

**HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU
TASARISI'NIN 1 İLÂ 122.
MADDELERİNDE YER ALAN TEMEL
DÜZENLEMELER VE BUNLARIN GENEL
ÇERÇEVEDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Articles 1- 122 of the Draft Code of Civil Procedure and Their
General Assessment*

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

A) GÖREVE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; B) YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; C) YARGILAMAYA HAKİM OLAN İLKELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; D) HÂKİMLERİN YASAKLILIĞI VE REDDİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; E)HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER; F) TARAFLARIN EHLİYETLERİNE VE DAVA ARKADAŞLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER; G) DAVANIN İHBARINA VE DAVAYA MÜDAHALEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; H) DAVAYA VEKÂLETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; I) TEMİNATA İLİŞKİN DÜZENLEMELER; İ) DAVA ÇEŞİTLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER; J) DAVA ŞARTLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER; K) İLK İTİRAZLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

ÖZET

2004 yılında Adalet Bakanlığınca oluşturulan bir Komisyon, yargı reformu çerçevesinde olmak üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kanunu'nda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların çekişmesiz yargı, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak amacıyla yeni bir Kanun Tasarısı hazırlamakla görevlendirildi. Bu çerçevede hazırlanan “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*”, yürütülen çalışmalar sonucunda 2008 yılında son halini aldı. İşte, bu çalışmada, söz konusu Tasarı'nın 1 ilâ 122. maddelerinde yer alan temel düzenlemeler incelenmiş ve bunların genel çerçevede değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. maddeleri

ABSTRACT

The Committee established in 2004 by the Ministry of Justice was entrusted with the task of preparation of a new Draft Code aiming to cease the problems arising from the implementation of the Code of Civil Procedure, to settle the disputes as much as fast, simple, effective and with less expense as possible and to solve some of them through methods such as amicable settlement and conciliation. The Committee finalized its work in 2008. This study aims to analyze Articles 1-122 of the mentioned Draft and to make a general assessment of the said provisions.

Keywords: Code of Civil Procedure, Draft Code of Civil Procedure, Articles 1-122 of the Draft Code of Civil Procedure

A) GÖREVE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 1. maddesinin birinci cümlesinde, mahkemelerin görevinin kanunla tâyin edileceği hususuna ilişkin irade, 1086 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 1. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, metne “kanunla” sözcüğünün önüne, “ancak” sözcüğünün de ilâve edilmesi suretiyle, açık ve kesin bir dille ortaya konulmuş ve böylelikle idarenin düzenleyici idarî işlemleri aracılığıyla (özellikle, kanun hükmünde kararnamele) mahkemelerin görevine ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulamayacağı hususuna açıkça vurgu yapılmak istenmiştir. Bu bağlamda işaret edilmesi gereken diğer bir nokta da, görevin tâyinine yönelik bir düzenleme yapılırken, kanuni hâkim ilkesine değil de; hukuk devletinin bir gereği olan ve aynı zamanda adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturan kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmanın aslî ögesi konumunda bulunan tabii hâkim ilkesine (AY m. 37; m. 2; m. 36; AİHS m. 6) uygunluğunun sağlanmasının göz ardı

edilmemesidir¹. Ayrıca, Tasarı'nın 1. maddesinin ikinci cümlesinde, görev kurallarının kamu düzeninden olduğu hususuna açıkça işaret edilmek suretiyle, bu kuralların niteliğine ilişkin bir belirlemede bulunulmuştur. Görevin yargı erkinin işleyişiyle doğrudan ilişkili olması nedeniyle, kamu düzeninden sayılmasının doğal sonucu ise, bu alanın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alan konumunda bulunmaması, yani görev sözleşmesi yapılmasının hukuken caiz olmamasıdır. Yine, görevin kamu düzeninden olması ve Tasarı'nın 119. maddesinin (c) bendinde açıkça dava şartları arasında sayılmış bulunması nedeniyle², 1086 sayılı Kanun'un 7. maddesi bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Tasarı'nın 2. maddesinin dördüncü fıkrasında, dava konusunun, para değil de parayla ölçülebilen bir şey olması halinde, mahkemenin, dava konusunun değerini serbestçe, kendiliğinden belirleyeceği hususu, yasal çerçevede ifade olunmuş ve böylelikle 1086 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hukukumuzda görev sözleşmesinin caiz olduğu yönünde yanlış bir izlenimin uyanmasına neden olan düzenlemenin varlığına son verilmiştir.

Tasarı'nın 3. maddesinde, dava çeşitleri arasında açıkça düzenlenmiş ve objektif dava birleşmesi bütünü içinde yer alan kümülatif dava yığılması, Tasarı'da benimsenen adıyla davaların yığılması halinde, görevli mahkemenin nasıl belirleneceği hususuna, 1086 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki düzenlemenin somutlaştırılması suretiyle açıklık getirilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, davaların yığılması halinde görevli mahkeme, dava yoluyla ileri sürülen taleplerin, yani dava konularının tutar ya da değerlerinin toplamı esas alınmak suretiyle belirlenecektir.

Tasarı'nın 4. maddesinin birinci fıkrasında, objektif dava birleşmesi bütünü içinde yer alan terditli davada, görevin nasıl belirleneceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, anılan düzenlemede, terditli davada görevli mahkemenin, ileri sürülen taleplerden birisinin para alacağı olması halinde, bu para alacağının tutarının; her iki talebinde paradan başka bir şeye ilişkin olması halinde ise, taleplerden değeri daha fazla olanın esas alınması suretiyle belirleneceği hususu, açıkça ifade olunmuştur. İkinci fıkrada, aynı kuralın, farklı bir dava çeşidi olan ve objektif dava birleşmesi bütünü içinde yer alan seçimlik davada da görevin tâyininde kıyasen uygulama alanı bulacağına işaret olunmuştur. Esas itibarıyla, bu maddede yer alan düzenlemeler, 1086 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının ikinci

¹ **Tanrıver, S.** : Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim-I, Ankara 2005, s. 211-236), s. 214-215; **Pekcanitez, H.** : Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı (İzBD., 1997/2, s. 35-55), s. 40.

² Dava şartlarına aykırılık bulunması hususu, istinaf ve temyiz yargılaması evresinde de mahkemenin re'sen gözeteceği haller arasında yer alır (1086 sayılı Kanun m. 426/O; m. 426/M/3 ve 4; m. 437/2; Tasarı m. 120, I; m. 359; m. 357/3, 4; m. 375/2).

cümlesi ile ikinci fıkrasındaki kuralların, kurumların da açıkça adı da konulmak suretiyle somutlaştırılmış bir biçimdir.

Tasarı'nın 5. maddesinde, dava çeşitleri arasında kendisine açıkça yer verilmiş olan kısmî davada, mahkemelerin görevinin nasıl tâyin edileceği hususuna açıklık kazandırılmıştır. Tasarı'nın 5. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme, 1086 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemenin, bir tekrarından başka bir şey değildir. Bu bağlamda yenilik getiren ve 1086 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan kurallardan sapma gösteren düzenleme, Tasarı'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre, kısmî davada görevli mahkeme, dava edilenin alacağı son kesimi olmaması halinde, saklı tutulan alacak kesiminin, taraflar arasında çekişmeli olup olmadığına bakılmaksızın, alacağın tamamının tutarının yahut değerinin esas alınması suretiyle belirlenecektir. Bu bağlamda farklı bir esasın benimsenmesinin nedeni, saklı tutulan kesimin, taraflar arasında çekişmeli olup olmadığı hususunun, genellikle davanın açılmasından sonraki evrede, ancak davalının vereceği cevap dilekçesiyle birlikte anlaşılabilir bir nitelik taşıması; davanın açıldığı evrede bunu bilmenin fevkâlade güç hatta imkânsız olmasıdır³.

Tasarı'nın 6. maddesi ile, karşı davada mahkemenin görevinin nasıl tâyin edileceği hususu, hüküm altına alınmıştır. 1086 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, Tasarı'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasında, değer itibarıyla, asıl davanın aslîye hukuk mahkemesinin, karşı davanın ise sulh hukuk mahkemesinin görev alanı girmesi halinde, her iki davaya da aslîye hukuk mahkemesinde bakılacağı hususu açıkça ifade olunmuştur.

Tasarı'nın 7. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan ve irtifak haklarına ilişkin davalarda, mahkemelerin görevinin nasıl belirleneceğine yönelik düzenleme, burada sözü edilen irtifak haklarından kişiye değil; eşyaya bağlı irtifak haklarının anlaşılması gerektiği hususuna vurgu yapılmak ve dili de sadeleştirmek suretiyle korunmuştur.

Tasarı'da işlerliği de sağlanmak suretiyle, sulh hukuk-aslîye hukuk mahkemeleri ayrımı muhafaza edilmiştir. Tasarı'nın 8. maddesinde, sulh hukuk mahkemelerinin görevinin tâyini bağlamında iki ayrı ölçüt benimsenmiştir. Bunlardan ilki, dava konusunun tutar ya da değerinin esas alınması suretiyle görevin tâyini; ikincisi ise dava konusunun yahut işin değer veya tutarı her ne olursa olsun, belirli bazı dava ve işlerde sulh hukuk mahkemelerinin görevli kılınmasıdır. Birinci ölçüt çerçevesinde, iflâsa, konkordatoya, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasıyla, vakıflara ilişkin davalar ayrık olmak üzere, malvarlığı

³ Pekcanitez, H. : Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tasarısı (HPD. , 2006/8, s. 69-78), s. 73.

haklarından doğan değer veya tutarı 5000 (bugün için 6330) YTL'yi geçmeyen (bu tutar dahil) davalara, sulh hukuk mahkemelerinde; bu tutarın veya değerün üstündeki davalara ise, aslîye hukuk mahkemelerinde bakılacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. 1086 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, sulh hukuk mahkemelerinde bakılmayacak olan dava ve işler arasında, konkordato ve sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin dava ve işler de ilâve edilmiştir. İkinci ölçüt çerçevesinde, sulh hukuk mahkemelerinin görevinin tâyini ise, büyük ölçüde 1086 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile paralellik arz edecek bir biçimde belirlenmiştir. Tasarı'da, 1086 sayılı Kanun'un konuya ilişkin düzenlemesinden farklı olarak, kira ilişkisinden kaynaklanan davalar bağlamında sulh hukuk mahkemelerinin görev alanı genişletilmiştir. Tasarı'nın 8. maddesinin 1/b-1 bendinde yer alan düzenlemeye göre, kiralanan taşınmazların, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalara, dava konusunun değer veya tutarı her ne olursa olsun sulh hukuk mahkemelerinde bakılacaktır. Tasarıyla getirilen önemli bir diğer yenilik de, 387. maddede yer alan düzenleme ile, çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemelerinin genel görevli yargı yeri haline getirilmiş bulunmasıdır.

Tasarı'nın 9. maddesinde yer alan düzenlemeyle mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceğini öngören Anayasa'nın 142. maddesinde yer alan kuralla uygunluğu sağlamak amacıyla, şahıs varlığı haklarını konu alan davalarda, genel görevli yargı yerinin, aslîye hukuk mahkemeleri olduğu hususu hüküm altına alınmıştır.

B) YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 10. maddesinde öngörülen düzenleme ile Anayasa'nın 142. maddesinde yer alan ve mahkemelerin yetkisinin kanunla tâyin edileceğine ilişkin bir hüküm içeren kuralla da paralellik sağlayacak bir biçimde, medenî yargı bağlamında da, mahkemelerin yetkisinin belirlenmesinde, özel kanunlardaki yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, esas itibarıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10 ila 22. maddelerindeki normların işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Yetkiyle ilgili hükümlerde yapılan değişikliklerden ilkini, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı açılacak malvarlığı haklarını konu alan davalarda genel yetkili mahkemenin, 1086 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki düzenlemeden farklı olarak, davalının Türkiye'de son defa oturduğu yer olarak değil de; Türkiye'de mutad meskenin bulunduğu yer olarak belirlenmiş olmasıdır. Esas itibarıyla bir uluslararası özel hukuk kavramı olan mutad mesken kurumu, ikamet (oturma) ve bulunma kavramlarına nazaran daha güçlü bir irtibat unsurudur.

Çünkü, anılan kavram, bir kişinin, belirli bir coğrafi alanla irtibatlandırılmasında, hayat ilişkilerinin o coğrafi alanda yoğunlaşmış bulunması olgusunu esas alır. Ayrıca anılan kuralın ikinci cümlesinde yer alan ve diğer kanunlardaki özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun (aktif değer) bulunduğu yerin esas alınmasını öngören düzenleme ile doktrinde bir aşkın yetki kuralı⁴ örneği olarak zikredilen 1086 sayılı Kanun'un 16. maddesinin⁵ kaldırılması hedeflenmiştir. Anılan kanun hükmü, davacının hukukî korunmayı talep hakkını güvence altına almak amacıyla, malvarlığı hakkına bağlı olarak, son derece yetersiz, zayıf ve tümüyle tesadüfi irtibat unsurlarını baz almak suretiyle yetki tesis edilmesini hedefleyen bir hüküm konumundadır⁶.

Yine, yetkiyle ilgili hükümler bağlamında irdeleme yapılırken vurgu yapılması gereken diğer bir husus ise, özel yetki kurallarıyla ilgili hukukî düzenlemeler getirilirken kesin yetkinin işlerlik kazandığı hallerde, ilgili özel yetki kuralında buna açıkça işaret edilmiş bulunmasıdır (Tasarı m. 16, I; m. 17, I; m. 19/2; m. 20/2)⁷.

Tasarı'nın özel yetki kuralları bağlamında, 1086 sayılı Kanundakinden farklılık arz eden hükümleri şu şekilde sıralanabilir:

Tasarı'nın 15. maddesinde, sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olabilmesi için, 1086 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, tamamen arızî ve gerçekleşmesi bu nedenle çok zor bir koşul olan davanın açıldığı sırada davalının veya vekilinin sözleşmenin yapıldığı yerde bulunması koşulundan vazgeçilmiş ve bu suretle aynı zamanda İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kuralla da paralellik sağlanmıştır. Tasarı'nın 17. maddesinde, taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetki konusu, "**taşınmazın aynına ilişkin dava**" kavramına açıklık getirilmek ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet verecek ifadeler de düzeltilmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin davalar ile şahsî bir hakka dayanmasına rağmen mahkemeden alınacak olan kararlar tapu sicilindeki aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ve

⁴ Bilgi için genel olarak bkz: **Dardağan, E.** : Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı, Ankara 2005, s. 117 vd.

⁵ Anılan düzenlemeye göre, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı açılacak olan davalarda yetkili mahkeme, davalının Türkiye'de oturduğu yer; Türkiye'de oturmuyor ve fakat malları varsa, Türkiye'de mallarının bulunduğu yer; malları yok, ancak Türkiye'de lehine verilmiş bir teminat varsa, teminatın bulunduğu yer baz alınmak suretiyle belirlenecektir. Görüldüğü üzere anılan düzenleme, tümüyle arızî unsurlara bağlı olarak her koşulda Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesini amaçlamaktadır.

⁶ **Eksi, M.** : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. B., İstanbul 2003, s. 57; **Dardağan** s. 192-195.

⁷ Ayrıca, kesin yetkinin dava şartı olduğu hususuna, Tasarı'nın 119. maddesinin (ç) bendinde açıkça işaret edilmiştir.

bunlardan başka taşınmazın zilyetliği ile alıkoyma hakkına ilişkin davalar, ancak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Sözü edilen yetki kuralı, kesin bir yetki kuralıdır.

Tasarı'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, zarar sigortalarından doğan davalarda, yetki konusu düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, zarar sigortalarından doğan davalar, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınmaza ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınmaza ilişkin ise, rizikonun gerçekleştiği yerde açılabilir.

Her şeyden önce anılan düzenlemede, 1086 sayılı Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak mal sigortası kavramı yerine, zarar sigortası⁸ kavramı kullanılmış ve yetkiye ilişkin düzenlemenin kapsamı da, salt tazminat davaları ile sınırlandırılmamış; sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tüm davaları da içerecek şekilde genişletilmiştir. Yine, can sigortalarından kaynaklanan davalarda yetki konusu, kapsamı hem kişi hem de konu itibarıyla genişletilmek suretiyle, 1086 sayılı Kanun'dakinden farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, can sigortalarından kaynaklanan, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın, leh ve aleyhindeki tüm davalar, ancak bunların yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir ve bu yetki de, kesin bir yetkidir.

Tasarı'nın 21. maddesinde, haksız fiillerden doğan davalarda yetki konusu, "**haksız fiilin vuku bulunduğu yer**" hususunda, uygulamada yaşanan sorunları da bertaraf edecek ve 1086 sayılı Kanun'un 21. maddesindeki düzenlemeden farklılık arz edecek bir biçimde yeniden kaleme alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre, haksız fiilden doğan davalar, haksız fiilin unsuru olan hukuka aykırı davranışın işlendiği yer yahut zararın ortaya çıktığı veya ortaya çıkması olasılığının bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir.

Tasarı'nın 23. maddesinde, yetki sözleşmesinin koşulları bağlamında, 1086 sayılı Kanun'un 22. maddesinde öngörülenden bazı farklılıklar yaratılmıştır. Her şeyden önce, kesin yetki hallerinde de, yetki sözleşmesinin yapılmasını hukuken caiz olmadığı hususu açıkça vurgulanmıştır. Yine, 1086 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, yetki sözleşmesiyle, belli olmak kaydıyla, birden fazla yer mahkemesinin de yetkili kılınması mümkün kılınmıştır.

Ayrıca, Tasarı'nın 22. maddesinde, yetki sözleşmesi ile ilgili olarak önemli yenilikler getiren özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenlemede, tacirler ile kamu tüzel kişilerinin, kendi aralarında doğmuş

⁸ Zarar sigortası kavramının kapsamı içerisine, yangın sigortası, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta, ziraat sigortaları ile hırsızlığa karşı sigorta da girer.

veya doğabilecek bir uyuşmazlıktan kaynaklanan davalar hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi anlaşılmak suretiyle yetkili kılacakları; aksi kararlaştırılmadığı sürece de, davaların yalnızca bu yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan bu mahkemelerde açılacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Kendisine işaret edilen hukukî düzenleme, olumsuz yetki sözleşmesi yapma imkânını, sadece eşitlerarası bir ilişkinin söz konusu olması nedeniyle, iradelerini özgürce açıklayabilecek olan tacirlerle kamu tüzel kişilerine kendi aralarındaki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu alan davalar bakımından tanımakta; karineyi de, bir yetki sözleşmesi yapılmışsa, bunun olumsuz bir yetki sözleşmesi biçiminde algılanması ve değerlendirilmesi gerektiği şeklinde koymaktadır. Taraflar, tersine bir düzenleme getirmek suretiyle, genel ve özel yetkili mahkemelerin yanına, onların da yetkilerini ortadan kaldırmadan, kararlaştırdıkları mahkemelerin de yetkili olmalarını sağlayabileceklerdir. Sözü edilen düzenlemenin mefhumu muhalifinden, tacir olmayan kimselerin kendi aralarında yahut tacirler ve kamu tüzel kişileri ile tacir olmayan kimseler arasında yapılacak olan yetki sözleşmelerinin, ancak olumlu yetki sözleşmesi biçiminde olabileceği; eşitlerarası bir ilişkinin olmaması sebebiyle, güçlünün zayıf olana daima iradesini empoze etme olasılığının varlığı karşısında, olumsuz yetki sözleşmesinin yapılmasına izin verilmediği anlaşılmaktadır.

Tasarı'nın 24. maddesinde, yetkinin kesin olduğu haller ile kesin olmadığı haller arasında bir ayırım gözetilmek suretiyle, yetki itirazının nasıl ileri sürüleceği ve ileri sürülme usulü hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasında, Tasarı'nın 119. maddesinin (ç) bendinde açıkça dava şartı olarak nitelenmesinin doğal sonucu olarak, kesin yetkinin söz konusu olduğu hallerde, mahkemenin yetkili olup olmadığı hususunu her zaman re'sen araştırabileceği; tarafların da davanın her aşamasında yetki itirazında bulunabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarı'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde, 1086 sayılı Kanun'un 23. maddesinin son cümlesindeki düzenlemeye paralel bir biçimde, kesin olmayan yetki halleriyle kayıtlı olmak suretiyle, yetki itirazının dinlenebilmesinin, bu itirazda, yetkili mahkemenin; birden fazla yetkili mahkeme varsa bunlardan birisinin gösterilmesi koşuluna bağlı bulunduğu hususuna vurgu yapılmıştır. Anılan düzenlemenin mefhumu muhalifinden, kesin yetki hallerinde, yetki itirazında, mahkemenin yetkisine itiraz iradesinin açıklanmasının yeterli olduğu; bu itirazın dinlenebilmesinin, itirazda yetkili mahkemenin gösterilmiş olması koşuluna bağlanmış bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yine, Tasarı'nın 24. maddesinin son fıkrasında, kesin olmayan yetki hallerinde, yetki itirazının, ilk itirazlar arasında (Tasarı m. 121/b) sayılmasının doğal sonucu olarak, süresinde ve usulüne uygun bir biçimde ileri sürülmemesi halinde, mahkemenin yetkisizliğini davanın her aşamasında re'sen gözetememesi nedeniyle, davanın açıldığı mahkemenin de yetkili hale geleceği öngörülmek suretiyle,

1086 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ilk cümlesinde yer alan düzenlemeye açıklık kazandırılmıştır.

Tasarı'nın 388. maddesinde, çekişmesiz yargı işlerinde, genel yetkili mahkemenin tâyinine yönelik olarak özel bir hüküm sevk edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi, yetkili mahkeme olarak işlerlik kazanacaktır.

C) YARGILAMAYA HAKİM OLAN İLKELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 29. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'un 72 ve 79. maddelerinde dağınık ve birbirinden kopuk bir biçimde ifade edilmiş olan tasarruf ilkesi, sistematik bir bütünlük içinde, tarafların dava konusu üzerinde (özellikle, feragat, kabul ve sulh yoluyla) tasarrufta bulunma haklarının varlığına da vurgu yapılmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Sözü edilen ilke, davanın açılması, konusunun belirlenmesi ve sona erdirilmesinde taraf iradelerinin egemen olmasını öngörür.

Tasarı'nın 30. maddesinde, dava malzemesinin toplânması bağlamında, hukuk yargısının çekişmeli yargı kısmında, egemen ilke konumunda bulunan taraflarca getirilme ilkesi, 1086 sayılı Kanun'un 75. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iddia sebepleri" kavramına "vakıalar" şeklinde bir açıklık kazandırılmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Sözü edilen yargılama hukuku ilkesi, iddianın ve savunmanın dayanağını oluşturan maddî vakıalarla onları ortaya koymaya yarayan ispat araçlarının, davanın taraflarınca mahkemeye getirilmesini öngörür. Taraflarca getirilme ilkesinin kabulünün doğal bir sonucu olarak, Tasarı'nın 30. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunla belirtilen durumlar dışında (bilirkişi incelemesi ve keşif gibi), hâkimin, kendiliğinden delil toplayamayacağı hususuna da açıkça vurgu yapılmıştır. Yine, 1086 sayılı Kanun'un 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler, doktrindeki hâkim eğilime paralel olarak "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" üst başlığı altında, Tasarı'nın 36. maddesinde yeniden formüle edilmiştir. Bu bağlamda, son olarak, Tasarı'nın 389. maddesinin ikinci fıkrasında, hukuk yargısı bütünü içinde yer alan çekişmesiz yargıda da, karara dayanak yapılabilecek maddî vakıalar ile ispat araçlarının toplânmasında geçerlilik taşıyan ilkenin, re'sen araştırma ilkesi olduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Tasarı'nın 32. maddesinde ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasa'mızın 36. maddesiyle güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma unsurunun ayrılmaz bir

parçasını oluşturan hukukî dinlenilme hakkı⁹ hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargıyı hatta bir yargılamanın sonucunda hakları doğrudan etkilenebilecek olan üçüncü kişileri de kapsar şekilde düzenlenmiştir. Bu yeni bir hükümdür. Anılan düzenlemede, hukukî dinlenilme hakkının, bilgilendirmeyi talep, açıklama yapma ve ispat hakkı ile dikkate alınma biçiminde somutlaşan üç temel ögesine de açıkça işaret edilmiştir.

Tasarı'nın 33. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının bir unsuru kimliğini taşıyan "**doğrudan aleniyet**" konusu, aleniyet ilkesi başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. Burada sözü edilen doğrudan aleniyetten maksat,¹⁰ davanın tarafları dışında isteyen herkesin duruşmaların yapıldığı salona girip yargılamayı izleyebilme olanağına sahip olmasıdır. Sözü edilen aleniyet türü, yargılamanın kamu tarafından denetlenmesini, halkın yargıya olan güveninin artırılmasını ve yargıda saydamlığın sağlanmasını hedefler. Tasarı'nın 33. maddesinin birinci fıkrasında, 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 149. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, aleniyetin duruşmaların yanı sıra hükmün bildirilmesi aşamasını da kapsayacağı hususu açıkça vurgulanmıştır. Yine, Tasarı'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında ise, 1086 sayılı Kanun'un 149. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir biçimde, tarafların talebi üzerine yahut re'sen, hâkimin, duruşmaların tamamının yahut bir kısmının, genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde gizli yapılmasına karar verebileceği belirtilmiş; burada 1086 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak, gizlilik talebinin, ön sorunlar hakkındaki hükümler dairesinde gizli olarak incelenip karara bağlanacağı ve gizliliğe riayet tam olarak sağlanması açısından, gizlilik kararının gerekçelerinin, esas hakkındaki kararlarla birlikte açıklanacağı hususları açıkça hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, bu maddede, 1086 sayılı Kanun'un 149. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 187. maddesinin birinci fıkrasına atıf yapan düzenlemeye paralel bir biçimde, gizli olarak gerçekleştirilen yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanların da, işlemin icrası dolayısıyla edindikleri bilgileri açıklamalarının suç teşkil edeceği hususunda, hâkim tarafından uyarılacağına işaret edilmiştir. Sözü edilen düzenlemelerle, gizliliğin, gerçek anlamda tüm boyutları itibarıyla gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru niteliği taşımadığı için dolaylı aleniyet¹¹ yani duruşmalarda, basının fotoğraf çekmesi, ses ve görüntü kaydı alıp bunu yayımlaması suretiyle kitleleri bilgilendirmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 183. maddesine paralel bir

⁹ Bu konuda geniş bilgi için, bkz. : **Özekes, M.** : Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 19 vd. ; **Pekcanitez, H.** : Hukukî Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753-788), s. 753 vd.

¹⁰ **Pekcanitez, H.** : Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi (Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 635-666), s. 648; **Tanrıver-Adil Yargılanma**, s. 221.

¹¹ Bu konuda bilgi için bkz. : **Pekcanitez-Aleniyet** s. 648; **Tanrıver-Adil Yargılanma** s. 221.

biçimde, Tasarı'nın 150. maddesinde yasaklanmıştır. Bu suretle, hukuk yargısı bağlamında, bu konuda ortaya çıkmış bulunan hukukî boşluğun açıkça bir tercih yapılmak suretiyle doldurulması hedeflenmiştir. Bu yasaklamanın temelinde, yargılamaya katılanların, kişilik haklarının ve onurunun korunması, gerçeğin tespitinin tehlikeye düşmesinin engellenmesi ve mahkeme salonlarının şov alanlarına dönüştürülmesinin önüne geçilmesi düşüncesi yatmaktadır¹². Hatta, sözü edilen yasaklamanın, yargı bağımsızlığının tüm boyutları itibarıyla gerçekleştirilebilmesi açısından, bir gereklilik olduğu dahi söylenebilir¹³.

Tasarı'nın 34. maddesinde, esas itibarıyla Medenî Kanun'un 2. maddesinde hüküm altına alınmış bulunan dürüstlük kuralının ve onun somut bir uygulanma biçimini oluşturan doğruyu (gerçeği) söyleme yükümlülüğünün, medenî usul hukuku alanında da geçerli olacağı hususuna, açıkça işaret edilmiştir (HMK m. 379, I/h).

Tasarı'nın 37. maddesinin birinci fıkrasında ise, sistematik bir bütünlüğün temini için, 1086 sayılı Kanun'un 150. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme, "Yargılamanın sevk ve idaresi" üst başlığı altında, yeniden formüle edilmek suretiyle ifade olunmuş ve böylelikle yargılamanın sevk ve idaresinde, bir düzen içinde yürütülüp sonuçlandırılmasında hâkimin egemen olduğu hususuna açıkça vurgu yapılmıştır. Yine, yargılamanın sevk ve idaresiyle ilişkili olması gözetilerek, okunamayan veya münasebetsiz olan dilekçenin, hâkim tarafından ilgisine iade edileceği ve yeniden düzenlenip sunulabilmesi için, ona uygun bir süre verileceği hususu, aynı maddede, ikinci fıkra olarak, 1086 sayılı Kanun'un 78. maddesinin ikinci fıkrasındaki formata bağlı kalınmak suretiyle yeniden kaleme alınmıştır.

Tasarı'nın 38. maddesinde, "hâkim hukuku bilir"(iura novit curia) kuralı düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanun'un 76. maddesindeki düzenlemenin birinci cümlesindeki, "Türk kanunları" ibaresi, "Türk hukuku" şeklinde değiştirilmek suretiyle, Tasarı'nın 38. maddesinde yeniden ifade olunmuş; 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesiyle (ondan önceki evrede de, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ikinci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesiyle), zımnen ilga edildiği için, 1086 sayılı Kanun'un 76. maddesinin ikinci cümlesi, Tasarı'nın 38. maddesinin yeni formülasyonunda tümüyle göz ardı edilmiştir. Burada sözü edilen Türk hukukundan maksat, Türk pozitif hukuktur. Bu kavramın kapsamı içerisine, taraflar arasında akdedilmiş olan ve adetâ onlar arasındaki ilişkinin bir anlamda anayasası konumunda bulunan sözleşme hükümleri de dahildir. Öte yandan, hâkim, yabancı unsurlu bir özel hukuk ilişkisinden

¹² Pekcanitez-Adil Yargılanma s. 654; Tanrıver-Adil Yargılanma s. 221.

¹³ Tanrıver-Adil Yargılanma s. 221.

kaynaklanan davada, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuku da, re'sen araştırıp bulmak ve olaya uygulamakla ödevlidir. Aksi halde, Türk pozitif hukukunun bir parçası olan Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının gereğinin yerine getirilmesinden, onun gerçek anlamda uygulanmasından söz edilemez (5718 sayılı Kanun m. 2).

D) HÂKİMLERİN YASAKLILIĞI VE REDDİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 39. maddesinde, hâkimlerin yasaklılık sebeplerine, 1086 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak, hâkimle davanın taraflarından birisi arasında nişanlılık ilişkisinin bulunması da dahil edilmiş ve ayrıca derecelendirme bağlamında yan soy kan hısımlarıyla (civar kan hısımlarıyla), yan soy kayın hısımları (sıhrî civar hısımları) arasında yaratılmış bulunan ayrımlaşma kaldırılmış; hâkimle, davanın taraflarından birisi arasında üçüncü derece dahil olmak üzere, bu dereceye kadar, kan ya da kayın yan soy hısımlığının bulunması, yasaklılık sebebi olarak belirlenmiştir. Hâkimler, Anayasa uyarınca kanunla belirtilenler dışında, resmî ya da özel herhangi bir görev alamayacakları için (Anayasa m. 140, IV), 1086 sayılı Kanun'un 28. maddesinin dördüncü bendinde öngörülen yasaklılık sebebi, Tasarı'nın 39. maddesinin metnine alınmamıştır. Kanun koyucu, hâkimin, yasaklılık sebeplerinin varlığı halinde tarafsız davranamayacağını varsaydığı için (Tasarı m. 379, II), yasaklılık sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi durumunda, tarafların yazılı ve açık muvafakatlerinin varlığı kaydıyla, yasaklı hâkimin davaya bakabileceğini öngören 1086 sayılı Kanun'un 30. maddesinin birinci cümlesinde öngörülmüş olan hukukî düzenleme, Tasarı'nın yasaklılıkla ilgili hükümleri arasına alınmamıştır. Öte yandan, yasaklılık sebepleri, kamu düzeninden sayıldığı için, zaten yasaklılığa ilişkin alan, tarafların üzerinde anlaşmak suretiyle serbestçe tasarruf edebileceği alanlar arasında yer almaz.

Tasarı'nın 41. maddesinde, ret sebepleri bağlamında, hâlihazırdaki 1086 sayılı Kanun'un 29. maddesinin altıncı bendinde yer alan torba ret sebebi, genel ret sebebi haline getirilmiş; diğer haller de (diğer ret sebepleri de), bunun örnekleme niteliğinde somutlaşmış bir biçimi olarak düzenlenmiştir.

E) HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 51. maddesinde, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası ile 40. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemelere paralel bir biçimde, hâkimlerin yargılama görevinin icrası sırasında yahut yargılama görevi dolayısıyla işlemiş oldukları kusurlu fiillerden kaynaklanan zararların giderilmesini konu alan tazminat davalarının, doğrudan doğruya Devlet aleyhine açılacağı; Devletin tazminat ödemek zorunda kalması halinde de, kusurlu hâkime rücu edeceği hususu açıkça hüküm altına alınmıştır. Hâkimlerin yargılama görevini icra ederken yahut yargısal yetkilerini

kullanırken, kast ve ağır ihmâleriyle işlemiş oldukları fiillerden kaynaklanan zararlardan dolayı Devletin birinci derecede sorumlu olması kabul edilmiş ve kast ve ağır ihmâl hallerinin, 1086 sayılı Kanun'un 573. maddesindeki sorumluluk sebeplerinin dili de sadeleştirilip, tahdidi bir biçimde aynen alınması suretiyle somutlaştırılması sağlanmıştır. Tasarı'nın 51. maddesindeki düzenlemenin, 1086 sayılı Kanun'un 573. maddesinde öngörülen düzenlemeden farklılaşan yanı, zarara öncelikli olarak katlanacak olanın kusurlu tutum ve davranışıyla zarara sebebiyet veren hâkimin kendisinin değil; Devlet olmasıdır. Öte yandan, hâkimin, yargısal görevlerini ifa sırasında işlemiş olduğu kusurlu fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için, zarar görenin, zararın doğumunu engelleyebilecek, onu bertaraf edebilecek hukukî olanakları tüketmiş bulunması da, Tasarı'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında şart koşulmuştur. Ayrıca, Tasarı'nın 52. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'un 575. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, tazminat davasına bakacak yargı yerinin, Yargıtay olarak belirlenmiş olmasını öngören düzenlemeyle, yine Tasarı'nın 54. maddesinde yer alan ve tazminat davasının esastan reddi halinde, davacının belirli bir miktar para cezasına mahkûm edileceğine ilişkin bulunan ve hâlihazırda 1086 sayılı Kanun'un 576. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesindeki kuralın muhafaza edilmiş olması, hâkimlerin fiillerinden dolayı Devlete karşı tazminat davası açılmasını güçleştirilen, bu konuda daha özenli davranılmasını sağlayan güvenceler olarak görülebilir. Yine, hâkimin fiillerinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesinin, açıkça, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemler arasında sayılması (Tasarı m. 79), bu konuda harekete geçilmesi bağlamında hassas davranılmasını zorunlu kılacaktır.

F) TARAFLARIN EHLİYETLERİNE VE DAVA ARKADAŞLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tarafların ehliyetleri alt ayırımında Tasarı'nın 58. maddesinde, iflâs idaresi, tereke temsilcisi, vasiyeti tenfiz memuru gibi taraf olmadığı halde görevi gereği dava ve takiplerde taraf gibi davrananların hukukî durumlarını açıklamakta önemli bir işlevi yerine getiren davayı takip yetkisi kurumu, yasal çerçevede ilk defa genel bir norm şeklinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, davayı takip yetkisinden maksat, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Anılan kurum, davada tarafın belirlenmesinde, medenî usul hukukunda şeklî taraf kuramının benimsenmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve bu kuramı tamamlayıcı bir işlevi yerine getirmektedir. Bu düzenlemede, ayrıca, davayı takip yetkisi kurumunun, esas itibarıyla maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin, usul hukukundaki izdüşümünü oluşturduğu hususuna vurgu yapılmıştır. Yine, Tasarı'nın 119. maddesinin (e) bendinde, davayı takip yetkisinin bir dava şartı olduğu hususuna açıkça işaret edilmiştir.

Tasarı'nın 62. maddesinde, ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumu, tereddüt ifade eden kavramlara da açıklık kazandırılmak ve bazı ilâveler yapılmak suretiyle, 1086 sayılı Kanun'un 43. maddesine paralel bir biçimde yeniden düzenlenmiştir. Elbirliği ile mülkiyet ilişkisini çağrıştıran ve bu nedenle bu bağlamda yanlış anlamalara neden olan "dava konusu hak veya borcun davacılar yahut davalılar arasında iştirak halinde olması" ibaresi, "dava konusu hak veya borcun davacı veya davalılar arasında elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması" şeklinde düzeltilmiş ve "davaların aynı sebepten doğması" olgusunun yanına "birbirine benzer sebepten doğması" da ilâve edilmiştir (Tasarı m. 62/c).

Tasarı'nın 63. maddesinde ise, ihtiyarî dava arkadaşlarının davadaki durumu, 1086 sayılı Kanun'un 44. maddesindeki düzenlemenin daha açık hale getirilmesi suretiyle yeniden formüle edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, ihtiyarî dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır; dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder.

Tasarı'nın 64. maddesinde, maddî hukuk ile usul hukuku arasındaki sıkı etkileşimin bir ürünü olan mecburî dava arkadaşlığı kurumu, doktrin ve yargı uygulaması tarafından kendisine yüklenmiş olan anlam ve içeriğe uygun bir biçimde ilk defa yasal plânda düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, maddî hukuk çerçevesinde, bir hakkın, birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve bunların tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburî dava arkadaşlığı kurumu işlerlik kazanır.

Tasarı'nın 65. maddesinde ise, 64. maddedeki düzenlemenin tabii bir sonucu olarak, mecburî dava arkadaşlarının davadaki durumu belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, mecburî dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir ve aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, kural olarak, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadırlar. Birlikte hareket etme zorunluluğunun yarattığı güçlüğü aşmak ve yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış olduğu usul işlemlerinin, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da sonuç doğuracağı hususu, yine aynı düzenlemede açıkça hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen düzenlemenin kapsamı, usul işlemleriyle sınırlıdır; sulh, kabul ve feragat gibi aynı zamanda maddî hukuk karakterli olan işlemler, bu düzenlemenin uygulanma alanı dışında kalırlar.

G) DAVANIN İHBARINA VE DAVAYA MÜDAHALEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın davanın ihbarı¹⁴ ile ilgili hükümleri (m. 66-69), büyük ölçüde 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen hükümleri ile (m. 49-52) paralellik göstermektedir. Tasarı'da bu bağlamda yenilik arz eden düzenlemelerden ilkinin, ihbarın şeklini belirleyen 67.maddedeki kural oluşturmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, ihbarın yazılı şekilde yapılması gerekir; ihbarnamede gerekçeleriyle birlikte ihbar sebebine ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu hususuna açıkça işaret edilmesi zorunludur. Davanın ihbarının, mahkeme aracılığıyla yapılması şart koşulmamıştır; noter marifetiyle de bir davanın ihbarı mümkündür. Davanın ihbarıyla ilgili diğer bir yenilik de, kendisine ihbarda bulunan kişinin durumuyla ilgili olarak Tasarı'nın 69. maddesinde öngörülmüştür. Anılan düzenlemeye göre, dava kendisine ihbar edilen kimse, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında davaya katılabilecektir. Burada vurgulanması gereken nokta, davanın ihbarının, davaya müdahale zorunluluğu doğurmayacağıdır. Ayrıca, dava kendisine ihbar edilmiş olan, mutlaka kendisine davayı ihbar etmiş olan kimsenin yanında değil; davayı kazanmasında hukukî yararı bulunmak kaydıyla, diğer tarafın yanında da, ferî müdahil sıfatıyla yargılamaya katılabilecektir. Yine bu düzenlemeyle, 1086 sayılı Kanun'un 50. maddesine yer alan ve dava kendisine ihbar edilene, ihbar edeni bizzat davada temsil etmesi olanağını tanıyan düzenlemenin varlığına da son verilmiştir. Avukat marifetiyle davayı takip zorunluluğu benimsenmediğinden, 1086 sayılı Kanun'da tanınan bu olanağın da Tasarı'da muhafaza edilmesinde yarar vardır. Yine, ihbar etkisi¹⁵ Tasarı'nın 69. maddesinde 1086 sayılı Kanun'un 51. maddesindeki kuralın meramı ve yakın ilişki içinde bulunması da gözetilerek, Tasarı'nın 74. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ferî müdahale etkisiyle paralellik arz edecek bir biçimde, bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Tasarı'nın 70. maddesinde Türk hukuk doktrini ve yargı uygulamasında genel kabul gören, ancak hakkında 1086 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm bulunmayan aslî müdahale kurumu¹⁶ uygulanma şartları da belirtilmek suretiyle ilk defa yasal çerçevede düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, bir yargılamanın konusu oluşturan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden (üstün hak iddiasında bulunan) üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar, bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede bir dava açacak olursa, aslî müdahale kurumunun işlerlik

¹⁴ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz.: Atalı, M. : Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 41 vd.

¹⁵ Bu konuda bilgi için bkz. : Atalı s. 141-166.

¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. : Özkes, M. : Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 14 vd.

kazanmasından söz edilir¹⁷. Anılan maddede, bir davadan değil de, daha genel bir kavram olan bir yargılamanın konusunu oluşturan hak ve şeyden söz edilmesi suretiyle, aslî müdahale kurumunun, hem çekişmeli yargı hem de ferî müdahaleden farklı olarak, çekişmesiz yargıda da uygulanma alanı bulabilecek bir kurum olduğuna vurgu yapılmak istenmiştir¹⁸.

Tasarı'nın 71 ila 74. maddelerinde, ferî müdahale kurumu¹⁹, 1086 sayılı Kanun'un konuyla ilgili hükümleriyle paralellik kurulup, yanlış anlamalara veya tereddüt uyanmasına neden olacak ibarelere de açıklık kazandırılmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Tasarı'nın bir anlamda, ferî müdahaleyi tanımlayan 71. maddesinde, ferî müdahilin üçüncü kişi olduğu, ferî müdahalenin, ancak çekişmeli yargıda işlerlik kazanabilecek bir kurum niteliği taşıdığı ve hukukî yararlarla sınırlı olarak uygulanma alanı bulabileceği hususlarına, 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 53. maddesinden daha farklı bir üslupla açıklık getirilmiştir. Tasarı'nın 73. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yer alan, "müdahil iltihak ettiği tarafla birlik hareket eder" şeklindeki ferî müdahilin konumunu belirlemeye yönelik ifadenin açılmasına ve bu suretle bu bağlamda ortaya çıkabilecek şüphelerin izalesine gayret edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, ferî müdahil, müdahale talebinin kabul edildiği andan (noktadan) itibaren, davayı takip edebilir; yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem (iradesine) ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini tek başına yapabilir. Yine, mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder.

Tasarı'nın 74. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'dakinden farklı olarak, ferî müdahalenin etkisi²⁰ açık bir biçimde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, ferî müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyumsuzluk hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenmez. Ancak, müdahil zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığı veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafların ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir. İşaret edilen son nokta esas itibarıyla, 1086 sayılı Kanun'un 51. maddesinin son cümlesinin amaca uygun olarak yeniden formüle edilmiş bir şeklidir.

Tasarı'nın 75. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'un 58. maddesinde, hatalı bir biçimde ferî müdahale ile ilişkilendirilmiş olan ve ceza yargılamasının aslî bir unsuru konumunda bulunan Cumhuriyet Savcısının,

¹⁷ Özekes-Asli Müdahale s. 16.

¹⁸ Özekes-Asli Müdahale s. 16.

¹⁹ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. : Pekcanitez, H. : Medenî Usul Hukukunda Fer'î Müdahale, Ankara 1992, s. 17 vd.

²⁰ Pekcanitez-Fer'î Müdahale s. 174.

kanunla açıkça belirlenmiş olan hallerde, hukuk davası açabileceği veya açılmış olan bir hukuk davasında taraf olarak yer alacağı hususu düzenlenmiş²¹ ve Cumhuriyet Savcısının sözü edilen hallerde görevi gereği taraf konumunda bulunduğu yani davayı takip yetkisine sahip kılındığına açıklık getirilmiş ve ayrıca Cumhuriyet Savcısının yer aldığı (bir işlev üstlendiği) dava ve işlerde, kamu düzeniyle yakın ilişkisi olması sebebiyle, tarafların anlaşmak suretiyle serbestçe tasarruf edemeyeceğine açıkça vurgu yapılmıştır.

H) DAVAYA VEKÂLETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın davaya vekâletle ilgili hükümleri, büyük ölçüde (m. 76-88) 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen hükümleriyle (m. 59-71) paralellik arz etmektedir. Tasarı'nın davaya vekâlet bağlamında, 1086 sayılı Kanun'dan farklılık arz eden düzenlemelerini, şu şekilde sıralamak mümkündür:

Tasarı'nın 79. maddesinde yer alan düzenlemeyle davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemlerin kapsamı, 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 63. maddesine nazaran daha da genişletilmiştir. 1086 sayılı Kanun'un 63. maddesine öngörülenlerin yanına, davanın tamamında ıslah, yemin teklifi, başkasını tevkil (alt vekâlet verme), müvekkilin iflâsını isteme, hakem sözleşmesi yapma, konkordato teklif etme ve konkordatoya muvafakat verme, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunma, alternatif uyuşmazlık çözümlerine müracaat, kanun yolundan feragat, yargılamanın iadesi isteminde bulunma, hâkimlerin fiillerinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açmayla kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların takibi de ilâve edilmiştir.

Tasarı'nın 81. maddesinde getirilen düzenleme ile vekâletname düzenlemek ve onaylamak noterlerin yaptığı mutad işlemler arasında yer aldığından ve kanunen de işlem güvenliğinin tesis etmek; belge düzenlemek ve onaylamakla da, asli plânda noterler görevli kılınmış olduğundan, vekâletname bağlamında, nahiye meclisi, ihtiyar heyeti ve sulh hâkimine tanınmış olan yetki kaldırılmış ve bu bağlamdaki yetki tümüyle noterlere bırakılmıştır. Ancak bu yapılırken, resmi dairelerin (kamu kurum ve kuruluşlarının) yetkili amirleri tarafından avukatlarına usulüne uygun olarak verdikleri temsil belgelerinin, ayrıca onaylanmasına gerek olmadığına dair 1086 sayılı Kanun'un 65. maddesindeki düzenleme de aynen korunmuştur. Ayrıca, Tasarı'nın 81. maddesinde, her dava ve iş bağlamında vekâletnamenin aslının yahut avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğinin ibrazı zorunluluğuna, 1086 sayılı Kanun'un 67. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir biçimde işaret edilmiş ve Tasarı'nın 119. maddesinin (f) bendinde de, her dava ya da takip dosyasında, usulüne

²¹Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. : **Saldırım, M.** : Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005, s. 59-191.

uygun olarak düzenlenmiş bir vekâletnamenin aslının yahut onaylı bir örneğinin bulunması, bir dava şartı haline getirilmiştir.

Yine, Tasarı'nın 87. ve 88. maddelerinde 1086 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 68. maddesi ile de ilişki kurulmak suretiyle, vekilin istifası ve azli kurumları Avukatlık Kanunu 41. maddesindeki düzenleme de dikkate alınmak suretiyle yeniden düzenlenmiş; 86. maddede de bu azlin ve istifanın şekli belirtilmiştir.

Tasarı'nın vekilin istifasını düzenleyen 87. maddesine göre, istifa eden vekilin vekâlet görevi, istifanın, müvekkile tebliğinden itibaren onbeş gün süreyle devam eder. Vekilin istifa etmiş olması halinde, vekâlet veren davayı takip etmez ve başka bir vekil de görevlendirmezse, tarafın yokluğu halinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır (Tasarı m. 155, II).

Tasarı'nın vekilin azlini düzenleyen 88. maddesinde de, vekille takip edilen davada, vekilin azli halinde, vekâlet veren davayı takip etmez ve onbeş gün içinde başka bir vekil de görevlendirmezse, yine tarafın yokluğu halinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Vekilin azli ve istifasının şeklinin ne olacağı hususu ise, 1086 sayılı Kanun'un 68. maddesine paralel bir biçimde, Tasarı'nın 86. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, vekilin azli ve istifasının, mahkeme ve karşı taraf bakımından hüküm ifade edebilmesi için, bu konudaki beyanın dilekçeyle bildirilmesi veya tutanağa geçirilmesi ve gerektiğinde ilgisine yapılacak tebligat giderinin de peşin olarak ödenmesi zorunludur. Tasarı'nın 86. maddesi vekilin azli ve istifasının, davada iradi temsil bağlamında dış ilişkiye etkisini; 87. ve 88. maddeleri ise, iç ilişkiye etkisini hüküm altına almaktadır.

D) TEMİNATA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tümüyle iç hukuk düzeninin etki alanına giren ilişkiler dikkate alınarak 1086 sayılı Kanun'un 97. maddesindeki düzenlemenin kapsamı da genişletilmek suretiyle, teminat gösterilmesi gereken hallerin neler olduğu, Tasarı'nın 89. maddesinde açıkça saymak suretiyle belirlenmiştir. Bu çerçevede teminat gösterilmesi gereken ilk hali, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması, davacı yanında davaya ferî müdahil sıfatıyla katılması yahut Türkiye'de takip yapması oluşturacaktır. Maddede teminat konusu, sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü, yabancıların Türkiye'de dava açması, davacı yanında davaya ferî müdahil sıfatıyla katılması ve Türkiye'de takip yapması halinde, teminat gösterilmesi ile ilgili olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 48. maddesinde yer alan kural işlerlik kazanacaktır. Belirtilen düzenlemenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan bu kural, ancak Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk

vatandaşları bakımından uygulanma alanı bulur. Çünkü, mutad mesken ve vatandaşlık kavramları, sadece gerçek kişilerle ilişkili kavramlardır. Tüzel kişilerin ise, merkezlerinden söz edilebilir ve onların merkezlerinin, kuruluş belgelerinde gösterilmesi zorunludur. Tüzel kişinin merkezi, Türkiye'de ise, o tüzel kişi, Türk tabiiyetindedir; merkezi yurt dışında ise, yabancı bir tüzel kişiden söz etmek gerekir. Yabancı tüzel kişi, Türkiye'de dava açacak yahut takip yapacak olursa, 5718 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca teminat göstermek zorundadır. Bu durumda, tüzel kişilerin daima bir merkezlerinin bulunmasının zorunlu olması sebebiyle, onlarla her durumda ilişkilendirilebilecek bir coğrafi yerin varlığından ötürü, Türk tüzel kişileri bakımından, (a) bendi kapsamında bir düzenleme sevk etmeye de gerçekte ihtiyaç yoktur. Öte yandan, 1086 sayılı Kanun'un 97. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşları açısından Türkiye'de dava açılması yahut davacı yanında davaya ferî müdahil sıfatıyla katılması halinde teminat gösterme yükümünün doğumu açısından "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmama" ölçütü yerine, "Türkiye'de mutad meskeni bulunmama" ölçütü esas alınmıştır. Ayrıca bu düzenlemede sözü edilen davaya müdahaleden maksadın ise, davaya ferî müdahale olduğu her türlü izahattan varestedir. Çünkü, aslî müdahale, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan şey üzerinde kısmen ya da tamamen üstün bir hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin, görülmekte olan davanın taraflarına karşı, davanın görüldüğü mahkemede, müstakil bir dava açması suretiyle gerçekleştirildiği için, aslî müdahil, zaten davada taraf; yani davacı konumundadır. Dolayısıyla aslî müdahalede bulunacak kimsenin, Türkiye'de mutad meskeni yoksa, onun teminat göstermesi zorunluluğu, aslî müdahaleyi gerçekleştirmek için açacağı dava dolayısıyla zaten işlerlik kazanacaktır.

Ferî müdahale ise, ayrı ve müstâkil bir davanın açılması suretiyle değil; müdahale talebinin mahkemece kabulü halinde işlerlik kazanır. Ferî müdahil, taraf değil; yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı konumundadır. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan ferî müdahil açısından teminat gösterme yükümü ise, davalının yanında değil, davacının yanında davaya katılarak bu sıfatı iktisap etmesi halinde ortaya çıkacaktır. Yine, Tasarı'da 1086 sayılı Kanun'un 97. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, teminat gösterilecek haller arasına, "Türkiye'de takip yapılması" hali de eklenmiştir. Ayrıca anılan yasal düzenlemeden yine farklı olarak, Tasarı'da gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleriyle sınırlandırılmış; içeriğinin büyük ölçüde belirsizlik arz etmesi sebebiyle bugüne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava ya da takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dahil edilmemiştir. Ayrıca, bu bağlamda, davacı yanında davaya ferî müdahil sıfatıyla katılanın, temin etmesi gerekenin, sadece ferî müdahale giderleriyle sınırlı bulunduğu altının çizilmesinde de yarar vardır.

Öte yandan, teminat gösterilmesi zorunluluğunu doğuran haller arasına, Tasarı'nın 89. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile, 1086 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak, yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü bertaraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla, davacının, daha önceden iflâsına karar verilmiş yahut hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içerisine düştüğünü gösteren durumların mevcudiyetinin de, belgelenmek kaydıyla, eklenmiş olduğu da gözlemlenmektedir. Bu hüküm hem gerçek kişi hem tüzel kişi davacılar bakımından işlerlik kazanabilir. Belirtilen haller, davacı yanında davada ferî müdahil sıfatıyla yer alacak olan kişinin şahsında gerçekleşecek olursa, onun açısından da müdahale giderleri ile sınırlılık arz etmek kaydıyla, teminat gösterme zorunluluğu ortaya çıkar.

Tasarı'nın 89. maddesinin ikinci fıkrasında, teminat gösterilmesini gerektiren hal ve şartların davanın görülmesi sırasında ortaya çıkması halinde de, mahkemenin, teminat gösterilmesine karar verebileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin son fıkrasında ise, aktif mecburî dava ve takip arkadaşlığında, teminat göstermeyi gerektiren hallerin, dava ve takip arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi halinde, teminat gösterme yükümünün işlerlik kazanacağı hususu açıkça ifade olunmuştur. İşaret edilen husus, sözü edilen halde, dava veya takip arkadaşlarının tamamının tek bir tarafı oluşturması kuralının doğal bir sonucudur.

Tasarı'nın 90. maddesinde yer alan düzenlemede, teminattan muafiyeti gerektiren hallerin neler olduğu sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Bu çerçevede:

a) Davacının adli yardımdan yararlanıyor olması. Adli yardım, tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için, davacı adli yardımdan yararlanan konumunda ise, yargılama giderleri bağlamında teminat göstermekten de muaf tutulacaktır. Bu düzenleme, Tasarı'nın "adli yardımın kapsamı" başlıklı 339. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan kuralın, teminat çerçevesinde bir kez daha ifade edilmesi anlamını taşımaktadır. Tasarı'nın 90. maddesinin (a) bendindeki bu düzenleme, takip açılması halinde, takip giderleri bakımından da işlerlik kazanacaktır.

b) Davacının yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte Türkiye'de taşınmaz malı ya da aynî teminatla güvence altına alınmış bir alacağı mevcutsa, ortada yeterli bir güvencenin bulunması sebebiyle teminattan muaf tutulması gündeme gelecektir.

c) Davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması. Çocuğun (küçüğün) menfaati, hem millî hem milletlerarası plânda en ziyade himayeye mazhâr menfaat olarak kabul edildiği için, salt küçüğün

yani onsekiz yaşını doldurmamış olan gerçek kişinin, menfaatinin korunması için dava açılması halinde, gösterilmesi gereken teminattan muaf tutulması esası benimsenmiştir.

ç) İlâma bağlı bir alacak için ilâmlı icra takibi yapılmış olması. İlâma bağlı alacağın varlığı konusunda, ortada herhangi bir tartışma ve kuşku mevcut değildir. Dolayısıyla ilâma bağlı alacak için, ilâmlı takibe müracaat edilmesi halinde, alacağının varlığı sabit hale gelmiş bulunan alacaklının, teminat göstermekten muaf tutulmasının gayet doğal karşılanması gerekir. Sözü edilen muafiyetten, ancak, alacağı ilâma bağlı bulunan alacaklılar yararlanacak; alacağı ilâm niteliğinde belgeye bağlı bulunan alacaklılar ise, ilâmlı takibe müracaatları halinde, teminat göstermek zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaklardır.

Tasarı'nın 91. maddesinde yer alan düzenlemeyle, dava açılması halinde, yargılama giderlerini, davacı yanında ferî müdahil sıfatıyla yer almak istenmesi halinde ise, müdahale giderlerini karşılayacak tutar ve nitelikte teminata, mahkemece re'sen karar verileceği, hâkimin bu konuda karar almadan önce, sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmesi için, tarafları ve müdahale isteminde bulunanı dinleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Hâkime, teminat konusunda re'sen karar verme yetkisinin tanınmasının temelinde, teminat kararının gereğinin yerine getirilmesinin, Tasarı'nın 119. maddesinin (ğ) bendinde dava şartı sayılması yatmaktadır.

Tasarı'nın 92. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, gösterilecek olan teminatın tutarını ve şeklini, hâkimin tâyin edeceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede, nelerin teminat olarak gösterilebileceği konusunda, 1086 sayılı Kanun'un 96. maddesinde yer alan kuraldan farklı olarak, teminat türlerini gösteren bir kataloğa yer verilmemiş; bu hususun takdiri tümüyle hâkime bırakılmıştır. Ancak, bu düzenlemede de, 1086 sayılı Kanun'un 96. maddesinde olduğu gibi, teminatın şekli konusunda, taraflar bir sözleşme yapmışlarsa, hâkimin, gösterilecek olan teminatı belirlerken bununla bağlı kalması esası da aynen benimsenmiştir.

Tasarı'nın 92. maddesinin ikinci fıkrasında ise, 1086 sayılı Kanun'dakinden farklı olarak, bu bağlamda ortaya çıkabilecek olan ihtiyacı karşılamak amacıyla, hâkime, gösterilen teminatın azaltılmasına, artırılmasına, değiştirilmesine ya da kaldırılmasına karar verme yetkisi tanınmıştır.

Tasarı'nın 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, hâkim tarafından belirlenen kesin süre içerisinde, teminatın gösterilmemesi halinde, hâkimin davayı usulden reddedeceği hüküm altına alınmış; bu suretle, 1086 sayılı Kanun'un 99. maddesinde yer alan ve ilk itiraz olma niteliğiyle bağdaşan bir çözümlenme niteliği taşıyan "duruşmada hazır bulunmamış sayılma" şeklindeki kuraldan ayrılmıştır. Bu durum, teminat kararının gereğinin yerine getirilmesi hususunun, Tasarı'nın 119. maddesinin

(ğ) bendinde açıkça bir dava şartı olarak sayılmış bulunmasının, doğal bir sonucudur. Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, davacı yanında ferî müdahil sıfatıyla yer alabilmek için, ferî müdahale talebinde bulunan kimsenin, hâkim tarafından verilen kesin süre içerisinde, kendisinden istenen teminatı göstermemesi halinde, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılacağı açıkça hüküm altına alınmış ve bu suretle uygulamada ferî müdahale bağlamında ortaya çıkabilecek olan boşluğun da doldurulması amaçlanmıştır.

Tasarı'nın 94. maddesinde, 1086 sayılı Kanun'da hakkında herhangi bir özel düzenleme bulunmaması nedeniyle, teminatın iadesi bağlamında uygulamada ortaya çıkan tereddüt ya da belirsizliği gidermek amacıyla, özel bir hüküm sevk edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, teminatın gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine, mahkeme, teminatın iadesine karar verecektir.

Tasarı'nın 95. maddesinde, takipler bağlamında, iç hukukun etki alanına giren ilişkiler bakımından ilk defa öngörülmüş olan teminat gösterme yükümünün doğması halinde (Tasarı m. 89, I/a), davada teminatla ilgili olarak hâkim tarafından alınması gereken tüm kararların, takiplerde, işin doğası gereği, cebrî icra prosedürünün işleyişinde başından sonuna kadar birinci derecede sorumluluk üstlenmiş olan icra müdürleri tarafından alınacağı hususu açıkça ifade edilmiştir.

İ) DAVA ÇEŞİTLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 111, 112 ve 113. maddelerinde, mahkemeden istenen hukukî himayeye ve 115, 116 ve 117. maddelerinde ise, talep sonucunun niteliğine göre, doktrinde yapılmakta olan ve uygulamada da genel kabul gören ayırımlar baz alınmak suretiyle bir dava tipolojisi yaratılmış ve bu tipolojiye sistematik bütünlüğün temini için, son derece önem taşıyan kısmî dava kurumu ile (m. 114) münferit hükümlerde yer alan ve fakat bu güne kadar genel çerçevede herhangi bir düzenlemeye kavuşturulamamış olan topluluk (grup) davası da (m. 118) dahil edilmiştir.

Tasarı'nın 111. maddesinde, hukuk uygulaması bakımından son derece de önem taşıyan ve sıklıkla kendisine müracaat edilen bir dava çeşidi olan, eda davalarına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir. Eda davaları, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesini hedefleyen bir dava çeşididir. Buradaki "yapmamaya" ibaresinin kapsamına, bir şey yapmaktan kaçınma eski deyişle "içtinap etme" hali de dahildir.

Tasarı'nın 112. maddesinin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Bu çerçevede, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin

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

Tasarı'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunla belirtilen durumlar dışında, tespit davası açan davacının, eda davası ile inşâî davalardan farklı olarak, dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararın bulunduğu hususunu açıkça ortaya koyması bir şart olarak öngörülmüştür.

Anılan düzenlemenin son fıkrasında ise, maddî vakıaların, tek başlarına tespit davalarına konu yapılamayacağı; ancak bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında, tespit davasına konu kılınabileceği hususu, hüküm altına alınmıştır.

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

Tasarı'nın 113. maddesinin ikinci fıkrasında ise inşâî davaların, ancak, bir inşâî hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde, işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hallerin neler olduğunu, maddî hukuk gösterecektir. İnşâî haklar, varması gerekli tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılırlar; karşı tarafa vardıkları anda kendilerinden beklenen etkiyi doğururlar. İnşâî hakka bağlanmış olan etkinin doğumu için, mahkeme aracılığıyla kullanılması maddî hukuk tarafından zorunlu kılınmışsa, bu durumda inşâî hak sahibinin inşâî dava açması gerekecektir.

Anılan maddenin son fıkrasında ise, inşâî davanın kabulü halinde verilen hükümlere özgü bir nitelik olan inşâî etkinin, hükmün verilip; şeklî anlamda kesinleştiği anda, kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı sürece, geçmişe değil; geleceğe etkili bir biçimde ortaya çıkacağı hususu açıkça ifade olunmuştur. İnşâî hükümlerin geçmişe etkili olması ise, son derece istisnai hallere münhasırdır²².

Tasarı'nın 114. maddesinin birinci fıkrasında, kısmî dava kurumunun²³ ne zaman işlerlik kazanabileceği hususu, hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, talep konusu niteliği itibarıyla bölünebiliyor ise,

²² **Tanrıver, S.** : İllâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 65.

²³ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. : **Tanrıver, S.** : Kısmî Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 851-866), s. 851 vd.

onun sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Alacağın tamamı aynı hukukî ilişkiden doğup; şimdilik sadece belirli bir kesimi dava ediliyorsa, kısmî davadan söz etmek gerekecektir²⁴. Bu dava çeşidine müracaat edebilmek için, dava yoluyla ileri sürülecek olan talebin konusunu teşkil eden edimin niteliği itibarıyla bölünebilir bir nitelik taşıması zorunludur²⁵. Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda, kısmî davanın açılmayacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

Tasarı'nın 114. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına ilişkin bir kayda açıkça yer verilmemiş olmasının, bu konuda suskunluk içinde bulunulmasının, dava dışı tutulan alacak kesiminden zımnen feragat edilmesi sonucunu doğurmayacağı hususu açıkça ifade edilmiş ve bu suretle bu konudaki suskunluğun, ileride ek dava açma imkânını ortadan kaldırmayacağına işaret edilmiştir. Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmişse, bu durumda, feragat nedeniyle alacak da zaten sona ermiş olacağından, ek dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün bir alacaktan da söz edilemeyecektir.

Tasarı'nın 115. maddesinde, Türk hukuk uygulamasında son derece önemli bir yeri bulunan “kümülatif dava yığılması”, Tasarı'da benimsenen adıyla “davaların yığılması” kurumu düzenlenmiştir. Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmadan, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine, davaların yığılması denir²⁶. Bu dava çeşidinde, taleplerin tümü, birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir; her bir talep, birbirinden farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir²⁷. Davaların yığılması halinde, görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava; görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik nitelikli bir bağın ya da bağlantının bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının varlığı halinde, tek müşterek olan husus, delillerin ikamesi ile tahkikat aşamasıdır²⁸. Sözü edilen kurum, son işaret edilen nokta sebebiyle, usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunur.

²⁴ Tanrıver-Kısmî Dava s. 851.

²⁵ Tanrıver-Kısmî Dava s. 851.

²⁶ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 74-75.

²⁷ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 75.

²⁸ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 75.

Anılan düzenlemede, ayrıca, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının koşullarının neler olduğu da gösterilmiştir. Buna göre, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının ortaya çıkabilmesi için, varlığı gereken koşullar şu şekilde sıralanabilir:

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

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

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

a) Aynı davalıya karşı ileri sürülecek birden ziyade talep arasında bir aslîlik-ferîlik ilişkisi mevcut olmalı; yani, dava dilekçesinde, önce aslî talep, daha sonra da ferî talep belirtilmiş bulunmalıdır.

b) Birlikte ileri sürülen bu talepler arasında, hukukî veya ekonomik nitelikli bir bağ ya da bağlantı mevcut olmalıdır.

Terditli dava açılması, şarta bağlı dava ikame edilmesi anlamına gelmez; davacı böyle bir yol izlemek suretiyle, sadece taleplerine ilişkin olarak mahkemece gerçekleştirilecek incelemenin sırasını belirlemektedir²⁹.

Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, terditli davada, incelemenin nasıl yapılacağı ve kararın nasıl verileceği hususları hüküm altına alınmıştır. Terditli davada, mahkeme, öncelikli olarak asıl talebi inceleyecek ve karara bağlayacaktır. Bu davada, mahkeme aslî talebin esastan reddine karar vermediği sürece, ferî talebi (yardımcı talebi) inceleyemez ve onu hükme bağlayamaz. Yani, ferî talebin incelenip hükme bağlanması, aslî talebin, mahkemece esastan reddedilmiş olmasına bağlıdır.

²⁹ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 76.

Tasarı'nın 117. maddesinin birinci fıkrasında, seçimlik dava kurumunun, yasal çerçevede genel bir tanımı yapılmış ve hangi hallerde seçimlik davanın açılacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Seçimlik borç kavramı ile seçimlik dava kavramını birbiriyle karıştırmamak gerekir. Yani, her seçimlik borç, bir seçimlik dava açılmasına imkân vermez. Seçimlik borçlarda, seçme hakkı borçluya yahut üçüncü bir kişiye bırakılmış ve borçlu yahut üçüncü kişi bu hakkını kullanmaktan kaçınıyorsa, ancak bu durumda, seçimlik dava açılması söz konusu olacaktır. Seçme hakkı alacaklıya aitse, alacaklının, bu durumda seçimlik dava açma imkânı yoktur³⁰. Alacaklı, sözü edilen halde, hukukî niteliği itibarıyla inşaî bir hak olan seçme hakkını kullanmak suretiyle, öncelikle borç konusunu belirli hale getirecek; borçlu, belirlenen bu edimi yerine getirmeye yanaşmıyorsa, ona karşı seçimlik dava değil; bir eda davası açacaktır³¹. Seçimlik davanın varlığı halinde, esasında, ortada gerçek anlamda bir dava (talep) yığılması da mevcut değildir³². Çünkü, borcun konusu yani edim ve dolayısıyla talep taktır. Edimin konusunu, birbirinin alternatifi olacak şekilde birden fazla şeyin oluşturması, edimin de birden fazla olduğu anlamına asla gelmez.

Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, seçimlik davada, mahkemece, nasıl bir hüküm verilmesi gerektiği hususuna açıklık getirilmiştir. Seçimlik davada, davacı, dava dilekçesinde seçimlik olarak talepte bulunacağı için, mahkemece, talebin hukuka uygun görülmesi halinde, verilecek olan mahkûmiyet kararı da, seçimlik bir mahkûmiyet kararı olacaktır.

Tasarı'nın 117. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, seçimlik mahkûmiyet hükümlerinin, cebrî icra yoluyla yerine getirilmesinin nasıl sağlanacağı hususuna açıklık getirilmiştir. Bu çerçevede, seçimlik mahkûmiyet hükmünü, cebrî icraya koyan alacaklı, takip hukukunun temel kuralı olan takibin konusunun belirli olması kuralı uyarınca, takibin konusunu seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan edim konusu şeylerden birisine hasretmek zorundadır. İcra müdürü de, bu belirleme çerçevesinde, borçluya, hasredilen edimin yerine getirilmesini konu alan bir icra emri çıkartacaktır. Ancak, borçlu, hasredilen ve icra emrinin konusunu oluşturan edimin yerine diğer edimi yerine getirmek suretiyle de takibin son bulmasını sağlayabilecektir. Bu düzenleme sayesinde, sözü edilen halde, seçme hakkının, yine borçluda kalması sağlanacak; alacaklıya geçmesinin de engellenmesi gerçekleştirilmiş olacaktır.

Tasarı'nın 118. maddesinde yer alan düzenlemeyle, esas itibarıyla, Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de yavaş yavaş genel kabul görmeye başlamış bulunan topluluk davası (grup, sınıf davası) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi

³⁰ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 79.

³¹ Tanrıver-İlâmlı İcra s. 79.

³² Guldener, M. : Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 214.

sağlanmıştır. Bu çerçevede, dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açacakları davanın, topluluk davası olarak nitelendirileceğine açıkça işaret edilmiştir.

J) DAVA ŞARTLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 119. maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan (yani, genel) dava şartlarının neler olduğu hususu, açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanun'un 188. maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen ve hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken hususların neler olduğuna açıklık kazandırılmıştır. Burada sözü edilen dava şartlarından maksat, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen hallerdir³³. Ayrıca, maddede, mahkemeye, davanın taraflarına ve davanın konusuna ilişkin dava şartlarının tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması; yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; kesin yetki hallerinde, mahkeminin yetkili bulunması; tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması; yasal temsilin işlerlik kazandığı hallerde yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması; davayı takip yetkisine sahip olunması; vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması; davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması; teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmiş olması, davacının, dava açmakta hukukî yararının bulunması; aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunması genel dava şartları olarak belirlenmiştir.

Anılan düzenlemenin (ı) ve (i) bentlerinde sayılan haller, diğerlerinden farklı olarak olumlu değil; olumsuz dava şartı konumundadırlar. Yine, anılan maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde, davanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla, davacının yatırması gereken gider avansını yatırmış bulunması da, bir dava şartı haline getirilmiştir.

Tasarı'nın 119. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yapılan düzenlemeyle, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının, Türkiye'de dava açması durumunda, göstermesi gereken teminatın gereğini yerine getirmesi halinin dava şartı olarak öngörülmesi suretiyle, mahkemece her zaman gözetilmesi ve taraflarca da her zaman ileri sürülebilmesi olanağı

³³ **Kaelin, F.** : Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1949, s. 21; **Guldener** s. 220; **Kuru, Baki**: Dava Şartları (Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 109-147), s. 111.

yaratılmıştır. Böylelikle, 1086 sayılı Kanun'un 187. maddesinin (1) numaralı bendinde yer alan ve Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının Türkiye'de dava açması halinde, bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesini öngören düzenlemenin varlığına da son verilmiştir.

Yine, Tasarı'nın 119. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde ise, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmasının, bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukukî yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurmasında hâlihazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır³⁴. Bir başka ifadeyle, davacı, hakkına kavuşmak için, hâlihazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse, onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir³⁵. Bu şekilde bir anlam ve içerik yüklenen hukukî yarar kavramına topluluk davası bağlamında yeni bir açılımın getirilmesi de sağlanmış; hâlihazırda kolektif hukukî himaye ihtiyacı içerisinde bulunma da, bu kapsamda mütalaa edilmiştir.

Yukarıda sözü edilen düzenlemenin birinci fıkrasının (ı) bendinde ise, aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması hususu, yani teknik bir ifadeyle derdestlik iddiası, olumsuz bir dava şartı haline getirilmiş ve bu suretle derdestlik itirazının, bir ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesi sağlanmıştır.

Açılmış ve görülmekte olan bir davanın davacısı, hukukî korunma sürecini başlatmıştır. Artık, onun, aynı davayı yeniden bir başka mahkeme önüne getirmesinde hukuken korunmaya değer güncel bir yarar kalmamıştır; bu bağlamda hukuken korunma içerisinde bulunmamaktadır ve onun yapacağı tek iş, açmış olduğu davanın sonucunu beklemekten ibarettir. Öte yandan, dava açmaktaki yarar, hukukî olmalıdır; ideal ya da ekonomik yarar, tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, hangi saikle olursa olsun, ikinci kez açılması halinde, davacının, bu ikinci davayı açmaktaki yararı hukukî değildir³⁶. O halde, derdestlik itirazının konulmasının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmesinin sağlanmasında davacının hiçbir hukukî yararının bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır³⁷. Hukukî yararın ise dava şartı olduğu konusunda, bu düzenlemeden önceki evrede dahi, doktrinde bir görüş birliği

³⁴ **Cramer, O.** : Probleme des Feststellungsinteresses im Zivilprozess, Freiburg 1927, s. 13; **Bodmer, B.** : Die Allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1984, s. 76; **Schönke, A.** : Das Rechtsschutzbedürfnisse, Frankfurt am Main und Berlin 1950, s. 33; **Kuru-Dava Şartları** s. 136.

³⁵ **Kuru-Dava Şartları** s. 136; **Bilge, N. / Önen, E.** : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 3. B. , Ankara 1978, s. 406.

³⁶ **Tanriver, S.** : Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. B., Ankara 2007, s. 24.

³⁷ **Tanriver-Derdestlik** s. 24.

bulunmaktadır³⁸. Derdestlik itirazı da, hukukî yarar eksikliğinin somut ve özel plânda bir düzenleniş biçimi olduğuna göre³⁹, onun da temelinde yatan bu düşünceye uygun bir işlev görmesinin sağlanabilmesi için, ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesinde kaçınılmaz bir zorunluluk mevcuttur⁴⁰.

Tasarı'nın 119. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde ise, aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunmasının, bir dava şartı olduğu hususuna yasal çerçevede açıklık kazandırılmıştır. Derdestlik itirazı gibi kesin hüküm itirazı da, "ne bis in idem" (aynı fiilden ötürü, bir kişi, ancak bir kez yargılanabilir) kuralını temel alır⁴¹. Kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesin hükmün, menfi etkisiyle ilişkili bir itiraz konumundadır⁴². Burada sözü edilen maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisinden maksat, karara konu kılınan uyuşmazlığın yeni bir davanın konusunu oluşturamaması; oluşturmuşsa böyle bir davanın dinlenmeyip usulden reddedilmesidir⁴³. Bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın, daha önce kesin bir hükümle çözümlenmiş olması nedeniyle, mahkemece yeniden inceleme konusu yapılamayacağını öngören usulî bir itiraz biçiminde tanımlanan kesin hüküm itirazı⁴⁴, maddî anlamda kesin hükmün müspet değil; menfi etkisiyle ilişkilidir. Zaten maddî anlamda kesin hüküm de, müspet değil; menfi etkisi itibarıyla, bir dava şartı konumundadır. Kesin hüküm itirazı da, menfi etkiyle ilişkili bir konumda bulunduğundan, onu dava şartına ilişkin bir itiraz olarak nitelemek gerekir. Bu suretle, maddî anlamda kesin hükmün, kesin hükümle, mahkemenin ve davanın taraflarının bağlı olması, özellikle lehine karar verilen kişinin hakkının inkâr edilememesi biçiminde tanımlanan müspet etkisi⁴⁵ itibarıyla, dava şartı niteliği taşımadığı da vurgulanmış olmaktadır.

Tasarı'nın 119. maddesinin ikinci fıkrasında ise, münferit davalar bakımından diğer kanunlarda yer alan ve özel dava şartları öngören düzenlemelerin uygulanma alanlarının saklı tutulduğuna (örneğin, İİK m. 69) açıkça işaret edilmiştir.

Tasarı'nın 120. maddesinin birinci fıkrasında, dava şartlarının mevcut olup olmadığı hususunun, davanın her aşamasında, mahkemece kendiliğinden gözetilebileceği; taraflarca da bu bağlamdaki eksikliğin, her zaman ileri sürülebileceği hususu açıkça vurgulanmıştır. Genel dava

³⁸ **Kuru-Dava Şartları** s. 136; **Bilge/Önen** s. 406; **Tanrıver-Derdestlik** s. 24, 36.

³⁹ **Tanrıver-Derdestlik** s. 36.

⁴⁰ **Tanrıver-Derdestlik** s. 24, 36; **Bilge/Önen** s. 407; **Kuru-Dava Şartları** s. 137.

⁴¹ **Tanrıver-Derdestlik** s. 41.

⁴² **Tanrıver-Derdestlik** s. 40.

⁴³ **Tanrıver-Derdestlik** s. 40.

⁴⁴ **Gürdoğan, Burhan**: Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 60;

Bilge/Önen s. 703; **Tanrıver-Derdestlik** s. 41.

⁴⁵ **Gürdoğan** s. 50; **Tanrıver-Derdestlik** s. 40.

şartlarının incelenme sırasının ne olacağı hususu ise, pozitif bir düzenlemeye elverişli bir nitelik taşımadığı için, tümüyle doktrin ve yargı uygulamasının takdirine bırakılmıştır.

Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, mahkemenin, dava şartı noksanlığının tespiti halinde vereceği kararın, usule ilişkin bir nihai karar olan davanın usulden reddi kararı olacağı hususu vurgulanmış; dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanabilmesi için, hâkimin, usulden ret kararı vermeden önce, eksikliğin tamamlanması yönünde, ilgisine kesin süre vermesi esası benimsenmiştir.

Tasarı'nın 120. maddesinin son fıkrasında ise, davanın esasına girilmesinden önce, dava şartı noksanlığının fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmiş ise, usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanması açısından, artık başlangıçtaki dava şartı noksanlığından dolayı, davanın usulden reddedilmemesi gerektiği hususu açıkça hüküm altına alınmıştır.

K) İLK İTİRAZLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

Tasarı'nın 121. maddesinde, ilk itirazların⁴⁶ neler olduğu, üç bent halinde sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Bunlar: Kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde, yetki itirazı; tahkim itirazı ve aslıye ticaret mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümüne uyulmaması olmasını temel alan işbölümü itirazıdır.

Tasarı'nın 122. maddesinde ise, ilk itirazların hep birlikte, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği, aksi takdirde dinlenmeyeceği hususu vurgulanmış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında, usul ekonomisi ilkesi göz önüne alınarak, davada zaman kaybının önlenmesi bakımından, ilk itirazların, dava şartlarından sonra incelenmesi esası öngörülmüştür. İlk itirazların incelenme usulünün yer aldığı üçüncü fıkrada ise, bunların, ön sorun gibi karara bağlanacakları ifade edilmiştir. İlk itirazların, dava şartlarından sonra incelenmesi esası kabul edildiğinden, dava şartlarını incelemeye yetkili esas davaya bakacak mahkemenin, bu incelemeyi yapması işin doğası gereğidir. İlk itirazda bulunulması üzerine, mahkemenin vereceği karar, ileri sürülen ilk itirazın niteliğine göre farklılık gösterecektir.

⁴⁶ İlk itirazlar, ancak taraflarca belirli bir usul kesitine kadar ileri sürüldüğünde dikkate alınabilen; mahkemece re'sen gözetilemeyen, davanın esasına girilmesini ve esastan karara bağlanmasını engelleyen, kanunda sınırlı bir biçimde öngörülmüş bulunan usul hukukuna ilişkin durumları ifade eder (**Kaelin** s. 21; **Guldener** s. 224; **Kuru-Dava Şartları** s. 146; **Bilge/Önen** s. 414; **Tanriver-Derdestlik** s. 32 dn. 61).