

A N K A R A



B A R O S U

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNUN GETİRDİKLERİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

Faks: (0.312) 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM

ANKARA BAROSU

EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

GÖLBAŞI AV. ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd.

No: 46 Gölbaşı/ANKARA

Tel : (0.312) 485 03 93 - 484 46 06

ANKARA BAROSU

GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 444 43 06

www.gelincikprojesi.com

www.gelincikprojesi.org

Grafik–Tasarım:

Ali Kemal ÇERŞİL

(Ankara Barosu)

Basım Yeri:

Koza Matbaacılık

Özveren Sk. 13/A Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 229 37 41

Faks: (0.312) 229 37 42

© Ankara Barosu Başkanlığı 2011

Tüm Hakları Saklıdır.

İÇİNDEKİLER

Sunuş	V
BÖLÜM 1	
6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre	
Görev ve Yetki	7
BÖLÜM 2	
6100 Sayılı HMK'ya Göre	
Hakimin Yasaklılığı ve Reddi	35
BÖLÜM 3	
24 Mart 2011'de Ankara Barosu'nda Yapılan	
"Hakimin Sorumluluğu" Adlı Sunum	43
BÖLÜM 4	
6100 Sayılı HMK'da Davanın Tarafları ve Davaya Vekalet.....	71
BÖLÜM 5	
6100 Sayılı HMK'da Dava Arkadaşlığı.....	87
BÖLÜM 6	
6100 Sayılı HMK'da İhbar	95
BÖLÜM 7	
6100 Sayılı HMK'da Süreler	103
BÖLÜM 8	
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri.....	113
BÖLÜM 9	
6100 Sayılı Yasada Yer Alan Taraf Dilekçeleri.....	129
BÖLÜM 10	
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Ön İnceleme.....	153
BÖLÜM 11	
6100 Sayılı HMK'ya Göre Tahkikat Aşaması.....	167

BÖLÜM 12

6100 Sayılı HMK Açısından Sözlü Yargılama ve Avukatlar Açısından Bir Kayıp	189
---	------------

BÖLÜM 13

6100 Sayılı HMK'da Belge ve Senetle İspat.....	195
---	------------

BÖLÜM 14

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ticari Defterlerin Delil Olma Özelliği.....	211
--	------------

BÖLÜM 15

6100 Sayılı HMK'da Yemin Delili.....	221
---	------------

BÖLÜM 16

6100 Sayılı HMK'da Tanık	229
---------------------------------------	------------

BÖLÜM 17

6100 Sayılı HMK'da Bilirkişi ve Uzman Görüşü	243
---	------------

BÖLÜM 18

6100 Sayılı HMK'ya Göre Keşif Delili	257
---	------------

BÖLÜM 19

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hüküm ...	263
---	------------

BÖLÜM 20

Yeni (6100 sayılı) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ...	283
--	------------

Bu çalışma, kendim için yapmış olduğum bir çalışmanın sizlerle internet ortamında paylaşılması amacıyla hazırlanmış bir çalışma idi.

Bana göre, sevgi ve bilgi paylaştıkça çoğalacağı için, ben de meşlektaşlarımı sevdiğimden ötürü, hem elde ettiğim bilgi hem de sizlere olan sevgim çoğalsın diye, Baromun hoşgörüsünden yararlanarak, bu çalışmayı yazılı ortamda sizlere sunmaktayım. Bundan ötürü Baroma teşekkür ederim.

Bu çalışmanın bazı bölümlerinde, stajyerimin de ismini görmeniz sizleri şaşırtmasın, bana göre emek kutsaldır, saygındır. Bu nedenle karşılığı verilmelidir. Üstelik stajyer bir büronun onurudur. İşte bu düşüncelerle aldığım yardımların teşekkürü olarak onun da ismine yayında yer verdim. Ona da teşekkür ederim.

Elbette, kendisi ile paylaşmam gereken zamanı sizlerle paylaşmama izin veren, bana bu olanağı tanıyan eşime de teşekkür etmek isterim.

Hepinize sevgi ve saygılarımı iletir, eleştiri ve katkılarınızı beklediğimi hatırlatırım.

Av. Ender Dedeğaç

BÖLÜM 1

3 MAYIS 2011 – SALI

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE GÖREV VE YETKİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

GÖREV

HMK 1/1 maddesinde de Anayasamızın 142. maddesine uygun olarak mahkemelerin görevlerinin kanunla belirlenebileceği ve görevle ilgili kuralların kamu düzenine ilişkin olduğu ilkesi benimsenmiştir.

HMK Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemesi ayrımını devam ettirmekle beraber Asliye Mahkemeleri'nin adından anlaşılacağı gibi asıl mahkemeler olduğunu hükme bağlamıştır. HMK'nın 2/1 maddesinin gerekçesine göre bunun amacı, davaların görevsizlik kararları nedeni ile uzamalarını önlemektir. Söz konusu maddeye göre, davanın değer ve miktarına bakılmaksızın, mal varlığına ve şahıs varlığına ilişkin tüm davalarda Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Ancak, gerek HMK'da gerekse başka kanunlarda Sulh Hukuk Mahkemeleri'nin görev alanına giren dava olarak belirtilen davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır. HMK bu amaçla, 4. maddesinde Sulh Hukuk Mahkemeleri'nin görev alanını düzenlemiştir. İstisnanın bilinmesi açısından madde metni aynen alınmıştır.

Sulh Hukuk Mahkemelerinin Görevi

MADDE 4–(1) Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değeri veya tutarına bakılmaksızın;

- a. Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayırık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,
- b. Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları,
- c. Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları,
- ç. Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları, görürler.

Kanımca asıl değişiklik, “Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev” madde başlığını taşıyan, HMK 3/1 maddesin de meydana gelmiştir. Bu maddeye göre, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydı ile, ölümden ya da vücut kaybından kaynaklanan, tüm tazminat davalarında, davalının idare ya da özel hukuk kişisi olup olmadığına bakılmaksızın, bu

davaların hepsinde asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Madde ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Raporuna baktığımızda, davalının idare olması halinde de bu davalara özel hukuk hükümlerinin yani borçlar kanunu, medeni kanun gibi hükümlerin uygulanacağını belirtildiğini görmekteyiz. Bu açıklama bizim daha önce incelediğimiz “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna” ilişkin yazımızın ve konuşmamızın içinde yer alan soruya yanıt bulmamıza neden olmuştur. Ancak, endişemizi gidermemiştir. Biz hala, idari yargının ilkelerinden yani hizmet kusuru kriterlerinden neden ayrıldığını anlamış değiliz. Üstelik bu hüküm hükümet tasarısında yer almamasına rağmen, komisyondaki çalışmalar sırasında yasaya girmiş bir hükümdür. Bu nedenle, adalet komisyonu gerekçesinin bir kısmını aynen bilgilerinize sunmaktayız.

“...insana verilen zararların tazminin hukukunda hangi yargı yolu görevlendirilmelidir. Sorunun çözümünde temel yaklaşım, insan zararlarında görev belirlenirken zararı doğuran sebebin ait olduğu alanın yapı ve niteliği yerine, zararın sujesini (insanı) esas alan bir ölçütün temel alınmasıdır. “alan ölçütü mü zarar ölçütü mü” karşılaştırmasında özne insan olduğunda elbette ki “zarar ölçütü” denmelidir.

...bundan böyle:

- a. Askeri olsun veya olmasın her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklanan insan zararları (vücut bütünlüğünü kaybı, ölüm sebepleriyle iş göremezlik, destekten yoksun kalma, manevi tazminat) talepleri asliye hukuk mahkemelerinde görülebilecektir. İdari yargı dili ile “ tam yargı davalarının” insan zararlarına

ait bölümü, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır (anayasanın 142. maddesi). Örneğin bir askeri gemi ile ticaret gemisinin çarpışmasında gözünü yitiren bir asker, davasını Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde değil, asliye hukuk mahkemesinde açabilecektir.

- b.** Bu davalar doğaldır ki idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) bağlı olacaktır...

... Sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk (özel hukuk) alanlarındaki bu nevi zararlar münhasır şekilde asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. İş sözleşmesine aykırılıktan doğan tazminat davaları, (iş kazası, meslek hastalığı ve diğer sebeplere dayalı tazminatlar) iş mahkemelerinde görülmeye devam olunacaktır. İş mahkemelerinin bu davalarda da birer ihtisas mahkemeleri olması, hukuk muhakemeleri kanunundaki bu değişikliğin yöneldiği amaçla uyumludur..." [adalet komisyonu raporundan alınan bu alıntı prof. Dr. Hakan Pekcanıtez ve arkadaşlarının hazırladığı gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu adlı yapıtın 57. sayfasının 3. no'lu dipnotundan alınmıştır.]

Görevle ilgili açıklamalara son vermeden evvel, HMUK 2/2 maddesinin HMK da yer almaması nedeniyle duyduğum endişeleri de dile getirmek isterim. Bilindiği gibi, HMUK 2/2 ye göre; müddeabihin paradan başka bir şey olması halinde ve taraflar bu şeyin değerinde uzlaşamazlarsa, davaya bakan mahkeme, müddeabihin değerini saptamakla görevli idi. Saptanan bu değer, hangi mahkemenin görevli

olduğunu saptanmasının yanı sıra, temyiz sınırının, tashihi karar sınırının ve mahkeme giderleri arasında yer alan karşı taraf vekalet ücreti olarak nitelendirdiğimiz ücretin miktarının saptanmasında dikkate alınmaktadır. (kanımızca, HMUK 2/2 m yer alan tarafların anlaşamaması koşulu bile başlı başına tartışması gerekli bir konudur)

Gerek mahkemelerin görevlerinin kamu düzenine ilişkin olmasının yanı sıra temyiz, tashihi karar gibi kanun yollarına başvurma hakkı da kamu düzenine ilişkin olup gerekse Harçlar Kanununun 16/3 ve 30. maddesinin emredici hükümleri dikkate alındığında, HMK'nın 2 maddesinin müddeabihin değerine bakılmaksızın tüm mal varlığına ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin yetkili olmasına ilişkin hükümden ötürü, davaya bakan mahkemenin müddeabihin değerini saptamak görevinden kurtulduğu anlamına gelmemektedir. Zaten HMK 119/1.d maddesi dava değerinin dava dilekçesinde bulunmasını şart koşmuştur. Üstelik HMK 119/2 maddesi hükmüne göre, bu konunun dava dilekçesinde bulunmaması hali tamamlanması olanaklı eksiklik olarak görülmemiştir. Kanunda açık hüküm olmamakla beraber tamamlanması olanaksız bir eksik olması halinde, tamamlanması olanaklı bir eksikliği tamamlanmamasında ki yaptırımın uygulanması gerektiği kanısındayız. Yani dava için daha başlangıçta, davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. Biz, Harçlar Kanununun 16/3 maddesi hükmünün de değerlendirilmesi gerektiğini ve dava dilekçesinin kaydı yapılmadan önce bu maddenin emredici hükmü nedeni ile davacıya dava değerini bildirmesinin ihtar edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bilindiği gibi Harçlar Kanununun 30. maddesi hükmüne göre, dava değeri noksan bildirilmişse ve yargılama sırasında bu noksanlık saptanmışsa, mahkeme ilk oturuma kadar harç tamamlanması için davacıya süre verir. Harç tamamlanmadan davaya devam etmez.

Mahkemece saptanan değer üzerinden harcın tamamlanmış olması, hazine açısından doğan sakıncayı ortadan kaldırmaktadır. Ancak, bu saptanan değer kanun yoluna başvurmada ve karşı taraf vekalet ücretinin hesaplamasındaki etkisinin ne olacağının cevabının da verilmesi gerekmektedir.

Mesleğimizi yakından ilgilendirdiği için, öncelikle konuyu avukatlık ücreti açısından değerlendirmek istedik.

Her ne kadar, HMK ya göre, görevi belirlenmesinde, müddeabihin parasal değerinin önemi kalmamış ise de, HMK 119 maddesi ve Harçlar Kanunu 16/3 ve 30 maddesindeki hükümlerinde kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte hükümler olduğu dikkate alındığında, dava değerinin dava dilekçesini inceleyen hakim tarafından incelenmesi ve gerekirse resen takdir edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kanımızca, tarafların itiraz edip etmediklerinin bu incelemenin yapılmasında bir önemi olmamalıdır. Çünkü HUMK 2/2 bundan böyle uygulanabilir bir madde değildir ve Harçlar Kanunu da en azından HMK kadar emredici nitelikte, kamu düzenin korumaya yönelik bir yasamızdır.

Kanun yoluna başvurmak ise yargılama hakkının özünü oluşturmaktadır. O halde, bu hakkın önlenmesi hem de karşı tarafın yani hasmın tutumu ile engellenmesini düşünmek

bile mümkün değildir. Davacının kasten düşük bildirdiği ya da davacının hatalı bildirimine kasten itiraz etmeyerek değeri tartışmasız hale getiren davalının benimsediği değerin kanun yollarına başvurmada etken olması ve bu nedenlerle taraflardan birinin bu hakkını kaybetmesini kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, mahkemece resen takdir edilen dava değerinin harca etken olduğu gibi kanun yollarına da etken olmasını kabul etmek gerektiğine inanmaktayız.

Aynı olay resen hüküm altına alınması gereken yargılama giderleri ve bunun içinde yer alan karşı taraf vekalet ücreti için de geçerli olmalıdır. Yargılama giderleri kapsamında yer alan karşı taraf vekalet ücreti için nasıl talebe bağlı olmaksızın hüküm kurulması benimsenmiş ise, bunun doğru olmasının da aynı ilke içinde yer alması gerektiğine inanmaktayız. (Sn. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü 6. bası sayfa 175 öncesi ve sonrası ile 19.9.1966 gün ve 1966/9 E 1966/9 K sayılı Yarg. İçt. Bir. Büy. Gnl. Krl Kararına bakınız. Biz karara göre resen değer takdirinin karşı taraf avukatlık ücretine etki edeceğini anlamaktayız. Bu konuyu ayrı bir yazı olarak bilginize sunmak istiyoruz.) Bu ise müddeabihin resen saptanması anlamına gelmektedir.

YETKİ

HMK'nın 6/1 maddesi HUMK 9. maddesinde olduğu gibi, dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesini genel yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir. Davalının gerçek kişi ya da tüzel kişi olması bu genel yetki kuralını değiştirmemektedir.

HUMK ile HMK arasındaki tek fark, HUMK'taki "ikametgah mahkemesi" sözcüklerinin yerini MK'daki değişikliğe paralel olarak "yerleşim yeri mahkemesi" sözcüklerinin almış olmasıdır. HMK 6/2 maddesi ise yerleşim yerinin 4721 sayılı MK hükümlerine göre belirleneceğini hükme bağlayarak bu konuda doğabilecek problemleri baştan çözmüştür.

HMK 5/1 maddesi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümlerin saklı kalmak kaydı ile HMK kurallarının uygulanmasının gerektiğini belirttiği için gerek genel yetkiye gerekse HMK'da yer alan özel yetki kurallarına dayanarak yetkili mahkemeyi saptamadan önce varsa özel yetki kurallarının saptanması ve uygulanması gerekmektedir.

Yasa koyucu davalıların birden fazla olması halini HMK 7/1 maddesinde düzenlemiştir. Davalıların birden fazla olması halinde, davacı davasını, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açabilir. Ancak bu kuralın uygulanmasında iki hususa dikkat etmek gerekmektedir. Bunlardan birincisi, HMK 7/2 maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, davacı, bu hakkını kullanırken yani davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesini yetkili olarak gösterirken, iyi niyetle davranmak zorundadır. Eğer davacı, bu hakkını

kötü niyetli olarak kullanıyorsa, yani davalılardan birini ya da bir kaçını zor durumda bırakmayı amaçlamış ve bu davalı yetkili mahkemeye itiraz etmiş ise, hakim, bu konuda delil hatta belirti olup olmadığını araştırmak zorundadır. Eğer, belirti bile bulursa, sadece yetki itirazında bulunan davalının davasını ayırır ve yetki itirazında bulunan davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili olarak gösterir, ilk davaya kendisi bakmaya devam eder. İkinci olarak dikkat edilecek olan husus, HMK 7/1 maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, eğer kanun “davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme göstermiş ise davaya o yer mahkemesinde bakılır.

Yerleşim yerinden ötürü doğacak problemlerin çözümünü düşünen yasa koyucu, HMK’nın değişik maddelerinde buna çözüm aramıştır. Bu amaçla yasalaşan maddelerden biri de HMK’nın 8/1 maddesidir. Bu madde HUMK 20. maddesindeki ilkenin sadeleştirilmiş halidir. Söz konusu maddeye göre, alacak ve taşınır mallara ilişkin davalarda, davalı yerleşim yeri dışında oturmakta ise ve bu durum uzunca bir süre devam edecek ise, dava, davalıların, “bulundukları yer mahkemesinde” de açılabilir.

Yasa koyucu bu maddeyi vaz ederken uygulamayı kolaylaştırmak açısından örnekleri de göstermiştir. Gösterilen örneklerle göre, memur, asker, işçi vb. kişiler bu konumdadır. Görüldüğü gibi, taşınmazlara ve şahıs varlığına ilişkin davalar bu madde kapsamında yer alamamaktadır.

Yetkili mahkemenin saptanmasında yerleşim yeri kuralını benimseyen yasa koyucu, Türkiye’de yerleşim yeri

bulunmayan kişiler için HMK 9/1 maddesini vaz etmiştir. Bu madde HUMK 9. ve 16. maddelerinin karşılığı olarak yasalaşmıştır. Ancak yasalaşma aşamasında özellikle Türk Mahkemelerinin vermiş oldukları kararların yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi aşamasında karşılaşılan “aşkın yetki” problemini de çözmek amaçlanmıştır. Bu nedenle HMK 9/1 maddesine göre, Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar için yetkili mahkemenin “mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi” nin olacağı ilke olarak benimsenmiştir. Bu ilkeye HMK 9/1 maddesinin son cümlesi ile bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre, “...diğer yetki halleri saklı kalmak üzere, mal varlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu mal varlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.” Bu husus tasarının 14. maddesinin tekrarıdır. Bu nedenle tasarının gerekçesine bakılabilir.

İster genel ilke nedeni ile yerleşim yeri mahkemesi, isterse bulunduğu yer mahkemesi ya da mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili bulunsun, eğer dava konusu bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, HMK 10/1 maddesine göre, dava sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Görüldüğü gibi buradaki yetki seçimlik bir yetkidir. Yetki konusunda ki ilkeleri ortadan kaldırmaz. Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin yetkili olması hususu HUMK 10. maddesinde de yer almaktaydı ve HUMK 10. maddesi ifa mahalli ilkesi ile birlikte sözleşmenin imzalandığı yer mahkemesini de yetkili olarak kabul etmekteydi. Sözleşmenin imzalandığı yer mahkemesinin yetkili olarak kabul edilmesi için HUMK 10. maddesine göre, dava açılmadan önce davalının ya da vekilinin sözleşmenin imzalandığı

mahalde bulunduğunun kanıtlanması gerektiği için bu hükmün uygulanması olanaksızlaşmaktaydı. İşte yasa koyucu bu olanaksızlığı göz önüne alarak maddenin bu kısmına HMK’da yer vermemiştir.

HMK 16/1 maddesi HUMK 21. Maddesi benzer hükmü içermektedir. Her iki madde de haksız fiillerden doğan tazminat davalarında yetkili mahkemelerin hangi mahkemeler olduğunu hükme bağlamaktadır. Bilindiği gibi HUMK 21. maddesi sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisini seçimlik yetki olarak tanımıştı. HMK’da bu seçimlik hak genişletilmiştir. HMK’nın 16/1 maddesine göre, dava

- Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde
- Zararın meydana geldiği yer mahkemesinde
- Zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinde
- Zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde

açılabilir. Gerekçede maddenin genişletilmesinin nedeni, yabancı hukuk sistemlerindeki değişim olarak gösterilmiştir. Ayrıca, bu konudaki genişletme sadece hükümet tasarısı ile sınırlı kalmamış, Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde, buna “zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi” de eklenmiştir. Adalet Komisyonu gerekçesine baktığımızda, zarar gören ve zarar görme tehlikesi bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi tanınarak, örneğin basın yolu ile

meydana getirilen ve de getirilmesi söz konusu olacak olan zararlara karşı kişiler korunmak istenmiştir.

HMK. 15 maddesi ise 3 fıkra halinde sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan tazminat davalarındaki seçimlik yetkiyi düzenlemiştir.

Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki

MADDE 15–(1) Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir.

(2) Can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.

(3) Bu hüküm deniz sigortalarından doğan davalarda uygulanmaz.

Seçimlik yetki kurallarından birini düzenleyen HMK 14. maddesi HUMK 17. maddesinin karşılığıdır. HMK 14/1. Hükmüne göre, şubenin işlemlerinden kaynaklanan bir dava söz konusu olduğunda, o tüzel kişinin yerleşim yeri mahkemesinin yanı sıra o şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de seçimlik yetkisi bulunmaktadır. Gerekçeye baktığımızda HUMK 17. maddesinde yer alan “iflas müstesna” sözcüklerinin HMK’da yer almadığının çünkü bu hususun zaten İİK 154. maddesinde düzenlendiğini bu nedenle tekrardan kaçınıldığının belirtildiği görülmektedir. HMK 14/2 maddesi HUMK 17. maddesinin son cümlesinin karşılığıdır. Bu maddeye göre, özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik nedenine dayalı davalarda, dava ister ortak/üye ile tüzel kişi arasında olsun isterse ortak/üye ile diğer ortak/

üye arasında olsun, bu davalar tüzel kişiliğin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Bu yetki kuralı kesin yetki kuralıdır.

Bir başka kesin yetki kuralı ise, HMK 11/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. Mirasa ilişkin davalarda kesin yetkiyi belirleyen bu maddeye göre,

- Terekenin paylaşılmasına
- Yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine
- Ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine
- Miras sebebiyle istihkaka
- Mirasçılar arasında terekenin yönetimine
- Terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar

ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır.

Mirasta kesin yetkiyi belirleyen HMK 17/1 maddesinin a ve b bentlerine karşılık, HMK 17/2 ve 17/3 maddeleri bu kesin yetkiye ilişkin istisnaları hükme bağlamaktadır. Bu fıkralara göre;

- Terekede bulunan bir mal hakkında açmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir.

- Mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

HUMK 11. maddesinin karşılığı olan bu madde ile HUMK 11. maddesini karşılaştırdığımızda, öncelikle kesin yetkiye ilişkin açıklık getirildiğini ve bunun yanı sıra bazı küçük zorunlu değişiklikler yapıldığını görmekteyiz. Bu değişikliklerin neler olduğu tasarının 11. Maddeye ilişkin gerekçesinde detayları ile anlatılmıştır.

HMK'nın 12. maddesi bir başka kesin yetki kuralı olarak taşınmazlara ilişkin yetkiyi hükme bağlamaktadır. Bu madde HUMK 13. Maddesinin nerede ise aynısı şeklinde kaleme alınmıştır. Yapılan değişiklikler özden çok sözcüklere ve günümüz hukuk sistemimize uyarlanmasını sağlamaktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle madde metnini aynen bilgilerinize sunmaktayım.

Taşınmazın Aynından Doğan Davalarda Yetki

MADDE 12–(1) Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

(2) İrtifak haklarına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır.

(3) Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir.

Yetkili mahkemeleri incelerken karşı davada yetkinin hangi kurala bağlandığını da görmek gerekmektedir. HMK 13. maddesine göre, asıl davaya bakan mahkeme karşılık davaya da bakacaktır. Ancak HUMK 14. maddesinden farklı olarak HMK 13/1 maddesi bir istisna getirmiştir. Bu istisnaya göre, eğer karşılık dava için konulmuş bir kesin yetki kuralı söz konusu ise, karşılık dava bu kesin yetki kuralına uygun olarak kesin yetkili mahkemede görülecektir. Bu hususun HUMK 14. maddesine göre farklı olarak yasalaştığını hemen belirtmek isteriz. Bilindiği gibi HUMK 14. maddesine göre asıl davaya bakmaya yetkili mahkeme karşılık davaya da bakmaya yetkili olarak kabul edilmekteydi, şimdi bu uygulamadan dönülmüş olmaktadır.

Görev konusunda da benzer bir soru ile karşılaşılabilir. Eğer asıl dava ile karşılık davaya bakmakla görevli mahkemeler farklı ise ne olacaktır? Bilindiği gibi 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde asıl dava ile karşılık davanın görevleri saptanır, eğer bu saptamada davalardan biri asliye mahkemesinin görevine giriyorsa her iki davada asliye mahkemesinde görülürdü. Çünkü HUMK 14. madde buna olanak tanımakta idi.

HMK karşılık davanın şartlarını da belirtmemiştir. Kanımızca bu konularda da HUMK döneminde oluşan kazai ve ilmi içtihatlardan yararlanmamız gerekecektir. Örneğin genel mahkemelerde açılan bir davaya özel mahkemelerde (örneğin iş mahkemesi) bakılması gereken bir davayı karşılık dava olarak açamayacağımız kuralı bu günde geçerliliğini koruyacaktır.

YETKİ SÖZLEŞMESİ

Bilindiği gibi yetki sözleşmesi HUMK 22. ve 23. maddelerinde, düzenlenen bir hukuk kurumudur. Bu kurum HMK’ya da alınmıştır. Ancak HUMK da yetki sözleşmesi tüm gerçek kişilerin gerçek kişiler ya da tüzel kişilerle, tüzel kişilerin tüzel kişi ya da gerçek kişilerle yapabileceği bir sözleşme olmasına rağmen, bu kurumun özellikle ekonomik açıdan güçlü tüzel kişi ya da gerçek kişi tacirler tarafından örneğin; bankalar tarafından tek taraflı olarak kullanılarak zarar verici şekilde kullanıldığı göz önüne alınmış ve bundan böyle yetki sözleşmesinin sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasındaki sözleşmelerde geçerli olacağı kabul edilmiştir. HMK 17/1 e göre tacirler ve kamu tüzel kişileri, yetki sözleşmesi yaparak bir ya da birden fazla mahkemeyi yetkili kılacaklardır. Böyle bir yetki sözleşmesinin olması halinde, davaya ancak bu yetkili mahkemelerde bakılabilecektir.

Kanun koyucu, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranılması gerekli koşulları HMK 18/1 ve 18/2 maddelerinde hükme bağlamıştır. Bu maddelere göre bir yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için,

- Yetki sözleşmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuları kapsaması
- O konuda kesin yetki kuralının bulunmaması
- Yazılı yapılması

- Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli ya da belirlenebilir olması
 - Yetkili kılınan mahkeme ya da mahkemelerin gösterilmiş olması
- gerekmektedir.

YETKİ İTİRAZI

Bir mahkemenin yetkisiz olduğunu beyan etmek, kesin yetki kuralı varsa, hakime ve davalı tarafa, davanın sonuna kadar, tanınmış bir haktır. Her ne kadar HMK 19/1 maddesine göre, kesin yetki itirazının taraflarca ileri sürüleceğini hükme bağlamış ise de kanımızca davacının böylesi bir hakkının olduğunu düşünmek işin doğasına aykırıdır. Bu nedenle biz açıklamamızı, sadece davalının bu hakkı kullanacağı şeklinde oluşturduk.

Eğer kesin yetki kuralının ihlali yoksa davalı taraf yetki itirazını ancak cevap dilekçesi ile yapmak zorundadır. Bilindiği gibi HUMK 23. Maddesine göre, kesin yetki kuralının geçerli olmadığı davalarda, yetki itirazı “esasa girilmezden evvel” yapılabilirdi. HMK bu olanağı sınırlandırmıştır. Üstelik iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ileri sürülemeyeceği süreyi uzatırken diğer bir anlatımla replik ve düplik dilekçelerini hatta ön incelemeyi kapsayacak şekilde düzenlerken, yetki itirazına ilişkin süreyi kısaltmasını anlayamadık. HMK’nın benimsediği yöntemeye göre, hakim tarafından incelemenin başlaması ön inceleme duruşması ile başlayacağına göre bu konuda ki sınırlamanın genişletilmesi, bize göre, yasanın bütününe aykırı geldi.

Yetki itirazında bulunan taraf, HMK 19/2 maddesine göre yetkili mahkemeyi, yetki itirazı ile birlikte bildirmek zorundadır. Eğer birden fazla yetkili mahkeme varsa, yetki itirazında bulunan kişi, bu mahkemelerden sadece birini seçecek ve onu cevap dilekçesindeki yetki itirazı ile birlikte

bildirecektir. Eğer yetkili mahkemeyi bildirmemiş ise, yetki itirazı dikkate alınmaz.

Mahkeme gerek kesin yetkiye dayanan gerekse dayanmayan yetki itirazlarını değerlendirirken ya da resen kendisi yetkisizlik kararı verirken kararında, HMK 19/3 maddesi gereği, yetkili mahkemeyi de belirtmek zorundadır.

Eğer kesin yetki kuralının ihlali söz konusu değilse ve cevap dilekçesinde, usulüne uygun şekilde bir yetki itirazında bulunulmamışsa, HMK 19/4 maddesine göre davanın açıldığı mahkeme yetkili mahkeme haline gelir ve davayı sonuçlandırır.

HMK'nın 19/4 ve 19/1 maddelerini birlikte değerlendirdiğimizde, davanın kesin yetki kuralına bağlı olduğu hallerde de, eğer davanın sonuna kadar itirazda bulunmazlarsa ya da hakim resen yetkiyi inceleyerek karara bağlamaz ise bu durumda da yetkisiz mahkeme yetkili mahkeme haline gelecektir. Burada cevaplandırılması gereken soru “davanın sonuna kadar” açıklamasından neyi anlamamız gerektiğidir?

GÖREVSİZLİK VE YETKİSİZLİK KARARININ ETKİLERİ

HMK 20/1 maddesini incelediğimizde, yetkisizlik kararının, kanun yoluna başvurulması mümkün olmayan kararlarla ilgili olup olmadığına göre ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz.

Eğer yetkisizlik kararı kesin nitelikte bir mahkeme kararı için verilmiş ise, taraflardan biri, bu tarihten itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmek zorundadır.

HMK 20/1 maddesi, kararın tebliği ve tefhimi arasında bir ayrım gözetmemiş, kararın verildiği tarihi esas almıştır. Kanımızca bu yazılım hatalı bir yazılımdır. Ancak yerleşmiş ilmi ve kazai içtihatların yardımı ile çözülebilecek bir husustur. Bize göre tebliği gereken kararlarda, bu süre tebliğ ile başlamalıdır.

Eğer yetkisizlik kararı kanun yoluna başvurulabilecek bir dava içinde verilmiş ise, yetkisizlik kararının da, tarafların, kanun yoluna başvurularak incelenmesini talep hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, kanun yoluna başvurulup başvurulmadığını yani kararın kesinleşip kesinleşmediğini araştırmak gerekecektir. Eğer karar kesinleşmiş ise, yani yetkisizlik kararının kaldırılması istemi red edilmiş ise, bu red kararının tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, kararı veren mahkemeye başvurarak davanın yetkili mahkemeye gönderilmesi talep edilir. Elbette, bu iki haftalık süre her

bir taraf için kendisine yapılan tebligatla başlar ve ayrı ayrı hesaplanır.

Kanun yolunun kapalı olmasına rağmen kanun yoluna başvurulmuş ya da kanun yolu açık olmasına rağmen kararda kanun yolu kapalı olarak gösterilen kararlarda diğer anlatımla yerel mahkeme ile taraf arasında kanun yoluna başvurmada çelişki yaşandığı hallerde, temyiz isteminin reddine ilişkin kararın temyizinde durum ne olacaktır?

HMK 20/2 maddesine göre, yetkisizlik kararına dayanılarak yetkili olduğu belirlenen mahkemeye dosyanın gelmesi ile bu mahkeme kendiliğinden taraflara davetiye göndererek davaya bakmaya başlar.

YARGI YERİ BELİRLENMESİ

Görev ve yetkiye ilişkin kurallar usul hukukunda düzenlenmiş olmasına rağmen bazı hallerde davaya bakacak mahkemenin belirlenmesi bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylesi durumların varlığında, merci tayini, merci belirtilmesi ya da yargı yeri belirtilmesinin bulunduğu söylenir. Bu üç kavram aynı anlama gelmektedir. HUMK merci tayini kavramını tercih etmiş olmasına rağmen HMK yargı yeri belirlemesi kavramını tercih etmiştir.

Yargı yeri belirlenmesini HMK 22/1 ve 22/2 maddelerinde yapacağımız alındı ile tanımlamak mümkündür. Bu alıntılara göre, “yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına her hangi bir engel bulunduğu yahut iki mahkeme arasında yargı çevrelerinin sınırlarının belirlenmesinde bir tereddüt ortaya çıktığında” ya da “İki mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararlar kanun yoluna başvurmaksızın kesinleştiği takdirde” görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesine yargı yerinin belirlenmesi denir.

HMK 21/1 maddesi 4 bent halinde, yargı yeri belirtilmesini gerektiren sebepleri hükme bağlamıştır.

Böylesi bir durumun doğması halinde, HMK 22/2 maddesi hükmü gereği, yargı yeri belirlenmesi, davanın görüldüğü yer dikkate alınarak, bir üst mahkemede yani bölge adliye mahkemesinde ya da Yargıtay’da çözümlenir.

Yargı yeri belirlenmesine ilişkin inceleme HMK 23/1 hükmü gereği dosya üzerinden yapılabilir. Görüldüğü gibi burada “yapılabilir” sözcüğü kullanılarak ilgili merciin uygun

görmesi halinde duruşmalı inceleme yapılabileceğinin kapısı açık bırakılmıştır.

İlgili merci tarafından verilen kararın kesinleşmesinden sonra, göreve ve yetkiye ilişkin olarak verilen bu karar, davaya bakacak olan mahkemeyi bağlar.

BÖLÜM 2

18 MAYIS 2011 – ÇARŞAMBA

6100 SAYILI HMK'YA GÖRE HAKİMİN YASAKLILIĞI VE REDDİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ
STJ. AV. CAN SANAL

Hakimin davaya bakmamasını gerektiren iki ayrı hukuki kurumumuz bulunmaktadır. Bunlardan biri hakimin yasaklılığı hali diğeri ise hakimin reddi halidir. HUMK'da da var olan bu iki kurum HMK'nın 34. vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

HMK 34/1 maddesinde 7 bent halinde sayılan hususlardan her hangi birinin varlığı halinde, hakim davadan çekilmek zorundadır. HMK 35/1 maddesine göre yasaklama sebebinin doğduğu andan itibaren, hakimin vermiş olduğu hüküm ve kararlar üst mahkeme tarafından zorunlu olarak iptal olunur. Hatta üst mahkeme, hakimin yapmış olduğu işlemleri dahi gerek görürse iptal edebilir. Üst mahkeme iptal kararının yanı sıra, çekilmeksizin davaya devam eden hakimi yargılama giderlerine mahkum da edebilir.

Çekilme kararı ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş ise, bölge idare mahkemesinin vereceği karar kesindir.

HMK'da hakimin yasaklılık hallerini düzenleyen maddeler, HUMK 30. maddesinden farklı olarak kaleme alınmıştır. HMK hazırlanırken, hakimin yasaklılığı hali kamu düzenini ilgilendirdiğinden ötürü, HUMK'da yer alan iki tarafın olumlu kararı ile yasaklılık haline rağmen hakimin davaya bakmasına ilişkin hüküm HMK'ya alınmamıştır.

Hakimin yasaklılığını düzenleyen 34/1 maddesine ve bu madde ile ilgili olarak tasarıda yer alan gerekçeye baktığımızda, HUMK'da yer alan kan ve kayın hısımlık farkına yer verilmediğini, nişanlılık halinin de yasaklılık kapsamına alındığını görmekteyiz. Ayrıca HUMK 28/4'de yer alan, bazı görevler üstlenen hakimin davaya bakamayacağına ilişkin

hükme, HMK’da yer verilmemiştir. Hükümet gerekçesine göre; bu görevlerde hakimin bulunması mümkün değildir. Bu nedenle de madde gereksiz yere yazılmış olacaktır. Bizim kanımıza göre yazılmasında yarar bulunmaktadır. Çünkü hakim kooperatif başkanı olabilir, bazı derneklere üye ve başkan olarak katılabilir ve dava bu tüzel kişilerden kaynaklanabilir. Ancak yazılmamış olması bir noksan oluşturmamaktadır. Çünkü temsil yetkisi taşıyacağı için hem taraf hem de yargılayan olması mümkün değildir.

HMK’nın 34/1 maddesindeki hüküm aynen aşağıya alınmıştır.

Yasaklılık sebepleri

MADDE 34–(1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a. Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
- b. Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c. Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.
- ç. Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
- d. Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.
- e. Nişanlısının davasında.

f. İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.

Eğer hakim, ister kendiliğinden isterse taraflardan birinin talebi doğrultusunda çekilme yönünde görüş bildirirse, hakimin bu kararı, red talebini incelemeye yetkili merci tarafından değerlendirilir. Mercii bu değerlendirmede HMK 39/1 maddesine göre, çekilmenin kanuna uygun olup olmadığını değerlendirir.

HAKİMİN REDDİ

Hakimin reddini düzenleyen, HMK 36/1 maddesi, “hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin” bulunmasını hakimin reddi için yeterli görmüş ve red sebeplerini tadati olarak belirtmek istememiştir. Ancak yasa koyucu bazı durumların varlığının hakimin reddi için gerekli neden olarak görmüş ve HMK 36/1 maddesinde 5 bent halinde saymıştır. Bunlar;

- a.** Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.
- b.** Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması.
- c.** Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması.
- ç.** Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.
- d.** Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunmasıdır.

Eğer red sebeplerinden biri varsa yasa koyucuya göre öncelikle hakim davadan çekilmelidir. Eğer hakim çekilmiyorsa, taraflardan biri hakimin reddini isteyinceye kadar hakim HMK 37/1 maddesine göre davaya bakabilir. Hakim kendiliğinden yada tarafların birinin talebi ile çekilmeye karar verirse, HMK 39/1 maddesi gereğince, hakimin bu kararı, ret

talebini incelemeye yetkili merci, tarafından incelenir. Yetkili merci bu incelenin sonunda, çekilmenin kanuna uygun olup olmadığına karar verir. Çekilme kararını inceleyen hakim, çekilme kararını onamasında bir problem gözükmemekle beraber yetkili merciin, bu kararı onamaması yani kanuna aykırı bulması halinde nasıl bir sonuç doğacağı HMK’da belirtilmemiştir. Bu sorunu HUMK dönemine ilişkin ilmi ve kazai içtihatlarla da çözmek mümkün değildir. Çünkü HUMK’da buna benzer bir hüküm yer almamıştır.

Taraflardan birinin hakim reddini istemesi HMK 38/1 maddesine göre ancak, tarafın red nedenini öğrendiği tarihi takip eden ilk oturumda yapıldığı takdirde incelenerek karara bağlanır. İlk oturumun geçirilmiş olması halinde bu istem incelenmez. Eğer, red isteminde bulunacak olan taraf ilk oturumda mazeret beyan etmiş ve bu mazeret karşı tarafında oluru ile mahkemece kabul görmüş ise, red talebi mazeretli olan tarafın katıldığı ilk oturumda sunulabilir mi? Bu sorunun cevabını merak ediyorum

Taraflar hakim reddini talep yerine hakimi çekilmeye davet ederse HMK 38/8 maddesine göre bu davet de red talebi olarak değerlendirilir.

HUMK 30. maddede yer alan, hakim reddi nedenlerinin varlığına rağmen, tarafların oluru ile hakim davaya bakmasına ilişkin hüküm aynen hakim yasaklılığına ilişkin hükümlerde olduğu gibi HMK ya alınmamıştır. Ancak, HMK 35/1 de hakim yasaklı olmasına rağmen davaya bakmasında uygulanacak olan cezai hükümler hakim reddinde yer almamaktadır. Ayrıca, tarafın reddi için ilk

oturuma kadar olanak tanınmıştır. Bu iki hali birlikte düşündüğümüzde eğer taraflar anlaşılırsa ve ilk oturumda red talebinde bulunmazlarsa kendiliğinden hakimın davaya bakma olanağı doğacaktır. Kanımızca HUMK'daki hüküm taraf olurunun “yazılı ve açık” olması koşulunu taşıdığından ve kanun koyucu tarafından izin verildiğinden ötürü daha doğru bir uygulama idi. Hiç olmazsa zımni kabul yerine gerçek kabul oluşuyordu.

HMK 38/4 maddesine göre, hakimın reddine ilişkin talep geri alınamaz. Kanımızca bu hüküm hakimın reddinin varlığı halinde bunun taraf iradesi ile önlenemeyeceğine ilişkin hükümden kaynaklanmaktadır.

HMK 38/2 ve 3. maddelerine baktığımızda, taraflarca yapılacak olan hakimın reddi talebinin, hakimın bağlı olduğu mahkemeye, yazılı olarak yapılması ve bu başvuruda hakimın reddine ilişkin neden yada emarelerin açıkça belirtilerek varsa delillerinin de eklenmesi gerekmektedir.

Hükümet gerekçesine baktığımızda, hakimın redine ilişkin davalarda serbest delil ilkesinin benimsendiğini görmekteyiz. Bu ilke HMK 38/6 maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, red sebebi sabit olmasa bile talebi incelemeye yetkili olan merci, red sebebini muhtemel gördüğünde, reddi kabul edebilir.

BÖLÜM 3

25 NİSAN 2011 – PAZARTESİ

24 MART 2011'DE ANKARA BAROSU'NDA YAPILAN “HAKİMİN SORUMLULUĞU” ADLI SUNUM

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Öncelikle belirtmek isterim ki, bana göre hakim, en güzel, mecellede tanımlanmıştır. Bu tanıma göre hakim, "konusuna hakim, bilgin, zeki, doğru, güvenilir, onurlu, sağlam" kişidir. Burada yer alan sağlam, vücut sağlamlığını ifade etmektedir. Çünkü, Osmanlı döneminde kadı seçimlerinde, bu hususa dikkat edilirdi.

Bu konuyu, değişik salonlarda ve değişik yıllarda savundum. Hatta bu konuşmam bu salonda gerçekleşen ikinci konuşmamdır. Bu konuya kendimce gereken özeni göstermeye çalışmaktayım, çünkü, bana göre sorumluluk insan onurunun bir parçasıdır. Bu yüzden çocuklarımıza ilk öğrettiğimiz şeylerden biri, sorumluluklarını üstlenmesidir. En azından bana ve çevremde gördüğüm çocuklara, böyle davranmamız gerektiği öğretilmesini söyleyebilirim.

Hakimin yargısal eylemlerinden ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağı gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde kazai ve ilmi içtihatlar çerçevesinde tartışılmıştır. Bu tartışmaları ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan biri hakimin yargısal eylemlerinden ötürü sorumlu tutulamayacağı, hakim yerine devletin sorumlu tutulacağı, diğeri ise hakimin yargısal eylemlerinden ötürü şahsen sorumlu tutulacağıdır. (Dr. Emcet Belgesay Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, Erdal Tercan, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (HUMK 573-576) hakim kavramı açısından uygulama alanı, Ahmet Kılıçoğlu, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu). Ancak bu araştırmalarda, uygulamaların yapıldığı ülkelerde, hangi siyasi rejimin hakim olduğu ve o ülkenin tarihsel gelişimi içinde yargının yeri

belirtilmediği için, gerçek bir yorumun yapılamayacağını düşünmekteyim. 6100 sayılı kanunun kabulüne kadar geçen sürede bizde hakim şahsen sorumlu olarak görülmüştür. Bunun nedenlerinin başında, siyasal yapımızda ve bunu düzenleyen Anayasamızda, kuvvetler ayrımının benimsenmiş olması ve devletin sorumlu tutulması halinde yargıcın bağımsızlığının (Any. 138/1-2 ve 140) zedeleneceği böylece siyasal yapının zarar göreceği gelmektedir. Hakimlerin neden diğer devlet memurları gibi hizmet kusuru ile sorumlu tutulamayacaklarına ilişkin olarak Yargıtay HGK 14.1.1987 gün Bidayet 1986/1 1987/1 kararının ve gerekçesini incelemeyi önermekteyim.

1086 sayılı HUMK'a göre hakimın hukuki sorumluluğu 573–576 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Önceleri HUMK 573. maddesinde yer alan hakim kavramının kimleri kapsadığı tartışılmıştır. Yapılan bu tartışmalarda 25.03.1931 gün ve 1931/19 E 1931/35 K sayılı YİBGK kararı, asliye ceza hakimlerinin de HUMK doğrultusunda sorumlu olacaklarını belirterek bu tartışmayı belirli oranda sonlandırmıştır. Söz konusu karardan sonra idari yargı ve askeri yargıda (Erdal Tercan 29.01.1959 günlü 4 HD kararı askeri hakimler içindir) görev alan hakimlerin de aynı yapıda değerlendirileceği yani HMK 573. maddesi doğrultusunda sorumlu olacağı tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Gene Erdal Tercan'a göre, tetkik hakimlerinin karar verme yetkisi olmadığından ötürü yargısal faaliyeti olamayacağından onlar hakkında HUMK 573 vd maddelerinin uygulanamayacaktır. Bu düşünce, yakın tarihe kadar bana da doğru gelen düşüncedir. Ancak, Yargıtay HGK nun 16.11.2009 gün ve 2009/2 2009/3 sayılı kararına

baktığımızda tetkik hakimlerinin de, hakim gibi HMUK 573 maddesinden yargılanması gerektiğinin belirtildiği ve dosyanın işlem yapmak üzere 15 Hukuk Dairesi'ne gönderildiği belirtilmektedir. HGK de yargılamaya konu somut olay açıkça anlatılmadığı için, tetkik hakiminin, daire üyeleri ile birlikte neden yargılandığını ve nasıl bir yargısal faaliyet yaptığını anlamak mümkün değildir. Bu yüzden bu konuya ilişkin tartışmayı genişletmeden evvel, konunun detaylarını öğrenmekte yarar vardır.

Ancak Yargıtay üyelerinin hangi yasa maddelerine göre sorumlu tutulacağı konusu ise YHGK'nın 14.1.1976 gün 1975/5 E 1976/4 K, 22.6.2005 gün 2005/2 E 2005/2 K, 14.1.1987 gün bidayet 1986/1 E 1987/1 K, 13.6.2007 gün 2007/1 E 2007/1 K sayılı kararları ve buna benzer diğer kararlarda belirtildiği gibi HUMK 573. maddesinin dışında tutularak özel şartlara bağlanmıştır. Yargıtay üyelerinin sorumluluğunun oluşmasında Yargıtay Kanununda yer alan 13/2 ve 15/3 maddeleri ile Anayasa'da yer alan 148/3 maddeleri etkili olmuş ve Yargıtay hakimlerinin Yargıtay HGK da yargılanacağı ve bu yargılamanın olabilmesi için Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanarak bu suçtan ötürü mahkum olmuş olmaları şartı aranmıştır. Her ne kadar bir tarihte, diğer yüksek mahkeme üyelerinin yargılanması da tartışma konusu olmuşsa da (Ahmet Kılıçoğlu'nun Hasan Karaok'dan aktardığı 4 HD 2.1.1946 E 5220-285 K 67 sayılı kararında Danıştay üyelerinin durumu tartışılmıştır) bu gün bu koşullar diğer yüksek mahkeme üyeleri içinde geçerlidir(Erdal Tercan'ın makalesinde geniş bilgi var olayı

1221,1730 ve 2729 sayılı kanunlara ilişkin dönemlere dayalı olarak incelemektedir.).

1086 sayılı HUMK ile ilgili uygulama devam ederken, 7.10.2009 gün 2009/4-361 E 2009/399 K ve 7.10.2009 gün 2009/4-362 E 2009/400 K sayılı YHGK kararlarında da açıkça belirtildiği gibi savcılarının iddianame düzenlemeleri de dahil olmak üzere doğacak sorumluluklarının HUMK 573. madde kapsamına alınamayacağı, savcılarının sorumluluklarının idari yargıda çözümleneceği hüküm altına alınmıştır.

Yine aynı dönemde Yargıtay 4. HD 10.6.1999 gün 1999/4284 E 1999/5514 K sayılı kararında da belirtildiği gibi, adalet müfettişleri hakkında da HUMK 573. maddesi uygulanmayarak, eğer bir sorumlulukları varsa bu sorumluluklarından ötürü idari yargıda dava açılabilmekteydi.

Yukarıda açıkça belirttiğimiz gibi hakim kavramının içine tüm hakimler girmekte ancak Yargıtay hakimlerinin yargılanması için özel koşullar aranmaktaydı. Buna karşılık, bu gün var olan uygulamada, savcılar ve adalet müfettişleri için HUMK 573. vd maddelerinin uygulanamayacağı, savcı ve adalet müfettişlerinin sorumluluklarından ötürü idari yargıda dava açılabilmesi kabul görmüş bir husustur.

6100 sayılı HMK'ya ait tasarıda, yasa koyucu bu kez, hakimlerin şahsen sorumlu tutulmaması gerektiğini, onların yargısal eylemlerinden ötürü bir sorumlulukları doğacak ise bu sorumluluktan kaynaklanan tazminat davalarının devlet aleyhine açılması gerektiğini tasarının 52/1 maddesinde belirtmiştir. Tasarının 52/1 maddesi içeriği değişmeksizin 6100 sayılı yasanın 46/1 maddesi haline gelmiştir. Tasarının

52/1 maddesine ilişkin madde gerekçesine baktığımızda, hakimlerin şahsi sorumluluğu yerine devletin sorumluluğunun getirilmesinin, Anayasa'nın 129. maddesine uygun bir davranış olduğu ifade edilmektedir. Bilindiği gibi Anayasa'mızın 129. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden ötürü sorumluluğunu düzenlemektedir. Gerekçede yer alan bu açıklama ister istemez hakimlerin bundan böyle memur gibi değerlendirileceği kanısını uyandırmaktadır. Halbuki kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda hazırlanan Anayasa'mızın 9. maddesi ile 138 vd. maddeleri yargıyı erklerden biri olarak tanımlamış ve yargıcı yürütmenin görevlisi olan memurdan ayırmıştır. Anayasa'da hala bu ilkeler geçerli olduğuna göre 6100 sayılı yasanın gerekçesinde yer alan bu açıklama kabul edilebilir bir açıklama değildir.

Tasarının 52/1 maddesinin gerekçesinde ve 25.03.1931 tarihli YİBGK kararında da benimsendiği gibi, maddede yer alan hakim sözcüğünün tüm hakimleri kapsadığı açıkça dile getirilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 46/1 maddesine baktığımızda hakimlere karşı açılacak sorumluluk davasının hangi sebeplerin varlığı halinde açılabileceğinin de hüküm altına alındığını görmekteyiz. HMK 46/1 maddesinin 6 bent halinde saydığı sorumluluk davasına ilişkin sebepler bir fark hariç 1086 sayılı HUMK'un 573. maddesiyle aynı sebepleri içermektedir. Farklılık 573/7'nin HMK 46 içerisinde yer almamasından kaynaklanmaktadır. Bu amaçla HMK'ya ait tasarının 52. maddesine ilişkin gerekçeye baktığımızda, gerekçede “ zira

hakime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır, görevini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi de hakimın görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebilecektir.” İfadesinin yer aldığını görmekteyiz. Bu gerekçeye katılmaktayız. Ancak kişisel kanımıza göre HUMK 573/7’de yer alan “kanuna göre verilen emir” ifadesi, herhangi bir organın ya da kişinin yargıya vermiş olduğu emir olarak değil, kanun tarafından hakime verilen emir olarak anlaşılmalıdır. Örneğin sanığın savunması alınmaksızın sanık aleyhine hüküm kurulamayacağına ilişkin kanunda yer alan emir, hakim tarafından yerine getirilmezse HUMK 573/7’nin ihlali oluşacaktır. Olayı bu açıdan değerlendirdiğimizde gerek HUMK’da gerekse HMK’da bu olayın ilgili maddelerin (c) bendiyle çözümlendiğini görmekteyiz. Söz konusu hükmün HMK 46/1.c’deki yazılımının “Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” şeklinde olduğunu görmekteyiz.

Ayrıca madde gerekçesinde de belirtildiği gibi hakimın böylesi bir durumu görevini yapmaktan kaçınması olarak değerlendirildiği için ceza hukuku kaynaklı yaptırımlarla da karşılaşması mümkündür. Kanımca hakim aleyhine bir ceza hükmü kurulmuş ise bu kez HMK 46. maddeye dayalı olarak sorumluluk doğmasa bile, cezaya konu fiilinin getirdiği genel anlamdaki haksız fiil tazminatı uygulanabilmelidir. Ancak, birazdan değineceğimiz gibi torba yasa nedeniyle böylesi bir uygulamanın olamayacağını da görmekteyiz. HMK 46. Maddesinin gerekçesinde hakimın hiçbir makamdan emir alamayacağını dile getirirken, hakimlerin yargısal işlem ve eylemlerinden ötürü doğan tazminat davalarında devleti

sorumlu tutarken, daha tutarlı bir gerekçe oluşturmak yerine, örneğin, tazminatın ödendiği bütçe olanaklarının, yürütmenin bütçesi olmadığı, bütçenin, TBMM tarafından, yürütme görevinin yapanlara, bütçe kanunu ile harcama kararları sınırlandırılmış ve bunun doğruluğu kesin hesap kanunu ile kontrol edilen bir kaynak olarak bırakıldığı, bu nedenle hakimın memur gibi değerlendirilmemesi gerektiği, hakimın şahsi sorumluluğu yerine devlet hazinesinin sorumlu tutulmasındaki amacın hakimi memur gibi düşünmek olmayıp kişilerin zararlarının karşılanmasında kişisel olanaklardan daha fazla güce sahip TBMM tasarrufunda olan devlet hazinesinin yer aldığı vurgulanabilirdi.

Yalnızca tekrar etmek açısından, HMK 46/1’de yer alan sorumluluk halleri aşağıda belirtilmektedir:

MADDE 46–(1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

- a. Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.
- b. Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.
- c. Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

- ç. Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.
- d. Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.
- e. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

Öncelikle belirtmek isterim ki, yasanın bu hükmü, hakim sorumluluğunda, sorumluluk hallerinin yasa tarafından kapalı uçlu/tahdidi olarak belirlendiğini ortaya koymaktadır. Bu husus eski yasamızda da geçerli idi (Ahmet Kılıçoğlu YHGK E 14.10.1967 E 66-2-1304 K 455 ve YHGK 29.3.1967 E 6-184 K 162)

HMK'nın 46/2. maddesine baktığımızda "Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz." hükmünü görmekteyiz. HMK'nın 47/1. maddesine baktığımızda ise Yargıtay üyelerinin de HMK hükümleri doğrultusunda sorumlu olduğu; ancak 1086 sayılı HUMK'dan farklı olarak bu kez Yargıtay hakimlerinin aleyhine açılacak davaların hangi mahkemede görüleceğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz.

46/1 ve 46/2 hükümlerini birlikte değerlendirdiğimizde yasa koyucunun yukarıda belirttiğimiz YGHK kararlarından farklı düşündüğü, Yargıtay üyeleri daha doğrusu tüm hakimler hakkında yargılama faaliyetlerinden dolayı bir

sorumluluk davası açılacaksa bundan böyle bir ceza davası dolayısıyla verilmiş mahkumiyet kararına gerek olmadığı anlaşılmaktadır.

HMK 46/3 maddesi, devletin, ödediği tazminat için, ilgili hakime karşı ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu davası açacağını hükme bağlamıştır. Bu madde hükmünün yazılış şekli emredici niteliktedir. Yani devlet adına hazinenin tazminatın ödenmesiyle birlikte ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu davası açması gerekmektedir.

HMK 47/2 maddesi hükmü gereğince de bu rücu davaları tazminat davasının karara bağlandığı mahkemede görülecektir.

HMK 48/1 maddesi tazminat davasına konu dilekçede tazminat isteminin hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı-ğının açıkça belirtilmesi gerektiğini, ayrıca delillerin açıkça dilekçede belirtilmesini ve varsa eklenmesini emretmektedir. 6100 sayılı HMK burada hem 1086 sayılı HUMK 575/1 maddesinin son cümlesinden, hem de tasarının 54/2 maddesinden ayrılmaktadır. Bilindiği gibi gerek 1086 sayılı HUMK gerekse tasarı dilekçede bir noksanlık varsa, özellikle deliller eklenmemişse dilekçenin reddine karar verileceğini hükme bağlamıştı. Her ne kadar dilekçenin reddine karar verilmiş olması davanın reddi anlamını taşıyorsa da bu husus davacı aleyhine bir hüküm olarak yasa ve tasarıda yer almaktaydı. Halbuki 6100 sayılı HMK'da böylesi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle de HMK 48/1 maddesinde yer alan hükümleri HMK'nın 119/1.d,e,f,g bentlerindeki dava dilekçesinin içeriğini hükme bağlayan hükümlerle eşdeğerde,

delillerin eklenmesini ise HMK 121/1 ile aynı olarak görebiliriz. Bu yüzden de dava dilekçesinde bir eksiklik varsa, bu dilekçeye 119/2'nin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

HMK'da yeni bir hüküm getirilmiş, 48/2'de yer alan bu hüküm nedeniyle davanın, ilgili hakime resen ihbar edilmesi ilkesi benimsenmiştir.

Ancak bu hüküm doğrultusunda, yapılacak olan ihbarın sonuçlarına ilişkin bir düzenleme ne torba yasada ne de HMK da bulunmamaktadır. Bu nedenle insanın aklına 1086 sayılı HUMK da bulunan davanın ihbarına ilişkin 49 vd. maddelerinin ve de yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı HMK da aynı konuyu düzenleyen 61. vd. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gelmektedir. Eğer bu soruya evet cevabını verirsek bu kez, devletin davalı olarak yer aldığı tazminat davasında tazminata konu eylemi gerçekleştiren ve kendisine ihbar yapılan hakim HUMK 50. maddesi gereği davayı bizzat yürüteceği yolunda beyanda bulunursa ne yapılacaktır? Her ne kadar HUMK 50. Maddesine, benzer bir madde HMK'da yoksa da, Ekim 2011'e kadar HUMK'un uygulanacağını unutmamak gerekir.

HMK'nın 46/1.e bendinde yer alan hüküm nedeniyle hakim hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış ise bundan sorumludur. Halbuki HUMK 573/7 ve HUMK 574 maddesi gereğince böylesi bir durum doğduğunda noterden gönderilecek bir ihtar gereksinim vardı. Yeni yasa bu şartı ortadan kaldırmıştır.

HMKT 52/2'de tazminat hakkının doğabilmesi için, hak sahibinin, zararın doğmasını önleyebilmek için yapabileceği

tüm girişimlerde bulunmasını şart olarak hükme bağlamıştı. Bu hüküm yasaya geçmemiştir. Ancak bunun yasalaşmamış olması uygulanmayacağı anlamına gelmez. Çünkü EBK 42,43,44 ve YBK 50,51,52 maddelerinde zararın önlenmesinin tarafa yasal bir yük olarak yükümlendiği, bu hükmün hakim sorumluluğuna da uygulanabileceği işin doğası gereğidir. Ayrıca 26.9.2007 gün 2007/4-669 E 2007/608 K sayılı YHGK kararına baktığımızda, eğer bir kararda temyiz edilebilecek hususlar varsa, buna rağmen temyiz yolu denenmemişse tazminata hükmedilemeyeceğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz. Bu kararda da ifade edilen husus, zarar görenin zararı önleyebilecek her türlü davranışı göstermesi gerektiridir. Usul hukukumuzda yerleşmiş olan bu ilke kanımca yeni yasanın uygulamasında da devam edecektir ve doğrusu da budur.

HUMK 576/2 maddesinde yer alan davanın reddi halinde ilgili hakim lehine resen tazminata hükmedilmesine ilişkin madde, yeni yasada yer almamaktadır. Buna karşılık HMK 49/1 maddesine davanın esastan reddedilmesi halinde disiplin para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir. Halbuki, HUMK 576/2 maddesinde de davanın reddi halinde “cezaî nakdi”ye hükmolunacağı yer almaktaydı.

Yukarıda yaptığımız gibi 2011 yılının ekim ayında yürürlüğe girecek olan HMK’nın 46 vd. maddelerinin yararlarını ve zararlarını değerlendirmemiz gerektiği aşamada, 6110 sayılı torba yasa içinde HMK’nın hakimlerin hukuki sorumluluğunu temelden değiştirecek hükümlerin yer aldığını görmekteyiz.

Torba yasa getirdiği yeniliklerden birincisiyle, 2011 yılı ekim ayına kadar uygulanacak olan HUMK 573. maddesinin 1. fıkrasını değiştirmiştir. Bu nedenle de Ekim 2011'de uygulanmaya başlanacak olan davaların devlet aleyhine açılmasına ilişkin kural böylece 6110 sayılı torba yasanın yayınlandığı ve yürürlüğe girdiği tarih olan 14.02.2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Diğer bir anlatımla, yasa koyucu, 6100 sayılı yasayı kabul ettiği 12 Ocak 2011 tarihinden yaklaşık bir ay sonra, hakimlerin sorumluluklarına ilişkin maddelerinde yapılan değişikliği, genişletmek, değiştirmek ve nedense hemen uygulamaya koymak gereğini duymuştur.

Torba yasa HUMK 575. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Sözü geçen madde yerine 6110 sayılı yasa ile yeni bir hüküm de getirilmemiştir. Hakimlere ilişkin tazminat davalarında dilekçenin nasıl düzenleneceğini hükme bağlayan HUMK 575. madde yürürlükten kalktığına ve yerine de yeni bir hüküm de gelmediğine göre, Ekim 2011 e kadar açılacak davalarda HUMK 179 vd. maddelerinde düzenlenen, dava dilekçesinin içeriğine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Ayrıca HUMK 575. maddesi yürürlükten kaldırıldığı için, bu madde içeriğinde yer alan noksan koşullarla sunulan dava dilekçesinin reddine ilişkin hüküm de kalkmıştır. Bunu da unutmamak gerekir.

Ancak 6110 sayılı torba yasanın 2. maddesi HUMK 575/2'nin yürürlükten kaldırılmasıyla meydana gelen boşluğu doldurmaktadır. Yani HUMK 575/2'de yer alan hakimlere karşı açılacak tazminat davalarının hangi mahkemelerde görüleceğine ilişkin kural yerine bundan böyle 6110 sayılı

torba yasanın 2. maddesi doğrultusunda tüm hakimlere karşı açılacak davaların Yargıtay'da görülmesi ilkesi benimsenmiştir. Söz konusu geçici 2. madde hakimlerin görevine göre Yargıtay'da hangi dairelerin veya kurulların görevli olduğunu da ayrıca hükme bağlamaktadır.

Torba yasa HUMK 576/2 yi de yürürlükten kaldırmıştır. Böylece HUMK'un hakimlere karşı açılan tazminat davasının reddinde, davacıya yüklediği tazminat Şubat 2011 den itibaren uygulanmayacaktır. Aynı şekilde cezai nakdi uygulaması da şubat ayından itibaren kalkmıştır. Burada unutulmaması gereken bir olay, 2011 yılı ekim ayında cezai nakdi yerine HMK 49. madde hükmü doğrultusunda disiplin para cezası gelecek olmasıdır. Bu durumda Şubat 2011 ile Ekim 2011 arası tarihlerde ne cezai nakdi ne de disiplin para cezası uygulanacaktır.

Torba yasanın geçici madde 2-1.b maddesinde yer alan hüküm HMK 47/2'nin bir tekrarıdır. Hakimlere karşı açılacak tazminat davalarından doğacak rücu davalarına, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkeme bakacağı için şubatta başlayacak olan uygulama Ekim 2011'de de aynen devam edecektir.

Aynı şekilde, geçici madde 2-1.c'de yer alan hüküm nedeniyle hakimlere karşı açılan tazminat davalarında ilgili mahkeme tazminata ilişkin yargısal eylemi gerçekleştiren hakimi resen ihbarla yükümlü olacaktır. Bu yukarıda belirttiğimiz gibi HMK 47/2 ile aynı nitelikte olduğu için HMK 47/2 dolaylı olarak Şubat 2011den itibaren uygulanır hale gelecektir.

Torba yasa ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 93. maddesinden sonra gelmek üzere 93.A maddesi eklenmiştir. Söz konusu maddeye baktığımızda bu maddenin “hakim ve savcıların bir soruşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği”ni hükme bağladığını görmekteyiz. Görüldüğü gibi 2802 sayılı yasaya eklenen 93.A maddesiyle Şubat 2011 tarihinden itibaren savcılar da hakim gibi kabul edilip HUMK 573 ve HMK 46 maddesi doğrultusunda yargılanacaklardır. Bu husus yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarının içeriğine aykırı olduğu gibi kişisel kanımca da yanlıştır. Ancak, bir kısım düşünürler, yargının erk olarak An.9 maddesinde belirtildiğini, Anayasanın 138 vd maddelerinin yargı erkine ayrıldığını, savcılarında bu bölümde değerlendirildiğini, atamalarına ilişkin kuralların aynı olduğunu, CMUK 148. Maddesinde yer alan Adalet Bakanı'nın emir vermesine ilişkin hükmün CMK da kaldırıldığını, savcılarında yargısal görev yaptığını beyan etmektedirler. Bu konu, Sn. Şerafettin Elmalı'nın internetteki “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması” adlı makalesinde geniş olarak anlatılmaktadır. Ayrıca, Sn. Sezai Aydın'ın “Hakimlerin Sorumluluğu” adlı kitabında yer alan Danıştay 10 Dairesinin 10.3.1988 gün 755/401 sayılı kararında da savcıların yargısal erk kullandığı ve bu nedenle HMUK 573 vd maddelerine göre yargılanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Tüm bunların yanı sıra, Yargıtay HGK 2009/4-361 E ve 2009/399 K sayılı kararında da savcının yargısal erk kullandığı hükme bağlanmakta ancak HMUK

da yer alan hükümler nedeniyle savcıların HMUK 573 vd maddeleri ile yargılanmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Elbette, savcı, yargı erkinin içinde yer alan, hakim savcı, avukat üçlüsünden biridir. Ancak, savcı, yargısal faaliyetlere, kamunun avukatı olarak katılmaktadır. Karar veren değildir. Savcının sanığın hem lehine hem de aleyhine delil toplaması yargılamanın diyalektiğine aykırıdır. Üstelik sanığa ve müştekiye CMK kanalıyla avukat görevlendirilmesi uygulamasından sonra, özellikle müştekinin avukatı ile savcının konumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini, onların birlikte hareket eden görevliler olarak tanımlanmasını düşündüğümü de dile getirmekteyim. Bu değerlendirme yapılırken, yukarıda bilgilerinize sunduğum ilmi ve kazai içtihatlardan yararlanmanın yanı sıra, gerek dünyada gerekse ülkemizde hakimlik ve savcılığın hangi tarihsel çizgi içinde geliştiği, bu gelişme çizgisinde, o ülkenin ve dünyanın ekonomik, sosyal ve siyasi yapısının nasıl olduğu da dikkate alınmalıdır diye düşünmekteyim. Sn İlber Ortaylı'nın kadı adlı makalesinde belirtildiği gibi, Osmanlı'da kadılık, Osmanlı Beyliği'nin kuruluşu ile başlayan bir görevdir. Beyliğe bağlı yerleşim ünitelerinde, askeri işlerden sorumlu subaşının yanı sıra mülki, beledi ve mahalli idareden sorumlu kadılar atanmakta idi. Daha sonraları, mülki, mali ve belde yönetimi kadılardan alınmış ve başka görevlilerle verilmiştir. Başlangıçta, savcılık görevini de üstlenen kadı, aynı zamanda infaz işlemlerini de emrindeki kuvvetler aracılığı ile gerçekleştirmekte idi, daha sonra savcılık görevi de bağımsız bir görev olarak oluşmuş ve kadılıktan ayrılmıştır.

Yargıtay HGK nun 2009/4-361 E sayılı kararını size sunar-ken söylemek istediği bir başka konuya da değinmek isterim, bilindiği gibi, hakimlerin hüküm vermesi, kendilerine bu konuda yasalarla tanınan yetkilerde3n gelmektedir. Hakim bu yetkiye dayanarak ve somut olayı var olan hukuk kuralları ile birlikte değerlendirerek hükmünü oluşturur. Bu temel ilkeyi kabul ettiğimizde Yargıtay HGK nun yukarıda belirtilen kararını eleştirmek gereğini hissetmekteyim. Bilindiği gibi, eğer bir Yargıtay dairesi var olan karardan dönmek istediğinde bunu gerekçeleri ile birlikte genel kurula sunmak zorumdadır. Eğer genel kurullardan biri karar değiştirecek ise, bu durum büyük genel kurula sunulmalıdır. Gene daireler arasında bir çelişki varsa birinci başkanlık yada ilgili daireler tarafından bunun giderilmesi için genel kurula sunulması gerekmektedir. Olayı bu açıdan değerlendirdiğimizde, HGK nun Yargıtayın yerleşmiş uygulaması olmuş bir karardan yani savcıların idari yargıda yargılanması gerektiğine ilişkin karardan dönebilmesi için bunun gerekçeleri ile birlikte bir üst kurula sunulması gerektiğine inanmaktayım. Üstelik büyük genel kurul bu konuda ki kararını sıradan kararlarda olduğu gibi değil bunun bir dönme kararı olduğunu gerekçeleri ile belirtmesi gerektiğine de inanmaktayım. Kişisel kanıma göre, eğer bu krallara uyulmamış ise, fiilen var fakat hukuken yok bir karar doğmuş olacaktır.

Benim edindiğim bilgilere göre, savcılık ilk kez, 1200-1300 tarihlerinde Fransa'da görüldü ve kralın haklarını korumak için mahkemelerde, kral tarafından görevlendirildi. Bizde ise 1870 de kamunun haklarını gözetmek amacıyla, temyiz mahkemeleri ile sınırlı kalmak üzere, savcı bir "memur"

olarak atandı. Daha sonra 1876 anayasasının 91. Maddesinde yer alan hükme göre, savcılık adlı memurluğun tüm vilayetlerde uygulanması kabul edildi ve 1876 da çıkarılan yasa ile bu uygulama fiilen gerçekleşti. O zamanın siyasal yapısı gereği, savcılık “memurluk” olarak kabul edildi. Savcılığa ilk kez hak ettiği değeri Mustafa Kemal Atatürk vermiştir. Bu nedenle, savcı sözcüğünün önüne “cumhuriyet” ekinin eklenmesini istemiştir. Savcılığın, Mustafa Kemal Atatürk tarafından tanınan önemini kabul etmekle birlikte, savcılığı, yargısal erk kullandığını ve hakimlerle birlikte aynı koşullarda yargılanması gerektiğini düşünmemekteyim. Onun yargısal erk kullanmamış olmasının, onun önemini ortadan kaldıracığına da inanmamaktayım. Çünkü ona verilen önem yargılanmada sağlanan ayrıcalıklardan gelmemekte, toplumsal fonksiyonundan ileri gelmektedir.

Üstelik söz konusu 93.A maddesi son fıkrasına baktığımızda “hakimler ve savcılar yüksek kurulu müfettişleriyle adalet müfettişlerinin yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet ve verdikleri her türlü kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır” hükmü nedeniyle bundan böyle müfettişlerin de hakim gibi yargılanmasının yolu açılmaktadır. Bu yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarına aykırı olduğu gibi hukuk mantığıyla da bağdaşmamaktadır. Üstelik adalet bakanlığı müfettişleriyle, kamuda görev yapan diğer müfettişleri de ayırarak yasalar önünde eşitsizliğe yol açan bir hüküm olmuştur.

Söz konusu 93.A maddesinin 1. fıkrasının b bendine baktığımızda, “kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk

sebeplerine dayanılarak da olsa hakim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz” hükmünün yer aldığını görmekteyiz. Söz konusu 93.A maddesinin son fıkrası adalet müfettişlerini de bu kapsamlarda değerlendirdiğine göre, hakim savcı ya da adalet müfettişlerinin kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa şahsi sorumluluğuna gidilemeyecektir. Kişisel kusur ve haksız fiil için sorumluluk davasına gidilememesi bile benim açımdan eleştirilmesi gerekli bir husus iken, aynı maddede yer alan ucu bucağı belli olmayan “diğer sorumluluk sebepleri”ne dayanılarak da şahsi sorumluluklarına ilişkin dava açılmasını anlamak mümkün değildir. Örneğin hakim duruşma sırasında, taraflara yada vekillerine hakaret edecek ve bundan ötürü sorumlu olmayacaktır. Bu ve benzeri olaylar yaşanmıştır. (Ahmet Kılıçoğlu’nun Hakimlerin hukuki sorumluluğu adlı makalesinde, Yargıtay 4. HD 14.11.1957 E 6471 K 6802 ve 29.01.1959 E 1386 K 963 sayılı kararlarına dayandığı kendi görüşü ve benim 16 Mayıs Dergisinde yayınlanan Edepsizlik Etmeyin ve Bir Örnek Karar adlı makalemdeki olaylar, yeri gelmişken belirtmek isterim söz konusu makale de bir tutumun eleştirisi yapılmış ve kararın eleştirisi yapılmamıştır. Kararın eleştirisi yapılacak olursa, kişisel kanıma göre, hakim hakkında açılacak davanın BK 41 göre açılması ve Yargıtay 4. HD de bunu HMUK 573 vd uygulanması olanaksızdır diyerek biraz önce belirttiğim çok eski kararlarında olduğu gibi reddetmesi gerekirdi) Hatta yürürlükten kalkmış olan kat mülkiyetine ilişkin kanun maddelerine göre Bakırköy Adliyesinde, ceza davalarında şahsi dava yöntemi kalkmış olmasına rağmen Ankara Adliyesinde ceza davası

aşamasında manevi tazminata hem de harcı alınmış bir dilekçe olmaksızın hüküm kurulmuştur. Adliyelerin yer aldığı şehirler, sadece olayın önemini belirtmek için belirtilmiştir. Şimdi soruyorum, Bunlardan doğan tazminatın devlet tarafından ödenmesine gönlünüz razı oluyor mu?

HMK 46/2 maddesinde hakimlerin yargısal eylemlerinden ötürü açılacak olan tazminat davalarının açılabilmesi için, hakime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkumiyet şartının aranmasının gerekmeceğine ilişkin açık hüküm olmasına rağmen ve aynı maddenin 3. fıkrasında hakimlere karşı açılacak rücu davalarının 1 yıl içinde açılmasının emredici şekilde hükme bağlanmış olmasına rağmen 93.A ile rücu davasının açılabilmesi için hakim ve savcılar hakkında görevi kötüye kullanmaktan bir mahkumiyet kararına gerek olduğunun hükme bağlanmasını anlamak da mümkün değildir.

93/A maddesi hakimlerin eylemlerinden dolayı devlet aleyhinde açılacak tazminat davalarının, savcılar tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesini veya kovuşturma kararı verilmişse buna dayalı hükmün kesinleşmesini, genel anlamıyla dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesini takiben 1 yıl içinde açılabileceğini hükme bağlamıştır. Müfettişler açısından böylesine bir tarih söz konusu değildir. Bu durumda dava açma süresi ne olacaktır? Sorusu akla gelmektedir. Yine 93/A maddesi, devlet tarafından ilgiliye karşı açılacak rücu davalarının da 1 yıl için de açılabileceğini hükme bağlamıştır. Rücu davalarındaki 1 yıllık süre, tazminat davasının kesinleştiği tarihten itibaren

başlamaktadır. Maddede yer alan bu 1 yıllık sürelerin zamanlaşımı mı hak düşürücü süre mi olduğu belirtilmemiş ise de maddenin yazılımına baktığımızda hak düşürücü süre olduğu kanısına ulaşılmaktadır. HMK'nın 46 vd. maddelerine baktığımızda ise gerek tazminat davası gerekse rücu davasının açılması bakımından bir zaman sınırlaması yani zamanlaşımı ya da hak düşürücü süre belirtilmediği görülmektedir. Bu nedenle 2802 sayılı yasada yer alan süreler geçerliliğini koruyacaktır. 1086 sayılı HUMK un uygulandığı dönemde tazminat davalarının hangi süre içinde açılacağına dair herhangi bir hüküm bulunmadığından, BK'nın haksız fiile ilişkin hükümlerine ait zamanlaşımı kuralları uygulanmaktaydı. O dönemde dava doğrudan doğruya hakime açıldığından rücu davası söz konusu olmamaktaydı. Burada meydana gelen önemli değişiklik 1086 sayılı yasa döneminde zamanlaşımı şeklinde değerlendirdiğimiz 1 yıllık sürenin yeni yasada hak düşürücü süre olarak karşımıza çıkmış olmasıdır.

Unutmadan söylemek isterim, 6010 sayılı torba yasanın, Geçici 2/2 madde gereğince;

- Görülmekte olan davalar
- Kesinleşmemiş hükümler
- Bu kanunla temyiz veya karar düzeltme yolu açılan hükümler açısından,

Hakimler ve Savcılar Kanununa bu kanunla eklenen 93/A maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun

bu kanunla yani torba kanunla değiştirilen 573. maddesi hükümleri uygulanır, hükmü getirilmiştir.

Yukarıda görüldüğü gibi “bu kanunla temyiz veya karar düzeltme yolu açılan hükümlerden temyiz ve karar düzeltme süresi geçmeyen” davalar torba yasanın getirdiği yeni hükümlere tabi olacaktır. Böylece;

- Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle temyiz veya karar düzeltme süresi geçmeyen hükümler
- Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen ve miktar veya değeri itibariyle temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulamayan hükümler

İçin, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulabilecektir.

Yasa koyucu, yukarıda sayılan kararlar içinde temyiz ve karar düzeltme hakkının varlığını hükme bağlamış ancak, karar sonucunda tazminat bedelinin ödenip ödenmediğini ayrı ayrı değerlendirmiş ve eğer tazminat bedeli ödenmiş ise ve karar gereği tazminatın geri alınması gerekecek ise bu geri isteme talebinin bu davalara uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Böylece yargı kararına saygı duyarak, hükmün belirttiği tazminat miktarını ödeyen, ödediğini davacıdan tahsil edememesi halinde, mağdur etmiştir.

Bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, görevli mahkemede ilk yapılacak şeyin, davanın 93/A maddesindeki

koşulları taşıyıp taşımadığı konusundaki inceleme olması gerektiği yeni yasanın 12/5 maddesinin hükmüdür.

Bu davaların temyiz edilmesinde getirilen hükmü de anlamak mümkün değildir. Gelen yenilikle, bu davaların temyiz ve karar düzeltme aşamalarında bundan böyle HMUK ve HMK da ki değer sınırlamalarına bakılmaksızın kanun yoluna başvurma hakkı kullanılacaktır. Diğer davalarda her yıl yeniden belirlenen kanun yoluna başvurma sınırındaki değişiklik nedeniyle kaybolan ha, bu davalar için geçerli değildir.

Bilindiği gibi Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 15/e maddesi gereğince jandarma birlik komutanları adli görevlerinden ötürü hakimlerin yargılanmasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle yukarıda saymış olduğumuz tüm değişiklikler bu kişiler için de geçerli olacaktır.

Kanımca burada cevaplandırılması gereken sorulardan birisi, bu güne kadar bildiğimiz, devlet aleyhine açılan tazminat davaları idari yargıda görülen davalardan olmasına rağmen, bu kez niçin davanın adli yargıda görülmesi gerektiğinin hükme bağlandığıdır. Bu değişiklik beraberinde sorumluluk kurallarının ne olacağını da gündeme getirmektedir. Bilindiği gibi idari yargıda, hizmet kusuru esasına ve resen yargılama ilkelerine göre uyuşmazlıklar çözümlenmektedir. Buna karşılık adli yargıda, haksız fiil unsurları ve tarafların delil toplaması ilkesi dikkate alınarak uyuşmazlık çözümlenmektedir. HUMK 573 de yer alan HMK 46 maddesine aynen geçen hükümler nedeniyle,

hakimlerin sorumluluğunda kasıt ve ağır ihmal aranmaktadır. (Selda Çağlar Türk Pozitif hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden sorumluluğu) Bunu hizmet kusuru ile nasıl bağdaştıracamız? Şimdi uygulamamız nasıl gelişecektir? Bu düzenleme hakimın sorumluluğunu arttırmakta mıdır?

Borçlar Kanunda düzenlenen sorumluluğun sübjektif sorumluluk hizmet kusurunda düzenlenen sorumluluğun objektif olması yargılamayı nasıl etkileyecektir?.

Adli yargıda delillerin taraflarca toplanması ilkesine karşılık idari yargıda resen yargılama ilkesinin yürürlükte olması yargılamayı nasıl etkileyecektir?.

Bana göre, HUMK'un uygulamasında da çözümlenmemiş problemlerden biri, açılan davada, yerel mahkeme hakimi ile birlikte Yargıtay hakiminin de sorumlu tutulması halinde, dava nerede görülecektir. Aynı şekilde, kendisine tazminat davası ihbar edilen ilgili hakim, Yargıtay hakimlerine rücu edebileceğini beyanla birlikte davanın onlara da ihbarını talep eder yada bizzat ihbar ederse, dava nerede görülecektir. Bu problemi ciddi olarak düşünmeliyiz. Çünkü yukarıda da belirttiğim gibi, 26.9.2007 gün ve 2007/4-669 E 2007/608 K sayılı Yargıtay HGK kararında hükme bağlandığı gibi, zararı önlemek Yargıtay'a başvurmak olarak anlaşılırsa, zarar veren eyleme Yargıtay üyelerinin de katıldığını hatta yerel mahkeme hakiminin illiyet bağının kesildiğini, sadece Yargıtay hakimlerinin sorumlu olması gerektiğini bile savunabiliriz.

Bir avukat aleyhine açılmış bir tazminat davasında, davalı avukat da davada yanlış kararının yerel mahkeme ve Yargıtay hakimleri tarafından verildiğini iddia ile davanın bunlara

ihbarını talep edebilir yada bizzat ihbarı gerçekleştirebilir. Böylesi bir durumda nasıl bir uygulama gerçekleştireceğimizi ben mevcut yasal hükümlerden çıkaramamaktayım.

Yukarıda da belirttiğim gibi, tazminat davasında sorumluluk hakimın kişisel mal varlığından kaldırılmış devlet hazinesine yüklenmiştir. Ancak, rücu davalarının açılması pratik açıdan yürütmenin inisiyatifine bırakılmıştır. Bilindiği gibi, kuvvetler ayrımında, yargının bir erk olarak kabulü, yürütmenin denetlenmesinin zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Rücu davalarının açılmasını yürütmenin inisiyatifine bırakırsak, denetlenmesi gerekenin, denetlemesi gerekeni denetlemesine yol açarız. Kuvvetler ayrımını benimsediğimiz müddetçe bu siyasi sistemi bozacak bir yapılaşma olur. Diğer bir anlatımla yürürlüğe girecek bu yasa anayasal yapıımızla ve yerleşmiş hukuk düzenimizle bağdaşmamaktadır.

Hatta basın suçlarında, cumhuriyet savcılıklarının yetkisini hatırlarsak, ve hakimlerle cumhuriyet savcılarının da yürütme tarafından denetlenmesine olanak verdiğimizden ötürü basının da kontrolü bir anlamda yürütmenin eline geçmiş olacaktır.

Benim kanıma göre, hakimlerin sorumluluğundan kaynaklanacak ödemelerin devlet bütçesinden ayrılacak özerk şekilde yönetilen hatta üyeleri yada sadece başkan genel seçimlerde seçmen veya TBMM tarafından seçilen bir kişi olan fon tarafından karşılanmasıdır. Rücu davalarının açılıp açılmayacağına da, kusurun hafifliği yada ağırlığı gözetilerek bu fon yönetimi tarafından karar verilmelidir. Böylece

hakimler, hakimiyetin gerçek sahibi millet tarafından denetlenir hale gelecektir.

Bilindiği gibi, eski TCK'nın 231,233 ve 244 maddeleri halimlerin işleyeceği suçları düzenlemekteydi. Bunlarda 231 madde hakimın görevi ihmal suçunu diğer memurlardan ayırmakta ve zarar meydana gelmesi koşuluna bağlayarak ağılaştırmakta idi. Yeni TCK da hakimlere ilişkin suçlar kaldırılmış, görevi ihmal suçu da memurlarla aynı olarak düzenlenmiştir. Gerçi, memurlar için de zarar şartı aranır hale gelmiş ise de HMK ve torba yasada yapılan değişiklik ile, hakimler ile memurlar arasındaki farkın kapandığını söylemek ve yargı bağımsızlığı açısından endişe etmekteyim.

Bu aşamada HMUK 63. maddesinde, hakim sorumluluğuna ilişkin dava açarken, avukata verilen vekaletname de özel yetki aranacağına dair bir hüküm olmadığını, bu şartın yargı kararları ile oluştuğunu ve bu kararlar için hakimın reddinde (HMUK 33) özel yetkiye gereksinim olduğuna göre bu konuda da özel yetkiye gerek vardır benzetmesinin yapıldığını belirtmekte yarar görmekteyim.

Kişisel kanıma göre herkes yapmış olduğu işin sorumluluğunu taşımalıdır. Bir işin sorumluluğunu taşımak onun onurunu taşımak demektir. Bu nedenle 93/A maddesinde yer alan pek çok hükmü benimsemediğimi belirtmek isterim. Yazıya son verirken, Yargıtay 4. HD'nin 16.11.2000 gün 2000/6402 E. 2000/10139 K. sayılı kararında (www.integrahukuk.com) yer alan karşı oy yazısını okumanızı önermekteyim. Söz konusu karşı oy yazısında bir Yargıtay

hakiminin vermiş olduğu kararlardan nasıl endişe duyduğuna görmenizi isterim.

NOT: işbu yazı daha önce yayınlamış olduğumuz Hakimlerin Sorumluluğu'na ilişkin metnin genişletilmiş halidir.

BÖLÜM 4

6100 SAYILI HMK'DA DAVANIN TARAFLARI VE DAVAYA VEKALET

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

HUMK da benzer bir hüküm bulunmayan HMK'nın 50. maddesine göre, “Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine sahiptir.”. Bilindiği gibi, gerçek kişilerde, medeni haklardan yararlanma ehliyeti, MK'nun 8 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Eğer bir insan, MK 10 maddesinin hükme bağladığı gibi, ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı değilse, fiil ehliyeti bulunmaktadır. Bu kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu için, MK 9 maddesine göre, “...kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.”. MK 11. maddesinde belirtildiği gibi, erginlik 18 yaşın doldurulması ile ve evlenmekle başlar. 18 yaşını doldurmayan kişiler MK 12 maddesi hükümleri doğrultusunda, mahkeme kararı ile ergin kılınabilir. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti ise MK 49. Maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”. Böylece davada taraf ehliyeti de oluşur.

HMK 52/1 maddesinde, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların, davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edileceği hükme bağlanmış olmasının yanı sıra, bu madde aynı zamanda, tüzel kişilerin de, davada, yetkili organları tarafından temsil olunacağını hükme bağlamıştır. İki hükmün bir arada yer alması kanımca bir sakıncadır. Çünkü her iki hüküm ayrı ayrı hukuki kurumları ilgilendirmektedir. Bana göre, bu nedenden ötürü, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanlara ilişkin hükümle, tüzel kişilere ilişkin hüküm, ayrı maddelerde yer almalıydı.

HUMK'un 59. maddesinin bir tekrarı olan HMK 71. maddesine göre, dava ehliyeti bulunan herkes davasını kendisi açabilir. Burada dava ehliyeti olarak ifade edilen kavram ise HMK'nın 51. Maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükmeye göre, "Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir." Diğer bir anlatımla, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin dava ehliyetinden söz edebilmemiz için onların medeni hakları kullanma ehliyeti bulunması gerekir. Söz konusu maddenin gerekçesine baktığımızda, bunu doğrulayan şekilde "Dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir. Burada gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olanların dava ehliyetine sahip olacağı ifade edilmiştir." İfadesinin yer aldığını görmekteyiz. HMK 51. maddesi ise HUMK 38 maddesinin bir tekrarıdır. Eski yasa ile yeni yasa arasından değişen bir şey olmamıştır.

HMK 52/1 maddesi, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların davada kanuni temsilcileri ile temsil edileceğini hükme bağlamış olmasının yanı sıra, buna bir istisna oluşturan, HMK 54. maddesi, kanuni temsilcilerin her davayı açamayacaklarını bazı davalar için kanuni temsilcinin izne gereksinimi bulunduğu düşünülerek yasa koyucu tarafından kanunlaştırılmıştır. Bu maddeye göre, eğer kanuni temsilcinin dava açılması için izne gereksinimi varsa, bu izin belgesini dava dilekçesi ile mahkemeye vermek zorundadır. Gene aynı maddeden anladığımıza göre, bu izin işlemi davalı olmak için de gerekiyorsa, kanuni temsilci bu kez de izin belgesini alıp cevap dilekçesi ile mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Kanuni temsilci bu yükümlülüğü

yerine getirmediği takdirde, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında, hiçbir işlem yapamazlar. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal doğumunda ise, mahkemenin izni ile, dava açılır yada cevap dilekçesi verilir ancak bu iznin yanı sıra derhal işleme ilişkin iznin alınması için gerekenler de tamamlanır. Bu izin mahkeme tarafından verilmesi gereken bir izin olabilir, bu halde HMK 54/2 göre, ana davaya bakmakla yükümlü olan mahkeme, izin vermekle görevli olan mahkemeye başvurulması için kesin süre verir ve bu mahkemenin kararını bekler. Eğer izin alması gereken kanuni temsilci, kendisine verilen kesin süre içinde mahkemeye başvurmaz ise, davacı ise davası açılmamış sayılır, davalı ise o ana kadar yapmış olduğu işlemler geçersiz sayılır.

Gerçek kişilerin kanuni temsilcileri için hükme bağlanan bu hususlar, aynen, tüzel kişilerin temsilcileri içinde geçerlidir.

HMK taraf ehliyeti, dava ehliyeti kavramlarının yanı sıra, 53/1 maddesinde, “dava takip yetkisi” kavramını hükme bağlamıştır. Böylece taraf ehliyeti kavramının yanı sıra dava takip yetkisi kavramı da HMK’da ilk kez hükme bağlanmıştır. HMK ya göre, dava takip yetkisi “...talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir.” Ve bu yetki kanunda belirtilen istisnalar dışında “...maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.” Aslında hukukumuzda yabancı olmayan bu uygulamayı doğru anlamak için madde gerekçesine bakmakta yarar olduğu için, madde gerekçesi aynen aşağıda bilgilerinize sunulmuştur:

“Madde ile davayı takip yetkisi kurumu düzenlenmiştir. Davayı takip yetkisi, maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukuna yansımadır. Dolayısıyla, kanunla aksi belirtilmedikçe, bu yetki kural olarak maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Maddede davayı takip yetkisinin tanımına da yer verilmiş bulunmaktadır. Davayı takip yetkisi tamamen şekli 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 hukuki 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 hukuki ilişkinin esası hakkında hüküm alabilme yetkisi ifade etmekte olup, kanunda belirtilen istisnai durumlar (örneğin, İİK.m.94/2’ye göre, borçlunun henüz tapuya tescil ettirmediği bir taşınmazını borçlu adına tescil ettirmek için alacaklının icra dairesinden dava açma yetkisini istemesi, iflas masasına karşı açılacak davalarda veya iflas masasının açacağı davalarda iflas idaresi tarafından temsil edilmesinde olduğu gibi) dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Bu örneklerde de görüleceği üzere, İcra ve İflas 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 iflasta da söz konusudur. Müflisin taraf ehliyeti ve dava ehliyeti mevcut olmakla birlikte iflas masasına giren mal ve haklar bakımından takip yetkisi iflas idaresi tarafından kullanılacaktır.”

Görölmekte olan bir davada, davanın taraflarından biri öölürse, HMK 55/1 maddesi HUMK 41 maddesinden biraz farklı bir yol benimseyerek, mirasçılarının, mirası red ya da kabul etmeleri için kendilerine kanun tarafından verilen sürenin geçmesine yada bu beyanın yapılmış olmasına kadar geçen sürede davanın ertelenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bilindiğı gibi, bu erteleme hükmü, HUMK da yer almayan bir hükümdür.

Yasa koyucu ertelemenin sakınca yaratabileceğini düşünerek aynı madde içinde HUMK 41. Maddesinin bir tekrarı niteliğinde olan, ertelenmesinde sakınca olan durumlarda, kayyım atanmasına karar verileceğini de hükme bağlamıştır. Kayyım atama kararının verilebilmesi için HUMK da olduğu gibi bu konuda bir talebe gereksinim vardır.

HUMK 59 ve Avukatlık Kanununun 35/2 maddesi gereğince dava açma yeteneğine sahip herkes bizzat dava açabileceğı ve takip edebileceğı gibi vekil vasıtası ile de dava açabilir ve takip edebilir. Hükmü aynen, HMK 71/1’de de yer almaktadır.

Dava açmak ve davasını takip etmek isteyen kişi bunu vekil ile yapmak isterse, bu is-temini, kanunlarda yer alan bazı

istisnalar dışında, Avukatlık Kanununun 35/1 maddesi gereği ancak baroda kayıtlı avukatlarla gerçekleştirmek zorundadır.

Vekil, vekil olduğunu HUMK 65. maddesinde olduğu gibi HMK 76/1 maddesine göre de, bir vekâletname ile kanıtlamak zorundadır. Söz konusu vekâletnamede ki vekil edenin imzası söz konusu yasa maddesinin belirttiği yetkili merciler tarafından onanmış olmalıdır. Gene aynı maddeye göre, resmi dairelerin vekilleri için çıkarılacak vekâletnamelerin kendi dairesi amiri tarafından düzenlenmiş olması yeterlidir. Bu hükümler aynı zamanda Borçlar Kanununun 388/son maddesinde yer alan vekil özel bir yetkisi olmadıkça dava açamaz kuralı ile de uyum gösteren bir kuraldır. Böylece özel yetki gerektiren dava açma konusunda, avukatın yetkili olduğu, vekil edenin yetkili makamlar tarafından onanmış imzası ile saptanmış olmaktadır.

Maddeden açıkça anlaşıldığı gibi, vekâletnamenin mahkemeye sunulması sadece ispat açısından gereklidir. Bu nedenle, vekil edenin duruşmaya gelerek “temsil konusundaki iradesini açığa vurması ile” vekâletnameye ve dolayısıyla temsil yetkisine itiraz olunamaz (Senai Olgaç Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Olgaç Matbaası 1977 bası, sayfa 305 ve 306 da yer alan HGK 14.10.1972 gün E.968/2-712, K.972/836 sayılı kararı, 2 HD 13.10.1972 gün E.5981, K.5777 sayılı kararı, 2 HD 27.6.1963 gün E.3697, K.4061 K sayılı kararı...). Çünkü vekil eden ispat edilmesi gereken konuyu yani avukatın dava açmaya yetkili olduğunu, ispatı irdeleyen makam olan mahkeme huzurunda bizzat dile getirmiştir. Bu eylemden sonra gene de ispat için ısrarcı

olmak gereksizlik olacaktır. Belirttiğimiz yargı kararları da değişik gerekçelerle bunu dile getirmiştir.

Sayın Prof. Dr. Baki Kuru'nun Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı yapıtının 6. basısının 1251 ve devamı sayfalarında yer alan açıklamalarda, Sayın Kuru 4.2.1959 gün ve 14/6 sayılı İctihadı Birleştirme Kurul kararında yer alan "Vekâletname denilen vesika, taraflar arasındaki vekâlet akdini değil, fakat müvekkil denilen kimsenin vekil denilen kimseye vermiş olduğu temsil yetkisini gösteren bir vesikadan ibarettir" açıklamasına da atıf yaparak, "Davaya vekâlet (temsil yetkisi) verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlemdir ve vekâlet verenin (müvekkilin) tek taraflı bir irade beyanı ile olur. Davaya vekâlet verilmesi yalnız başına bir akit (mesela vekâlet veya hizmet akdi değildir. Bu nedenle, vekâlet (temsil) yetkisini içeren belgeye, vekâletname (madde 65) değil, belki temsil belgesi denilmesi, karışıklığa yer verilmemesi için daha doğru olurdu" şeklindeki görüşünü de dile getirmiştir. Ancak kendisi de kanundaki ifadeye uygun davranarak, vekâletname deyimini kullanacağını gene aynı satırlarda ifade etmiştir. Bu ifade tarzı HMK'da da devam etmiştir.

HMK 73/1 maddesine baktığımızda bir dava vekaletnamesinin içeriğinde var olan yetkilerin neler olduğunun hükme bağlandığını görürüz. Bu maddeye göre HMK 74. madde ya da bir başka yasada özel yetki verilmesi gerektiği konusunda hüküm yoksa, vekil davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar yapılması gereken işleri ve hükmün yerine getirilmesini yerine getirmekle yükümlüdür. HMK 73. maddesine göre, yargılama giderlerinin tahsili ile

bu konuda makbuz verilmesi vekilin özel yetki istemeyen olağan yetkilerindendir.

HMK 73/2 maddesine göre, HMK 73/1 maddesinde yetkilerin sınırlandırılmış olması karşı taraf açısından hüküm ifade etmemektedir.

HMK 74/1 maddesi özel yetki gerektiren halleri hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre;

MADDE 74–(1) Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.

Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında belirtildiği gibi vekâletnameler iki türlü hazırlanmaktadır. Bunlarda biri her hangi bir konuya hasredilen vekâletler diğeri ise genel vekâletler. Bir konuya hasredilen vekâletnamenin sadece o iş için kullanılmasına karşılık genel vekâletnameler vekil edenin ileride doğacak işlerinde de kullanılabilmektedir. Bu nedenle de uygulamada tercih edilmektedir.

Ancak genel vekâletname temsil yetkisi açısından bir kolaylık sağlamakla birlikte vekâlet akdi ve vekâlet (avukatlık) sözleşmesi açısından sakınca doğurmaktadır. Vekil eden, özellikle küçük yerlerdeki yakınlıklardan da yararlanarak, genel vekâletnamenin varlığı nedeni ile büroya gelmemekte, gereken evrakları biri ile göndermekte bilgiyi bu aracı ile aktarmakta ve işin verildiğini ve nasıl bir ücret sözleşmesi yapıldığını kanıtlamamız gerektiğinde avukat olarak bizim zorda kalmamıza neden olmaktadır. Bu nedenle, Avukatlık Kanununun 56/son maddesi “Vekâletnameler Türkiye için tek tip olup, vekâletnamenin biçim ve içeriği Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği tarafından hazırlanır” hükmünü doğrultusunda tek tip vekâletname hazırlanırken vekâletnamenin iş bazında hazırlanmasına özen gösterilebilir ve bu problem asgariye indirilebilir. Üstelik bu davranış, vekil edenin dava açmaya ilişkin vermiş olduğu yetkiyi daha somutlaştıracığı için, yasanın amacına daha uygun olacaktır.

İki meslek kuruluşunun birlikte çalışmasına ilişkin hüküm, 2001 yılına yürürlüğe giren 4667 sayılı Kanunun 36. maddesi ile yürürlüğe girmiş olmasına rağmen o günden bu güne iki birlik arasında ortak bir çalışma gerçekleştirilmemiş ve tek tip vekâletnamenin oluşturulması Türkiye Noterler Birliği’nin tek taraflı çalışmasına bırakılmıştır. Yakın tarihlerde, UYAP kapsamındaki çalışmalardan ötürü, iki birlik birlikte bir çalışmaya başlamışlardır. Böylece biz avukatlar kendi Birliğimizin de söz konusu çalışmalara katılmasını izlemek olanağına kavuşmuş bulunmaktayız.

Eğer, uzlaşmanın diğer bir anlatımla sulh yolu ile uyuşmazlıkların çözümlenmesi meslektaşlarımız ve meslek odalarımız tarafından da benimseniyor ise, hazırlanacak olan tek tip vekâletnamelerde sulhun uygulanması için gereken (vekil edenin iradesi alınarak) ifadelere yazılımlarda da yer verilmesine özen gösterilmeli hatta özellikle Avukatlık Kanunu 35/A maddesinin uygulanması için özel yetki aranmaması ve dava dilekçesinde 35/a maddesini önermenin zorunlu ya da meslek etiği olduğu yolundaki yazılı kuralların oluşmasına öncülük edilmelidir.

Yaşanmış bir olaydan yola çıkarak tüm avukat meslektaşlarıma bir hatırlatmam olacak, eğer bir dosyaya arkadaşınız adına sadece bir celse girmek durumunda kalırsanız, ondan alacağınız yetki belgesinin sadece o oturum için olduğunun yetki belgesine yazılmasına dikkat edin. Yoksa arkadaşınızı bulamadığınızı beyan eden kalem personeli bir tebligatta size çıkararak sizi müşkül durumda bırakabilir. İstanbul asliye ceza mahkemelerinden birinden bana sırf vekâletnamede üç beş kişi ile birlikte adım var diye gerekçeli karar gönderilip kesinleştirilmeye çalışıldı, telefon ettiğimde mahkeme hâkimi önce beni cahillikle suçladı daha sonra, ısrarımdan usanarak, bana lütuf olarak, davaya giren meslektaşına, yeniden tebligat çıkaracağını söyledi, ben ise zahmet etmemesini, davaya giren meslektaşımı uyardığımı ve onunda temyiz ettiğini söyledim. Bunun üzerine yeni bir lütufta bulundu ve İstanbul'a gittiğimde çayını içmeye davet ettiğini beyan etti.

HMK 77/1 maddesinin birinci cümlesine göre, "Vekaletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava

açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz.”. Ancak, maddenin bundan sonraki cümleleri, gecikmesinde zarar umulan hallerde, mahkeme tarafından, kesin süreye dayalı olarak verilecek izine dayalı olarak bu işlemlerin yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Gene bu madde kapsamında yer alan hüküm gereği, vekaletnamesiz olarak açılan davalarda, asılın yapılan işlemleri kabul ettiğini gösteren bir dilekçe ile mahkemeye başvurması halinde yapılan işlemler geçerli hale gelir. HUMK 67. Maddesinde benzer bir hüküm yer almaktaydı ve yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararına göre asılın mahkemeye gelerek beyanda bulunması da yeterli olmaktaydı. Kanımızca bu husus aynen devam edecektir.

HMK 77/1 maddesi gereği vekaletsiz dava açmak için kendisine yetki verilen avukat, bu yetki kararında belirtilen kesin süre içinde, vekaletnameyi sunmaz ise celse harcı ile diğer yargılama giderlerine ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkum edilir. Bu davranışta bulunan avukat kötü niyetle hareket ediyorsa, ayrıca disiplin ve ceza yargılaması yapılması için bulunduğu baroya ihbar edilir.

Yukarıda yaptığım açıklamalarda, kişilerin davalarını kendilerinin takip etmelerinin ana ilke olduğunu belirtmiştim. Ancak, HMK 80/1 ve 79/1 maddeleri bunun istisnalarını hükme bağlamaktadır. Söz konusu HMK 80/1 maddesine göre, “Hakim, taraflardan birisinin davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir.” Söz konu yasa maddesinin son cümlesi, bu karara rağmen vekil tayin etmeyen kişinin yokluğunda davaya

devam edileceği belirtilmektedir. Yani davacı ise davası, müracaata kalacaktır, davalı ise yokluğunda devam edilecektir. HMK 79/1 maddesinde ise, davayı kendisi takip eden taraflardan biri, duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hakim bu kişinin de vekil ile temsil edilmesine karar verir. Vekil tayin edilmez ise, tarafın davacı yada davalı olmasına göre, dava ya müracaata kalır yada yoklukta görülür.

Davayı tarafın yürütmesi temel kural olarak kabul edildiği için, HMK 77/3 maddesi hükmü gereği, taraflardan birinin avukat tutmak istemesine ilişkin talebi nedeniyle, yargılama bir başka güne bırakılamaz. Ancak unutmamak gerekir ki HUMK 67’de de aynı hüküm yer almasına rağmen bu tür istemler çoğu zaman hakimler tarafından kabul görmüş ve yargılama bir başka güne bırakılmıştır. Dilerim ki bundan sonra söz konusu madde uygulanır hale gelir.

HMK 77/4 maddesine göre, avukatın istifa etmesi, azli yada dosyanın incelenmemiş olması nedenine dayalı olarak da yargılama bir başka güne bırakılamaz. Ancak bu durumlarda hakim bir defaya mahsus süre verebilir hükmü de aynı maddede yer almaktadır. Bu hüküm de HUMK 67. maddesinin tekrarıdır. Ancak, bu madde de hakimin takdirine yer verildiği için hem süre verilmesi yolunda uygulanmaktadır

Vekilin asli ve istifasında, bu talep dilekçe ile yada tutanağa yazılarak gerçekleştirilir. Gerekli takdirde, tebliğ giderleri peşin alınır. İstifanın geçerli olabilmesi için, bu hususun ilgisine tebliğ edilmesi gerekir. Bu tebliğde, istifanın sonuçları da tarafa bildirilir. İstifa eden vekil istifanın tebliğinden

itibaren iki hafta görevine devam etmelidir. Bu süreden sonra taraf kendi gelmez yada vekille temsil olunmaz ise dava ya müracaata kalır yada yokluğunda devam eder. Bilindiği gibi Avukatlık Kanununun 41 maddesine göre bu süre 15 gündür. Uygulamada bundan ötürü problem doğması kaçınılmazdır.

Vekilin azlini düzenleyen HMK 83/1 maddesine göre, azleden azilden itibaren iki hafta içinde yeni bir vekil ile kendini temsil ettirmez yada davasını kendi takip etmez ise, tarafın yokluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Burada sorulması gereken bir soru, azleden sonra vekilin iki hafta görev yapıp yapmayacağıdır. Bu hükmün benzeri HUMK 68. maddesinde hükme bağlandığı için buna ait yargı kararlarına bakmakta yarar bulunmaktadır. Benim bulabildiğim kararlarda, vekil kendisinin azledildiğini diğer tarafa tebliğ ile yükümlüdür. Aksi halde görevi devam eder. (HGK 9.2.2000 gün 2000/19-23 E. 2000/78 K. sayılı karar)

Eğer vekil eden birden fazla avukattan yardım talep etmiş ve bu nedenle vekaletname vermiş ise, her bir vekil bağımsız olarak hareket eder. HMK'nın 75/1 maddesinde yer alan bu hükme göre, böylesi durumlarda bu koşulun aksine sınırlamalar getirmek karşı tarafı bağlamaz.

Vekil ile takip edilen davalarda, eğer davalı yada davacı yargılamada hazır ise ve bu aşamada vekil bir beyanda bulunur ve buna taraf itiraz etmez ise HMK 78/1 maddesine göre bu beyan tarafı bağlar. Buna rıza göstermiş sayılır.

Bilindiği gibi Avukatlık Kanunu 35. maddesi gereği bazı kooperatiflerle bazı anonim şirketlerin avukatla çalışması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk bu kişilerin

söz konusu tüzel kişilerin davalarını takip zorunluluğunu içermemektedir. Bu nedenle, davada görev alıp almamak avukatın işi kabul yasağına girip girmemesi, işin bilgi alanına girip girmemesi zamanının olup olmaması gibi faktörlere dayalı olarak avukatın kabulüne bırakılmalıdır. Ücret de bu kriterlere göre oluşturulmalıdır. Dava ücretlerinin maaş içinde yer alması kanımca doğru bir yorum değildir. Zaten değişik nedenlerle bedava avukatlıktan yani toplumun şövalyeliğini yapmaktan ötürü aynen “ kendi himmeti muhtaç bir dede kaldı ki ona buna himmet ede” deyişinde ki dedeye döndük. Buna birde kar amacıyla kurulan ve devletin bile adli yardıma müstahak görmediği, ticari şirketlerin yükünü eklemeyelim.

Bu konuları konuşurken avukatlık bürolarında yada avukatlık şirketlerinde sigorta kapsamında çalışan meslektaşlarımızın durumunu sadece vekalet açısından irdelemekte yarar olduğunu düşünmekteyim.

Kanıma göre, bu arkadaşlara vekalet çıkarılmamalı, onlara yetki belgesi düzenlenmelidir. Böylece HMK 75. maddesi kapsamına girecek şekilde birden fazla vekil yaratılmamalı, bu arkadaşların ayrılmaları halinde bunlara yapılacak tebligata olanak verilmemelidir.

BÖLÜM 5

6100 SAYILI HMK'DA DAVA ARKADAŞLIĞI

AV. ENDER DEDEAĞAÇ
STJ. AV. CAN SANAL

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı eski kanunda olduğu gibi dava arkadaşlığı konusuna yer vermiştir. Ancak ilk olarak dikkat çeken yeni kanunda 57. madde ve devamında yer bulan düzenlemenin, 1086 sayılı yasanın 43. ve 44. maddelerindeki düzenlemeye göre daha anlaşılır olduğudur. Ayrıca 1086 sayılı HUMK un aksine HMK dava arkadaşlığını mecburi ve ihtiyari olması koşuluyla iki şekilde de işlemiştir.

HMK 57. maddede ilk olarak ihtiyari dava arkadaşlığı düzenlemiştir. 57. maddeyi incelediğimizde ihtiyari dava arkadaşlığının hangi hallerde söz konusu olduğunun açıklandığını görmekteyiz. 1086 sayılı yasada 43. maddede 2 fıkra halinde düzenlenmiş olan ihtiyari dava arkadaşlığı bu kez HMK 57. maddede 3 bentle açıklanmıştır.

İlk olarak, 57/a bendinde açıklanan şekilde ihtiyari dava arkadaşlığı davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması halinde mümkündür.

Maddeye ait hükümet gerekçesinde açıklandığı gibi, HUMK 43. maddede yer alan “iştirak halinde bulunması” ifadesinin elbirliği mülkiyetini çağrıştırması ve kavramlar arasında doğacak muhtemel karışıklığı önlemek amacıyla “elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması” ifadesine yer verilmiştir.

57/a’da belirtilen duruma örnek olarak müteselsil borçluların dava arkadaşı sıfatıyla dava açabilmeleri ya da onlara karşı dava açılabilmesi gösterilebilir.

İhtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu hallerden bir diğeri ise HMK 57/b bendinde gösterilmiştir. Söz konusu bende göre ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri ihtiyari dava arkadaşlığını ortaya çıkaran sebeplerden biridir. Söz konusu düzenleme HUMK 43. maddenin 1 no'lu bendinin ikinci cümlesinin Türkçeleştirilmiş hali olup söz konusu duruma örnek olarak bir sözleşme ile borç altına girmiş birden fazla kişinin ihtiyari dava arkadaşı olması gösterilebilir.

HMK ihtiyari dava arkadaşlığının üçüncü şeklini 57/c bendinde göstermiştir. Bu bende göre davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbiriyle benzer olması ihtiyari dava arkadaşlığını gündeme getirir. Aynı vakia sebebiyle fakat farklı hukuki sebeplerle açılan davalarda da bu kural uygulanır.

HMK 58. maddesinde ihtiyari dava arkadaşlarının davadaki durumunu hükme bağlamıştır. İhtiyari dava arkadaşlığını usul hukuku açısından inceleyen bu maddeye göre ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumda davalar birbirinden bağımsızdır ve buna göre dava arkadaşları iddia ve savunmalarını, delilleri ayrı ayrı sunabilir, her türlü usul işlemini kural olarak ayrı ayrı gerçekleştirebilir. Hüküm aşaması da dahil olmak üzere dava arkadaşları birbirinden bağımsız olduğundan birinin davadaki talebi kabul edilirken diğerininki reddedilebilir.

İhtiyari dava arkadaşlığının varlığı usul ekonomisi açısından önemlidir. Dava arkadaşlarının davaları birbirinden ayrı

ve taraflar bağımsız olmasına rağmen tahkikat aşamasının ortak olması, tekrarı gerekecek usul işlemlerinin yapılmasına engel olmaktadır. Böylece ortak yapılan işlemler ile mahkemelerin iş yükü azaltılmaya çalışılmıştır.

HMK 59. maddede mecburi dava arkadaşlığını hükme bağlamıştır. Bu madde doğrultusunda maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığının varlığından söz edilir. Mecburi dava arkadaşlığı maddi ve usuli sebeplerden kaynaklanabilir. HMK ise 1086 sayılı yasadan ayrılarak maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığının ne olduğunu düzenlemiştir. Uygulamadaki genel görünüm de daha çok maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığından kaynaklandığı için bu davranış yerinde olmuştur. Usuli yönden mecburi dava arkadaşlığı ise bazı durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin TMK 286. maddeye göre açılan nesebin reddi davası anne ile çocuğa karşı birlikte açılır. Bu ve bunun gibi bir takım durumlarda usul bakımından mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olabilir. Usuli yönden mecburi dava arkadaşlığı incelendiğinde daha çok ihtiyari dava arkadaşlığına benzer hükümleri içerdiği görülecektir. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ise ya borç/hak üzerinde tarafların birlikte hareketi zorunludur ya da borç/hak bölünemez bir yapıdadır. Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumda, dava arkadaşları tek başlarına dava açamazlar veya onların yalnızca birisine karşı dava açamaz. Eğer dava açılmış ise bu eksikliğin giderilmesi için uygun bir süre verilir.

Verilen sürede eksiklik giderilmez ise dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir.

Mecburi dava arkadaşlığı sebebiyle birlikte açılmış bir dava taraflarca beraber yürütülür ve hüküm aşamasında da dava arkadaşları hakkında tek bir karar verilir. İhtiyari dava arkadaşlığı ile mecburi dava arkadaşlığı arasındaki en önemli fark bizce bu husustur. Söz konusu farklılık HUMK döneminde de aynen uygulanmıştır.

HMK 60. maddesinde mecburi dava arkadaşlarının davadaki durumunu düzenlemiştir. Bu maddeye göre dava arkadaşları ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerinde de birlikte dava açılabilir ve dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Bunun doğrudan sonucu olarak verilen hüküm de tüm dava arkadaşları bakımından aynıdır ve temyiz yoluna başvurma da yine birlikte yapılmalıdır. Ancak burada kastedilen maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığıdır. Usuli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorunda olmadıklarından her dava arkadaşı hükmü kendi adına temyiz edebilir. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ise 1086 sayılı HUMK dönemine ilişkin Yargıtay kararları temyiz konusunda farklı görüştedir. Bu konuya ilişkin içtihatlar incelendiğinde mecburi dava arkadaşlarından birinin yalnız başına temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurabileceğine, hatta temyiz sonucundan diğer dava arkadaşlarının da yararlanabileceğine ilişkin kararlar bulmak mümkündür. Fakat Sn. Prof. Dr. Baki Kuru'nun Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı eserinde (6. bası, sayfa 3334 vd.) yer alan dava

arkadaşlığına ilişkin açıklamalar ışığında maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarının birlikte hareket zorunluluğundan dolayı hükmü de ancak birlikte temyiz edebilmeleri gerektiği kanısındayız. Söz konusu açıklamalar 1086 sayılı HUMK'ya ilişkin olsa da Sn. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Medeni Usul Hukuku adlı eserinde (10. bası, sayfa 219 vd.) aynı görüşlere yer vermiştir. Kanun yargılama sürecini yavaşlatma ihtimali olan bazı durumlar için maddenin son cümlesinde, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinin, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade edeceğini hükme bağlamıştır. Böylelikle çağırıldığı halde duruşmaya gelmeyen taraf, diğer dava arkadaşının yaptığı işlemleri kabul etmiş sayılmaktadır. Ancak feragat ve sulh gibi işlemler bu durumun dışında kalmaktadır.

BÖLÜM 6

6100 SAYILI HMK'DA İHBAR

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Görölmekte olan bir davada, taraflardan biri, davanın kaybedilmesi halinde, kaybeden tarafın, kayıpla oluşın sonuçları, davada taraf olmayan bir kişiye karşı ileri sürebileceğini yani rücu hakkının doğacağını düşünüyorsa, davanın tarafı olan kişi, davayı bu üçüncü kişiye ihbar edebilir. Bu husus HMK 61/1 maddesinde yer alan HUMK 49/1 maddesinin tekrarıdır. HMK 61/1 maddesi HUMK 49/1 maddesini tekrar etmenin yanı sıra, maddeye yeni bir içerik de kazandırarak, “taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde,.....üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa...” hükmünü getirmiştir. Böylece davayı ihbar, sadece davanın taraflarının açabileceği rücu davaları ile sınırlı olmaktan çıkarılmış, onlara karşı açılacak olan rücu davalarını da kapsar hale getirilmiştir.

HUMK 52. maddesinde hükme bağlanmış olan, kendisine ihbar edilen kişinin bu hakkı kendisinin rücu edebileceği kişilere karşı kullanmasına olanak veren hüküm, bu kez HMK nın 61/2 maddesinde hüküm altına alınmıştır. Elbette, HMK 61/2 maddesi, ihbar olanağını HMK/1 de yer alan kapsamda değerlendirdiği için, HMK 61/2 maddesini de aynı kapsamda değerlendirmek ve ihbar olunanın rücu edebileceği üçüncü kişinin yanı sıra, ihbar olunana rücu etmesi olasılığı bulunan kişiyi de bu kapsamda değerlendirmiştir.

HMK 61. maddesine göre ihbar taraf iradesine dayalı bir işlemdir. Bu nedenle, HMK 61. maddesi HUMK 49/1 maddesindeki şekli ile kaleme alınmış olup, ihbarda mahkeme kararına gerek olmadığını vurgulamaktadır. Ancak, bu güne kadar olan yanlış uygulamaya olanak vermeyecek şekilde daha açık yazılmasında yarar olduğunu düşündüğümü de

belirtmek isterim. Dilerim eskisi gibi bazı meslektaşlarım ihbarı mahkemeden beklemeye devam etmezler bunu kendi olanakları ile gerçekleştirirler. Aksine davranış tarafa tanınmış bir hakkın hakime devredilmesi anlamını taşımaktadır. Böylece hakim tahkikat aşamasında kanunda tanınmayan bir yetkiyle donatılmış olmakta ve daha aktif hale getirilmektedir.

Taraf kendisine tanınan bu ihbar hakkını nasıl kullanacaktır? Sorusu ise daha önceki dönemlerde cevaplanmış bir sorudur. Özetle ifade edersek, taraf, ihbara ilişkin talebini mahkeme aracılığı ile, ancak mahkemenin bir kararına gerek olmaksızın gönderebilir, ayrıca taraf bu ihbarı noter aracılığı ile de gönderebilir. Hatta kanımca kanıtlanabilecekse elden bile verebilir.

İhbarın elden geldiğince seri bir şekilde tamamlanması gerektiğini düşünmekteyim. Çünkü, HMK 62/2 maddesi gereği ihbar nedenine dayalı olarak yargılama bir başka güne bırakılamaz ancak ihbarın tevali etmesi gibi zorunlu olan durumlar hariç süre verilmez. Kanun koyucu, HMK 61/1 maddesi ile ihbarın tahkikat sonuçlanıncaya kadar yapılacağını hükme bağlamış olmasına rağmen, HMK 64/1 maddesinin yollaması ile uygulanmasına olana verdiği 69/2 maddesinde belirtildiği gibi, ihbar olunan "...zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkanlarını kullanmasını engellediğini yada kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkanlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir." Bunlar ise, rücu aşamasında,

ihbar edeni zor durumda bırakacak durumlardır. Bu nedenle dikkat edilmesi gerekir.

İhbar tarafın iradesine ve eylemine tabi bir işlem olmakla birlikte, ihbarın içeriği kanun tarafından hükme bağlanmıştır. HMK 62/1 maddesine göre, ihbarın yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Gene aynı maddeye göre “İhbar sebebinin gerekçeleri ile birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir.” Bu güne kadar uygulamada dikkat edildiği gibi, ihbar dilekçesinde davanın özeti yapılmalı yada ekinde dilekçe örnekleri yer almalı, duruşma günü, saati ve yeri bildirilmelidir.

HMK 63/1 maddesine göre, ihbar olunan, “...davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir.”. Bu hüküm ile, HUMK 50. maddesinde yer alan, ihbar olunanın, taraf yerine geçmesi olanağı ortadan kaldırılmıştır. Bundan böyle ihbar olunan “...ihbar eden kimsenin makamına kaim olarak...” davaya katılamayacaktır.

İhbarın etkisini yukarıda HMK 69/2 maddesini aktarırken açıklamıştım. Tekrarlarsak, ihbar, zamanında yapılmak kaydı ile, ihbar edileni rücu davasındaki iddia ve savunmalara karşı korur. Ancak, ihbarın zamanında yapılması ve ihbar olunanın kendini savunma olanaklarını yitirmesine neden olunmaması gerekmektedir.

İhbar davanın taraflarınca davayı üçüncü kişiye bildirme yolu olmasına rağmen, davaya müdahale, üçüncü kişinin davaya katılmasının yoludur. HMK 65 vd. maddelerinde düzenlenen müdahale, asli ve feri müdahale olarak iki ayrı yapıda incelenir.

HMK 65/1 maddesi hükmüne göre, “Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen yada tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir.” HMK 65/2 maddesine göre ise “Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır.”

Görüldüğü gibi, asli müdahil yeni bir dava açmak zorundadır. Açacağı bu dava, müdahale ettiği dava ile aynı mahkemede görülecek ve karar bağlanacaktır. Maddenin yazılımından anladığım kadarıyla, HMK 65/1 maddesi ile ilk kez düzenlenen bu konuda, müdahilin, müdahale talebini, hakimnin kabul yada red olanağı yoktur. Söz konusu davayı da görmek ve sonuca bağlamak zorundadır.

Asli müdahilin, müdahale istemi ile açacağı davanın ilk dava ile aynı mahkemede ve davanın taraflarına karşı açılacağını hükme bağlayan kanun koyucu, kanımca, görev ve yetki açısından bir istisna yaratmıştır.

Asıl davada yararı olduğunu düşünen kişi bu hakkını asıl davaya müdahale olarak kullanabileceği gibi bağımsız yeni bir dava açarak da kullanabilir. Bu durumda hakim gerekirse bekletici sorun kuralını uygulayabilir.

Feri müdahale HMK 66 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Feri müdahale asli müdahalenin aksine HUMK da yer almış olup HUMK 54 vd. düzenlenmiştir. HMK 66/1 maddesine göre “ Üçüncü kişi davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, ferî müdahil olarak davada

yer alabilir.” HMK 66/1 maddesinde her ne kadar “yer alır” ifadesi bulunmakta ise de HMK 67/2 doğrultusunda asli müdahalenin aksine ferî müdahalenin kabul yada reddi konusunda mahkemenin karar vereceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle “yer alır” yerine “başvurur” demenin daha doğru olacağını düşünmekteyim. Mahkeme HMK 67/2 doğrultusunda karar vermeden önce, müdahale isteminde bulunanın HMK 67/1 maddesi hükmüne uygun olarak vermiş olduğu, müdahale dilekçesini taraflara tebliğ eder ve gerek görürse karar vermeden önce müdahale talebinde bulunan üçüncü kişiyi de davet edebilir. Üçüncü kişinin davete rağmen gelmemesi hakimın müdahale konusunda ki kararının verilmesini engellemez.

Ferî müdahil, kendisinin müdahilliğine karar verilen aşamadan sonra, yanında katılmak istediği tarafın yanında takip eder. Hakim bu aşamadan sonra HMK 68/2 hükmü gereği taraflara bildirilen işlemleri müdahile de bildirmekle yükümlüdür. Müdahil ise ancak HMK 68/1 maddesinin ikinci cümlesinde ifade olunduğu gibi, “...yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir.” Buna karşılık, HMK 69/1 maddesinde de bildirildiği gibi, hüküm taraflar adına verilir.

Müdahale sonucunda oluşan kararın müdahil ile asıl davanın tarafları arasında görülecek olan davaya nasıl etki edeceği ihbar olunan için de geçerli olan HMK 69/2 maddesinde hükme bağlanmıştır. İkinci davada HMK 69/2 dikkate alınarak yargılama yapılmalı ve hüküm kurulmalıdır.

Sık sık yapılan bir hatayı dile getirmekte yarar bulunmaktadır. Feri müdahil adına hüküm verilemez ve ferî müdahilin temyiz hakkı yoktur.

BÖLÜM 7

6100 SAYILI HMK'DA SÜRELER

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

HMK süreler açısından HUMK’da yer alan ilkeleri benimsemiştir. HMK’da da süreler kanundan belirlenen süreler ve hakim tarafından verilen süreler olarak ikiye ayrılmaktadır. HMK 90/1 maddesi hükmüne göre, kanunda yer alan istisnalar dışında, hakim, kanun tarafından verilen süreleri arttıramaz ve eksiltemez. Bu hüküm, usul hukukuna ait bir hüküm olduğundan ve aynı zamanda maddenin yazılımından da açıkça anlaşıldığından ötürü emredici nitelikte bir hükmüdür. Üstelik HMK 94/1 maddesinde yer alan hüküm de bu görüşü güçlendirmektedir. Söz konusu hükme göre “Kanunun belirttiği süreler kesindir.”. Bu nedenle kanun tarafından belirlenmiş, kanun hükmü gereği kesin nitelikli olan süreleri, hakim, arttırmak yada eksiltmek yetkisine sahip değildir. Aksine davranış, gerek ceza hukuku gerekse tazminat hukuku açısından hakimnin sorumluluğunu doğuracak niteliktedir. Çünkü, HMK 46/1.c maddesinde açıkça “Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” hali hakimnin hukuki sorumluluğunu doğuran nedenlerden biri olarak sayılmıştır. TCK’nın 257. maddesine göre de bu husus, görevi kötüye kullanma suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bilindiği gibi süreye ilişkin hükümler HUMK 159. ve 163. maddelerinde, sorumluluğa ilişkin hüküm ise HUMK 573/2 maddesinde aynen yer almakta olmasına rağmen, uygulanmadığı için ölü maddeler olarak kanundaki yerlerini korumuşlardır.

Bilindiği gibi hakim, hüküm kuran kişidir. Gerek toplumsal kurallar gerekse yazılı kurallar hakime bu görevi vermiştir. Hakim bu görevini yaparken, yazılı hukukumuzda

HMK ile kazandırılan HMK 59 vd. maddelerinde yer alan ilkelere uymakla yükümlüdür. Bu ilkeler de hakime, davayı tarafların hazırlaması gerektiğini, hakimın ise yargılamanın sevk ve idaresi ile sorumlu olduğunu emretmektedir. Bu nedenle, hakim, sürelerle bağlı kalınmasını kontrol ile yükümlü olup kendisi bunun ihlaline olanak veren kararlar oluşturmamalıdır. Örneğin, replik yada düplik dilekçesinin yada bilirkişi raporuna ilişkin beyanın duruşmadan on gün öncesine kadar verileceğine ilişkin karar vermemelidir. (Yargıtay kararlarına göre, bilirkişi raporuna itirazın, bilirkişilere sorulacak sorulardan ayrı bir yapısı olduğunu, bu nedenle itirazın yargılamanın sonuna kadar yapılabileceğini hatırlatmakta yarar görmekteyim. Bu nedenle de verilen sürenin itiraza ait olmadığını belirtmek için beyan dediğimin de bilinmesini isterim. Yargıtay'ın böylesi bir yorum ile kendisini kanun koyucu olarak kabul edip etmediği ise ayrı bir tartışma konusudur.) Yargılamanın bir yarışma olduğu da unutulmamalı, bu yarışmada taraflardan birine gösterilen hoşgörünün diğeri için ceza niteliğinde olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

HMK 90/2 maddesinde hükme bağlandığı gibi, hakim tarafından tespit edilen süreler, hakim tarafından arttırılır yada eksiltilir. Hakim süre tayin ederken gerekli görürse tarafları da dinleyebilir.

Hakim vermiş olduğu sürenin kesin süre olduğuna ilk süre verme işleminde hükmedebilir. Eğer bu şekilde bir belirleme yoksa, hakimın ikinci kez süre vermesi gerekebilir. Ancak, ikinci kez verilen süre için kesin olduğu belirtilmese dahi bu

süre yasa gereği kesin süre olarak kabul edilir. Bu hükümlerin benzerlerinin HUMK 163. maddesinde de yer aldığı bilinen bir gerçektir. Bilindiği gibi hakim tarafından verilen sürelerin makul süre olup olmadığı Yargıtay tarafından denetlenmekte ve bu nedene dayalı bozma kararları oluşturulmaktadır. Kanımızca bu uygulama aynen devam edilecektir.

Verilen süre ister kanundan ötürü isterse hakim kararında yer alan belirlemeden ötürü kesin nitelikli süre olsun, her iki halde de verilen kesin süre içinde belirlenen işlemin yapılmaması halinde, bu işlemin bir daha yapılması olanağı yoktur. Bu husus HUMK 163. maddesinde olduğu gibi HMK 94/3 maddesinde de yer almaktadır.

HUMK 180. maddesinde olduğu gibi HMK 91/1 maddesinde de sürelerin ilke olarak taraflara tebliğ tarihinden başlayacağı ancak kanunda açıkça hükme bağlanmış olmak şartı ile istisnai olarak tefhim tarihinden başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Sürelerin gün olarak belirlenmesi ile hafta, ay, yıl olarak belirlenmesi halleri, sürelerin son gününün hesaplanmasında etken rol oynar. Eğer gün olarak süre belirlenmiş ise, süre hesabında, tefhim yada tebliğ edilen gün dikkate alınmaksızın, gün hesabı yapılır. Eğer süre hafta, ay ya da yıl olarak belirlenmiş ise, tefhim yada tebliğin yapıldığı güne karşılık gelen gün sürenin sonu olarak dikkate alınır. Gerek gün olarak gerekse hafta, ay ve yıl olarak hesaplamalarda son günü olan günün mesai saati sonu sürenin sonudur. Bu hüküm HUMK 161. maddesinin aynı olup HMK 92. maddesinde yer alır. Gene aynı maddeye göre, sürenin bittiği

ayda, başladığı güne karşılık gelen bir gün yoksa, süre bu ayın son günü mesai saatinin sonunda saatinde son bulur.

HUMK 162. maddesinde de hükme bağlandığı gibi HMK 93/1 maddesine göre, “Resmi tatil günleri süreye dahildir. Sürenin son gününün resmi tatil gününe rastlaması halinde, süre, tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biter.

Burada aklıma bir soru geldi. Sizlerle paylaşmak isterim. Farklı farklı mesai saati uygulayan illerimiz için hatta aynı ilde farklı farklı mesai saati uygulayan ilimiz için durum ne olacaktır?

Bilindiği gibi ülkemizde her yıl 1 ağustosta başlayıp 5 eylülde sona eren adli tatil uygulaması yer almaktadır. Bu husus HUMK 175’de olduğu gibi HMK 102. maddesinde de hükme bağlanmıştır.

Eğer süreye tabi olarak yapacağımız iş, HMK 103. maddesinde tek tek sayılan adli tatilde görülecek dava ve işler kapsamında değilse, yani adli tatile tabi dava ve işlerden ise, HMK 104. maddesi hükmü gereği “...bu kanunun tayin ettiği sürelerin bitmesi tatil zamanına rastlarsa, bu süreler ayrıca bir karara gerek olmaksızın adli tatilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılır.”. Örneğin son günü adli tatile rastlayan bir temyiz işlemi adli tatilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılacaktır. Buna karşılık temyiz son günü 6 eylüle geliyorsa, temyiz işlemi için bir haftalık süre doğmayacak olup temyiz son günü 6 eylülde yapılması gerekecektir.

Yeri gelmiş iken, Yargıtay kararlarında da yerini almış olan bir yaşanmışı hatırlatmakta yarar görmekteyim. Geçtiğimiz yılların birinde, 5 eylül Cuma gününe geldiği için adli yıl açılışı pazartesi günü yapıldı, bazı meslektaşlarımız süreyi, törenin yapıldığı pazartesinden başlattığı için, sürelerle dayalı haklarını yitirmiş oldu. Kanımca bu husus idari tatil denen tatillerde de dikkate alınması gereken bir husustur.

Zaman zaman insan elinde olmayan nedenlerle kesin süreye bağlanmış bir işlemi yapamayabilir. Yasa koyucu böyleli durumların varlığı için çözüm olarak eski hale getirme kurumunu hükme bağlamıştır. Bu kuruma ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, öncelikle kesin süreye tabi bir işlem yapılamamış olmalıdır. Ayrıca bu işlemin yapılamaması “elde olmayan sebeplerden kaynaklanmalıdır.” Bu iki şartın yanı sıra, süresinde yapılamayan işlemin doğuracağı sonuca, bir başka yoldan ulaşmak mümkün olmamalıdır. İşte bu üç koşul bir arada var ise, HMK 95/1 ve 2. maddelerine göre eski hale getirme uygulanabilir.

Yasa koyucu, eski hale getirme işleminin yapılabilmesi için, engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde, yapılmayan işlem hangi mahkemede yapılacaksa o mahkemeye bir dilekçe ile başvurarak eski hale getirme talep edilmesini HMK 96/1,98/1 ve 97/1 maddelerinde hükme bağlamıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, eski hale getirme dilekçesi hazırlanırken, dilekçede talebin dayandığı sebepler ile bunların delil ve emarelerinin de gösterilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Unutulmaması gereken bir başka husus ise, eski hale getirme dilekçesini vermenin yanı sıra, eski hale getirmeye neden olan olayın kalktığı tarihten itibaren iki hafta içinde yani eski hale getirme için tanınan süre içinde, yapılamayan işleminde yapılması gerekmektedir. Yapılamayan işlemin yapılması için, eski hale getirme talebinin sonuçlanmasını beklemek bir hukuki hata olur ve hakkın kaybına yol açar. HMK 97/1 maddesinde yer alan bu hükümde açıkça belirtilmemiş ise de madde gerekçesine göre, yapılamayan işlemin bu iki haftalık süreçte yapılması zorunludur. Ancak, eski hale getirme talebi ile birlikte aynı zamanda yapılması zorunluluğu yoktur. Süre geçmemek kaydı ile bir başka zamanda yapılabilir.

Yukarıda da söylediğim gibi, HMK 96/1 maddesine göre, eski hale başvurmak için, işlemin yapılmasına engel olan nedenin kalkmasını takip eden iki hafta içinde başvurmak gerekmektedir. Ancak, bu hakkın kullanılmasının bir başka sınırının ise HMK 96/2 maddesinde yer aldığını unutmamak gerekir. Bu sınırlamaya göre, eski hale getirme başvurusu prensip olarak, ilk derece ve istinaf mahkemelerinde, nihai karar verilinceye kadar yapılabilir. Nihai kararın verilmesinden sonra bu başvuru yapılamaz. Gene 96/2 maddenin son cümlesi ise bir istisnayı hükme bağlamıştır. Bu istisnaya göre, nihai karar taraflardan birinin yokluğunda verilmiş ise, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler için kararın verilmesinden sonrada eski hale getirme talebinde bulunulabilir.

Eski hale getirme talebinin yargılamayı yapan mahkemeden istenebileceğini belirtmiştik. Yasa koyucu, HMK 98/2

maddesinde, eski hale getirme nedenine dayalı olarak istinaf mahkemesine yada Yargıtay’a başvurma hakkının düşmesi olasılığını da değerlendirmiş ve böyle bir durum söz konusu olursa başvurunun, istinaf ve Yargıtay’a yapılacağını hükme bağlamıştır.

Eski hale getirme talebi ile ortaya çıkan giderlerin, yargılama giderlerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünen yasa koyucu bu giderlerin talepte bulunandan isteneceğini, ancak karşı tarafın iyi niyetle bağdaşmayan hareketlerinden ötürü giderlerde bir artma söz konusu olursa bun suinietli karşı taraftan istenmesi gerekeceğini HMK 101/1 maddesinde hükme bağlamıştır.

Eski hale getirmek için yapılan başvuru ilke olarak yargılamanın ertelenmesini gerektirmez ve hükmün icrasına engel olmaz. Ancak hakim tarafların talebi ile teminata bağlı olarak yada teminatsız olarak erteleme yada icranın geri bırakılması kararı verebilir.

BÖLÜM 8

5 MAYIS 2011 – PERŞEMBE

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE DAVA ÇEŞİTLERİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ
STJ. AV. CAN SANAL

HMK'nın 105 vd. maddelerine baktığımızda, 9 ayrı dava çeşidinin tanımlandığını görmekteyiz. Yapılan bu tanımlamalar, 1086 sayılı HUMK da yer almamaktadır ve tasarının 111 vd. maddelerinde yer alan dava çeşitlerinden de çok farklıdır.

Dava çeşitlerine ilişkin bir sınıflandırma ve buna ilişkin hüküm HUMK'da yer almadığı için, öğretide ve yargı kararlarında değişik gruplandırmalar ve tanımlamalar yapılmıştır. HMK bu farklılıkları önlemek açısından bu hükümleri getirmiş ve dava çeşitleri açısından da ilk kez sistematik bir düzen konulmuştur.

EDA DAVASI

HMK'nın 105/1 maddesine baktığımızda “Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesi talep edilir.” Sözcükleri ile eda davasının tanımlandığını görmekteyiz. Bu dava çeşidi hukuk uygulaması bakımından son derece önem taşıyan ve en sık uygulanan dava türüdür. Bu dava türünün tanımı tasarıda da yer almıştır. Ancak bilinen ve en çok uygulanan dava türü olduğu için tasarının madde gerekçelerinde bu konuda fazla bir açıklamaya rastlamamaktayız.

TESPİT DAVASI

Tespit davası da eda davası gibi bu güne kadar çok sık kullanıldığımız bir dava çeşididir. Bu dava çeşidinin delil tespiti davası ile karıştırıldığı tasarinin gerekçesinde belirtilmektedir. Gerekçeye göre bu dava, iki ayrı yapıda açılabilmektedir. Daha önceki uygulamada da bu ikili ayrım bulunmakta olup bu güne kadar bunlardan birini olumlu tespit davası diğerini ise olumsuz tespit davası olarak adlandırmaktayız. Kanımızca bu adlandırma bundan böyle de devam edecektir.

Tespit davası HMK'nın 106/1 maddesinde, "...mahkemeden bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi..." için açılan dava olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, maddi vakıaların tespitinin tek başına tespit davasının konusunu oluşturamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece maddi vakıalara ilişkin tespitlerin tespit davasının değil delil tespiti davasının konusunu oluşturacağı bir kez daha dile getirilerek iki dava çeşidi arasındaki fark vurgulanmıştır.

HMK'nın 106/2 maddesinde, tespit davası açılabilmesi için, temel kural olarak, davacının "bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı" bulunması koşulu aranmaktadır. Bu koşul tüm davalarda aradığımız bir koşul olmasına rağmen, bu dava çeşidinde özellikle belirtilmiştir.

BELİRSİZ ALACAK VE TESPİT DAVASI

Bu dava çeşidi bizler tarafından dejenere edilerek uygulanan kısmi davanın bir türüdür. Bilindiği gibi bazı davalarda, örneğin trafik ya da iş kazası sonucu vücutta uzuv kaybından kaynaklanan tazminat davalarında, uzuv kaybına ilişkin hesabın yasada ve yargı kararlarında belirtilen sağlık kuruluşlarından alınması zorunluluğu ve bu kuruluşların delil tespiti niteliğinde bu kayba ilişkin hesaplamayı belirlememesi nedeniyle, bizler neredeyse sembolik rakamlarla kısmi dava açıp daha sonra alınan rapora göre davamızı gerçek değerine, ek dava ya da davanın ıslahı yolu ile ulaştırıyorduk.

Açtığımız bu dava aslında, HUMK 4. ve BK 68. maddeleri ile tanımlamaya çalıştığımız kısmi davaya benzememekte idi. Çünkü kısmi davada dava değerinin tamamı bilinmekte olmasına rağmen BK 68. maddesinden ve HUMK 4. maddesinden yararlanarak istem bütünü bir kısmına yöneltilir. Halbuki bu dava türlerinde dava konusunun bütünü bilmeye olanak olmadığı için, istem dava konusunun bir kısmına değil sembolik bir değere yöneltilmekteydi. İş davalarında mahkemenin görevi açısından bir problem göstermeyen bu durum Asliye Hukuk ya da Sulh Hukuk Mahkemeleri arasındaki görev ayrımı açısından önem taşımakta idi. Çünkü HUMK 4. maddesine göre görevli mahkemenin tespitinde kısmi davaya değil gerçek dava değerine göre görevli mahkemeyi belirlemek gerekir. Üstelik kanun yollarına başvururken de aynı kural uygulanmakta olup kısmi davanın değil tüm dava değerinin dikkate alınması gerekir.

İşte bu kargaşayı ortadan kaldırmak için tasarıda yer almakla birlikte yasa koyucu belirsiz alacak ve tespit davası adı altında, yeni bir dava çeşidi kabul ederek, uygulamayı yasallaştırmıştır.

HMK 107/1 maddesine göre, alacaklının, belirsiz alacak davası açabilmesi için, “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız...” olması gerekmektedir. Eğer böylesi bir durum varsa, alacaklı asgari bir miktar ya da değer üzerinden belirsiz alacak davası açabilir. Burada miktar kavramından “sayı” anlamak gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin 5 adet koyun gibi. Açılan bu dava geçici nitelikte bir davadır. Çünkü alacaklı HMK 107/2 maddesinin hükmü gereği, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirttiği talebini arttırabilir. Böylece ıslah uygulaması zorunlu haller ortaya çıkmadıkça kullanılmamış olur ve bu yeni hüküm sayesinde talebin daha sonra ıslah yoluyla arttırılmasında karşılaşılan zamanaşımı problemi de ortadan kalkmış olacaktır.

Kısmi eda davasının açılabilceği hallerde, davacının hukuki yararı var kabul edilerek, tespit davası da açılabilir. (HMK 107/3)

Belirsiz Alacak ve Tespit davası içeriğinde alacağın miktarı veya değeri tam ve kesin olarak belirlendiğinde kısmi dava açılıp açılmayacağı akla gelen sorulardan biridir. Kanımızca

bu davanın açılabilmesi gerekmektedir. Çünkü kısmi davayı düzenleyen HMK 109. maddesine göre, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ya da açıkça belli olduğu durumlarda kısmi dava açılmamaktadır. Belirsiz alacak ve tespit davasında talep konusu açıkça belirlendiğine göre bu aşmaktan sonra kısmi davanın açılmayacağını düşünmekteyiz. Açılmasına olanak veren durumlar ise istisnai olarak doğabilecektir. Bunları ise önümüzdeki günlerde uygulama sayesinde öğreneceğiz.

Belirsiz alacak ve tespit davası görülmekte iken, alacağın miktarı veya değeri tam ve kesin olarak belirlendiğinde davacı taraf talebini belirlenen miktara ulaştırmaz ve davasını eda davasına dönüştürmezse ne olacaktır? Kanımızca bu durumda davacının davasını sürdürmekte hukuki yararı olmayacağından, mahkemece gerekli ihtarlardan sonra davanın reddinin gerekeceğini düşünmekteyiz. Yine bizim düşüncemize göre, buradaki ihtarlar Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi gereğince resen yapılmalı ve ilk celsede dava eda davasına çevrilerek harç tamamlaması yapılmazsa dava reddedilmelidir.

KİSMİ DAVA

Her ne kadar kısmi dava, inşai davadan sonra yer alıyorsa da, kendimizce anlatım düzenini bozmamak için, belirsiz alacak ve tespit davasından sonra incelemeyi uygun gördük. Çünkü her ikisi arasında bağlantı bulunmaktadır.

Tasarının 115. maddesi HMK'nın 109. maddesi olarak yasalaşmıştır. Tasarının hükmü ile yasanın hükmü arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle tasarının madde gerekçesinden yararlanmak mümkündür.

Bu maddeyi anlayabilmek için, HMK'nın 109 /1 ve 109/2 maddelerini birlikte değerlendirmenin doğru olacağını düşünmekteyiz. Bu maddelere göre, talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı dava yolu ile istenebilir. Ancak, talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız ya da açıkça belli ise kısmi dava açılmaz. Maddenin gerekçesine baktığımızda, ikinci fıkradaki yasağın, kısmi davanın amaç dışı kullanılmasını önlemek için konulduğunun belirtildiğini görmekteyiz.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı yasaya göre, kısmi dava açarken, eğer fazlaya ilişkin haklarımızı saklı tutmamış isek, davanın değerini arttıramıyor ve arta kalan hakkımızı kullanamıyorduk. Halbuki HMK'nın 109/3 maddesinde yer alan hükme göre, kısmi davanın kapsamı dışında kalan fazlayı kapsayan haklarımızdan açıkça feragat etmemiş isek, her zaman artan kısım için dava açma hakkımız bulunmaktadır. Bize göre bu husus çok önemli bir farktır.

Kanımızca madde metni kargaşaya neden olacak şekilde kaleme alınmıştır.

İNŞAI DAVA

HMK'nın 108/1 maddesindeki tanıma göre, inşai dava, yeni bir hukuki durumun yaratılmasını, mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesini ya da onun tümüyle ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir davadır. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, kanunda aksine bir hüküm yoksa inşai dava geriye dönük hüküm doğurmaz. Ancak, tasarının 113. maddesinin tekrarı olan bu madde için tasarıdaki gerekçeye baktığımızda, “kanunda aksine hüküm” den ne anlamamız gerektiğini zaman içinde anlayacağımızın belirtildiğini görmekteyiz.

DAVALARIN YIĞILMASI

Tasarıda objektif dava olarak tanımlanan bu dava çeşidi, HMK’da davaların yığılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Davaların objektif birleştirilmesi bildiğimiz bir kavram ve uyguladığımız bir hukuk kurum olmakla beraber, doktrinde de hem fikir olunan şekilde, aslında objektif dava birleşmesi terditli dava yığılması, seçimlik dava yığılması ve kümülatif dava yığılması kavramlarının üst başlığıdır. HMK’nın 110. maddesinde belirtilen davaların yığılması başlığı kümülatif dava yığılması kavramının karşılığıdır. HMK’daki 110. maddenin, davacının birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava içinde istemesi halini, kolay anlaşılabilir olması için davaların yığılması olarak tanımladığını görmekteyiz.

Aynı yasa maddesine göre, objektif dava arkadaşlığından söz edebilmek için, davaların aynı yargı yoluna ve ortak yetkili mahkemeye sahip olması gerekir.

TERDİTLİ DAVA

HMK'nın 111. maddesinde iki fıkra halinde hükme bağlanan terditli davada, davacı, aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini, bu talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak şartı ile aynı davada/ dava dilekçesinde ileri sürebilir. Söz konusu taleplerin aynı yargı usulüne tabi olması da gerekmekte olup, mahkeme, dava dilekçesinde bu şekilde yer alan taleplerden önce asli talebi incelemek ve eğer bunu kabul ederse ferî talepleri değerlendirmemek zorundadır. Diğer bir anlatımla ferî taleplerin mahkeme tarafından değerlendirilebilmesi için, asli talebin reddedilmiş olması gerekir. Terditli dava kavramını davaların yığılması kavramından ayıran temel fark da terditli davalarda bu tip bir derecelendirmenin bulunmasıdır.

SEÇİMLİK DAVA

Bilindiği gibi BK 71. (TBK'daki karşılığı md. 87) maddesi, hukukumuzda seçimlik borçları düzenlemiştir. Seçimlik borçlarda, borçluya ya da üçüncü kişiye, yasa tarafından alternatif edimlerden birini seçmek ve ödemek şansı tanınmıştır; örneğin borçlunun ifasını, para, mal ya da hizmet yollarından herhangi birisini seçerek gerçekleştirebileceği gibi. Böylesi bir durumun varlığında, borçlu ya da üçüncü kişi, seçim hakkını kullanmaz ve alacaklıyı mağdur ederse yani MK 2. maddeye aykırı davranırsa, alacaklı açacağı davada borçlunun ya da üçüncü kişinin seçimlik hakkının varlığını belirtmek şartı ile davasını HMK'nın 112. maddesinden yararlanarak açabilir. Böylesi bir durumda, mahkeme davacının talebinin haklı olup olmadığını inceler ve eğer haklılığına karar verirse, kararında seçimlik hakkın varlığını dikkate almak zorundadır. Bu nedenle kararda borçlunun/davalının seçimlik borçlarını ayrı ayrı belirtmek zorundadır. Karar, seçimlik hakları belirtilmiş şekilde çıkmış olmasına rağmen alacaklı/davacı bu kararı icraya koyarken, hangi seçimlik hak üzerinden ödeme yapılmasını istediğini belirtmek zorundadır. Ancak alacaklı/davacının yapmış olduğu bu tercih borçluyu bağlamaz. Borçlu icra emrinde tercih edilmeyen ancak kararda yer alan seçimlik borçlardan birini ödeyerek borcundan kurtulur. Kanımızca önemli sayılabilecek değişikliklerden bir tanesi de budur.

TOPLULUK DAVASI

Gelişen dünyanın getirdiği ve kökeni Amerika'daki sınıf davası olan dava türüdür. Hukukumuzda Kıta Avrupası'nda, özellikle Almanya'da uygulanmakta olan birlik davası modeline benzer şekilde yer bulmuş bu dava türü zaman zaman yargı kararları ile örneğin; TBB'nin hukuka aykırı yönetmeliklerin iptali için dava açabileceğini hükme bağlayan Danıştay kararında olduğu gibi, zaman zaman da yasa hükmü ile örneğin; tüketici derneklerine tanınan dava hakkında olduğu gibi uygulanmakta olan bir dava türüdür. Topluluk davası kamu menfaatinin ağır bastığı durumlarda yararlı olacak bir dava türü olup bu kez HMK'da da bu dava türüne yer verilmiştir. 4077 sayılı TKHK'nın 23. maddesinde ise benzer bir düzenleme daha önce yer almıştır. Ancak, düzenlenmenin yer aldığı HMK'nın 113. maddesine baktığımızda “ Dernekler ve diğer tüzel kişiler” sözcüklerinin yer aldığını görmekteyiz. Kanımızca burada anlatılmak istenilen “tüzel kişiler ve özellikle dernekler” dir. Biz bunu böyle anlamaktayız.

HMK'nın 113/1. maddesine göre bir tüzel kişi ancak üyelerinin ya da mensuplarının ya da temsil ettikleri kesimin haklarını korumak için topluluk davası açabilir.

Gene aynı maddeye göre, bu davanın açılabilmesi için o tüzel kişinin statüsünün yani kuruluş belgesi olarak adlandırığımız, ana sözleşme, tüzük, senet gibi belgenin çerçevesinde kalmak zorunluluğu vardır.

Tüzel kişiler bu davayı kendi adlarına açarlar.

Açılan davada davacılar, ilgililerin haklarının tespitini, hukuka aykırı durumun giderilmesini ya da ilgilerin haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesini isterler.

Ancak zaman içinde tartışılacağını düşündüğümüz iki konuyu da bilginize sunmaktayız:

Tüzel kişinin statüsünde dava açmaya yetki mi aranacaktır yoksa konunun tüzel kişinin üye ya da mensupları ile olan bağı mı?

Alınan karar, kararların ferdiliği ilkesini etkilemeyecek midir?

BÖLÜM 9

25 NİSAN 2011 – PAZARTESİ

6100 SAYILI YASADA YER ALAN TARAF DİLEKÇELERİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ
STJ. AV. CAN SANAL

Not: Bu yazı HMK tasarısı döneminde yazılmış dilekçelere ilişkin metnin yasaya göre güncellenmiş halidir.

Bilindiği gibi 1086 sayılı HUMK'un 72. maddesine göre bir uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın başlayabilmesi için, yargıya yapılmış bir talep gerekmektedir. Bu husus HMK tasarısı hazırlanırken de dikkate alınmış ve tasarının 30/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. 6100 sayılı HMK ya baktığımızda tasarruf ilkesi başlığıyla kanunun 24/1 maddesinde aynı ilkenin hükme bağlandığını görmekteyiz. Madde metni aynen aşağıya alınmış olup bilginize sunulmuştur.

MADDE 24–(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.

Görüldüğü gibi 6100 sayılı HMK'nın 24. maddesi bir bütün halinde değerlendirildiğinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda, tarafa kimsenin baskı yapmaya hakkı olmadığı gibi hiçbir yargı merciinin yasanın belirttiği istisnalar dışında tarafın kendi serbest iradesiyle başvurusu olmaksızın herhangi bir uyuşmazlığı çözemeyeceği de hüküm altına alınmıştır.

6100 sayılı HMK'nın 24. maddesini incelediğimizde, bu maddenin yasanın 2. bölümünü oluşturan Yargılamaya Hakim Olan İlkeler bölümünde 10 ilkeyle birlikte yer aldığını görmekteyiz. Her ne kadar ilkeler, yabancımız değil ise

de, 1086 sayılı HUMK'da bunları bir arada düzenlenmiş olarak görme olanağına sahip değildik. Bu ilkelerin şu anda detaylarına girmemekle birlikte tek tek başlıklarını saymakta yarar görmekteyiz. Söz konusu ilkeler;

- Tasarruf ilkesi
- Taraflarca Getirilme İlkesi
- Taleple Bağlılık İlkesi
- Hukuki Dinlenilme Hakkı
- Aleniyet İlkesi
- Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü
- Usul Ekonomisi İlkesi
- Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi
- Yargılamanın Sevk ve İdaresi
- Hukukun Uygulanması

olarak sayılmaktadır.

Yukarıda da söylediğimiz gibi, yargılama 6100 sayılı HMK'nın 24/1 doğrultusunda, mahkemeye başvuruyla başlayacaktır. Davanın özelliğine göre zaman zaman bu başvuru C. Savcılığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı gibi yasayla

görevlendirilmiş makamlar ya da kurumlarca yapılmaktadır. Ancak her halükarda, başvuru koşulu yerine getirilmektedir.

Başvuruyu yaptığımız belgeye dava dilekçesi adı verilir. 1086 sayılı HUMK un 178. vd maddeleri, tasarının 123. vd. maddeleri bu konuyu düzenlediği gibi 6100 sayılı HMK'nın 118. vd. maddelerinde de dava dilekçesi hüküm altına alınmıştır. 1086 sayılı HUMK'un 178. maddesine baktığımızda davanın açılmış olabilmesi için dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydının şart olduğunun hüküm altına alındığını görmekteyiz. Bu dönemde yani HUMK'un uygulandığı dönemde özellikle harca tabi olmayan davaların hangi tarihte açılmış sayılacağı, harç yatırıldıktan sonra dava dilekçesinin kaleme teslim edilmemiş olması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı gibi konularda uyuşmazlıklar çıkmıştır. Bu uyuşmazlıkların çeşitli yargı kararlarıyla çözümlendiği hatta bir kısım uyuşmazlıklar için herkesi bağlayıcı nitelikte olan YİBKK bile alındığı hepimizce bilinen bir gerçektir. Gerek tasarı, gerekse 6100 sayılı HMK bu konuların çözümünü yönetmeliğe bırakmıştır. Tasarının gerekçesine baktığımızda, bu hususun yönetmeliğe bırakılmasını bilişim alanındaki gelişmelerin yargıya yansımaları nedeniyle süratle çözüm üretmenin amaçlandığının belirtildiği görülmektedir.

Ayrıca 6100 sayılı HMK'nın 118. maddesini incelediğimizde, mahkemeye sunulan dava dilekçesinin davalı sayısı kadar örneğinin eklenmesini hükme bağlamıştır. Bu husus da zaten uygulamanın ve 1086 sayılı HUMK un 180. maddesinin emri olup yeni bir düzenleme getirmemektedir.

1086 sayılı HUMK'nın 179. maddesi ve tasarının 124. maddesinde olduğu gibi 6100 sayılı HMK'nın 119. maddesi de bir dava dilekçesinde bulunması gerekli hususları hüküm altına almıştır. Maddenin birinci fıkrasını aynen aşağıya aldığımızda;

Dava dilekçesinin içeriği

MADDE 119– (1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a. Mahkemenin adı.
- b. Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- c. Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç. Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d. Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
- e. Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- f. İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- g. Dayanılan hukuki sebepler.
- ğ. Açık bir şekilde talep sonucu.

h. Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

bir dava dilekçesinde yer alan unsurların bu şekilde belirtildiğini görmekteyiz.

6100 sayılı HMK'nın 119/1 maddesi tasarının tekrarıdır. Bu nedenle öncelikle, daha önce sizlere sunduğum HUMK ve Tasarıya Göre Davada Yer Alan Dilekçeler adlı açıklamaları hatırlatmak isterim. Söz konusu yazıda da belirtildiği gibi, dava dilekçesinde yer alması gerekli unsurlar 1086 sayılı HUMK'a göre sayıca arttırılmış gibi gözüküyorsa da, aslında uygulamada da davacının T.C. numarası, davanın değeri zaten belirtilen unsurlardır. Elbette mahkemenin adı her dava dilekçesinin başlığı olmaktadır. Aynı zamanda davanın talebi de taleple bağlılık ilkesi nedeniyle dava dilekçesinde kendiliğinden yer alması gereken bir unsurdur. Bu nedenle dava dilekçesinde bulunması gerekli unsurlara ilave gibi gösterilen bu unsurlar, özünde ilave olmayıp uygulamanın kanuna yansımış halidir.

1086 sayılı HUMK 179/6 da yer alan cevap süresinin yazılmasını şart koşan unsur, aynı zamanda yasada 1086 sayılı HUMK'un 195. maddesinde 10 gün olarak belirtildiği için uygulamada kullanılmaz hale gelmiş bir hükümdür. Bu nedenle, 6100 sayılı HMK bunu 119. maddenin içeriğinde saymamış, buna karşılık 127/1 maddesi içinde yani cevap dilekçesine ilişkin hükümler bünyesinde hükme bağlamıştır.

Tasarının 124. maddesinin gerekçesine baktığımızda, tasarıyı hazırlayan komisyon tarafından 124. maddenin en önemli özelliklerinin 124/1.e ve 124/1.f ye eklenen unsurlar

olduğunun belirtildiğini görmekteyiz. 6100 sayılı HMK'nın 119. maddesi tasarıyla aynı hükümleri içerdiği için, tasarımı hazırlayan komisyona göre 6100 sayılı yasanın 119. maddesinin 119/1.e ve 119/1.f hükümleri en önemli değişikliktir. Bu konu tarafımdan daha önceki yazıda cevaplandırıldığı için o cevabı aynen alarak bu yazıya eklemeyi tercih ettim. Bu eklenti aşağıda bilgilerinize sunulmuştur:

“Tasarımı hazırlayanlara göre HMUK 179 ve HMKT 124 arasında fark oluşturan unsurlardan bir tanesinin HMKT 124/f. de yer alan “iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği” unsuru olduğu beyan edilmektedir. Üstelik HMKT md.198 gerekçesinde “somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi ilkesi” ile ilgili açıklama yapılırken “...uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmek...” amacı ile bu hükmün tasarıda yer aldığı belirtilmektedir.

HMUK 179/3 maddesine baktığımızda, “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ve delillerinin nelerden ibaret olduğu” hükmünün yer aldığını görmekteyiz. Bu cümle ile HMKT 124/e de yer alan “Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri” ve HMKT 124/f de yer alan “iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği” cümlelerini karşılaştırdığımda ben kendi adıma her hangi bir farklılık görmemekteyim. Gerek yasada gerekse taslakta yer alan bu hükümler özünde,

- Davacı iddiasını ispatla yükümlüdür.
- Davacı somutlaştırma yükü ile yükümlüdür.
- Davacı ıslah hariç iddiasını değiştiremez, ilkelerini sağlamaya yönelik hükümlerdir.

Yukarıda da belirttiğim gibi ben bir fark bulamadım. Ancak, HMKT 198 maddenin gerekçesinde yer alan eleştiriden utanç duydum. Çünkü yasa taslağını hazırlayan görevliler, bu açıklamaları ile bir mesleğin tamamını özensizlikle itham etmektedirler. Bu da kabul edilebilir bir eleştiri değildir.

Davada hukuki yorumun hâkime ait olması kuralını da dikkate aldığımızda, dava hazırlığında davacı olarak bizi ilgilendiren en önemli konunun olaylar ve kanıtları bölümü olduğunu belirtmekte yarar bulunmaktadır. Çünkü hukuki yorumda bir hata, yorumun hâkimin görevine girmesi ve iddianın genişletilmesi yasağı ile ilgisi bulunmaması nedeni ile giderilmesi mümkün hatadır.”

6100 sayılı HMK’nın 119/2 maddesine baktığımızda 119/1.a,d,e,f,g dışında kalan hususların eksik olması halinde yani; 1.b de belirtilen davacıyla davalının adı soyadı ve adresleri, 1.c de belirtilen davacının T.C. kimlik numarası, 1.ç de belirtilen tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı soyadı ver adresleri, 1.ğ de belirtilen dayanan hukuki sebepler, 1.h de belirtilen davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası unsurlarında bir noksanlık varsa bunların tamamlanması için hakim davacıya bir haftalık

kesin süre verecektir. Eğer bu bir haftalık kesin süre içinde söz konusu eksiklikler giderilmezse, dava açılmamış sayılacaktır. Bu husus tasarıda da aynen bu şekilde düzenlenmişti. Ancak 1086 sayılı HUMK un 187/7 maddesi ve “dava arzuhalinin veya davetiye varakasının veya cevap layihasının tanziminde kanuni noksanlar bulunduğu veya tebliğin usulüne muvafık olmadığı iddiası” varsa ve bu kanıtlanırsa mahkeme aynı yasanın 193. maddesi doğrultusunda dilekçenin iptaline karar verilerek davacıya yeni bir dilekçe vermesini emreder. Sn. Baki Kuru’nun Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı yapıtının 6. bası 4257. sayfasında yer alan 4. HD. nin 11.12.1970 10300/9138 sayılı kararında da, aynı hususun yani davanın reddedilmeyeceğinin, sadece dilekçenin iptal edileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. 1086 sayılı HUMK un 193/4. maddesine baktığımızda ise, iptal edilen dilekçe yerine yeni dilekçe vermesi emredilen davacı eğer bu yükümlülüğü yerine getirmezse davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. 6100 sayılı HMK madde 119/2 ile 1086 sayılı HUMK madde 187/7, 193/1 ve 193/4 ü bir arada değerlendirdiğimizde; 1086 sayılı HUMK da bütün unsurların noksanlığı halinde eksikliklerin giderilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık 6100 sayılı HMK da sınırlı unsurlar için eksikliğin giderilmesi şartı getirilmiştir. 1086 sayılı HUMK da eksikliğin giderilmesi için verilecek süre 193/4’te 10 gün olarak belirtilmiştir. 6100 sayılı HMK da ise bu süre bir hafta olarak ve kesin süre olarak belirlenmiştir. Her ikisinde de süre sonunda, eksiklik giderilemezse dava açılmamış sayılır. (HMK 119/2 HUMK 193/4)

HUMK 179. vd. maddelere baktığımızda dilekçede kanuni noksanlığın bulunmasının ilk itirazlardan olduğu görülmektedir. Bu nedenle de davalı yan, dava dilekçesindeki kanuni unsurların noksanlığını HUMK 189. doğrultusunda cevap süresi içinde itiraz konusu etmemişse, bir daha bunu dile getirmesi mümkün değildir. Ancak hakimin resen dikkate alması gereken bir husus varsa, bu husus yargılamanın her aşamasında hakim tarafından incelenebilir ve hakim tarafından karara bağlanabilir. 6100 sayılı yasanın 119. maddesine baktığımızda ise, madde içeriğinden noksan beyanının ilk itiraz olarak değerlendirilmediğini görüyoruz. Bu yüzden de dava dilekçesindeki eksikliklerin 119/2'nin anlamı doğrultusunda, resen dikkate alınacak konulardan olduğunu düşünmekteyiz. Kanımızca bu ayrım iki yasa arasındaki önemli farklardandır.

6100 sayılı HMK 1086 sayılı HUMK da yer almayan yeni bir uygulama getirmiştir. Bu uygulama HMK'nın 120. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre davacı davasını açarken yargılama harçlarıyla birlikte, "gider avansı"nı da mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansları, her yıl Adalet Bakanlığı'na belirlenecektir. HMK 120/2 hükmü gereğince ise, davanın herhangi bir aşamasında gider avansının yeterli olmadığı anlaşılırsa, gider avansının tamamlattırılması için davacıya iki haftalık süre verilecek olup, iş bu süre yasa gereği kesin süre olarak belirlenmiştir. Yasa, bu düzenlemeyi yapmış ancak, kesin süre için avansın yatırılmamasının sonuçlarını hükme bağlamıştır. Bilindiği gibi 1086 sayılı HUMK yürürlükten kalkıncaya kadar, giderler açısından ikili bir ayrım söz konusudur. Bazı giderler söz

konusu süre içinde yatırılmadığında taraf bu giderle yapılması gerekli olan işlemin yapılmasında, örneğin tanığın dinlenilmesinden vazgeçmiş sayılmaktadır. Halbuki diğer giderler için Savcılık ödeneğinden yararlanılarak, gider yapılmakta davanın sonucuna göre yükümlüsünden tahsil edilmektedir. Yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde hakim tarafından resen başvurulmuş deliller için, HUMK 415. madde gereğince gider taraflarca verilmezse hazineden karşılanır. Aynı ilke yeni yasa olan HMK'nın 325/1. maddesinde de hükme bağlanmıştır.

6100 sayılı HMK'nın belgelerin birlikte verilmesi başlığını taşıyan 121. maddesi 1086 sayılı HUMK un 180. maddesiyle aynı niteliktedir. Her iki madde de dava dilekçesiyle birlikte, delillerin gösterilmesini davacının elinde bulunan delillerin dava dilekçesine eklenmesini, başkaca yerden getirtilecek delil var ise bu konuda yeterli açıklamanın dilekçede yer almasını ve getirtilme masraflarının karşılanmasını emretmektedir. 1086 sayılı HUMK un uygulanması döneminde, 180/1 in bu emredici hükmü aynı yasanın 180/2 hükmünün yanlış uygulanması ile uygulanamaz hale getirilmiş, yasa koyucunun amacı yok sayılmıştır. 1086 sayılı HUMK un 180/2. maddesine baktığımızda, bu fıkra gereği davacıya verilmesi gereken 10 günlük sürenin, davacının delillerini bildirmesi için değil; dava dilekçesinde bildirildiği halde dava dilekçesine herhangi bir nedenle eklenmeyen delillerin mahkemeye sunulması ya da getirilmesi gereken ancak yeterli açıklama ya da masrafın verilmemesi nedeniyle getirtilemeyen delillerin getirilmesi için verilmiş olduğu anlaşılabacaktır.

Mahkemeye verilen dava dilekçesi, 6100 sayılı HMK'nın 122. maddesi doğrultusunda davalıya tebliğ edilir. Tebliğ zarfında davalının iki hafta içinde cevap verebileceği açıklamasına yer verilir. Görüldüğü gibi 6100 sayılı HMK ile başlayacak olan uygulamada, cevap süresi yasa tarafından belirlenmiştir. Halbuki 1086 sayılı HUMK da cevap süresinin 10 günlük yasal süreden az olmamak üzere davacı tarafından belirlenebileceği ilkesi benimsenmişti. Bu ilke-den dönülmüştür. Ayrıca yasal süre 10 günden, iki haftaya çıkartılmıştır.

Her ne kadar 6100 sayılı kanunun, 123. maddesinde davanın geri alınması, 124. maddesinde tarafta iradi değişiklik 125. maddesinde dava konusunun devri hükme bağlanmış ise de, yazının başlığına sadık kalarak bu üç maddenin incelenmesini daha sonraki bir yazıya bırakıyor ve cevap dilekçesini incelemeye başlıyoruz.

Yukarıda da açıkladığımız gibi HMK'nın 127/1 maddesine göre davalı, dava dilekçesinin kendisine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesini mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Ancak cevap dilekçesinin iki haftalık süre içinde hazırlanması çok zor yahut imkansız ise, davalının dava dilekçesinin kendisine tebliği tarihinden itibaren geçecek olan iki haftalık süre içinde, yani pratikte cevap süresi olarak adlandırdığımız süre içinde, ilgili mahkemeye başvurarak ek cevap süresi istemesi mümkündür.

HMK 127/1 aynı konuyu düzenleyen HUMK 197. maddesinden farklı olarak, mahkeme tarafından verilecek olan süreyi de belirlemiştir. Mahkeme böylesi bir başvuru halinde

bir ayı geçmemek üzere ek süre verebilir ve bu süre bir defaya mahsus olmak üzere verilir.

HUMK 198. maddesinde gördüğümüz davalının dava dilekçesini sunmaması, ek süre talebinde bulunmaması halinde eğer davalının mahkemece kabul edilebilir bir mazereti var ise ilk duruşmada bu mazeretini beyan etmesi ve mahkemece mazeretin kabulü halinde tanınan üç günlük cevap süresi 6100 sayılı HMK ya alınmamıştır.

1086 sayılı HUMK'nın 195. maddesi ile 6100 sayılı HMK'nın 127. maddesini karşılaştırdığımızda HUMK 195. maddede hakime cevap süresini belirleme hakkı verildiğini buna karşılık HMK 127 de böylesi bir hakkın yer almadığını görürüz. Hakim ancak davalının başvurusuyla ve eğer başvurusu kanuna uygunsa bir ayı geçmemek üzere ek süre verebilecektir. Bunun dışında cevap süresine hakim müdahalesi söz konusu değildir.

HMK 126. maddesinin dört fıkrasını bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, bugüne kadar sürdürdüğümüz uygulamamızın ve uygulamaya dayanak olan yasa maddelerinin bir tekrarıyla karşılaşmaktayız. 126. maddeye göre, cevap dilekçesi davanın açılmış olduğu mahkemeye verilir ve davacı sayısı kadar örnek eklenir. Bu örnekler mahkeme tarafından davacıya tebliğ edilir. Daha önce de söylediğimiz gibi, dava dilekçesinin verilmesiyle birlikte HMK 120/1 hükmü gereği gider avansı verildiğinden, bundan böyle cevap dilekçesine pul eklemek yükümlülüğü kalmamıştır.

HMK 126/3 doğrultusunda ise, cevap dilekçesinin üzerinde yer alan havale tarihi cevap dilekçesinin mahkemeye sunulduğu tarih olarak kabul edilecektir.

Eğer davalı yan süresi içinde cevap dilekçesi vermemişse HMK 128/1 doğrultusunda davalının, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkar etmiş olduğu kabul edilir. Bu hüküm bugüne kadar sürdürdüğümüz uygulamanın aynıdır. Çünkü 1086 sayılı HUMK un 201/1 maddesinin birinci cümlesinde cevap vermeyen davalının vakıaları inkar edeceğini hükme bağlamıştır.

HMK'nın 129/1 maddesi, cevap dilekçesinin içeriğini hükme bağlamıştır. Maddenin taşıdığı önemden ötürü 129/1. maddeyi aşağıya aynen almaktayız.

Cevap dilekçesinin içeriği

MADDE 129 – (1) Cevap dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a. Mahkemenin adı.
- b. Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adres.
- c. Davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç. Varsa, tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.

- d.** Davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- e.** Savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- f.** Dayanılan hukuki sebepler.
- g.** Açık bir şekilde talep sonucu.
- ğ.** Davalının veya varsa kanuni temsilcisinin yahut vekilinin imzası.

(2) 121 inci madde hükmü cevap dilekçesi hakkında da uygulanır.

Cevap dilekçesinin içeriğini incelediğimizde, HMK 129. maddede yer alan düzenlemenin HUMK 200. ve 201. maddelerinde yer alan düzenlemeye ilişkin hükümlerden farklı olduğunu görmekteyiz. Bilindiği gibi HUMK 200. maddesi, davalının, davacı tarafından ileri sürülen vakıaları inkar etmesi halinde düzenleyeceği cevap dilekçesinin içeriğini hükme bağlamıştır. HUMK 201 ise davalının inkar ile yetinmeyip, başkaca maddi vakıalar ileri sürmesi halinde düzenleyeceği cevap dilekçesinin içeriğini hükme bağlamıştır. HMK 129. maddede ise böylesi bir ayırım yer almamaktadır. Diğer bir anlatımla HMK 129/1 deki dilekçe örneği inkar ve yeni vakıa bildirme halinde de aynen kullanılmaktadır. Elbette davanın kabulü, kısmen kabulü halleri bunun dışında yer almalıdır.

HMK 129/2 ye baktığımızda, HMK'nın 121. maddesinin cevap dilekçesi için uygulanacağını hüküm altına alındığını görürüz. Yani davalı taraf da eklenmesi gerekli olan tüm belgeleri cevap dilekçesine ekleyecektir. Burada aklımıza gelen bir soru vardır. Bu soruya birlikte cevap aramak gerekir. Davacının getirtmek istediği belgelere ilişkin masraflar HMK 120 doğrultusunda, davacının yatırdığı avanstan karşılanmaktadır. Davalının getirtmek istediği belgelerin gideri nereden karşılanacaktır?

Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın sitesinde yer alan açıklama dikkate alındığında, Adalet Bakanlığı'nın da HUMK 180. ve 195. maddelerine ilişkin hükmün emredici hüküm olduğunu bu nedenle, taraflara yeniden süre verilmemesi gerektiğini beyan etmektedir. Adalet bakanlığı teftiş kurulunun bu görüşünü içeren alıntıyı ilgili siteden aynen kopya ederek bilginize sunmaktayız.

“Delillerin Sunulması İçin Kesin Süre Verilmediği

Dava dilekçelerinde veya cevap layihasında kanıtlarını açıklamayan tarafa ibraz için kesin süre tanınmadığı görülmüştür.

* HUMK'nın 180/1–2. madde ve fıkraları ile buna uygun Yargıtay 8.H.D.nin 09/12/1997 gün, 2356–8285 esas ve karar sayılı ilamı doğrultusunda, davacının elinde bulunan belgelerin asılları ile birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenecek örneklerinin dava dilekçesine eklenerek mahkemeye verilmesi, başka yerlerden getirilecek dosya ve belgeler için de, bunların bulunabilmesini sağlayacak açıklamanın dilekçelerde yapılması, bu hususlara uyulmaması veya eksik yerine getirilmesi halinde, hâkimin

tarafra 10 günlük kesin süre vermesinin zorunlu olduğu, sözü edilen Yasa'nın 195. maddesi uyarınca da davalının yukarıda belirtilen koşulları cevap dilekçesinde açıklaması gerektiği cihetle, bundan böyle anılan Yasa içeriğine uygun hareket edilmesi”

Belgelerin getirtilmesine ilişkin bu hükümleri Avukatlık kanununun 2. maddesiyle birlikte yorumlayarak, bir avukat olarak davada daha aktif görev almamız gerektiği inancında olduğumuzu bir kez daha hatırlatmak isteriz. Bilindiği gibi söz konusu maddenin son cümlesi “Derdest davalarda m zekkereler duruşma günü beklemeksizin mahkemeden alınabilir.” Hükmünü içermektedir. Kişisel kanımızca, bu hükme göre avukat delil toplamak için kendiliğinden müzekkere yazdırmak hakkına sahip değildir. Diğer bir anlatımla hangi delilin toplatılması gerektiğine hakim karar verecektir. Avukat bu karar doğrultusunda, m zekkerenin yazılmasını sağlayacaktır. Aksi uygulama gereksiz delillerin dosyada toplanmasına hatta bu yolla başkalarının özel hayatına ilişkin bilgi edinmeye yol açabilir, faydası kadar zarar da oluşturur.

HMK 130. maddesi açıkça, cevap dilekçesinde bir eksiklik varsa bunun nasıl giderileceğini hüküm altına almıştır. Söz konusu maddeye göre 129. maddenin 1. fıkrasının (d), (e), (f), (g) bentlerinde bir eksiklik varsa davalı HMK 130. maddeden yararlanamayacaktır. Yani hakim, kendisine eksikliklerin giderilmesi için süre veremeyecektir. Buna karşılık 129. maddenin 1. fıkrasının (a), (b), (c), ( ) ve (ė) bentlerinin cevap dilekçesinde bulunmaması halinde hakim davalıya bir haftalık süre vererek eksikliğin tamamlattırılmasını ister.

Verilen süre içerisinde eksiklikler tamamlanmazsa, cevap dilekçesi verilmemiş sayılır. Yani davalı HMK 128/1 ile karşı karşıya kalır ve davalının dava dilekçesinde ileri sürmüş olduğu tüm vakıaları inkar etmiş kabul edilir.

HMK 131/1 maddesi gereğince, ilk itirazların cevap dilekçesiyle birlikte sunulması gerekmektedir. Eğer davalı cevap dilekçesini cevap süresinin bitiminden önce sunmuş ve bu dilekçede ilk itirazları belirtmemişse; cevap süresi bitmemiş olmasına rağmen geriye kalan zaman diliminde ilk itirazları sürme şansını kaybetmiştir. Bu husus 1086 sayılı HUMK un 187,188 195 ve 478. maddelerinde de düzenlenmiştir. (Sn. Baki Kuru'nun Hukuk Muhakemeleri Usulü eserinin 6. bası 4216. sayfasında YKD nin 1976/5 sayısında yer alan Yargıtay 4. HD 20.12.1974 gün 6155/17127 sayılı kararında bu konu çok açıkça dile getirilmiştir. Örnek karar olarak bilginize sunulmuştur.)

Bilindiği gibi dava dilekçesi ve cevap dilekçesinden sonra taraflara, ikinci dilekçelerini sunmak için HUMK'nın 209. maddesi bir olanak vermektedir. İşte bu olanak HMK'nın 136/1 ve 136/2 maddelerinde hükme bağlanmıştır. Ancak unutulmaması gerekli bir husus vardır ki; HUMK 202. maddesi doğrultusunda, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava dilekçesinin mahkemeye sunulması ile, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin davacıya tebliğiyle başlamaktaydı. Aynı konuya ilişkin olarak HMK'nın 141. maddesi hükmü taraflara daha geniş bir olanak tanımıştır. Bu maddeye göre iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı,

cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde uygulanmaz. Yani taraflar bu aşamada iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirler. Eğer taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi haklarını kullanmışlar ve bu aşamadan sonra gelen, ön inceleme aşamasında iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yoluna başvuracaklarsa karşı tarafın oluru ihtiyaçları vardır. Ancak, eğer karşı taraf ön inceleme duruşmasına gelmemişse, gelen taraf gelmeyen tarafın oluru aramaksızın iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi hakkını kullanabilir. Söz konusu hakkı ön inceleme aşamasından sonra kullanmak mümkün değildir. Bunun tek istisnası 141/2 de ifade edildiği gibi ıslah yoludur.

HUMK 209. maddeye baktığımızda, replik ve düplik dilekçelerinin düzenlenmesine ilişkin hükmün daha ayrıntılı olarak yasada yer adlığını görürüz. 209. maddenin Senai Olgaç tarafından sadeleştirilmiş hali aynen “Davalının cevap dilekçesinde ileri sürdüğü olaylara karşı davacı, gerekli durumda 207. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına uygun hareketle on gün içerisinde inkar veya kabulü kanıtlayan açıklama yapmak zorundadır. Aynı süre içerisinde davacı defî de ileri sürebilir. Bu suretle davacının verdiği cevap dilekçesi hemen davalıya tebliğ olunur.” şeklindedir.

Buna karşılık HMK’nın 136. maddesi “(1) Davacı, cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevaba cevap dilekçesi; davalı da davacının cevabının kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde ikinci cevap dilekçesi verebilir.

(2) Davacının cevaba cevap, davalının da ikinci cevap dilekçesi hakkında, dava ve cevap dilekçelerine ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanır. “şeklindedir. Görüldüğü gibi HUMK’da davacıya ve davalıya karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaları kabul ya da inkar etmek, defi ileri sürmek hakkının verildiği açıkça hüküm altına alınmıştır. Halbuki HMK 136’da bu ancak 136/2’nin içeriğinden yorum yoluyla anlaşılabilir. Bizim kişisel kanımıza göre, eski ve yeni yasa arasında bu açıdan bir fark yoktur. Ayrıca HMK 141. maddeyi dikkate aldığımızda, yukarıda da söylediğimiz gibi iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ikinci dilekçelerden sonra başlayacağına göre, yorumlamayla elde etmek istediğimiz sonucun yasayla da desteklendiğini görmekteyiz.

Cevap dilekçesini incelerken, cevap dilekçesine ilişkin süre içinde davalıya tanınmış olan karşı dava açma hakkını da unutmamak gerekir. HMK’nın 132 vd. maddelerinde bu husus düzenlenmiştir. HMK 133/1 e göre, karşı dava ancak cevap süresi içinde açılabilir. Karşı dava, cevap süresi içinde olmak kaydıyla, cevap dilekçesiyle birlikte açılmak zorunda değildir. Süre geçmemek kayıt ve şartıyla ayrı bir dilekçe ile karşı dava açılabilir. Eğer bu kurala uygun davranılmamışsa, yani cevap süresinden sonra karşı dava açılmış ise mahkeme, davaların ayrılmasına karar verir. HMK 133/2’nin yazımından ayırma işleminin mahkemeye resen yapılmak üzere yüklenen bir görev olduğunu anlamaktayız. HMK 132 ye baktığımız zaman, karşı dava açabilmenin şartlarının yasada açıkça belirlendiğini görürüz. Bu şartlar;

a) Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması,

b) Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olmasıdır.

HMK 132/2 ye baktığımızda ise, bu şartlar gerçekleşmeden açılan karşı davanın, mahkeme tarafından resen ya da taraf istemiyle asıl davadan ayrılarak görevli mahkemeye gönderilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bugüne kadar uygulamakta olduğumuz karşı davaya karşı dava açılmaz ilkesi, HMK 132/3'te hüküm altına alınmıştır.

HMK 134/1 e göre, asıl davanın herhangi bir sebeple örneğin feragat ya da sulh gibi bir nedenle sona ermiş olması, karşı davanın görüşülüp karara bağlanmasına engel olamaz.

HMK 135/1'de “Bu Kanunun dava ile ilgili hükümleri, aksine özel düzenleme bulunmayan hâllerde, karşı dava hakkında da uygulanır.” Hükmü bulunmaktadır. Bu durumda karşı davanın cevap dilekçesiyle açıldığını düşünersek, davacının cevaba cevap dilekçesinin karşı davanın cevap dilekçesi olması gerektiği sonucuna ulaşırız. İşbu nedenle de asıl davaya ilişkin 4 temel dilekçe verilmiş olmasına rağmen, karşı davanın davalısı olan asıl davacının hakkı olan cevaba cevap dilekçesi daha sonraki bir aşamada verilecektir. Ön incelemenin de asıl davanın 4 dilekçesi tamamlandıktan sonra değil, karşı davanın da 4 dilekçesi tamamlandıktan sonra yapılması gerekir. Bu kişisel kanımız olup tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz.

HUMK'nın 207. 208. 209. ve 210. maddelerine baktığımızda da, karşılık dava içinde 4 ayrı dilekçenin verilmesi gerektiğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz.

HMK 132. maddesi takas ve mahsup ilişkisinin bulunmasını ya da asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantının mevcut olmasını aramaktadır. Bu maddenin karşılığı olarak HUMK'da yer alan 204. maddenin 2. bendinde ise karşılık dava açmak için tanınan olanak çok geniş tutulmuştur. Söz konusu maddeye göre “davacıya karşı davalının açtığı her çeşit davalar” karşılık dava olarak sayılmıştır. Yine de HUMK 206. maddesine baktığımızda, idari makamların incelemesine tabi konularla, hakemlerin çözeceği davaların karşılık dava olmayacağını açıkça hüküm altına alındığı görülmektedir. Buna benzer bir hüküm HMK'da yer almamaktadır. Ancak bu hüküm işin doğası gereği HMK'da da var kabul edilmeli, böyle uygulanmalıdır.

HUMK 187/5'e baktığımızda iki dava arasında sonuçları birbirini etkilediği takdirde bir bağlantı varsa, bunun irtibatlı davalar olarak kabul edildiği ve gene HUMK 205. maddesi doğrultusunda irtibatlı davaların da karşılık dava olarak değerlendirileceğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz. Halbuki HMK'da böylesi bir hükme rastlamamaktayız.

BÖLÜM 10

16 MAYIS 2011 – PAZARTESİ

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA ÖN İNCELEME

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı (HMKT) ile ÖN İNCELEME diye bir kavramla tanışmıştık. Bu kavram, HMKT'nın 142 vd maddelerinde yer almaktadır ve madde gerekçesine göre, "...yeni kabul edilen bir yargılama aşamasını düzenlemektedir." Bu kurum HMK'ya hemen hemen tasarının aynısı olarak yansımıştır. Bu nedenle daha önce yayınladığımız "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Ön İnceleme" adlı yazıyı kanun metnine göre güncellenerek tekrar yayınlanmıştır.

HMK'nın 137. maddesine baktığımızda; Ön inceleme-nin başlangıç zamanı olarak dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesinin tamamlanmasının gösterildiği görülmektedir. Burada belirtilen dilekçelerden kasıt bugüne kadar uyguladığımız HUMK da yer alan ve tasarı ile aynen korunan dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleridir. Görüldüğü gibi, HMK dilekçelerin adlandırılmasında Türkçe sözcükleri seçmiştir.

HMK'nın 137. maddesine göre, mahkeme ön inceleme aşamasında;

- dava şartlarını inceler
- ilk itirazları inceler
- uyuşmazlık konularını tam olarak belirler
- tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar

- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulha yahut arabulucuya gitmeye teşvik eder.

Tüm bunları tutanağa geçirir.

HMK'nın 138. maddesine göre, mahkeme öncelikle ve dosya üzerinde, dava şartlarını ve ilk itirazları değerlendirmek zorundadır. Bu konuda gerek gördüğü takdirde, ön incelemenin diğer hususlarını değerlendireceği ön inceleme oturumunda tarafları dinler. Bu husus ayrıca HMK'nın 140/1 maddesinde de tekrar edilmiş ve "Hakim, ön inceleme oturumunda, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar vermek için gerekli görürse tarafları dinler" hükmü ile açıklanmıştır. Bu nedenle ön incelemenin biri dosya üzerinden diğeri ön inceleme oturumunda yapılması gereken iki ayrı aşaması bulunduğunu ancak hakimin gerek gördüğü takdirde ve sadece tarafların dinlenmesi amacıyla, bu iki aşamayı birleştirebileceğini söyleyebiliriz. Burada unutulmaması gereken bir husus ise, ön incelemenin iki aşaması, ön inceleme oturumunda birlikte değerlendirilebilir ise de, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar değerlendirilmeli ve HMK'nın 140/3 maddesi gereği bu husus tutanağa geçirilmelidir. Bundan sonra HMK137/1 maddesinin emrettiği diğer hususlar yani uyuşmazlık konularının saptanması, delillerin sunulması ile toplanması ve uyuşmazlığın anlaşma ile çözümlenmesine ilişkin öneriler değerlendirilmeli ve tutanağa geçirilmelidir.

HMK ile HUMK arasında oluşan farklılıklardan biri, HMK'nın 114. ve 115. maddelerinde dava şartlarını özel olarak düzenlemesidir. HMK ilk itirazları ise 116. ve 117. maddelerde belirlemiştir.

HMK'nın 114. maddesine baktığımızda, maddenin birinci fıkrasında 12 adet dava şartının yer aldığını ikinci fıkrasında ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının da HMKT tarafından dava şartı olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Birinci fıkrada yer alan dava şartları;

- Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması
- Yargı yolunun caiz olması
- Mahkemenin görevli olması
- Yetkinin kesin olduğu hallerde, mahkemenin yetkili bulunması
- Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, yasal temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması
- Dava takip yetkisine sahip olunması
- Vekil aracılığı ile takip edilen veya vekil aracılığı ile takibi zorunlu olan davalarda, vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletnamenin bulunması
- Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması
- Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi

- Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması
- Aynı davanın,daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması
- Aynı davanın,daha önceden kesin bir biçimde karara bağlanmamış olması olarak belirtilmiştir.

HMK'nın 115/1 maddesi hükmüne göre, davanın her aşamasında, dava şartlarının bulunup bulunmadığını hakim resen değerlendirmek, taraflarda ileri sürmek hakkına sahiptir. Ancak, HMK 137. maddesi dava şartlarına ilişkin incelemenin davanın başlangıcında yerine getirilmesini emrederek, HMK 115/2 maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gereken bir davanın uzamasını önlemeye çalışmış ve usul ekonomisi açısından doğru bir yol izlemiştir. HMK'nın 115/2 maddesinde yer alan usulden redde ilişkin hüküm mutlak bir hüküm olmayıp gerek 115/2 maddesinin ikinci cümlesi gerekse 115/3 maddesi ile esneklik getirilmiştir. Getirilen bu esnekliğe göre;

- Dava şartının noksanlığının saptanması halinde bu noksanlığın giderilmesi mümkün ise hakim kesin süre vererek noksanlığın giderilmesini emreder ancak bu kesin süre içinde noksan giderilmemiş ise davanın usulden reddine karar verilir.
- Dava şartının noksanlığı fark edilmemiş ve bu noksanlık hüküm anında giderilmiş ise, davanın dava şartının noksanlığı nedeniyle usulden reddine karar verilemez.

HMK'nın 116/1 maddesi ilk itiraz olarak üç hali belirlemiştir. Bunlar;

- kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı
- uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı
- iş bölümü itirazıdır.

Dava şartlarının aksine ilk itirazlar cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş ise dinlenemez. İlk itirazlar dava şartlarının incelenmesinden sonra ön sorunlar (HMK 117/3) gibi incelenir ve karara bağlanır.

HMK ön incelemeye daveti 139. maddede düzenlenmiştir. Maddenin tasarısındaki karşılığı olan 144. madde gerekçesi, maddenin açıklamasını ve ön incelemenin gerçek amacını dile getirdiği için madde gerekçesini aynen aktarmakta yarar bulunmaktadır. Madde gerekçesine göre “Bu maddeyle ön inceleme için bir oturum belirlenmesi, ön inceleme konusundaki bazı işlemlerin bu oturumda, iki taraf veya vekilleri huzurunda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ön inceleme için gün tespiti, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra yapılacaktır. Özellikle, tarafların sulh olmalarını sağlamak, sulh olamayacaklar 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

alınmasın, tarafların bu oturuma hazırlıklı gelmelerine, bu oturumun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesine bağlıdır. Bu sebeple davette, oturuma sadece tarafların 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.

HMK'nın 141/2 maddesi, tarafların, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, iddialarını ve savunmalarını genişletebileceğini veya değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. HMK'ya göre iddia ve savunma ile bağlı olmak, söz konusu dilekçelerin verilmesinden sonra başlamaktadır. Bu düzenleme yürürlükte olan HUMK'dan farklıdır. HUMK'ya göre bu yasak dava dilekçesinin verilmesi ve cevap dilekçesinin tebliği ile hemen başlamaktadır. HMKT'nın 146 maddesinin (HMK141. madde karşılığı) gerekçesine baktığımızda "...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 iddiayı 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, maddi ve hukuki nitelendirmeleri uyuşmazlığı çözecek doğrultuda ortaya koymalarını sağlamak

amacıyla, dilekçelerin verilmesi aşamasında, yani yargılamanın ilk kesitinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uygulanmayacaktır.”

Yukarıda yapılan açıklama ile iddianın genişletilmesi ve savunmanın değiştirilmesi yasağının, HMK’da korunduğunu ancak başlangıç noktalarının değiştirildiğini görmekteyiz. HMK 141/2 maddesi de HUMK’da olduğu gibi iddianın genişletilmesi ve savunmanın değiştirilmesi yasağının başlamasından sonra, bu yasağı ortada kaldıracak tek olanağın ıslah hükümleri olduğunu belirtmektedir.

Ancak, ön inceleme kurumu ile iddianın genişletilmesi ve savunmanın değiştirilmesi yasağına bir istisna daha getirilmiştir. Özünde bu istisna, ön inceleme kurumuna taraflarca gösterilmesi gereken saygının gösterilmemesi halinde önem taşımaktadır. Bir anlamda tasarı ön inceleme kurumuna verdiği önemi yaptırımla sağlamaya çalışmıştır. HMK’nın 139/1 maddesine uygun olarak hazırlanacak davetiye de belirtilmesi emredildiği gibi, ön inceleme oturumuna sadece taraflarda biri katılır ve yargılamanın devamını talep ederse, katılan tarafın gerçekleştireceği iddianın genişletilmesinde veya savunmanın değiştirilmesinde karşı tarafın olurlarına gerek yoktur.

HMKT’nın 144 ve 146 maddelerinin birlikte yorumundan anlaşılabacağı gibi, iddianın genişletilmesi ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi ile birlikte başlar, HMKT’nın 144 maddesinin de belirttiği gibi, HUMK’da da olduğu gibi bu aşamadan sonra bu yasak ya karşı tarafın oluru ile ya da ıslahla sağlanabilir. Ancak,

HMKT'nın 144 maddesine uygun olarak yapılan davete gelmeyen taraf, karşı tarafın oturuma gelmesi ve yargılamaya devam edilmesi talep etmesi halinde, bu oturumda gerçekleşecek olan iddianın genişletilmesi ve savunmanın değiştirilmesi yasağına karşı koymak hakkına sahip değildir. Madde gerekçesine dayanarak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu ön inceleme oturumundan beklenen faydanın sağlanabilmesi için düşünülen bir yaptırımdır.

HMK ön inceleme oturumuna vermiş olduğu önemden ötürü, bu oturumda yapılması gerekenleri tek tek saymak yolunu seçmiştir. HMK'nın 140/2 maddesinin açıkça belirttiği gibi ön inceleme oturumu prensip olarak tek oturumda tamamlanmak zorundadır. Bu prensibin iki istisnası gene aynı madde içinde belirtilmiştir. Bunlardan birincisi HMK 140/2 de ifade edildiği gibi, eğer yeni bir zaman süreci verilirse tarafların sulh olacağı konusunda hakimde kanaat oluşursa hakim bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir süre verir. Bu istisna gerek madde metninden gerekse madde gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Diğer istisna ise 140/4 maddesinde yer almaktadır. Bu istisna, açık uçlu bir hükmü içermekte ve doğrudan doğruya hakimın takdirine bırakılmış olan “zorunlu olan haller”i içermektedir. Hakimın zorunlu hal olarak saptadığı, hallerin doğumunda, ön inceleme için bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü verilir. Kanımca, zorunlu hallerin ne olduğu zaman içinde oluşacak yargı kararları ile belirlenecektir.

Daha öncede belirttiğimiz gibi, prensip olarak, ön inceleme kapsamında yapılması gereken, dava şartlarının ve ilk

itirazların değerlendirilmesi, dosya üzerinden ve tarafların katılımı olmaksızın yapılacaktır. Eğer, hakim HMK 140/1 madde hükmünde belirtildiği gibi tarafları dinlemek gereğini hissederse, ön inceleme oturumunda, önce bu konuyla ilgili dinlemesini tamamlayacak ve gene bu konuya yani dava şartları ve ilk itirazlara ilişkin kararını verecektir. Dava şartları ve ilk itirazlara ilişkin karar ister dosya üzerinden isterse ön inceleme oturumunda verilsin, HMK 140/3 son cümlesi gereği bunların tutanağa yazılması şarttır.

HMKT 140/1 maddesine göre, dava şartları ve ilk itirazlar değerlendirilip karara bağlanıp tutanağa yazıldıktan sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususları tek tek tespit eder ve hazır olan tarafların birlikte imzalayacağı tutanağa geçirir. Bu tutanak yargılamanın temel belgelerinden biridir. Çünkü madde metninde açıkça belirtildiği gibi, tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

HMKT 145/2 maddesine göre, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra, hakim tarafları sulha teşvik eder.

HMK 140/5 maddesi delillerin sunulması için verilecek olan 15 günlük kesin süreyi hükme bağlamaktadır. HMK dava ve cevap dilekçesini, özellikle dava dilekçesinin düzenlerken delillerin dilekçe ekinde sunulması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Buna rağmen, bir kez daha 15 günlük kesin süre verme gereğini duymuştur. Bu konu, yeni Medeni Kanunla yasalaşan ve özünde eski Medeni Kanununla aynı hükmü içermesine rağmen daha anlaşılır hale gelen ispat yüküne ilişkin kuralla birlikte ayrı bir yazı olarak incelemeye

değer bir konu olduğu için, yazının gerçekleşmesi umudu ile bu kadar açıklama ile yetinmeyi tercih ettim.

Ön inceleme bölümüne ilişkin son madde 147 maddedir. Bu madde, HUMK'da da yer alan bir hükmün tekrarıdır. Bu maddeye göre hakim, ön incelemeyi bitirip tahkikata başlamadan evvel hak düşürücü süreler ve zamanaşımı konularını inceleyip karara bağlamak zorundadır.

Ön inceleme kurumu HMK ile hukukumuzda kazandırılmak istenilen bir kurumdur. Ancak, bu kurumda yer alan hükümler HUMK'da da yer almaktadır. Bunlardan bir kısmını hatırlamakta yarar bulunmaktadır.

Tasarı ile yasa arasındaki bir fark da HMK 141/2'de HMKT 146/2'den fazla olarak “karşı tarafın açık muvafakati” sözcüklerinin eklenmesidir.

HUMK 180. maddesi, dava dilekçesinin ekinde, delillerin sunulmasını, aksine davranış halinde bu noksanın ilk oturumu takip eden 10 günlük kesin süre içinde tamamlanmasını şart koşturmuştur. Aynı husus, cevap dilekçesi için HUMK 195. maddesinde hükme bağlanmıştır. Ancak, yasa ile verilen sürelerin hakim tarafından uzatılmasına olanak olmaması bilinmesine rağmen, uygulamada, bu kural defalarca ihlal edilir hale gelmiştir.

HUMK 213. maddesi, tahkikat aşamasında, tarafların sulha teşvik edilebileceği hükmünü içermesine rağmen, bu maddenin varlığı hatırlanmaz hale gelmiştir. Üstelik İş Mahkemeleri Kanunu, Aile Mahkemeleri Kanunu vb yasalarda öncelikle sulh olanaklarının araştırılması emredilmiş

olmasına rağmen bunlardan hatırlanmamakta ya da usulen tutanağa sulh olmaları önerildi gibi kayıt düşülerek davaya devam edilmektedir. Uyuşmazlıklarda, dava öncesi sulh sağlanabilmesi için Avukatlık Kanunu 35/A maddesi de hatırlanmayan maddelerden biridir. Tüm bu düzenlemeler bulunmasa bile, HUMK'un genel yapısı sulha olanak vermektedir. Benim kişisel gözlemlerime göre, tüm bu olanaqlara rağmen, gerek toplam gerekse, yargının üç temel üyesi olan hakim savcı ve avukatlar uzlaşmayı benimsemekte ısrarcı davranmaktadırlar. Uzlaşmanın yerleşmesi için öncelikle toplumsal yapıda gereken uyarıların oluşması ve yargının üyeleri için gereken bilgilenenmenin tamamlanması gerekmektedir. Unutulmaması gereken bir nokta ise uzlaşma için sadece hukuk bilgisi yetmemekte, uzlaşmanın gerektirdiği diğer bilimlerin de bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle, HMK'nın uzlaşmaya ilişkin bu tutumunu takdirle karşılıyor yasa koyucunun uzlaşma için sarf ettiği bunca çabanın gerçekleşmesini umuyorum.

HUMK 216 ve 388/3 maddeleri, hakim ilk görevlerinden birinin taraflar arasında uyuşulan ve uyuşulmayan konuları saptamak olduğunu emretmektedir. Ancak, ben bu görevin yapıldığını hiç görmedim. Tasarırı hazırlayanlar da aynı kanıyı paylaşıyor ki, tasarıda bu tutanağın taraflarca da imzalanması gerektiğini belirterek uygulamada bir zorlayıcılık getirmek istemiştir. Davanın sağlıklı ve süratli çözümü için şart olan bu uygulamanın yeni tasarının hayata geçmesi ile yerleşeceğini ummak istiyorum.

BÖLÜM 11

31 MAYIS 2011 – SALI

6100 SAYILI HMK'YA GÖRE TAHKİKAT AŞAMASI

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

HMK'nın 143. vd. maddeleri, HUMK'nın 213. vd. maddelerinde yer alan tahkikat aşaması ile ilgili hükümleri içermektedir. HUMK'nın aksine, tahkikattan önce yapılması gerekenler, HMK da açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümlere göre, hakim, taraf dilekçeleri tamamlanmadan ön incelemeye başlayamaz. Hakim ön inceleme sırasında (HMK 140), ilk dava şartlarını karara bağlamak zorundadır. Bu nedenle tarafları dinler, tarafların anlaşılabildikleri ve anlaşılamadıkları hususları saptar. Tarafları sulhe teşvik eder gerekirse sulh için süre verir ve bir defaya mahsus olmak üzere sulh nedenine dayalı olarak ön inceleme duruşmasını erteler. HMK ya göre erteleme ancak bir defa ve zorunlu nedenlere dayalı olarak yapılır, sulh görüşmeleri de bu zorunlu nedenlerden biri olup yasada açıkça belirtilmiştir. Sulh çözümsüz kalırsa, hakim, tarafların dilekçelerinde yer alan ancak henüz mahkemeye sunulmamış yada istenildiği halde gelmemiş veya istenmemiş delillerin dosyada toplanabilmesi için, taraflara iki haftalık süre verir. HMK 140/5 maddesi son derece açık bir şekilde hükme bağlanmış olup, toplanması gereken deliller sadece taraf dilekçelerinde yer alan delillerdir. Bu aşamada taraflara yeni delil sunma olanağı prensip olarak tanınmamıştır. Ancak HMK 145. Maddesinde belirtildiği gibi, davanın uzatılması amacını taşımayan veya taraf kusuraundan kaynaklanmayan hallerde taraflar hakim in gerekçeli kararına dayalı olarak yeni delil ileri sürebilirler.

Burada akla bir soru gelmektedir. Taraflar, dilekçe sunma aşamasında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadıklarına göre, delillerin

bildirimini, HMK 121 ve 129/2 maddeleri hükmü gereği, dava ve cevap dilekçesi ile sınırlamak doğru bir davranış mıdır?

Yasanın hazırlanmasında yer alan Sn. Süha ve Sn. Pekcanitez'in Ankara Barosunun sempozyumunda dile getirdikleri gibi, ön inceleme duruşmasının bitmesi ile birlikte hakim tahkikat duruşmasının gününü belirlemek zorunda değildir. Tahkikat duruşmasının gününün belirlenmesi hakim ile kalemin yapacağı çalışma sonunda yani toplanması gereken delillerin toplanması sonucunda gerçekleştirilecektir. Bu husus HMK 147. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Delillerin toplanması için avans yatırıldığından ve gerektiğinde yeniden avans talep edilebileceğinden bu aşamada zaten taraflara da gereksinim yoktur. Elbette, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi gereği taraf avukatının delil toplamaya katılmak istemesini bundan ayırık tutmak gerekecektir.

Ön inceleme duruşması bittikten sonra ve tahkikata başlamadan önce hakim, HMK 142/1 maddesi gereği, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri inceleyerek karara bağlar. Bu karar verme işlemi, ön inceleme duruşmasının bitmesinden sonra ve ondan ayrı olarak gerçekleştirilecektir fakat mutlaka tahkikat açılmadan evvel bitirilecektir. Gerek maddenin yazılışı, gerekse madde gerekçesi bunu açık bir şekilde dile getirmektedir.

HMK 147/2 maddesi gereği, ön incelemenin bitmesinden yani taraf delillerinin toplanmasından sonra, taraflara tahkikatın yapılacağı günü bildirir davetiye gönderilir.

Gönderilecek olan bu davetiyede, tarafların duruşmaya gelmemeleri halinde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri de uyarı olarak eklenir.

Kanun koyucu, burada “davetiye” sözcüğünü “çağrı” ya da bir başka sözcüğe tercih etmiştir. Kanımca, “Türk Milleti Adına” yargılama yapan mahkemelerin, milletin bir bireyini, davet etmesi, onu çağırmasından daha mantıklı olduğu için bu yol tercih edilmiştir.

İşte yukarıda belirttiğimiz aşamalar tamamlandıktan sonra, hakim tahkikat için belirleyeceği duruşma gününü, taraflara usulüne uygun şekilde tebliğ eder ve tahkikat aşamasını başlatır.

Tahkikat aşamasında, HMK 143/1 maddesine göre, tarafların davada ileri sürdükleri bütün iddia ve savunmalar birlikte incelenir. Bu temel prensip olmakla birlikte HMK 143/2 maddesi bunun istisnasını da düzenlemiştir. Bu maddeye göre, hakim resen yada taraflardan birinin istemine dayanarak, iddia veya savunmanın birinin veya bir kısmının önce incelenmesine karar verebilir. Ancak, istisna yolunun seçilebilmesi, muhakemeyi basitleştirmek ya da kısaltmak amacıyla olur. Bu hüküm HUMK 221 maddesinin aynısıdır.

Bence, herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür, kuralı gereği önce iddia sonra savunma değerlendirilmeli, eğer iddia ispatlanamamışsa savunmanın değerlendirilmesine gerek görülmemelidir. Aşağıda belirtilen Yargıtay 13. HD. kararı da bu doğrultudadır.

Mahkeme HMK 147/1 maddesine göre gereken uyarıyı da içerecek şekilde daveti gerçekleştirirken taraflara duruşmaya gelebilmeleri için HMK 144/2 maddesi hükmü gereği iki haftadan aşağı olmamak üzere süre vermelidir. Bu süre, resen ya da tarafların isteği üzerine hakim tarafından azaltılır yada uzatılır. Bu hüküm HUMK 215 maddesinin karşılığı olup, ilmi ve kazai içtihatlarla göre bu süre davetiyenin tarafa tebliğinden sonra geçmesi gereken süredir. Kanımca, HMK 144/2 de yer alan sürenin uzatılması ya da kısaltılmasına ilişkin hakim kararının keyfilik içermemesi için bu tür kararların da tüm kararlarda olduğu gibi gerekçeye dayandırılması ve tarafların irdeleme olanağına açık bir şekilde kaleme alınması gerekir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hakim iddia ve savunmayı birlikte değerlendirir ve bu amaçla HMK 144/1 hükmüne göre, hakim tahkikatın her aşamasında, tarafları usulüne uygun olarak davet ederek “davada ileri sürülen maddi vakı-alar hakkında” dinleyebilir.

Tahkikatın sınırlarını, hakim in iddia ve savunmayı anla-mak için tarafları dinlemesi, iddia ve savunma için sunulan delileri değerlendirmesi, olarak belirleyebiliriz.

Taraf dinlenmesinin HMK 140/1 maddesi gereği ön ince-lemeye ve HMK 144/1 maddesi gereği tahkikat aşamasında yapılacağını belirlemiştik. Ön incelemedeki dinleme, dava şartları ve ilk itirazlarla sınırlıdır. Halbuki tahkikat aşama-sındaki dinleme, davada ileri sürülen vakıalar hakkındadır.

İster ön inceleme istese tahkikat aşamasında ki taraf din-lemesi hakim in temel görevi olan davayı anlamak eylemini

gerçekleştirmek için hakime tanınan bir haktır. Bu dinlemede elde edilenler, ikrar hariç, hiçbir şekilde, davanın kanıtı olarak değerlendirilemez. Dava HMK'da delil olarak belirtilen şeylerin, değerlendirilmesi ile kanıtlanır. HMK 146/1 maddesine göre, mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın mahkeme için yeterli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiğine karar verir ve bu kararını taraflara bildirir.

Tahkikatı hakim yönetir. Bu nedenle, HMK 151/1 maddesine dayanarak, duruşmanın düzenini bozan kişiyi bunu yapmaktan men eder ve gerekirse duruşma salonundan çıkarılmasını emreder. Eğer bu kişi eylemine devam ederse, HMK 151/2 gereği hemen yakalanarak dört gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. HMK 151/3 maddesi ise, bu eylemin ayrı bir suç oluşturması halini düzenlemiş ve böylesi bir durumun varlığında hakimın kişiyi tutuklayacağını ve hakkında C. Savcılığına suç duyurusunda bulunacağını hükme bağlamıştır. HMK 151. maddesinin üç fıkrasında yer alan hükümlerin avukatlar hakkında uygulanamayacağı aynı maddede yer almaktadır.

HMK 154. maddesine göre, duruşmaların tutanakla belgelenmesi gerekmektedir. Tutanak, hakimın ifadesi ile katibin yazmış olduğu belgedir. Bu belge içeriğinde, tahkikat ve yargılama işlemlerine ilişkin açıklamalar ve iki tarafın ve ilgililerin sözlü açıklamaları yer almaktadır. HMK 154/1 maddesine göre, gerekirse, tarafların ve ilgililerin yapmış olduğu sözlü açıklamalar özet halinde yazılabilir.

HMK 154/2 maddesi hükmüne göre, hakimın izni ile taraflar veya diğerk ilgililer sözlü açıklamalarını doğrudan tutanağı geçirebilir.

HMK 154/1 maddesi emredici nitelikte bir madde olmasına rağmen 154/3 maddesi mutlak olarak tutanağı yazılması gereken hususları hükme bağlamıştır. Maddenin yazılımında yer alan bu mutlak ifadesi nedeniyle madde aynen aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.

“HMK 155/1 maddesine göre, tutanak hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanır. Ancak kanun ilgililerin ve tarafların imzalamalarını şart koşmuş ise, tutanak bu kişilerce de imzalanır. Bu kişilerden imza bilmeyen varsa onun parmak izi alınır. Eğer parmakları yoksa mühür ya da özel işaretle tutanağı gereken işlemi yapar.”

HMK 156/1 maddesi gereğı, ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri tutanakla kanıtlanır.

HMK 155/1 de yer alan tutanağın hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanması hükmünü kuvvetlendiren bir hüküm de HMK 157/1 maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre, “Mahkemede veya mahkeme dışında hakim huzuruyla yapılacak bütün işlemlerde zabıt katibinin hazır bulunması zorunludur. Eğer hukuki ya da fiili bir engelden ötürü zabıt katibinin hazır bulunması olanaksız ise HMK 154/2 maddesine göre bir zabıt katibi görevlendirilir.

Tutanakların, yazı işleri müdürü tarafından onanmış örnekleri HMK 158/1 maddesi hükmü gereğı, talep halinde, taraflara ve feri müdahile verilir. Söz konusu maddenin ikinci

fıkrasına göre, tutanağın eki kapsamında kalan ancak gizlilik kararı kapsamında kalmış olan belge varsa bu belge ancak hakim izni ile verilir. Elbette bu maddenin mefhumu muhalifinden de anlaşıldığı gibi gizlilik kararı olmayan belgelerin verilmesinde hakimnin iznine gerek yoktur.

HMK 159 vd maddelerine göre, mahkemelerdeki dosyaların sorumlusu zabıt katibidir. Bu nedenle dosyaya konulmak istenilen her bir belge hakim yada zabıt katibi tarafından imzalanmak koşulu ile zabıt katibi tarafından dosyaya konulur. Taraflar ve ferî müdahil dosyayı ancak zabıt katibinin gözetimi altında inceleyebilir. Eğer dosyada gizli olarak saklanmasına karar verilen bir belge varsa taraflar ve ferî müdahil bunu ancak hakimnin izni ile inceleyebilir. Bunun dışında, davayla ilgisi olanların dosyayı inceleyebilmesi hakimnin iznine bağlıdır. (HMK 161)

Dosyanın saklanması zabıt katibinin sorumluluğunda olduğundan ötürü hakim bile dosyayı incelerken zabıt katibinden talep eder. Zabıt katibi hakime teslim ettiği dosyanın eksiksiz olarak geri alınmasından sorumludur. (HMK 163/1)

HMK 160/1 maddesi gereği dosya için bir dizi pusulası düzenlemeye ve bunu düzenli olarak takip etmeye mecburdur.

Dosyanın bir başka mercie gönderilmesi gerektiğinde hakim dosyanın yada belgenin aslını göndermek yerine onaylı bir örneğini talep ile yada re'sen alacağı karar doğrultusunda HMK 159/2 maddesi hükmü uyarınca gönderebilir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bir davadaki uyumsuzluğu çözmekle görevlendirilen hakimnin ilk yapması gereken

şey, davanın konusunu anlamaktır. İşte bu nedenle gerek ön inceleme aşamasını gerekse tahkikat aşamasını hükme bağlayan yasa maddelerine baktığımızda, hakimin tarafları sorgulayabileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. HMK 140/1 maddesine göre ön inceleme duruşmasında hakime tanınan tarafları dinleme hakkı, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verme amacı ile sınırlandırılmıştır. Her ne kadar bu maddede hakimin “tarafları dinleyebileceği” hükme bağlanmış ise de bu dinleme “isticvap” dır. Çünkü Türk Hukuk Sitesinde yer alan Yargıtay 3. HD. 10.02.2011 gün ve 2001/1153 E 2001/1539 K sayılı kararı ile 13. HD. 13.01.1991 gün ve 1990/6807 E 1991/860 K sayılı kararı incelendiğinde, hakimin tarafları dinlemesi eylemine isticvap denildiğini, bunun sözcüğün sözlük karşılığı ile aynı olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle, gerek ön inceleme gerekse tahkikat aşamasında ki hakimin dinlemesi eyleminin neden aynı sözcükle hükme bağlanmadığını özellikle genç nesli düşünerek neden ikisine de “dinleme” denmediğini anlamadığımızı dile getirmek isteriz.

Ön inceleme aşamasındaki hakimin dinleme hakkı, bize göre ödevi, dava şartı ve ilk itirazlarla sınırlandırılmış olmasına rağmen, tahkikat aşamasındaki dinleme görevini düzenleyen HMK 169. vd. maddelerinde ki hükümler, bu sınırlamayı “davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar” olarak belirlemiştir. Bu husus HUMK’un 230. maddesinde de hükme bağlanan bir husustur. İki yasa arasında temel hükümler arasında bir değişiklik görülmemektedir.

Mahkeme, tarafların dinlenmesine, taraflardan her birinin talebi ile ya da kendiliğinden karar verebilir. (HMK 169/1)

Prensip olarak tarafın dinlenmesinin davanın görüldüğü mahkeme tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle, yasa koyucu tarafından, HMK 172/1 maddesinin birinci cümlesi kanunlaştırılmıştır. Yasa koyucu, dinlemenin davanın görüldüğü mahkemenin hakimi yada hakimleri tarafında gerçekleştirilmesine önem verdiği için HMK 172/2 maddesi hükmü ile, dinlenilecek olan kişinin, hastalık, sakatlık gibi nedenlerle mahkemeye gelememesi halinde, bu kişinin bulunduğu yerde dinlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu maddede yer alan “bulunduğu yer” açıklamasından, mahkemenin yargı çevresi içinde olmakla beraber, mahkemeye gelemeyen kişinin, bulunduğu ev ya da hastane gibi yerde gene davaya bakmakla görevli mahkeme hakimi tarafından dinlenmesini anlamamız gerekmektedir. Çünkü, HMK 172/1 maddesinin içerdiği hükme baktığımızda, yasa koyucunun, istinabe yani bir başka mahkeme hakimi tarafından dinlenmenin istisnanın son aşaması olarak gördüğünü, istinabeden önce, dinlenilmesi istenilen tarafın “ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile” dinlenmesinin gerektiğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. Taraf dinlenmesine verilen bu önem, yargılamanın yapısı gereğidir. Çünkü yargılama, diyalektik bir çalışmadır. Yargılamada, taraflar, akıl yürütme yolu ile, haklılığına inandıkları sonuca ulaşmak için, hakim önünde iddialarını dile getirmektedir. Hakim ise, hüküm aşamasına kadar, tek bir görevle yükümlü olup, o görev tarafları anlamak görevidir. Diğer bir anlatımla, bu güne kadar uygulamaya yön veren kuralların aksine hakim, hüküm

aşamasına kadar yargılamanın pasif süjesidir. Bu nedenle, taraf anlatmakla yükümlü, hakim anlamakla yükümlüdür. HMK 143. vd. maddelerine “Tahkikat” denmesinin bir nedeni de budur. Çünkü tahkikat, araştırmanın/inceleme nin karşılığı kullanılmıştır. Hakime yüklenen bu yükümlülükten ötürü hakim soru soran kişidir. En doğru karar, uyuşmazlığı en iyi anlayan hakim tarafından verileceğine göre, tarafları bizzat hüküm veren hakim in dinlemesi en akılcı olanıdır. Yasa koyucu da HUMK 232. maddesinde yer alan bu ilkeyi daha geniş bir şekilde hükme bağlayarak gerçekleştirmek istemiştir.

Kanımızca, yukarıda belirttiğimiz 13. HD. kararında belirtilen sıraya ve kanıtlama yükümlülüğünün özüne uygun olarak önce davacının iddiasını kanıtlamasına olanak verilmeli eğer davacı bunu gerçekleştiriyorsa davalının savunması dinlenmelidir. İşte bu ilke, kanımızca, taraf dinlenmesinde de dikkate alınması gereken bir ilkedir.

HMK 171/1 maddesine göre, isticvap olunacak yani dinlenilecek olan kişiye, mahkeme tarafından, davetiye gönderilir. Bu davetiyede;

- Dinlemenin gerçekleşeceği gün ve saat belirtilir.
- Dinlenmesine karar verilen konular bu davetiyede belirtilir.
- Gelmediği ya da gelip de sorulara cevap vermediği takdirde soruları ikrar yani kabul etmiş olacağı kendisine bildirilir.

Bu hükümler HUMK 234. maddesinde yer alan hükümle aynıdır.

Yukarıdaki açıklamalarımızda taraf dinlenmesinde temel ilkenin dinlenecek olan tarafın bizzat davaya bakan hakim tarafından dinlenmesi gerektiğini belirtmiştik, bu ilkenin karşısı olarak dinlenmesi gereken kişinin de bizzat dinlenmesidir. Bu husus HMK 173/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. Ancak, tüzel kişiler için bunun olanaksız olması nedeniyle yasa koyucu, tüzel kişilerin isticvabında HMK 170/1 hükmü gereği, tüzel kişinin temsil yetkisine sahip kişilerinin dinleneceğini hükme bağlamıştır. Bu yetkili eski uygulamada, dinlenme anındaki yetkilidir kanımızca aynı kural devam edecektir.

Yasa koyucu, HMK 170/2 ve 170/3 hükmü ergin olmayan ya da kısıtlı olan kişiler için getirdiği hükümle, HUMK 231'den ayrılmıştır. HMK'da da prensip olarak bu kişilerin yerine kanuni mümessillerinin dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak HMK'da, dinlenmesi gereken kanuni mümessilin o işlemin gerçekleştiği andaki kanuni mümessil olduğu vurgulanmıştır. HMK ayrıca 170/3 maddesinde “bizzat dava hakkı” olan konularda ergin olmayanın ve kısıtlı olanın dinlenmesi gerektiğini de hükme bağlayarak, HUMK'dan ayrılmıştır.

Taraf dinlemesi gerçekleştirilirken, dinlenen taraf prensip olarak yazılı not kullanamaz. Bu olanak dinlenen tarafa, ancak mahkemenin izni ile sağlanabilir.

Dinlenilecek tarafa HMK 173/2 maddesi hükmü gereği doğru söylemesi gerektiği hatırlatılır. Bu husus aynı zamanda,

HMK 29. maddesinde yer alan ilkenin gereğidir. HUMK 230. maddesinde de düzenlenmiştir.

Taraf dinlenmesi yapılırken, karşı taraf ve taraf vekilleri de hazır bulunabilir. Kanımızca, bu kimsenin takdirine bırakılmış bir husus olmayıp karşı tarafa ve dinlenecek olan tarafın vekiline tanınan bir haktır. Bu nedenle de bu hakkın kullanılabilmesi için, dinlemeye ilişkin bilgiler davetiye ile bu kişilere de ulaştırılmalıdır.

Dinlemenin sonucunda, sorulan soruları ve alınan cevapları gösterir bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak hazır bulunanların huzurunda dinlenen kişiye imzalattırılır. Eğer imzadan kaçınılmış ise bu husus tutanakta usulüne uygun olarak gösterilir. Aynı hüküm HUMK 235. maddesinde de yer almaktadır.

Taraf dinlenmesi sırasında, HMK'nın 249. maddesinde yer alan, sır nedeniyle tanıklıktan çekinme, 250. maddesinde yer alan menfaat ihlali nedeniyle tanıklıktan çekinme ve 263. maddesinde yer alan tercüman ve bilirkişi kullanılmasına ilişkin kurallar HMK 175/1 maddesinde yer alan hüküm gereği, dinlemeye ilişkin kurallara aykırı olmadığı müddetçe uygulanır.

Taraf dinlemesi bir delil değildir. Ancak, gelmemeden ötürü taraf dinlenmesine konu edileceği davetiyede belirtilen vakıalar ya da duruşmada verilen beyanın sonucu olarak taraf dinlenmesine konu vakıaların bir kısmı, ikrar edilmiş vakıalar olarak kabul edilir. İkrar edilmiş vakıalar, HMK 137/1 maddesi doğrultusunda belirlenmesi gereken, tarafların uyuşmadıkları konular kapsamından çıkar. Çünkü HMK 187/2

ve 188/1 maddelerine göre ikrar edilmiş vakıalar çekişmesiz vakıalar olarak kabul edilir. Bu hükümler HUMK 238 ve 236. Maddelerinde de bulunan hükümlerdir.

HUMK uygulamalarında yer alan ve bu günde güncelliğini koruması gereken ilmi ve kazai içtihatlardan yararlanarak, ikrarla ilgili olarak pek çok şey söylemek mümkün ancak bu aşamada HMK’da yer alan birkaç hükmü aktarmakla yetinmek istemekteyiz.

Bunlardan birincisi, maddi bir hatadan kaynaklanmadığı müddetçe ikrardan dönmek mümkün değildir. İkincisi ise, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağıdır.

İkrar edilmiş vakıaların çekişmeli vakıa sayılmayacağını HUMK 238’de olduğu gibi, hükme bağlayan HMK 187/2 maddesi, aynı zamanda herkesçe bilinen vakıalarında çekişmeli vakıa sayılmayacağını da hükme bağlamıştır. Ancak HUMK 239. maddesi ile HMK’nın 191. maddesi arasında sonucu değiştirmemekle birlikte yazılımda bir küçük fark bulunmaktadır. HUMK herkesçe bilinen vakıaların aksinin, karşı tarafça ispatlanabileceğini açıkça hükme bağlamasına rağmen HMK bunu yapmamıştır. Ancak, HMK 191/1 maddesine göre, bir şeyin aksini ispat mümkün olabildiğine göre, herkesçe bilinen vakılarda bunun içinde yer almalıdır, eski yapı aynen devam etmelidir.

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, hakim HMK 137/1, 140/1 ve 140/3 maddeleri hükmü gereği, ön inceleme aşamasında, uyuşmazlık konularını saptar. Yapılan bu saptamadan sonra, HMK 187/1 ve 188/1

maddeleri doğrultusunda ikrar edilen vakıaları ve herkesçe bilinen vakıaları da saptayarak, davanın sınırlarını belirler. HMK 140/3 maddesinde yer alan, “Ön inceleme duruşmasının sonunda, ... tarafların anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.” Hükümünü hatırladığımızda, davanın sınırlarının belirlenmesinde, tutanağın taraflarca da imzalanması nedeniyle, tarafların yargılamada aktif süje olarak yer aldığını bir kez daha saptamaktayız. Aktif süje olarak yer almaktadır çünkü davanın sınırlarının saptanmasında taraf iradeleri ve beyanları hakimın iradesinden ve beyanından daha öne çıkacaktır. Hakimın anlaşılan bir maddi vakıayı anlaşılmayanlar arasında göstermesi ve davayı uzatması, tutanağın birlikte imzalanması ve elbette aksi görüş bildirme hakkının var olması nedeniyle, HUMK dönemine göre, zorlaşmaktadır. Diğer bir anlatımla, HMK ile birlikte yargılamanın hüküm aşamasına kadar aktif süjesinin davanın tarafları olduğu, bu aşamada hakimın davanın düzenini sağlamakla görevli olduğu, hakimın hüküm aşamasında aktif süje, tarafın ise pasif süje haline dönüştüğü, daha açık hale gelmektedir.

Bu aşamalardan sonra yargılamayı yürütmekle görevli hakim, HUMK 238 maddesinin karşılığı olan HMK 187/1 maddesi gereği, “... tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar...” için tarafların delil göstermesini isteyecektir. HMK 187/1 maddesi bir konuda delil gösterilmesini iki ayrı koşula bağlamıştır. Bunlarda biri, tarafların üzerinde anlaşamadıkları

vakıa olması diğeri ise bu vakıanın kanıtlanmasının uyuşmazlığın çözümünde etkili olmasıdır. Örneğin mesken masuniyetini ihlal nedeniyle açılan bir maddi tazminat davasında ceza davasının aksine eylemin gündüz ya da gece meydana gelmesinin bir etkisi olmayacağı için, tazminat davasını çözmekle görevli hakim, bu konuya ilişkin delil istemeyecektir. Aksine davranış hakimın davayı uzatması ve adil yargılama hakkının zedelenmesi anlamına geleceğinden hakimın sorumluluğu doğacaktır.

Bu aşamada cevaplayamadığım bir soruyu sizlere aktarmak isterim. Deliller dava ve cevap dilekçesinde belirtildiğine göre, burada istenilen delilden kanun ne kastetmektedir?

HMK'nın 189/1 Maddesi ispatı bir hak olarak belirlemesine rağmen, HUMK'da karşılığı olmayan, HMK'nın 190/1 maddesine göre ise, ispat bir yük olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar HMK 190/1 maddesinin HUMK'da bir karşılığı yoksa da MK 6. maddesinin, HMK'nın 190/1 maddesinin karşılığı olarak, usul işlemlerinin uygulanmasında yürürlükte olan bir kanun maddemiz olduğunu hatırlamakta yarar bulunmaktadır. HMK 190/1 maddesine göre "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir." İspat yükü ile yükümlü olan taraf, bu yükümlülüğünü yerine getirirken;

HMK 189/1 maddesi gereği, kanunda belirtilen süre ve usule uygun davranmalı

HMK 189/3 maddesi gereği, ancak kanunda belirtilen delillerle ispat etmesi gerektiğini unutmamalı, ancak kanunda böylesi bir sınırlama olmadığı takdirde HMK 192/1 maddesinin belirttiği gibi diğer delillere başvurabileceğini bilmeli

HMK 189/2 maddesi gereği, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilleri mahkemeye sunmamalı

Taraf bu kurallara uygun davransa da, HMK 189/4 maddesi HUMK 218. maddesinde belirtildiği gibi, davada kabul edilen ve edilmeyen delilleri belirlemek hakimnin hakkıdır. Çünkü davayı anlamak ve anlatılanlara inanmak görevi hakime yüklenmiş bir görevdir.

İspat yükünün düştüğü tarafın, mahkemeye sunmuş olduğu delillerin doğru olmadığını kanıtlamak amacıyla, karşı tarafın sunmuş olduğu karşı delil nedeniyle, HUMK 239. maddesinin benzeri olan HMK 191/1 maddesi gereği, karşı taraf ispat yükünü üstlenmiş sayılmayacaktır. Eğer, ispat yükü üzerinde olan taraf, bir kanuni karineden yararlanıyorsa, bu tarafın ispat yükü sadece kanuni karinenin uygulanmasını gerektiren maddi vakıayı kanıtlamakla sınırlıdır. Buna karşılık, HMK 190/2 maddesindeki hakkını kullanan tarafın bu hakkının yanı sıra aynı madde, karşı tarafa da, kanunda öngörülen istisnalar dışında, bu delilin aksini kanıtlamak hakkını tanımıştır.

Kanımızca, HMK 189/1 maddesinde belirtilen “süre” den HMK’nın 121 ve 129/2 Maddelerinde yer alan delillerin dava ve cevap dilekçesi ekinde sunulması gerektiği yükümlülüğünü ve HMK 145. maddesinde belirtilen özel hali anlamamız gerekmektedir. HMK 194/1 maddesi ise

kanımızca yeni bir hüküm olmayıp HUMK'da dilekçelerin delilleri içermesi hükmünün bir tekrarıdır. Daha öncede söylediğimiz gibi bu husus aynı zamanda HMK 121 ve 129 maddelerinde de yer almaktadır. Elbette davayı anlatmak ve anlattıklarımızı kanıtlamak yükü bizde olduğuna göre, hangi anlattığımızı ne ile kanıtladığımızı da bir düzen içinde belirtmemiz gerekir. İşte bu gereklilik HMK 194/1 ve 2 maddelerinde yer almıştır.

İspatın bir hak ve aynı zamanda bir yükümlülük olduğunu belirten kanun, bu hakkı kullanan/yükümlülüğü yerine getiren tarafın, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemeyeceği HMK 196/1 maddesinde hükme bağlanmıştır.

Deliller, HMK 197/1 maddesi hükmü gereği, kanunda belirtilen haller dışında, davaya bakmakla yükümlü olan mahkemede incelenir. İnceleme sırasında bütün deliller aynı duruşmada incelenir ancak zorunlu hallerde delillerin incelemesi bir başka duruşmaya bırakılabilir. Delillerin davaya bakan mahkemede incelemesinin istisnalarından biri HMK 197/2 maddesinde hükme bağlanmıştır. HMK 195/1 maddesi hükmüne göre, delillerin davaya bakan mahkemede incelenmesinin sağlanabilmesi için başka yerlerde olan delillerin davaya bakan mahkemeye getirilmesi sağlanır. Eğer bu sağlanamıyorsa, öncelikle bu delillerin bulunduğu yerde, davaya bakan mahkeme tarafından incelenmesi ya da dinlenmesi sağlanmaya çalışılır, ancak bunun da mümkün olmaması halinde yani bir başka mahkemenin yetki alanında bulunması halinde, istinabe yolu ile deliller dinlenir ya da

incelenir. HMK 197/3 maddesine göre delillerin istinabe yolu ile incelenmesi aşamasında taraflara bu aşamada bulunmaları için gereken davetiye gönderilir. Ancak taraf bu davete rağmen istinabe yapılan mahkemeye gelmezse, işleme yokluğunda devam edilir. HUMK 241,242 ve 243 maddelerinde yer alan hükümler de aynı nitelikli hükümlerdir.

Davayı anlatmak ve kanıtlamak tarafların anlamak ve inanmak hakimın görevi olduğu için, HMK 198/1 maddesi hükmü doğrultusunda, hakim delileri serbestçe takdir eder. HUMK ile HMK'nın mantıksal yapısında bir fark olmadığı için, getirilen değişikliklerin mantıksal yapıya ilişkin olmayıp sadece anlamayı ve uygulamayı kolaylaştırmaya yönelik olmasından ötürü bu hükmü de HUMK 240. maddesinde görmekteyiz.

HUMK'da yer alan delil sözleşmesi HMK'ya da yansımıştır. Ancak, HUMK uygulamasında güçlünün güçsüzü ezmesine yol açacak şekilde kullanılan delil sözleşmesinin bundan böyle daha adil olarak kullanılmasına olanak vermek için HMK 193/1 ve 193/2 hükümleri aşağıdaki gibi yazılmıştır.

Delil sözleşmesi

MADDE 193- (1) Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.

(2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.

Bu maddenin gerekçesini incelemekte yarar gördüğümüz için madde gerekçesini de aynen dikkatlerinize sunmaktayız.

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

Birinci fıkrada, tarafların kanunda belirli delillerle ispat öngörülen vakıaların, başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri ya da belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların, belirli delil veya delillerle ispatı konusunda sınırlama getirebilecekleri kabul edilmiştir. ... Aynı fıkrada delil sözleşmesinin nasıl yapılacağı da belirtilmiştir. Delil sözleşmesinin önemi sebebiyle, yazılı olması veya tutanağa geçirilecek beyanların imzalanması suretiyle yapılabileceği kabul edilmiştir. ... İkinci fıkrada, delil sözleşmesinin sınırları belirtilmiştir. ... Taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.“ (Hükümet gerekçesi md. 197) (Bu bölüm Prof Dr. Hakan Pekcanitez ve Arkadaşlarının HMK adlı eserinin 186. sayfasındaki 188 no’lu dipnottan alınmıştır.)

Unutulmaması gereken bir husus HMK 144/1 maddesi gereği hakim, tahkikatın her aşamasında tarafları sorgulayabilecek olmasıdır. Çünkü yargılama için anlamak şarttır.

BÖLÜM 12

06 HAZİRAN 2011 – PAZARTESİ

6100 SAYILI HMK AÇISINDAN SÖZLÜ YARGILAMA VE AVUKATLAR AÇISINDAN BİR KAYIP

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Sözlü yargılama HUMK 375 vd. maddelerinde yer alan bir kurum olmasına rağmen uygulanmaması nedeniyle pek çoğumuz tarafından hatırlanmamaktadır. Hatta özellikle asliye mahkemelerinde yapılan yargılamada varlığını inkar ettiğimiz bir hukuki düzenleme haline gelmiştir. HUMK’da yer alan hükümlere rağmen, birilerinin, asliye mahkemele-
rinde yazılı yargılamanın, sadece dilekçeleri değil tüm yargı-
lamayı kapsadığı yolundaki, yalan yanlış beyanına inanarak ve iş yoğunluluğunu da bahane ederek, yargılamanın özünde yer alan ve kanun tarafından korunan, tarafların yararına olan bir hakkı uygulanmaz hale getirdik.

Avukat olarak bizlerin, bu hakkımızı kullanmayı bilme-
memiz nedeniyle, yasa koyucu HMK’yı düzenlerken, bu
hakkın büyük bir kısmını almış hatta kullanılmasını hakim
takdirine bırakmıştır.

HUMK 375 vd. maddelerine göre, ister toplu mahkeme-
lerdeki tahkikat hakimi isterse tek hakimli mahkemelerdeki
hakim olsun, iki tarafın iddia ve müdaafalarıyla delillerini
ve dava dosyasını tetkik eder davanın aydınlanmış olduğuna
karar verirse, taraflara, istemleri halinde, bir müddet tayin
ederek, tahkikat aşamasındaki işlemleri içerecek şekilde,
“neticei müddealarını” belirtmek üzere bir layiha vermelerine
karar verir. Bu layihanın verilmesinden sonra, hakim, ister
toplulu mahkeme tarafından görevlendirilen tahkikat hakimi
olsun ister tek hakimli, mahkemenin hakimi olsun, taraflara
tahkikatın sona erdiğini bildirmek görevi ile yükümlüdür.

Toplu hakimli mahkemelerde, bu kararla birlikte dosya
heyete sunulur ve heyet gerek görürse tüm tahkikat yeniden

değerlendirebileceği gibi gerek görürse yeniden delil toplanmasını da emredebilir. Aksi takdirde sözlü yargılamaya geçer.

HUMK 376. maddesine göre sözlü yargılamada taraflara ikişer kez söz verilir. Yargılama tamamlanır.

HMK 184/2 maddesi aynen HUMK 375. maddesinde olduğu gibi tahkikatın bitiminden evvel taraflara “tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için” söz verir. Ancak, HUMK 375. maddesine göre taraflara tanınan bu söz hakkı için mahkeme bir süre vermekte idi halbuki şimdi HMK’ya göre, mahkeme duruşmada hazır olan tarafa söz vermektedir. Böylece, söz almak hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Ayrıca, hazırlanmak şansı da elden alınmıştır. Çünkü kanun hazır olan tarafa verilen bir söz hakkını hükme bağlamış HUMK olduğu gibi süre verilmesinden söz etmemiştir. Tüm bunların yanı sıra HMK ya göre toplu hakimli mahkemelerde bu söz hakkı heyet huzurunda yapılacaktır. Böylece kendiliğinden bir süre oluşacaktır. Yani taraflar açısından toplu mahkemelerle tek hakimli mahkemeler arasında hakkın kullanımı açısından bir fark meydana gelecektir.

HMK 186/2 maddesine göre, “taraflara son sözlerini sorar” ve hükmünü verir. Halbuki HUMK 376/2 maddesine göre taraflara iki defa söz hakkı verilmesi gerekir. Biz HUMK 376/2’de yer alan bu hakkımız kullanmadığımız için HMK uygulamaya uygun hale gelmiş ve son sözlerin sorulması ile hükmün kurulacağını belirtmiştir. Bu son söz, kanımızca “eski iddialarımız tekrar ederiz” olarak gerçekleşecektir.

Sözlü savunmanın ortadan kaldırılması ile nelerin kaybedildiği, sözlü savunmanın ne anlama geldiğini bilmekle

mümkündür. Eğer sözlü savunmanın vazgeçilmezliğini biliyorsanız, iş çokluğu gibi bir nedenle bu hakkın kullanılmasına engel olamazsınız.

Üstelik Danıştay bir yüksek mahkeme olmasına rağmen, iş yükünü ileri sürmeksizin, bu kurala uymaktadır.

Yeri gelmiş iken söylemek istediğimiz bir başka husus ise askeri mahkemelerde bilirkişilerin mahkemeye davet edilerek tarafların soru sormasına olanak verilmesidir. Böylesi bir uygulama, askeri mahkemelerde yargılamayı engellemektedir. Kanımızca aynı uyumla adli yargıda da gerçekleşebilir ve yargılamaya engel olmaz çünkü bilirkişi çağrılacağını düşünerek gerek psikolojik olarak gerekse maddi açıdan uğrayacağı zarar nedeniyle daha dikkatli olur diye düşünmekteyiz.

HMK'nın 50-105 maddeleri arasında yer alan birkaç konuyu bir kenara bırakırsanız, davanın açılmasından kanun yollarına başvurmaya kadar olan HMK hükümlerini bu blog içinde değerlendirmiş olduk

Şimdilik HMK ile ilgili olarak yazı yazmaya ara vermeyi düşünmekteyiz. Çünkü haziran ayı içinde Ankara Barosu'nda bir atölye çalışması yapmayı, çalışmaya katılan meslektaşlarımızla birlikte bu konuları tartışmayı ve hatalarımızı saptamayı amaçlamaktayız. Elbette hatalarımızı ve meslektaşlarımızın katkılarını sizlerle paylaşacağız.

Eğer başarılı olursak atölye çalışmasını temmuz ayı içinde de yapmayı planlamaktayız.

BÖLÜM 13

1 HAZİRAN 2011 – ÇARŞAMBA

6100 SAYILI HMK'DA BELGE VE SENETLE İSPAT

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

HUMK'da yer alan senetle ispat kuralı, HMK tarafından da benimsenmiş ancak “senet” sözcüğü yerine “belge ve senet” sözcüklerinin birlikte kullanılması tercih edilmiştir. Belge sözcüğünün HMK'da ilk kez yer alması nedeniyle, HMK'nın 199/1 maddesinde belgenin tanımı yapılmıştır. Madde gerekçesinde yer alan açıklamalara göre, bu tanım yapılırken, sınırlayıcı bir tanım olmasından kaçınılmış ve gelişen şartlara uyum sağlaması amaçlanmıştır. Gerekçeye göre, belgenin tanımlanması yapılırken, belgenin “bilgi taşıyıcısı” olduğu ilkesi dikkate alınmıştır. Ancak, bir bilgi taşıyıcısının HMK açısından belge olarak kabul edilmesi için, ilk koşulun, o belgenin, “uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli olması” gerektiği HMK 199/1 maddesinin birinci cümlesinde açıkça dile getirilmiştir. HMK 199/1 maddesine göre belge “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı ya da basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve benzer bilgi taşıyıcıları...” ifade eder. Madde gerekçesine göre, bu tanımın oluşturulmasında, Bilgi Edinme Kanunundan yararlanılmıştır.

Senetle ispat zorunluluğu madde başlığını taşıyan HMK 200/1 maddesine göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktarı veya değerleri ikibinbeşyüz Türk lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir...” Madde metninden de anlaşıldığı gibi, senetle ispat zorunluluğunun sınırı belirlenirken, işlemin yapıldığı zaman esas alınmıştır. (Hatırlayacağınız gibi, yargı yoluna başvururken, hüküm tarihindeki değer esas

alınmıştır.) Senetle ispat sınırının saptanmasında işlemin yapıldığı tarihin esas alınması HUMK 288. maddesinde de benimsenmiştir. Böylece ilkenin özünde bir değişiklik olmamıştır.

Gene HUMK 288. maddesince de benimsenen bir ilke HMK 200/1 maddesinde yer almaktadır. Bu ilkeye göre, “Bu hukuki işlemlerin miktar ve değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi, bir nedenle ikibinbeşyüz Türk lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunmaz.”

HMK 200/2 maddesi HUMK 289. maddesinde yer alan bir hükme yer vererek maddede bütünlük sağlamıştır. Söz konusu hükme göre, senetle ispatı gereken bir uyuşmazlık konusunun tanıkla ispatını isteyen tarafın bu önerisinin mahkemece kabul edilebilmesi için, mahkemenin önce, karşı tarafa, senetle ispat yükümlülüğünü hatırlatması ve eğer karşı taraf olur verirse tanıkla ispatın mahkemece kabul edileceğini belirtmesi gerekir.

Gerek HUMK 290 maddesi gerekse HMK 201/1 maddesi, senetle ispat kuralının bir başka görünümünü hükme bağlayan kanun maddeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükme göre, bir iddianın çürütülmesi amacıyla ileri sürülen karşı iddianın da aynı kural gereği senede bağlanması gerektiği düşünülmüş ve bir önceki kuralda olduğu gibi, senetle ispat sınırı saptanırken, “...senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler...” ayrı olarak değerlendirilmiş ve böylesi hukuki işlemlerde, miktar ve değer ikibinbeşyüz Türk lirasının altına

düşmüş olsa bile, senetle ispat yükümlülüğünün devam ettiği belirtilmiştir.

Gerek HUMK’da gerekse HMK’da senetle ispat kuralı ilke olarak benimsenmiş olmakla beraber her iki kanunda da bunun istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalara değinmeden evvel, parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda bu kuralın uygulanmamasının bir istisna olmadığını, bunun kuralın gereği olduğunu hatırlatmakta yarar bulunmaktadır. Konunun özelliği gereği HMK 203/1 maddesi metnini aynen bilgilerinize sunmaktayız.

Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları

MADDE 203– (1) Aşağıdaki hâllerde tanık dinlenebilir:

- a. Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler.
- b. İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler.
- c. Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemler.
- ç. Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.

- d.** Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları.
- e.** Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâli.

Görüldüğü gibi, HMK 203/1 maddesi kaleme alınırken, HUMK 293. ve 294. maddeleri birlikte değerlendirilmiş olup, HUMK 293. maddesinin 1. fıkra b bendinde yer alan haksız fiillere HMK’da yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde bu husus, haksız fiillerin senede bağlanmasının mümkün olmaması olarak açıklanmıştır. Buna karşılık HMK, hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddialarının tanıkla ispat olunabileceği yolunda ilmi ve kazai içtihatlar da oluşan fikir birliğine madde metninde yer vermiştir.

Eskiden olduğu gibi HMK da senetleri, ilamlar ve resmi senetleri bir bölüm ve adi senetleri bir bölüm olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bu ayrımın sonucunu iki konuda görmekteyiz. Bunlardan biri bunların ne zaman kesin delil niteliğinde olduğu diğeri ise bunların nasıl sahteliğinin iddia ve ispat edileceğidir. Bu konuları daha iyi değerlendirmek için HMK 204. ve 205. maddelerini incelememiz gerekmektedir.

HMK 204/1 maddesi, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetlerini aynı değerde kabul etmiş ve bunların sahteliği kanıtlanıncaya kadar, kesin delil olduğunu hükme bağlamıştır. HMK 204/2 maddesinde, iki ayrı senet türü

değerlendirilmiştir. Bunlardan birincisi, noterlerin “İlgililerin beyanına dayanılarak tasdik ettikleri senetler” olup ikincisi ise, “...diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler...”dır. Bunların her ikisi de aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindeki senetlerdir. Dikkat edilirse HMK’nın, senetlerin delil olma özelliğini dile getirirken, ilk grup için “sahteliği ispat olununcaya kadar” ikinci grup için ise “aksi ispat olununcaya kadar” bunların kesin delil sayılacağını belirttiğini görmekteyiz. Bu ayrım iki grup arasındaki farkın temelini oluşturmaktadır.

HMK 204/1 ve 204/2’de yer alan bu güçlü ifade nedeniyle HMK 204/3 maddesi de HUMK 295/2 maddesinde olduğu gibi, mahkemenin bu belgelerden şüphe duyması halinde, ilgili daireden bunlar hakkında bilgi isteyebileceğini hükme bağlamıştır. HMK 240/3 maddesinde yer alan “ilgili daire” kavramına noterlerin girdiğinden her hangi bir şüphemiz bulunmamaktadır. Çünkü Noterlik Kanunu, noterlik dairesi, kavramını kullanmaktadır. Bu kavramın içeriğine mahkemelerin girip girmediği konusunda ise emin değiliz. Eğer giriyorsa, ki girmesi gerekir, daire sözcüğünün mahkemeleri ifade etmekte zayıf ya da anlamsız kaldığını belirtmek isteriz.

Kanımızca, noter senetleri ile ilgili olarak, HMK 204/1 ve 204/2’de yer alan açıklamalar nedeniyle, noterlik kanununda yer alan ve noter senetlerini ikiye ayıran uygulamadan da dönmek gerekecek ve düzenleme, onama şeklinde senetlerin yanına beyanı noterlerce onanan senetler kavramına yer vermek gerekecektir. Kanımızca bu üçlü ayrım uygulamaya daha uygun düşmektedir ve benimsenmesi gerekmektedir.

HUMK 296/son maddesinde yer alan adi senetlere ilişkin “Mahkeme huzurunda ikrar olunan senetler ...” ifadesi, HMK 205/1 maddesinde daha açık bir hale dönüştürülmüş ve “ Mahkeme huzurunda ikrar olunan ...” senetler ile “... mahkeme tarafından inkar edenden sadır olduğu kabul edilen senetler...” ayırımına tabi tutularak kaleme alınmıştır. Bu ayırımı uygunluk dikkate alınarak bir adi senedin kesin delil sayılabileceği hükme bağlanmıştır.

HMK 205/2 ve 205/3 maddeleri, hukukumuzda HUMK 295/A maddesi ile yeni bir delil olarak giren elektronik imzayı yeniden ve değiştirerek hükme bağlamaktadır. HMK 205/2 ve 205/3 maddelerine göre, “Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir.” Ancak “Hakim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulup oluşturulmadığını resen inceler.” Madde metninden de anlaşılacağı gibi, yasa koyucu yeni metni düzenlerken, elektronik imza ile düzenlenen senetlerin kesin delil olma özelliğinden ayrılmış, onu sadece senet hükmünde kabul etmiş hatta adi senetleri incelediği HMK 205. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında hükme bağlamıştır. Ayrıca, elektronik imzanın güvenilirliğinin resen kontrol edilmesi gerektiğini de hükme bağlayarak bu noktada da HUMK 295/A maddesinden ayrılmıştır. HMK 205/3 maddesi hakimnin elektronik imzanın güvenilirliğini resen denetlemesi gerektiğini hükme bağlamış olmasının yanı sıra HMK 210/1 maddesi, elektronik verinin inkar edilmesi halinde, hakimnin önce veriyi inkar eden tarafı dinlemesi gerektiğini, eğer bu dinleme ile kanaat sahibi olmamış ise bilirkişiye başvurması gerektiğini

hükme bağlamıştır. Bize göre HMK 205/3 maddesi imzanın 210/1 maddesi ise içeriğinin doğruluğunun saptanması için, mahkemece yapılması gereken işlemleri hükme bağlamaktadır. Kanımızca, bu durumda, elektronik imzanın kesin delil olarak kabul edilmesi için, imzasının resen kontrol edilmiş ve usulüne uygun olarak ilgili tarafça atılmış olduğunun mahkemece kabul edilmiş olmasının yanı sıra içeriğinin ikrar ya da mahkemece doğruluğunun saptanması gerekmektedir.

HMK’da yer alan resmi senet adi senet ayrımı, senetlerin sahteliğinin yani yazı ve imzanın inkar edilmesinin iddia edilmesinde uygulanacak kuralların hükme bağlanmasında da benimsenmiştir.

HMK 208/4 maddesine göre, resmi senette sahtecilik iddiasında bulunan kişinin, iddiasının değerlendirilmesi ve kabul edilmesi için, iddia sahibinin, resmi evraka, resmiyet kazandıran kişiyi taraf göstereceği bir dava açması ve davayı kazanması gerekmektedir. Eğer iddia sahibi dava açmamış ise, davaya bakmakla görevli olan hakim, iddia sahibine, HMK 208/4 maddesi son cümlesi hükmü gereği iki haftalık kesin süre verir. Burada dikkat edilmesi gereken husus açılacak davada resmi senedi düzenleyen kişinin kanunun açıklaması ile senede resmiyet veren kişinin de davada taraf olarak gösterilmesidir. Sahtecilik davasının açılması HMK 165. maddesinde yer alan bekletici meselenin doğmasına neden olur.

Halbuki sahtecilik iddiası, adi senet için yapılacaksa, önce, iddia sahibi bunu asıl davaya bakmakla görevli mahkemede de inkar olarak belirtmelidir. Çünkü inkar etmediği takdirde,

HMK 208/1 son cümle doğrultusunda, bu belge aleyhine delil olarak kabul edilir. İddia sahibi bu inkardan sonra, dilerse, asıl davayı bakmakla görevli mahkemede bu iddiasını ispatlamak için mahkemenin bu konuyu ön mesele olarak çözmesini talep eder. İsterse başka bir mahkemeden dava açarak konunun bekletici mesele yapılmasını talep eder.

HMK 209/1 ve 2 maddelerine göre, gerek adi senette gerekse resmi senette yazı ve/veya imza inkarı söz konusu olduğunda, bu senetlere ilişkin usule uygun olarak inkar problemi sonuçlandırılıncaya kadar bu senetler, ihtiyati tedbirler hariç, her hangi bir işleme esas alınamaz. HMK 209/3 maddesine göre, resmi ya da adi senetteki yazının yada imzanın inkar edilmiş olması, inkardan önce verilen ihtiyati tedbir kararını etkilemeyeceği gibi yeni ihtiyati tedbir kararları verilmesini de engellemez. HMK'nın 209. maddesi HUMK 317. maddesi hükmünün tekrarıdır.

Senetlerde yer alan yazı inkar edilirken HMK 207/1 maddesi hükmüne dikkat etmek gerekmektedir. HUMK 298 maddesine benzer şekilde hükme bağlanan bu maddeye göre, yazının inkarı ile “çıkıntı, kazıntı ve silintinin” inkarı ayrı ayrı hükme ve sonuca bağlanmıştır. HMK 207/1 maddesine göre, çıkıntı, kazıntı ve silintinin kabul görmesi için onanmış olması gerekir. Aksi takdirde yani onanmamış ise ve aynı zamanda inkar ediliyorsa, bu çıkıntı, kazıntı ve silinti yok kabul edilerek senet değerlendirilir. Eğer bu kazıntı, çıkıntı ve silinti senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak ise, senet kısmen ya da tamamen hükümsüz sayılır.

Bilindiği gibi, tarafların dava ve cevap dilekçesinde delillerini belirtmeleri ve elinde bulunan belgelerin asıllarını ya da onanmış örneklerini de bu dilekçelere eklemeleri temel kuraldır. Eğer bir imza ya da yazı inkarı söz konusu olduğunda bu belgelerin aslı söz konusu dilekçelerin ekinde sunulmamış ise, HMK 216/1 maddesi hükmü gereği, mahkeme kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi ile belge aslının mahkemeye verilmesini isteyebilir. Mahkemenin belge aslını istemesi halinde taraflar ve üçüncü kişi veya resmi makamlar HMK 216/2 maddesi bu belgenin aslını mahkemeye vermekle yükümlüdür. Mahkeme kendisine sunulan belgeyi gördükten sonra iki karardan birini vermek durumundadır. Ya belgeyi inceler bir ikinci talep halinde belgenin tekrar mahkemeye sunulması gerektiğini belirterek belgeyi sunana iade eder. Ya da söz konusu belgeyi, gereken önlemleri alarak saklar. Eğer HMK 216/3 maddesi gereği belge mahkeme tarafından saklanmak üzere alınmış ise bu durumda, belge hangi mahkemeden istenmiş olursa olsun, belgeyi sunanın bulunduğu yer asliye mahkemesi tarafından örneği onaylanarak verilir. HMK 217/1 ve 2 maddeleri hükmüne göre, asliye mahkemesi tarafından onanmış bu örnek aslı gibi hüküm ifade eder. HUMK ile HMK arasındaki farklardan biri onaylama işlemini yapacak olan mahkemenin HMK’da açık şekilde belirtilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Bir senedin sahteliği iddia edildiğinde, nasıl bir yol izleneceği HUMK 308 ve 316 maddelerinde olduğu gibi, HMK 211 maddesinde de kanun koyucu tarafından belirlenmiştir.

Böylesi bir iddia varsa, hakim HMK 211/1 maddesi gereği karşı tarafın açıklamalarını ister ve bunları değerlendirir.

Daha sonra, inkarda bulunan kişiyi, isticvap için mahkeme huzuruna davet eder. İsticvap davetiyesinde, inkar eden kişinin mahkemeye gelmemesi halinde, inkar ettiği hususları ikrar etmiş sayılacağı özellikle HMK 211/2 maddesi gereği hatırlatılır. Bilindiği gibi isticvap davetine gelmeyen kişinin isticvap konusunu kabul edeceği HMK 171. maddesinin hükmüdür. HMK 211/2 maddesi bu hükmün bir tekrarı niteliğindedir.

Buraya kadar yapılan incelemelerden sonra hakim belgenin sahte olup olmadığı konusunda bir kanaata varmış ise bu kanaati doğrultusunda yargılamaya devam eder.

Eğer hakim yapmış olduğu incelemede bir kanaat sahibi olmamış ise, HMK 211/3 maddesi doğrultusunda, bilirkişi incelemesi yaptırır.

HMK 211. maddesinde yer alan hükümler HUMK 308. ve 316. maddelerinin bir tekrarı niteliğindedir. Bu nedenle bu güne kadar uygulanmasını bizzat görmediğimiz bu nedenle olmadığı ya da çok az olduğu kanısına sahip olduğumuz bir konuyu dile getirmek isteriz. HUMK 308. maddesi de inkar halinde hakim ilk incelemeyi yapacağını, eğer yeterli kanaata sahip olursa bu kanaati doğrultusunda yargılamaya devam edeceğini hükme bağlamıştır. Ama uygulanmamıştır. Kanımızca, yargılamayı uzatan nedenlerden biri de budur. Çözümlemesi mümkün ve kanun emridir. Uyulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yasa koyucu, yargılamanın uzamasını önlemek için, haksız yere sahtecilik iddiasında bulunan kişiyi HMK 213. maddesinde yer alan hükümler gereği cezalandırmıştır. Bu maddeye göre, haksız yere sahtecilik iddiasında bulunan kişi celse harçlarına ve karşı tarafın uğradığı zararlar nedeniyle talep halinde maddi ve manevi tazminata mahkum edilir.

HMK 213. maddesi HUMK'un 313, 319. ve 320. maddelerinin bir arada değerlendirilmesinden oluşmuştur. Ancak, HUMK 320. maddesine göre, sahtecilik iddiasından feragat edildiği takdirde hakimın bunu kabul edip etmek yönünde bir karar vermesi gerekirken HMK hakime tanınan bu yetkiyi kaldırmıştır. Kanımızca doğru bir davranış değildir.

Senedin sahte olduğuna dair karar kesinleşince, bu husus, HMK 212/1 maddesi gereği, senedin altına ve resmi dairedeki aslına işlenir,

HUMK 299/1 maddesinde olduğu gibi HMK 215/1 maddesinde de bir belgenin bir kişi aleyhine delil olması halinde bu husus o kişinin halefleri içinde geçerli olacağı hükmüne bağlanmıştır.

HUMK 314/son ve 315. maddelerinde yer alan ve kanımızca ceza mahkemesi hakiminin kararlarının hukuk mahkemesi hakiminin kararlarına etkisini düzenleyen maddelere aykırı olan hüküm HMK 214/1 ve 2 maddelerinde de yer almaktadır. Bilindiği gibi, BK 53. maddesine göre ceza hakiminin mahkumiyet kararları hukuk hakimini bağlamaktadır. Halbuki HMK 214/1 maddesinde yer alan bu hükme baktığımızda, hukuk mahkemesi tarafından yapılan sahtecilik incelemesinden sonra ceza davası açılmayacağının hükmüne

bağlanmış olduğunu görmekteyiz. Kanımızca böylece değişik davalar açılarak yargılamanın uzaması hatta çelişkili kararların çıkması önlenmek istenmiştir. BK 53. maddesinde yer alan, ceza hakimi tarafından verilen mahkumiyet dışındaki kararların, belgenin sahteliğinin incelenmesine engel olmayacağına ilişkin hükmü HMK 214/2’de de tekrar edilmiştir.

Bilindiği gibi taraflar, dava ve cevap dilekçesinde tüm delillerini beyan etmek ve ellerinde olanları ise mahkemeye sunmakla görevlidir. HMK 219. maddesi, kısmen de olsa bunun bir tekrarı daha doğrusu özel bir halidir. HMK 219. maddesine göre, taraflar hem kendi delillerinden ellerinde olanları hem de karşı tarafın delili olmakla beraber kendi ellerinde olanları da mahkemeye sunmakla görevlidir.

Eğer belge elektronik ortamda ise, bir çıkıntısı mahkemeye sunulur. Mahkemenin talebi halinde ise elektronik ortama kaydedilen bir örneği mahkemeye sunulur.

Belgeler ibraz edilmediğinde, mahkeme,

- Söz konusu belgelerin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu
- İsteğin kanuna uygun olduğuna

Kanat getirirse, bu kez,

- Taraf belgenin kendisinde olduğunu ikrar ederse
- İleri sürülen talep üzerine sükut ederse

- Elinde olduğu resmi bir belge ile anlaşılırsa
- Bir başka belge içeriğinde kendinde olduğunu ikrar ederse

Söz konusu tarafa belgeyi ibraz etmesi için kesin süre verir.

HMK 220/1 den anladığımıza göre, belgenin ibrazına ilişkin mahkeme emrini alan taraf eğer bu belgenin kendinde olduğunu inkar etmez ise belgenin kendisinde olduğu kabul edilmektedir. Bizce de böylesi bir sonucun doğabilmesi için, belgenin ibrazı için gönderilen belgede bu hususun da belirtilmesi gerekmektedir.

Kendisine kesin süre verilen taraf bu kesin süre içinde;

- Belgeyi ibraz etmez
- Veya aynı süre içinde ibraz etmemesini makul gösterecek delilleri mahkemeye sunmaz
- Ya da belgenin elinde bulunduğuunun inkarını gösterir ve HMK 221/2 de belirtilen yemini eda etmez ise,

Mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.

Tarafların elindeki belgeyi ibraz ile yükümlü olduğunu düzenleyen HMK 221. maddesinin hemen arkasından gelen HMK 222. maddesi ise üçüncü kişilerin elindeki belgeleri ibraz yükümlülüğünü hükme bağlamaktadır. Bu maddeye göre, mahkeme, üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin, taraflarca ileri sürülen bir hususun ispatı için zorunlu

olduğuna karar verirse, üçüncü kişi bu belgeyi ibraz ile yükümlüdür. Belgenin ibraz edilmemesi halinde bunun nedenleri ilgilisi tarafından mahkemeye açıklanmalıdır. Yapılan açıklama, mahkeme tarafından yeterli görülmez ise, bu kimse tanık olarak dinlenir. Bu kişilere, tanıklıktan çekinmek dahil olmak üzere, tanıklarla ilgili tüm hükümler uygulanır

HMK'nın benimsediği ilkelere göre belgelerin mahkemede incelenmesi gerekmektedir. HMK 218. maddesi bu ilkenin istisnasını hükme bağlayarak, mahkemeye getirilmesi zor ya da sakıncalı olan belgelerin yerinde incelenebileceğini ve bu incelemede uyulması gereken kuralları hükme bağlamıştır.

BÖLÜM 14

20 MAYIS 2011 – CUMA

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE TİCARİ DEFTERLERİN DELİL OLMA ÖZELLİĞİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

6762 sayılı ETTK'nın 82 vd maddelerinde yer alan, ticari defterlerin delil olma şartları ve ispat kuvvetine ilişkin hükümler, YTTK'da yer almamaktadır. Bu konuya ilişkin hükümler bundan böyle, HMK'da düzenlenmektedir. Ancak, YTTK'nın yürürlük tarihi ile HMK'nın yürürlük tarihi birbirinden farklıdır. Önce HMK yürürlüğe girecektir. Üstelik HMK kamu düzenine ilişkin hükümlerden oluşmuştur. Bu durumda Ekim 2011–Temmuz 2012 tarihleri arasında ETTK 82 vd maddeleri mi uygulanacaktır? Yoksa HMK'nın 222. maddesi mi uygulanacaktır? Eski kanun yeni kanun genel kanun özel kanun arasında hangisinin uygulanması gerektiğine hakim karar vereceğine göre, bu soruya tek bir cevap vermek mümkün olamayacaktır.

Ticari defterlerin delil olmasına ilişkin hükümlerin neden YTTK yerine HMK'da yer aldığını anlayabilmek için HMK'nın Adalet Komisyonu raporunda yer alan açıklamayı aynen bilgilerinize sunmaktayım;

“Tasarıya, 225. maddesinden sonra gelmek üzere ticari defterlerin ibrazı ve delil olması ile ilgili olarak aşağıdaki gerekçelerle verilen önerge komisyonumuzca kabul edilmiş ve söz konusu madde, tasarıya yeni 228. madde olarak eklenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun ticari defterlerle ispat konusunu düzenleyen 80. ile 86. maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu durum uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır... ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve

yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmiştir.

Türk Ticaret Kanununda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin maddeler dil ve sistematik bakımdan zor anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında ilave edilen bu hüküm doktrin ve kazai içtihatlarda yapılan tasnif dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının “ ticari defter” kavramını değiştiren 64. ve devamındaki maddeler dikkate alınarak “ tasdike tabi olmayan defterler” kavramı metinden çıkarılmış ve “işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler” kavramı metne dahil edilmiştir.

Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak, tamamlayıcı yemine ilişkin düzenlemeler ticari defterle ispat usulünden çıkarılmıştır.” (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve arkadaşlarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu eserinin 208. sayfasından alınmıştır.)

Ticari defterlerin, neler olduğu, kullanırken hangi koşulları yerine getirmek zorunda olduğumuz, gene YTTK’da hükme bağlanmıştır. HMK 222. maddesinde ticari defterlerin neler olduğuna dair bir hükme rastlanmamaktadır.

HMK 222/2 maddesi aynen ETTK 82. maddesi hükmünde olduğu gibi ticari defterlerin delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şartını aramaktadır. HMK 222/2. maddesinde yer

alan “delil olarak kabul edilebilmesi için” ifadesi kişiyi yanıltmaktadır. İnsanda, sanki açılış ve kapanış tasdiki yapılmayan ve birbirini doğrulamayan defterlerin delil olma özelliği yokmuş düşüncesinin doğmasına neden olmaktadır. Halbuki ETTK 84. maddesine ve HMK 222/4. maddesine göre, açılış ve kapanış tasdiki bulunmayan ve birbirini doğrulamayan defterler sahibi aleyhine delil olma özelliğine sahiptir. O halde, ticari defterler her şartta delil olma özelliğine sahiptir (HGK 8.2.1980 78/11-845 E 80/172 K sayılı kararı Erdoğan Moroğlu TTK ve ilgili mevzuat Beta yayını 7. bası sayfa 107). Ancak yasanın aradığı koşulları taşııyorsa sahibi aleyhine delil olarak kabul edilir.

HMK 222/1 maddesini incelediğimizde, ticari defterlerin delil olabilmesinin ticari davalarla sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bu maddenin karşılığı olan ETTK’nın 82/1 maddesi de benzer bir hükmü içermektedir. ETTK’ya göre “Ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan ihtilaflarda ticari defterler aşağıdaki maddelerde gösterilen şartlar dairesinde delil olarak kabul olunur.” Ancak yerleşmiş Yargıtay kararlarına baktığımızda (örneğin aynı kitap 105. sayfa 11. HD 17.11.1977 gün E 77/4782 K 77/5146 sayılı karar), tacir olmayan bir kimsenin, iddiasını ispat açısından tacir olan hasmının ticari defterlerine dayanabileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. Buna karşılık yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre (örneğin aynı kitap 104. sayfa 11. HD 2.5.1989 gün E 87/1304 K 89/2754) davacısı tacir olan bir davada davalı tacir değilse, davacı kendi ticari defterlerine delil olarak dayanamamakta idi. Kanımızca bu ilke aynen devam edecektir. Çünkü HMK yeni bir hukuki

kurum oluşturmamış ETTK'nın hükümlerini gerek dil gerekse teknik açıdan sadeleştirmiştir. Ayrıca, HMK 222/5 maddesine göre “Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.”

HMK 222/1 maddesinde “Mahkeme ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verir” hükmü yer almaktadır. Bilindiği gibi, davanın açılışına karar vermek davacıya, iddia ve savunmanın kanıtlanması ise taraflara ilişkin bir yükümlülüktür. Diğer bir anlatımla, kamu düzenine ilişkin bazı istisnai durumlar hariç hakim kendiliğinden delil toplayamaz, dava hakkında taraflara telkinde bulunamaz, bu hususlar HMK 25. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu nedenlerden ötürü, bu maddede yer alan “kendiliğinden” sözcüklerini kamu düzenine ilişkin davalarla sınırlı olarak kabul etmemiz gerektiğine inanmaktayız.

Ticari defterlerin, sahibi lehine delil olarak kabul edilebilmesi için HMK 222/3 maddesinin 222/1 maddesine yapmış olduğu atf nedeniyle öncelikle;

- Açılış ve kapanış onaylarının bulunması
- Usulüne uygun olarak tutulmuş olması
- Defter kayıtlarının birbirini doğrulaması

gerekir. Eğer bu koşullar varsa bu kez HMK 222/3 doğrultusunda, diğer tarafın ticari defterlerine bakılır. Bu defterlerinde aynı şartları taşıyıp taşımadığı kontrol edilir. Eğer taşıyorsa;

- Her iki tarafın kayıtlarının uyumlu olup olmadığına bakılır. Eğer uyumlu ise, lehine delil olarak kabul edilir.
- Karşı tarafın defterinde bu konuda bir kayıt yer alıp almadığına bakılır. Eğer hiç kayıt yoksa diğer tarafın ticari defterleri kendisi lehine delil olarak kabul edilir.

Yukarıda belirtilen hallerin varlığında sahibi lehine delil olarak kabul edilen defterler, sahibinin halefleri açısından da delil olarak kabul edilir.

Sahibi lehine delil olma özelliğini taşıyan bu defterlerde yer alan aleyhe kayıtlarında, aynı madde hükmü doğrultusunda, aynen lehe delil de olduğu gibi, sahibi aleyhine delil olarak kabul edilmesi gerekir.

Defterlerin sahibi lehine delil olarak kabulü kesin/mutlak bir delil değildir. HMK 222/3 maddesi gereği, bunun aksi her zaman senet ve diğer kesin delillerle ispatlanabilir.

Yukarıda, taraflardan birinin tacir olmaması halinde bile, HMK 222/5 hükmü gereği, tacir olan tarafın defterlerine delil olarak dayanılabileceğini belirtmiştik. İşte bu durumda, aynı madde hükmüne göre, tacir olan taraf defter ibrazında kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf, iddiasını ispat etmiş sayılır. Bilindiği gibi benzer bir hüküm ETTK'nın 83/2 maddesinde yer almaktadır. Ancak, ETTK'da, bu hüküm "taraf" sözcüğü

ile belirtilmiş olmasına ve tarafın tacir olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasına rağmen HMK'nın yazılımına göre, bu madde sadece tacir olmayan tarafın, defter ibrazı istemesi halinde, uygulanacakmış anlamıyla kullanılmıştır. Her halde, benden kaynaklanan, bir anlam kargaşası var, zaman içinde doğrusunu öğreneceğimizi düşünmekteyim.

ETTK 83/1 maddesi, defterlerin sahibi lehine delil olarak kabul edilmesi halinde, mahkeme tarafından, defter sahibine yemin verdirileceğini hükme bağlamış olmasına rağmen, HMK'da böylesi bir hükme rastlamadık.

HUMK 226-229 maddelerinde hükme bağlanan ancak bir türlü uygulamadığımız yada uygular görünerek uygulamadığımız muhasebeye muhtaç davalarla ilgili hükümlere, HMK 223 vd maddelerinde yer verilmemiştir. Bu nedenle, taraf defterlerinin incelenmesi ya da bir başka nedenle, muhasebeden yararlanmamız gerektiğinde ne yapacağımızı genel hükümlere göre çözmemiz gerektiğini düşünmekteyim.

Öncelikle taraf defterlerinin ve muhasebe kayıtlarının, HMK kapsamında belge niteliğinde delil olduğunu unutmamak zorundayız. Bu nedenle, tüm deliller gibi, bu delillerin de HMK'nın 197. maddesinde belirtildiği gibi, tahkikat aşamasında ve duruşmada, taraflarında katılımı ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Elbette, bu delilin değerlendirilmesinde, tarafların istemi ile ya da hakimın resen alacağı kararla bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Ancak, bilirkişinin burada vereceği cevap “çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren” konularla sınırlı olacaktır. Bir borcun defterde kayıtlı olup olmadığını bilirkişi söyleyebilecektir.

Ancak, temerrüt tahinin ne zaman başladığını ya da faiz oranını bilirkişinin söylemesi, bu güne kadar yaptığımız gibi, yasanın ihlalinin oluşturacaktır. Kanımca, böylesi bir durum hakimnin sorumluluğunu gerektiren bir durumdur. Bilirkişi incelemesi yaptırılabilir olan bu konuda taraflar isterse, mahkemeye uzman görüşü de sunabileceklerdir.

Mahkemeye, ister bilirkişi isterse uzman görüşü sunulsun, unutulmaması ve kanımca mutlaka uygulanması gereken, tarafların istemi ile ya da mahkemenin resen vereceği kararla, bilirkişilerin ve uzmanların mahkemede tarafların sorularına cevap vermek için davet edilebileceğidir. Zaman darlığı, yasalara uygun ve adil yargılamayı ortadan kaldıracak güçte olmadığına göre ve bu yöntem askeri yargıda uygulanabildiğine göre, adli yargıda neden uygulanmasın?

Defter ve belgelerin incelenmesinde, dikkat edilmesi gereken en önemli konu nelerin ticari sır olup olmadığıdır. Bizim araştırmalarımıza göre, ticari sır konusunda verilmiş örnek Yargıtay kararı çok azdır. Aynı şekilde, yayınlanmış ilmi içtihat bulmak da zordur. Bu konunun bir an önce çözüme kavuşması gerektiğine inanıyoruz. Çünkü servetin sermayeye dönmesini bu nedenle de şirketlere halkın ya da aile bireylerinin veya arkadaşların katılımını istiyorsak, bu ortaklıkların sürekliliğini arzu ediyorsak, ticari sır ile bilgi alma hakkı arasındaki yarışa akılcı bir şekilde çözmemiz gerekmektedir.

Kanımızca, ETTK'da yer alan tamamlayıcı yemin kurumu HMK'da yer almamaktadır.

BÖLÜM 15

1 HAZİRAN 2011 – ÇARŞAMBA

6100 SAYILI HMK'DA YEMİN DELİLİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

“Kişinin kendisinden kaynaklanan bir vakıa”nın kanıtlanması için, karşı tarafın bir başka delili yoksa ya da sunmuş olduğu delil, mahkemece yeterli görülmez ise, karşı taraf, bu kişiye yemin teklif edebilir. Kesin delil diye nitelendirdiğimiz yemin delili HMK’nın 225 vd maddelerinde hükme bağlanmıştır.

HMK 225/1 maddesi yeminin ancak kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalar için edilebileceğini hükme bağlamıştır. Aynı madde, son cümlesinde “Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılır” hükmüne yer vererek, yeminin sınırlarını belirlemeye çalışmıştır.

Bir vakıanın yalnızca karşı tarafın kendisinden kaynaklanmış olması ona yemin teklif etmek için yeterli değildir. Aynı zamanda, bu vakıanın, davanın çözümü açısından önemli olması ve çekişmeli vakıalar arasında bulunması gerekmektedir.

HMK 232/1 maddesi ve kurumun yapısı gereği ancak tarafa teklif edilir.

Unutulmaması gerekli bir konu, yeminin bir vakıa için edilmiş olmasıdır. Yemin kesin delil niteliğinde olmasına rağmen, sadece yemine konu vakıayı aydınlattığından ötürü, davanın kazanılması ya da kaybedilmesi anlamına gelmez. Sadece, davanın sonucuna etki eden vakılardan birini çekişmeli olmaktan çıkarır.

Yemin delili, HUMK 354 maddesinde de olduğu gibi HMK 227/1 maddesine göre, başka delillerle birlikte teklif edileceği gibi tek başına da teklif edilebilir. HMK 227/1

maddesinin gerekçesine baktığımızda, HMK'nın HUMK'tan ayrılarak, başka delili bulunan kişinin, bu delileri tüketmeden yemin teklif etmesi halinde, yemini eda eden tarafın usulü hak kazanacağıının gözetildiğinin ve maddenin yazılımında bu hususa dikkat edildiğinin belirtildiği görülecektir. Kanımızca, gerekçede yer alan bu açıklama maddenin yazılımına yeterince yansıtılmamıştır, bu nedenle de vurgulamakta yarar gördük.

Yemin deliline dayanan kimsenin yemin teklifi karşı tarafça kabul edildikten sonra, yemin teklif eden kişi yemin delilinden vazgeçerek başka delile dayanamaz. Bu kural HMK'nın 227/2 maddesinde yer almaktadır. Aynı kural HUMK 350. maddesinde de yer alan bir kuralımızdır. Zaten, HMK 196/1 ve HUMK 307. maddeleri de genel anlamı ile bunu hükme bağlayan maddelerimizdir. HUMK 307. maddesinin bir tekrarı olan HMK 196/1 e göre "Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez."

Her ne kadar, davanın çözümü için önem taşısa da, taraflar arasında çekişmeli olsa da, tarafın kendisinden kaynaklanan vakıa olmasına rağmen aşağıdaki vakıalar için yemin teklif olunamaz. Bu husus HMK'nın 226/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. HMK 226 maddesi üç fıkra halinde hükme bağlanmış olup HUMK 346,352 ve 357 maddelerinin tekrarı niteliğindedir:

Yemine konu olamayacak vakıalar

MADDE 226– (1) Aşağıdaki hususlar yemine konu olamaz:

- a. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar.
- b. Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller.
- c. Yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar.

Eğer yemin teklif edilecek kişi duruşmada hazır ise duruşmada, eğer hazır değil ise davetiye ile kendisi yemine davet edilir. HMK 228/1 ve 2 maddelerine baktığımızda bu davetle birlikte, “yemine konu hususlar hakkında sorulacak hususların” da yemin edecek olan tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Bu soruların kimin tarafından hazırlanacağına ilişkin HUMK ve HMK’da bir hüküm yoktur. Ancak bu güne kadar olan uygulamaya göre sorular, daha doğrusu yemin metni, yemin deliline dayanan tarafça hazırlanmaktadır.

Söz konusu davetiyede, sorulacak soruların yanı sıra, duruşmanın günü, saati gibi bilgilerle birlikte, özürlü olmasızın “...bizzat gelmediği veya gelip de yemini iade etmediği yahut yemini eda etmekten kaçındığı takdirde yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı...” HMK 228/2 maddesi hükmü gereği davetiyeye yazılır. Yeminden kaçınmanın sonuçları, HMK 228/2 de hükme bağlandığı gibi HMK 229/1 maddesinde de hükme bağlanmıştır.

Bu güne kadar uygulamada, yemin konusu soruların bildirilmesi yerine yemin metninin mahkemeye sunulması

uygulamasını gördüğümüzü, bu uygulamanın HUMK 337. maddesine de uygun olmadığını, ancak, bu kez HMK 228/2 maddesinde yer alan “sorulacak sorular” dan ne anlamamız gerektiğini, bunun yemin metni ile nasıl bağdaşacağını çözemediğimizi ikrar etmekte yarar görmekteyiz. Kanımızca bundan böyle, yeminle kanıtlanması istenilen vakıalara ait sorular, mahkemeye sunulmalı, mahkeme karşı tarafa göndereceği davetiyede bu soruları belirtmeli ve yemini kabul eden tarafa önce yemin metnine bağlı kalınarak yemin ettirilmeli, bu metinde de yer aldığı gibi yemin eden kişiye, davetiyeye de gönderilen sorular yada HMK 233. maddesi gereği son şeklini alan sorular, sorulmalıdır. Böylece, yemin bir metin şeklinde değil bir soru şeklinde oluşturulmalıdır.

Yukarıda da söylediğimiz gibi, eğer yemin etmeyi kabul eden kişi, yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını belirtir ise, hakim HMK 233/2 maddesinde hükme bağlandığı gibi, karşı tarafında görüşünü alarak derhal bu konuda bir karar vermekle yükümlüdür.

Gerek HUMK gerekse HMK, kendisine yemin teklif edilen kimsenin, bu yemini yemin teklif eden kişinin yerine getirmesini talebe hakkı olduğunu hükme bağlamıştır. Bu davranışa, HMK 228,229 ve 230 maddelerinde “yeminin iadesi” denmektedir. Eğer kendisine yemin teklif edilen kimse, yemini iade eder ve bu iade talebi yemini ilk teklif eden kişi tarafından yerine getirilmez ise, aynen yemin etmekten çekinmekte olduğu gibi, kesin sonuç doğurur ve yemin teklif edilen vakıaların ispat edilmemiş olduğuna karar verilir.

Yemin eda edilirken hakim dahil herkes ayağa kalkar. Bu hüküm HMK 233/4 maddesinde yer almaktadır.

Yemin HMK 232/1 maddesine göre, tarafa teklif olunur, onun tarafından kabul ya da iade edilir. Kanun tarafın ergin olmaması halini ve tüzel kişi olması halini de ayrıca hükme bağlamıştır. Bu hükme göre, taraf eğer tüzel kişi ise, yemin temsile yetkili kişisi tarafından eda edilir. Eğer ergin olmayan ya da kısıtlı kişinin yemini söz konusu olacaksa, yemin edilecek vakianın niteliğine bakılır, bu vakia ergin olmayan ya da kısıtlı kişinin dava açabileceği konulardan ise yemin ergin olmayan ya da kısıtlı olan kişi tarafından eda edilir. Eğer bu konuların dışında ise, yemin kanuni temsilci tarafından eda edilir.

Sağır ve dilsizlerin nasıl yemin edeceği HMK 234/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hüküm yenidir. Bu hükme göre, eğer sağır ve dilsiz olan kişi, okuma yazma biliyorsa, yemin konusunu yazıp imzalayarak yeminini eda eder. Eğer okuma yazma bilmiyorsa, bilirkişi aracılığı ile eda eder.

Yeminin davaya bakmakta olan mahkemede, hakim huzurunda ve tarafların hazır bulunduğu aşamada yerine getirilmesi temel kuraldır. Bu husus HMK 235. maddesinin hükmüdür. Ancak, taraf hastalığı ya da özrü nedeniyle mahkemeye gelemeyecek bir kişi ise, yemin bu kişinin bulunduğu yerde, taraflarında hazır bulunacağı bir ortamda eda ettirilir. Bu husus da aynı maddede hükme bağlanmıştır. HMK'nın bunu takip eden HMK 236. maddesi ise yemin edecek kişinin mahkemenin yargı çevresi dışında bulunması halinde, yeminin, öncelikle ses ve görüntü nakleden teknik

olanaklardan yararlanılarak eda edileceğini, bunun da olmaması halinde ise yeminin istinabe yolu ile eda edileceğini hükme bağlamıştır.

Baştan beri söylediğimiz gibi, hakimın ilk görevi anlamaktır. İşte bu görev nedeniyle, HMK 237. maddesi, yemin teklif ettiren tarafça hazırlanan sorular ve/veya HMK 233/2 maddesi doğrultusunda açıklığa kavuşturulan soruları yeterli görmez ise, “yeminin konusu ile bağlantılı olmak üzere” hakim “eksik olan noktaları tamamlattırmak” veya “açık olmayan hususları aydınlatmak için” gerekli gördüğü soruları sorabileceğini hükme bağlamıştır.

Yemin delilinin tamamlanması için, HMK 238. maddesi gereği yemin tutanağa geçirilir, yazılanlar yüksek sesle huzurda okunur ve yemin eden kişiye yemininde ısrar edip etmediği sorulur ve bu sorunun cevabı da tutanağa yazılır.

Kişinin yalan yere yemin etmesi nedenine dayalı olarak ceza davası açılmış olması HMK 239/1 maddesi hükmüne göre hukuk davasını etkilemez. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, böyle bir dava açılır ve kazanılırsa, bu yargılamanın iadesi nedenini oluşturacak ve bu yolla sonuç doğuracaktır.

BÖLÜM 16

1 HAZİRAN 2011 – ÇARŞAMBA

6100 SAYILI HMK'DA TANIK

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Tarafların davalarını kanıtlamak için başvurdukları delil türlerinden birisi de tanık delilidir. HMK 240/1, 244/1.c, 259/1 vb. hükümlere baktığımızda, tanığın ancak bir vakıayı aydınlatmak için dinlenebileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. Bu nedenle, tanık ancak bizzat beş duyusu yolu ile algıladığı bir olay hakkında bildiklerini mahkemeye sunmakla görevlidir. Tanığın beş duyusu ile bilgi sahibi olduğu vakıalar dışında, örneğin yorumları açısından, dinlenmesi söz konusu olamaz.

Bir kişinin tanık olabilmesi için, HMK 240/1 maddesi gereği, davanın tarafı olmaması şarttır. Ayrıca, karşı tarafın HMK 255/1 maddesi gereği tanığın, tanıklığına itiraz etmemiş olması, bu itirazın kanıtlanarak mahkemece kabul edilmemiş olması gerekir. Her ne kadar HMK 240/1 maddesinde yer alan hükmün benzeri HUMK'da yer almıyorsa da bu hüküm tanıklık kurumunun doğası gereği var kabul edilen bir hükümdür. Buna karşılık HMK 255/1 de yer alan itiraza ilişkin hüküm, HUMK 254. maddesinin tekrarı olarak HMK'da yer almaktadır.

HMK'nın 240/2 maddesi, tanık gösteren tarafın, tanığı hangi vakıa için dinletmek istediğini, mahkemeye sunması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm yeni bir hüküm gibi gözüküyorsa da, aslında yargılamanın gereği olarak HUMK'da da var olduğu kabul edilmesi gereken bir hükümdür. Üstelik bazı mahkemelerde bu kural HUMK döneminde de uygulanmakta olan bir kuraldır. Hatta bazen uygulanan bazen uygulanmayan, uygulanmadığında karşı tarafın istemi ile uygulanır hale gelen bir kuraldır. HMK

bu kuralın uygulanmasını daha sıkı ve kontrol edilebilir hale getirmiştir. Üstelik bu kural dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen HMK 119/1 maddesinin e ve f bentleri ile HMK 261/1 maddesine uygun bir kuraldır.

Gene aynı madde hükmü doğrultusunda, tanığın hangi vakıa için dinlenileceği mahkemeye bir tanık listesi halinde verilmeli ve bu listede tanıkların ad-soyadları ile tebliğe elverişli adresleri bildirilmelidir. Bu liste düzenlenirken;

- İkinci bir liste verilemeyeceği
- Bu listede yer alamayan kişilerin tanık olarak dinlenemeyeceği

İlkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Liste verilmemesi ya da liste verilmiş olmasına rağmen listede yer almayan tanığın dinlenmesine ilişkin istisnai hüküm HMK 243/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, eğer tanık duruşmada hazır bulundurulmuş ise liste verilip verilmediğine ya da listede yer alıp almadığına bakılmaksızın hazır bulunan tanık dinlenir. HMK 243/1 maddesinin uygulanabilmesi için,

- Tanık listesinin verilmesi için kesin süre belirlenmiş olmalıdır.
- Tanık dinlenmesi için gün belirlenmiş olmalıdır.

Bu şartların ikisi bir arada yoksa kanımızca, HMK 243/1 maddesinin hükme bağladığı istisna uygulanamaz.

HMK 243/1 maddesinin yazılımından çıkan bir başka sonuç ise, dava ya da cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılmış olmasının yeterli olduğu dava ya da cevap dilekçesinde tanıkların liste halinde bildirilmesine gerek olmadığıdır. Bu hüküm bu günkü uygulamaya uygundur. Ancak, kanımıza göre doğru bir uygulama değildir. Tanıkların isimlerinin bildirilmemesi, savunma açısından bir bilgi noksanı yaratır. Bu ise savunmayı engeller.

HUMK'da bulunmayan yani HMK'ya yeni olarak kabul edilmiş olan HMK 240/3 maddesinin uygulamada hak kaybına neden olacağını düşünmekteyiz. Çünkü bu maddeye göre, tanığın doğru adresinin saptanması, davanın taraflarına görev olarak verilmiştir. Hatta tarafça saptanan adreste her hangi bir yanlışlık varsa bunun bile bir defa için dikkate alınacağı, hatta hatanın giderilmesi için verilen sürenin kesin nitelikte süre olduğu hükme bağlanmıştır. Kanımızca bu tepki maddesidir. Kötü niyetli tarafın yanlış adres bildirerek davayı uzatmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak, bundan böyle, trafik kazasında, tanımadığınız ancak olay yerinde olduğunu bildiğiniz bir kişinin dinlenmesi için adres araştırması yoluna başvurma şansımız kalmadığı gibi, noksan yanlış ya da benzeri bir nedenden ötürü hatta PTT'nin hatasından kaynaklanan tebliğ edilemezlik hallerinin sorumlusu da taraf olmaktadır. Bu hak kaybına neden olabileceği gibi PTT görevlilerinin haklı ya da haksız olarak yargılanmalarına da neden olabilecektir.

HMK'da tepkiden kaynaklanan ve uygulama ile desteklenen bir başka madde ise HMK'nın 241/1 maddesidir. Bu

maddeye göre, mahkeme, gösterilen tanıkların bir kısmını dinleyerek, vakıa hakkında bilgi sahibi olursa, diğer tanıkların dinlenmesinden vazgeçebilir. Ancak, bu maddeyi uygularken, gösterilen tanıkların sayısını baştan sınırlamak ya da gösterilen tanıklardan ancak belirli sayıda tanığın dinleneceğini baştan beyan etmek, maddeye göre doğru bir davranış olmayacaktır. Çünkü burada tanıkları sınırlamak amaçlanmamış, mahkemenin gereksiz yere, işgal edilmesi önlenmek istenmiştir. Taraf hangi tanığın olayı yeterince anlatacak ifade vereceğini bilmediği için, vakıayı beş duyusu ile algılayan tüm tanıkları bildirmek zorundadır. Delillerin aynı celsede değerlendirilmesi HMK 197/1 maddesi gereği olduğundan ve tanıklar arasında çelişki olduğunda bunun o celsede giderilmesi gerektiğinden, tarafça gösterilen tüm tanıklar o celseye davet edilmelidir. Ancak tanık dinlenmesi aşamasında mahkeme yeter görürse diğer tanıkların dinlenmesinden vazgeçebilmelidir. Tanıkların gereksiz yere getirilmesinden ötürü maddi ve manevi kayba ise taraf katlanmalıdır.

HMK 245/1 maddesi, delillerin davaya bakmakla görevli ve yetkili olan mahkemenin tanığı dinlemesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu madde, bu hükmün yanı sıra, yasanın belirlediği çekinme hakları hariç tanıklıktan kaçınılmayacağını da hükme bağlamıştır. Bu nedenle, bu maddeye göre, haklı bir nedeni olmaksızın, çağırılıp gelmeyen tanık hakkında, disiplin para cezası uygulanacağını ve zorla getirileceğinin karar altına alınacağını da hükme bağlamaktadır.

Kural olarak, tanık davetiye ile davet edilir. HMK 243/2 maddesine göre, kural olarak bu davetiyenin duruşma

gününden en az iki hafta önce, tanığa tebliğ edilmesi gerekir. Ayrıca davetiyede yer alacak bilgilerin HMK 244/1 maddesinde yer alan bilgileri taşıması gerekir. Bu koşullar yoksa HMK 245 maddesinde belirtilen zorla getirme ya da disiplin cezası uygulaması yapılamaz.

HMK 243/2 maddesi davetiyenin tanıgın eline duruşmadan en az iki hafta önce ulaşması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak söz konusu maddenin ikinci cümlesi, hakime bir olanak tanıyarak, acil hallerde bu süreye uyulmaksızın tanıgın davet edilebileceğine karar vereceğini de hükme bağlamıştır.

HMK 243/3 tanıgın telefon, faks, elektronik posta gibi araçlarla davet edilebileceğini ancak bu davetlerde tanık hakkında gelmemeden ötürü işlem yapılamayacağını hükme bağlamaktadır.

Tanığa gönderilecek davetiyenin içeriği HMK 244/1 maddesinde hükme bağlanmıştır.

HUMK 256. maddesinde hükme bağlanan ancak bize göre hemen hemen hiç uygulanmayan bir madde HMK'nın 246/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. HUMK 256 maddesine göre;

- İstisna olarak
- İki tarafın oluru ile
- Hakimin karar ile

Tanığa soru kağıdı gönderilir ve bunları cevaplaması istenir.

HMK 246/1 maddesi de tanığa soru kağıdı gönderilmesi kabul etmiştir. Ancak, HUMK'tan farklı olarak, bunun “müstesna” hallerde uygulanması gereken bir hal olması yerine bunun hakim tarafından “gerekli görülen” hallerde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. HMK yazılı tanıklık için tarafların olurlarına gerek olduğunu belirten hükümden de ayrılmış buna madde içinde yer vermemiştir. Bu durumda hakim resen yada sadece taraflardan birinin talebini yerinde görerek yazılı şekilde tanık beyanı alabilecektir. HMK tanık delilinin değerlendirilmesinin özünde var olan bir husus da yani asıl amacın vakıayı anlamak olduğunu açıkça dile getirerek, yazılı cevapların yetersiz olması halinde, tanığın dinlenmek üzere davet edilebileceğini hükme bağlamıştır.

HUMK 249. maddesinde olduğu gibi bazı görevlerde bulunan kişilerin bu görevleri ile ilgili olarak tanıklık yapmaları ilgili makamların vereceği izne tabi tutulmuştur. Aynı hüküm HMK 242. maddesinde de yer almaktadır. Bu hükümde asıl amaç kişinin tanıklığına engel olmak değildir. Asıl amaç sır kapsamında olan bir şeyin mahkemede kamuoyunun bilgisine sunulmasını önlemektir. Bu nedenle izin asıl, izin vermemek ise istisnadır.

Eğer izin verilmez ise ya da verilirse bunun için idari yargıda dava açılabilir mi? Sorusuna nasıl cevap verilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Tanıklıktan çekinme hakkı HMK'nın değişik maddelerinde hüküm altına alınmıştır. HMK'ya göre üç tür

tanıklıktan çekinme söz konusudur. Bunlardan birincisi, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme halidir. Bu konu öncelikle HMK'nın 248/1 maddesinde hükme bağlanmıştır. HUMK 245 maddesinin karşılığı olarak yasalaşan bu madde HUMK'dan daha geniş olarak düzenlenmiştir. HMK'da "kayın hısımlar" da kapsama alınmıştır. Ayrıca ikinci dereceye kadar olan akrabalık bağlarını üçüncü dereceye kadar genişletmiş ve her geçen gün uygulaması artan koruyucu aile bağına da bu madde kapsamında değerlendirmiştir. Maddenin birden fazla bent halinde kaleme alınması nedeniyle, madde metni aynen aşağıya alınmıştır:

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme

MADDE 248– (1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:

- a. İki taraftan birinin nişanlısı.
- b. Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.
- c. Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.
- ç. Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.
- d. Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.

e. Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk.

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinmenin varlığı halinde HMK 247/2 maddesi gereği, hakim bunu hatırlatmakla görevlidir.

Tanıklıktan çekinmenin ikinci gurubu, sır nedeniyle tanıklıktan çekinme madde başlığı ile HMK'nın 249/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kendisinin yapmış olduğu görev nedeniyle, sır olarak bilgi aktarılan kişiler varsa, örneğin doktorlar, meslekleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler açısından tanıklıktan çekinebilir. Avukatlar da vekil edenlerinin kendilerine aktardığı bilgileri sır olarak saklamakla yükümlüdürler. Ancak bu madde, avukatlar için bir farklı uygulamaya yer vermiştir. Madde metnine göre, eğer sır sahibi açıklanması için izin verirse, avukat tanıklıktan çekinemez

Tanıklıktan çekinmenin üçüncü gurubu “menfaat ihlali nedeniyle tanıklıktan çekinme” madde başlığı ile HMK'nın 250. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin uygulanabilmesi için, menfaat ihlalinin tanığın bizzat kendisinde ya da HMK 248. maddede gösterilen kişilerde yani kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerde meydana gelmesi gerekmektedir. HMK 250/1 maddesi üç ayrı fıkrasında menfaat ihlalinin neyi anladığını da belirtmiştir.

Bunlar;

- Maddi zararlar

- Şeref ya da itibarın zedelenmesi
- Ceza kovuşturmasına ya da soruşturmasına yol açılacak olması
- Meslek ya da sanatına ait sırların açıklanmasına yol açacak olması

Olarak özetlenebilir.

Çekinme sebeplerinden her hangi birinin varlığı halinde, tanık bunu, delilleri ile birlikte, duruşmadan önce yazılı olarak ya da duruşmada sözlü olarak beyan eder. Eğer duruşmadan önce yazılı olarak beyan edilmiş ise, tanık davet edildiği duruşmaya gelmeyebilir. Bu bildirim alan mahkeme, tarafları dinler sunulan delilleri değerlendirir ve tanığın çekilme talebinin haklı olup olmadığı konusunda bir karar verir. Eğer bu çekilme istemi mahkemece kabul edilmez ise tanık mahkemede dinlenir. Mahkemenin dinleme kararına rağmen tanık tanıklık yapmamakta direnirse, tanığa disiplin para cezası verilir ve bir sonraki celse dinlenebilmesi için gereken işlemler tamamlanır.

Yukarıda anlatılanlar, tanığın bir neden göstermeksizin tanıklıktan çekinmesi ve yemin etmekten kaçınması halinde de uygulanır.

Ayrıca, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez ya da yemin etmemekte direnirse, iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsi ile cezalandırılır.

Tanıklıktan çekinme bir hak olarak HMK da düzenlenmiş olmasına rağmen HMK'nın 251. maddesi çekinme hakkının istisnalarını düzenlemiştir. Bu maddeye göre

248 ve 249 uncu maddeler ile 250 nci maddenin (a) bendindeki hâllerde;

- a.** Bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında,
- b.** Aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında,
- c.** Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında,
- ç.** Taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında,

tanıklıktan çekinilemez.

Tanığın sorgulaması başlamadan önce, HMK 254/1 maddesi gereği kimlik tespiti yapılır ve HMK 256/1 maddesi içeriğinde yer alan düzenle görevi ve ifadesinin başında yemin ettirileceği hatırlatılır. Yemin metni HMK 258/3 maddesinde yer almaktadır. Tanığın dinlenmesinden önce tanığa yemin ettirilmesi kanun gereğidir. Ancak HMK'nın 257/1 maddesi on beş yaşın altındaki tanıklarla yemini ayırt etme gücüne sahip olmayanların yeminsiz dinleneceğini hükme bağlamıştır. Bu maddenin karşılığı olan HUMK 247. maddesine baktığımızda, HUMK'da yeminsiz dinlenenlerin

sayısının daha fazla olduğunu HMK da bunun daraltıldığını görmekteyiz. Bu daraltmanın sebebi madde gerekçesinde yer almaktadır ve akılcıdır. HMK 258/3 maddesinde yer alan yemin metni, HUMK 264. maddesinde yer alan yemin metninden farklıdır.

Tanığın dinlenilmesine başlanılmadan önce, HMK 260/1 maddesi gereği hakim, tanığı tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgilendirir. Bu bilgilendirmeden sonra tanığın olayla ilgili olarak bildikleri söylemesi istenir.

Tanığın nasıl dinleneceği, HMK 261. maddesinde beş fıkra halinde, detayları ile hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre;

(1) Tanıklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilirler.

(2) Tanık, bildiğini sözlü olarak açıklar ve sözü kesilmeden dinlenir. Dinlenilme sırasında, tanık, yazılı notlar kullanamaz. Şu kadar ki, tanık tarihleri ve rakamları tespit etmek veya bazı hususları açıklamak ya da hatırlayabilmek için yazılarına bakmak zorunda olduğunu hâkime söylerse, hâkim derhâl yazılarına bakmasına veya belirleyeceği duruşmada yeniden dinlenmesine karar verebilir.

(3) Hâkim, tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabilir.

(4) Toplu mahkemede başkan, hâkimlerden her birinin tanığa doğrudan doğruya soru sormasına izin verir.

(5) Tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza ettirilir.

Tarafların, tanığın sözünü kesmeleri, söz veya hareketlerle onu övmeleri ya da tahkir etmeleri yasaktır. Aksi davranış HMK 262/1 in yolması ile HMK 79 ve 151. maddelerinin uygulanmasını gerektirir.

Gerekirse, tanığın ifade vermesinde, tercüman ya da bilir-kişi kullanılabilir.

HMK’da tanık ifadesinin alınmasında, heyetli mahkemelerde üye hakimler 261. ve 152. madde gereğince ve taraf vekilleri ise 152. madde gereğince doğrudan soru sorabilirler. Bize göre bu yenilik hem doğru soru sorulmasını sağladığı için hem de duruşmadaki aktivitenin bizde olduğunun görülmesi açısından önemlidir.

Yalan yere tanıklık edenler ve onların suç ortakları hakkında işlem yapılmak üzere HMK 264. maddesi gereği cumhuriyet savcılığına ihbar yapılır.

Tanığa,

- İş ve gücünden kaldığı için
- Yol, konaklama ve beslenme giderlerini

Karşılacak şekilde bir ücret ödenir. İş ve gücünden kalma karşılığı ne ödeneceği Adalet bakanlığınca çıkarılacak tarifeye göre saptanır.

BÖLÜM 17

6 HAZİRAN 2011 – PAZARTESİ

6100 SAYILI HMK'DA BİLİRKİŞİ VE UZMAN GÖRÜŞÜ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Bilirkişilik konusunda, yaşananları dikkate alan kanun koyucu, HMK 266. maddesini HUMK 275. maddesinden daha açık daha anlaşılır bir şekilde kaleme almaya çalışmıştır. Maddenin gerekçesine baktığımızda, kanun koyucunun yıllardır süren bir problemimizi ortadan kaldırmayı amaçladığını görmekteyiz. Bazı düşünürler için istisnai olarak uygulanmasında sakınca olmamakla birlikte bizim de katıldığımız daha geniş bir grup için hukuk bilirkişisi uygulaması yasaya aykırı bir uygulamadır. (Kendimin de bu görevi uzunca bir süre yaptığımı ve geliri ile evin harcamalarına katkıda bulunduğumu belirtmekte yarar görmekteyim. Bu gün yapmamış olmamın nedeni bir karşı koyma değil iş gelmemesidir) Bunun sonlandırılması için 2494 sayılı kanunla HUMK 275. maddesine yapılan ek yeterli olmamıştır. İşte bu nedenle kanun koyucu, bu kez daha açık ifadeler kullanmayı tercih etmiştir.

Kanun koyucu bu amacına ulaşmak için HUMK 275. maddesinde yer alan “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez.” Hükmünü tek başına yeterli görmemiş. HMK 266. maddesinin ilk cümlesine HUMK 275 maddesinin ilk cümlesinden farklı olarak , HUMK’daki “...özel ve teknik bilgi...” sözcüklerinin başına “...çözümü hukuk dışında...” sözcüklerini de eklemiştir.

Tüm bunların yanı sıra, HMK 279/4 maddesinde bilirkişinin gerek sözlü açıklamalarında gerekse düzenlediği raporda hukuki görüş bildiremeyeceği ayrıca hükme bağlanmıştır.

Hukukçu bilirkişi görevlendirmenin amacı ne olursa olsun, kanun koyucu tarafından kabul görmemektedir. Yargı mensupları olarak, kuvvetler ayrımının uygulanmasını istiyorsak, yargı dışındaki tüm kuvvetlerin yetkilerine, özellikle, bana göre, tüm kuvvetlerin çekirdeği olan, yasamanın yetkilerine yeterince saygı göstermemiz gerektiğine inanmaktayım.

Üstelik yasanın bu yazılımından sonra hukukçu bilirkişinin vermiş olduğu bilirkişi raporuyla hüküm kurmak bazı hallerde hakimler açısından görevi savsaklama suçunu oluşturacağı gibi bazı hallerde, özellikle yasaya aykırı bir şekilde, gerekçeyi sadece bilirkişi raporuna dayandırarak karar verildiği hallerde, taraflar açısından ortaya yok hükmünde bir kararın çıkmasına neden olunacaktır.

Bu girişten sonra konuyu pekiştirmek açısından HMK 266/1 maddesini aynen dikkatlerinize sunmaktayım.

“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”

Hukukçu bilirkişi seçilmesini engelleyen yasa koyucu “uzman görüşü” adı altında yeni bir uygulamaya olanak vererek, bundan böyle, hukukçu bilirkişinin, taraflarca seçilebileceğini kısmen de olsa kabul ettiğini söylemek isteriz. Bu yazının sonunda, uzman bilirkişi ile ilgili yasa maddelerine yer verilecektir.

HUMK'da yer alan ancak kullanılmadığı ve kullandırılmadığı hatta hatırlatılmadığı için unutulmuş bir hakkımızı kaybettiğimizi belirtmekte yarar görmekteyim.

Bilindiği gibi, HUMK 276/1 maddesine göre bilirkişinin seçiminde temel kural tarafların birlikte karar vermesidir. Ancak taraflar bu kararı veremez ise, seçim tahkikat hakimi tarafından gerçekleştirilir. İşte işlemediği için, bazen “taraflara soruldu anlaşılmadılar” cümlesini gerçekten sorarak çoğunlukla sormadan yazarak ya da yazmaya bile gerek görmeden, bilirkişiler hakimler tarafından hem de celse arasında ve rapor sunuluncaya kadar isimleri kalemce söylenmemek kaydı ile tayin edilmekteydi. Böylece, tayinde oluşan bu yasaya aykırı uygulamanın yanı sıra, birde HUMK 277/2 maddesinde yer alan bilirkişinin reddine dair taraf hakkının kullanılması da engellenmekte ya da en azından ertelenmekteydi.

HMK'nın kabul ettiği sisteme göre bilirkişiler, her yargı çevresinde usulüne uygun olarak oluşturulacak olan listeler içinden seçilir. Bu hususu hükme bağlayan HMK 268/1 maddesine göre, eğer davaya bakmakla görevli yargı çevresinin listesinde aranılan nitelikte bilirkişi bulunamıyorsa diğer bölgelerin listelerinden seçim yapılır. Ancak bunlarda da yoksa mahkeme resen bilirkişi seçebilir.

HMK 268/3 maddesine göre söz konusu bilirkişi listeleri Adalet Bakanlığı'na çıkarılacak yönetmeliklere göre gerçekleştirilir.

Ancak, HMK 268/2 maddesine göre “Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara, görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur.”

Bilirkişiliğin kapsamı başlıklı HMK 269/1 maddesi hükmüne göre, bilirkişi mahkemece yapılan davate uygun olarak mahkemede bulunmak, HMK 271. maddesinde belirtilen metne ve usule uygun olarak yemin etmek, hepsinden önemlisi, kendisine HMK 274/1 maddesi doğrultusunda verilen sürede oy ve görüşünü mahkemeye bildirmek zorundadır. Bu yükümlülüklere uymayan bilirkişiler hakkında, HMK 269/2 maddesinin son cümlesinde hükme bağlandığı gibi tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır. Bilirkişilerin yapılan davate uymaması ya da davate uymakla beraber verilen görevi yapmayan bilirkişiye tanıklara ilişkin yaptırımların uygulanacağına ilişkin hüküm HUMK 278. maddesinde değişiklik yapan 1985 yılında yürürlüğe giren 3156 sayılı yasadan bu yana var olan fakat uygulanmayan bir hükümdür.

Zaten bizim anladığımız kadarıyla Türk hukuk sisteminin problemi bilirkişilik görevinin kabul edilmemesi değildir. Bizim problemimiz bu görevin aylarca hatta yıllarca süründürülerek yerine getirilmesi, bilirkişilerin bir kısmının, kendilerini mahkemenin, dikkatinizi çekeriz hakimin değil mahkemenin yerine koyarak, nerede ise hükmün verilmesinde tek etkenin vereceği rapor olduğuna, gerek kendini gerekse insanları inandırmaya çalışması, zaman zaman vatandaşlara sonuç hakkında umut dağıtılmasıdır.

HMK 268/2 ve 270/1 maddelerinde hükme bağlandığı gibi resmi bilirkişiler ile HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte oluşturulacak listelerde yer alan bilirkişiler, bilirkişilik görevinden kaçınamazlar. Ayrıca HMK 270/1 maddesinin diğer bentlerine göre, bilgisine başvurulacak konuyu

bilmeksizin meslek ve zanaatlarını yapamayan kişilerle bu meslek ve zanaatın yapılması için kendilerine yetki verilmiş olan kişiler, bilirkişilik görevini yapmaktan kaçınamazlar. Elbette, HMK 270/1 ve 272. maddesi hükmünde yer alan tanıklıktan çekinme halleri ile bilirkişinin, bilirkişilik görevini yapmaktan yasaklı olması hali ile bilirkişinin reddi hali ile birlikte HMK 270/2 maddesinin son cümlesinde belirtildiği gibi, mahkemece kabul edilebilir bir sebebin ilgili mahkemeye sunulmuş olması hali, bu kuralın istisnalarını oluşturmaktadır.

Daha önce uygulanmasında zorluklar yaşadığımızı yakınlıkla ifade ettiğimiz, HUMK 277. maddesinde düzenlenmiş olan bilirkişinin reddi kurumu HMK 272. maddesinde “Bilirkişinin görevini yapmaktan yasaklı olması ve reddi” madde başlığı altında hükme bağlanmıştır. Madde başlığından da anlaşıldığı gibi yeni düzenleme sadece bilirkişinin reddi kurumunu düzenlemekle kalmamış aynı zamanda bilirkişinin yasaklı olduğu halleri de hükme bağlamıştır. HMK 272/1 maddesi, bir istisna dışında, hakimler hakkındaki yasaklılık ve red sebeplerinin bilirkişiler içinde geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. Kanuna göre oluşan istisna ise, hakimın, “...aynı işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş olması...” bir ret sebebi olmasına rağmen bu neden bilirkişi için ret sebebi değildir. Kanımızca, zaten bilirkişi mesleki bilgisinin gerektirdiği bilgiyi mahkemeye sunmaktadır, bilirkişinin bu bilgi sunumunun yanında beş duyusu ile elde ettiği bilgiyi sunmuş olmasında ve bilirkişinin karara katılmasının söz konusu olmaması nedenleri ile yasa koyucu, bilirkişinin tanıklığında, bir sakınca görmemiştir.

HMK 272/2 maddesine göre, HMK 34 maddesinde hakimler için sayılan yasaklılık hallerinden biri, bilirkişiler için de varsa, mahkeme hüküm verinceye kadar her zaman bilirkişiyi görevden alabilir ve bilirkişinin kendisi de görevden alınma talebinde bulunabilir.

Eğer HMK 36 maddesinde hakimler için belirtilen red sebeplerinden her hangi biri bilirkişiler için gerçekleşir ise, taraflar bunu öğrendikleri tarihten itibaren bir hafta içinde bilirkişinin reddini talep edebilir. Burada belirtilen süre, hak düşürücü süredir. Maddenin yazılımından anladığımız kadarıyla hak düşürücü süre niteliğindeki bu süre, bilirkişilerin kendi kendilerini reddi için de uygulanır. Bu hükmün bilirkişinin kendisi içinde uygulanmasının, bize sakıncalı geldiğini belirtmekte yarar görmekteyiz.

HMK 272/4 maddesi hükmüne göre, “Görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır.” Gene aynı madde hükmüne göre, eğer mahkeme isteğin kabulü doğrultusunda karar verecek olursa, bu kararlar kesindir. Buna karşılık mahkeme talebin reddine ilişkin karar verirse, mahkemenin bu kararından ötürü, esas hakkındaki kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabilir.

Görüldüğü gibi HMK 272. maddesi HUMK’da karşılığı olan 277. maddeden daha geniş şekilde kaleme alınmıştır.

Bilirkişinin görevi kabul zorunluluğu ve bunun dışında kalan halleri incelemenin yanı sıra HMK 275. maddesi ile hukukumuzda ilk defa hükme bağlanan bir husus da belirtmekte yarar vardır. Bu husus ilk defa hükme bağlanmakla

beraber, aklın emrettiği bir kural olduğu için zaten uygulanmakta idi. Söz konusu kurala göre, bilirkişi,

- Kendisine verilen görevin yerine getirilebilmesi için, bir başka meslek alanından yardım alınması gerektiğini düşünüyorsa
- Görevi kabulden kaçınmasını gerektirecek bir mazereti varsa
- Dosya içinde ki belgeler dışında başka belge ve kayıtlara gereksinimi varsa

Bunları, bir hafta içinde mahkemeye bildirmek zorundadır.

Burada belirtilen bir haftanın hangi tarihten başlayacağını belli olmadığını belirtmenin yanı sıra, kanımızca, bu sürenin geçirilmiş olması halinde bile söz konusu durumların varlığını mahkemeye bildirmesinde biz bir sakınca görmemekteyiz. Çünkü yargılamanın sürati kadar yargılamanın kalitesi de önemlidir.

HMK 275/1 maddesinin son cümlesinde yer alan “... görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeret...” sözcükleri ile HMK 272. maddesi yollaması nedeniyle uygulamak zorunda olduğumuz HMK 36/1 de yer alan “... tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebep...” sözcükleri arasında açıklamayı gerektirmeyecek netlikte fark olduğuna dikkatinizi çekmek isteriz.

HMK 275. maddesinde hükme bağlanan “bilirkişinin haber verme yükümlülüğü” nü incelerken HMK’nın 278/3

maddeinde yer alan bir hükmü de bilgilerinize sunmak gerektiğine inanmaktayız. Söz konusu maddeye göre, bilirkişi gerçekten ihtiyaç duyarsa ve mahkeme bu ihtiyacın doğruluğuna inanarak bu yönde karar alırsa, bilirkişi, tarafların bilgisine başvurabilir. Eğer mahkemenin bu yönde bir kararı varsa, bilirkişinin tarafların bilgisine başvururken, kanunun emredici hükmü olarak, diğer taraf da bu dinlemede hazır bulunmalıdır. Ancak, aksine davranışın nasıl bir yaptırımla karşılaşacağı kanunda belirtilmemiştir. Gerek şimdi incelediğimiz HMK 278/3 gerekse hemen aşağıda inceleyeceğimiz 278/4 maddelerinde yer alan hükümler aslında HUMK 279. ve 280. maddelerinde de bulunmaktadır. Bu nedenle sorumuzun yanıtını HUMK 279. maddesi ile ilgili kararları tarayarak bulmaya çalıştık ancak bu konuda bir karara rastlayamadık. Bu nedenle ya bilirkişiler tarafları dinlemiyor ya da kurallara uygun dinliyorlar kanısına ulaştık.

Tarafları dinleme yetkisi verilen bilirkişiye, HMK 278/4 maddesi hükmü gereği, “...bir şey üzerinde inceleme yapmak...” istemesi halinde, bu inceleme zorunlu olmak koşulu ile mahkemece izin verileceği de hükme bağlanmıştır.

Mahkeme bilirkişi deliline başvurmaya karar verdiğinde, HMK 273 maddesine göre, bu kararda,

- İnceleme konusunun bütün sınırları ile belirlenmesi,
- Bilirkişinin cevaplama gereken sorular
- Raporun verilme süresi

Belirtilir. Daha sonra, HMK 273/2 hükmü doğrultusunda hazırlanacak bir yazı ile görev bilirkişiye verilir. HMK 273/2 maddesine göre, kanımızca, bundan böyle bilirkişiye dosya verilmeyecek, bilirkişiye sadece, incelemesi gereken şeyler bu yazı ekinde hatta gerekirse mühürlü olarak ve tutanağa bağlı bir şekilde teslim edilecektir.

Bilirkişi görev yazısını almakla HMK 278/1 maddesi gereği kendisinin mahkemenin sevk ve idaresinde olduğunun bilinci ile hareket etmek zorundadır. Bilirkişi, görev alanı ve sınırları açısından bir tereddüde düşerse bunun giderilmesini, HMK 278/2 maddesi gereği her zaman mahkemeden isteyebilir.

Bilirkişi kendisine HMK 273/1.a maddesi hükmü gereği sorulan sorulara, vereceği cevapları, mahkemenin görüşüne uygun olarak sözlü ya da yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bilirkişi bu bildirimi yaparken sadece HMK 273/1.a gereği sorulan sorulara cevap vermekle yükümlü olup özellikle hukuki konularda beyanda bulunamaz ve de başkaca bir yorum yapamaz.

Birden fazla bilirkişi atanabileceği mümkün olduğu için bunların farklı düşüncede olmaları halinde raporda bu farklılığın bildirilmesine hatta HMK 279/2 maddesi gereği azınlıkta kalan bilirkişinin gerekirse, ayrı bir rapor düzenlenmesine de olanak verilir.

Bilirkişi raporunun içeriğinin nasıl olacağı HMK 279/2 maddesinde hükme bağlanmıştır. Eğer mahkeme bilirkişinin görüşünü yazılı olarak sunmasını uygun görmüş ise bilirkişi hazırlayacağı raporu, HMK 273/1.c maddesi gereği kendisine verilen süre içinde ve yasada belirtilen düzene uygun olarak

hazırlamakla görevlidir. Verilecek olan bu süre HMK 274/1 maddesi gereği üç ayı geçemez. Eğer bu süre yeterli olmazsa mahkeme aynı maddeye göre üç ayı geçmemek üzere süreyi bir defalığına uzatabilir. HMK 274/2 maddesi ise bu sürenin aşılması halinde bilirkişiler için uygulanması gereken yaptırımları içermektedir. Hazırlanan bu rapor taraflara tebliğ edilir. Taraflar HMK 281 maddesi hükmünde belirtildiği gibi,

- Eksik görülen hususların tamamlattırılmasını
- Belirsizlik görülen hususların açıklattırılmasını

Mahkemeden talep eder. Taraflar bu taleplerinin aynı bilirkişilerce yerine getirilmesini isteyebilecekleri gibi bir başka bilirkişi tarafından da yerine getirilmesini isteyebilirler. Taraflar bu taleplerini raporların kendilerine tebliğinden sonra iki hafta içinde yapmak zorundadırlar. Kanımızca bu süre hak düşürücü süre ya da kesin süre olarak yorumlanmalı ve yeni süre verilmemelidir. Bu günkü uygulamada, Yargıtay bilirkişilere açıklayıcı soru sormakla, rapora itirazı ayrı ayrı kabul etmiş ve itirazın her zaman yapılacağını değişik kararlarında vurgulamıştır. Kanımızca bu uygulama devam edecektir. Bu eksikliklerin giderilmesi ya da belirsizliklerin giderilmesi hakimın kararına göre yazılı olarak yada belirlenecek oturuma bilirkişilerin daveti yolu ile sözlü olarak da yapılabilir. Bu aşamada gerek tarafların talebi ile gerekse mahkemenin resen yeni soru sormak hakkı bulunmaktadır.

HMK 282/1 maddesi gereği aynen HUMK 286/1 maddesinde olduğu gibi, hakim bilirkişi raporunu serbestçe

değerlendirir. Buna rağmen, HMK 285/1 maddesine göre “Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler.” Görüldüğü gibi, HMK’nın 3/1 maddesinin vücut bütünlüğü gibi sınırlı nedenlerle benimsediği devletin sorumlu olması ilkesi hakimlerde olduğu gibi bilirkişilerde de kabul edilmiştir. HMK 286/1 maddesi bu davanın hangi mahkemede görüleceğini HMK 285/2, 286/2 ve 287 maddeleri ise Devletin rücu davası açmak hakkını, bunun için uygulanacak zamanaşımı süresini ve davanın hangi mahkemede görüleceğini hükme bağlamaktadır.

HMK 277/1 maddesi, bilirkişiye sır saklama yükümlülüğünü getirmiştir. Madde hükmüne göre “Bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür.

HMK 283/1 maddesi bilirkişi ücretinin ve giderlerinin kapsamını Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak tarifelere göre hükmedileceğini belirtmektedir.

HMK 284/1 maddesi ise bilirkişilerin ceza kanunu anlamında kamu görevlisi olarak kabul edildiğini hükme bağlamaktadır. Ancak, yeni uygulama ile birlikte, 5020 sayılı kanunla 2003 yılında HUMK 286. maddesine eklenen fıkrada yer alan, mal bildiriminde bulunulması ve Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümlerinin

uygulanmasına ilişkin hükmün ne olacağının cevaplanması gerektiğine inanmaktayız.

HMK 293. maddesi “uzman görüşü” madde başlığı ile yeni bir kurumu getirmektedir. Kanımızca bu kurum nedeniyle bu güne kadar uygulanmakta olan “bilimsel mütalaa” yasal bir zemine oturmuş olacaktır. Üstelik mahkemelerin hukukçu bilirkişi atamasının olanaksız olmasının defalarca vurgulanmış olması nedeniyle, eğer taraflar hukukçu görüşü sunmak isterlerse, bu yolu deneyebileceklerdir. Kendisi tarafından atanan bilirkişinin hazırladığı raporu serbestçe takdir eden hakim bu raporu da serbestçe takdir edecektir. Uzman raporu için tarafların mahkemeden süre istemeyecekleri HMK 293/1 maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Gene aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, “dava konusu olayla” ilgili olarak uzman kişinin vermiş olduğu bilimsel mütaladan sonra, mahkeme uzmanı davet edilerek dinlenmesine karar verebilir. Eğer uzman bu davete gelmez ise, bu uzmanın raporu değerlendirme dışı bırakılır.

BÖLÜM 18

1 HAZİRAN 2011 – ÇARŞAMBA

6100 SAYILI HMK'YA GÖRE KEŞİF DELİLİ

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

HMK ile ilgili tüm açıklamalarımızda dile getirdiğimiz gibi, tahkikatın amacı, hakimin davayı yeterince anlamasını sağlamaktır. İşte bu nedenle HMK 288/1 maddesi, HUMK 363’de yer alan ifadeden daha açık bir şekilde bunu dile getirerek keşif deliline ne zaman ve nasıl gereksinim olacağını hükme bağlamıştır.

HMK 288/1 maddesine göre, “Hakim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla...bilgi sahibi olmak...” amacıyla ise keşif deliline başvurulur. Ancak, HMK 288/2 maddesine göre keşif ancak sözlü yargılama aşamasına kadar gerçekleştirilmelidir.

HMK 288/1 maddesine göre, hakim keşif kararını resen alabileceği gibi tarafların talebine dayalı olarak da alabilir. Eğer keşif sırasında, özel bilgiyi gerektirecek bir husus da incelenecek ise hakim, gerek HMK 288/1 gerekse 290/2 maddeleri hükümleri gereği, keşifte bilirkişi de bulundurabilir. Her ne kadar madde metni içinde yer almamakta ise de madde gerekçesinde yer alan açıklamaya ve HMK 290/2 maddesine göre keşif sırasında bu gün yapıldığı gibi tanık da dinlenebilir.

Keşifteki amaç hakimin bilgi sahibi olması olduğu için kural olarak keşif davaya bakan mahkeme tarafından yerine getirilir, Hatta Büyükşehir Belediyesi hudutlarında olmak kaydı ile yargı çevresinin değişmiş olmasında bile davaya bakan mahkemenin hakiminin bu keşfi gerçekleştireceği HMK 289/2 maddesinde hükme bağlanmıştır. Eğer yargı çevresi değişikliği Büyükşehir sınırları dışında ise bu kez keşif istinabe yolu ile gerçekleştirilir.

HMK 290/1 maddesi “keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir.” Hükümünü getirmiştir. Ancak bu hüküm kanımızca HUMK 364/1 maddesinde yer alan “Keşif iki taraf davet edildikten sonra vicahlarında ve davete icabet etmedikleri halde gıyaplarında... yapılır.” şeklindeki hüküm kadar açık değildir. HUMK’da yer alan hüküm delillerin tarafların huzurunda değerlendirilmesi ilkesine uygun bir yazılım taşıdığı gibi HMK 291. maddesiyle ilk kez düzenlenen “keşfe katlanma zorunluluğu” ile ilgili hükümlere de uygun bir yazılımdır. Kanımızca, HMK 290/1 de davet hükme bağlanmamış olmakla beraber, gerek eski uygulamaya yön veren ilmi ve kazai içtihatlardaki açıklık gerekse işin özü dikkate alınarak davete ilişkin kurallar bugün de uygulanmalıdır.

HMK 290. maddesine bir bütün olarak baktığımızda, keşif sırasında, tanık ve bilirkişi dinlenmesinin yanı sıra, film, çizim, fotoğraf gibi belge alınabileceğinin hatta geçmişini canlandırmak açısından temsili uygulama yapılabileceğinin hükme bağlandığını, keşifte yapılan tüm işlemlerin ise düzenlenecek bir tutanakla belgelenmesi gerektiğinin de madde içeriğinde hükme bağlandığını görmekteyiz.

“Keşfe katlanmak zorunluluğu” başlığını taşıyan HMK 291. maddesi hukukumuzda yeni giren bir düzenlemedir. Bu maddeye göre, keşfin yapılmasına karşı koyan kişi bu davranışının sonuçlarına katlanmalıdır. Madde, karşı koyan tarafın ispat yükünü taşıyıp taşıyamamasına göre, karşı koymanın yükümlülüğünü ayrı ayrı düzenlemiştir. Ancak madde bu yükümlülüğün mutlak uygulanır olmadığını, uygulamanın,

hakimin takdirine girdiğini de ayrıca belirtmiştir. Bu nedenle, eğer karşı koyan ispat yükünü taşıyan taraf ise, bu delilden vazgeçmiş sayılabilecektir ve eğer karşı taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılabilecektir.

HMK 291/2 maddesi, üçüncü kişinin de keşfe katlanması/ izin vermesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Üçüncü kişi, ancak, tanıklıktan çekinme hakkı olduğu gerekçesi ile bu yükümlülüğünden kaçınabilecektir. Söz konusu maddeye göre, aksi davranışlar disiplin para cezasını gerektiren haller olduğu gibi, hakim bu durumların varlığı halinde zor kullanılması yolunda da karar alabilir.

Gene aynı madde hükmüne göre, keşif üçüncü kişiyi ilgilendiriyorsa ve acil hal sayılmasını gerektiren bir zorunluluk yoksa üçüncü kişinin uygun olduğu zamanda yapılır ve bu durum üçüncü kişiye bildirilir. Ancak aksi durum söz konusu ise yani zorunluluk varsa bildirim yapılmasının ve derhal yapılabilir.

HMK 292 maddesi de HUMK da yer alamayan bir maddedir. Bu maddeye göre soy bağının tespiti açısından yapılacak vücuttan doku almayla ilgili olarak, gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin katlanması zorunluluğu hükme bağlanmıştır. Aynı maddeye göre üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkını kullanarak bu yükümlülüğünden kaçınamaz. Aksi davranışlarda hakim gerek taraflar gerekse üçüncü kişi için zor kullanma kararı alabilir.

BÖLÜM 19

26 NİSAN 2011 – SALI

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE HÜKÜM

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Bize göre, muhakemenin sonunda tarafların iddia ve savunmalarının değerlendirilerek uyuşmazlığa son vermek üzere, hakim tarafından varılan “nihai karara” yani sonuca hüküm denmektedir. Hüküm esasa ve usule ilişkin olabilir. Bazen hakim hükmünü vermeden önce taraflar kendilerince gerçekleştiren bazı işlemlerden ötürü de yargılamaya son vererek uyuşmazlığı çözebilmektedir. Bunlara HMK’ya göre “davaya son veren taraf işlemleri” denmektedir. İşte bu konu HMK’nın 294 vd. maddelerinde incelenmektedir.

HMK’nın 294/2 maddesine göre, hüküm yargılamanın sona erdiği duruşmada tefhim olunur. Hüküm HMK 294/3 maddesine göre iki kısımdan oluşur. Bunlardan biri hüküm kısmı diğeri ise sonuç kısmıdır. HMK’nın 294/2 maddesine göre, kural olarak hüküm yargılamanın sona erdiği oturumda verilir ve tefhim olunur. Tefhimin hem hükmü hem de sonuç kısmını içermesi gerekir. Eğer, hüküm kısmı zorunlu nedenlerden ötürü tefhim edilemiyorsa, sonuç kısmı HMK 294/3 maddesi gereği mutlaka duruşma tutanağına yazılmalıdır ve HMK 294/4 maddesi gereği duruşmayı takip eden bir aylık süre içinde gerekçeli karar yazılmalıdır.

Bu hükümler öncelikle esasa ilişkin kararlar için geçerlidir. Ancak, niteliğine aykırı düşmediği müddetçe, bu hükümler, usule ilişkin kararlar için de uygulanır.

Hükmün tebliği aşamasında salonda bulunanların hepsi, hükmü ayakta dinler. Kanımca bu “hepsi” sözcüğünün içine, duruşmada görev alan savcı varsa o da dahildir.

HMK 294/2, 295/2 ve 295/3 maddelerini birlikte değerlendirmekte yarar bulunmaktadır. Böylesi bir değerlendirme

yapıldığında, hükmün hazırlanmasından önce tarafların sözlü açıklamalarını tamamlamaları ve hükmü verecek olan hakim yada hakimlerin bu sözlü açıklamaları mutlaka dinlemiş olmaları gerekmektedir. Çünkü HMK 295/2 maddesine göre, hüküm vermek ya da heyetli mahkemelerde hükme katılabilmek için mutlaka yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği duruşmada hazır bulunmak ve 295/3 e göre tarafların sözlü açıklamalarını dinlemiş olmak gerekir. Bu husus HMUK 384. Maddesinde de belirtilmiştir. Hatta kanımıza göre daha güçlü bir şekilde ifade edilmiştir. HMUK madde 377'ye baktığımızda sözlü yargılamaya ilişkin temel hükmün bu madde içersinde yer aldığını görmekteyiz. Bu konuda Yargıtay içtihatlarını taradığımızda bulduğumuz 9.12.1931 gün E1931/21 K1931/47 sayılı YİBGK kararına baktığımızda; gıyapta yargılamanın yürürlükte olduğu dönemde bile taraflardan birine tahkikat aşamasında duruşmaların yokluğunda yürümesine ilişkin karar verilmiş olması halinde dahi, sözlü savunmanın geldiği aşamada, bu gıyap kararının bir anlam ifade etmeyeceği, tarafın yeniden davetinin zorunlu olduğu, tarafa sözlü savunma hakkının verilmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır. Aynı nitelikte bir karar ise HGK'nın 20.09.1995 gün 1995/2-551 E ve 1995/747 K sayılı kararıdır. Bu kararda da tahkikat aşamasındaki gıyabın hüküm aşamasındaki sözlü yargılamayı kapsamayacağı; bu nedenle sözlü yargılama için de tarafın davetinin gerektiği vurgulanmış, ancak; eğer çıkartılan davetiyede tebligat yasa-sının 9. maddesindeki hususları ihtiva etmesi ve “belli edilen günde mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde tahkikata yoklukta devam edileceği ve hüküm verileceği” meşruhatı

/ açıklaması konmuş ise duruşmaları takip etmeyen tarafa yeniden davetiye çıkartılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanımızca YİBGK'nın kararında HUMK 377. maddeye verilen önem ve hassasiyet YHGK kararında yoktur. Üstelik uyulması zorunlu olan YİBGK kararına YHGK kararında uyulmamıştır. HGK kararı daha çok yargılamanın bir an evvel sonuca gitmesini dikkate almış, zaten sözlü savunmanın yerel mahkemelerce hiç uygulanmadığını, tarafların ve özellikle avukatların buna karşı gelmediklerini de görerek kendince bir çözüme ulaşmıştır. Bundan böyle yasanın tanıdığı bir hakkı kullanma ve yargılamayı yasaya uygun hale getirirken avukatlık mesleğini aktifleştirmenin bizlere düşen bir görev olduğunu düşünüyor ve uygulamanın bu şekilde geliştirilmesini öneriyoruz. (Bu konuda daha önce yazdığım ve inisiyatif.net ile enderdedeagac.blogspot.com da yayınlanan “HUMK’ya Göre Yazılı Yargılama ve Yanlışlarımız” başlıklı yazının okunmasını da önermekteyim)

Görüldüğü gibi, HUMK döneminde gerek tarafların gerekse hakimlerin sık sık kullandığı, “burada yazılı yargılama geçerlidir.” Beyanı yasa ile bağdaşmayan hatta emredici nitelikte olan usul hükümlerine aykırı bir beyandır. Dilerim bundan böyle, zamanım yok mazeretine sığınılmadan, bu kural uygulanır. Üstelik uygulanması, yargının yasamaya olan saygısını gösterir. Eğer siz başkalarına yeterince saygı göstermiyorsanız onlardan da saygı beklemeye hakkınız yoktur. Günlük hayata ilişkin bu kural bana göre kuvvetler ayrımı ilkesinin temelinde de yer almaktadır. Üstelik, yazılı yapılan açıklamaların yanı sıra yapılacak olan sözlü açıklamalar, hem açıklamayı yapanların anlatımını hem de

ilk ve vazgeçilmez görev olarak tarafları anlamak görevini yüklenmiş olan hakimin daha iyi anlamasını ve çözümün daha hukuka uygun ve daha adil olmasını sağlayacaktır. Ayrıca eğer yasama bunu böyle istiyorsa ve usul uyulması zorunlu kamu kuralları ise zaman problemi hakimin değil yasamanın ve yürütmenin problemidir.

Hükmün hazırlanması gizli olarak yapılır. Hazırlanmış olan hüküm alenen tefhim edilir. (HMK 295/1) Eğer toplu mahkemeler söz konusu ise, HMK 296/1 hükmü gereği hükmün verilmesine ilişkin toplantıyı mahkeme başkanı yürütür ve oylama en kідemsiz üyeden başlanarak yapılır. HMK 296/2 hükmü gereği ise kararın oy çokluğu ile verilmesi mümkündür. Eğer oy çokluğu ile alınmış bir karar söz konusu ise, HMK 298/3 maddesi gereği karşı oyun açıklanması içinde gereken olanak tanınmalıdır. Gerekçeli karar, hükmü veren hakim tarafından yazılır eğer hüküm toplu mahkemede verilmiş ise, hüküm, hükme katılmış olmak şartı ile başkan yada başkanın görevlendireceği bir üye tarafından yazılır (HMK 298/1)

Gerekçeli kararın, tefhim edilen hükme aykırı olmaması gerekir (HMK 298/2)

Hükmün içeriğinin neleri ihtiva etmesi gerektiği, HMK'nın 297/1 ve 297/2 de belirtilmiştir. HMUK 388,389 ve 390 maddelerinin tekrarı niteliğinde olan bu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi yenidir. Söz konusu cümleye göre, hükmün başına “Türk Milleti Adına” ifadesi yazılmalıdır. Bu açıklama, kanımızca, kuvvetler ayrımının, yasama organı tarafından bir kez daha belirtilmesidir. O halde, yargının

vazgeçilmez güç olduğunu, devlete ait güçleri paylaştığını dile getiren ve gerçek egemenliği elinde bulunduran yasama organının bu beyanına sahip çıkıp, yargıya herkesten çok saygı göstermeliyiz.

Söz konusu madde hükümde yer alması gereken unsurları tek tek saydığı ve çok önemli olduğu için, aynen alınmıştır.

Hükmün kapsamı

MADDE 297– (1) Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

- a. Hükmü veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hükmün hangi sıfatla verildiğini.
- b. Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini.
- c. Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri.
- ç. Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

d. Hükmün verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin imzalarını.

e. Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi.

(2) Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

HMUK da yer alan 388 ve 389 maddeleri ile HMK'nın 297 maddesini karşılaştırdığımızda, daha doğrusu madde gerekçesine baktığımızda, Türk Milleti Adına karar verildiğinin belirtilmesi ve TC kimlik numarasının yazılması şartı dışında bir yenilik taşımadığını görmekteyiz.

Hükmün imzalanması ve imzalı metnin mahkeme arşivinde saklanması yasanın emridir. HMK 297/ 1.d, 298/4 ve 300 maddeleri ayrı ayrı bu hususu belirtmektedir. Bu maddelere göre, hükmü veren hakimler ve bu aşamada hazır bulunan zabıt katibi hükmü imzalar. Gerekçeli kararın yazılmasından sonra hakimın imzalamasına ölüm yada benzeri bir neden engel oluyorsa HMK 299/1 maddesine göre eğer olay tek hakimli bir mahkemede meydana gelmiş ise yeni hakim tefhim edilen hükme sadık kalarak yeni bir gerekçeli karar hazırlar ve imzalar eğer olay toplu mahkemede meydana gelmiş ise geriye kalanlar gerekçeli kararı imzalar ve noksan imzanın nedenini gerekçeli kararın imza bölümünde açıklarlar.

Hüküm yazıldıktan ve imza işlemleri tamamlandıktan sonra birer örneği taraflara verilir. Taraflara verilen bu örneğe ilam adı verilir. Eğer örnekler arasında bir fark varsa, Mahkeme de saklanan örnek asıl alınır. (HMK 301)

HMK'nın 302 maddesi HUMK'daki karşılığı olan 433/3 den farklı olarak kaleme alınmıştır. HMK kaleme alınırken, harçlar kanununda yapılan değişikliğe rağmen, bakiye harcın ödenmemesi halinin kararın tebliğe çıkmasına ve icraya konmasına engel olamayacağı açıkça belirtilmiştir. (Uyuşmazlığın bulunduğu dönemle ilgili olarak “Harçlar Kanununun 28. ve 32. Maddeleri Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararı ve Uygulama” adlı yazım incelenebilir)

HMK'nın 303. maddesi HMK Tasarısının 307. ve HMUK 237. maddesinin karşılığıdır. Ancak bazı yenilikleri ve daha geniş bir açıklamayı içermektedir. Bu nedenle gerek madde metni gerekse madde gerekçesi aynen aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.

HMK MADDE 303– (1) Bir davaya ait şeklî anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

(2) Bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder.

(3) Kesin hüküm, tarafların küllî halefleri hakkında da geçerlidir.

(4) Bir dava dolayısıyla ortaya çıkan kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir ayni hak veya fer'î zilyetlik kazanan kişiler hakkında da geçerlidir. Ancak, Türk Medenî Kanununun iyiniyetle mal edinmeye ait hükümleri saklıdır.

(5) Müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hüküm, diğerleri hakkında geçerli değildir.

HMKT 307. Madde Gerekçesi

Bu maddede kesin hüküm, kesin hükmün unsurları ile tarafları ve üçüncü kişiler açısından sonuçlan düzenlenmiştir. Kesin hükmün, bir baloma, 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 hükmü 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 vurgulamakla 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 külli halelleri (örneğin; mirasçılar) bakımından da geçerlidir. Bundan başka kesin hüküm, o hükmün

kesinleşmesinden sonra dava konusu olan şeyi taraflardan devralan veya bu şey üzerinde rehin, İntifa gibi sınırlı bir aynî hak ya da fer'î 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 bir veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hükmün diğerlerine etkisi olmayacaktır.

Hükümle ilgili açıklamalar yaparken, HMK'nın 304, 305 ve 306. maddelerinde düzenlenen, “hükmün tashihi” ve “hükmün tavzihi” konularını da dikkate almak gerekmektedir. Bu kurumlar HUMK 459, 455, 456 ve 457. maddelerinde de düzenlenmişlerdi. Bu kez temel yapısı aynı kalmakla birlikte küçük bazı değişikliklerle HMK da yer almışlardır. Her iki kurum da, mahkemenin, karar vererek, davadan elini çektiği aşamada doğan sorunları ortadan kaldırmaya yöneliktir.

HMK 304/1 de yer alan “hükmün tashihi”ni incelediğimizde, hükmün tashihi yoluna gidilebilmesi için, hükümde “yazı ve hesap hataları” ile “benzeri açık hatalar”ın yer alması gerekmektedir. Eğer böylesi hatalar söz konusu ise, tarafların başvurusu ile ya da hakim resen bu hataların ortadan kaldırılması için yasanın emrettiklerini gerçekleştirir.

Eğer, hüküm taraflara tebliğ edilmemiş ise, hakim, resen yada taraf başvurusu ile bu hatayı giderir ve HMK 304/2

madde gereği, yapılan düzeltmeyi, gerek mahkemede saklanan gerekse taraflara verilen örneklerin altına yada ek olarak bir başka kağıda yazar.

Eğer hüküm taraflara tebliğ edilmiş ise, hakim hükmün tashihi için, tarafları dinlemek için çağırarak zorundadır. HMK 304/1 maddesine göre bu çağırma işlemi gerçekleştirilmeden, hükmün tashihi ile ilişkin karar verilemez. Ancak, tarafların yapılan davete rağmen gelmemesi halinde, hakim dosya üzerinden karar verebilir. Madde gerekçesine göre, HMK 304 maddesinin HMUK 459 maddesinden ayrılan en önemli özelliği, hükmün taraflara tebliğinden sonra oluşan, tashih istemlerinde, tashih yapılması halinde, tarafların elindeki örneklerle mahkemede saklanan asıl arasında fark doğmasını önlemektir. Kanımca, her iki tarafın gelip, yapılan tashihi kendi örneklerine işlettiklerinde amaca ulaşılmış olacaktır. Ancak, taraflardan biri özellikle karar düzeltmenin kendi zararına olduğunu düşünen taraf gelmez ya da yapılan tashihi kendi örneğine işletmez ise, ne olacaktır? Kanımızca, böylesi bir durumun varlığı halinde, diğer taraf, icra aşamasında, düzeltilmiş örneği, icra yetkililerine sunarak doğrunun uygulanmasını sağlayabilir.

HMK 305 ve 306 maddelerinde düzenlenen karar tavihi daha önce HMUK 456 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Hükmün tavihinin istenebilmesi için verilen hükmün;

- Yeterince açık olmaması
- İcra işlemleri sırasında uygulanması açısından tereddüt uyandırıyor olması

- Hükümün içinde bir birine aykırı fıkralar bulunması

gerekmektedir. Eğer böylesi bir hal söz konusu ise, taraflardan her biri hükmün tavzihini isteyebilir. HMK 305/1 maddesi, hükmün tashihini düzenleyen HMK 304/1 maddesinden ayrılmış ve HUMK'da da olduğu gibi tavzihın sadece taraflarca istenebileceğini bu konuda hakimın resen hareket etmek yetkisinin olmadığını hükme bağlamıştır.

HMK 305/1 maddesine baktığımızda, hükmün tavzihinin ancak, hükmün “icrası tamamlanıncaya kadar” istenebileceğinin hükme bağlandığını görmekteyiz. Eda davalarında, hükmün icrasının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak kolaydır. Ancak, tespit ya da inşai bir davada bunu saptamak kolay olmayabilir. İşte bu konu madde gerekçesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Madde gerekçesine göre, diğer dava türlerinde, hükmün uygulanması söz konusu olduğu müddetçe hükmün tavzihi istenebilecektir.

HMK 306/1 hükmüne göre, tavzih isteminde bulunan taraf, mahkemeye dilekçe ile başvurur. Başvuran taraf, bu başvurusunda taraf sayısından bir fazla dilekçe sunar. Tavzih isteyenın başvuru dilekçesinin örnekleri, karşı tarafa tebliğ edilir. Bu tebliğ işleminde, hakim cevap süresini de belirtir. Görüldüğü gibi yasa koyucu burada HMK 127 maddesinde belirtilen, iki haftalık, cevap süresinden ayrılmış ve süreyi kendisi belirlemek yerine hakimın takdirine bırakmıştır. Eğer karşı taraf bir cevap vermiş ise bu cevap dilekçesi tavzih isteyen tarafa tebliğ olunur. HMK 306/1 maddesine göre, tavzih isteyenin, kendisine cevap dilekçesinin tebliğinden

sonra yapacak herhangi bir işlemi yoktur. Cevap dilekçesi kendisine bilgi olarak gönderilmektedir.

Hakim cevap verildikten yada cevap için verilen süre geçtikten sonra, kararını dosya üzerinden verir. Ancak gerek görürse tarafları dinleyebilir.

HMK 305/2 maddesi hükmüne göre “Hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tavzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez.”

DAVAYI SONA ERDİREN TARAF İŞLEMLERİ

Hüküm, yargılamanın tüm aşamaları bittikten sonra, hakim tarafından uyuşmazlığı sonlandırmak için, taraflara haklar ve borçlar yükleyen bir karardır. Verilen bu karar davayı sona erdirir. Buna karşılık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, kamu düzenini ilgilendirmeyen, hukuki uyuşmazlıklarda, taraflar hükmü beklemeksizin de uyuşmazlığa son verebilirler. İşte bu aşamada, uyuşmazlığı sona erdiren, bu işlemlerin neler olduğunu, HMK'nın 307 vd maddelerinden yararlanarak incelemeye çalışacağız.

Davayı sona erdiren taraf işlemleri, feragat, kabul ve sulh olmak üzere, üç adettir. HMK 307/1 maddesi feragati ve 308/1 maddesi kabulü tanımlamış, HMK 309, 310, 311 ve 312. maddeleri ise feragat ile kabule ilişkin ortak hükümleri belirtmiştir.

HUMK 91. maddede düzenlenen feragat, HMK 307. vd maddelerinde genişletilerek düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki feragat ancak tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri davalar için geçerlidir. Yasa koyucu, HMK'daki düzenlemeleri yaparken HUMK'dan farklı olarak kısmi feragati de hükme bağlamış ve HMK 307/1 de ki tanımı bu farklılığı da içerecek şekilde gerçekleştirmiştir. HMK 307/1 maddesine göre, "Feragat davacının talep sonucundan kısmen ya da tamamen vazgeçmesidir."

Davayı kabul de davadan feragatte olduğu gibi tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar için geçerlidir. Bu

husus, feragatin aksine, kabul için, HMK 308/2 de açıkça hükme bağlanmıştır. Halbuki feragatte bu hususu hükümet gerekçesinde yer alan açıklamalardan anlamaktayız. HMK 308/1 de yer alan tanıma göre “Kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen ya da tamamen muvafakat etmesidir.” Kanımızca, burada “muvafakat etmek” yerine “kabul etmek” sözcükleri kullanılsa idi, günümüz Türkçesine ve maddenin anlamına daha uygun olurdu.

Görüldüğü gibi, HMK kabulü düzenlerken de HUMK’dan ayrılmış ve HUMK 92. maddesinde olmamasına rağmen uygulanan kısmi kabulü de yasa hükmü haline getirmiştir.

HMK 309. maddesine göre, feragat ve kabul, ister dava konusunun bir kısmı isterse tamamı için gerçekleştirilsin, açıkça belirtilmeli ayrıca kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Feragat ya da kabul beyanı, dilekçe ile yapılabileceği gibi duruşmada sözlü olarak da gerçekleştirilebilir. Eğer sözlü yapılmış ise duruşma tutanağına yazılması gerekmektedir. Günümüzde uygulandığı gibi tarafların imzalarının alınıp alınmayacağı konusunda HMK’da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak davaya son veren taraf işlemi olması nedeniyle uygulamanın aynen devam etmesi ve beyan sahibi tarafından imzalanması gerektiğini düşünmekteyiz.

HMK 310/1 m. göre, feragat ve kabul işlemleri hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir ve HMK 309/2 maddesine göre karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan bu işlem, taraf iradesine bağlı konularda, kesin hüküm gibi sonuç doğurur.

Feragat ve kabul kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı için, taraf, ancak HMK 311/1 maddesinin son cümlesinde belirtildiği gibi, irade bozukluğu hallerinde, feragat ve kabulün iptalini isteyebilir. Bunun dışında, kesin hüküm olarak yerine getirilmesi gerekmektedir.

Sulh ise HMK 313 vd. maddelerinde düzenlenen bir hukuksal kurumdur. Sulh, aslında tüm ADR yöntemlerinin yani uyuşmazlıkların uzlaşarak/anlaşarak çözüme kavuşturulması yöntemlerinin temelidir. Sulh dışında verilen tüm isimler, sulhun alt sınıflarını belirlemek için oluşturulmuştur. Sulhun, ABD kaynaklı bir hukuksal kurum olduğu kanısını uyandıracak anlatımlar günümüzde yaygın olmasına rağmen sulh yüz yıllardır tüm kültürlerde uygulanan bir yöntemdir. Türk Hukuk sisteminde de sulh kurulduğu günden bu yana vardır ve Osmanlı Hukuk sisteminde de uygulanmıştır. Gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarla göre sulh, davada kabul ve feragatin birlikte uygulanmasıdır. Günümüzdeki ifadesi ile “kazan-kazan” formülünün uygulanmasıdır. (Sulh ile ilgili olarak “Yeni (6100 sayılı) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh” adlı yazıma bakabilirsiniz)

Sulh HMK 313. Maddesini madde gerekçesi ile birlikte değerlendirdiğimizde, HMK’nın sadece mahkeme içi sulhu düzenlediğini mahkeme dışı sulhu bir borçlar kanununa tabi maddi hukuku işlemi olarak değerlendirdiğini görmekteyiz.

HMK 313 maddesine göre, sulh, mahkeme huzurunda yapılan bir sözleşmedir. Taraflar, bu sözleşme ile görülmekte olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir davada, davayı kısmen ya da tamamen sona erdirmeyi

amaçlarlar. Taraflar bu amaçları doğrultusunda, hazırladıkları sulh sözleşmesini HMK 315/1 maddesi doğrultusunda, mahkemeye sunarlar. HUMK uygulamasında tarafların mutlaka yazılı bir sözleşme sunmalarının yanı sıra iradelerini duruşma tutanağına da yazdırmaları sulhun doğumu için yeterli olmaktaydı. Kanımızca bu uygulama aynen devam edecektir. Mahkemeye sunulan bu sözleşme doğrultusunda, mahkeme tarafların iradelerini dikkate alarak iki tür karar verebilir. Bu husus HMK 315/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan biri, “sulh nedeniyle karar vermeye gerek olmadığına ilişkin” karardır. Diğeri ise, sulhun “aynen hüküm fıkrası” olarak yazılmasıdır.

Sulh HMK 314/1 maddesine göre, hüküm kesinleşinceye kadar yani kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen yapılabilir.

HMUK da yer almamasına rağmen, uygulamada kabul edilen, sulhun şarta bağlı olarak yapılabileceğine ilişkin kural bu kez HMK’nın 313/4 maddesinde yer almaktadır. Bundan böyle şarta bağlı sulh sözleşmeleri yasal dayanağa kavuşturulmuş olmaktadır.

HMK 313/3 maddesine göre “Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dahil edilebilir.” Bu hüküm uygulamayı kolaylaştıracak bir husustur.

Üstelik talebin ıslah yolu ile değiştirilmesi ve genişletilmesine olanak tanındığına göre hukuk düzenine aykırı bir hususta yoktur.

Sulh hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede her aşamada taraf iradesine dayalı olarak yapılabilecek bir usul işlemi olmasının yanı sıra, gerek HMK137/1 maddesi gerekse, İş Mahkemeleri Kanunu, Aile Mahkemeleri Kanunu gibi kanunlar tarafından hakimlere, tarafları sulhe yönlendirmesi, hatta sulh teklif edilmeksizin davanın esasına başlanılamayacağının emredilmesi dikkate alındığında, sulhun hukuk düzenimizdeki yeri çok iyi anlaşılmaktadır. Tüm bunlara rağmen uygulamada hakimler sulh önermekten kaçınmaktadırlar. Hatta sulhu aile mahkemelerinde sadece tarafların barışarak salonu birlikte terk etmesi olarak anlamaktadırlar. Bazı hakimlere göre ise sulh ihsası rey olarak kabul edilmektedir. Kanımızca, önce hakimler bu yanlışlardan dönmeli aynı zamanda avukat olarak bizler de dava takip etmekten daha zor olan sulhu hayata geçirmeliyiz. Daha zor çünkü, sulhun sonuçlanmasında, vekil edene, karar veren hakim örneğinde olduğu gibi, gösterilecek bir suçlu yok. Eğer ortada bir yanlış varsa bunun tek suçlusu biziz. Ancak bu yolun uygulanabilir olması mesleğin itibarını arttıracaktır.

BÖLÜM 20

9 ŞUBAT 2011 – ÇARŞAMBA

YENİ (6100 SAYILI) HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA SULH

AV. ENDER DEDEAĞAÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, onaylanmak için, Cumhurbaşkanlığı'na sunulan kanunlar arasında yer almaktadır. Büyük bir olasılıkla da onaylanarak 2011 senesinin 10. ayında yürürlüğe girecektir. Bu nedenle bir an evvel, kanunun irdelenmesi ve uygulamada karşılaşılabilecek olası problemlerin nasıl çözüleceğinin tartışılarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir diye düşünüyorum. (Kanun, bu yazının kaleme alınmasını takiben onaylanarak 04.02.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

Daha önce, tasarı hakkındaki çalışmalarımı, kişisel düşüncelerimi de içerecek şekilde sizlerle paylaşmıştım. Şimdi ise, yasanın TBMM de kabul edilmiş olmasını da göz önüne alarak, aradan geçen zaman içinde, benim düşüncelerimde oluşan değişikliklerle birlikte, kanun hakkındaki düşüncelerimi de sizlerle paylaşmak istedim ve bu nedenle bu yazıyı oluşturdum ve yasa hakkında yazmaya devam etmeye de karar verdim.

Öncelikle, Devletimizin, kendi yapısı içinde yer alan ve onun vazgeçilmez güçlerinden birini oluşturan, yargı mercileri/mahkemeler aracılığı ile kullanılan yargı erkini, paylaşmayı düşünüp düşünmediğini, eski yasadan yola çıkarak tasarımı da dikkate alarak, yeni yasaya kadar geçen zaman diliminde izlemek istedim.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı HMUK ta sulh ile ilgili olarak bir tanım, bir hükümler bütünü olmamakla beraber 1086 sayılı HMUK'un 213. maddesi, tahkikat hakimini, tarafları sulhe teşvik etmekle yükümlendirmiştir. HMUK 213. maddesinde yer alan hüküm, tahkikat hakimi için bir

seçenek olmayıp, yasal koşullar varsa yani “sonuç vereceği umuluyorsa” yerine getirilmesi gereken bir görevdir.

Bu husus Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, kanun tasarısının 145/2 maddesinde de yer almış ve eğer hakim “sonuç alınacağı kanaatine varırsa” ön inceleme sırasında, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tespitini takip eden aşamada, taraflara sulh önerir. Gerekirse bir defalık süre verir, yeni bir oturum günü tayin eder, şekli ile ifadesini bulmuştur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140/2 maddesi de bu hükümlerin bir tekrarı olarak karşımıza çıkmıştır. 6100 sayılı yasada da hakim ön inceleme aşamasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığı saptarken, sulh önerisinin sonuç doğuracağı kanaatine varırsa, taraflara sulh önerecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakime tanınan kanaat hakkının sulh önerisini yapıp yapmamak konusuna ait olmayıp, sulh önerisinin sonuç verip vermeyeceği konusuna ait olduğudur. Bu nedenle, eğer hakim, tarafların sosyal yapısı, uyuşmazlık konusundaki düşünceleri, uyuşmazlığın çözümündeki beklentileri, vb. konuları değerlendirerek, taraflara sulh önerilirse, uyuşmazlığın sulh ile çözümleneceğine kanaat getirirse, taraflara sulhu önermekle yükümlüdür. Bu hakime yüklenmiş bir görevdir. Bu görevden kaçınamaz.

Bu üç yazılı metinde yer alan hükümlere baktığımızda, devletin, yargı erkini, devletin formel kuruluşu olarak kabul edeceğimiz yargı organları eliyle kullanmanın yanı sıra, bu erkin uyuşmazlığa düşen kişilerin iradeleri ile de, yani sulh yoluna başvurarak da, kullanabileceğini kabul ettiğini, yani kısmen de olsa yargı erkini paylaştığını görmekteyiz.

Yasa koyucu, yargı erkinin, uyuşmazlığın tarafları açısından oluşturulacak sulh yolu ile kullanılabileceğini, hatta bu yolun kullanılmasını davaya bakan yargıcın önermesi gerektiğini, 6100 sayılı kanunun 140/2 maddesinde kabul ederken, 6100 sayılı kanunun 74. maddesi ile 1086 sayılı kanunun 63. tasarının 74. maddesinde yer alan, sulh anlaşması yapabilmek için vekilin özel yetki ile donatılması gerektiği kuralını da yasalaştırmıştır. Hatta 1086 sayılı yasanın 158. tasarının 145/2 maddesinde yer alan sulhun yargılama tutanağında nasıl yer alması gerektiğine ilişkin kuralı da yasalaştırmıştır. Ancak, aynen 1086 sayılı yasa da olduğu gibi sulhu bir kurum olarak kabul etmesine rağmen bunu ayrı bir bölümde değerlendirmek gereğini görmemiştir. Bu durumda, 1086 sayılı yasa döneminde oluşmuş ilmi ve kazai içtihatlardan yani öğretide yer alan değerlendirmelerden ve yerleşmiş yargı kararlarından yararlanarak, 6100 sayılı yasanın uygulanmasını hayata geçirmemiz gerekmektedir.

Bilindiği gibi HMUK un 213. maddesi yürürlükte kalmış olmasına rağmen HMUK un aile hukukuna ilişkin olan 494-499 maddelerinde yer alan ve hakime, taraflara uyuşmazlığı sulh yolu ile çözümlemelerini önermesi gerektiğini emreden yasa maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılış nedeni, gerekçesinde de ifade edildiği gibi uygulanmamış olmasıdır.

Yasalarımızda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın öncelikle sulh yoluyla çözülmesi gerektiğini emreden başka yasa maddeleri de yer almaktadır. Örneğin İş Mahkemeleri Kanununun 1.maddesi bunlardan biridir. Ancak

uygulanmadığından ötürü yaşayan hukuk kuralları arasında yer almadığından, bu kuralı hatırlamakta bile zorluk çekmekteyiz.

Uygulanmamaktan ötürü, uyuşmazlıkların, tarafların katılımı ve kendi iradeleri ile çözülebilmesini sağlamak için, sulh yolunu gösteren, bizler tarafından hatırlanamaz hale dönüşmüş yasa maddelerimiz olmasına rağmen, yasa koyucunun, ısrarla sulh yolunu öneren yasa maddelerini hayata geçirmesini, doğru yorumlamak gerekmektedir. Yasa koyucunun uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin kuralları koyarken neden taraf iradelerine öncelik verdiğini, Devletimize ait bir erki neden vatandaşlarla paylaşmaya hazır olduğunu, düşünmek gerekmektedir. Örneğin, HMUK un 494-499 maddelerinde boşanma davalarında sulh önerilmesi gerektiğini düzenleyen hükmünün uygulanmamaktan ötürü kaldırılmasına rağmen neden Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanunun 7. Maddesinde de yeniden yasalaştığını düşünmek gerekmektedir.

Kanımca, yasa koyucu, uyuşmazlıkların doğumundan, yani insanlığın var oluşundan bu yana, gerek değişik dinlerde gerekse değişik sosyal yapılara ilişkin kuralların hepsinde, taraflara, anlaşarak, uzlaşarak, sulh olarak, uyuşmazlıkların çözümlenmesinin en akılcı yol olduğunun önerildiğini, yargı erkinin görevlileri olan hakim, savcı, avukat olarak adlandırılan bizlerden daha iyi görmektedir. Bu nedenle de zaman zaman bizleri kırmamak için, kendi doğrularından geçici olarak feragat anlamına gelse de bazı kanunları kaldırmakta buna karşılık genel yapısı ile sulhe ilişkin kuralları hep canlı

tutmaktadır. Hatta, kendi amacına ulaşmak ve sulh yolu ile uyuşmazlıkların çözülmesini sağlamak için zaman zaman bizlerin geçici heveslerine bile olumlu bakmaktadır. Bu nedenle de, uygulanmayacağını bile bile Avukatlık Kanunu 35/A maddesi gibi yasa maddelerini kabul etmektedir.

Bazı düşünürler, uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümlenmesinin ABD de başladığını söylemeye çalışmalarına rağmen bu düşünürler bile bu fikri savundukları kitaplarda, tarihsel değerlendirmeler yaptıklarında, sulhun insanlık tarihi ile birlikte başladığını dile getirmektedirler. Doğrusu da budur.

Gene bu düşünürler, başka ülkelerdeki gelişmeleri değerlendirmelerine rağmen, ülkemizdeki gelişmeleri değerlendirirken Cumhuriyet öncesini görmezden gelmektedir. Halbuki Osmanlı döneminde, kadılık sisteminin uygulamalarında, tarafların sulh olmalarının, kadılar tarafından önerildiği, bu yolun teşvik edildiği inkar edilemez bir gerçektir. Bu uygulamaları, o dönemin adliye kararlarının işlendiği resmi defterleri incelediğimizde görmekteyiz. Üstelik, o dönemde, tarafların sulh olabilmesi için, onlara sulhun kadı tarafından önerilmesinin yeterli olmayacağı, sulhun sağlanabilmesi için, tarafların dışında, uyuşmazlıkla ilgisi olmayan, güvenilir kişi ya da kişilerin de çaba harcaması gerektiği düşünülmüştür. İşte bu düşünceden ötürü, kadı duruşmaya ara vermekte ve böylesi kişilerin yardımı ile uyuşmazlığın çözümünü sağlamaya çalışmaktadır. (İnternet ortamında bulduğum ancak hangi dergide yayınlandığını tespit edemediğim Yardımcı Doç Abdülmecit Mutaf’a ait olduğu belirtilen “Osmanlı

Hukuk Sisteminde Dostane çözüm:Sulh Uygulaması” adlı yazıda, bazı karar örnekleri yer almaktadır.)

Sonuç olarak uyuşmazlıkların çözümünde, sulhun en iyi yol olduğunun, insanlığın başlangıcından bu yana kabul edildiğini, söylemek gerektiğine inanmaktayım. Benim kanıma göre TBMM de aynı düşüncede olduğu için, 6100 sayılı yasada sulhe yer vermiştir.

Uyuşmazlıkların yargı organları dışındaki çözümüne, ADR, AUÇ, Av.K.35 maddesine göre uzlaşma, arabuluculuğu yolu ile çözüm, gibi değişik adlar versek de bunların hepsi, sulh dediğimiz temel yapının içinde yer alan, değişik uygulama yollarıdır. Bu nedenle öncelikle sulh yolu ile uyuşmazlıkların çözümünü içimize sindirmemiz gerekmektedir. Yargıçların ve savcılarının sulh yolu ile uyuşmazlık çözümüne sıcak bakmamasını anlayabiliyorum. Çünkü, bu yolun uygulanmaya başlaması ile yetkilerine ortak olacak kişiler doğacak, bir anlamda yetki kaybı başlayacaktır. Bunu bir an için, ilk çocuğun ikinci çocuğu kıskanması gibi değerlendirebiliriz. Ancak biraz yanılırız. Çünkü, ikinci çocuk dediğimiz sulh yolu, en az yargı organları tarafından dağıtılan adalet kadar eski bir yoldur. Bu nedenle ikizler arası kıskançlık demek daha doğru olur.

İçimize sindirmek gerektiğini söylüyorum, çünkü, kısa bir müddet için yaptığım yöneticilik görevi için aldığım eğitimlerde yetki kaybının kabul edilmesinin ne kadar zor olduğunun anlatıldığını bunun için pek çok eser yazıldığını hatırlıyorum. Ayrıca, ceza hukuku uygulamasında, uzlaşma ile ilgili kuralların nasıl değiştiğini ve bir savcı ile bir yargıç

meslektaşımızın kitaplarında uzlaşmanın savcı kontrolünde yapılması gerektiğini savunduğunu bunu ABEM deki müşterek konferanslarında tekrarladıklarını, bu fikirlerinin avukatlara güvensizlikten kaynaklandığını da dile getirdiklerini biliyorum. Şikayetten vazgeçmenin de bir hak olduğunu, bu yolla da uzlaşmada elde edilen sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu, hatırlamamalarına da hayret etmekteyim. Ceza-daki bu değişikliğin üstelik uzlaşma ile hiç bağdaşmayan şekilde oluşan bir değişikliğin, örneğin bir saat önce uzlaştırmacı olarak görev alacak kişinin bir saat sonra savcı olarak görev almasının ne kadar sakıncalı olduğunu anlatmaya bile gerek olmadığını, savcıdan ücret ve talimat alan kişinin uzlaştırmacı olarak güven vermeyeceğinin tahmin edilebilecek bir gerçek olduğunu biliyorum. Buna rağmen ceza uygulamasında bir değişiklik yapıldı ise bunun savcılar tarafından yetki kaybına gösterilen tepkiden geldiğine inanıyorum. Bu yüzden de içimize sindirmek gerek diyorum.

Ancak, avukatın tepkisini anlamıyorum. Çünkü, sulh yolunun gelişmesi ile avukat yetki genişlemesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Artık uyuşmazlığı tarafları temsil eden iki avukatın yanı sıra tarafsız olduğuna inanılan ve adına ne denirse densin sulh görüşmelerini yürüten bir avukat çözecektir. Böylece, yargıç ve savcılar devreye girmeden örneğin hepimizin şikayet ettiği duruşma kapısında köle misali beklemekten kurtularak çözüm üretebileceğiz. Hatta Yargıtay'ın "kaçak karar"larından da kurtulmak olanağını elde edeceğiz. Daha çabuk ve taraf iradesine daha uygun çözüm üretebileceğiz. Mesleğe yeni iş imkanı ve ekonomik katkı sağlayabileceğiz. Daha pek çok yararını görebileceğimiz

bu sulh uygulamasından yararlanmamaktayız, hatta Av.K 35/A maddesini isteyerek çıkarılmasını sağlamamıza rağmen neden uygulamamaktayız? Bana göre kendimizden korktuğumuz için uygulamamaktayız. Üstelik buna birde kılıf bulduk. Eğer uygulamaya başlarsak, avukat olamayanlar hatta hukukçu bile olmayanlar arabulucu olabilecek böylece yargı bağımsızlığı zedelenecek, siyasi iktidar yandaşlarını yargının içine sokacak demeye başladık. Ben bu mazerete inanmıyorum. Sulh, bu siyasi iktidardan çok önce yasalarımızda vardı, o zaman neden uygulamadım ? Yoksa o gün de aynı şeylerden mi korktum ? O zaman ben hiçbir siyasi iktidara güvenmedim. Böyle dersem sen kime güveniyorsun bu ne biçim güvensizlik diye sormazlar mı ? Üstelik hala yasalarımızda tarafların sulh olabileceği ve bunu isterlerse kendi aralarında isterlerse diledikleri kişinin yardım etmesi ile sağlayabilecekleri hüküm altına alınmış iken söylüyorsam, gerçekleri söylemiyorum demektir.Çünkü taraflar her hangi bir yasanın çıkmasına gerek olmadan ve devlet tarafından her hangi bir gruba ruhsat verilmeden de her hangi bir kişiden sulh görüşmelerini yönetmesini talep edebilir. Ya da dileyen kendini arabulucu olarak tanıtabilir ve sulh görüşmelerinin kendi yönetiminde yapılmasını sağlayabilir. Rahmetli Diyarbakır Kasap Odası Başkanının yaptığı gibi çok başarılı da olabilir o zaman ne yaparsınız ? Unutmayın ki, işçi ile işveren arasındaki aracılık konusu sadece işçi bulma kurumunun tekelinde iken insan kaynakları adlı şirketler bu tekeli yasa dışı olarak deldi, hapis cezalarına rağmen rahatça faaliyet sürdürdü, yasa sonra çıktı. Bugün dedektiflik şirketleri gazetelerde ve TV lerde konuk olmakta, söyleşi yapmaktadır. Bu

yasak faaliyete karşı kim ne yapmıştır? Arada sırada detektiflik yasasında avukatlara da detektiflik hakkı verilsin demenin ötesinde bizler ne yaptık? Devrim kanunlarına aykırı bir faaliyet olan falcılık tüm hızı ile devam etmektedir, üstelik medyumluk adı altında maliyeye vergisini vererek çalışmaktadırlar. Kim ne yapmıştır? PTT nin tekeli THY kargo adı altında mektup taşıması ile delinmiştir. THY kargo servisine verilen mektup zarfları yerine büyük sarı zarfların yer alması dışında ne olmuştur ?

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. O halde biz gerçekleri daha doğrusu korkumuzun neden kaynaklandığını görmemiz gerekmektedir.

Bana göre korkumuz bu işi başaramamaktan kaynaklanmaktadır. Çünkü taraflara sulh yolunu önermek için tarafın ne kazanabileceğini ve neye rıza göstermesi gerektiğini söylemek gerekecektir. Bu ise hukuku iyi bilmekle, karar verme yeteneğinin kazanılması ile mümkün olur. Üstelik bu kez istenmeyen durumların doğumunda kabahatli olarak gösterilecek hakim ya da Yargıtay bulunmamaktadır. Yanlış doğduğunda ya da istediğimiz karar oluşmadığında, temyiz hakkını elde ettik gibi sığınacağımız limanlar da yoktur. Baştan da söylediğimiz gibi, biz kendimizden korkmaktayız. Suçu atacak birilerini yaratmaktayız.

Suçlu üretere kadar, hukuku daha iyi öğrenmenin, karar verme yeteneğimizi arttırmanın, sulh ortamının olmazsa olmazları olan toplantının nasıl hazırlanması gerektiği, nasıl yönetilmesi gerektiği, uzlaşma toplantılarının mekanlarının

nasıl olması gerektiği gibi pek çok konuyu öğrenmeye bakalım.

İstemezük demekle, yasaktır demekle, toplumun gereksinimlerini önlemenin mümkün olmayacağını bilinci ile sulh çatısı altında oluşturulan tüm çözüm yollarında en iyilerin avukatlar olduğunu, onların bu konuda marka olduğunu kanıtlayarak çözüme gitmemizin daha doğru olduğunu düşünüyorum ve bunu sizlerle paylaşıyorum. Eğer sizler de buna inanırsanız, hep birlikte bu yolda nasıl eğitim almamız gerektiğinin kararını vermemiz gerektiğine inanıyorum.

Sulh yolu ile ilgili bu açıklamalardan sonra tekrar başa dönerek, 6100 sayılı yasanın uygulanmasında da 1086 sayılı yasanın uygulanmasındaki ilmi ve kazai içtihatlardan yararlanılacaktır dediğimiz yere geri gelelim.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı HMUK da sulhu tanımlayan bir madde yoktur, sulhun tanımı öğretide yapılmıştır. Bu nedenle, Sn. Baki Kuru'nun Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı yapıtının 6 basısının 3742. sayfasına baktığımızda; “Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma (fedakarlık, özveri) ile (yani sözleşme ile) dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir.” diye sulhun tanım-landığını görmekteyiz.

Tarafların fedakarlıklarını değerlendirdiğimizde, eğer bu fedakarlığın tamamını davalı yaparsa buna davayı kabul, fedakarlığın tamamını davacı yaparsa buna davadan feragat dendiğini görmekteyiz. Tarafların sulh olabilmeleri için, yapılan fedakarlığın karşılıklı olması gerekmektedir. Yani sulh sözleşmesi karma yapılı bir sözleşme olup, hem davayı

kabulü hem de davadan feragatı birlikte içermektedir. Olayı böyle değerlendirdiğimizde, sulh anlaşmasının görülmekte olan bir dava için yapılabilecek bir anlaşma olduğu ortaya çıkmaktadır. Bana göre, davadan önce ya da davaya ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra sulh anlaşması yapmak mümkün ise de, bu şekilde sulh olmak için yapılan anlaşmaları, davada sulh olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Bu güne kadar yerleşen uygulamalarımıza göre, sulh anlaşması, mahkemede hakim huzurunda yapılabileceği gibi, tarafların mahkeme dışında anlaşmaları ile de yapılabilir. Hakim huzurunda yapılan mahkeme içi sulh ya da kazai sulh denmektedir. Diğerine ise mahkeme dışı sulh denmektedir.

Mahkeme içi sulh anlaşmasının 6100 sayılı kanunun 154/3-ç maddesine uygun olarak tutanağa geçirilmesi şarttır. Yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre 1086 sayılı HMUK uygulaması döneminde, bu şarta uyulmamış olması halinde, geçerlik şartına uyulmadığı gerekçesi ile anlaşmanın kabul edilmediğini biliyoruz (B.Kuru aynı eser sayfa 3753). Kanımızca bu uygulama aynen devam edecektir. Çünkü 1086 sayılı yasanın 151. maddesinin yazılımı ile 6100 sayılı yasanın 154/3-ç maddesinin yazılımı aynı nitelikte yani mutlaka bulunması gerektiğini emreder nitelikte olup, tutanağa ilişkin şartı her ikisinde de geçerlik şartı olarak kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.

Geçmiş uygulamalarımız ışığında konuyu değerlendirdiğimizde, keşif sırasında yapılan sulhun da mahkeme içi sulh olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

Gene geçmiş uygulamalarımıza göre, resmi şekilde yapılması gereken, taşınmazlara ilişkin akitlerle ilgili olarak bir mahkeme huzurunda bir sulh anlaşması imzalanmış ise bu anlaşma geçerlidir. Ancak mahkeme dışı yapılan sulhler için bu kuralı uygulamak mümkün değildir.(aynı eser sayfa 3757)

Sulh ile birlikte dava sona erer. Sulhe dayalı olarak verilen mahkeme kararı HMUK 95. doğrultusunda kesin hüküm oluşturur. 6100 sayılı yasada bunun karşılığı 315.maddede yer almaktadır. Sulhe dayalı olarak verilen kararlarda ancak sulhun iradeyi sakatlayan nedenlerle gerçekleştirildiği iddia edilebilir ve bu konuda fesih davası açılabilir. Bu zaten genel bir kuraldır.

Mahkeme dışında yapılan sulhde tarafların iki türlü davranması söz konusu olmaktadır. Bunlardan birincisine göre, taraflar bu sulh sözleşmesini mahkemeye sunar ve tutanağa geçirilmesini talep ederler. Böylece sulh, mahkeme içi sulh haline dönüşür ve ona ilişkin kurallara göre uygulanma şansı elde eder.

Eğer mahkeme dışı sulhu taraflardan biri inkar ederse diğer taraf yasaların izin verdiği tüm kanıtlarla bu sulhun gerçekleştiğini kanıtlamak hakkına sahiptir.

Mahkeme içi sulhun oluşumunda, taraflar dilerse yargıç sulh anlaşmasını karar olarak oluşturur. Eğer taraflar böyle bir istemde bulunmaz ise, mahkeme sulh nedeniyle davanın konusuz kaldığını belirterek karar verilmesine yer kalmadığına dair kararını verir. Mahkeme içi sulhe konu anlaşma İİK 38. Maddesi doğrultusunda ilam niteliğindedir.

Elbette sulh için anlattığımız tüm şeyler, sadece tarafların iradeleri ile karar vereceği konulara aittir.

Bu arada kısaca Avukatlık Kanunu 35/A maddesine değinmek isterim. Bu maddenin uygulanması ile oluşacak uzlaşmalarda, uzlaşmaya ilişkin karar dava açılmadan önce de alınabilecek niteliktedir. Uygulanacak harç ve masraflarda büyük indirimler vardır. Uzlaşma tutanağı ilam hükmündedir. Böylesi bir kolaylık varken neden dava açılır anlamak mümkün değildir.