir. Bu değerlendirme sonucu, bir kanaate varılabilecek durumdaysa, hâkim senedin sahteliği hakkında bir karar verecek ve bunun da gerekçesini belirtecektir.

Yukarıdaki usule rağmen hâkimde sahtelik konusunda yine kesin bir kanaat uyanmazsa, bilirkişi incelemesine karar verecektir. Ancak bu incelemeden önce, zaman kaybetmemek için, mevcutsa, inkârda bulunan tarafa ait karşılaştırmaya elverişli yazı ve imzalar, ilgili yerlerden getirilmelidir. Bilirkişi incelemesinde, bu yazı ve imzalarla mahkemece elde edilen yazı ve imzalar esas alınır. Bilirkişi, inceleme için gerekli görürse, kendi huzurunda tarafın yeniden yazı yazması veya imza atmasını mahkemeden talep edebilir.

Sahtelik incelemesi ile ilgili 1086 sayılı Kanunda yer alan tanık dinlenmesi, yeni düzenlemede kabul edilmemiştir.

Madde 216- Maddede bir senedin sahte olduğuna dair kararın kesinleşmesinden sonra senedin iptal olunacağı düzenlenmiştir. Resmî senedin sahte olduğunun anlaşılması hâlinde, kamu güvenliği açısından bunun senet aslında belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu sebeple 1086 sayılı Kanundaki düzenleme korunmuştur.

Madde 217- Maddede haksız yere sahtelik iddiasına ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanunda da bu konuda hüküm bulunmakla birlikte, farklı hükümlerdeki düzenlemeler tek maddede toplanmış ve yaptırımların caydırıcılığının artırılması amaçlanmıştır.

Birinci fıkrada, sahtelik iddiasında haksız çıkan tarafa karşı yaptırım uygulanabilmesi için, kötünietli olma şartı aranmıştır. Böylece haklı sayılabilecek sahtelik iddialarına engel olunmayarak, hak arama özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır. Sahtelik iddiasında haksız çıkan taraf kötünietli ise ertelenen her duruşma sebebiyle celse harcına; ayrıca yüz Türk Lirasından az olmayacak şekilde sahtelik konusu senetteki miktar ve değerin, belirli bir oranında tazminata mahkum edilmesi kabul edilmiştir. Celse harcı terimi Harçlar Kanunu esas alınarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile gerek

harç gerekse tazminat bakımından belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Harç ve tazminata karar vermek için talep aranmamıştır. Mahkeme kendiliğinden bu miktarlara hükmedecektir. Fıkarda iki taraf için farklı miktar ve oranlar kabul edilmeyerek kötünietli taraflar arasındaki yaptırım dengesi korunmuştur.

İkinci fıkrada, gösterilen kural uyarınca, resmî senetlere olan güvenin korunması için, adı senetlerde kabul edilen miktar ve oranlar iki katı olarak uygulanacaktır.

Tarafları haksız sahtelik iddialarından vazgeçmeye teşvik, böylece yargılamanın uzamasının önüne geçmek için, üçüncü fıkra hükmü kabul edilmiştir. Böyle bir durumda, hâkim, olayın özelliğini ve vazgeçme aşamasını dikkate alarak tazminatta indirim yapabileceği gibi tamamen kaldıracabilecektir. Bununla birlikte harç her hâlde alınacaktır. Ancak, tazminattaki bu indirimin uygulanabilmesi için, sahtelik incelemesinde bilirkişi aşamasına gelinmemiş olmalıdır. Zira, bilirkişi aşamasından sonra ortaya çıkacak vazgeçme samimi olmayacağı gibi, yargılamada herhangi bir süre kazanmaya da yol açmayacaktır.

Madde 218- 1086 sayılı Kanunda ayrı maddelerde düzenlenen, sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirine etkisi, tek maddede düzenlenmiştir. Bunun dışında 1086 sayılı Kanundaki düzenleme, günümüz Türkçesine uyarlanmıştır.

Madde 219- 1086 sayılı Kanunda sadece özel belgelerin halefler aleyhine kullanılması düzenlenmişti. Hüküm sadece özel belgelerin halefleri bağlaması şeklinde değil, tüm belgeleri kapsayacak şekilde genelleştirilmiş; ayrıca sadeleştirilmiştir. Burada senet yerine belge terimi özellikle kullanılmıştır. Bir belge senet niteliğinde olsun olmasın haleflerini bağlayacağından ve bu Tasarıda belge terimi kanunî bir terim olarak kabul edildiğinden, senet yerine belge tercih edilmiştir.

Madde 220- 1086 sayılı Kanununun 321 ve 322 nci maddelerinde düzenlenmiş olan, belge aslının istenmesi ve geri verilmesi hususu, birbiriyle bağlantı kurularak tek maddede sadeleştirilerek birleştirilmiştir.

Birinci fıkra uyarınca, belgenin sadece örneğinin mahkemeye sunulduğu durumlarda, mahkeme talep üzerine ya da kendiliğinden aslını isteyebilir. Özellikle tereddütlü olan belge aslının görülmesi ve incelenmesi gereken durumlarda belgenin örneği ile yetinilemez, aslının verilmesi gerekir.

İkinci fıkrada, belgenin istenmesi durumunda tarafların, üçüncü kişilerin veya resmî makamların, belge aslını vermek zorunda olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada, belge aslının verilmesi durumunda, mahkemece belgenin korunması için gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilmiştir. Mahkeme, istendiğinde tekrar verilmek üzere belgeyi veren kişi ya da makama, geri verebilir.

Dördüncü fıkra, üçüncü fıkrayla bağlantılı özel bir durumu düzenlemektedir. Taraflardan biri, aslını verdiği belgenin kendisine geri verilmesini isteyebilir. Ancak, tarafların verdikleri belgelerin asıllarının geri istenmesi durumunda, mahkeme mutlaka bu talebi yerine getirmek zorunda değildir; mahkeme belge aslının geri verilip verilmeyeceğini duruma göre takdir edecektir. Şayet belge aslı geri verilmişse, bu durumda, mahkeme mührü ile mühürlü ve yazı işleri müdürünün imzasını taşıyan onaylı bir örneği dosyaya konulmalıdır. Tarafa verilen aslın kaybolması hâlinde delil olarak bu örnek kullanılacaktır.

Madde 221- Madde, 1086 sayılı Kanundaki 311 inci maddenin yeniden düzenlenmiş hâlidir. Bir kişi ya da kurumun elindeki belgenin aslını mahkemeye teslimi gereken durumlarda, belgeyi teslim edenin bulunduğu ya da belgenin teslim edileceği yerdeki asliye mahkemesine bir örneği tasdik ettirilerek, aslı belgeyi isteyen mahkemeye gönderilecek veya teslim edilecektir. Burada yeni olan husus, belgenin aslını tasdik edecek mahkemenin asliye mahkemesi olduğudur. Bu düzenleme ile, görevli mahkeme konusundaki tereddüt ortadan kaldırılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, mahkemece tasdik edilen örneğin aslı gibi hüküm ifade edeceği de açıkça belirtilmiştir.

1086 sayılı Kanunun 324 üncü maddesinde belirtilen, resmî kurumlar elinde bulunan senetler de, bu madde kapsamında olduğundan, söz konusu 324 üncü maddeye ilişkin hükme bu Tasarıda yer verilmemiştir.

Madde 222- Madde, 1086 sayılı Kanunun 323 üncü maddesinin yeniden düzenlenmiş hâlidir. Ayrıca bu hüküm, ispat ve delillere ilişkin genel kısımdaki konuyla ilgili düzenlemeyle de doğrudan bağlantılıdır. Ancak genel hükümlerde tüm delilleri kapsayacak nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Burada ise özellikle belgeler bakımından durumun özelliği dikkate alınmıştır.

Birinci fıkra hükmüne göre mahkemeye getirilmesi zor ve sakıncalı belgeler ancak yerinde incelenecektir. Özel bir ortamda korunması gereken ya da taşınması güç olan belgelerle, bulunduğu yerden çıkartılmasında sakınca bulunan belgelerin de delil olarak gösterilmesi mümkündür. Bu tür belgeler delil olarak gösterilip, uyuşmazlığın çözümüne etkisi olacağına karar verildiği takdirde mahkemece incelenip değerlendirilmelidir. Zira, mahkemece değerlendirilmeyen ve tarafların bilgisine sunulmayan hiçbir delil veya belge hükme esas alınamaz. Aksinin kabulü, hukukî dinlenilme hakkına ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır. Bu sebeple belgenin delil olarak kullanılması ile belgenin korunması arasındaki denge gözetilerek, belgenin yerinde incelenmesi mümkün kılınmıştır. Böyle bir inceleme, hâkim ya da görevlendireceği bilirkişi tarafından gerçekleştirilecektir. Bu durumda mahkemeye gönderilen belge örneği ile yerinde bulunan aslı karşılaştırılacaktır. İnceleme sonunda bir tutanak düzenlenecek, gerekli görülürse, uygun teknik araçlar kullanılarak belge aslı da kaydedilecektir.

İkinci fıkra uyarınca, yukarıda belirtilen sebeplerle, davanın delili olan bir belgenin mahkemece incelenmesi ve değerlendirilmesi önemlidir. Mahkemece böyle bir belgenin delil olarak kullanılmasına karar verildikten sonra, belge aslının yerinde incelenmesine, mahkemece kabul edilecek haklı bir sebep gösterilmeden karşı konulursa, zor kullanılmasına karar verilebileceği gibi, engel olanların da bu konudaki giderlere ve para cezasına mahkum

edilmesi söz konusu olacaktır. Böylece, hükmün tam olarak uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Madde 223- Madde, 1086 sayılı Kanunun aynı konuyu düzenleyen 326 ncı maddesi hükmünden hem şekil hem içerik yönünden farklıdır.

1086 sayılı Kanunda, önce genel olarak tarafların ellerindeki belgeleri ibraz edecekleri düzenlenmiş, daha sonra dört bent hâlinde konuyla ilgili hangi belgelerin ayrıca ibraz edileceği belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında bu sayma yerine, tüm belgeleri kapsayıcı genel bir düzenleme yapılması uygun görülmüştür. Şöyle ki: 1086 sayılı Kanunda, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu gereğince ibrazı zorunlu olan belgelerin yanında diğerlerinin de ibrazı gerektiği belirtilmiştir. Yeni düzenlemede buna yer verilmemiştir. Çünkü, öncelikle belgeyi ibraz zorunluluğu bu iki kanun dışında da söz konusu olabilir, bu sebeple ifade sınırlayıcıdır. Zaten bir kanunda özel olarak belge ibrazı zorunluluğu düzenlenmişse, bunu tekrar belirtmek gereksizdir. Böylece, tek tek sayılıp ihtimal dışı kalabilecek durumlar da bertaraf edilmiştir.

Fıkranın ikinci cümlesinde, elektronik belgelerin nasıl ibraz edileceği ayrıca belirtilmiştir. Zira, elektronik belgelerin ibrazı diğer belgelerin ibrazından farklıdır. Bu sebeple, elektronik belgenin kağıt üzerine çıktısı alınarak ve talep edildiğinde de incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydı yapılmak suretiyle mahkemeye ibrazı gereklidir. İncelemeye elverişli şeklin ne olduğu, o günkü teknik imkânlarla uygun olarak tespit edilecektir. Burada ibraz edilecek elektronik belgenin, güvenli veya basit elektronik imza ile imzalanmış olup olmaması önemsizdir. Güvenli elektronik imza ile imzalanmamış ya da hiç elektronik imza taşımayan bir elektronik belgenin de delil olarak ibrazı gerekebilir. Belgenin ibrazı ile onun delil değeri ayrı değerlendirildiğinden böyle bir ayrıma gidilmemiştir.

İkinci fıkrada ise bazı belgelerin tamamının değil, sadece belirli bölümlerinin delil olarak kullanılmasının söz konusu olabileceği ihtimali düzenlenmiştir. Özellikle ticarî defterler gibi hacimli belgelerin sadece belirli bir sayfası ya da bölümü uyuşmazlıkla ilgili olabilir. Bu durumda sürekli kullanılan bu tür belgelerin tamamının ibrazını istemek, hem ibraz eden taraf için bazı zorluklar ortaya çıkarabilecek, hem de uyuşmazlık dışındaki bölümlerinin ibrazı sebebiyle mahkeme dosyasında gereksiz yer işgal edecektir.

Madde 224- Maddede, 1086 sayılı Kanunun 330, 331 ve 332 nci maddelerinde yer alan ve tarafların ellerindeki belgeleri ibraz etmemeleri hâlinde uygulanacak usulle, bunun sonuçlarını gösteren hususlar tek maddede düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, daha basit bir düzenleme yapılmış ve belgeyi ibrazdan kaçınma hâlinde uygulanacak usulle, ibraz etmemenin sonuçları birbiriyle bağlantısı tam kurularak yeniden düzenlenmiştir. Tarafın belgeyi ibraz etmemesinin sonuçlarıyla ilgili 1086 sayılı Kanunun 331 inci maddesindeki "hasmının istimaline imkan vermemek kastıyla izaa veya imha veyahut ihfa etmediğine" ifadesine yer verilmemiştir. Çünkü, böyle bir durumda Tasarının "Yemine konu olamayacak vakıalar"a ilişkin 229 uncu maddesinin (c) bendindeki ceza soruşturması ya da kovuşturmasıyla karşı karşıya bırakacak hâller ortaya çıkabilecektir. Zira, Türk Ceza Kanununun 208 inci maddesinde "özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek" suç olarak kabul edilmiştir. Bu çelişkiye sebebiyet vermemek için belirtilen ifadenin karşılığına maddede yer verilmemiştir.

Madde 225- "Tarafların belgeyi ibraz etmemesi" başlıklı 224 üncü maddede tarafların belge ibrazından kaçınma hâli düzenlenmiştir. Bu maddede de, bir önceki madde hükmüne paralel olarak, üçüncü kişilerin elindeki belgenin ibrazı söz konusu olduğunda, bundan kaçınmanın

sonuçları düzenlenmiştir. Üçüncü kişilerin, ellerindeki belgeleri ibraz konusunda zorunluluklarının bulunduğu açık şekilde vurgulanmıştır. Üçüncü kişi istenen belgeyi ibrazdan kaçınırsa, bunun sebebini, delilleri ile açıklaması öngörülmüştür. Mahkeme bu açıklamayı yeterli görmediği takdirde, üçüncü kişiyi bu konuda tanık olarak dinleyebilecektir. Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre belgeyi ibrazdan ve bu tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz ve bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Madde 226- Maddede, delillerin taraflarca getirilmesi ve ibraz ilkesinin bir sonucu olarak 1086 sayılı Kanunun 325 inci maddesinde olduğu gibi, yabancı dille yazılmış belgelerin ibraz şekli düzenlenmiştir.

Madde 227- Madde, konu ile ilgili 1086 sayılı Kanunun 296 ncı maddesi hükmünün günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklindedir.

Birinci fıkraya göre, yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye'de de resmî senet olarak kabulü için, belgenin verildiği devletin yetkili makamı ya da ilgili Türk konsoloslugu tarafından belgeye onay şerhi verilmesi gereklidir. Onay şerhinin nasıl verileceği ayrıca düzenlenmemiş, bu konu ilgili ülkenin iç mevzuatına ve uluslararası sözleşmelere bırakılmıştır. Onay şerhinin geçerli olup olmadığı bu düzenlemeler dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Kural olarak özel hükümlere atıf yapılmasından kaçınılmasına rağmen, ikinci fıkrada milletlerarası sözleşmelere bilinçli bir şekilde atıf yapılmıştır. Zira, milletlerarası sözleşmelerde yer alan yabancı resmî belgelerin tasdikiyle ilgili hükümler iç hukukta da uygulama alanı bulmaktadır. Bu konudaki hükümler arasında çelişkiye yol açılmaması amacıyla özel olarak vurgu yapılmıştır.

Madde 228- Madde, 1086 sayılı Kanunun 345 inci maddesinin karşılığıdır. 1086 sayılı Kanunun mehzazına uygun bir biçimde "fiil" sözcüğü yerine "vakıa" sözcüğü kullanılarak yeminin konusu açıklanmakta, bunun davanın çözümüne ilişkin vakıalar olacağı belirtilmekte, bir kimsenin bir hususu bilmesinin onun kendisinden kaynaklanan vakıa olduğu hükme bağlanmaktadır.

Madde 229- 1086 sayılı Kanunun yemin teklif olunamayacak konuları belirlediği 346 ve 352 nci maddelerindeki hükümler, bu maddede yer almaktadır. Aynı konuya ait ve re'sen teklif olunan yemine ilişkin düzenleme bu Tasarıya alınmadığı için 357 nci madde hükmüne yer verilmemiştir.

Madde 230- 1086 sayılı Kanunun 354 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm aynen kabul edilmiştir. Ancak ikinci fıkra ile, başka delili de olduğu hâlde onlar tam olarak toplanıp değerlendirilmeden yemin teklif edilmesi durumunda, karşı taraf lehine doğan usulî kazanılmış hak gözetilerek, ortaya çıkan karışıklığa açıklık getirilmiştir. Bu hüküm gereğince yemin teklif olunan kimse yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten veya yemini iade ettikten sonra diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez.

Madde 231- Maddede 1086 sayılı Kanunun 337 nci maddesinde olduğu gibi yemin davetiyesi düzenlenmektedir. 1086 sayılı Kanunda kendisine yemin teklif edilen kişinin "bana bu konuda yemin teklif eden kimse, kendisi yemin etsin" biçiminde verdiği cevap olarak ortaya çıkan

hâlin "yeminin reddi" şeklinde adlandırılması, "yeminden kaçınma" ile karışıklığa yol açtığından, bu kurum "yeminin iadesi" sözleri ile ifade edilmiştir.

Madde 232- Madde 1086 sayılı Kanunun 347 nci maddesine karşılık gelmektedir. Maddede yeminden kaçınmanın, yeminin konusunu oluşturan vakıanın ikrarı niteliğinde olduğu belirlenmiştir. Öte yandan yeminin iadesi durumunda yemin teklif eden tarafın, yemini yerine getirmekten kaçınması hâlinde, yemine konu vakıanın yemin teklif eden taraf açısından ispatlanamamış sayılacağı, maddenin son fıkrasında hükme bağlanmıştır.

Madde 233- Madde 1086 sayılı Kanunun 348 inci maddesinde yer alan hükmün tekrarından ibarettir. Bu maddede, mehz kanunun tercümesinden kaynaklanan yanlış anlamaya yol açabilecek yazım, düzeltilmiştir. Yemin teklifi ile ispatına çalışılan vakıa yalnızca yemin teklif olunanın şahsından sadır olmuşsa, örneğin bir kişinin yazdığı bir mektuptaki açıklamanın teyidi isteniyorsa, o kişi bu yöndeki yemini iade edemeyecektir.

Madde 234- Madde 1086 sayılı Kanunun 338 inci maddesindeki hükme tekabül etmektedir. Gerçek kişi olan tarafın, yemin teklifi ile iadesi veya edası arasındaki dönemde ölümü ya da fiil ehliyetini kayıp etmesi hâlinde durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Ölüm veya fiil ehliyetini kayıp etme gerçek kişilere mahsus hâllerden olduğundan, madde tüzel kişi olan tarafa uygulanamaz.

Madde 235- 1086 sayılı Kanunun 353 üncü maddesinde olduğu gibi yeminin teklif olunacağı kimselerle, iade veya eda edecek kimseler gösterilmiştir.

Birinci fıkra, yeminin tarafa teklif olunabileceğini ve ancak onun tarafından iade veya reddolunabileceğini ortaya koymaktadır. Daha başka bir ifade ile, dava ve taraf ehliyeti olan veya bunların kanunî temsilcisi bulunan gerçek kişiler yemine muhatap olacaktır. Akdî temsilci olan vekil (avukat) yemini ret veya eda edemez.

Tüzel kişiler ise temsile yetkili organları tarafından davada temsil olunabilecek, yemin, tüzel kişi adına temsile yetkili organ durumunda olan gerçek kişi tarafından iade veya eda edilecektir. "Kanunî mümessil" kavramını, tüzel kişiler bakımından, istisnaları dışında organ olarak anlamak gerekir. Organların ne olduğu ve bunların yetkisi ve usul işlemlerini ne suretle yerine getirecekleri ise zaten ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Bu kanunî bir durumdur. Hem dernekler bakımından, hem ticaret şirketleri bakımından ve özellikle bu konuda en çok problem çıkan, ayrı kanunları olan bankalar bakımından, temsil ve idareye kimin yetkili olduğu kanun tarafından düzenlenmiştir. Öte yandan, özellikle teklif edilen yemini kabul ve eda etmek, aynı zamanda tüzel kişilik bakımından bir usulî işlemin yapılmasıdır. Bu usulî işlemin yapılabilmesi, tüzel kişiliği de etkileyecek ve hatta bağlayacak bir beyanda bulunması için bunun kanundan ve (eğer bu şirketse) esas mukaveleden yetki alması gerekir.

Birden çok kişinin tüzel kişiyi temsile yetkili olması ve yetkili kimselerin biri diğerinden başka beyanda bulunması hâlinde, yeminin iade edilmiş veya yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı maddî hukuk meselesi olarak çözümlenecektir.

Yetkisi olmayan bir kimsenin, her ne nam altında olursa olsun, şirketi, tüzel kişiyi bağlayacak şekilde bir beyanda bulunması tüzel kişi teorisine ve organ kavramına uygun değildir. Bir gün önce değişmiş olsa bile organ kavramından anlaşılan, yemine ait işlemin yapıldığı anda görevdeki organdır.

Görevdeki organın temsil ettiği zamanın dışında yapılmış bir işlem bakımında dahi bunda tereddüt edilmemek gerekir. Zira yemin teklif ve eda edildiği anda, temsil yetkisi olanlar da, temsil yetkisinin doğal gereği olarak, vakta hakkında bilgi sahibi olmuş bulunacaklarından, böylece "Yeminin konusu" kenar başlıklı 228 inci maddenin ikinci cümlesi şartları oluşmuş bulunacaktır.

Sınırlı ehliyetliler ise bizzat dava ehliyetine sahip oldukları hâllerde, tam ehliyetliler gibi işlem yapacaklarından, bu konularda işlem ehliyetleri de tamdır. Bu gibi kişiler bakımından ikinci fıkranın uygulanamayacağına üçüncü fıkrada açıklık getirilmiştir.

Madde 236- Madde, yeminin nasıl eda edileceğini etraflı bir biçimde açıklamaktadır. 1086 sayılı Kanundaki hüküm büyük ölçüde korunmuştur. Yeminin ancak mahkeme huzurunda herkesin duyabileceği şekilde eda olunacağı birinci fıkrada hükme bağlanmış, istisnaen gizli oturumların da yapılabileceği düşünülerek, 1086 sayılı Kanunda yer alan "alenen" sözcüğü bu düzenlemeye alınmamıştır. Yeminin, alenen yapılan oturumlarda alenen, gizli yapılan oturumlarda da gizli olarak iade veya eda edileceğinden şüphe etmemek gerekir.

Yemin davetiyesi ile bildirilen yemin konusu hakkında, doğacak tereddütlerin de derhâl giderilmesi ikinci fıkrada belirtilmiştir. Tabiidir ki hâkim sorulan soruları bu kararını da dikkate alıp yemin edecek kimseye tevcih edecek, sonra kanunda yazılı şekilde yemin fıkrasını okuyacak ve kanunda yazılı biçimde yemin eden kimsenin cevabını alacaktır.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde "yemin" kavramı; "ant, Tanrı'yı veya kutsal bilinen bir kişiyi, bir şeyi tanık göstererek bir olayı doğrulamak" şeklinde tarif edilmiştir. Başka bir ifade ile yemin, beyan edilen vakıanın (konunun) söylenen şekilde gerçekleştiğine, kutsal şeyleri tanık göstermektir. Yemin teklif eden, iddiasını ispatta aciz kalınca, karşısındakinin iç dinamiklerini kullanma yolunu seçer. Şu hâlde yemini ifade eden sözler, o dinamikleri son kertesine kadar harekete geçirecek nitelikte olmalıdır. O bakımdan iki tarafın da inançları yemin konusunda önem taşır ve her kişi için değişir. Yemin teklif olunan, inandığı kutsal şeyleri şahit gösterdiğine göre; yemin, yemin edenin inançlarına uygun olarak yerine getirilmeli ve yemin teklif eden de onun bu etki altında doğruyu söyleyeceği inancına ulaşmalıdır. Kavrama, her kesim tarafından yüklenen anlama uygun müşterek bir anlam yüklemek ve o çerçevede düzenleme yapmak, ilmi faaliyetlerin bir gereğidir. Onun içindir ki yemin fıkrasının, her kesim tarafından doğru bir şekilde ve kendi inancına uygun algılanmasını temin babında, gereken açıklık ve elastikiyeti taşımasına gayret edilmiştir. Bu kurumun sosyal gerçeklere uygun olduğu, hem davacıyı, hem de davalıyı vicdanen tatmin eden bir yönünün bulunduğu da söylenebilir. Yeminin biçimi, bütün inanç ve değerler yelpazesini kapsar biçimde "kutsal saydığınız bütün inanç ve değerleriniz" sözleri eklenerek açık bir anlatım biçimi yeğlenmiştir.

Son fıkra yeminin manevi etkisini artırmak amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununa paralel bir biçimde kabul edilmiştir.

Madde 237- Ceza Muhakemesi Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasına muvazi olarak, sağır ve dilsizlerin nasıl yemin edeceklerinin açıklanmasında yarar görülmüştür. Sağır ve dilsiz olmadığı hâlde sağır ve dilsizmiş gibi davranıp bu madde çerçevesinde eda olunan yemin dahi, yemini eda eden kişinin iradesinin açıklanması niteliğinde olduğundan, değerinden bir şey kaybetmez.

Madde 238- Madde, 1086 sayılı Kanunun 342 nci maddesine karşılıktır. Mahkemenin tüm işlemleri sırasında zabıt kâtabi hâkimle beraber bulunacağı için burada "Zabıt kâtabi de hazır

bulunur" biçiminde bir tekrara lüzum görülmemiş, ancak yeminin edası sırasında diğer tarafın da hazır bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Madde 239- Madde, 1086 sayılı Kanunun 343 üncü maddesine tekabül etmektedir. Yemin edecek kişinin, yeminin etkisini artırıcı seremoninin oluşacağı ve karşı tarafın veya vekilinin de bulunacağı hüküm mahkemesine, kural olarak gelmesinde, "Yüz yüzden utanır" darb-ı misalinde söylendiği üzere fayda umulmuştur. Ancak bu kişi mahkemenin bulunduğu ilin de dışında ise ve bulunduğu yerden görüntü ve ses nakli mümkün değilse, istisnaen ve istinabe suretiyle yemin eda ettirilecektir. Bulunduğu yerden aynı anda görüntü ve ses nakli mümkün olan yerlerde, yeminin mutlaka hüküm mahkemesi ile kurulacak görüntü ve ses nakli yolu ile yapılması öngörülmüştür. Benzer bir hüküm Federal Almanya Medeni Usul Kanununun 128/A ve 479. paragraflarında da vardır.

Madde 240- Madde, 1086 sayılı Kanunun 341 inci maddesinde yer alan hususları içermektedir. Kendisine yemin teklif olunan kimse, sorulan sorulara yemini tahtında cevap verdikten sonra, hâkimin, ancak o konu ile bağlantılı olan açıklamalar isteyebileceği, başka konular hakkında soru sormayacağı hüküm altına alınmıştır.

Madde 241- Madde, 1086 sayılı Kanunun 340 inci maddesine tekabül etmektedir. Bir hüküm değişikliği yoktur. Böylece yeminin manevî etkisi vurgulanmış, yemin eden kimseye son bir defa düşünme imkânı tanınmıştır.

Madde 242- 1086 sayılı Kanunun 349 uncu maddesinde yer aldığı gibi, yalan yere yemin edildiği iddiasının ve ceza davasının, esas dava için bekletici sorun olamayacağı hükme bağlanmıştır. Hükümde bir değişiklik yoktur. "Dava" kavramına açıklık getirilmiştir. Türk Ceza Kanunundaki düzenleme ile, "davada yalan yere yemin etmek" suçu re'sen takibi gereken suç hâline geldiği ve hukuk mahkemesinde de derdestlik sebebiyle yeni bir yalan yere yemin edildiği iddiası ile açılan tespit davası dinlenemeyeceğine göre, 1086 sayılı Kanunda gösterilen "dava" sözcüğünün amacının "ceza davası" olduğu sonucuna varılmıştır. Kaldı ki, yalan yere yemin edilip hüküm verilmesi sağlanmışsa, bu durum, yargılamanın yenilenmesi sebebi olacaktır. Başka bir ifade ile kanunî imkân tüketilmiş olmamaktadır. Böylece ve açıkça, bu hâlin bekletici sorun olamayacağı vurgulanmış, davaların bloke edilmesinin önü kapatılmıştır.

Madde 243- Maddenin birinci fıkrasında kimlerin tanık gösterilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, davanın tarafları dışında ancak üçüncü kişilerin davada tanık olarak gösterilebileceği açıkça vurgulanmıştır.

Tanık deliline ancak davanın tarafları başvurabilecekleri için, davada tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıa ile dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini bir liste hâlinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir. Listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemeyecekleri gibi, ikinci bir tanık listesi de verilemez. İkinci tanık listesinin verilemeyeceğine ilişkin bu kesin kural, kamu düzeninden olup, davanın hâkimi bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır. İkinci bir tanık listesinin verilemeyeceğine ilişkin kural, aynı zamanda davaların makul süre içinde bitirilmesi açısından usul ekonomisine hizmet eden bir kuraldır.

Tanığın mahkemece dinlenebilmesi için hâkim huzurunda bulunması gerekmektedir. Tanığa çıkarılacak davetiyenin, bildirilen adrese tebliği zorunludur. Bu amaçla, tanığın adresinin tanık listesinde gösterilmesi gerekir. Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen

adreste tanık bulunamamışsa tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu uygun süreyi hâkim kendisi tespit edecektir. Verilen süre içinde adres gösterilmez veya bildirilen yeni adres doğru olmazsa tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı düzenlemesine de yer verilmiştir. Böylece tanığın adresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesinden doğan gecikmelerin önlenmesi amaçlanmıştır.

Madde 244- "Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yetinilmesi" başlığını taşıyan bu madde, davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkânı ifade etmektedir. Bir önceki maddenin ikinci fıkrasıyla tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa yüklenmiş olduğu da dikkate alınarak, bu bağlamda, taraflarca tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenmesiyle yeterli derecede sonuç alınmış ise diğerlerinin dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilebilecektir.

Madde 245- Bu madde 1086 sayılı Kanununun 249 uncu maddesi hükmünün günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Bu düzenlemeyle bazı kimselerin görevleri gereği, sırrın ait olduğu resmî makamın izni alınması koşuluyla davada tanık olarak dinlenebileceği esası getirilmiştir. Maddedeki sınırlama, tanık olarak dinlenecek kişilerin görevleri gereği sır olarak saklamak zorunda oldukları hususlar yönündendir. Sır olarak saklanılmasına gerek olmayan konularda böyle bir izne gerek yoktur.

Birinci fıkrada belirtilen kişilerin tanıklığına izin verilmesi kuraldır. Ancak kamu yararına aykırı bulunduğu takdirde izin verilmesinden kaçınılabılır. Bu hüküm idarenin şeffaf yönetiminin usul hukukuna yansımastır.

Üçüncü fıkrada, iznin prosedürü ile sonucu düzenlenmiştir.

Madde 246- "Tanığın davet edilmesi" başlığını taşıyan bu maddenin ilk iki fıkrası mevcut 1086 sayılı Kanununun 258 inci maddesi hükmünü içermektedir. Bu bağlamda birinci fıkrada tanığın davet edilmesi zorunluluğuna işaret edilmiş, ikinci fıkrada ise acele hâllerde bunun istisnası dile getirilmiştir. Acele hâller kavramının takdiri, tanığı dinleyecek hâkime ait bir görevdir.

Tanığın mahkemeye çağrılmasına ilişkin kullanılacak araçlar, günümüz iletişim ve bilişim teknolojisi göz önüne alınarak gösterilmiştir. Mahkeme gerektiğinde tanığı telefon, faks ve elektronik posta gibi araçlardan yararlanarak davet edebilecektir. Bu durum istisnaî bir düzenlemeyi içerdiğinden, olağan prosedürde öngörülen tanığın davete rağmen gelmemesinin sonuçları, burada uygulama alanı bulmayacaktır.

Madde 247- "Davetiyenin içeriği" başlığını taşıyan bu madde ile tanığa gönderilecek çağrı kağıdında nelerin bulunması gerektiği, mevcut 1086 sayılı Kanununun 258 inci maddesinin birinci fıkrasına göre daha açık ve ayrı ayrı bentler hâlinde ifade edilmiştir.

Madde 248- Bu hüküm 1086 sayılı Kanununun 253 üncü maddesinin karşılığıdır. Maddeyle, Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak kaydıyla tanık olarak mahkemeye çağrılan herkesin gelmek zorunda olduğu, aksi takdirde zorla getirilmesi ve buna bağlanan müeyyidelere yer verilmiştir. Maddede yer alan son cümle, yeni bir hüküm olup, zorla getirilen tanığa davet üzerine gelmemesi sebebinin sorulacağına ve bunun haklı bir sebebe dayanmaması hâlinde giderlere ve disiplin para cezasına hükmolünacağına ilişkindir. Bu

sebeplerin sonradan bildirilmesi ve haklı görülmesi hâlinde ise giderlerin ödenmesine ve para cezasına ilişkin kararın kaldırılacağı düzenlenmiştir.

Madde 249- "Tanığa soru kağıdı gönderilmesi" başlığını taşıyan bu madde esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 256 ncı maddesinin günümüz Türkçesiyle ifade edilmiş biçimidir. Bu hükümde, "müstesna hâller" yerine "gerekli görülen hâller" demek suretiyle mahkemeye daha açık ve geniş bir takdir hakkı tanınmış olmasının yanı sıra, yine bu takdir hakkının ifadesi olarak tarafların rızası aranmaksızın mahkemece kendiliğinden buna karar vermesine olanak tanınmıştır. Mahkeme, bu konudaki takdirini özel durumlara göre gayet ölçülü kullanmalıdır. Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesinin yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, soru kağıdının gönderilmesinin ise çok istisnaî durum olacağı gözetilmelidir. Zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması, mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması gibi hususlar, takdirin kullanılmasında birer ölçü olabilir.

Maddede yer alan üçüncü cümle yeni bir hüküm olup, hâkimin, tanığın verdiği yazılı cevapları yetersiz bulması hâlinde, tanığın dinlenmesi için mahkemeye davet edebilmesine imkân verilmiştir.

Madde 250- "Tanıklıktan çekinme hakkı" başlığını taşıyan madde, tanıklıktan çekinmenin esasını belirleyen genel bir hüküm içermektedir. Bu bağlamda, kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış olan kimse tanıklıktan çekinebilecektir.

Bu Tasarının "Tanığın kimliğinin tespiti" başlıklı 257 nci maddesinde gösterilen sorgulama sonunda, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerini öğrenen hâkim, bu çekinme hakkının bulunduğunu, tanığa, önceden hatırlatması esas bu fıkra ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Madde 251- Bu maddede "kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme" hâlleri altı bent hâlinde düzenlenmiştir. Esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 245 inci maddesinin günümüz Türkçesiyle ifadesini yansıtmaktadır.

Maddenin (d) bendinde kayın hısımları arasındaki sıkı bağ dikkate alınarak tanıklıktan çekinme hakkı, 1086 sayılı Kanunda ikinci dereceye kadar tanınmışken bu maddede üçüncü dereceye kadar çekinmenin uygun olacağı düşünülmüş ve bent buna göre düzenlenmiştir.

Maddenin (e) bendi yeni bir hüküm olup, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda tanımlanan koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk arasında, evlatlık bağına benzer, sıkı kişisel ilişkilerin varlığı kabul edilerek tanıklıktan çekinme hakkı öngörülmüştür.

Madde 252- "Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme" başlığını taşıyan bu madde hükmü, kısmen 1086 sayılı Kanunun 249 uncu maddesinin karşılığıdır. Böylelikle maddede sır nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı korunduğu gibi, sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde bu kimseler tanıklıktan çekinemeyeceklerdir. Ancak, Avukatlık Kanununun 36 ncı maddesindeki müvekkil izin verse dahi, avukatın sır saklama yükümlülüğü nedeniyle tanıklıktan çekinebileceği hükmü saklı tutulmuştur.

Madde 253- Bu madde, 1086 sayılı Kanunun 246 ncı maddesinin mevcut düzenlemede aynen korunmuş hâlini ifade etmekte olup, yeni bir hüküm içermemektedir. Bu hüküm tanığın

kendisini koruma düşüncesiyle hareket edebileceği ve doğruyu söylemeyebileceği ihtimali dikkate alınarak düzenlenmiştir.

Madde 254- Bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 248 inci maddesinin mevcut düzenlemesi aynen korunmuştur. Maddede gösterilen kişiler esasen çekinme hakkına sahip bulunmakla beraber, konumları icabı şahitlik yapmalarında gerçeğin ortaya çıkması bakımından zaruret bulunduğundan, bunlara, çekinme hakkının tanınmaması uygun görülmüştür.

Madde 255- "Çekinme sebeplerinin bildirilmesi ve incelenmesi" başlığını taşıyan bu madde, 1086 sayılı Kanunun 250 ve 251 inci maddelerinden esinlenerek yazılmıştır. Buna göre, tanık, çekinme sebebini ve delilini, dinleneceği günden önce yazılı veya oturum sırasında sözlü olarak bildirecektir. Çekinme sebeplerinin bildirilmesi ve incelenmesi prosedürü bağlamında, zabıt kâtabi veya yazı işleri müdürüne bir görev verilmemiştir.

Madde 256- "Çekinmenin kabul edilmemesinin sonucu" başlığını taşıyan bu maddede 1086 sayılı Kanunun 253 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki hükme yer verilmiş ve bir ekleme yapılmıştır. Buna göre; tanık, kanunî bir sebep göstermeksizin tanıklıktan çekinir veya çekinme sebebi mahkemece kabul görmezse, disiplin para cezası ile bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılamanın başka bir güne bırakılması öngörülmüştür.

İkinci fıkra hükmüne göre, tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse, disiplin hapsine mahkum edilir.

Madde 257- Madde, 1086 sayılı Kanunun 260 inci maddesini karşılamaktadır. Bu düzenlemeyle, tanık delilini değerlendirecek olan hâkime, tanığın hadise ile her türlü ilgisini tespit etme yönünde soru sorma yetkisi verilmiştir.

Madde 258- "Tanıklara itiraz" başlığını taşıyan bu maddede, 1086 sayılı Kanunun 254 üncü maddesindeki düzenleme, hukukî dinlenme hakkının bir gereği olarak aynen korunmuştur.

Madde 259- 1086 sayılı Kanunun 261 inci maddesini karşılamaktadır. Maddedeki düzenleme ile hâkim, tanığa, gerçeği söylemesi gerektiğini, bu hususta yemin edeceğini ve gerçeği söylememesi hâlinde cezalandırılacağını ihtar eder ve duruşma esnasında uyması gereken kurallar ile diğer tanıklarla yüzleştirilebileceğini bildirir. Böylece, tanık dinlenmeden önce görevinin önemi konusunda bilgilendirilmiş olmaktadır.

Madde 260- Bu madde mevcut 1086 sayılı Kanunun 247 nci maddesinin oldukça daraltılmış hâlini içermektedir. 1086 sayılı Kanunun 247 nci maddesinin (1) ve (2) numaralı bentlerinde gösterilenler dışında yer alan, diğer yeminsiz dinleneceklerin bir kısmı esasen tanıklıktan çekinme hakları bulunduğu hâlde, bu haklarını kullanmadıklarına, bir kısmının da menfaat ilişkilerine göre yeminsiz dinlenmeleri, iyiniyet kuralları ve doğruyu söyleme mükellefiyetiyle bağdaşmaz nitelikte görüldüğünden, bu maddede o kişilere yeminsiz dinlenme hakkı tanınmamıştır.

Madde 261- Maddeyle tanığa verilecek yeminin zamanı, şekli ve yeminin içeriği düzenlenmiştir. Buna göre yemin, tanığın dinlenilmesinden önce madde metninde yer aldığı şekilde, hazır

bulunanların ayağa kalkması ve tanığın yemin metnini tekrar etmesi suretiyle yapılmalıdır. 1086 sayılı Kanunun 261 inci maddesinde, tanığa, beyanından sonra yemin verdirilmesi öngörölmüş ise de, beyanda bulunmadan önce yemin ettirmenin, amaca daha uygun olacağı düşüncesiyle bu yönde düzenleme yapılmıştır.

Madde 262- Madde, 1086 sayılı Kanunun 255, 257, 259 ve 266 ncı maddelerini karşılamaktadır. İlk üç fıkra, kural olarak, delil toplanmasının doğrudanlığı ilkesiyle, yani davada hükmü verecek olan hâkimin tanığı bizzat dinlemesi esasıyla ilgilidir. Birinci fıkra, tanığın davaya bakan mahkemede dinlenilmesi genel kuralına, ikinci ve üçüncü fıkra ise gerekli hâllerde mahkemenin tanığı, mahkeme dışında da dinleyebileceğine ilişkindir. Son fıkra ise duruma göre, tanık dinlenmesi hususunda hâkimin istinabe yoluna gidebilmesine imkân vermektedir. "Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası" başlıklı 154 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca, tanığın bulunduğu yerden ses ve görüntü nakli mümkün olan hâllerde, tarafların rızasıyla, tanığın bizzat davaya bakan hâkim tarafından dinlenmesi gerekmektedir.

Her hâlükarda mahkemenin bulunduğu yer dışında bulunan tanıkların dinleneceği gün ve saat ile dinleneceği yer, tarafların talepleri hâlinde onlara tebliğ edilecektir. Son fıkranın son cümlesi, 1086 sayılı Kanunun 267 nci maddesinin üçüncü cümlesinin karşılığıdır. İstinabe hâlinde tanığa hangi soruların sorulacağını davaya bakan hâkim en iyi şekilde bilebilecek durumdadır.

Madde 263- Bu madde, 1086 sayılı Kanunda yer verilmeyen "Tanığın bilgilendirilmesi" kenar başlıklı yeni bir hükümdür. Tanığın mahkemeye çağırılma sebebini teşkil eden dava konusu hakkında hâkimin o kimseyi, tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgilendirmesi düzenlenmektedir.

Madde 264- Madde, 1086 sayılı Kanunun 265, 269, 272 ve kısmen 267 nci maddelerini karşılamakla birlikte yeni hükümler de içermektedir.

Dinleme usulüne ilişkin birinci fıkrada, 1086 sayılı Kanunun 265 inci maddesindeki ifadeye ek olarak, şahitlerden biri dinlenirken, henüz dinlenmemiş olanların salonda bulunamayacakları açıkça düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada, 1086 sayılı Kanunun 269 uncu maddesindeki ifadeye yer verilmiş ve bu fıkranın birinci cümlesine, tanığın sözü kesilmeden dinleneceği hükmü getirilmiştir.

Üçüncü ve dördüncü fıkralar yenidir. Bu fıkralarda tanığın sözü bittikten sonra, hâkimin veya toplu mahkemelerde başkanın izin vermesi suretiyle, üye hâkimin, tanığın ifadesini açıklama ve tamamlama amaçlı sorular sorabileceği düzenlenmiştir.

Beşinci fıkra 1086 sayılı Kanunun 272 nci maddesinin karşılığıdır. Böylece tanığın beyanı belgeye bağlanmış ve güvenliği sağlanmıştır.

Madde 265- Bu madde 1086 sayılı Kanunun 267 nci maddesinin ilk iki cümlesini karşılamaktadır. Bu hükümlerle tarafların şahide ancak soru sordurabilecekleri, bizzat soru tevcih edemeyecekleri kabul edilip, onların yersiz etkileşimden korunması amaçlanmıştır.

1086 sayılı Kanunun 267 nci maddesi uyarınca sorulan sorunun yerinde olup olmadığı konusunda taraflar anlaşamazlar ise hâkimin buna derhâl karar vereceği düzenlenmiş iken, bu

maddede, sorulan her sorunun yerinde olup olmadığına hâkimin karar vereceği düzenlenmiş ve bu hususta tarafların anlaşamamasına önem verilmemiştir. Böylece şahidin yersiz sorularla rahatsız edilmesinin önüne de geçilmiş olacaktır.

Madde 266- Madde, 1086 sayılı Kanunun 268 inci maddesini karşılamaktadır. Tarafların tanığa karşı bazı davranışları yasaklanıp, tanığın doğruyu söylemesi amaçlanmıştır.

Madde 267- 1086 sayılı Kanunun 270 inci maddesini karşılamaktadır ve bu maddenin günümüz Türkçesi ile ifade edilmiş hâlidir. Türkçe bilmeyenler ile sağır ve dilsizlerin hukukî dinlenme hakkı böylece korunmuştur.

Madde 268- 1086 sayılı Kanunun 273 üncü maddesini karşılamaktadır ve bu maddenin günümüz Türkçesi ile ifade edilmiş hâlidir. Birinci fıkrada yalan yere tanıklık yapanlar hakkında

nasıl işlem yapılacağı gösterilmiş, ikinci fıkrada ise hukuk hâkimine Anayasamızın emredici hükmü uyarınca yalan yere tanıklık yapanları ve suç ortaklarını tutuklama yetkisi verilmiştir.

Madde 269- Bu hüküm, yeni bir düzenlemedir. Anayasamız angaryayı yasaklamıştır. Kişinin işinden ve yerinden alınmasının doğurduğu zararın tazmin edilmesi ve yaptığı giderlerin karşılanması zorunludur. Maddeyle tanığa ödenecek ücret hüküm altına alınmıştır. Ücretin miktarı Adalet Bakanlığınca her yıl düzenlenecek bir tarife ile belirlenecektir. Buna, belgelendirilen yol giderleri ile konaklama ve beslenme giderleri eklenecektir.

İkinci fıkrada ise tanığa ödenecek ücret ve giderlerin vergi, resim ve harca tâbi olmayacağı düzenlenmektedir.

Madde 270- Maddede yer alan düzenlemeyle, hâkimin, genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olunması gereken bilgilerle çözümlenecek konularla, hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular hakkında, bilirkişiye başvuramayacağı; ancak, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, bilirkişiden yararlanabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

Burada sözü edilen özel bilgiden maksat, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukukî bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapsamına aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, "hukuk bilimi dışında" şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Teknik bilgi ile kastedilen ise fizik, kimya, matematik gibi, pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Yine, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içerisinde yer alır. Öte yandan, hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulama, zaten hâkimin işidir. Bu kural uyarınca, hukukî sorunların en yetkin bilirkişisi, hâkimin kendisidir. Sözü edilen kuralı öngören ve Tasarının 38 inci maddesinde yer alan "Hukukun uygulanması" başlıklı düzenleme de (1086 sayılı Kanun m.76, 1.c.), hâkimin hukukî sorunlarda, bilirkişiye başvurusunun mümkün olmayacağına bir başka kanıtı teşkil etmektedir. Yine, anılan kurala paralel olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, yetkili olan yabancı hukuku da re'sen uygulamakla ödevli olduğu hususu hükme bağlanmıştır. En genel çerçevede ise hukuka

uygun olarak hüküm verme işinin, münhasıran hâkimin işi olduğuna, Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça işaret edilmiştir.

Bütün bunlar gözetildiğinde, Tasarının, hukukî sorunlarda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağını öngören kuralının, Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, Tasarının 38 inci maddesinde (1086 sayılı Kanununun 76 ncı maddesinin birinci cümlesinde) ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan düzenlemelerin, somut plânda bir uygulanma biçimi olduğu söylenebilir.

Ayrıca, Tasarının anılan hükmünde, mahkemenin, ya taraflardan birinin talebi üzerine ya da kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulmasına karar vereceği hususu da, açıkça hükme bağlanmıştır.

Madde 271- Maddede görevlendirilecek olan bilirkişinin sayısı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, bilirkişiye başvurulması gereken hâllerde, kural, hâkimin, yalnızca bir kişiyi, bilirkişi olarak atamasıdır. Ancak, açıklığa kavuşturulması gereken maddî vakıta birden fazla uzmanlık alanına ait bilgilerin bir araya getirilmesini ve birleştirilmesini zorunlu kılıyorsa, bu durumda, hâkim, bu hususa da açıkça işaret etmek suretiyle, karar alınmasını mümkün kılmak amacıyla, tek sayı oluşturacak şekilde, birden fazla bilirkişiyi, kurul hâlinde çalışmak üzere görevlendirebilecektir.

Madde 272- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, konunun uzmanı olan kişilerin, bilirkişi olarak görevlendirilmesini mümkün kılmak, bilirkişilerin disiplin altına alınmasını ve bu bağlamda takip edilmelerini sağlamak amacıyla, mahkemelerce bilirkişi görevlendirilmesinde, yargı çevreleri içinde yer aldıkları bölge adliye mahkemeleri adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek bilirkişi listelerinin gözetilmesi esası hüküm altına alınmıştır. Listelere yazılacak ve bilirkişilik yapacak olan kişiler, gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler, bilirkişi listesine yazılma talebinde bulunamazlar. Bilirkişi görevlendirecek olan mahkemenin, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonu tarafından düzenlenen listede, bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişilik yapacak bir kimseyi bulamaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemeleri nezdindeki adli yargı adalet komisyonlarında oluşturulmuş olan listelerden; buradan da bilirkişi temininin mümkün olmaması hâlinde ise liste dışından bilirkişi görevlendirmesi esası benimsenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bir konuda, resmî bilirkişi mevcutsa, (örneğin, Adli Tıp Kurumu gibi) listeye dahi müracaat edilmeden, öncelikli olarak, onun, mahkeme tarafından bilirkişi sıfatıyla görevlendirileceği hususu açıkça hüküm altına alınmış ve ayrıca bu kişilerin, mensubu buldukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, psikolojik açıdan baskı altında olmaları yahut kendilerini öyle hissetmeleri sebebiyle, objektif ve tarafsız olarak davranamayacakları olgusundan hareketle, mahkemece, bilirkişi olarak atanamayacaklarına da işaret olunmuştur.

Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, bilirkişi listelerinin düzenlenmesine, güncellenmesine ve listede kendisine yer verilmiş olanların liste dışına çıkartılmasına ilişkin usul ve esasların, ayrıntılı bir biçimde, ilgili bakanlıkların da görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hazırlanacak olan yönetmelikle tayin edileceği hususu, hüküm altına alınmıştır.

Madde 273- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, genel çerçevesi itibarıyla, bilirkişilik görevinin, hangi hususları kapsadığına açıkça işaret olunmuştur. Anılan yasal düzenlemeye göre, bilirkişilik görevi, mahkemece yapılan davete icabet etmeyi, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulacak hususlarda süresi içinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar. Ayrıca bu düzenleme ile, bilirkişi olarak atanacak kimselerin, neleri yapmaları gerektiği hususunda, kendilerinin de bilgilendirilmesi hedeflenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile, bilirkişilik görevinin kapsamı içerisinde yer alan hususların, geçerli bir özrü bulunmaksızın, bilirkişi olarak atanan kimse tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işlerlik kazanabilecek olan disiplinler yaptırımlar, tanıklığa ilişkin hükümlere (Tasarınının 248 ve 256 ncı maddeleri) atf yapılmak suretiyle belirlenmiştir.

Madde 274- Bu maddede, bilirkişilik görevini kabul edenler hüküm altına alınmıştır. Kural, hiç kimsenin bilirkişilik görevini kabul eden tutulmamasıdır. Ancak, bu kurala, çok spesifik bilgiyi yahut özel bir uzmanlığı gerektiren alanlarda bilirkişi temininde karşılaşılabilecek güçlüğü aşmak amacıyla, bazı istisnalar konulmuştur. Bu istisnalar, anılan hukukî düzenlemede, şu şekilde sıralanmıştır:

- Resmî bilirkişiler ile bilirkişi listesinde yer alanlar,
- Bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar,
- Bilgisine başvurulacak husus hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar (Örneğin; doktorlar, ebeler, mühendisler, muhasebeciler, mali müşavirler, mimarlar gibi.). Bu hüküm kapsamında, hukuk fakültesi öğretim elemanlarının düşünülmesi mümkün değildir. Çünkü bu Tasarı ile her türlü hukukî sorun açısından bilirkişiye başvurulması açık ve kesin dille yasaklanmıştır. Benimsenen sistem, hukukî sorunların en yetkin bilirkişisinin, hâkimin kendisi olduğu esası üzerine bina edilmiştir. Bu durum karşısında hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulamayacağına göre, hukuk fakültesi öğretim elemanlarının bilirkişi olarak görevlendirilmesinin ve görev yapmaya zorlanmasının bu bağlamda düşünülmesi zaten mümkün olamayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada sayılmış bulunan kişilerin bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünden, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine yahut mahkemece muteber olarak değerlendirilebilecek diğer bir nedene dayanarak çekinme iradesini açıklamak suretiyle kurtulabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Madde 275- Bu maddede öngörülen düzenleme ile, bilirkişilere yemin verdirilmesi hususu hüküm altına alınmıştır. Bu maddede yer alan düzenleme ile, her şeyden önce, 1086 sayılı Kanununun 276 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ve bilirkişiye yemin verdirilmesi hususunu tümüyle hâkimin takdirine bırakan anlayıştan vazgeçilmiş ve bilirkişiye yemin verdirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğun bilirkişi bakımından somutlaşması ise yemin etme yükümlülüğü biçiminde ortaya çıkmaktadır. Sözü edilen yükümlülük, bilirkişilik görevinin bir kamu görevi olduğunu teyit eder; sadakatle görevini icra etme yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturur ve aynı zamanda bilirkişi üzerinde manevi bir baskı kurarak, onun tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamaya yönelik bir işlevi görür. Ayrıca anılan yükümlülük, bilirkişinin doğruyu beyan ödevini pekiştirici bir işlevi de üstlenmiş durumdadır.

Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, listelere kaydedilmiş olan bilirkişilere, genel geçerliliğe sahip olmak üzere, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda yemin verdirilmesi ve verdirilecek olan yeminin içeriğinin nasıl olacağı hususları, hüküm altına alınmıştır. Listelere kaydedilmiş olan bilirkişilere, görevlendirildikleri her dava ve işte, ayrıca yemin verdirilmeyecek; görevlendirme yazılarında, sadece daha önceden genel çerçevede etmiş buldukları yemine uygun davranmak zorunda oldukları hususuna işaret edinilmesiyle yetinilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise listelere kaydedilmemiş olan kişiler arasından bilirkişi seçilmesi hâlinde, bilirkişilere, kendilerini görevlendiren mahkemece, göreve başlatılmalarından önce, birinci fıkrada öngörülen yemin metnine bağlı kalmak suretiyle, mahkemece yemin verdirilmesi gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır.

Madde 276- Bilirkişinin görevini yerine getirirken uyması gereken yükümlülüklerden birisini de, tarafsız davranma yükümlülüğü oluşturur. Bu yükümlülüğe uygun davranma, bilirkişinin, somut maddî sorunla ilgili olarak objektif bir biçimde oy ve görüşünü beyan edebilmesinin asgarî şartını teşkil eder. Çünkü, objektiflik ve tarafsızlık çok yakın bir ilişki içerisindedir; biri mevcut olmadan, diğersinin mevcudiyeti düşünülemez. Bu maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamaya yönelik kurumlar arasında yer alan bilirkişilik görevini yapmaktan yasaklı olma ile bilirkişinin reddi kurumları hüküm altına alınmış ve bu suretle bilirkişi pozisyon itibarıyla hâkimin konumuna yaklaştırılmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında yapılan düzenlemeyle, hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleri ile ilgili kuralların bilirkişiler hakkında da uygulanma alanı bulacağına işaret edilmiş ve bu suretle bilirkişinin hâkimin yardımcısı konumunda bulunması olgusunun ağırlık kazanması, ön plâna çıkması sağlanmıştır. Ayrıca, aynı düzenlemede, hâkimlerden farklı olarak, bilirkişinin aynı davada veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunmasının, bir ret sebebi teşkil etmeyeceği hususuna da işaret edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise hâkimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden birisinin, bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde, mahkemenin, bilirkişiyi görevden re'sen alabilmesine; bilirkişiyeye de tarafsız davranamayacağını gerekçe göstermek suretiyle, mahkemeden görevden alınmayı talep edebilme olanağı veren bir düzenleme yer almaktadır. Kanun koyucu yasaklılık sebeplerinin işlerlik kazandığı hâllerde, hâkimin mutlak surette tarafsız davranamayacağını varsaymış ve onu davaya bakmaktan istinkâf etmek zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmıştır. Tarafsızlığı ve objektifliği sağlamada üstlenmiş olduğu işlevin ve amacın aynı olduğu gözetildiğinde, nasıl ki hâkimler yasaklılık sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde davaya bakmaktan kaçınmak zorundalar ise; mahkemenin ya da diğers bir adli organın aydınlatılması bağlamında son derece önemli bir görevi ifa eden bilirkişiler de, yasaklılık sebeplerinin kendi şahıslarında gerçekleşmesi hâlinde, bilirkişilik

yapmaktan kaçınmak; yani görevden alınma talebinde bulunmak zorundadırlar. Bu düzenleme uyarınca, bilirkişinin faaliyetini sevk ve idare eden organ olarak mahkeme de, tarafsızlığın temini bağlamında, yasaklılık nedenlerinden birisinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde, herhangi bir talep olmasa bile bilirkişiyi görevden alabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, yasaklılıkla karşılaştırıldığında, tarafsızlığa gölge düşürme bağlamında daha hafif sayılabilecek olan ret sebeplerinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi durumunda, tarafsızlığın temini amacıyla bilirkişinin reddini mahkemeden isteme taraflara bir hak olarak tanınmış ve ayrıca objektif ve tarafsız

davranmakla yükümlü konumunda bulunan bilirkişiye de, kendi kendisini reddedebilme olanağı verilmiştir. Yine sözü edilen düzenlemede, tarafların ret talebinde bulunmasının ve bilirkişinin kendisini reddetmesinin, hâkimlerin reddinde olduğu gibi, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi günlük süre içerisinde yapılması gerektiği hususu hüküm altına alınmış ve ret sebeplerinin ispatı için yemin deliline de başvurulamayacağına işaret edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeyle, görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik taleplerin, görevlendiren mahkemece, dosya üzerinden incelenip karara bağlanacağı; kabule ilişkin kararların kesin olduğu, redde ilişkin kararlara karşı ise esas hakkındaki kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabileceği hususu hüküm altına alınmış ve böyle bir prosedür öngörülme suretiyle yargılamanın sürüncemede kalmasının önlenmesi sağlanmak istenmiştir.

Madde 277- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin görev alanının nasıl belirleneceğine ve bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda, hangi hususlara yer verileceğine açıkça işaret edilmiştir. Bu çerçevede, mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle, inceleme konusunu, bilirkişinin cevaplandırması gereken soruları belirlemeli, bunlara görevlendirme yazısında açıkça işaret etmeli ve raporun verilme süresini de bu yazıda göstermelidir. Uygulamada, bu hususlara gereken özen gösterilmemekte; son derece genel, soyut ve hatta hukukî konularda da görevlendirmeyi kapsar bir biçimde "dosyanın bilirkişiye tevdiine", "dosya ve eklerinin bilirkişiye havalesine", "tarafların iddia ve savunması karşısında bilirkişi görüşünün alınmasına" gibi ifadelerle, bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu şekilde yapılan bir görevlendirme sonucunda, bilirkişi, görevinin ne olduğunu tam olarak bilemediği veya kavrayamadığı için, hâkime, ya hiç yardımcı olamamakta ya da işlevinin sınırlarını aşmış hukukî değerlendirmelere girişerek, gerçekte hükmü veren konumuna geçmektedir. Bu durum ise hâkimin, bilirkişi karşısında bağımsızlığını koruyamamasına; hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe takdir edeceği yönündeki düzenlemenin amacını ve işlevselliğini yitirmesine ve toplumda yargıya olan güvenin tümüyle sarsılıp, kararın fiilen bilirkişi tarafından verildiği yönündeki çarpık anlayışın yerleşmesine ve kökleşmesine neden olmaktadır. İşaret edilen sakınca nedeniyle, hâkim, dava dosyasına tümüyle egemen olduktan sonra, maddî sorunlarla hukukî sorunları kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı, hangi maddî vakıya veya vakıaların özel ve teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular hâlinde bu konudaki iradesini herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak bir biçimde bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda açıklamalıdır. Raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının temini ile taraflarca yapılması muhtemel itirazların daha işin başında bertaraf edilmesi ve dolayısıyla usul ekonomisine uygunluğunun sağlanması açısından, inceleme konusu ile bilirkişiye yöneltilecek soruların tayini sürecinde, tarafların da görüşü alınmalıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, belgelerle, inceleyeceği diğer şeylerin, bir dizi pusulasına bağlı olarak, gerekiyorsa mühürlenmek suretiyle verileceği ve bu hususa da tutanakta işaret edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle, incelenecek şeyler ve belgeler üzerinde, mahkemenin kontrolünün sağlanması amaçlanmıştır. Bilirkişi de, kendisine, görev yazısının ekinde mahkemece sunulmuş olan şeyleri, bir dizi pusulasına bağlı bir biçimde, mahkemeye teslim edecektir.

Madde 278- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, bilirkişiye raporunu hazırlayıp mahkemeye sunması için verilecek olan sürenin üst sınırı belirtilmiş ve bu sürenin uzatılmasının mümkün olup olmadığı hususu hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme

çerçevesinde, mahkeme, somut olayın koşullarını ve özelliklerini gözeterek, bilirkişiye, raporunu hazırlayıp mahkemeye sunması için, üç ayı geçmemek üzere bir süre verecek ve bu süreye bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında da açıkça işaret edecektir. Raporun tevdiine ilişkin süreye uyma konusunda gereken özenin gösterilmesinin temini için, öngörülen süre içinde raporun verilmemesi hâlinde, işlerlik kazanabilecek olan, disiplinler ve cezaî yaptırımlar da bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda gösterilmelidir. Öte yandan, gereken özenin gösterilmemesi hâlinde, mahkemeler de, bilirkişi hakkında, bu yaptırımlara işlerlik kazandırmaktan kaçınmamalıdır. Çünkü, uygulamada en çok yakınılan konulardan birisini de, bilirkişinin raporunu süresi içerisinde mahkemeye tevdi etmemesi oluşturmaktadır. Ayrıca, bu düzenlemede, bir zorunluluk varsa, bilirkişinin, raporunu tevdi için öngörülen sürenin bitmesinden önce, talepte bulunması üzerine, mahkemenin gerekçesini de göstermek suretiyle, raporu tevdi süresinin uzatılmasına karar verme yetkisinin bulunduğu hususu da hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bilirkişinin, öngörülen süre içinde raporunu tevdi etmemesi hâlinde ortaya çıkacak tablo ile işlerlik kazandırılacak yaptırımlara işaret edilmiştir. Bu çerçevede, belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişiyi mahkeme görevden alıp; yerine bir başka kimseyi, bilirkişi olarak görevlendirme yoluna gidecektir. Ayrıca, mahkeme, görevden almış olduğu bilirkişiden, görevden aldığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında bilgi talep edecek ve kendisine bilirkişilik görevi sebebiyle tevdi edilmiş olan dosya ve eklerini, bir dizi pusulasına bağlı biçimde hemen iade etmesini isteyecektir. Bunların dışında, mahkeme, raporunu süresinde teslim etmemek suretiyle yargılamanın sürüncemede kalmasına sebebiyet veren bilirkişi hakkında, disiplinler bağlamda yaptırım olarak, kendisine ücret ve masraf adı altında herhangi bir ödeme yapılmamasına karar verebilecek; bilirkişilik görevini belirli bir süreyle yapmaktan yasaklanma yahut listeden çıkartılma işleminin uygulanmasını, onun kayıtlı bulunduğu bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonundan talep edebilecektir.

Madde 279- Maddenin birinci fıkrasında, bilirkişilik görevinin geciktirilmeden ifa edilebilmesi amacıyla bilgisine başvuru bilirkişinin, kendisine tevdi olunan görevin uzmanlık alanına girip girmediğini; inceleme konusu maddî vakıaların açıklığa kavuşturulması yahut tespiti için uzman kimliği bulunan başka bir kişinin işbirliğine ihtiyaç duyup duymadığını ve bilirkişilik görevini ifadan kaçınmasına imkân verecek nitelikte bir mazeretinin bulunup bulunmadığı hususunu, derhâl kendisini görevlendiren mahkemeye haber vermesi yükümlülüğü öngörülmüştür.

İkinci fıkrada da, bilirkişiye, incelemesini gerçekleştirebilmesi için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirilmesine ihtiyaç duyması hâlinde, görevini süresinde ve gereklerine uygun şekilde yerine getirmesi amacıyla, hemen kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi vermesi ve bu yönde talepte bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, yargılamanın sürüncemede kalmasının önlenmesidir.

Madde 280- Bu maddede, bilirkişinin, görevini bizzat (şahsen) yerine getirmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Maddenin ilk cümlesinde, bilirkişinin, görevini bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu; görevinin icrasını kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakamayacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Zira, her şeyden önce, bilirkişi, yargılama süreci içinde, bir kamu görevi yapmaktadır. Dolayısıyla, bu görevin yerine getirilmesi de, diğer kamu görevlerinin yerine getirilmesinde olduğu gibi, kamu hukuku ilke ve kurallarına tâbidir. Kamu hukuku alanında bu konuda işlerlik kazanmış olan temel ilke ise bir kamu görevinin ilgisi tarafından bizzat yerine getirilmesidir. Bu ilke, doğal olarak, bir kamu görevi olan bilirkişilik

görevinin yerine getirilmesinde de geçerlik taşıyacağından, bu görevin ifasının da kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılması mümkün olmayacak; yani, bilirkişi, görevi üzerinde serbestçe tasarrufta

bulunamayacaktır. Öte yandan, mahkemece, somut bir sorun için bir kimse bilirkişi olarak görevlendirilmişse, aslolan, o kimsenin, hem uzmanlığı hem de kişisel nitelikleri itibarıyla, o sorunla ilgili özel ve teknik bilgiye dayalı aydınlatma ve bilgilendirme işini, bilirkişi sıfatıyla yapma yeterliliğine sahip en uygun kimse olduğu fiksiyonudur; bilirkişinin seçiminde tek yetkili konumunda bulunan mahkemenin bu konudaki takdirine müdahale edilemez. Yine, bilirkişilik görevi, meslekî ve bireysel niteliklerin de ön plâna çıktığı bir görev olduğu için, doğası gereği, icrası kısmen ya da tamamen başka kimselere bırakılacak olan görevler arasında yer almaz.

Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise bilirkişilik görevinin yürütülmesi bakımından bir başka kişinin yardımına ihtiyaç duyulması hâlinde, bilirkişinin bu görevlendirmeyi yapabileceği, ancak raporunda bu kişi ile yaptığı işlerin neler olduğu hususuna açıkça işaret etmesi gereği öngörülmüştür. Ancak, bilirkişinin yardımcı şahıs kullanması, hiçbir zaman, bilirkişilik görevinin, kısmen bir başka kimseye bırakılması biçiminde gerçekleşemez. Bilirkişi, görevinin icrası bağlamında, inceleme konusu objenin gerekli kıldığı ölçüde, salt maddî yardımla sınırlı olmak kaydıyla, yardımcı şahıslara müracaat edebilir. Örneğin, bilirkişi olarak atanan bir kimse, inceleme sırasında, bir aletin kullanılması için, zorunlu olması sebebiyle asistanlarının yardımını alabilir. Bu durum, hiçbir zaman, asistanların inceleme faaliyetine katıldıkları anlamına asla gelmez; incelemeyi yapan yine tek başına bilirkişidir. Çünkü, yardımcının faaliyetini sevk ve idare eden, ondan sadece kullanacağı done bağlamında yararlanan, bu doneyi değerlendirip bir kanaate ulaşacak olan bilirkişinin kendisinden başka bir kimse değildir.

Madde 281- Maddede öngörülen düzenleme ile, bilirkişinin sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu hususu açıkça hüküm altına alınmıştır. Bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü, sadakatle bilirkişilik görevini icra etme yükümlülüğünün bir uzantısı oluşturur ve onu tamamlayıcı bir işlevi yerine getirir. Bilirkişi, yerine getirdiği görevin niteliği ile bu görevin icrası sırasında taşıdığı resmî sıfat ve kullandığı kamusal yetkilerin gereği olarak edinmiş bulunduğu tarafların sır alanına girecek nitelikteki bilgileri, haklı bir neden ortaya çıkmadığı sürece, mutlak surette açıklamaktan kaçınmak ve saklamak zorundadır. Yine, bilirkişi, bu bağlamda, kendisine tevdi edilmiş bulunan sırları, görevinin icrası sırasında, yardımını aldığı kişilerle dahi paylaşmaktan kaçınmalıdır; yardımı alınan kişinin öğrendiği sırlarla ilgili fiillerden ötürü, bilirkişi, kendi fiili gibi mesul olur.

Ayrıca, bu düzenleme ile, bilirkişi, görevi yahut taşımış olduğu resmî sıfatı sebebiyle kendisine tevdi edilmiş bulunan sırları, sadece saklamak değil; bunun yanı sıra, kendisinin ve başkalarının yararına kullanmaktan kaçınmakla da yükümlü tutulmuştur.

Madde 282- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, bilirkişiyi sevk ve idare görevinin, tümüyle mahkemeye ait bir görev olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme uyarınca, bilirkişinin görev alanını ve sınırlarını belirleyecek; onu faaliyetinin icrası sırasında sürekli bir biçimde yönlendirecek ve denetleyecek olan birim, mahkeme olacaktır. Bilirkişi, esas itibarıyla, hâkimin yardımcısı konumunda bulunduğuna göre, hâkimin, bilirkişinin faaliyet alanını ve sınırlarını belirlemesi ile onu yönlendirip denetlemesini, son derece doğal karşılamak gerekir.

Öte yandan, bilirkişinin görev alanı veya sınırları konusunda yahut faaliyetinin yürütülmesi sırasında herhangi bir tereddüt ile karşılaşması hâlinde, faaliyetini sevk ve idare eden, onu yönlendiren, mahkemeye koordineli bir biçimde çalışması şarttır. Bu yüzden, bilirkişinin, görevini etkin ve sağlıklı bir biçimde yerine getirmesini temin, yani görev alanı, sınırları veya faaliyetinin yürütülmesi sırasında karşılaşabileceği tereddütleri derhal bertaraf etmek amacıyla, kendisini görevlendiren mahkemeye yönelebilmek yetkisi, maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle hüküm altına alınmıştır.

Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında öngörülen düzenlemelerle, bilirkişinin bilgi alma yetkisinin varlığına açıkça işaret edilmiş ve bu yetkinin kapsamında hangi hususların yer aldığı da gösterilmiştir. Bilirkişinin, objektif, gerçekçi ve sağlıklı bir temel üzerine oturtulmuş rapor hazırlayıp mahkemeye sunabilmesi için, kamusal bir takım yetkilerle donatılmış olması gerekir. Aksi takdirde,

onun, bu temel işlevini, gereklerine uygun bir biçimde yerine getirmesi mümkün olmaz. Öte yandan, nerede bir görev varsa, orada mutlaka bir yetki de vardır; yetkiyle donanmamış bir görev ifa edilemeyeceği gibi, görevsiz salt bir yetki de bulunamaz. Bilirkişinin üstlenmiş olduğu temel işlevi, gereklerine uygun bir biçimde yerine getirebilmesi için, kendisine tanınmış olan kamusal yetkilerden birisini de bilgi alma yetkisi oluşturur. Onun özel ve teknik bilgisine giren konuda mahkemeyi aydınlatabilmesi için, öncelikle görüşüne başvuru hususun ne olduğunu açık ve kesin bir biçimde kavraması, somut olayın verileriyle özgün koşullarını saptaması gerekir. Bu tür bir faaliyet, bazı konularda bilgi edinmeyi zorunlu kılar; bunun aracı ise bilgi alma yetkisidir. Bilirkişi sözü edilen yetkiyi sorular sormak suretiyle kullanır. Bilirkişi, bilgi alma yetkisi kapsamında, incelemesini gerçekleştirirken, ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de iznini almak kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir; yani, onları dinleyebilir; işin nitelik ve özellikleri zorunlu kılıyorsa, daha önceden mahkemece dinlenmiş olan tanıkların, kendisinin de hazır bulunduğu bir ortamda bilgi eksikliğinin giderilmesi bağlamında bir kez daha dinlenilmesini talep edebilir.

Maddenin son fıkrasında ise bilirkişinin oy ve görüş beyan edeceği hususun bir nesne ya da eşya ile ilişkili olması hâlinde, mahkemece yetkilendirilmiş olmak kaydıyla, sözü edilen nesneyi ya da eşyayı inceleyebileceği, onu muayene edebileceği, onun üzerinde çalışabileceği, hatta bulunduğu yere gidip oradaki çevresel faktörleri dahi irdeleyip değerlendirebileceği hususu, bir anlamda tabiri caiz ise keşif yetkisi de hüküm altına alınmıştır.

Madde 283- Maddenin birinci fıkrasında, bilirkişinin bilgisine başvuru husus hakkındaki oy ve görüşünü nasıl açıklayacağı ile buna kimin karar vereceği hüküm altına alınmıştır. Bilirkişi, oy ve görüşünü, mahkemenin seçimine göre, yazılı yahut sözlü olarak bildirecektir. Bilirkişinin en temel yükümlülüğünü, bilgisine başvuru konuda, süresi içinde oy ve görüşünü bildirme yükümlülüğü oluşturur. Bu yükümlülük, bilirkişilik görevini kabul ve davete icabet yükümlülüğünün doğal bir uzantısı konumundadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bilirkişi raporunun içeriğinde yer alması gereken hususların neler olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Mahkeme, bilirkişiden oy ve görüşünü yazılı olarak bildirmesini talep etmişse, bilirkişi, düzenleyeceği raporu, bu maddede öngörülen tüm hususları kapsar şekilde kaleme almak zorundadır. Bilirkişilerin kurul hâlinde görevlendirilmesi durumunda, bir araya gelerek toplantılar yapmak suretiyle işi müzakere etmeleri ve birlikte rapor hazırlamaları kurul halinde görevlendirmenin doğası gereğidir. Bilirkişi raporunda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddî vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlar ile kurul hâlinde

görevlendirilme yapılmış ve bilirkişiler arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmışsa, bunun sebebi; raporun düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması şarttır. Bilirkişi, raporunu, özellikle mahkemece belirlenen sınırlar dahilinde, tümüyle maddî vakıalara hasretmeli; kendisine yöneltilen somut soruları tek tek yöneltiliş sırasına göre, bilimsel dayanaklarını da açık ve anlaşılır biçimde göstermek ve eksiksiz olarak cevaplandırmak suretiyle hazırlamalıdır. Ayrıca, bilirkişi raporunu kaleme alırken, özel ve teknik bilgi bağlamında uzman kimliği bulunmayan hâkimin ve tarafların anlayabileceği kavramları ve terimleri kullanmaya da özen göstermelidir. Aksi takdirde, özellikle hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe takdir etmesi önemli ölçüde güçleşebilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklama seçeneğinin mahkemece tercih edilmesi hâlinde, oy ve görüşü belirten açıklamaların, mahkemece tutanakla hemen tespit edilmesi hususu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu düzenlemede, sözlü açıklama seçeneğinin tercihi hâlinde, kurul hâlinde bilirkişi görevlendirilmesi yoluna gidilmişse, mahkemeye, bilirkişi kurulunun oy ve görüşünü belirten sözlü açıklamalarını tespitten önce, kurulda yer alanların konuyu kendi aralarında müzakere edebilmelerine olanak veren bir ortamı yaratma zorunluluğu yüklenmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise bilirkişinin, raporunu kaleme alması yahut mahkemede sözlü olarak oy ve görüşünü açıklaması sırasında, hukukî değerlendirmelerde bulunamayacağı hususu, açık ve

kesin bir dille hüküm altına alınmıştır. Çünkü, maddî vakıaların hukukî niteliğini tayin, yani hukuku uygulamak, bilirkişinin değil; hâkimin aslî işidir. Bilirkişinin işlevi, hukukî değerlendirmelere girişmeden, tecrübe kurallarını, yani sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi mahkemeye iletmek veya bu bilgiyi vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret etmek yahut özel ve teknik bilginin yardımı ile maddî vakıaları tespit etmekten ibarettir. Bu düzenleme, hâkimin hukukî sorunlarda bilirkişiye başvuramayacağı kuralı ile büyük ölçüde paralellik arz etmekte; onunla bir bütünlük oluşturmaktadır.

Madde 284- Maddede yer alan düzenlemeyle, görevini tamamlayan bilirkişinin, süresi içinde raporunu ve incelemenin konusuyla ilgili olarak kendisine teslim edilmiş bulunan şeyleri, dizi pusulasına bağlı bir biçimde, mahkemeye derhal tevdiî etmesi gereğine işaret edilmiş; tevdiî tarihine ilişkin olarak raporun üzerine şerh düşülmesi esası benimsenmiş ve ayrıca raporun bir örneğinin okuyup değerlendirilip, varsa itirazlarını dile getirebilmelerini temin amacıyla, taraflara tebliğ edilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Madde 285- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, tarafların tatmin olmamaları hâlinde, bilirkişi raporuna itirazda bulunabilme olanaklarının varlığı güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, bilirkişi raporunda bazı hususlarda eksiklikler mevcutsa yahut raporda bazı hususlar belirsizlik arz ediyorsa, taraflar, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik arz eden hususların ise bilirkişiye açıklattırılmasını yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını temin için, raporun kendilerine tebliğinden itibaren onbeş günlük süre içinde, mahkemeye itirazda bulunabilirler. Bilirkişiye yöneltilecek olan sorular, tarafların da görüşü alınmak suretiyle somut olarak belirlenecek olursa, rapora itiraz olasılığı da önemli ölçüde azalır ve bu suretle yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olur. Burada rapora itiraz için taraflara tanınmış bulunan onbeş günlük süre, kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır. Dolayısıyla, taraflar, bu süre içerisinde, itirazlarını dile getirmez ise bilirkişi raporu, onlar bakımından kesinleşir; yani taraflar rapora itiraz olanağını tümüyle kaybederler. Bu durum, zaten Tasarının 100 üncü maddesinde yer alan ve kesin

sürelerle ilgili genel bir düzenleme öngören kuralın birinci ve üçüncü fıkralarının işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur. Ancak, anılan hâl, mahkemenin, ihtiyaç duyuyorsa, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen yetkilerini kullanmasına, yani bilirkişiden re'sen ek rapor talep etmesine veya inceleme yaptırmak üzere yeni bir bilirkişi atamasına herhangi bir engel oluşturmaz.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, somut uyuşmazlığı karara bağlayacak mahkemenin, raporda, bir takım eksiklikler veya belirsizlik arz eden noktalar mevcutsa, bunların tamamlattırılmasını yahut açıklığa kavuşturulmasını temin için, bilirkişiden yeni sorular tertip etmek suretiyle, ek rapor alabilmesine imkân sağlanmıştır. Ayrıca, hâkimin, gerekiyorsa raporu veren bilirkişinin sözlü açıklamalarda bulunmak üzere, tayin edilecek oturumda hazır bulunmasını, ondan re'sen isteyebilme yetkisi de hüküm altına alınmıştır.

Maddenin son fıkrasında ise mahkemenin ihtiyaç duyması hâlinde, ek rapor isteme seçeneğini tercih etmeden, gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin için, yeni görevlendireceği bir bilirkişi aracılığıyla, tekrar bir inceleme yaptırtma yetkisinin bulunduğu hususuna açıkça işaret olunmuştur.

Madde 286- Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin, raporunda yahut sözlü açıklamalarında işaret ettiği oy ve görüşünü, hâkimin, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hususu hüküm altına alınmış; bu suretle bilirkişinin belirteceği oy ve görüşünün, bir takdiri delil niteliği taşıdığına açıkça işaret edilmiştir. Anılan hüküm çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir. Tersine bir anlayış, hâkimi, bilirkişi raporuyla, hüküm arasında bir aracı hâline getirir ki; bunun hukuk devleti ve onun bir görünüm biçimi olan yargı bağımsızlığı (Anayasanın 2 nci ve 138 inci

maddeleri) ile bağdaştırılamayacak olması sebebiyle kabulü mümkün değildir. Öte yandan, bu kural, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorundadır şeklinde de anlaşılabilir. Çünkü, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak, "Bilirkişi raporuna itiraz" başlıklı 285 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler uyarınca, zaten hâkimin sahip olduğu doğal yetkiler arasında bulunmaktadır.

Madde 287- Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin giderlerini ve ücretini talep etme yetkisi ile bu giderler ve ücretin nasıl belirleneceği hususları, hüküm altına alınmıştır. Bilirkişilik görevinin kabulünde en önemli rol oynayan, daha nitelikli kişilerin bu alana rağbet etmesini sağlayacak ve bir anlamda, deyiş yerinde ise bilirkişiliği cazip hâle getirecek olan temel öge, bilirkişi ücretidir. O nedenle, bilirkişilik ücretinin ve masraflarının objektif ölçülere göre belirlenmesini gerçekleştirmek, bilirkişiliğin bir angaryaya dönüşmesini önlemek (Anayasanın 18 inci maddesinin birinci fıkrası), nitelikli ve konusunda gerçekten uzman ve kişilik özellikleri itibarıyla da daha uygun olan kişileri, bilirkişi olarak hizmet vermeye özendirme amacıyla, Adalet Bakanlığınca, bilirkişi gider ve ücret tarifesinin düzenlenmesi ve tarifinin Bakanlıkça her yıl güncellenmesi esaslı bu maddede benimsenmiştir.

Madde 288- Maddede yer alan düzenleme ile, ceza hukuku açısından konumu hususunda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf etmek amacıyla, bilirkişinin, Türk Ceza

Kanunu anlamında kamu görevlisi olduğu hususu açık ve kesin bir dille ifade olunmuştur. Bu suretle, bilirkişinin, kamu görevlilerinin işleyebileceği suçları, yani bazı mahsus suçları işleyebileceğine, bu suçların aktif süjesi konumunda bulunabileceği hususuna açıklık getirilmiş ve ayrıca onlara yöneltilebilecek sözlü ve fiilî tecavüzlerin de önüne geçilmesi amacı güdülmüştür.

Madde 289- Bu maddede, bilirkişinin hukukî sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan hükümlerle, bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususu, bilirkişinin, Tasarıda ağır basan hâkimin yardımcısı olma niteliği de dikkate alınarak, hâkimlerin hukukî sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukukî rejimle (51 inci madde) paralellik arz edecek bir biçimde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, bilirkişinin kasten veya ağır ihmâl suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması sebebiyle, zarar görmüş olanlar, bu zararlarının tazmini için, Devlete karşı tazminat davası açabileceklerdir. Bilirkişi, yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, hâkim tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde onun yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta; yargı işlevinin daha genel plânda ise klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin işleyişine katkıda bulunmaktadır. Bilirkişilik görevi, klasik bir kamu hizmeti olan adli hizmetlerin ifasına yahut işleyişine katkı sağlamaya yönelik bir görev olduğuna göre, böyle bir hizmetin karakteristik unsurları olan aslilik ve süreklilik niteliklerini de, bünyesinde doğal olarak barındıracaktır. Her şeyden önce, bilirkişi, adli düzen içerisinde, adli organın faaliyet alanına giren işlerin bir kısmını, hâkim ya da diğer bir adli organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, ona ait kamusal yetkileri kullanmak suretiyle, onun adına daha genel plânda ise Devlet adına gerçekleştirmekte, yani, Devlet adına asli bir görev ifa etmektedir. Bilirkişilik görevi, kesintisizlik ve süreklilik de göstermektedir. Zira, bir görevin kesintisizliğini ve sürekliliğini belirleyen olgu, onun süresi değil; potansiyel olarak her an ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir durumda bulunmasıdır. Bilirkişilik görevi de, potansiyel olarak, her an ilgililerin ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde işler bir durumda bulunmaktadır. Bu durumda, onun da, kesintisiz ve sürekli olduğu söylenebilir. İlgililerin istemlerine göre zaman zaman işlerlik kazanıyor olması, bilirkişilik görevinin, potansiyel olarak taşıdığı süreklilik ve kesintisizlik niteliklerine herhangi bir hâlel getirmez; sadece söz konusu görevin taşıdığı bu niteliklerin pek belirgin bir boyut kazanmadığını ortaya koyar. Öte yandan, her bir durumda, (somut olayda) üstlenilen bilirkişilik görevi, diğerlerinden ayrı ve bağımsız

bir süreçtir ve kendi içerisinde sürekli ve kesintisizdir. Her bir durumda (somut olayda), görevi üstlenen kişilerin değişmesi ve süreli olarak faaliyet göstermesi, cevap verilmesi gereken ihtiyaçların niteliğinden ve işin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu ise hiçbir zaman bağımsız bir süreç olan bilirkişilik görevinin, kesintisizlik ve süreklilik niteliklerini taşımadığı şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki, Anayasanın 128 inci maddesinde sözü edilen ve kamu görevini belirleyen kavramlar olarak ortaya çıkan "aslilik" ve "sürekli olma" nitelikleri, çalışanın kişiliğine ve durumuna değil; yaptığı göreve bağlı koşullardır. Yani, aslilik ve süreklilik, görevi ifa edenin kişiliğinden bağımsız, onun yapmış olduğu göreve ilişkin temel niteliklerdir. Özellikle, bilirkişilik görevini ifa eden kişilerin, her bir somut olayda değişim göstermesi, bu görevin sürekli olma niteliğinden yoksun bulunduğu anlamına gelmez. Zira, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik bilirkişilik görevi, bu görevi ifa edeceklerin şahsından bağımsız olarak süreklidir. Ayrıca, sözü edilen görevin, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve doğru karara varılabilmesi için arz ettiği özel önem de dikkate alındığında, kamu yararı temeline dayandığı konusunda herhangi bir kuşku da bulunmamaktadır. Aksi takdirde, adaletin gereği gibi tecellisi de mümkün olmaz. Bütün bu

işaret edilen hususlardan hareketle, bilirkişilerin, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik, aslî, sürekli, kesintisiz ve kamu yararı temeline dayalı bulunan bir görev; yani, kamu görevi yaptıkları söylenebilir.

Anayasanın 128 inci maddesinde, kamu görevlerinin, "memurlar" ile "diğer kamu görevlileri" aracılığıyla yerine getirileceği hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren ve kapsam itibarıyla ondan daha geniş olan bir kavramdır. Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, diğer kamu görevlisi kavramının kapsamının tayininde kullanılamayacağı kendiliğinden ortaya çıkar. Genel çerçevede bir memurun varlığından söz edilebilmesi için, şu iki unsurun bir arada bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlar; ortada bir kamu hizmetinin bulunması ve kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri ifa eden kişinin, sürekli bir biçimde idarî kadro ve idarî hiyerarşi içinde yer almasıdır. Bilirkişilerin, bu tanımlama çerçevesinde, Devletin sürekli bir biçimde idarî kadrosu ve idarî hiyerarşisi içinde yer almamaları sebebiyle memur olmadıkları açıktır. Diğer kamu görevlisi kavramının unsurları ise kısaca şu şekilde ortaya konabilir; aslî ve sürekli görevlerde (kamu görevinde) çalışıp da, memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma ile Devlete kamu hukukî ilişkisiyle bağlı bulunmadır. Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş bulunması, kamu görevi yapmaları, görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabulle yükümlü tutulmaları, yemin etme yükümlülüklerinin varlığı, objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde şahsen faaliyet göstermeleri, hâkimler hakkındaki sebeplere dayanılarak reddedilebilmeleri, aynı gerekçelerle kendi kendilerini reddedebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri, görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörölmüş bulunması, bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışların Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç sayılması (m.288) ve bazı kamusal yetkilerle donatılmış olmaları, onlarla, Devlet arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğunun somut göstergelerini oluşturmaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin, kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli (yani, resmî görevli) olduğu söylenebilir.

Anayasanın 40 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların, kanuna göre Devletçe tazmin edileceği, Devletin sorumlu durumunda bulunan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olacağı; 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılacağı belirtilmiştir. Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta; aksine birbiri ile bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenlemede, memur

ve diğer kamu görevlilerinin, daha geniş bir ifadeyle resmî görevlilerin görevlerini ifa ederken yahut yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarıyla verdikleri zarardan dolayı, Devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. Bu durumda Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi, 40 inci maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli konumunda bulunan bilirkişinin, kasten yahut ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun mahkemece hükme dayanak yapılmış bulunmasından kaynaklanan zararlardan dolayı, Devlet birinci derecede sorumlu olmalı; ancak onun kusurlu bilirkişiyeye de rücu hakkı saklı tutulmalıdır. İşte, Tasarının 289 uncu maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenleme ile yukarıda anılan anayasal kuralların bir kamu

görevlisi olan bilirkişiler bakımından da, hafif ihmâl hâli kapsam dışı bırakılarak, hukukî sorumluluk noktasında somutlaştırılması sağlanmak istenmiştir. Bilirkişilik görevinin üstlenilemez hâle gelmesini önlemek amacıyla, gerçeğe aykırı rapor vermeden kaynaklanan zararlardan Devletin tazminatla sorumlu tutulmasında, gerçeğe aykırı olarak verilmiş ve hükme dayanak yapılmış bulunan raporun, bilirkişinin kasdı yahut ağır ihmâlini içeren iradesinin ürünü olması aranmış; bu düzenlemede, hâkimler bağlamında yapılan tercihte olduğu gibi, hafif ihmâl hâli ise tümüyle devre dışı bırakılmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun işletilebilmesi için, zarara uğramış olanların, çeşitli hukukî yollara başvurmak suretiyle, zararın doğmasını önlemek imkânına sahip bulunmaları hâlinde, bu yolları tüketmiş; ama yine zararın doğumunu önleyememiş olmaları da bir önkoşul hâline getirilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise verilmiş olan gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınmasından kaynaklanan zararları Devletin tazmin etmesi durumunda, asıl sorumlu konumunda olan kusurlu bilirkişiye rücu hakkının bulunduğu, yukarıda anılan anayasa kuralları da dikkate alınarak açıkça ifade olunmuştur. Çünkü, nihai plânda zararı tazmin etmekle yükümlü olan, kusurlu bilirkişinin kendisidir. Devlet burada, idarî güvence ilkesinin işlerlik kazanmış olması sebebiyle, ilgililerin mağduriyetinin önlenmesi için, zararın tazmini bağlamında devreye girmektedir.

Bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğu ise anılan yasal düzenlemenin kapsamı dışındadır. Bilirkişilerin çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakia tespitini ya da tecrübe kurallarını vakialara uygulayarak varmış oldukları sonuçları içerecek olan raporlarının hazırlanmasından önceki evrede, kamusal bir yetkiye dayalı olarak, kendilerine tevdi edilmiş olan malzemeler (sanat eserleri, teknik araçlar ve belgeler) ya da gözlem, müşahede, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle de inceleme adı altında bizatihi kişiler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür. Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdi edilmiş olan malzemeyi (örneğin; orijinalliyetini tespit bağlamında kendisine tevdi edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tayini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri), bir zarara uğratması veya tıbbî inceleme evresinde kişilerin beden tamliklerini, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi, her zaman olasıdır. Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği tartışmasız kabul edilen adli bir görevin ifası bağlamında, adli bir organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle gerçekleştirildikleri için adli-idarî eylem niteliği taşırlar ve idare bu eylemlerden kaynaklanan zararları, hizmet kusurunun varlığı nedeniyle (Anayasanın 125 inci maddesinin son fıkrası) tazminle yükümlü tutulmalı; bu durumda Adalet Bakanlığına karşı idarî yargı yerinde ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir.

Madde 290- Bu maddeyle, Devlete karşı açılacak olan tazminat davaları ile Devletin sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davalarına bakacak olan yargı yerlerinin belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin gerçeğe aykırı raporunun hükme esas alınmasından kaynaklanan zararlardan dolayı, Devlete karşı açılacak olan tazminat davasında görevli ve yetkili yargı yerinin neresi olduğu hususuna açıklık getirilmiştir.

Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında ve 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında, hakkında düzenleme öngörülen ve bilirkişinin hukukî sorumluluğu bağlamında da, Tasarının

289 uncu maddesinde somutlaştırılmış bulunan Devletin sorumluluğu, hukukî niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğu olup; haksız filler alanında da esas görevli yargı yerleri konumunda adliye mahkemeleri bulunduğu göre, bilirkişilerin, kasten yahut ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunların hükme dayanak yapılmış bulunmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı Devlet aleyhine açılacak tazminat davalarına da, adliye mahkemelerinde bakılması daha doğru olur. Bu çerçevede, Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasına gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun, ilk derece mahkemesince hükme esas alındığı hallerde, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde; bölge adliye mahkemesince hükme esas alındığı hallerde ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde bakılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise Devletin, sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davasına, tazminat davasını karara bağlamış olan yargı yerinin bakacağı hususu açıkça hüküm altına alınmıştır. Rücu davasının varlık nedeni, açılan tazminat davası sonucunda Devletin tazminat ödemek zorunda kalmış bulunmasıdır. Rücu davası, tazminat davasından kaynaklanan, onun yansıma biçimi olarak ortaya çıkan bir dava konumundadır. Dolayısıyla, Devlete karşı açılmış olan tazminat davasını hangi yargı yeri karara bağlamışsa, açılacak olan rücu davasını da, en sağlıklı ve en doğru biçimde karara bağlayacak olan yargı yeri, o yargı yeri olacaktır.

Madde 291- Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin, sürekli, Devletin kendisine yöneleceği tehdidi ve endişesiyle, görevini yapamaz hâle gelmesini önlemek amacıyla, Devletin sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davası bakımından, bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Yine, aynı düzenlemeyle, hükme esas alınan bilirkişi raporunun kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi hâlinde, bu fiil Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç oluşturduğu için (m. 276), açılacak olan rücu davasında da, ceza zamanaşımına ilişkin sürenin uygulanacağı hususuna dikkat çekilmek istenmiştir.

Madde 292- Keşif; hâkimin uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyi bizzat müşahede ederek bilgi sahibi olmasıdır. Takdiri delillerdendir. Taraflardan birinin talebi yahut mahkemece kendiliğinden keşif kararı verilebilecektir. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, bu nitelikleri taşıyan kişi de hazır bulundurulurken keşif yapılır. Gerektiğinde keşif mahallinde tanık da dinlenir. Keşif sonucu edinilen bilgi ve kanaat dikkate alınarak karar verilecektir. Taraflar sözlü yargılama aşamasına kadar keşif talebinde bulunabilirler.

Madde 293- Keşif; davaya bakan mahkeme tarafından yapılır. Keşfin konusu mahkemeye getirilebiliyorsa inceleme mahkemedede, mahkemeye getirilemiyorsa yahut bulunduğu yerde inceleme yapılması zorunlu görülüyorsa keşif, mahallinde yapılır. Toplu mahkemelerde ise keşif naip hâkim tarafından da icra olunabilir. Keşif yapılacak yer mahkemesinin yargı çevresi dışında bulunuyorsa, keşif istinabe suretiyle yapılır. Keşfin konusu büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise 26/2/1985 tarihli ve 3156 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci maddedeki düzenlemeye benzer şekilde zorunluluk olmadıkça, keşif davaya bakan mahkemece yapılacaktır.

Madde 294- Keşfin yeri, günü, saati mahkeme tarafından tespit edilir. İstinabe suretiyle yapılacak keşiflerde bu belirlemeyi istinabe olunan mahkeme yapacaktır. Resmî çalışma saatleri dışında, tatil günlerinde ve adli tatil içinde keşif yapılabilir. Davayı takip edenler mahkeme kararıyla keşfin yeri ve zamanı hakkında bilgi sahibi olacaktır. Davanın oturumlarının başında yapılan tebligatla davayı takip etmeyen kişiye, bulunmadığı oturumlarda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği tebliğ edildiğinden, keşif yeri ve zamanının bulunmayanlara ayrıca tebliğine gerek görülmemiştir.

Mahkeme; keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşif sırasında yapılan tüm işlemleri ve beyanları içeren tutanak düzenlenir ve plân, çizim, fotoğraf gibi belgeler de bu tutanağa eklenir.

Mahkeme, bir olayın nasıl gelişmiş olabileceğini tespit bakımından temsili uygulama da yapabilir. Bu uygulama mahallinde olabileceği gibi duruşma salonunda da yapılabilir.

Madde 295- Mahkeme çalışmalarının kolaylaştırılması, taraflar için dürüstlük kuralının bir sonucu, üçüncü kişiler için de kamu düzeninin sağlanmasının gereğidir. Taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve ayrıca keşfi engelleyici davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. İncelemenin konusu; beden muayenesi, doku alınması, bir belgenin tetkiki veya ziyet olunan yere girilmesi gibi zorunlulukları gerektirebilir.

İkinci fıkrada, taraflardan birinin keşif kararına uymaması yahut engelleyici davranış içine girmesi hâlinde müeyyidenin ne olacağı açıklanmıştır. O kişi, ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş, diğer taraf ise iddia edilen vaktayı kabul etmiş sayılacaktır. Kaçınma makul bir sebebe dayandırılıyorsa duruma göre bu hüküm uygulanmayabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, keşif, üçüncü kişi bakımından uygun olan zamanda yapılır. Doğaldır ki mahkeme keşif zamanını tayin ederken tarafların durumunu da göz önünde bulunduracaktır. Dava dışı olan üçüncü kişiye keşfin yeri ve zamanı hakkında keşiften önce bilgi verilmelidir. Gecikmesinde zarar doğacak hâllerde bu bildirimden vazgeçilebilir. Üçüncü kişinin keşfe karşı koyması, engelleyici davranış içerisine girmesi hâlinde, hâkim zor kullanabileceği gibi, maddedeki diğer müeyyideleri de uygular. Ancak üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme sebepleri varsa keşfe katlanmak zorunda değildir.

Madde 296- Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınma yolu da kapatılmıştır.

Madde 297- Maddede yer alan düzenlemeyle, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan "taraf bilirkişisi" veya "uzman tanık" kurumu hüküm altın alınmıştır. Esasında bu kural, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hükmü içermektedir.

Uzman görüşüne başvurulması bilirkişilikten farklıdır. Gerekli hâllerde bilirkişiye başvurulmasına mahkeme kendiliğinden veya talep üzerine karar verebilir. Ancak, tarafların bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları da mümkündür. Böylelikle, özel ve teknik konularda da tarafların uzman görüşünden yararlanmaları ve iddia veya savunmalarını bu görüşlerle desteklemeleri mümkün olacaktır. Bu gerekçelerle birinci fıkrada, ihtiyaç duyulduğunda uzman görüşüne başvurulmasına imkân tanınmıştır. Fakat, taraflara sırf bu sebeple yeni bir süre verilemez ve yargılama ertelenemez. Hâkim dosyaya sunulan uzman görüşünü serbestçe takdir edecektir. Uzman görüşüne başvuracak tarafın bu konudaki gerekli masrafları kendisinin karşılayacağı doğaldır. Mahkemeden veya karşı taraftan bu giderlerle ilgili herhangi bir talepte bulunulamaz ve bu giderler yargılama giderleri içerisinde sayılmaz.

İkinci fıkrada, görüşü alınan uzman kişinin mahkemede dinlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tarafın iddia veya savunmasını desteklemek için görüşüne başvurduğu uzman kişi, talep üzerine veya re'sen mahkemeye çağrılarak dinlenebilir. Uzman kişinin dinlendiği duruşmada hâkim veya taraflar gerekli gördükleri soruları da sorabilirler. Uzman kişinin dinlenmesi imkânının getirilmesiyle bir yandan uzmanlık gerektiren konuların daha iyi aydınlatılabilmesi, diğer yandan da çelişkili ya da eksik veya yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Uzman kişinin çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesi hâlinde, yargılamanın gecikmesini önlemek amacıyla hâkimin hazırlanan raporu değerlendirmeyeceği hususuna da bir vurgu yapılmıştır. Ayrıca hazırlanan raporla ilgili şüpheler ancak ilgili uzman dinlenerek giderilebileceğinden ve kendisi de gelmediğinde bu rapora dayanmak doğru olmayacağından böyle bir yaptırım düzenlenmiştir.

Madde 298- Maddenin birinci fıkrasında karar ile hükmün ne olduğu ifade edilmiştir.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri hükmün verilmesinin şekli ve zamanını içermektedir. Burada hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilmesi öngörülmüş, böylece tefhim edilen hüküm sonucunun, sonradan başka suret ve şekilde kaleme alınması veya böyle iddiaların ortaya atılması tehlikesinin önlenmesine çalışılmıştır.

Dördüncü fıkra hükmünde ise zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içerisinde yazılması zorunluluğu getirilmiştir.

Hükmün tefhiminin nasıl yapılacağını belirten beşinci fıkra yeni bir hüküm olup, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracak niteliktedir.

Altıncı fıkrada, usule ilişkin kararlarda hangi hususların geçerli olacağına değinilmiştir.

Madde 299- Madde "hükmün müzakeresi" başlığını taşımakta olup, ilk iki fıkra 1086 sayılı Kanundaki hükümlerin günümüz Türkçesiyle ifadesini yansıtmaktadır. Üçüncü fıkra hükmü ile bir boşluk doldurulmakta ve yargılamanın sözlü safhasında bulunmuş olan hâkimlerin hükmün müzakeresi sırasında bulunmamaları hâlinde ne yapılacağı düzenlenmektedir.

Madde 300- 1086 sayılı Kanunun 385 inci maddesinin birinci fıkrası sadeleştirilerek, bu maddenin birinci fıkrası olarak düzenlenmiş olup, görüşme ve oylama usul ve esasları gösterilmiştir.

Oy toplamada yeter sayının ne olduğunu gösteren ikinci fıkrada, oy birliği deyimine yer verilmemiştir. Oy çokluğu esasen oy birliğini de ifade edeceğinden sadece oy çokluğu denmesi yeterli görülmüştür.

Madde 301- Madde "Hükmün kapsamı" başlığını taşımaktadır. Bu madde 1086 sayılı Kanunun 388 inci maddesinin karşılığıdır. Buna göre birinci fıkrada, hükmün Türk Milleti adına verileceği belirtildikten başka, 1086 sayılı Kanun hükmü muhafaza edilmiştir. Beş bent hâlinde ifade edilen unsurları taşıyan ve mahkeme tarafından hazırlanan metin, hükmü oluşturmaktadır. Bu unsurların dosyadaki kayıtlarla doğrulanmasının gerekli olduğu tabiidir.

Maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki hükümlerle, "Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası" yazılması mecburiyeti getirilmiş, (ç) bendinde ise "taraplardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi" yeni bir hüküm olarak öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 388 inci maddesinin ikinci fıkrası karşılığıdır. Bu kuralla hükümlerin açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde yazılması öngörülmüştür.

Madde 302- Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 387 nci maddesini karşılamaktadır. Buna göre hükmün, hükmü veren hâkim tarafından yazılması esastır. Hükmün, toplu mahkemelerde başkan veya onun tarafından seçilen ve hükme katılmış olan hâkimlerden biri tarafından yazılması esası getirilmiştir.

İkinci fıkrada, duruşma tutanağına geçirilmiş hüküm sonucu ile gerekçeli hükümde yer alan hüküm sonucu arasında farklılık yaratılmayacağı kuralı kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkrada, çoğunluk görüşüne katılmayan hâkimin karşı oy yazısına, gerekçesiyle birlikte, hükümde yer verileceği belirtilmiştir.

Son fıkra, 1086 sayılı Kanunun 390 inci maddesinde yer alan hükmün günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Böylece hükümde güven sağlanmış olmaktadır.

Madde 303- Madde "Hükmün imza edilememesi" başlığını taşımaktadır. Bu yeni bir düzenlemedir. Yargılamanın duraklamadan yürütmesini sağlamak amacıyla, hüküm sonucunun duruşma tutanağına yazılıp tefhim edilmesinden sonra hakim ölür veya gerekçeli kararı yazamayacak veya imza edemeyecek duruma düşerse, onun yerine gelen hâkim tarafından hükmün imzalanacağı kuralı getirilmiştir. Toplu mahkemelerde hakimlerden birisi aynı durumda olursa, bu durumun başkan veya en kıdemli hâkim tarafından hükmün altına yazılacağı kabul edilmiştir.

Madde 304- Bu maddede 1086 sayılı Kanunun 391 inci maddesinin günümüz Türkçesiyle ifadesi aynen korunmuştur. Ancak hükmün saklanması görevi yazı işleri müdürüne değil, adli teşkilat

içerisinde arşiv kurulması esası da benimsendiğinden bu amaçla görevli memur tarafından arşivde saklanması esası getirilmiştir.

Madde 305- Madde "Hüküm nüshası" başlığını taşımakta olup, birinci ve ikinci fıkra hükümleri 1086 sayılı Kanunun 392 nci maddesinin günümüz Türkçesiyle ifade edilmiş şeklidir. 1086 sayılı Kanundaki "mahkeme mührünün bulunması"na ilişkin düzenleme, sistematik açıdan daha uyumlu olacağı düşüncesiyle bu maddeye alınmıştır.

Taraflara verilen hüküm suretleri ilâm adını almaktadır. Suret deyiminin taşıdığı anlam bakımından, bunların her birinin aslıyla aynı olmasını gerektirir. Ancak, herhangi bir sebeple nüshalar arasında fark bulunduğu takdirde, karar kartonundaki nüshanın esas alınacağı vurgulanmıştır.

Madde 306- Bu madde ile, taraflarca ilâmın alınması ve kesinleşme şerhinin ne suretle verileceği hususları düzenlenmiştir. Buna göre, ilâmı almak isteyen taraf, karar ve ilâm harcının tamamını değil, hüküm sonucunda kendisine yüklenmiş olan kısmını ödemek

durumundadır. Taraflardan birinin kendisine yüklenmemiş olan harcı ödemeye zorlanması doğru görülmemiştir. Bu düzenleme hakkaniyete uygun düşmektedir. Aslında karar ve ilâm harcı süresinde ödenmediği takdirde kanunî yoldan tahsili her zaman mümkündür. Bu açıdan diğer tarafın, ödemekle yükümlü olduğu harcın tahsil edilmemiş olması, ilâmın verilmesine engel oluşturmayacaktır. Son fıkra hükmü, kesinleşme şerhinin nasıl verileceği prosedürünü düzenlemektedir.

Madde 307- Bu maddede kesin hüküm, kesin hükmün unsurları ile tarafları ve üçüncü kişiler açısından sonuçları düzenlenmiştir. Kesin hükmün, bir bakıma, davayı etkileyecek nitelikte kesin bir delil teşkil etmesi yönünden deliller bölümünde ele alınması gerekeceği düşünülebilir. 1086 sayılı Kanunda bu madde, deliller faslında yer almış bulunmaktadır. Ancak müessesenin asıl özelliği, hüküm olma niteliğinden ileri gelmektedir. Hükümden sonraki bir safhayı ifade etmesi ve verilecek diğer hükümleri de etkileyecek kuvvette olması bakımından, yakın ve hatta doğrudan doğruya ilgisi sebebiyle bu maddeye "Hüküm" bölümünde yer verilmesi daha uygun bulunmuştur.

Maddenin birinci fıkrasında kesin hükmün "şeklî anlamda kesin hüküm" ve "maddî anlamda kesin hüküm" ayrımı vurgulanarak, kesin hüküm tarif edilmektedir. Bu tarif, maddî anlamda kesin hüküm kapsamaktadır. Bir hükmün maddî anlamda kesin hüküm hâline gelebilmesi için öncelikle o hükmün şeklî anlamda kesinleşmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, şeklî anlamda kesin hüküm, maddî anlamda kesin hükmün bir ön koşuludur. Bu bağlamda, bir dava bakımından, diğer bir dava sonunda verilmiş ve usulen kesinleşmiş hükmün, kesin hüküm sayılabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin (vakıaların) ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Bir hüküm, dava veya karşılık dava ile ileri sürülen taleplerden, ancak hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder. Bu bakımdan talep sonuçlarından bir kısmı, maddedeki açıklığa rağmen, hüküm dışı bırakılmış ise olumlu veya olumsuz şekilde hükme bağlanmamış olan o konu hakkında, ayrıca dava açılması mümkün olacaktır. O hâlde kesin hükmün, sadece çekişmeli yargıya ait işlerde söz konusu olacağını ve kesinlik kavramının hüküm sonucu ile sınırlı olduğunu vurgulamakta yarar vardır. 1086 sayılı Kanunun "Kaziyei muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir." hükmü, ikinci fıkrada daha açık ifade edilmiştir. Örneğin, sadece dava şartlarının bulunmaması sebebiyle verilmiş ve kesinleşmiş olan hükmün daha sonra açılan davada esas bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği daha açık düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkraya göre, kesin hüküm davanın taraflarından başka onların küllî halefleri (örneğin; mirasçılar) bakımından da geçerlidir.

Bundan başka kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu olan şeyi taraflardan devralan veya bu şey üzerinde rehin, intifa gibi sınırlı bir aynî hak ya da ferî zilyetlik kazanan kişiler hakkında da geçerlidir. Şu kadar ki, Türk Medenî Kanununun iyiniyetle mal edinme hükümleri bu hâlde saklıdır.

Beşinci fıkra hükmü, kesin hükmün üçüncü kişilere tesirinin sınırlarını belirleme ve bu konuda hasıl olabilecek tereddüdü ortadan kaldırma amacını taşımaktadır. Müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hükmün diğerlerine etkisi olmayacaktır.

Madde 308- 1086 sayılı Kanunun 459 uncu maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu madde ile karardaki açık hataların mahkemece re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine tashihi edilebileceği esası getirilmiştir. Ancak karar tebliğ edildikten sonra mahkemenin karardaki açık hatayı düzeltbilmesi için tarafları dinlemesi; yapılan davet üzerine taraflar gelmedikleri takdirde düzeltmenin dosya üzerinde yapılabileceği öngörülmüştür. Böylece taraflara tebliğ edilmiş bir kararda düzeltme yapılması hâlinde, tarafların elindeki ilâmla mahkeme karar kartonunda muhafaza edilen karar aslı arasında fark olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Madde 309- 1086 sayılı Kanunun 455 inci maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu madde ile hükmün tavihi konusu yeniden düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir hükmün cebrî icra yoluyla yerine getirilmesinde veya uygulanmasında tereddüt doğurabilecek diğer hâllerde; icraya konu olan hüküm bir eda davasına ait ise icrası tamamlanıncaya kadar, diğer durumlarda, yani tespit hükümlerinde veya inşâî hükümlerde ise uygulanması söz konusu olduğu sürece tavih yoluna başvurulabilmesi öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrası ile tavihin sınırları belirtilmiştir.

Madde 310- 1086 sayılı Kanunun 456 ve 457 nci maddelerindeki düzenlemelere karşılık gelen bu maddeyle tavih usulü düzenlenmiştir. Mahkeme tavih talebini yerinde gördüğü takdirde, "Hükmün tashihi" başlıklı 308 inci maddede öngörülen usule göre gerekli düzeltmeyi yapar.

Madde 311- Davadan feragat ilişkin 1086 sayılı Kanunun 91 inci madde hükmü korunurken, maddeye kısmen feragati de ifade edebilecek biçimde, talep sonucundan kısmen vazgeçmenin de mümkün olduğu hususu dahil edilmiştir. Kural olarak, davacı her davadan hiçbir kayda tâbi olmaksızın feragat edebilir. Ancak "Cumhuriyet savcısının davada yer alması" başlıklı 75 inci maddenin üçüncü fıkrasında gösterildiği üzere, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden, bu nevi davalarda davacının feragat etmesi sonuç doğurmaz.

Madde 312- 1086 sayılı Kanunun 92 nci maddesindeki düzenlemede, davayı kabul, hatalı bir biçimde iki tarafça da yapılması mümkün olan bir işlem olarak tanımlanmakta idi. Oysa, davayı kabul, ancak kendisine karşı bir talepte bulunulan davalı tarafından yapılabilecek bir işlemdir. Maddede, kabulün davalı tarafça yapılacak bir işlem olduğuna açıklık getirilmiş, ayrıca kısmen kabulün de mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kabulün, sadece tarafların, konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda mümkün olduğu ve davayı sona erdirici bir etki doğuracağı açıklanmıştır. Doktrin ve mahkeme içtihatları da bu yöndedir.

Madde 313- Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 93 üncü maddesinin karşılığıdır. Bu fıkrada feragat ve kabul işleminin belli bir geçerlilik şekline tâbi olmadığı, mahkemeye yöneltilmiş bir irade beyanı olarak yapılmasının yeterli olduğu vurgulanmıştır.

İkinci fıkra ile feragat ve kabulün, karşı tarafın veya mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı, böylece tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Yargılama sırasında taraf usul işlemi olarak ortaya çıkan feragat ve kabulün, davaya son veren işlem olarak hüküm ifade edebilmesi için, irade beyanlarında hiçbir tereddüdün bulunmaması gerekir.

Maddenin son fıkrasında açıklanan kurala göre, feragat ve kabulün kayıtsız ve şartsız yapılmış olması gerekir. Zira, kayıt ve şarta bağlı beyanlarda, kısmen de olsa ihtilaf devam ettirilmekte ve böylece davaya son veren işlem tamamlanmamaktadır.

Madde 314- Bir davada, tarafların tek taraflı irade beyanları ile uyuşmazlığı sona erdirmeleri, kural olarak, mahkemece o konuda verilen hükmün kesinleşmesine kadar mümkündür.

Madde 315- Feragat veya kabul, davaya son veren taraf işlemlerinden olup maddî anlamda kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Feragat ve kabule ilişkin irade beyanları, hata, hile veya ikrah sebeplerinden biriyle sakatlanmış ise beyanda bulunan taraf, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde, iradeyi sakatlayan sebebi ispat etmek şartıyla, feragat veya kabulün iptali için dava açabilir.

Madde 316- Yargılama giderlerinin hangi tarafa yükleneceği genel olarak, "Yargılama giderlerinden sorumluluk" başlıklı 330 uncu maddede gösterilmiş ise de, feragat ve kabul davayı bitiren taraf işlemi olduğundan, tereddütleri gidermek bakımından, ayrıca düzenlenmesinde yarar görülmüştür. Madde, 1086 sayılı Kanunun 94 üncü maddesinin dili günümüz Türkçesine uyarlanarak, yeniden kaleme alınmıştır. Esasa ilişkin bir yenilik yoktur.

Madde 317- Birinci fıkrada, 1086 sayılı Kanunda bulunmayan, ancak caiziyeti konusunda da bir tartışma olmayan sulh sözleşmesi tanımlanmıştır.

Dava konusu olan bir hak üzerinde, davanın tarafları arasında yapılacak bir sözleşme ile uyuşmazlığın giderilmesi her zaman mümkündür.

Tarafların mahkeme dışında yapacakları sulh, kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak bir maddî hukuk işlemidir. Mahkeme dışı sulh borçlar hukukunun konusu olduğundan, bu maddede düzenleme dışı bırakılmıştır. Taraflardan birinin, mahkeme dışı sulh sözleşmesinin yapıldığı ve bu sözleşmeye uygun olarak mahkemece bir karar verilmesi gerektiği yolundaki iddia ve talebi, diğer tarafça kabul edilmediği takdirde, onun varlığının ve kapsamının iddia eden tarafça ispatlanması gerekecektir. Maddede, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan hak üzerindeki anlaşmanın yargılamaya etkisi olduğundan, sadece mahkeme içi sulh düzenlenmiştir.

Tarafların, dava konusu hak üzerindeki kısmî kabul ve kısmî feragatleri yoluyla meydana gelen sulh, ancak üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek davalarda, davayı sona erdiren bir etkiye sahiptir.

Sulh sözleşmesi, her ne kadar mahkeme içi sulhe ilişkin ise de, tarafların, görülmekte olan davaya konu hak üzerinde uzlaşabilmelerinin şartı olarak, dava konusu olmayan hususlar üzerinde de uzlaşmaya vararak, bunu, mahkeme içi sulh sözleşmesine dahil etmelerinde bir sakınca yoktur. Zira dava sulh ile sona erdiğinden, mahkeme dava konusu olmayan bir husus hakkında karar vermiş de olmayacaktır.

Sulhün, sözleşmesel niteliği gereği, şarta bağlı olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu düzenleme, mahkeme tarafından, şarta bağlı bir hüküm verilebileceği anlamına gelmez. Zira sulh, mahkemenin bir hükmüne gerek kalmaksızın davaya son veren usulî bir sözleşme olduğundan, şarta bağlı sulh ile dava kendiliğinden sona erecek ve mahkeme de sulh sebebiyle, karar verilmesine yer olmadığını tespit ile yargılamayı sona erecektir.

Ancak "Cumhuriyet savcısının davada yer alması" başlıklı 75 inci maddenin üçüncü fıkrasında gösterildiği üzere, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden, bu nevi davalarda tarafların sulh olmaları sonuc doğurmaz.

Madde 318- Bir davada, tarafların anlaşmaları yoluyla uyuşmazlığı sona erdirmeleri, kural olarak, mahkemece o konuda verilen hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür.

Madde 319- Birinci fıkrada, davaya son veren bir usul sözleşmesi olan mahkeme içi sulhün, mahkemece bir hüküm verilmesine gerek kalmaksızın davayı sona erdireceği düzenlenmiştir. Tarafların sulh sözleşmesi yapmaları durumunda, mahkeme, "esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına" ya da "sulh sebebiyle, hüküm verilmesine yer olmadığına" karar vererek yargılamaya son verecektir. Mahkeme içinde gerçekleşen bu sulh, kesin hüküm gibi hukukî sonuçlara sahiptir. Sulhün şarta bağlı olarak yapılmış olması da, yargılamanın kesin bir hükümle sona ermiş sayılmasına engel değildir. Zira mahkeme içi sulh ile, o davaya konu olan uyuşmazlık, kesin hükme benzer şekilde, ortadan kaldırılmıştır ve o davanın tarafları arasında, o konuda aynı sebebe dayanan yeni bir davanın görülmesi mümkün değildir.

İkinci fıkrada, tüm sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların iradelerini sakatlayan, hata, hile ve ikrah gibi bir sebebin varlığı durumunda veya sulh sözleşmesindeki hükümlerin, zor durumda olan taraf için gabin teşkil ettiği hâllerde, söz konusu sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyen tarafın, borçlar hukukundaki kurallar çerçevesinde, sulhün iptali için dava açması mümkündür. Ortada mahkemece verilmiş bir hüküm bulunmadığından, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi de mümkün olmadığından, kesin hüküm niteliğindeki sulhün, iradeyi sakatlayan sebeplere veya gabine dayanılarak iptali için ayrı bir dava açılması gerekecektir.

Madde 320- Maddede, yazılı yargılama usulü dışında kalması gereken, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında yarar bulunan dava ve işlerin basit yargılama usulüne tâbi tutulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, daha önce 1086 sayılı Kanunda yer alan basit, seri ve sözlü yargılama usulüne tâbi dava ve işler incelenerek, bunların içinden hukuken ve fiilen uygulanma imkânı kalmayanlar maddeye alınmamış, bunun dışında kalanlarda ise gerçekten özel bir yargılama usulünün uygulanması gerekenler, basit yargılama usulüne tâbi tutulmuştur.

Maddede hem özel olarak sayım hem de genel atıf söz konusudur. Özel olarak sayılanlar dışında, kendi özel hükümlerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı ya da 1086 sayılı Kanun dikkate alınarak seri ve sözlü yargılama usulünün uygulanacağı belirtilen dava ve işlerin de basit yargılama usulüne tâbi olacağı öngörülmüştür. Böylece yeni düzenlemeyle bir boşluğun doğması ve tereddüt edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Madde 321- Maddede basit yargılama usulünde dilekçelerin verilmesi aşaması düzenlenmiştir. Zira, bir yargılama usulü düzenlendiğinde temel aşamalar olarak dilekçelerin verilmesi, tahkikat ve hüküm aşamalarının doğru düzenlenmesi, o yargılama usulünün sağlıklı uygulanmasını kolaylaştıracaktır.

Birinci fıkrada, günümüz şartları itibarıyla, her yerde dilekçe yazmanın ve yazdırmanın kolay bir iş hâline gelmesi karşısında, davanın dilekçe ile açılması ve dilekçe ile cevap verilmesi kuralı uygun bulunmuştur.

İkinci fıkrada cevap süresi düzenlenmiş, belirtilen süre içinde cevap dilekçesinin hazırlanması mümkün olmazsa bir defaya mahsus sürenin uzatılabileceği kabul edilmiştir. Cevap ek süresinin verilmesi için de, davalının cevap süresinde mahkemeye başvurusu aranmıştır. Ek cevap süresi talebi hakkında tarafların durumdan haberdar edilmesi de fıkrada yer almıştır. Böylece taraflar, bu konuda üzerlerine düşeni gecikmeden yerine getirebileceklerdir. Cevabın mümkün olduğunca yargılamayı uzatmadan verilmesinin sağlanması için, böyle bir düzenleme yapılmıştır.

Üçüncü fıkrada, yazılı yargılama usulüne göre, basit yargılama usulüne tabi davaların daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlamak amacıyla, dilekçelerin verilmesi aşamaları kısaltılmış, tarafların yalnızca dava ve cevap dilekçeleri verebilecekleri, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerini veremeyecekleri açıkça düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, gerek davanın açılması gerekse cevap verilmesinin dilekçe ile olacağı açıkça düzenlenmiş bulunduğundan bu fıkra ile bağlantılı olarak, basit yargılama usulünde daha kolay dava açılması veya cevap verilmesini sağlamak için, yönetmelikte belirtilecek formların doldurulması suretiyle de dava açılıp cevap verilmesi, dördüncü fıkra hükmüyle mümkün kılınmıştır. Bu forma yer verilmesinin amacı, hem kişilerin hak arama imkânlarını daha sağlıklı ve zarara uğramadan, usulüne uygun yerine getirmelerini, hem de yargı organlarına başvuruların düzenli olmasını sağlamaktır. Böylece bir yandan yanlış yönlendirmelerle kişilerin hak kaybının önüne geçilecek, hem de yargı organları daha düzenli dosya oluşturacaktır.

Madde 322- Delillerin verilmesi ve ilgili yerlerden getirilmesi, yargılamada önemli bir aşamayı oluşturmakta, yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve uzayıp uzamaması bakımından önem taşımaktadır. Bu sebeple, yazılı yargılama usulünde de yer alan delillerin gösterilmesi ve verilmesi ile ilgili hükümlere paralel şekilde, tarafların tüm delillerini dilekçelerinde açıkça göstermeleri ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirtmeleri aranmıştır. Ayrıca taraflara, ellerindeki delilleri dilekçelerine

ekleme ve başka yerden getirilecek belge ve dosyalara ilişkin bilgileri de dilekçelerinde belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Bu hüküm de basit yargılama usulünün amacına uygun olarak kısa sürede tüm delillerin toplanarak incelenmesi için kabul edilmiştir.

Madde 323- Yazılı yargılama usulünde, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağıyla ilgili farklı aşamalar ve ihtimaller dikkate alınmıştır. Basit yargılama usulünde ise bu usulün gereği olarak yasağın, davacı bakımından davanın açılmasıyla, davalı bakımından cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlatılmıştır. Bu sebeple, basit yargılama usulüne tâbi dava ve işlerde taraflar daha dikkatli davranmalı, talep ve savunmaları konusunda daha titiz olmalıdırlar. Bununla birlikte iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları burada da aynen geçerli olacaktır.

Madde 324- Yazılı yargılama usulünde, dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, önce ön inceleme, daha sonra tahkikat aşamasına yer verilmiştir. Basit yargılama usulünde de temelde bu aşamalar yer almakla birlikte, yargılamanın daha kısa sürede tamamlanabilmesi için bunlar birbiriyle bağlantılı olarak birlikte düzenlenmiş, işlemler basitleştirilmiş ve süreler daha kısa tutulmuştur.

Birinci fıkra ile, bazı, basit yargılama usulüne tâbi dava ve işlere dosya üzerinden de karar verilmesi mümkün hâle getirilmiştir. Hatta basit yargılama usulüne tâbi dava ve işler

sayılırken bu durum ayrıca bir bentte düzenlenmiştir. Bu sebeple, dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçeler ve dosyada yer alan deliller yeterli görülüyorsa, ayrıca ön inceleme yapmadan ve duruşma açmadan da karar verilebilir. Bir tereddüt olmaması için, bu husus birinci fıkrada açıkça belirtilmiştir.

İkinci fıkrada, yazılı yargılama usulünde yer alan ön inceleme aşamasının yerine geçecek olan, ilk duruşmada nelerin yapılacağı belirtilmiştir. Basit yargılama usulünde ilk duruşma, yazılı yargılamadaki ön inceleme aşamasının yerini almıştır. Bu duruşmada, daha önce dosya üzerinden karar verilmemişse, usule ilişkin (dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili) hususlarla hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine ilişkin hususlarda tarafların dinlenmesi; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususların tespiti yapılacaktır. Uyuşmazlık konularının tespit edilmesinden sonra hâkim, tarafları sulhe yahut arabuluculuğa teşvik edecek, tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların neler olduğu tutanağa yazılacak ve tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanacaktır. Tahkikat, bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülecektir.

Üçüncü fıkra, tahkikatın basit yargılama usulünde nasıl yürütüleceğini belirtmektedir. Tahkikat işlemleri kural olarak yazılı yargılama usulüne göre yapılacaktır. Ancak burada bazı önemli farklılıklar kabul edilmiştir. Tahkikatın kısa sürede tamamlanması için tahkikat işlemlerinin ilk oturum hariç iki duruşmada, toplam üç oturumda tamamlanması ilkesi kabul edilmiştir. Duruşmaların arası da en fazla bir ay olmalıdır. Böylece, hâkimin dosyadan uzaklaşmadan daha çabuk inceleme yapıp sağlıklı bir karar vermesi de mümkün olabilecektir. Bununla birlikte, işin niteliğine göre, hâkimin, bir aydan sonraya oturum günü koyup üçten fazla duruşma yapması da mümkün kılınmıştır. Ancak bu durum istisna olarak kabul edilmiş olup, hâkimin zorunluluklar dışında bu yola başvurmaması için, gerekçesini belirtmesi gerekir. Bu şekilde yazılacak gerekçede de soyut ve genel açıklamalar değil, somut ve olaya uygun vakıalar açıklanmalıdır.

Basit yargılama usulüne tâbi davaların kısa sürede tamamlanmasını sağlamak ve davayı uzatıcı işlemler konusunda da daha titiz davranılmasını temin etmek amacıyla, dördüncü fıkradaki kural benimsenmiştir. Bu kural gereğince, basit yargılama usulünde, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır. Böylece, en fazla bir kez, dosyanın işlemden kaldırılmasına imkân tanınmış, tekrarı hâlinde davanın açılmamış sayılması kuralı kabul edilmiştir.

Madde 325- Maddenin birinci fıkrası uyarınca basit yargılama usulünde tahkikatın tamamlandığı duruşmada, hâkim, tarafların son beyanlarını alıp yargılamanın bittiğini bildirerek, kararını tefhim edecektir. Bunun dışında taraflara beyanda bulunmak için ayrıca süre verilmeyecektir. Dolayısıyla

hâkimin ve tarafların yargılamanın seyrini iyi takip etmeleri gereklidir. Basit yargılama usulünde, tahkikat işlemlerinin arka arkaya yapıldığı ve duruşma aralıklarının birbirine yakın olduğu düşünülürse, son duruşmada karar vermenin zor olmayacağı da açıktır.

İkinci fıkrada, basit yargılama usulünde, tefhimin mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesiyle birlikte açıklanmasıyla gerçekleşeceği hususu belirlenmiştir. Böylece, kararın tefhimi ve gerekçeli kararın tebliği için ayrıca zaman kaybedilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Sadece zorunlu hâllerde, hâkim, sebebini de tutanağa geçirerek, hüküm özetini yazdırıp kararı tefhim edebilir. Bu durumda da, gerekçeli kararın yazılması için kısa bir süre öngörülmüştür.

Madde 326- Maddede, basit yargılama usulünde uygulanacak hükümler arasındaki ilişki düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, basit yargılama usulüne tâbi dava ve işlere, öncelikle, varsa kendi özel hükümleri ve bu Kısımda yer alan hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır. Ayrıca, basit yargılama usulüne ilişkin özel hüküm bulunmayan hâllerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilerek, bu konuda ortaya çıkacak tereddütler de giderilmiştir.

Basit yargılama usulünün uygulanacağı dava ve işler arasında, sulh hukuk mahkemesinin görevine giren dava ve işler en başta yer almaktadır. Sulh hukuk mahkemesinin görevlerinden biri de, taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları görmektir. Paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi gereken hâllerde, uygulamada çoğunlukla karşılaşıldığı üzere, satış yapılması söz konusu olabilir. İkinci fıkrada, bu satışın nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Satış gereken hâllerde, sulh hukuk hâkimi bu konuda bir memuru görevlendirecek, satışa ilişkin olarak da İcra ve İflâs Kanununun bu konudaki hükümleri uygulanacaktır. Bu fıkra, 1086 sayılı Kanundaki hükümlere paralel bir düzenlemedir. Bu hüküm dışında, 1086 sayılı Kanunun paylaşırma ve ortaklığın giderilmesine ilişkin diğer hükümlerine yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Yeni düzenleme ile, paylaşırma veya ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda, sulh hukuk mahkemesinin tam olarak görevli olduğu ve basit yargılama usulünün uygulanacağı ilkesi benimsenmiştir. Sadece satış için ayrıca bir memurun görevlendirilmesi ve İcra ve İflâs Kanununun bu konudaki hükümlerinin uygulanacağı özel olarak kabul edilmiştir.

Madde 327- Maddeyle, davadaki hangi masrafların yargılama gideri olarak kabul edildiği ayrı ayrı sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

Maddenin (f) bendindeki tanık ücret ve giderleri ile (ğ) bendinde yer alan, vekille takip edilmeyen davalarda tarafın hazır bulunması veya dava vekille takip edildiği hâlde mahkemenin tarafı bizzat dinlemek üzere mahkemeye çağırması durumlarında, ilgililere ödenecek ücret ve giderlerin tutarı, bu kişilerin mahkemeye ulaşmak için harcadıkları yol, konaklama ve yiyecek gibi masrafların toplamıdır. Ayrıca bu kişilerin bir kamu hizmetini yerine getirdikleri de nazara alınarak normal bir kişinin bu iş sebebiyle mahrum kaldığı makul bir kazancın da gider olarak dikkate alınması gerekir. (f) bendinde diğer bir grup olarak yer alan bilirkişinin ücret ve gideri de "Bilirkişi gider ve ücreti" kenar başlıklı 287 nci madde uyarınca Adalet Bakanlığınca çıkarılıp her yıl güncellenecek olan tarife gereğince hesaplanmalıdır.

Maddenin (f) ve (ğ) bendi dışında kalan bentlerinin kapsamı, idarî düzenlemeler ve belgelerle sabit olacaktır.

Madde 328- "Harç ve avans ödenmesi" başlıklı 125 inci maddede davacının dava masraflarının karşılığı olarak avans ödemesi öngörülmüştür. Bu avans, davacının delillerinin toplanması için yapılması gereken harcamaları da kapsar. Bu maddede ise daha çok davalının delillerinin toplanması için ödemesi gereken avans düzenlenmiştir. Öte yandan davacının avansı yönünden "Dava şartları" başlıklı 119 uncu maddede hüküm getirilmiştir. Davacının avansı yatırmış olması dava şartlarındandır. Şu hâlde davacı avansının yargılamanın devamı sırasında yetersiz kalması hâlinde, uygulanacak hüküm, bu maddeden ziyade 125 inci madde hükmüdür.

Madde, esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 414 üncü maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. 1086 sayılı Kanunun 414 üncü maddesi hükmüne göre hâkimin, gösterdiği herhangi bir delil için ilk duruşma gününe kadar masraf yatırması yönünde ilgili tarafa süre verebilmesi, bu sürenin sonuna kadar masrafın yatırılmaması durumunda ise ikinci kez süre vermesi mümkündür. İkinci süre, 1086 sayılı Kanunun 163 üncü maddesi uyarınca kesindir. Kanundaki bu hükümler dolayısıyla, ilgili tarafın dosyayı yeterince takip etmemesi veya yargılamayı uzatma niyetinde olması gibi sebeplerle, davada başkaca işlem yapılmaksızın yargılama en az bir oturum ertelenmektedir. Yapılan yeni düzenlemeye göre, "Kesin süre" kenar başlıklı 100 üncü madde uyarınca hâkimin genel olarak ikinci kez süre verebilme imkânı var ise de bu maddede bu hususun istisnası düzenlenmiştir. Yani, sunulan delilin getirilmesi amacıyla masraf yatırılması için, mahkemece ilgili tarafa verilecek süre kesindir. Bu hüküm gereğince, taraflardan birinin mahkemeye sunacağı delille ilgili masrafı, verilen kesin süre içinde yatırmaması durumunda diğer tarafın bu masrafı yatırması mümkündür. Aksi takdirde verilen süre içinde masrafı yatırmayan taraf delilden vazgeçmiş sayılacak ve kesin sürenin istisnasının bulunmamasından dolayı yargılamanın bir oturum ertelenmesi engellenmiş olacaktır.

Maddenin son fıkrasıyla "Re'sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler" kenar başlıklı 329 uncu maddeye atıf yapılmıştır.

Madde 329- Madde, 1086 sayılı Kanunun 415 inci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Maddede tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalara ait yargılama giderleri düzenlenmiştir. Bu davalarda toplanacak deliller için gereken giderin yatırılmasıyla ilgili, süre bakımından işlemin hızlandırılmasını sağlayacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki; mahkemenin, giderlerin yatırılması için taraflardan birisi veya belirteceği oranda ikisine yedi günlük kesin süre vermesi ve bu süre içinde ilgisinin giderleri ödemesi öngörülmüştür. Şayet bu süre içinde giderler yatırılmaz ise mahkemenin ikinci bir süre verme imkânı olmayıp, masrafların ileride haksız çıkandan alınmak üzere Hazineden ödenmesine karar vermesi gerekecektir.

Re'sen yapılması gereken işlemlere örnek olarak; 3402 sayılı Kadastro Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki "Hâkim re'sen lüzum gördüğü diğer delilleri toplayarak taşınmaz malın kimin adına tescil edileceğine karar vermekle yükümlüdür." şeklindeki hüküm ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 146 ncı maddesinde yer alan Cumhuriyet savcısının mutlak butlan davası açması, 183 üncü maddedeki velayetle ilgili hâkimin re'sen gerekli önlemleri alması, 284 üncü maddedeki soybağına ilişkin davalar, 346 ncı maddedeki çocuğun korunması için uygun tedbirlerin alınması, ayrıca söz konusu Kanunun 348 ve 349 uncu maddelerinde yer alan velayetin kaldırılmasıyla ilgili hükümler gösterilebilir.

Madde 330- Maddenin birinci ve ikinci fıkraları 1086 sayılı Kanunun 417 nci, üçüncü fıkrası da 419 uncu maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir.

1086 sayılı Kanunun 416 ncı maddesinin düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü, istisnaî hâller hariç olmak üzere yargılama giderlerinin haksız çıkan taraftan alınacağı, bu düzenlemenin birinci fıkrasında belirtilmiştir.

Birinci fıkra hukukî korunma isteğinde haklı çıkmanın doğal bir sonucudur. Haksız dava açan veya haksız olarak aleyhine dava açılmasına sebebiyet veren kişi bütün dava masraflarıyla sorumlu olacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, davanın kısmen kabul kısmen reddi hâlinde yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranlarına göre paylaştırılacağı, hüküm altına alınmıştır. 1086 sayılı Kanunun, bu fıkranın karşılığı olan 417 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, davanın kısmen kabul kısmen reddi durumunda yargılama giderlerinin paylaştırılması hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Yapılan yeni düzenlemede ise tarafların haklılık oranları dikkate alınarak masrafların paylaştırılması esası benimsenmiştir. Yani bu hüküm gereğince hâkim, tarafların haklılık oranları dışında başka bir kritere göre takdir hakkı kullanamayacaktır.

Aleyhine karar verilen tarafta birden fazla kişi var ise yargılama giderlerinden ne şekilde sorumlu tutulabilecekleri üçüncü fıkroda açık şekilde düzenlenmiştir.

Madde 331- Madde, 1086 sayılı Kanunun 418 inci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şekli olup, esaslı bir değişiklik içermemektedir. Birinci fıkra hükmüne göre, davada dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf, lehine karar verilse dahi, yargılama giderlerinden sorumlu tutulabilecektir. Ancak, karar ve ilâm harcından bu durumda da davayı kaybeden sorumlu olacaktır.

Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, davalı sıfatı mevcutmuş gibi davranarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet veren kişinin, hakkında açılan davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddedilmesi hâlinde, kendi yararına yargılama giderine hükmedilemeyeceği hususu ilâve edilmiştir.

Madde 332- Madde, 1086 sayılı Kanunun 420 nci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Bu hükümle fer'î müdahilin yargılama giderlerinden sorumluluk durumu düzenlenmiştir. Düzenleme fer'î müdahil için hüküm tesis edilemeyeceği kuralının bir sonucudur. Aslî müdahil ise taraflardan herhangi biri yanında yer almayıp kendi adına bir hak iddiasıyla davaya dahil olduğundan, tarafın tâbi olduğu kurallar çerçevesinde yargılama giderlerinden sorumludur.

Madde 333- Maddenin birinci fıkrası 1086 sayılı Kanunun 421 inci, ikinci fıkrası da 422 nci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Kötü niyetli kişileri caydırıcı bir hükmün zaruri olması sebebiyle bu kişiler aleyhine, karşı tarafın vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûmiyet kararının verilmesi öngörülmüştür.

İkinci fıkroda ise kötü niyetli davalı veya hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafın adli teşkilatı kötü niyetle meşgul etmesi, ayrıca disiplin para cezası ile cezalandırılmıştır.

Madde 334- Taraflardan biri herhangi bir avukatla vekâlet sözleşmesi yaparak, aralarında kararlaştırdıkları ücret karşılığı davada kendisini vekille temsil ettirebilir. Bu sözleşme Borçlar Kanununun genel hükümlerine tâbi olup, karşılığında avukatın aldığı ücret, yargılama gideri olan vekâlet ücretinden farklıdır. Vekâlet ücreti, davada haklı çıkan tarafın davasını vekille takip etmesi durumunda, diğer yargılama giderlerinin dışında, lehine hükmedilen bir tutardır. Bu ücret, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanır ve yargılama giderleri kapsamındadır.

1086 sayılı Kanunun 424 üncü maddesinde, vekil ile müvekkil arasında yapılan davayı takiple ilgili ücret sözleşmesinin esas ve usulü düzenlenmiş olup, yukarıda da ifade edildiği üzere bu husus Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde çözümleneceğinden, söz konusu maddenin yargılama usulüyle ilgili bu Kanunda yer almasına gerek görülmemiştir.

Maddede, davayı kazanan taraf kendisini vekille temsil ettirmiş ise onun lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesaplanan vekâlet ücretine karar verilmesi hususu düzenlenmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Avukatlık ücreti" kenar başlıklı 164 üncü maddesinin son fıkrasında "Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir." hükmü, kararın taraflar için oluşturulacağı, onların leh ve aleyhlerine sonuç yaratacağı prensibinin uygulanmasına engel değildir. Avukatlık Kanunundaki bu hüküm, avukat ile müvekkili arasındaki hukukî ilişkide geçerlilik gösterir. Bu düzenlemede geçen ücret ise avukat ile müvekkil arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan avukatlık ücreti olmayıp, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmedilen vekâlet ücretidir. Dolayısıyla bu ücretin, davayı kazanan taraf lehine yargılama gideri kapsamında hükmedilmesi gerekir.

Madde 335- Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 425 inci maddesinin karşılığı olmakla birlikte, yeni getirilen hüküm kısmen farklıdır. Şöyle ki; 425 inci maddede davanın konusuz kalmasına örnek olarak iki durum sayılmış iken, yeni düzenlenen bu maddenin birinci fıkrasında, davanın konusuz kalması hâli örnekleme yoluyla belirtilmeyip, genel olarak ifade edilmiştir. Davanın konusuz kalmasına; dava sırasında alacağın ödenmesi, tahliye davası devam ederken kiracının kiralananı tahliye etmesi veya boşanma davasının devamı sırasında eşlerden birinin ölmesi durumları örnek olarak gösterilebilir.

1086 sayılı Kanunun 425 inci maddesinde taraflardan birinin ölümü veya davanın terki gibi sebeplerle davanın konusuz kalması durumunda yargılama giderlerinden sorumluluk hususu düzenlenmiş ise de, görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararı üzerine, giderlerden sorumlulukla ilgili, 1086 sayılı Kanunun 425 inci maddesinde açıklık yoktur. Bu hususun Kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle, gerek yerel mahkemeler gerekse Yargıtay birbirinden farklı kararlar vermektedir. Uygulamada yaşanan bu karmaşıklığın önlenmesi bakımından, bu maddenin ikinci fıkrasında açıkça görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararlarından sonra, dosyanın gönderildiği mahkemede dava görülmeye başlanmış ise yargılama giderlerine davayı gören ikinci mahkemece hükmedileceği belirtilmiştir. Görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararı üzerine dosya gitmesi gereken mahkemeye gönderilmemiş ve davanın ilk açıldığı mahkemede kalmış ise talep hâlinde mahkemenin, dosya üzerinden vereceği kararlar davacıyı yargılama giderlerine mahkum etmesi gerekir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, davanın açılmamış sayılmasına karar verilen tüm durumlarda, yargılama giderlerinden davacının sorumlu olacağı belirtilerek, usule ilişkin nihaî kararlarla ilgili açığa kalan herhangi bir ihtimalin bulunmaması amaçlanmıştır.

Madde 336- Maddenin birinci fıkrası yargılama giderlerinin mahkeme tarafından kendiliğinden hükme bağlanacağını düzenlemektedir.

İkinci fıkra, 1086 sayılı Kanunun 426 ncı maddesinin karşılığıdır. Bu fıkra, nihaî karardan önce yapılmış olan yargılama giderlerinin, hangi tarafa ne oranda yükletileceğinin kararda gösterilmesini öngörmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında gösterilen hüküm, 1086 sayılı Kanunda yer almamaktadır. Bu fıkrayla, mahkemece nihaî karardan sonra hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre içinde yapılan giderlerin tespit edilmesi ve bu masraflardan hangi tarafın sorumlu olacağının da belirlenmesi öngörülmüştür. Bu işlem mahkemenin idarî işlemi niteliğinde olup, ilâmın icrası sırasında dikkate alınmalıdır.

Madde 337- Bu madde hükmü 1086 sayılı Kanunda yer almamaktadır. Yeni kabul edilen sisteme göre, davanın açılması aşamasında dosyada muhtemel olarak yapılacak yargılama giderlerinin tamamı peşin olarak depo edileceğinden, avansın kullanılmayan kısmının iadesinin nasıl olacağı hususunun düzenlenmesi gerekmiştir. Bu hükme göre, karar kesinleştikten sonra dosyada kullanılmamış olan avans kalmış ise mahkeme, avansın iadesine karar verecek ve kararın tebliğ giderini depo edilen paradan karşılayacaktır. Artan avansın ilgisine nasıl iade edileceği hususu, uygulamada yerleşmiş olan malî mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir.

Madde 338- Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü malî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise adli yardım ile mümkün olacaktır.

Adli yardımdan yararlanabilme koşulları, yoksulluk ve haklılıktır. Yoksulluk, tamamen fakr-u zaruret içinde bulunmak şeklinde anlaşılmalıdır. Kendisi ve ailesinin normal geçimini sağlayacak kadar mal ve haklara veya gelire sahip olan bir kişinin, açmak zorunda kaldığı bir dava veya kendisine karşı açılan bir dava sebebiyle yapmak zorunda kalacağı harcamaları, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin karşılama gücünden yoksun olan kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları icap eder. Haklılık koşulunun varlığı konusunda ise yaklaşık ispat ölçüsünde hâkimde bir kanaatin oluşması gerekir. Talepte bulunan kişinin baştan açıkça haksız görülüyor olması da, adli yardımın koşulu olan haklılığın ispatı için yeterli sayılabilir.

Maddenin birinci fıkrası hükmü, 1086 sayılı Kanundaki düzenlemenin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Ancak metne geçici hukukî koruma taleplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceği yolunda bir ilâve yapılmıştır. Bazen dava açılmadan önce talep edilmesi gereken ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir gibi geçici hukukî korumalarda özellikle teminatların oldukça yüksek

meblağlara ulaşabileceği göz önüne alındığında, bu teminatı ve diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacak olan kişilere, haklı oldukları yolunda hâkimde kanaat uyandırmaları hâlinde, adli yardım sayesinde, tüm giderlerden geçici olarak muafiyet tanınması, etkin bir hukukî korumanın gerçekleşmesine önemli ölçüde hizmet edecektir.

İkinci fıkrada, gerçek kişiler için öngörülen adli yardımdan, istisnaî olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların da yararlanabilmeleri düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanunda, gerçek kişilerden başka sadece hayır kurumlarının adli yardım talebinde bulunabilecekleri düzenlenmişti. Ancak hukukumuzda, hayır kurumu adı altında bir tüzel kişilik kategorisi bulunmamaktadır. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri sırasında taraf olmak zorunda kalacakları dava ve işler sebebiyle yapacakları harcamaları karşılayacak yeterli malî kaynaklarının bulunmaması durumunda, gerçekleştirebilecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin de tehlikeye girmesi söz konusu olabileceğinden, bu tür tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları uygun bulunmuştur.

Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri için ise yoksulluk ve haklılık koşulları yanında, karşılıklılık koşulunun da bulunması gerekir. Türkiye'de adli yardım talebinde bulunan yabancıların, vatandaş olduğu ülkede, Türk vatandaşlarının da adli yardımdan

yararlanabildiklerinin ispatında, iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar ve ilgili ülkenin kanunlarından yararlanılabileceği gibi, fiilî uygulamaların ispatı da yeterli olacaktır.

Madde 339- Adli yardımın kapsamının düzenlendiği bu maddede, 1086 sayılı Kanundaki düzenlemeye kural olarak bağlı kalınmış olmakla beraber, birinci bentteki genel düzenlemeden sonra bazı yargılama giderlerinin tek tek belirtilmesine gerek olmadığından ve yargılama giderleri ile nelerin kastedildiği bu düzenlemeyle belirlenmiş olduğundan, 1086 sayılı Kanunun 466 ncı maddesindeki bazı bentler metne alınmamıştır.

Madde 340- Adli yardım kararı mutlaka mahkemece verilmelidir. Davalarda, çekişmesiz yargı işlerinde ve geçici hukukî korumalarda, görevli ve yetkili mahkeme, asıl dava veya işin karara bağlanacağı mahkemedir. İcra ve iflâs takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesi görevli kılınmıştır. Birinci fıkradaki düzenleme ile sadece icra takiplerinde değil, iflâs takiplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak iflâs kararından sonra, müflisin adli yardım talebinde bulunması mümkün değildir.

İkinci fıkrada, adli yardım talebinde bulunan kişilerin, haklılık koşulunu ispata yarayacak biçimde, asıl dava veya işle ilgili özet bir bilgi ile birlikte dayanacağı delillerin neler olduğunu ve yoksulluk koşulunun varlığını ispata yarayacak, malî durumuna ilişkin belgeleri de talebiyle birlikte mahkemeye sunması gereği vurgulanmıştır. 1086 sayılı Kanunda yer alan ve günümüzde yeterli bir ispat aracı olma özelliğini yitirmiş olan, belediye veya ihtiyar heyetlerince verilecek fakirlik şahadetnamesinin sunulması zorunluluğu kaldırılmıştır. Malî durumun ispatı bakımından hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her tür belge delil olarak kullanılabilir.

Üçüncü fıkrada, daha önce doktrinde tartışmaya sebep olan ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmeyen, kanun yollarında adli yardımdan yararlanabilme imkânı açıkça kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz harçlarının hiç de azımsanamayacak meblağlara ulaşabilmesi mümkün olduğundan ve kanun yollarındaki yargılamanın da asıl dava veya işin doğal bir uzantısı olması sebebiyle, bu aşamalarda adli yardımın kabul edilmesi, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Madde 341- Maddenin birinci fıkrasında, mahkemenin, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmadan yahut asıl dava veya takipteki karşı tarafı dinleyerek de karar verebileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

İkinci fıkra ile adli yardım talebi hakkında mahkemelerce verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Ancak adli yardım talebi hakkındaki kararlar maddî anlamda kesinlik kazanmaya elverişli olmayan kararlardır. Bu nedenle, koşullardaki değişiklik sebebiyle tekrar aynı dava veya iş için aynı kişi tarafından adli yardım talebinde bulunulabilir.

Adli yardım kararı, kişiye, yapılacak olan yargılama giderlerinden geçici muafiyet ve yapılacak olan bazı masraflar için avans verilmesini kapsadığından, dava veya takibin devamı sırasında verilen adli yardım kararlarının geriye yürümeyeceği ve daha önce yapılmış bulunan giderlerin geri ödenmesinin söz konusu olmayacağı açıktır.

Madde 342- Maddede adli yardım kararının kaldırılması düzenlenmiştir. Maddî anlamda kesinlik kazanmayan ve geçici nitelikte olan adli yardım kararının verilmesine esas koşulların baştan itibaren gerçekte mevcut olmadığı veya yoksulluk koşulu sonradan ortadan

kalktığında, kararı veren mahkeme adli yardım kararını kaldırmaya da yetkilidir. Adli yardımdan yararlanan kişinin ölmesi hâlinde mirasçılarının o dava veya işe devam etmeleri durumunda, eski adli yardım kararı kaldırılır. Koşulları mevcut ise mirasçılar da kendi adlarına adli yardım talebinde bulunabilirler.

Madde 343- Adli yardım kararı, ondan yararlanan kişiye geçici bir muafiyet tanıdığından, ertelenen giderler ve verilen avanslarla, temin edilen avukatın ücreti, dava veya takip sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilecektir. Ancak, dava veya takip sonunda, adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkmış olmasına rağmen, yoksulluk koşulunda bir değişiklik olmaması hâlinde, daha önce ertelenen giderlerin ve verilen avansların tamamının derhâl bu kişiden tahsiline girişilmesinin, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle bu durumda olan kişilerin, adli yardım sebebiyle muaf tutuldukları giderleri ve Devletçe ödenen avansların geri ödenmesi konusunda, kişinin malî durumu dikkate alınarak, mahkeme tarafından kendisine, en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitlerle ödeme yapması konusunda bir imkân tanınabilir. Mahkemenin bu hususu, verdiği kararın yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasında açıkça belirtmesi gerekir.

Madde 344- Madde, esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 472 nci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Maddeyle, adli yardım kararıyla atanan avukatın, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hak ettiği ücret ile takip ettiği dava veya takip sırasında yapmış olduğu giderleri talep ve tahsile yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Madde 345- 1086 sayılı Kanuna 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/A maddesi gerekçesi ile birlikte aynen benimsenmiştir. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz hakkındaki kararlara karşı da hükümde belirtilen hâllerde istinaf yolu açılmıştır. Özellikle uygulamada geçici hukukî korumaların gittikçe önem kazanması, ilk derece mahkemelerince bu konularda verilen farklı kararların önüne geçilmesi, gerek maddî, gerekse hukukî yanlışlıkların düzeltilebilmesi amacıyla böyle bir hükme yer verilmiştir. Bu yapılırken tüm geçici hukukî koruma kararları değil, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz bakımından istinaf denetimi kabul edilmiş, bunların dışında kalan delil tespiti, defter tutulması ve mühürleme işlemi yapılması gibi geçici hukukî korumalar için bu imkân tanınmamıştır. Bununla birlikte özel kanunlarında ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz anlamında bir geçici hukukî koruma düzenlenmişse, bunlara ilişkin kararlar hakkında da ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacze ilişkin kanun yolu hükümleri uygulanmalıdır.

Belirtilen geçici hukukî koruma taleplerinin kabulü hâlinde itiraz imkânı bulunduğundan önce bu yola başvurulması, itiraz üzerine verilecek kararlar hakkında istinaf yolunun açılması kabul edilmişken, talebin reddi hâlinde itiraz imkânı söz konusu olmayacağından doğrudan istinafa başvurulması kabul edilmiştir.

Geçici hukukî koruma kararına karşı itiraz, bu kararlar duruşmalı olarak verilmişse duruşmada, duruşmasız verilmişse kanunda belirtilen süre içinde ileri sürülmesi gerekir. Her iki hâlde de itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

Madde 346- Maddede istinaf dilekçesinin içeriği düzenlenmiştir.

İstinaf yoluna başvurma dilekçeyle yapılır. Dilekçe, başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı ve adreslerine ilişkin bilgilerle, varsa kanunî temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri, kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı, tebliğ tarihi, kararın özeti, başvuru sebepleri ve gerekçesi, talep sonucu ile başvuranın veya varsa

kanuni temsilci yahut vekilinin imzasını içerir. Ayrıca dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir. İstinaf yoluna başvuru ile

nihaî kararın yeniden incelenmesi amaçlandığından, özellikle "kararın özeti" ile "başvuru sebepleri ve gerekçesi" başvuru dilekçesinde yer almalıdır.

Son fıkrada, istinaf dilekçesinin yukarıda belirtilen hususları içermemesi durumunda başvurunun sonucuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Dilekçe, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıyorsa başvuru reddedilmeyip, 359 uncu madde çerçevesinde gerekli incelemenin yapılması öngörülmüştür. Bununla, istinaf dilekçesindeki bir usul eksikliği sebebiyle hak kaybının önlenmesi amaçlanmıştır.

Madde 347- Maddede, istinaf dilekçesinin verilmesine ilişkin usul düzenlenmiş olup, istinaf dilekçesinin, kararı veren mahkemeye ya da kararı veren mahkeme dışında başka bir yer mahkemesine de verilebileceği; verilen istinaf dilekçesinin o mahkeme bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydolunarak başvurana ücretsiz bir alındı belgesi verileceği öngörülmüştür.

İstinaf dilekçesinin kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye verilmesi durumunda, istinaf dilekçesi, mahkeme tarafından bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydolunduktan sonra kararı veren mahkemeye örnekleri ve varsa ekleriyle birlikte gönderilir ve durum derhâl mahkemesine bildirilir. "Bu durum derhâl mahkemesine bildirilir." ifadesinden maksat, istinaf dilekçesinin kararı veren mahkemeye gönderilmesi nedeniyle yargılamadaki gecikmelerin ve bundan kaynaklanan hak kayıplarının önlenmesidir.

İstinaf yoluna başvurma tarihi konusunda 123 üncü madde hükmü uygulanacaktır.

Ayrıca, kararı veren mahkemenin, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı kalmadan dosyayı ilgili bölge adliye mahkemesine göndereceği vurgulanmaktadır.

Madde 348- İstinaf yoluna başvuruda harç ve giderlerin yatırılmasına ilişkin esaslar bu maddede düzenlenmektedir. Buna göre, istinaf yoluna başvuruda bulunan, dilekçeyi verirken, tebliğ giderleri de dahil olmak üzere gerekli harç ve giderleri ödemek zorundadır. Bunların hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde kararı veren mahkemece yedi günlük kesin süre verilmesi, ödemenin bu süre içinde tamamlanmaması halinde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususunun başvurana yazılı olarak bildirilmesi esası benimsenmiştir. Bu bildirim rağmen yedi günlük kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde istinaf yoluna başvurulmamış sayılır. Bu yükümlülüğe uymamanın sonucunu belirlemek başvuruya konu teşkil eden kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine aittir. Başvurunun yapılmamış sayılmasına ilişkin karara karşı istinaf yoluna başvurulursa, 350 nci maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanacaktır.

Madde 349- İstinaf yoluna başvuru süresi onbeş gün olarak kabul edilmiştir. İstinaf yoluna başvuru süresinin ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlayacağı belirtilmiş, istinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri de saklı tutulmuştur. 1086 sayılı Kanunda 4353 sayılı Kanuna tâbi kurumlar hakkında öngörülen fazla süre, mahkeme karşısında Devletle kişiler arasındaki eşitlik ilkesi dikkate alınarak kabul edilmemiştir.

Madde 350- Maddede, istinaf dilekçesinin reddi ile bu ret kararına karşı istinaf yoluna başvuru esasları düzenlenmiştir. Buna göre, istinaf yoluna başvurunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir karara ilişkin olması hâlinde istinaf dilekçesinin reddedilmesi ve bu ret kararının yatırılan giderlerden karşılanmak suretiyle ilgiliye tebliğ edilmesine ilişkin hüküm getirilmiştir.

İkinci fıkrada, ret kararına karşı ilgiliye yedi gün içinde istinaf yoluna başvurma hakkı tanınmakta, süresinde başvuru yapıldığı ve gerekli giderler de yatırıldığı takdirde dosya kararı veren mahkemece yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. Bölge adliye mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine ilişkin kararı yerinde görmediği takdirde, yeniden dilekçe verilmesine gerek kalmaksızın, ilk istinaf dilekçesine göre inceleme yapacaktır.

Madde 351- İstinaf dilekçesinin kararı veren mahkemece karşı tarafa tebliğ olunacağı, karşı tarafın da tebliğden başlayarak onbeş gün içinde cevap dilekçesini vereceği, kararı veren mahkemenin dilekçeler verildikten veya bunun için belirlenen süreler geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak ilgili bölge adliye mahkemesine göndereceğine ilişkin hükümler getirilmiştir.

Madde 352- İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile süresi içinde cevap vermekle yetinmeyip bu cevap dilekçesiyle kendine özgü nedenler ileri sürerek istinaf yoluna başvurabilir. Bu başvuru asıl başvuruya bağımlı bir istinaf yolu başvurusudur. Bu nedenle katılma yolu ile istinaf yoluna başvuru, asıl başvuran taraf başvurusundan feragat eder veya istemi esasa girilmeden önce reddedilirse, hüküm doğurmaz. Çünkü kural olarak asıl istem incelenmezse, ona bağlı olan istemin de incelenmemesi gerekir. Fakat istinaf yoluna başvuran tarafın istemi esasa girildikten sonra reddedilirse, bu durum katılan tarafın isteminin incelenmesine engel olmaz. Bunun gibi, taraflar bölge adliye mahkemesindeki uyuşmazlığı sona erdirirlerse, katılma yolu ile istinaf yoluna başvuru da etkisini kaybeder. Asıl istinaf yoluna başvuru isteminin esasına girilip inceleme yapılmadan, katılan tarafın istemi hakkında bir inceleme yapılamaz.

Madde 353- Maddede istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edilmesi ve feragatın sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesinde görülmüş olan davanın taraflarının istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilmeleri için ilâmın kendilerine tebliğ edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Böylece, bir hak doğmadan ondan feragat edilemeyeceği kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası ile feragat üzerine ilk derece mahkemesinin veya bölge adliye mahkemesinin başvuru dilekçesinin ya da başvurunun reddine karar vereceği konusu, duraksamaya yer vermeyecek biçimde hükme bağlanmıştır.

Madde 354- Madde esas itibarıyla bugüne kadar uygulanan sistemde temyiz yoluna başvurulmasının hükmün icrası üzerindeki etkisini, istinaf yolu bakımından ve aynı anlayışla düzenlemektedir. Buna göre, hukuk mahkemeleri kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması, ilk derece mahkemesi kararının icra edilebilir niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş olması ilke olarak kararın icrasını durdurmaz. Böylece, getirilen düzenlemeyle, hem mevcut sistemimizdeki ilk derece mahkeme kararlarının kesinleşmeden icra edilebilmesine ilişkin ilke korunmakta, hem de istinaf yoluna başvurulmasının kendiliğinden hakkın yerine getirilmesini geciktirici bir etki doğurması önlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde İcra ve İflâs Kanununun 36 ncı maddesine yapılan yollamayla, istinaf yoluna başvurulması nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi, tek dereceli sistemde temyiz yoluna başvurulmasında olduğu gibi, bölge adliye mahkemesine tanınmıştır. Böylece, istinaf yoluna başvurulmasının bütünüyle haksız olduğunun anlaşıldığı durumlarda icranın geri bırakılması isteminin reddedilmesi olanağı bölge adliye mahkemesine verilmiştir. Buna karşılık, birinci fıkranın son cümlesiyle, nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin ilke muhafaza edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler ve aile hukukuna, taşınmaz mala ve bunlar üzerindeki aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceğine ilişkin ilkenin istinaf yolu bakımından da geçerli olduğu vurgulanmaktadır.

Madde 355- Maddede istinaf başvurusunun kötü niyetle yapılması durumunda bölge adliye mahkemesince 333 üncü madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek kötü niyetle hareket eden tarafın bölge adliye mahkemesince para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüştür.

Madde 356- Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, dosya üzerinde yapılacak bir ön inceleme ile kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği hâlinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, gerekli kararı derhal vermesine olanak tanınmak istenmiştir. Dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin iş alanına girmesi, ilk derece mahkeme kararının kesin olması, istinaf yoluna başvurunun süresi içinde yapılmamış olması ve asgarî başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, örneğin başvuru dilekçesinin başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıyamaması hâlleri zaten açıklanmaya muhtaç değildir. Kaldı ki bu hâllerden bir kısmında, örneğin başvurunun yasal süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda, bunu ilk derece mahkemesi de 350 nci madde hükmü uyarınca göz önüne

olarak başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Ancak, ilk derece mahkemesinde bu durum gözden kaçırılmışsa, bölge adliye mahkemesinde gözetilecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi 359 uncu maddesinin ikinci cümlesi uyarınca sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir.

Madde 357- Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, özellikle bazı önemli ve klâsik usul eksikliklerinin mevcudiyeti hâlinde bölge adliye mahkemesinin dosyayı duruşma yapmadan yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine gönderme kararı verebileceği durumlar düzenlenmiştir. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, dava şartlarının genel olarak eksik bırakılması hâli de ilk derece mahkemesi hükmünün, esası incelemeyen geri çevrilmesi için yeter görülmüş, 5236 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanuna 426/M maddesi olarak eklenen hüküm daha da genişletilmiştir.

Birinci fıkranın (b) bendinde ise yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olması yahut kanuna uymayan hususun duruşma yapılmaksızın giderilmesine olanak bulunması veya karar esas yönünden doğru olmakla birlikte gerekçesinde hata edilmiş olması ya da yargılamadaki eksikliğin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte bulunması hâlinde, bölge adliye mahkemesinin duruşma açmadan gereken kararı vermesi olanağı sağlanmaktadır. Bu haller, şekli sebepler olup dar olarak anlaşılmalı, tereddüt halinde, adil yargılanma hakkı ihlalinin doğmaması için duruşma yapılması tercih edilmelidir.

Madde 358- Maddede, "inceleme" sözcüğü ile kastedilen esasen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu anlamında tahkikattır. Ancak, burada ilk derecedeki tahkikattan farklı olarak, bölge adliye mahkemesi, hem denetim çerçevesinde hem de gerekirse yeniden dava konusu hakkında inceleme yapılacaktır. Maddeyle, bu anlamda incelenen konunun önemine ve kapsamına göre, incelemenin bizzat bölge adliye mahkemesi heyeti tarafından yapılmasına veya heyetçe görevlendirilecek bir üye tarafından yürütülmesine olanak sağlanmaktadır.

Bölge adliye mahkemeleri birden fazla ili kapsayan belirli bölgelerde kurulacaktır. Böyle olunca, ortaya çıkan sorun; keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinlenmesi gibi mahallinde yapılması gereken işlemlerde, işlemin yapılacağı yerin, bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde bulunmakla beraber onun faaliyet gösterdiği il merkezinde olmaması hâlinde ne gibi bir yöntem izleneceğidir. Nitekim, bölge adliye mahkemelerine yöneltilen eleştirilerin en başında bu gibi hâllerde bölge adliye mahkemesinin bu işlemleri heyet olarak veya naip üye tayin ederek yapmasının çok büyük zaman ve emek kaybına neden olacağıdır. Oysa, hâlen sadece ilk derece mahkemeleri arasında uygulanabilen istinabe özde, bu tür ihtiyaçlara cevap vermek için ihdas edilmiştir. İkinci fıkradaki düzenlemeyle, istinabenin bölge adliye mahkemeleri nezdinde de uygulanabilmesine olanak tanımak suretiyle, bu mahkemelerin birden fazla ili kapsayan bir yargı çevresine sahip olmalarından doğabilecek güçlüklerin kolaylıkla aşılabilmesi amaçlanmıştır. Böylece, bir bölge adliye mahkemesi kendi yargı çevresi içindeki işlemler için aynı yargı çevresindeki bir ilk derece mahkemesini istinabe edebileceği gibi başka bir bölge adliye mahkemesi veya başka bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde kalan ilk derece mahkemesini doğrudan istinabe edebilecektir.

Madde 359- Bölge adliye mahkemesi, incelemesini istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapacaktır. Temyiz incelemesinden farklı olarak, bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeni, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararının kanuna aykırılığını tespit etmesi hâlinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilmesidir. Tercih edilen istinaf sisteminde, ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamaktadır. Bu sebeple, istinaf sebepleri ile sınırlı tutulmuştur. Zira, istinaf incelemesi ilk derece mahkemesi kararını denetleyerek ondan sonra yapılan yargılama özelliği taşımaktadır.

Bununla beraber, kamu düzenini ilgilendiren hususlarda bölge adliye mahkemesi istemle bağlı olmaksızın re'sen inceleme yapar. Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren görev kuralına aykırılık bölge

adliye mahkemesince re'sen incelenir. Yine dava şartlarının var olup olmadığı bölge adliye mahkemesince re'sen araştırılır. Bunun gibi, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağlı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler.

Madde 360- Bölge adliye mahkemesince, duruşma yapılmadan verilecek kararlara ilişkin 357 nci maddede belirtilen hâller dışında, ilk derece mahkemesi kararının duruşmalı olarak inceleneceği esası getirilmiştir. Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde duruşma günü taraflara tebliğ edilerek tarafların duruşmaya katılmalarının sağlanacağı belirtilmektedir.

Madde 361- Bölge adliye mahkemesinde gerektiğinde tahkikat (soruşturma) yapılabilir de, ilk derece mahkemelerinden farklı olarak, karşı dava açılmaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz, davanın ıslahı ve 170 inci maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar

dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz ve bölge adliye mahkemesi için yetki sözleşmesi yapılamaz.

Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak davaya baktığı sınırlı hâller dışında, bu mahkemeye doğrudan dava açılmayacağından karşı dava da açılmayacaktır. Davaya müdahale, hakkı veya borcu bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin taraflardan birisine katılması ve ona yardım etmesi olduğundan, müessese niteliği itibarıyla ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağı öngörülerek bölge adliye mahkemesinde davaya katılma olanağı tanınmamıştır. Bölge adliye mahkemesi ancak ilk derece mahkemesince karara bağlanan davalara bakabileceğinden, başka ilk derece mahkemesinde henüz karara bağlanmamış dava ile birleştirme söz konusu olamayacak, bölge adliye mahkemesinde davaların birleştirilmesi istenemeyecektir. Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, bu konuda yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. İslah ilk derece mahkemesinde hüküm ifade edeceğinden, bölge adliye mahkemesinde ıslah kabul edilmemiş, buna uygun olarak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların karşı tarafın muvafakatiyle dahi bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilmesi esas benimsenmiştir. Bölge adliye mahkemesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden gözetilecektir. Tarafların ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürmediği deliller de bölge adliye mahkemesinde incelenemeyecektir. Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü hâlde, haksız olarak reddedilip incelenmeyen veya ilk derece mahkemesinde mücbir bir sebeple gösterilebilme olanağı bulunmayan ya da tarafın geç ileri sürmesinde bir kusurun bulunmadığı deliller bölge adliye mahkemesinde incelenebilecektir. Bunun gibi, bölge adliye mahkemesince kendiliğinden incelenecek hususlar, şüphesiz taraflarca da ileri sürülebilecektir.

Madde 362- Bölge adliye mahkemesinde yapılacak duruşma için taraflara gönderilecek davetiyelerde nerede ve ne zaman hazır bulunmaları gerektiği, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yolluklarında yapılarak karar verileceği bildirilir. Bölge adliye mahkemesine başvuran tarafa gönderilecek davetiyede, yapılacak tahkikatla ilgili olarak belirlenen gideri duruşma gününe kadar yatırması istenir. Bu giderler, daha sonra yapılacak tebligatlar da düşünülerek yeteri kadar avans olarak alınmalıdır. Bunun amacı tahkikatın, gerekli olan giderler sebebiyle gecikmesini önlemek ve olabildiğince çabuk sonuçlanmasını sağlamaktır.

Başvuranın kabul edilebilir bir mazereti varsa, bunu süresi içinde bölge adliye mahkemesine bildirdiği takdirde, bu mazereti kabul edilirse, giderlerini yatırmak şartıyla, yeni bir duruşma günü belirlenerek taraflara tebliği edilir.

Başvuran, kendisine usulüne uygun olarak tebligat yapıldığı hâlde duruşmaya gelmezse ve kabul edilebilir bir mazeret de bildirmezse ya da gerekli avansı süresi içinde yatırmazsa, inceleme dosya üzerinden yapılarak mevcut durumuna göre karar verilir. Ancak, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilemiyorsa, başvuru reddedilir.

Madde 363- Bölge adliye mahkemesi kararlarının içeriğine ilişkin bu maddede asliye hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararların içeriğine ilişkin 301 inci madde ile paralellik sağlanmış,

ancak istinaf yolunun özellikleri göz önüne alınarak bazı değişiklikler yapılmıştır. 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 40 inci maddesinde yapılan değişiklik göz önünde bulundurularak,

maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde kanun yoluna başvuru süresinin kararda gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Madde 364- Bu Bölümde aksi belirtilmediği takdirde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra duruşma yapılmasına karar verirse, bundan sonraki incelemesini, ilk derece mahkemesinde uygulanmış olan yargılama usulüne göre yapacaktır. Örneğin ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulü uygulanmış ise bölge adliye mahkemesinde de yeniden yapılacak incelemede yazılı yargılama usulü uygulanacaktır.

Madde 365- Maddede bölge adliye mahkemesinin hukuk dairelerinin hangi kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebileceğine ilişkin genel kural düzenlenmiş, bu genel kuralın istisnaları ise "temyiz edilemeyen kararlar" başlığı altında 366 ncı maddede belirtilmiştir. Maddede, halen mevcut duruma paralel olarak, davada haklı çıkmış olan tarafa da hukukî yararı bulunmak koşuluyla, temyiz yoluna başvurma olanağı tanınmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanununda öngörülen düzenlemeye paralel olarak, hakem kararlarına karşı iptal davasının açılabilmesi kabul edilmiş ve bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilmesi öngörülmüştür.

1086 sayılı Kanunda 4353 sayılı Kanuna tâbi kurumlar hakkında öngörülen fazla süre, mahkeme karşısında Devletle kişiler arasındaki eşitlik ilkesi dikkate alınarak kabul edilmemiştir.

Madde 366- Maddede dava konusu olayın iki dereceli yargılamadan geçmiş bulunduğu göz önüne alınarak, bölge adliye mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği öngörülmüş ve böylece Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda miktar sınırlaması onbin Türk Lirası olarak tespit edilmiştir. Öte yandan, genel olarak sulh hukuk mahkemesi kararları da temyiz edilemeyen kararlar olarak kabul edilmiştir. Keza çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar ve geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar bakımından da, iki dereceli yargılamanın yeterli güvence teşkil ettiği mülahazasıyla, bu işlerde verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır. Aynı şekilde, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar yönünden de iki dereceli bir yargılamanın yapılmış olması yeterli görülmüş, ancak önemine binaen soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalarda temyiz yoluna gidilebilmesine olanak tanınmıştır.

Madde 367- İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlarla, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı, yürürlükteki hukuka aykırı oldukları ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

Karar verilirken yürürlükteki hukukun yanlış uygulanması her an için söz konusu olabilir. Kanun yararına temyiz, yanlışlık tespit edilip daha sonra benzer işlemlerden kaçınmak için kabul edilen bir sistemdir. Yargıtay, yaptığı incelemede uygulamanın yanlış olduğu sonucuna ulaşırsa, kararı kanun yararına bozacaktır. Kanun yararına bozma istemi kabul edilir ve bozma kararı verilirse, bu bozma, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmayacaktır. Yargıtayca bozma kararının Adalet Bakanlığına gönderileceği ve Bakanlıkça, uygulamanın yurdun her yerinde aynı doğrultuda yapılmasını sağlamak amacıyla kararın Resmî Gazetede yayımlanmasının sağlanması öngörülmüştür.

Madde 368- Bu maddede, temyiz dilekçesinde bulunması gereken hususlar dokuz bent hâlinde sayılmıştır. Temyiz dilekçesinde öncelikle tarafların varsa, kanunî temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri yazılacaktır. Bundan başka, temyiz edilen karar bölge adliye mahkemesi tarafından verilmişse, bölge adliye mahkemesinin hangi hukuk dairesinden verildiği ve kararın tarih ve sayısı belirtilecektir. Buna karşılık, başvuru karar ilk derece mahkemesince verilen yeni karar veya direnme kararına karşı temyizde direnme kararı ise bu kararın hangi mahkemeye ait olduğu, tarihi ve sayısı yazılacaktır.

Ayrıca, ilâmın taraflara tebliğ edildiği tarih, kararın özeti, temyiz sebepleri ve gerekçesi ile duruşma isteniyorsa bu yöndeki istem temyiz dilekçesinde yer almalıdır. Son olarak, temyiz eden veya varsa kanunî temsilci ya da vekilin imzası dilekçede bulunmalıdır.

Temyiz dilekçesinde sayılmış bulunan bu kayıtlar, temyiz dilekçesinin zorunlu unsurları değildir. Temyiz dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar maddenin son fıkrasında sayılmış olup, bunlar; temyiz edenin kimliği, imzası ve temyiz olunan kararın hangi karar olduğudur. Bu kayıtlar mevcutsa temyiz dilekçesi kabul edilerek temyiz incelemesi yapılacaktır.

Madde 369- Maddeyle, temyiz dilekçesinin verilmesi düzenlenmiştir.

Temyiz dilekçesi; kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi kararının Yargıtayca bozulması sonucu yeniden hüküm veren ilk derece mahkemesine, kararı temyiz eden kişinin bulunduğu yerdeki bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya kararı temyiz eden kişinin bulunduğu yerdeki ilk derece mahkemesine verilebilecektir.

Temyiz dilekçesi kararı veren bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi yerine, bir başka yerdeki bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesine verilirse, kararının temyiz edildiği derhâl kararı temyiz edilen mahkemeye bildirilecektir.

Temyiz dilekçesi; temyiz defterine kaydedilerek temyiz edene ücretsiz bir alındı belgesi verilecektir.

Madde 370- İstinaf yoluna başvuruya ilişkin olan ve başvuru dilekçesinin verilmesi, harç ve giderlerin yatırılması, başvuru süresi, başvuru dilekçesinin reddi, başvuru dilekçesine cevap, katılma yolu ile başvuru, başvuru hakkında feragat ve ön inceleme başlığını taşıyan hükümler, temyiz yoluna başvuru hâlinde de uygulanır. Böylece, usul birliğini sağlamak ve gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla, Kanununun 347 ilâ 353 ve 356 ncı maddeleri hükümlerinin kıyas yoluyla temyiz yolunda da uygulanması kabul edilmiştir.

Madde 371- Bu maddede, temyiz yoluna başvurunun kararın yerine getirilmesine (icrasına) etkisi düzenlenmiştir.

Bir karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş olması, kural olarak onun yerine getirilmesini (icraya konulmasını; İcra ve İflâs Kanunu madde 24 ve devamı) durdurmaz. Yani kural olarak, kararın kesinleşmemiş olması, kararın yerine getirilmesini önlemez. Öteden beri gerek usul ve gerekse icra ve iflâs hukukumuzda benimsenmiş olan bu ilke, maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesinde açıkça ifade edilmiştir.

Her ne kadar kararın temyiz edilmesi, onun yerine getirilmesini durdurmazsa da İcra ve İflâs Kanununun 36 ncı maddesinde öngörüldüğü üzere, kararı temyiz eden borçlu, teminat göstermek suretiyle bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan "icranın geri bırakılması (tehiri icra) kararı" getirebilir. Bu suretle borçlu, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtayca verilecek karara kadar, kararın yerine getirilmesini durdurmuş olur. Bu husus, maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilmiştir.

Hukukumuzda eskiden beri bazı kararların kesinleşmedikçe yerine getirilmemesi de (icraya konulmaması) benimsenmiş bir ilkedir (örneğin, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34, Sayıştay Kanununun 64, İdarî Yargılama Usulü Kanununun 52, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 536 ncı maddesinde olduğu gibi).

Bu düzenlemeye sadık kalınarak, maddede değişiklik yapılmadan, kişiler ve (nafaka kararları hariç) aile hukukuna, taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği, maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır.

Madde 372- Maddede, davanın açılmasında ve istinaf yoluna başvuruda olduğu gibi, temyiz isteminde de kötü niyetle hareket eden tarafın Yargıtayca para cezasına mahkûm edileceği hususu belirtilmektedir.

Madde 373- Maddede, temyiz incelemesinin kapsamı belirtilmekte, ayrıca bu incelemenin kural olarak dosya üzerinden yapılacağı vurgulandıktan sonra, hangi hâllerde duruşmalı olarak yapılabileceği hükme bağlanmaktadır.

Diğer taraftan maddede, temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması durumunda, tarafların duruşmaya nasıl çağrılacakları, duruşmanın yöntemi ile kararın nasıl verileceği konuları da düzenlenmektedir.

Madde 374- Maddeyle, temyiz incelemesi sonunda verilecek onama kararlarının da, Anayasanın 141 inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükme uygun olarak, gerekçeli olacaklarına işaret edilmekte; bunun yanında, uygulamada "düzelterek onama" olarak bilinen işlemin esas ve şartları düzenlenmektedir.

Maddede ayrıca, düzeltme işleminin, tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıklarına ve bu arada kararın doğru bulunmayan gerekçesine de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Madde 375- Maddede, Yargıtayın hangi sebeplerden dolayı temyiz olunan kararı bozacağı düzenlenmekte ve bozma kararının gerekçeli olacağı belirtilmektedir. Temyiz incelemesini, istinaf incelemesinden ayıran temel özellik, temyiz incelemesinin usûl hukuku veya maddî hukuk yönünden incelemeyi gerektirmesi, maddî vakıaların denetimi ile delil değerlendirmesine girmemesidir. Maddede bu hukukî denetimin hangi sebeplerle yapılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bugüne kadar istinaf yolunun olmamasından dolayı zaman zaman Yargıtay maddî vakıalara ve delil değerlendirmesine de girmek zorunda kalabilmekteydi, istinafla birlikte artık bu ihtiyaç ortadan kalkmış ve Yargıtay tamamen bir hukukî denetim ve içtihat mercii olmuştur.

Yargıtay, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin yasal bir sebep

olmadan kabul edilmemesi, karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması durumunda temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozabilir.

Ayrıca maddede, temyiz incelemesi sonunda Yargıtayca bozma sebeplerinin tespit edilmesi hâlinde, hükmün kısmen veya tamamen bozulabileceği ifade edilmektedir. Bozma sebebi nispi nitelikte ise tespit edilen bozma sebebinin hükmü etkilemesi gerekir. Nitekim karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerin mevcut olması hâlinde, bunların bozma sebebi sayılabilmesi için, ayrıca hükmün sonucunu etkilemiş olmaları gerekmektedir. Buna karşılık, dava şartlarının bulunmaması veya taraflardan birinin iddiasını ispat için dayandığı delillerin yasal bir neden olmaksızın kabul edilmemesi hâlinde, bu bozma sebepleri mutlak bozma sebebi olup, ayrıca hükmün sonucunu etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekli değildir. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması ise hükmün sonucunu etkileyecektir.

Madde 376- Maddede Yargıtay kararlarının tebliğine ilişkin usul düzenlenmiş olup, onama ve bozma kararlarının mahkeme yazı işleri müdürünce taraflara derhâl tebliğ edilmesi öngörülmüştür.

Yargıtaya başvuru dilekçesi verilirken ödenmesi gerekli tebligat giderinin temyiz dilekçesi ile birlikte temyiz isteminde bulunandan peşin alınacağı, ödenmemesi hâlinde 348 inci maddenin uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

Madde 377- Bozmaya uyma veya direnme kararlarına ilişkin bu maddede iki olasılık düzenlenmiştir. Birinci olarak, bölge adliye mahkemesinin başvuruyu esastan reddi kararı üzerine, Yargıtayca karar kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi öngörülmüştür. Daha sonra ilk derece mahkemesinin Yargıtayın bozma kararı doğrultusunda karar vermesi hâlinde, sadece temyiz yoluna başvuru olanağı tanınmıştır. Burada özellik gösteren ve dikkat edilmesi gereken husus, ilk derece mahkemesinin Yargıtayın bozma kararına uymasından sonra vereceği yeni karara karşı, artık istinaf yoluna değil, doğrudan temyiz yoluna başvurulması gerektiğidir. Bölge adliye mahkemesi, bozmadan önceki ilk verilen yerel mahkeme kararını doğru bulduğuna göre, bozmaya uymadan sonra verilen bu yeni kararı yanlış bulma ihtimali yüksektir. Bu ise, Yargıtay bozması ve buna uyma ile çelişeceğinden, kanun koyucu, hem bu çelişkiye imkân tanımamak hem de gereksiz zaman kaybının önüne geçmek için böyle bir yolu kabul etmiştir.

İkinci olasılıkta ise bölge adliye mahkemesinin başvuruyu esastan reddetmeyip düzelterek yeniden veya yeniden esas hakkında bir karar vermesi ve bu kararın Yargıtayca tamamen veya kısmen bozularak dosyanın tekrar bölge adliye mahkemesine gönderilmesi öngörülmektedir. Yine aynı maddede, bölge adliye mahkemesince Yargıtayın bozma kararına uyulup uyulmayacağı yönünde bir

karar verileceği, ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesinin direnme kararları üzerine incelemenin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılacağı ve kararın bağlayıcı olacağı esası benimsenmiştir.

Madde 378- Madde, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, hangi kararların yargılamanın iadesine konu teşkil edeceğini düzenlemiştir.

Madde 379- Madde, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesini karşılamaktadır.

Birinci fıkrasının (a) bendinde, daha önce düzenlenmemiş olan, mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi, yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi öngörülmüştür.

(b) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendini karşılamaktadır. Sadece davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin karar vermiş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiş iken, bu bentte, ayrıca hakkında ret talebi merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermesi veya karara katılmış olması da yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak belirtilmiştir.

(c) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendini karşılamaktadır. Yargılamanın yenilenmesi için vekil veya temsilci olmayan kimselerin katılımıyla davanın görülmesi ve karara bağlanması aranır iken, yeni düzenlenen bentte buna tarafların açık veya zımnî muvafakatlerinin olmaması da bir unsur olarak ilâve edilmiştir.

(ç) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendini karşılamaktadır. Yargılamanın yenilenmesi için mücbir sebep veya lehine karar verilen tarafın fiili nedeniyle elde edilemeyen bir senet veya belgenin karar verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması aranır iken, yeni düzenlenen bentte bu şartlar yerine daha genel bir ifade olarak, belgenin tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememesi şartı getirilmiştir.

(d) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendini;

(e) bendi ise aynı fıkranın (4) numaralı bendini karşılamaktadır.

(f) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendini kısmen karşılamaktadır. Bu bent eskiden sadece bilirkişiler hakkında iken, yeni düzenleme ile tercümanlar da kapsama alınmıştır.

(g) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendini; (ğ) bendi, aynı fıkranın (3) numaralı bendini; (h) bendi, keza aynı fıkranın (7) numaralı bendini; (ı) bendi, 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (10) numaralı bendini ve (i) bendi ise 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (11) numaralı bendini karşılamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, söz konusu 445 inci maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi, birinci fıkranın (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi için, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına bağlamıştır. Ancak delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilememiş ise ceza mahkemesi kararı aranmayacağı; bu durumda dayanılan yargılamanın iadesi sebebinin, yargılamanın iadesi davasında öncelikle ispat edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Madde 380- 1086 sayılı Kanunun 446 ncı maddesinde olduğu gibi davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin ilâmın iptalini isteme şartları açıklanmıştır. Böylece ilâmın taraflarının, üçüncü kişi aleyhine muvazaaları önlenmiş olmaktadır.

Madde 381- 1086 sayılı Kanunun 447 nci maddesini karşılamaktadır ve maddede yargılamanın iade sebeplerinde yapılan değişiklikler de dikkate alınarak yargılamanın iadesinin hangi süre içinde istenebileceği kurala bağlanmıştır.

Madde 382- Madde, 1086 sayılı Kanunun 448 ve 453 üncü maddelerini karşılamaktadır.

Birinci fıkradaki düzenlemede gösterilen mahkemenin yetkisi ve iş bölümü kesin niteliktedir. Fıkra söz edilen kararı veren mahkemenin kapatılmış olması hâlinde, yargılamanın iadesi talebini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla o mahkemenin işlerini devralmış olan mahkeme inceleyecektir. "Yargılamanın iadesi sebepleri" kenar başlıklı 379 uncu maddenin birinci fıkrasının

(1) bendinde gösterilen hâlde, ilk hükme aykırı biçimde elde edilen ikinci hükmü veren mahkemede yargılamanın iadesi istenecektir. Birinci hüküm, kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmiş, ikinci hüküm ise kanun yollarından geçerek kesinleşmiş olsa dahi, yargılamanın iadesi talebini incelemekle ikinci hükmü veren ilk derece mahkemesi yetkili ve görevlidir.

Maddenin ikinci fıkrası, yargılamanın iadesi talebinin yol açabileceği zarar ve ziyanı karşılayacak uygun bir teminatın gösterilmesini düzenlemektedir. Teminatın gerekli olup olmadığını, miktarını ve niteliğini mahkeme takdir edecektir.

Madde 383- Bu madde 1086 sayılı Kanunun 450 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kuralın, mefhumu muhalifinden istihraç edilmiş yeni bir hükümdür. Yargılamanın iadesi talebi üzerine hâkimin birinci safhada yapacağı işler düzenlenmektedir. Maddede, yargılamanın iadesi talebi üzerine mahkemenin, tarafları davet edip dinlemesi, yargılamanın iadesi şartlarının oluşup olmadığını kendiliğinden incelemesi ve yargılamanın iadesi koşullarında bir eksiklik mevcut ise davayı, esasa girmeden reddetmesi öngörülmüştür.

Madde 384- 1086 sayılı Kanunun 450 nci maddesini karşılamaktadır. Yargılamanın iadesini isteme şartları olduğu takdirde hâkimin yapacağı iş bu maddede açıklanmıştır.

"Yargılamanın iadesi sebepleri" başlıklı 379 uncu maddenin (c) bendinde gösterildiği üzere, davacının açık veya zımnî muvafakati veya talimatı olmadan veya davacının vekili olmayan kimse tarafından dava açılmış olması hâlinde, davacının iradesiyle açılmış bir dava bulunmadığından, bu hâlin tespiti durumunda hüküm iptal edilecektir. Başkaca bir işlem yapılmayacaktır. Ancak davalıyı temsil eden kişinin onun vekili olmaması hâlinde yargılamanın iadesi talebi kabul edildiği takdirde, yargılamaya devam edilecek, sonucuna göre ve birinci fıkranın birinci cümlesinde gösterildiği üzere karar verilecektir. Söz edilen 379 uncu maddenin (1) bendindeki hâl gerçekleşirse, kesinleşmiş olan birinci davanın kararı, dava engeli oluşturacağından, ikinci kararın iptali ile yetinilecektir.

1086 sayılı Kanunun 450 nci maddesinin ikinci fıkrasında, aynı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendine atıfta bulunulmak suretiyle, yasaklı hâkimin davaya bakmış olması hâlinde dahi, hükmün iptali ile yetinileceği gösterilmiş ise de; bu gibi durumlarda usulüne uygun açılmış bir dava bulunduğundan, hükmün iptali ile yetinilmesi, kanunda yasaklanan ve hâkimin sorumluluğunu gerektiren "Hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış olmak" niteliğinde görüldüğünden, yasaklı hâkimin davaya bakmış olması hâli, bu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, iptal keyfiyetinin hükmün bütün nüshalarında gösterileceği emredilmek suretiyle kanuna aykırı oluşmuş olan hükmün kullanılmasına imkân bırakılmamıştır.

1086 sayılı Kanunun 452 nci maddesi hükmü, kesin hükmün tabii bir sonucu olup, temyize ilişkin kural da yargılamanın iadesi davasının diğer davalardan bir farklılaşmasının bulunmaması nedeniyle bu Tasarıda yer almamıştır.

Madde 385- 1086 sayılı Kanunun 449 uncu maddesini karşılamaktadır. Kural olarak fevkalade kanun yolu olan yargılamanın iadesi talebi, hükmün icrasını durdurmaz. Ancak, icranın durdurulmasına ihtiyaç duyulursa, talep üzerine ve teminat alınarak böyle bir karar verilebileceği, bunun yargılamanın iadesi talebini inceleyen mahkemece karara bağlanacağı, hüküm altına alınmıştır. Yargılamanın iadesi sebebi, bir mahkeme hükmüne dayanmakta ise teminat alınması hakkaniyete uygun görülmemiştir.

Madde 386- Maddede çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir.

Birinci fıkrada özellikle, hukukumuzda üzerinde mutabık kalınan çekişmesiz yargıya ilişkin temel ölçütler esas alınarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırları çizilmiştir. İkinci fıkrada açıkça çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmeyen işler birinci fıkrada belirtilen kriterlere uyduğu takdirde çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilecektir.

İkinci fıkrada, mevcut kanunlarımızdaki belli başlı çekişmesiz yargı işleri daha kolay bulunması ve anlaşılmasının sağlanması için mümkün olduğunca kategorilere ayrılarak sayılmıştır. Bu sayma yapılırken yabancı ülkelerdeki bu konuya ilişkin düzenlemelerden ve doktrinde ileri sürülen görüşlerden yararlanılmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinin bu şekilde uzun bir liste hâlinde sayılması ile, öncelikle mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceğine ilişkin kuralda, çekişmesiz yargı işinde uygulanacak yargılama usulünde, mahkemenin yargılama sonunda vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, başvurulacaksa hangi kanun yolu olacağının belirlenmesinde, verilen kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği konularında uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler olabildiğince asgari düzeye indirilmek istenilmiştir. Bu sayma nedeniyle, madde alışılmışın dışında uzun bir madde olmuştur. Ancak bu durum, çekişmesiz yargı işlerinin kendi içinde tekrar bir ayırım yapmaya müsait olmaması ve tümünün bir bütün olarak düzenlenme zaruretinden kaynaklanmıştır.

Madde 387- Bu hükümle, kanunlarda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemelerinin genel görevli yargı yeri olduğu hususuna açıklık getirilmiştir. Özel kanun hükümleriyle başka bir mahkemeye veya mercie bırakılan veya bırakılacak çekişmesiz yargı işlerine görevlendirilen mahkeme veya mercilerin bakabilmesine imkân tanınmıştır.

Madde 388- 1086 sayılı Kanunda mevcut olmayan, yeni bir yetki kuralına bu maddede yer verilmiştir. Çekişmesiz yargı işlerine ilişkin talepler için, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, talepte bulunan veya ilgililerin yerleşme niyeti olmaksızın oturduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

Çekişmesiz yargıda kesin yetkiye ilişkin bir durumun ortaya çıkması hâlinde, özel hükümlerin ayrıca dikkate alınması gerekecektir. Örneğin Tasarının "Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki" başlıklı 17 nci maddesinde kesin yetki belirtilirken "dava ve işler" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu tarz durumlarda kesin yetki sadece davalarda değil çekişmesiz yargı işlerinde de gözetilmelidir.

Madde 389- Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, özel hüküm bulunmayan hâllerde basit yargılama usulüne ilişkin ilke ve kuralların çekişmesiz yargı işlerinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde işlerlik kazanacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinde genel görevli yargı yerinin sulh hukuk mahkemeleri olduğu ve bu mahkemelerde de basit yargılama usulü uygulandığına göre, anılan işlerde özel hüküm bulunmayan hâllerde basit yargılama usulünün uygulanma kabiliyeti kazanmasını doğal karşılamak gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede, çekişmesiz yargı işlerinin büyük ölçüde kamu düzeniyle ilişki içinde bulunması sebebiyle bu tür işlerde re'sen araştırma ilkesinin işlerlik kazanacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemede ise mahkemeler dışında resmî makamlara bırakılmış çekişmesiz yargı işlerinde, bunların yargı organı niteliği taşınamaması sebebiyle, özel kanunlarında yer alan usul hükümlerinin işlerlik kazanacağı hususu açıkça ifade olunmuştur.

Madde 390- Maddede yer alan düzenlemeyle, çekişmesiz yargı işleri arasında yer alan mühürleme, deftere geçirme ve yemin tutanağı düzenleme gibi işlerin icrası sırasında dikkate alınması ve düzenlenecek belgeye yansıtılması sırasında gözetilecek olan hususların ayrıntıyı gerektirmesi sebebiyle bu detaylandırmanın Adalet Bakanlığınca çıkartılacak olan yönetmelikle düzenleneceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Madde 391- Maddede yer alan düzenlemeyle, çekişmesiz yargı kararlarının hangi yola başvuru suretiyle denetleneceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda karara karşı özel kanun düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla hukukî yararı bulunan ilgililerin kararın öğrenilmesinden itibaren onbeş günlük süre içinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabileceği hususu açıkça ifade olunmuştur.

Madde 392- Maddede yer alan düzenlemeyle, kanunlarda açıkça hüküm bulunmayan hâllerde çekişmesiz yargı kararlarının maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip olamayacağı hususu açıkça

vurgulanmış ve bu suretle hâkimin gerekçesini göstermek suretiyle çekişmesiz yargı kararını iptal etme, değiştirme ve düzeltme yetkilerinin bulunduğu işaret edilmiştir.

Madde 393- 1086 sayılı Kanununun 101 inci maddesinde ihtiyatî tedbirin şartları tek tek sayılmıştır. Esasen bu sayım, ihtiyatî tedbirin şartlarından daha çok, her bir hak veya şey bakımından ihtiyatî tedbirin uygulamasını da kapsar bir düzenlemeyi içermektedir. Ayrıca 1086 sayılı Kanununun 103 üncü maddesi genel bir düzenlemedir. Karışıklığa son vermek amacıyla, bu maddede ihtiyatî tedbirin şartları tek hükümde toplanmıştır. Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hâle geleceği veya gecikmesinde sakınca bulunması yahut ciddi bir zararın ortaya çıkacağı endişesi bulunan hâller, genel bir ihtiyatî tedbir sebebi ve şartı olarak kabul edilmiştir. Mahkemece, ihtiyatî tedbir yargılama sürecinin gerektirdiği inceleme ve ispat kuralları dikkate alınarak, yapılan incelemeden sonra, bu sakınca veya zararı ortadan kaldıracak tedbire karar verilmesi mümkün olacaktır.

İhtiyatî tedbirde asıl olan ihtiyatî tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve bir ihtiyatî tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Bunlar ihtiyatî tedbirin temel şartlarını oluştururlar. Maddede bu

iki hususa yer verilmiş ihtiyatî tedbire ilişkin hak ve özellikle ihtiyatî tedbir sebebi genel olarak belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkrada belirtilen hususların çekişmesiz yargıdaki ihtiyatî tedbir bakımından da uygulanacağı belirtilmekle birlikte; çekişmesiz yargı işlerinin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Madde 394- Maddenin birinci fıkrasında, hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyatî tedbir istenmesinin önüne geçmek için ve geçici hukukî korumaların da niteliğine uygun olarak, ihtiyatî tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceği hususu düzenlenmiştir. Böylece, ihtiyatî tedbirde yetki ve görevle ilgili belirsiz ve kötüye kullanıma açık olan durum, belirli ve tereddüdü ortadan kaldıracak hâle getirilmiştir. İstinaf aşamasında da ilk derece mahkemesindeki yargılama usulüne atıf yapıldığından istinaf yargılaması sırasında şartlar oluşmuşsa ilgili bölge adliye mahkemesinden tedbir talebinde bulunulabilir.

Geçici hukukî korumaları davadan ayıran temel özelliklerden biri, hukukî dinlenilme hakkının gösterdiği özelliştir. Hukukî dinlenilme hakkı vazgeçilmesi mümkün olmayan temel bir yargısal haktır. Bununla birlikte, geçici hukukî korumaların ivedilikle verilmesi ihtiyacı ile bazen karşı tarafa haber verildiğinde etkisini bertaraf edecek bir sonucun doğması sebebiyle, karşı taraf dinlenmeden de ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi kabul edilmiştir. Karşı taraf dinlenmeden ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi, hukukî dinlenilme hakkından tamamen vazgeçildiği anlamına gelmez. Bir davada, önce her iki taraf dinlenir, daha sonra bir karar verilir. Oysa geçici hukukî korumalarda ve bu çerçevede ihtiyatî tedbirde, gerekli durumlarda, karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilir. Ancak daha sonra karşı tarafa tanınan itiraz imkânı ile hukukî dinlenilme hakkı gerçekleştirilir. Yani, bu durumda hukukî dinlenilme hakkından vazgeçilmemekte sadece zaman olarak itiraza bağlanmakta ve geçici hukukî koruma kararından sonraya bırakılmaktadır. Uygulamada çoğunlukla karşı taraf dinlenmeden geçici hukukî koruma kararı verilmektedir. Ancak, karşı tarafı dinleyip dinlememeyi hâkim durumun özelliğine göre takdir etmelidir. Karşı taraf dinlenmeden karar verilmesi daha büyük sakınca yaratacaksa ya da karşı tarafın dinlenmesi ihtiyatî tedbirin amacını tehlikeye düşürmeyecekse o zaman karşı tarafı dinlememek onun hukukî dinlenilme hakkını gereği gibi sağlamamak anlamına gelir. Hâkim bu maddenin ikinci fıkrasında tanınan imkânı kullanırken oldukça titiz davranmalı, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve olayın özelliğini iyi incelemelidir.

Geçici hukukî korumalar amacı dışında kötüye kullanılabildiği gibi, somut olarak sebebi ortaya konulmayan bir geçici hukukî koruma talebi hakkında mahkemenin sağlıklı ve doğru bir karar vermesi de mümkün olamamaktadır. Bazen genel ifadelerle talep edilen bir tedbire, yargı organları yine genel bir şekilde karar vermekte, tedbirin muhatabı aslında haklı olduğu hâlde, o sırada daha

büyük bir zarara engel olmak için karşı tarafla anlaşma yolunu tercih etmek zorunda kalmaktadır. Bu durum ise yargı organları kullanılarak, karşı tarafın haksız şekilde baskı altına alınması sonucunu doğurmaktadır. Üçüncü fıkrada, tedbir talep eden tarafın, dilekçesinde korunması gereken hakkın veya malın varlığını ve bulunduğu yeri, ihtiyatî tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmesi aranmıştır. Bu aynı zamanda, talep edenin talepten önce, talebinin konusu, dayanakları, tedbirin türü üzerinde düşünmesini ve talebini somutlaştırmasını sağlayacaktır. Yargı organı da özellikle karşı taraf dinlenmeden verilen, ihtiyatî tedbirin, ortaya çıkaracağı sakıncaları en aza indirerek karar verecektir.

Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındadır. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme imkânı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön, karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebeptir ki, genelde geçici hukukî korumalara, özelde ihtiyatî tedbire ve ihtiyatî hacze karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukukî korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede, aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, "yaklaşık ispat" kavramı kullanılarak, doktrinde kabul gören ifade Tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir.

Madde 395- Bu maddede ihtiyatî tedbire nasıl karar verileceği ve kararın içeriğinde nelerin olması gerektiği belirtilmiştir. Yani, ihtiyatî tedbir kararının hem maddî içeriği hem şeklî durumu düzenlenmiştir.

Mahkeme ihtiyatî tedbir kararı verirken, asıl uyuşmazlığı çözecek mahiyette bir karar vermemelidir. Aksi hâlde geçici hukukî koruma olan ihtiyatî tedbir, davanın yerine ikame edilmiş olur. Ancak, bu hüküm ihtiyatî tedbir türleri için de, eda veya düzenleme amaçlı tedbire karar verilmesine engel değildir. Örneğin, geçici olarak iş ilişkisinin düzenlenmesi, düzenleme ya da eda amaçlı tedbir niteliğindedir. Görünüşte, asıl davadaki gibi bir sonuç doğursa da, bu durumlarda verilen kararlar geçici nitelikte olup, asıl hüküm verildiğinde ortadan kalkacaktır. Eğer asıl hükme rağmen, devam edecek ya da sonuçları gerçekleşecek tedbir kararı verilirse, yapılan ihtiyatî tedbirin niteliğine aykırı düşecektir.

İhtiyatî tedbir kararının amacını gerçekleştirmek için ne yönde verilebileceği, örnekleyici bir sayımla belirtilmiş ancak, mahkemenin gerekli tedbirleri alması sınırlandırılmamıştır. Bu çerçevede, uygulamada en çok karşılaşılan, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya

bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması açıkça sayılmış, konu örneklenmiştir. Ancak bunun dışında da gerekli her türlü tedbirin alınabileceği hususu açıktır. Bununla birlikte, hâkimin tedbir kararını verirken tarafların menfaat dengesini ve ihtiyatî tedbirin amacını göz önünde bulundurması gerekli ve zorunludur. Bu sebeptendir ki, maddenin birinci fıkrasına, karar verilecek tedbirin, istemde belirtilen sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek bir çerçevede olması, bunun dışına çıkmaması şeklinde genel bir ölçü de konulmuştur.

İkinci fıkrada ihtiyatî tedbir kararının şeklen neleri içermesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, tarafların kimlik ve adresleri, somut olarak tedbirin hangi sebebe ve delile dayandığı, açık olarak neyin üzerinde ne tür bir tedbire karar verildiği ve hangi tür ve ne tutarda teminat gösterileceği kararda belirtilmelidir. Aksi hâlde, tedbire genel bir takım ifadelerle ve somut gerekçeler olmadan karar verilmesi, hem karşı taraf haklarının ihlâli anlamına gelecek, hem de kararın uygulanmasını güçleştirecektir.

Üçüncü fıkrada, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen ihtiyatî hacze paralel olarak, ihtiyatî tedbir kararının reddi hâlinde kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkra hukukumuz bakımından yenidir. İhtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması, bu kurumun kötüye kullanılmasına, farklı mahkemelerce aynı konularda farklı kararların verilmesine ve bu kararların denetim dışı kalması gibi bir çok sakıncaya yol açmıştır. Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle, ihtiyatî tedbir konusunda, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır. Kanun yoluna başvuru hâlinde, ihtiyatî tedbirin özelliği gereği, inceleme öncelikle yapılacak ve verilen karar kesin olacaktır.

Madde 396- Bu maddede, ihtiyatî tedbir talep edenden, hangi şartlarda ve kapsamda teminat alınacağı düzenlenmiştir.

Birinci fıkra uyarınca teminat, tedbir talep edenin haksız çıkması durumunda, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin uğrayacakları muhtemel zararlar için alınacaktır. Tedbir talep edenden kural olarak teminat alınması zorunludur. Nitekim ihtiyatî hacizde, İcra ve İflâs Kanununda da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Fakat, tedbir talep edenin talebi, resmî bir belgeye ya da kesin bir delile dayanıyorsa, mahkeme bu teminatın gösterilmesinden tarafı muaf tutabilir. Zira, elinde bu şekilde kuvvetli bir delil olan kimsenin tedbirde haksız çıkma ihtimali oldukça zayıftır. Örneğin, elinde delil olarak bir ilâm bulunan tarafın, teminat göstermesini zorunlu kılmak menfaat dengesini zedeleyecek niteliktedir. Burada belgenin niteliğine ve içeriğine göre hâkime bir takdir hakkı tanınmıştır.

Adli yardımdan yararlananlar ise adli yardımın niteliği ve adli yardımla ilgili düzenlemelere paralellik sağlamak amacıyla teminat göstermekten muaf tutulmuştur. 1086 sayılı Kanunda, Devlet, tedbir talep etmesi durumunda teminattan muaf tutulmuş olmasına rağmen, kanun ve mahkeme önünde eşitlik gereğince, bu maddede Devletin teminat muafiyeti kaldırılmıştır. Bu durum, özel hukuk ilişkilerinde, Devletin vatandaşı karşısında eşit olması, hukuk devleti ve demokrasinin de bir gereğidir. Ayrıca, Devletin de teminat yatırması, talep edeceği tedbirlerde daha sağlıklı düşünmesini sağlayacaktır. Bunun dışında, talep ettiği tedbirde haksız çıkması durumunda, Devlete karşı kişilerin dava açıp yürütmesinin güçlükleri bulunduğu gibi, lehe karar elde edildiğinde de, Devlet hazinesinden karşılanacak zararların ödenmesi, bürokratik bir takım işlemler gerektirdiğinden uzun sürmekte, bir çok bürokratik engelle karşılaşılmaktadır. Devletin tedbir isterken teminat göstermesi bu sakıncaları da bertaraf

edecek niteliktedir. Tüm bunların yanında, kişilere göre daha güçlü konumda olan devletin örnek ve öncü olması demokratik, çağdaş, hukuk devletinin bir gereğidir.

İkinci fıkra, teminatın ne zaman iade edileceği konusundaki tereddüde son vermek amacıyla düzenlenmiştir. Teminat alınması, teminatın muhatabı olan karşı taraf ve ilgili üçüncü kişilerin menfaatini korumakla birlikte, haksız çıkması durumunda talepte bulunanın teminatını uzun süre mahkemede tutmak da menfaat dengesini zedeleyecektir. Bu sebeple, asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyatî tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir ay içinde tazminat

davasının açılmaması hâlinde teminat iade edilecektir. Açıklanan sebeplerle haksız ihtiyatî tedbirden dolayı dava açma zamanasını daha uzun olsa da, teminatın iadesi daha kısa süreye tâbi kılınmıştır.

Madde 397- Bu maddede ihtiyatî tedbirin nasıl ve hangi sürede yerine getirileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddede tedbirin uygulanması ile ilgili tüm hususlar belirtilmeye çalışılmıştır.

İhtiyatî tedbirin uygulanması bakımından 1086 sayılı Kanunda açık bir süre öngörülmemiştir. Oysa, ihtiyatî hacizde uygulama için bir süre kabul edilmiştir. Geçici hukukî koruma niteliğindeki ihtiyatî tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalması, kötüye kullanıma açık bir durum ortaya çıkarmakta ve bu hâl tedbir alma amacına da aykırı düşmektedir. Bu sebeple, maddenin birinci fıkrasında, tedbirin belirli bir süre içinde uygulanması, aksi hâlde tedbir kararının kendiliğinden kalkması kabul edilmiştir. Tedbirin gereğinin bir an önce yerine getirilmesini sağlamak için, tedbir kararını alan, asıl davasını açmış ancak süresinde uygulamamışsa bu durumda da tedbirin kalkması öngörülmüştür. Tedbirin ayakta kalması için, süresinde uygulanmasının talep edilmesi yeterli sayılmıştır. Zira, taraf üzerine düşeni yaptıktan sonra, ilgili merciin geç uygulamış olması durumunda taraf aleyhine bir sonuç doğmamalıdır.

İkinci fıkrada, tedbirin nerede ve hangi organ tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Tedbirin uygulanması, mahkeme kararında belirtilmişse, yazı işleri müdürü tarafından da sağlanabilir. Bunun dışında tedbir kararının uygulanması, icra dairesinden istenecektir. Yetkili icra dairesi de, hukuken ve fiilen en kolay olacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre tedbirin uygulanması talep edilecek icra dairesi, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesidir.

Üçüncü fıkrada, tedbiri uygulayacak organın bunu nasıl yerine getireceği belirtilmiştir. Tedbirin uygulanmasında, gerekiyorsa zor kullanılabilir ve zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdürler. Bu hüküm, İcra ve İflâs Kanunundaki düzenlemeyle paralellik arz etmektedir.

Dördüncü fıkrada ihtiyatî tedbirin uygulanmasının sağlıklı yürütülmesi için ihtiyatî tedbiri uygulayan memurun, bir tutanak düzenleyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu tutanağa, tedbir konusu ve bulunduğu yer, ayrıca tedbir konusu ile ilgili her türlü iddianın geçirilmesi gerekir. Tedbiri uygulayan memurun, tutanağın bir örneğini orada hazır bulunan taraflara ve ilgili üçüncü kişiye vermesi, hazır bulunmuyorlarsa, tebliğ etmesi gerekir.

Beşinci fıkrada, tedbir kararı hakkında kanun yoluna başvurulması durumunda, ihtiyatî tedbirin uygulanmasını mümkün kılmak için, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örneklerinin kanun yolu için başvurulmuş mahkemeye gönderileceği düzenlenmiştir. Zira, kanun yoluna başvurulması, tedbirin uygulanmasını durdurmamaktadır.

Madde 398- Bu maddede ihtiyatî tedbir kararına karşı itiraz ve bu itiraz üzerine başvurulacak kanun yolları düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyatî tedbir kararına karşı diğer tarafın itiraz edebileceği belirtilmiştir. Zira karşı taraf dinlenmeden tedbire karar verilmişse onun hukukî dinlenilme hakkının sağlanması ve kendi haklarını koruyabilmesi bakımından verilen karara itiraz edebilmesi gerekir. Fıkra ayrıca kural olarak itirazın icrayı durdurmayacağı, ancak mahkemenin aksine de karar verebileceği belirtilmiştir.

İkinci fıkrada, tedbire itirazın süresi ve itiraz sebepleri gösterilmiş, özellikle ihtiyatî hacizle paralellik sağlanmıştır. Tedbire itiraz süresi içinde, ihtiyatî tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata itiraz edilebilecektir. İtiraz konusunda, yetkili ve görevli mahkeme kararı veren mahkemedir.

İtiraz bakımından ihtiyatî tedbir kararı verilirken duruşma yapılmış veya yapılmamış olması ayırımına gidilmemiştir. Böylece, kendisinin hazır bulunduğu duruşmada dinlenerek karar verilmiş olsa dahi, karşı tarafın itiraz yoluna başvurusu mümkündür. Çünkü, itiraz, tedbire karşı başvurulmuş

bir hukukî çaredir. Bu çareden, karar verilirken dinlenilsin veya dinlenilmesin karşı tarafı yararlandırmak gerekir.

Üçüncü fıkra, İcra ve İflâs Kanunundaki ihtiyatî haciz hükümlerine paralel bir düzenleme olup, hukukumuz bakımından yenidir. İhtiyatî tedbirden sadece karşı taraf değil, üçüncü kişiler de etkilenebilir. İhtiyatî tedbirin uygulanmasından üçüncü kişilerin etkilenmesi ve zarar görmesi çok sık rastlanan bir durumdur. Böyle bir ihtimal karşısında 1086 sayılı Kanunda üçüncü kişiler için başvurulacak bir imkân tanınmamıştır. Bu fıkra ile üçüncü kişilere itiraz yoluna başvurma imkânı verilmiştir. Ancak, üçüncü kişilerin, bu imkânı kullanmaları için ihtiyatî tedbirin uygulanmasının menfaatlerini etkilemesi gerekir. Ayrıca, üçüncü kişiler ihtiyatî tedbir şartları ve teminat konusunda itiraz yoluna başvurabilirler. Üçüncü kişilerin itiraz süresi, ihtiyatî tedbiri öğrenmelerinden itibaren başlamaktadır.

Dördüncü fıkrada, itirazın şekli ile mahkemenin inceleme biçimi ve kararı düzenlenmiştir. İtirazın dilekçe ile yapılması, dilekçede itiraz sebeplerinin açıkça, tüm delilleri ile birlikte gösterilmesi gereklidir. Böylece, itirazın ciddi ve incelemeye elverişli şekilde ileri sürülmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Tedbir kararı verilirken taraflar dinlenmemiş olsa dahi, itiraz üzerine tedbirin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler dinlenmeleri için davet edilmelidir. Bu, itiraz üzerine tedbir hakkında daha sağlıklı karar verilmesi ve aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesi için gereklidir. Bununla birlikte davete rağmen ilgililer gelmezse, mahkeme dosya üzerinden inceleme yaparak da karar verebilir. Zira, geçici hukukî korumanın kısa sürede açıklığa kavuşturulması gerekir. İtiraz üzerine mahkeme, yaptığı inceleme sonunda, tedbir kararını tamamen kaldırabilir veya değiştirebilir.

Beşinci fıkra, hukukumuzda yeni olup, ihtiyatî hacizdeki hükümlere paralel bir düzenlemedir. İtiraz üzerine mahkemenin vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulabilme yolu açılmıştır.

İhtiyatî haczin reddi üzerine başvuru kanun yolu hakkında yukarıda belirtilen gerekçeler, burada da geçerlidir. Doğal olarak bu Tasarıda yer alan "İhtiyatî tedbir kararının uygulanması" başlıklı 397 nci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, kanun yolu incelemesi için dosya ve delillerin, sadece, örneklerinin kanun yolu incelemesini yapacak mahkemeye gönderilmesi yetecektir. Bu fıkarda, ayrıca kanun yoluna başvurulmasının tedbirin uygulanmasını durdurmayaacağı açıkça belirtilerek, tereddütlü bir durum yaratılmaması amaçlanmıştır.

Madde 399- İhtiyatî tedbiri kaldırmanın veya değiştirmenin bir yolu itiraz, diğer yolu ise aleyhine tedbir kararı alınan kişinin teminat göstermesidir. Madde, teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını düzenlemektedir.

Aleyhine tedbir kararı verilen veya uygulanan kişi, teminat karşılığı tedbirin kaldırılmasını isteyebilecektir. Böylece sadece aleyhine tedbir kararı alınan karşı taraf değil, hakkında ihtiyatî tedbir kararı uygulanan üçüncü kişinin de bu imkândan yararlanması kabul edilmek suretiyle itiraza paralel bir düzenleme yapılmıştır. Gösterilecek teminatın tür ve miktarını mahkeme belirleyecektir. Mahkeme, gösterilen teminat karşılığında tedbiri kaldırabilir veya değiştirebilir. Tedbiri kaldırmak bakımından iki yoldan biri olan teminat gösterilmesinde bu paralelliğe uygun olarak itiraza ilişkin üçüncü ve dördüncü fıkraya atıf yapılmıştır.

Teminat üzerine verilen kararlar ihtiyatî tedbirin özünüyle ilgili olmadığından, bu konudaki kararlara karşı kanun yoluna başvurulması kabul edilmemiş, bu sebeple de itirazda kanun yoluna başvuruya ilişkin fıkraya atıf yapılmamıştır.

Madde 400- Maddede tedbirin verildiği ana göre şartların değişmesi hâlinde tedbirin kaldırılması ya da değiştirilmesi düzenlenmiştir. İhtiyatî tedbir, karşı tarafı cezalandırmak ya da baskı altına almak için değil, hakkın korunması amacıyla hizmet etmektedir. Bu sebeple, tedbirin verildiği tarihten sonra, tedbirin verilmesini gerekli kılan şartlarda değişiklik olmuşsa, bu değişikliğe uygun olarak tedbirin de değiştirilmesi ya da kaldırılması gerekir. Aksi durumun kabulü tedbirin amacı ve tarafların menfaat dengesinin gözetilmesi ile bağdaşmayan, sonuçlar doğuracaktır. Hâl ve şartlar değiştiğinde tedbirin değiştirilmesi ya da kaldırılması için talepte bulunulması aranmıştır. Tedbirin

değiştirilmesi veya kaldırılması durumunda da mahkemenin değiştirme ve kaldırma gerekçesini taleple bağlantı kurarak ortaya koyması gerekir.

İhtiyatî tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını düzenleyen bu maddede de, yukarıda belirtilen iki maddedeki ortak yönler dikkate alınarak itiraza ilişkin benzer hükümlere ayrıca atıf yapılmıştır. Ancak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması hakkındaki fıkraya atıf yapılmamıştır. Zira, hâl ve şartların değişmesi, hukukî bir değerlendirmeden daha çok, maddî şartlarla yakından ilgili, nispeten sübjektif ve doğrudan mahkemenin takdirine bağlı bir husustur. Ayrıca, aynı yargılama süreci içinde, bir çok kez hâl ve şartlarda değişiklik olması sebebiyle, tedbirde değişiklik yapılması veya kaldırılması, bu yönde talepte bulunulması ya da talebin reddi söz konusu olabilir. Her talepten sonra verilecek karar hakkında kanun yoluna başvurulması, ihtiyatî tedbirler için kanun yoluna başvurulmasında istenen amacı da sağlamayacaktır. Kanun yolunun açılmış olmasının amacı, ihtiyatî tedbirlerle ilgili temel hukukî ve prensip hatalarının önüne geçmektir. Bu sebeple, ihtiyatî tedbirin reddi ve ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlar için kanun yolu imkânı getirilmiştir. Hâl ve şartlarda değişiklik bakımından o anda kanun yoluna başvurulmaması, daha sonra işin esasıyla ilgili kanun yoluna başvurulması durumunda, bu hususun

incelenmeyeceği anlamına da gelmez. Kanun yolu incelemesinde bu husus da değerlendirilerek bir karar verebilme imkânı kapalı değildir.

Madde 401- Maddede, geçici hukukî koruma olan ihtiyatî tedbir kararından sonra bu kararın hangi işlemlerle dava sonuna kadar korumaya dönüştürüleceği düzenlenmiştir.

Tedbirin geçiciliği dikkate alındığında, hukukî durumun uzun süre askıda kalması ve tedbirin karşı taraf üzerinde baskı unsuru olarak kullanılması düşünülemez. Bu sebeple tedbirin, kısa sürede davaya dönüştürülmesi, asıl talebin yargı organına yöneltilmesi gerekir. Tedbir, dava açılırken ya da dava açıldıktan sonra talep edilmişse, talepte bulunanın başka bir işlem yapmasına gerek yoktur. Ancak, maddenin birinci fıkrası uyarınca, dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir istendiği hâllerde tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren, onbeş gün içinde asıl davanın açılması ve dava açıldığına ilişkin evrakın da kararı uygulayan memura ibraz edilerek karşılığında belge alınması gereklidir. Bu işlemler tam olarak yerine getirilmediğinde tedbir kendiliğinden kalkacaktır.

İkinci fıkrada tedbir kararının hangi süre ile devam edeceği ve etkisini sürdüreceği düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanundan farklı olarak tedbirin etkisinin aksi belirtilmedikçe nihaî kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği kabul edilmiştir. Eğer şartları olduğu kanaatine varılarak tedbire karar verilmişse, ortaya kesin bir nihaî karar çıkıncaya, yani uyuşmazlık tam olarak açıklığa kavuşuncaya kadar etkisini sürdürmesi ilkesi benimsenmiştir. Ancak, mahkemece bunun aksine de karar verilebilir. Özellikle, tedbir kararı verildikten sonra, asıl hükümde tedbir talep eden haksız çıkmışsa, mahkeme hükmüyle birlikte tedbirin de kaldırılmasına karar verebilir. Bu durumda kanun yoluna başvurulduğu aşamada tedbir kalkmış olacaktır. Bununla birlikte, örneğin usule ilişkin bir karar verilmişse, bu tedbirin kaldırılması için yeterli bir sebep oluşturmayabilir. Tüm bu hususlar mahkemece dikkate alınarak, gerekiyorsa hükmüyle birlikte tedbirin kaldırılmasına karar verilebilir. Tedbirin kaldırılmasına karar verilmedikçe, asıl olan nihaî kararın kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesidir. Bu fıkra ile uygulamada ortaya çıkan tartışma ve tereddütler bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü fıkra ile tedbirin kaldırılması durumunda ilgili yerlere bildirilmesi düzenlenmiştir. Böylece tedbir konulurken bildirilen yerlere tedbirin kaldırıldığı da bildirilerek, tedbirin amacı dışında muhatabına zarar vermesinin önüne geçilmiştir.

Dördüncü fıkrada, tedbir dosyasının asıl dosyanın eki sayılacağı vurgulanmıştır. Bu, geçici korumanın asıl nihaî korumanın bir parçası olduğu ve onun tam olarak gerçekleşmesine hizmet ettiği düşüncesinin doğal bir sonucudur.

Madde 402- Bir mahkeme kararı olan ihtiyatî tedbirin etkinliğinin sağlanması için, tedbirin uygulanmasına engel olacak her türlü davranışın da önüne geçilmesi gerekir. Tedbir, içinde zor

kullanma yetkisini barındıran bir mahkeme emridir. Bu emrin gereğinin sağlanması ve mahkeme kararlarına saygının korunması için yaptırımının olması gerekir. Bu düşüncelerle, maddede tedbire aykırı davranışların cezaî sonucu ayrıca düzenlenmiştir. Cezayı uygulayacak mahkeme yönünden tereddütleri ortadan kaldırmak için maddede açık bir düzenleme yapılmıştır.

Madde 403- Maddede, haksız ihtiyatî tedbir kararlarına karşı, aleyhine tedbir kararı verilen ya da uygulanan kimselerin tazminat hakkı düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, lehine tedbir kararı verilen kimse aleyhine tazminata karar verilebilmesi için, ya ihtiyatî tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğunun anlaşılması veya tedbirin gerekleri süresinde yerine getirilmediğinden kendiliğinden kalkması ya da tedbirin itiraz üzerine kaldırılmış olması gereklidir. Tazminat talebinde bulunacaklar ise tedbir kararının alınması ya da uygulanması sebebiyle zarar gören karşı taraf veya üçüncü kişilerdir. Ayrıca tedbir uygulanmamış olsa dahi, bu kişiler, tedbirin uygulanmaması ya da kaldırılması için teminat göstermişlerse tazminat talep edebilirler. Çünkü, bu durumda teminat göstermek suretiyle bir zarar ortaya çıkacaktır.

İkinci fıkrada tazminat davasının görüleceği mahkeme belirtilmiştir. Asıl davayı karara bağlayan mahkeme, olaylara daha yakın ve onları daha kolay algılayacak durumda olduğu için incelemenin yalnızca o mahkemede yapılması daha uygun bulunmuş, tazminat davasının da bu mahkemede incelenmesi öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada ise ihtiyatî tedbir alınmasından kaynaklanan tazminat davasının özellikleri dikkate alınarak, zamanaşımı süresinin açıkça ve diğer haksız fiillerden farklı olarak düzenlenmesi uygun bulunmuştur. Tazminat davası açma hakkı, bir yıllık süreye tâbi kılınmış ve bu süre hükmün kesinleşmesinden veya bir hüküm yoksa, ihtiyatî tedbir kararının kalkmasından itibaren başlatılmıştır.

Madde 404- 1086 sayılı Kanununun 368 ve 369 uncu maddelerindeki düzenlemeler, delil tespitinin istenebileceği hâllere ilişkin olduğundan her iki madde hükmü burada tek bir madde içinde ve iki ayrı fıkra hâlinde karşılanmaktadır. Getirilen hükmün eski düzenlemeden özü itibarıyla bir farklılığı bulunmamaktadır. Böylece hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileride toplanmasının daha zor olacağı durumlarda, hukukî yararı korumak amacıyla, delilin önceden toplanması hükme bağlanmıştır.

Madde 405- 1086 sayılı Kanununun 370 inci maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, söz konusu eski düzenlemeden farklı olarak, delil tespitinde görev ve yetki konusuna tam bir açıklık getirilmekte ve bunun müeyyidesi de tespit edilmektedir. Henüz dava açılmamışsa, esas hakkında davaya bakacak mahkemeden tespit istenebileceği gibi üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak şeyin veya tanığın bulunduğu yerin sulh hâkiminden de tespit istenebilecektir.

Dava açılmazdan önce delil tespiti isteği yetkisiz mahkemede yaptırılmaya teşebbüs edilirse, yetki itirazında bulunmak gerekir. Aksi hâlde, bu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, daha sonra esas hakkında açılan davada, tespitin yetkisiz ve görevsiz mahkemede yapıldığı ileri sürülemeyecektir.

Dava açıldıktan sonra delil tespiti işlemi, mutlaka davayı görmekte olan mahkemece yapılmalıdır.

Noterler tarafından yapılacak tespitler bakımından söz konusu olacak yetki meselesinin düzenlenmesi ise Noterlik Kanununa bırakılmaktadır.

Madde 406- 1086 sayılı Kanununun 371 inci maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, delil tespitine ilişkin usul daha açık olarak ortaya konmuştur. Bu arada tespitin

yapılabilmesi ve karşı tarafa tebliğ için gerekli olan masrafların başlangıçta talep sahibinden avans olarak alınması prensibi getirilerek, bu konuda doğabilecek tereddütler giderilmiştir.

Madde 407- 1086 sayılı Kanununun 372 nci maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabileceği öngörülmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkının sağlanması bakımından, bu hâlde de, tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesinin, kararın, tutanağın ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkemece kendiliğinden diğer tarafa

tebliğ olunacağı ve karşı tarafın işbu tebliğden itibaren yedi gün içinde delil tespiti kararına itiraz edebileceği hükme bağlanmaktadır.

Madde 408- Delil tespitine karar verilmesi hâlinde bu kararın nasıl icra edileceği, ilgili delile ilişkin hükümlere yollama yapılmak suretiyle düzenlenmektedir.

Madde 409- 1086 sayılı Kanununun 374 üncü maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, delil tespitine ilişkin dosyanın asıl dava dosyasının eki sayılacağı ve onunla birleştirileceği; sadece delil tespitini isteyen tarafın değil, asıl davanın taraflarından her birinin, iddia veya savunmasını ispat için bu tutanak ve raporlara dayanabileceği düzenlenmektedir.

Madde 410- Bu maddede diğer geçici hukukî korumalar tek tek belirtilmek yerine, ihtiyatî tedbir ve delil tespiti dışında da geçici hukukî korumalar olabileceğine işaret edilmiştir.

Birinci fıkra, 1086 sayılı Kanunda daha ayrıntılı düzenlenmiş olan, ancak aslında geçici hukukî koruma mahiyetinde bulunan, defter tutulması veya mühürleme işlemi yapılması konusundaki düzenlemeye tekabül etmektedir. Esasen bu hüküm olmasa dahi defter tutma ve mühürleme işlemi yapılabilir. Ancak, uygulamada bir tereddüt yaratmamak için özel bir geçici hukukî koruma olarak açıkça vurgulanmıştır.

İkinci fıkrada, diğer geçici hukukî korumaların bu kısımda düzenlenen geçici hukukî korumalar karşısındaki durumu açıklanmıştır. Bu fıkra ile, özellikle uygulamada farklı geçici hukukî korumaların birbirinin yerine kullanılmasının, hatta "ihtiyatî tedbir zımında ihtiyatî haciz kararı verilmesi" gibi aslında kanuna tamamen aykırı geçici hukukî koruma kararı oluşturulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu Bölümde düzenlenen ihtiyatî tedbir ve delil tespiti dışında, diğer geçici hukukî korumalar kendi özel hükümlerine tâbidir. Bu sebeple, bu Bölüm hükümlerinin doğrudan diğer geçici hukukî korumalara uygulanması mümkün değildir; ayrıca bu şekilde bir uygulama bir çok sakıncayı içinde barındırmaktadır.

1086 sayılı Kanunun Dokuzuncu Babının İkinci Faslında yer alan "Temhir" ve Üçüncü Faslında yer alan "Tahrir" hükümlerinin ayrıca bu Tasarıda sıralanması esas kabul edilmemiştir. Bu işlemlerin ve diğer geçici hukukî koruma işlemlerinin uygulama şekli, çıkarılacak yönetmelikte ayrıca belirtilebilir.

Madde 411- Bu Kısımın amacı, millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Dolayısıyla, Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hâllerde bu Kısım hükümleri uygulanacaktır. Bu madde ile millî tahkim açısından, açıkça toprak ilkesi kabul edilmiştir.

Madde 412- Tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarla, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda bu Kısım hükümleri uygulanmayacaktır. Tahkime elverişliliğe ilişkin bu kural, hukukumuzda 1086 sayılı Kanunun 518 inci maddesi ile girmiştir. Ayrıca bu maddeye, Milletlerarası Tahkim Kanununun 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir.

Madde 413- Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne, tahkim yargılaması esnasında uyulmaz ise ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır. Ancak bu itiraz makul bir süre, yani onbeş gün içinde yapılmaz ise ilgili taraf itiraz hakkından feragat etmiş sayılır. Aksi durum iyiniyet ilkesine aykırı olur.

Madde 414- Bu Kısımda, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak kabul edilmiştir.

Madde 415- Tahkim yargılamasının niteliği ve yargılama kurallarının, tahkim sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabildiği göz önünde bulundurularak, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi, bu Kısımda sayılan hâller ile sınırlı tutulmuştur.

Madde 416- Maddenin birinci fıkrasında, doğmuş ya da ileride doğacak uyuşmazlıkların hakem veya hakemler tarafından çözümü için tahkime gidilebileceği, yine tarafların bir hukukî ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tamamının ya da sadece bir kısmının tahkim yolu ile çözümünü kararlaştırabilecekleri belirtilmiş olup, son durumda uyuşmazlıklardan diğer kısmı için genellikle mahkemeye gidilmektedir. Bu durum tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

Tahkim sözleşmesi genellikle bir başka sözleşmenin bir hükmü olarak görülmekle birlikte, tarafların, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme yaparak da uyuşmazlıklarını tahkime götürebilecekleri ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada, tahkim sözleşmesinin tahkim yargılamasına dayanak olması nedeniyle, yazılı şekilde yapılması, anlaşmanın geçerlik şartı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, hangi hâllerde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olarak kabul edileceği örnekler sayılarak belirtilmiştir. Bu sebeple, Borçlar Hukukundaki şekil şartına ilişkin prensipler, tahkimde bu fıkra ile çelişmediği ölçüde uygulanabilir.

Ayrılabilirlik prensibi gereği asıl sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası, o sözleşmenin bir parçası olsa bile tahkim şartına karşı ileri sürülemez. Ayrıca, sözleşme gereği tahkim yolu ile çözülecek bir uyuşmazlığın doğmuş olup olmadığı hakem veya hakemler tarafından kararlaştırılacaktır. Bu husus dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrada, bir uyuşmazlığın halli için mahkemeye başvurulmuş olmasının, o meselenin çözümü için tahkime gidilemeyeceği anlamına gelmeyeceği hususu düzenlenmiştir.

Madde 417- Maddenin birinci fıkrasıyla, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkla ilgili dava mahkemede açılmışsa, tahkim ilk itirazında bulunulabileceği; bu durumda, tahkim sözleşmesi geçersiz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul ile davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada ise tahkim ilk itirazının yapılmasının, tahkim yargılamasına başlamaya veya tahkim yargılamasının devamına engel olmadığı belirtilmiştir.

Madde 418- Maddenin birinci fıkrasına göre, aksi kararlaştırılmamışsa taraflar, ihtiyatî tedbir veya delil tespiti için esas olarak hakem heyetine başvurabilirler. Tahkim yolu ile uyuşmazlıklarını çözmek için sözleşme yapan tarafların, tahkim yargılaması esnasında bir ihtiyatî tedbirin alınması veya delil tespiti için öncelikle hakem veya hakem kuruluna başvurulması ve tarafların haklarını nihaî olarak korumak için karar verebilecek hakemlerin, geçici hukukî koruma sağlayan tedbir ve tespite hükmetme yetkisine sahip olmaları, tarafların tahkim iradesi ile uyumludur. Hakem veya hakem kurulu bu yetkisini uygun hâllerde kullanabilir ve tedbir veya tespit kararı verilmesini, doğacak zararların karşılanabilmesi için uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilirler.

Uygulamada, hakem veya hakem kurulunun kararlarına taraflar çoğunlukla uymaktadırlar. Ancak, verilen tedbir kararına uyulmaması veya uyulmaması ihtimali olması hâlinde, yetkili mahkeme, hakem heyeti tarafından verilen ihtiyatî tedbir kararının, taraflardan birinin talebi ve geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması şartı ile icra edilebilirliğine karar verir. Burada, mahkemenin yaptığı inceleme tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olacak; işin niteliği gereği, Türk hukukuna göre icra edilebilir bir tedbir veya tespit kararı ise hakem kararının icrasına hükmedilecektir. Özünde Alman, İsviçre ve İngiliz hukukları gibi bir çok ülke hukuku ile uyum hâlinde olan ikinci fıkra ile amaçlanan husus, tedbir kararlarının etkinliğini, bu kararlara icra kabiliyeti kazandırarak artırmaktır.

Üçüncü fıkraya göre, hakem veya hakem kurulu yanında taraflar, ihtiyatî tedbir veya delil tespiti kararı vermek için ön hakem gibi bir başka kişiyi de görevlendirebilirler. Ancak tahkimin niteliği ve işleyişi gereği, hakem, hakem kurulu veya ön hakem gibi kişilerin, henüz atanmamış olması ve kararın vakit geçirilmeksizin derhâl verilmesi ihtiyacının olması sebepleri ile zamanında veya etkin bir şekilde ihtiyatî tedbir ve delil tespiti kararı vermeleri mümkün olmayabilir. İşte bu hâllerde taraflar mahkemeye başvurarak tedbir veya tespit için yardım isteyebilir. Bu hâllerin varlığının takdiri mahkeme tarafından yapılacaktır. Bu hâller dışında, tedbir veya tespit kararının hakem heyetinden

alınması kuralı geçerli olup mahkemeye başvuru tarafların yazılı sözleşmesi veya heyetin izni ile mümkün kılınmıştır.

Dördüncü fıkrada, tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında mahkemece verilen tedbir kararı, geçici bir hukukî koruma tedbiri olduğundan, aksi mahkeme veya hakemler tarafından belirtilmedikçe, hakem kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın, hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde, kendiliğinden ortadan kalkacağı hususu düzenlenmiştir.

Mahkeme tarafından verilen tedbir kararının hakem veya hakem heyeti tarafından değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabilirliği de tahkimde taraf iradesine tanınan üstünlüğün bir gereğidir. Uyuşmazlığın esasını inceleyen hakem veya hakem kurulu, mahkeme tarafından verilen tedbiri değiştirebilir veya gerek olmaması sebebi ile ortadan da kaldırabilir. Beşinci fıkrada düzenlenen bu durum usul ekonomisine de uygundur.

Madde 419- Taraflara hakemlerini belirleme serbestisi, bu sayının tek olması kaydıyla, tanınmıştır. Bu serbesti kullanılmaz ise her bir tarafa kendi hakemini seçme hakkı tanınmış ve üç hakem atanacağı belirtilmiştir.

Madde 420- Maddede, hakemlerin atanmasında tarafların serbest olduğu kabul edilmiş, tarafların hakemlerin seçimi usulünü belirlemelerine karşın, hakem seçiminin yapılamaması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakem veya hakem kurulunun seçiminin mahkeme tarafından yapılabileceği belirtilmiş ve bu seçimde esas alınacak hususlara yer verilmiştir. Tahkimde hakemlerin atanması büyük önem taşıdığı için atanma usulü açıkça belirlenmiştir. Mahkeme tarafından seçim yapılacak ise mahkeme, varsa seçime ilişkin taraf sözleşmesine uymalı ve hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını temin edecek şekilde seçim yapmalıdır. Aksi hâlde hakem seçimine ilişkin karara itiraz edilemeyecek; ancak verilen hakem kararının iptali mümkün olacaktır.

Madde 421- Maddenin birinci fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmiş; tahkim yargılamasının özelliği gözetilerek, hakemlik önerilen kimsenin, tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmesini haklı gösterecek durum ve şartları varsa, görevi kabul etmeden önce bunları açıklama yükümlülüğüne yer verilmiştir.

İkinci fıkrada, hakemin, taraf serbestisi gereği, tarafların belirlediği niteliklere sahip olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Belirtilen ret sebepleri, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise doğal olarak "Yasaklılık sebepleri" başlıklı 39 uncu maddede belirtilen hâkimin yasaklılık hâllerini de kapsar. İkinci fıkranın son cümlesi ile hakemin kötüniyetle reddi suretiyle tahkimin geciktirilmesinin önlenmesi istenmiştir.

Madde 422- Maddenin birinci fıkrasıyla, hakemin reddi usulünde taraf serbestisi prensibi kabul edilmiştir.

İkinci fıkrada, hakeme, ret talebini öğrendikten sonra çekilme hakkı tanındığı gibi, diğer tarafa da bu talebi kabul hakkı tanınmıştır. Ancak hakemin çekilmemesi veya diğer tarafın reddi kabul etmemesi hâlinde ret talebi konusunda karar verme yetkisi hakem kuruluna bırakılmıştır.

Üçüncü fıkra gereğince, ret talebi, bu müessesenin tahkimi geciktirmek suretiyle kötüye kullanılmaması için, gerekçeli yapılmalı ve yine aynı sebeple öncelikle hakem kurulu tarafından karara bağlanmalıdır.

Dördüncü fıkrada, sadece karar çoğunluğunu etkileyecek sayıda hakem için yapılan ret taleplerinin doğrudan mahkemeye yapılacağı belirtilmiştir. Bu şekilde, reddedilen hakemlerin kendi ret talepleri hakkında karar verme durumunda kalmalarının önüne geçilmiş olmaktadır. Mahkemelerin konuyu etraflıca inceleyip doğru kararı kolayca verecekleri düşüncesi ve tahkimde sürati sağlamak için, mahkeme kararlarının kesin olacağı belirtilmiştir.

Mahkeme tarafından, karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem hakkında ret talebinin kabul edilmesi hâlinde, şayet hakemler ismen belirlenmemişse yeniden hakem tayin edilerek

tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmeleri mümkündür. Bu husus, maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

Madde 423- Maddede, hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu görevi kabul edip, görevi yerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış, böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır.

Madde 424- Maddenin birinci fıkrasında, bir hakemin hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getirmesi imkânı olmadığı durumlarda, doğal olarak o hakeme sorumlu tutulmaksızın çekilme hakkı tanınmıştır. Yine, bahsedilen durumlarda taraflara da anlaşarak o hakemin hakemlik görevini sona erdirip, tahkimi tekrar işler hâle getirme imkânı tanınmıştır.

İkinci fıkrada, hakemin yetkisinin sona ermesi konusunda tarafların anlaşamaması ihtimaline karşı, son söz mahkemeye bırakılmıştır. Tahkimde sürati sağlamak için, mahkemenin bu konuda vereceği kararın nihaî olduğu belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise hakemin görevden çekilmesi veya diğer tarafın hakemlik yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi durumunun, farklı bir şekilde yorumlanması engellenmek istenmiştir.

Madde 425- Maddenin birinci fıkrası, tahkimde taraf serbestisi ilkesi gereği kabul edilmiştir. Taraflar yeni hakem seçimi konusunda bir anlaşmaya varamazlar ise bu Kısımda öngörülen yedek hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Tahkim yargılaması hakem veya hakemlerin seçilmesi ile fiilen başlayacağından, ikinci fıkrada, tahkim süresinin hesabında hakem değiştirilmesi için geçen sürenin sayılmaması esas getirilmiştir.

Üçüncü fıkradaki durumda, yeniden hakem atanmasının olanaksız hâle gelmesi ve tahkim sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmaması nedeniyle, bu hâlde tahkimin sona ereceği kabul edilmiştir.

Madde 426- Hakemin kendi yetkisi konusunda karar vermesi ve tahkim şartının esas sözleşmeden ayrı sayılması; yani tahkim şartının bağımsızlığı, tahkim kurumunun başarıya ulaşması için kabul edilmiş ilkelere aittir. Amaç tahkim şartının geçersizliğini ileri sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektir. Bu durum, maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir.

İkinci fıkra ile, tahkime sürat kazandırmak ve usul ekonomisi bakımından tahkimin ilerleyen aşamalarında yetki itirazı ile karşılaşılması önlenilmek istenilmiştir.

Üçüncü fıkrada, tahkimi geciktirmek için yapılacak yetki aşımı itirazlarının önüne geçilmek istenilmiştir.

Gecikmedeki haklı sebeplerin göz önüne alınıp hak kaybının engellenmesi bakımından, şartları mevcut ise sonradan ileri sürülen itirazların kabul edilebileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrada, usul ekonomisi ilkesi gereği yetki sorununun öncelikle incelenmesi esas kabul edilmiştir.

Madde 427- Tahkimde tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olmaları ve taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânının verilmesi, tahkim usulüne ilişkin genel ilkelere aittir ve gözetilmeleri gerekir.

Madde 428- Tahkimde yargılama usulünün belirlenmesinde taraf serbestisi ilkesinin kabul edilmiş olduğu bir kez daha ve açıkça belirtilmiştir. Taraf serbestisi ilkesi bu Kısımdaki emredici kurallar ile sınırlanmıştır. Taraf serbestisinin kullanılmadığı hâller için ise bu Kısım hükümleri yedek hukuk kuralı olarak uygulanacak, ancak yine de oluşacak boşluklar, tahkimde sürati ve pratikliği temin bakımından, hakem veya hakem kurulu tarafından doldurulacaktır.

Madde 429- Toprak ilkesinin kabul edilmiş olmasının bir sonucu olarak, tahkim yeri belirlenmiş olmalıdır. Tahkim yeri, aynı zamanda kural olarak, tahkime müdahale ve yardım edecek mahkemenin belirlenmesi açısından da önemlidir. Zira bu mahkeme tahkim yeri mahkemesidir.

Madde 430- Birinci fıkrada, tahkim davasının açıldığı veya açılmış sayılacağı tarihin belirlenmesinde taraf serbestisi kabul edilmiştir. Bu fıkra ayrıca, taraf anlaşmasının bulunmadığı

haller için yedek hukuk kuralları içermektedir. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise bu yedek hukuk kurallarına uyulması gereklidir.

İkinci fıkrada ise ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararlarının geçicilik niteliğine uygun olarak, uyuşmazlığın esasının çözülmesine ilişkin adımların belirlenen süre içinde atılması gereği düzenlenmiştir.

Madde 431- Tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de tahkimdeki sürattir. Maddede, hakemlere ve taraflar ile onların vekillerine, tahkimi sonlandırmak için bir yıllık süre verilmiştir. Tahkimin bu süre içerisinde bitirilmesi için taraflar hakemlere yardımcı olmalıdır. Elbette, tahkimin anılan sürede bitirilmesi imkânı olmaz ise bir yıllık süre taraf anlaşması ya da mahkeme kararı ile uzatılabilir. Tahkim süresinin sınırlı olarak belirtilmesi, zaman zaman tahkimin bir tarafınca kötüye kullanılmakta ve sürenin geçirilmesi için tahkimi geciktirici çabalar içine girilebilmektedir. Yetkili mahkeme, tahkim süresinin uzatılmasında bu çeşit kötünietli çabaları özellikle dikkate almalıdır. Böyle bir geciktirici çaba olmasa bile uyuşmazlığın çözümündeki zorluklar ile, uyuşmazlığın ağırlıklı teknik konulara ilişkin olması ve benzeri sebeplerden dolayı tahkim süresi uzatılabilir.

Madde 432- Maddenin birinci fıkrasında, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava ve cevap dilekçesinin hakem veya hakem kurulu tarafından belirtilen süre içinde verileceği düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada, dava ve cevap dilekçesinde bulunması gerekli hususlar belirtilmiş ve tahkimin bir an önce bitirilebilmesi için delillerin dilekçelere eklenmesi ile ileride sunulacak delillerin gösterilmesi tavsiye edilmiştir.

Üçüncü fıkrada ise aksi kararlaştırılabilmekle birlikte, tahkim yargılaması sırasında tarafların iddia veya savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri kural olarak benimsenmiştir. Ancak hakem veya hakem kuruluna, iddia ve savunmanın genişletilmesine izin verilmesi konusunda bir takdir hakkı verilmiştir. Hakem veya hakem kurulu, özellikle tahkim yargılamasını uzatmaya yönelik kötünietli genişletme taleplerine izin vermemelidir.

Madde 433- Birinci fıkraya gereğince, taraflar aksini kararlaştırmamış ve taraflardan biri talep etmemiş ise hakem veya hakem kurulu, duruşma yapıp yapılmaması konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânı sağlayabilmek açısından, keşif tarihi, bilirkişi incelemesi veya diğer delillerin incelenmesi için yapılacak toplantı ve oturumların tarihi bildirilmez. Ayrıca, tarafların duruşmaya gelmemesi hâlinde bunun sonuçları da uygun bir süre önceden taraflara bildirilmelidir. İkinci fıkrada anılan bildirim, sözlü açıklama ve tebliği ifade eder ve belgelendirilmelidir. Ancak tahkim usulündeki elastikiyet gereği, bu fıkrada anılan bildirimlerin mahkemelerin tebligat esaslarına göre yapılması düşünülemez. Örneğin; tarafların önceden bildirecekleri bir faks numarasına yapılan bildirim geçerli kabul edilmelidir.

Üçüncü fıkrada, yine yukarıda belirtilen sebeplerle hakem kuruluna sunulan dilekçelerin, bilgilerin ve diğer belgelerin taraflara bildirilmesi kabul edilmiştir.

Madde 434- Maddede, taraflardan birinin yargılamaya katılmaması hâlinin sonuçları, bentler hâlinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Madde 435- Birinci fıkrada, hakem veya hakem kuruluna, belirlenen konular hakkında bir ya da birden çok bilirkişi atanması, tarafların bilirkişiye gerekli açıklamaları yapmaları, ilgili belge ve bilgileri vermeleri, dava ile ilgili keşif yapılması konusunda takdir hakkı verilmiştir.

İkinci fıkraya ise bilirkişilere sorulan konuların tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi amacı ile getirilen bir düzenlemedir.

Madde 436- Hakem veya hakem kurulunun, yargı gücüne doğrudan sahip olmamaları ve tahkimin sözleşmesel niteliği gereği, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan kişilere karşı herhangi bir yetkileri olmaması sebebiyle, sözleşmenin tarafı olan ancak hakem veya hakemlerle işbirliği yapmak istemeyen bir tarafın veya tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişinin elindeki delillerin

toplanması için, ancak mahkemeden yardım istemesi mümkündür. Bu maddeye göre, bu hakkın kötüye kullanımının önlenmesi için, mahkemeden yardım istenmesi, hakem veya hakem heyetinden onay alınması ön şartına bağlanmıştır.

Madde 437- Birinci fıkrada, hakemler, kurul hâlinde çalışıyorlar ise nasıl karar verecekleri düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada ise tahkim yargılamasını hızlandırmak ve kolaylaştırmak için, tahkim yargılaması ile ilgili belirlenmiş konularda diğer üyelerin de yetkilendirmeleri ile hakem kurulu başkanının tek başına karar verebileceği kabul edilmiştir.

Madde 438- Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü, tarafların sulh olmasına engel değildir. Bu hâlde, tahkim yargılaması son bulacaktır. Sulh sözleşmesi, hakem veya hakemlerin uygun bulması hâlinde, hakem kararı şeklinde tespit ve icra edilebilir.

Madde 439- Maddede, tahkim yargılamasını sona erdiren hâller, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Madde 440- Maddede, bu Kısım hükümlerine göre verilen hakem kararlarında hangi hususların bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı, icra edilebilir bir karar olduğundan, bu kararın şekli unsurları birinci fıkrada açıkça belirtilmiştir.

Tahkim yargılaması esnasında, yetki, sorumluluk ve tazminatın miktarı gibi konularda, aksi kararlaştırılmadıkça kısmî karar verme ihtiyacı doğabilir. Bu ihtiyacı karşılamak için ikinci fıkra hükmü getirilmiştir.

Üçüncü fıkra gereğince, hakem kararı, herhangi bir yargı kararı gibi taraflara bildirilmelidir. Ayrıca hakem kurulu arizi olarak ve önüne gelen uyuşmazlığı çözmek üzere oluşturulduğu için, tahkim dosyası ve kararının saklanması yetkili mahkeme kalemi tarafından yapılacaktır.

Madde 441- Birinci fıkra gereğince, hakem kararlarındaki hesap, yazı ve benzeri maddî hatanın düzeltilmesi veya karara ilişkin bir konu veya kararın bir bölümünün, kararın verilmesinden sonra kısa bir süre içerisinde ve iptal davası açılmadan, taraflardan herhangi birinin başvurusu ile tavzihi imkânı, usul ekonomisi ve tahkimde sürati temin için mümkün hâle getirilmiştir.

İkinci fıkraya göre, kararın hakem tarafından düzeltilmesi kısa bir süre içinde olmalı ve karşı tarafın da görüşü alınmalıdır.

Üçüncü fıkra uyarınca, birinci fıkrada belirtilen sebeplerle, kararın re'sen düzeltilmesi imkânı, maddî hatayı fark eden hakem veya hakem heyetine de verilmiştir.

Dördüncü fıkra ile, yargılama sırasında ileri sürülmüş, fakat hakem kararında değinilmemiş olan konularda, taraflardan birinin talebi üzerine, tamamlayıcı hakem kararı verilebilmesi imkânı usul ekonomisi ve tahkimde sürati sağlamak için, hakem veya hakem heyetine tanınmıştır.

Beşinci fıkrada ise yukarıda belirtilen gerekçelerle hakem veya hakem kurulunun verdiği düzeltme, tavzih ve tamamlama kararlarının hakem kararının bir parçasını oluşturacağı kabul edilmiştir.

Madde 442- Maddede, tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması esası benimsenmiştir. Ancak, tahkimin amacı ve niteliği göz önüne alınarak taraflara aksini kararlaştırabilme imkânı tanınmıştır.

Madde 443- Maddenin birinci fıkrasında, hakem kararına karşı ancak yetkili mahkemede iptal davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır.

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

Üçüncü fıkrada, tahkim sözleşmesi kapsamına giren konularda, verilmiş olan geçerli bir hakem kararının korunması amaçlanmıştır.

Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde tahkimin, süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin, itiraz eden tarafın iptale ilişkin iddiasını ciddi görürse, talep üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrasını durdurabileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrada, iptal başvurusunun süratle karara bağlanması amaçlanmıştır.

Altıncı fıkrada, temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibi kesin bir şekilde belirtilerek, Yargıtaydaki incelemenin, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Tahkim kurumuna sürat kazandırmak ve bu suretle kurumun teşviki için, temyiz aşamasında kararın icrasının durdurulmasının önüne geçilmiştir. Hakem kararına ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında karar icra edilmelidir.

Yedinci fıkraya göre, bir iptal sebebinin varlığını taraflar kabul ediyor ise veya bu fıkrada belirtilen sebeplere dayanılarak iptal kararı verilmiş ise tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözme iradesi üstün tutulmuş ve ilgili uyuşmazlık veya uyuşmazlıklarının yeniden tahkim yolu ile çözülmesi gereği kabul edilmiştir.

Madde 444- Hakem ücretinin belirlenmesinde taraf serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Şayet taraflar hakem ücreti konusunda anlaşamazlar ise doğal olarak hakem ücreti, hakemler tarafından, bu maddede belirtilen kurallara göre belirlenecektir.

Madde 445- Tahkimde yargılama giderlerinin hangi kalemlerden oluştuğu bu maddede bentler halinde sayılmıştır.

Madde 446- Tahkimde hakem veya hakem kurulunun belirlediği avanslar taraflarca ödenmelidir. Aksi hâlde hakem veya hakem kurulu tarafından tahkim yargılamasına devam etme imkânı olmayacaktır. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, bu maddede belirtilen yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenecek, kısmen haklılık durumunda ise yargılama giderleri haklılık ölçüsüne göre taraflar arasında paylaşılacaktır. Bu şekilde tarafların haksız yere tahkime gitmesi veya gerçekte hakkı ile orantısız taleplerde bulunması bir ölçüde önlenmeye çalışılmıştır.

Madde 447- Maddenin birinci fıkrasına göre, ikinci fıkrada belirtilen yargılamanın yenilenmesi sebepleri mevcut ise tahkim yargılamasının yenilenmesine de karar verilebilecek, yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler uygulanırken, tahkim kurumunun yargılamadan farklı olduğu hususu gözden kaçırılmadan, bu hükümler tahkimin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

İkinci fıkrada, yukarıda açıklanan sebepler ile yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tahkim kurumunun niteliğine uygun olduğu ölçüde tahkim yargılamasının yenilenmesi sebebi olarak da kabul edileceği düzenlenmiştir. Nihâî hakem kararının verilmesi ile tahkim sona ereceği için, yargılamanın yenilenmesi ancak yetkili mahkemede görülecektir.

Üçüncü fıkraya göre, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü sonucu verilen hakem kararının iptal edilmesi, tarafların tahkime gitme imkânını ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlığın esasının çözümü için yeniden hakem atanır.

Madde 448- Tahkim sözleşmesel bir kurum olmakla birlikte, büyük ölçüde yargılama usulünü düzenler. Ancak tahkimin amacı ve niteliği gereği, bu usul mahkemelerin tabi olduğu yargılama usulünden farklıdır ve farklı olmalıdır. Maddede, bu duruma açıklık kazandırılmıştır.

Madde 449- Maddede yer alan düzenlemeyle metin içinde geçen disiplin para cezası kavramına yüklenmesi gereken anlamın ne olduğu hususu tespit edilmiştir. Sözü edilen yasal düzenlemede yargı organlarının idarî para cezası vermesinin doğru olmayacağı ve idarî para cezası verilmesi hâlinde kararların denetimi bağlamında doğabilecek sakıncayı bertaraf etmek ve ceza etkili kılmak suretiyle

yargılamanın işleyişini güvence altına almak amaçlanmıştır. Ayrıca bu Tasarıda disiplin para cezasının özelliklerinin neler olduğu ve bu cezanın nasıl tahsil edileceği hususları da açıklığa kavuşturulmuştur.

Madde 450- Maddede yer alan kural ile bu Tasarıda yargılama usulleri yazılı yargılama usulü ve basit yargılama usulü olarak ikiye indirildiği için, diğer Kanunlarda yer alan sözlü yargılama usulü ile seri yargılama usulüne ilişkin olarak 1086 sayılı Kanun hükümlerine yapılmış olan atıfların, bu Tasarının basit yargılama usulü ile ilgili hükümlerine yapılmış atıf olarak addedileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Madde 451- Maddede yer alan düzenlemede, 1086 sayılı Kanunun 578 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kuralın doktrin ve uygulamada anlaşıldığı biçimde formüle edilmek suretiyle dili de sadeleştirilerek aynen benimsenmiştir. Adı geçen kanunî düzenlemenin ikinci fıkrasında yer alan kural ise bilinenin tekrarı niteliğini taşıdığı için madde metnine alınmamıştır.

Madde 452- Maddede yapılan düzenlemeyle bu Kanunun uygulama alanını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek ve somutlaştırmak amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yönetmeliklerin çıkarılması hususu hüküm altına alınmıştır. Bu suretle Kanunun uygulanmasının kolaylaştırılmasına yönelik ortamın hazırlanması amacı da gerçekleştirilmiş olacaktır.

Madde 453- Maddede, Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kaldırılacak kanunî düzenlemeler belirlenmiştir. Bu çerçevede, Tasarının 1086 sayılı Kanunun yerini almasının doğal bir sonucu olarak, 1086 sayılı Kanun tüm değişiklik ve ekleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 4721 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde yer alan ispat yükü ile ilgili kurala, ispata ilişkin genel hükümler arasında amacına ve işlevine uygun olarak tanımlanmak suretiyle yer verildiğinden anılan Medenî Kanun hükmünün yürürlüğüne son verilmiştir. Ayrıca Tasarıda soybağının tespiti ile ilgili olarak yapılan düzenleme karşısında, 4721 sayılı Kanunun 284 üncü maddesinin (2) numaralı bendinin uygulanma imkânı kalmadığından söz konusu hükmün de yürürlükten kaldırılması gerekmiştir.

Geçici Madde 1- 28/1/2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun hükümleri karşısında; bu geçici madde eklenmek suretiyle bu Kanundaki

"Türk Lirası" ibaresinin geçici bir süre için "Yeni Türk Lirası" olarak anlaşılmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Geçici Madde 2- Maddede yer alan düzenlemeyle, bu Kanunun zaman bakımından uygulanmasını öngören hükmü, parasal sınırlar bakımından somutlaştırılmıştır.

Geçici Madde 3- Taraflar yürürlükte bulunan Kanuna göre senet düzenleyeceklerinden ve ileride yapılması muhtemel değişikliklere göre senet düzenlenmesi taraflardan beklenemeyeceğinden, bu Kanunun hükümlerinden önce düzenlenmiş bulunan senetlerin delil olarak kullanılmasına imkân tanımak ve tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla bu hükme yer verilmiştir.

Madde 454- Hukuk yargılamasını bütünüyle etkileyecek temel bir kanunun derhal yürürlüğe girmesinin yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek ve yeni getirilen kavram ve kurumların kavranmasını ve yerleşmesini temin etmek amacıyla, Kanunun Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesi esası benimsenmiştir.

Madde 455- Yürütme maddesidir.

diğx