

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNUN TADİLİ TASARISI HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ

I

Adalet Bakanlığı, bir müddet evvel «1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun başlığının ve bazı maddelerinin değiştirilmesi, bazı maddelerinin kaldırılması, bu kanuna bazı madde ve fıkralar eklenmesi hakkında kanun tasarısı» başlığını taşıyan bir tasarıyı ilgili Bakanlıkların, Üniversitelerin, Baroların tetkikine arz etmişti. Bu tasarı hakkında Ankara Barosu tarafından hazırlanan ve yayınlanmış bulunan çok kısa bir mütalâa hariç (Ankara Barosu Dergisi, 1965 sayı 5, s. 984/986), şimdiye kadar başka herhangi bir yazıyı tesbit edemedik. İşte biz, tasarı ile ilgili olmak üzere ilmi esasların ışığı altında bir fikir verebilmek amacı ile, tasarının getirdiği bir çok hükümleri göz önünde tutarak bu yazıyı hazırladık. Fakat bu yazı ile takip ettiğimiz amaç, sadece bundan ibaret değildir. Tasarı bakanlıkça ancak mahdut kurumlara dağıtılmış bulunduğu için, tasarının yeni hükümleri pek az sayıda hukukçunun malûmudur. Biz bu yazımızda, tasarının getirmek istediği önemli saydığımız değişiklik hükümlerinden bazılarına da, bazen herhangi bir mütalâa beyan etmeksizin temas etmek zorunluğunu duyduk. Bununla ulaşmak istediğimiz amaç, tasarının getirdiği önemli bazı hükümleri hukukçu meslektaşlara tanıtarak, bu hükümlerin hiç olmazsa tasarının kanunlaşmasına kadar, daha geniş bir alanda münakaşa edilebilmesine imkân hazırlamaktır. Fakat tasarının ihtiva ettiği hüküm sayısının (tasarı, 215 madde ve 10 geçici maddeden ibaretir), büyük bir kısmına temas ettiğimiz bu yazımızda, sadece tanıtmak üzere zikredilen madde sayısının oldukça az olduğuna da ayrıca işaret etmek gerekir.

Tasarı madde metinlerinden ayrı olarak yüz sahifelik bir gerekçe ihtiva etmektedir. Bunun üç sahifesi genel gerekçe olup, diğer kısmı ise maddelere ait gerekçelerdir. Biz bu yazıda tasarı hükümlerini tahlil ve tenkid ederken zaman zaman bu gerekçeye de atıflar yaparak, burada yer alan düşüncelerin isabet derecesini de tayin etmeğe çalıştık.

Tasarının genel gerekçesine göre, bu tasarının hazırlanmasında takip edilen amaçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1) İlk amaç, hukuk davalarında fuzuli ve zaman alıcı formalitelerin, kötü niyetli kişilere dava ve işleri sürünqemede bırakmak fırsatını vermekten başka bir işe yaramayan bazı kayıtların bertaraf edilmesi suretiyle sür'at ve güvenliğin sağlanmasıdır.

2) Asliye mahkemelerinin yüklerini azaltmak için, paranın satın alma değerindeki değişiklikler de nazarı itibare alınarak, bazı hükümler vazedilmiş (Sulh mahkemelerinin 3000 liraya kadar olan ihtilâflara bakabileceği kabul edilmiştir) ve bir kısım davalar da sulh mahkemelerinin görevi içine alınmıştır.

3) Yargıtaydaki iş hacmi de gün geçtikçe arttığı için, buna bazı hukuki tedbirlerle çare aranması zarureti ortaya çıkmıştır. İşte bu sebeple, tasarıya bir yandan yargıtaya gelecek iş hacmini azaltmak için hükümler konurken (kıymet ve değeri 500 lirayı geçmeyen davalarda verilen hükümler kesin sayılmış) diğer yandan da Yargıtaydaki işlerin daha rahat bir çalışma ile ve çabucak sonuçlandırılması için tasarıya bazı hükümler eklenmiştir.

4) Mer'i kanunun uygulamasında görülen ve bir ihtiyaç halinde kendisini gösteren boşlukların da mümkün mertebe doldurulmasına çalışılmıştır. Şunu hemen belirtelim ki, tasarı bu boşlukları doldururken çoğu zaman temyiz mahkemesinin içtihatlarından hareket etmiştir. Fakat bu kararların çözüm tarzının doğru olup olmadığı; doktrin tarafından tasvip edilip edilmediği meselesi üzerinde durulmamıştır. Bu hal ise, aşağıda da görüleceği üzere bazı isabetsiz hükümler vaz'ına sebebiyet vermiştir.

5) Mer'i kanunun ağıdalı dili de tasarı ile sadeleştirilmek istenmiştir. Bu sadeleştirmede takip edilen usul de, kanunun dilini bugünkü dil ve terimlere uydurmak şeklinde olmuştur.

Bu yazının hazırlanmasında şöyle bir esas takip edilmiştir: Yazımızda tasarının hükümleri madde sırası dikkate alınarak tahlil ve

tenkid edilmiş ve böylelikle mevcut kanunun hangi hükmünün ne gibi değişikliğe uğradığının tesbitinin de kolayca takip edilebilmesine imkân verilmek istenmiştir. Ancak bir maddenin tadili sıra itibariyle sonra gelen ilgili bazı maddelerin de tadiline sebebiyet vermişse, artık bu hükümler de, esas maddenin izah ve tenkidi sırasında ele alınarak birlikte değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Çünkü, ancak bu suretle mükerrer izahlar verilmesinden kaçınılabilmıştır.

Şimdi, yukarıda belirttiğimiz genel amaçları gerçekleştirmek üzere hazırlanan bu tasarının, inceleyebilmek imkânını bulduğumuz bir çok hükümlerinde, bu amaçlara ne nisbette yaklaşmış bulunduğunun hususi olarak tetkikine geçebiliriz.

II

1) Tasarının 2. maddesi ile mevcut kanunun 1. maddesinin son fıkrası meri usul kanunundan farklı olarak ve Alman Usul Kanununun 4. paragrafının ikinci fıkrasından mülhem olarak kaleme alınmıştır. Tasarının getirdiği sistemde de tıpkı Alman kanununda olduğu gibi, ferî alacaklar mahkemenin vazifesinin tayininde nazarı itibare alınmayacaktır. Vazife meselesi faiz, icra tazminatı, masraf, semere ve faydalanmalar gibi ferî alacaklar dikkate alınmaksızın tayin olunacaktır. Fakat bu prensip, tabii ki, bu ferî alacaklar aynı davada esas alacak ile birlikte dermeyan edildikleri takdirde cari olacaktır. Bu ferî alacaklar müstakilen dermeyan edildikleri halde, vazifenin tayini bunların miktarına bağlı olarak yapılacaktır. Nitekim tasarıya alınmayan Alman usul kanununun 4. maddesinin 2. fıkrası bu esası açıkça ifade etmekte ve eğer bu alacaklar ferî alacak olarak dermeyan ediliyorlarsa, bu takdirde vazifenin tayininde dikkate alınmayacaklarından bahsetmektedir.

2) Tasarının 3. maddesi ile mevcut kanunun 6. maddesinde yapılmak istenen değişiklik ile irtifak haklarında şahsi ve ayni irtifak hakkı tefriki yapılmakla isabetli hareket edilmiştir. Bu tefrik medeni kanunun bu konuda yaptığı ayırma da uygundur. Tasarının 6. maddesinin son fıkrası teminatla ilgili davalarda vazifenin, alacağın miktarına bağlı olarak tayin edileceğini belirterek bu konudaki uygulamada mevcut tereddütleri izale etmiş ise de; bu hükmü almış olduğu Alman usul kanununun 6. paragrafının son fıkrasını

atlamıştır. Bu fıkraya göre, teminatın kıymeti, alacağın miktarından az ise, bu halde ihtilâf teminat ile alâkalı olduğuna göre vazifenin tayininde artık alacağın değil, teminatın kıymeti esas alınmak gerekecektir. Bu sebeple tasarının 6. maddesinin son fıkrası zaruri fakat yeterli değildir. Alman Kanununda mevcut olan bahsettiğimiz bu fıkranın da tasarıya ithali zarurîdir. Böylece bir alacağın teminata bağlanması hallerinde, bir alacak için mevcut bulunan bir rehin veya ipotek hakkı etrafında vukubulacak ihtilâflarda bu maddenin tatbiki düşünülebilecektir.

3) Tasarının 4. maddesi ile mevcut kanunun 7. maddesinde önemli ve isabetli bir çok değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki;

a) Tasarı tatbikatta mevcut bulunan büyük bir mahzuru, bu hükmü ile, kısmen de olsa, bertaraf etmek istemektedir. Mahkemelerin vazifeleri etrafında vukubulan ihtilâflar seneler sürmekte ve sırf bu sebeple zamanında işin esasına girilerek bunun hakkında bir karar verilebilmesi, lüzumsuz şekilde, gecikmektedir. İşte tasarı, bu gecikmeyi, imkân nisbetinde azaltmak amacı ile, görev konusunda da sarih veya zımni bir anlaşmanın yapılabilmesine, cevaz vermektedir. Taraflar, tasarının getirdiği sistemde, aralarındaki ihtilâf mamelek hukukuna ilişkin bulunduğu takdirde, bu ihtilâfın görevli olmayan bir mahkemede rüyeti hususunda anlaşma yapabileceklerdir (Bu hal tarzı yetki yönünden mevcut usul kanunumuzun 22. maddesine paraleldir). Hatta görevsiz bir mahkemede açılan davaya karşı davalı görevsizliği ilk itiraz olarak (iptidai itiraz) ileriye sürmezse o, mahkemenin görevini kabul etmiş sayılacaktır (Bu tanzim tarzı yetki yönünden usul kanunumuzun 23. maddesine paraleldir). Ve mahkeme de artık bu durumlarda görevsizlik kararı veremeyecektir. Ancak, davanın mahiyetine göre olaya uygulanması gereken usul ve kanun hükümlerini uygulayacaktır.

Tasarının meri kanunun 7. maddesinde yaptığı ve mamelek hukukuna ilişkin ihtilâflarda görev anlaşmasına cevaz veren değişikliğe bir mucip sebep olmak üzere, gerekçesinde (s. 7), kabul edilen bu sistemin memleketteki adlî teşkilâta ve fiilî duruma da uygun bulunduğundan bahsedilmesi doğrusu gariptir. Zira bu gün adlî teşkilâtımız, en çok islâha muhtaç durumda bulunmaktadır. Bilhassa istinaf mahkemelerinin tesisi beklenirken, tasarı, hiç olmazsa getirdiği yeni hükümlerinde, bu mahkemelerin kurulması imkânını da gözönünde tutacak şekilde hükümler vazetmeğe çalışsaydı daha iyi olurdu. Bu mülâhazalar sebebiyle, tasarının, getirdiği yeni hü-

kümlere gerekçe ararken, mevcut adli teşkilâttan medet ummaması da gerekirdi.

b) Tasarı bu isabetli tadil teklifine haklı olarak bazı istisnalar da tanıyarak, bu konularda görev anlaşmasına cevaz olmadığını belirtmiştir. Bu istisnalardan biri yargı yolu uyuşmazlığı bulunan durumlardır. Mahkemeler arasında görev değilde yargı farklılığı varsa, mahkeme muhakemenin her safhasında bunu dikkate alabilecektir. Memleketimizdeki cari mevzuat ve tatbikat karşısında görev ve yargı tefriki yapılamamış ve her iki durum hatalı olarak aynı esaslara tabi tutulmuştur. Halbuki her iki kavram birbirinden farklı olup, bu ayrılık bazı usul hukuku meselelerinde de bizi birbirinden farklı sonuçlara götürecektir (1). Tasarı yargı farklılığı bulunan hallerde görev anlaşması yapmanın imkânsızlığına değinerek, görev ve yargı kavramlarının farklılığına bir dereceye kadar temas etmiş olmaktadır. Nitekim tasarının 4. maddesi ile 7. maddeye «İdari yargı merciî» sözü bizzat ve bilinerek eklenmiştir.

Fakat tasarı sadece yargı farkı bulunan hallerde görev anlaşması yasağı vazetmekle yetinmemiş ayrıca, 7. maddenin 4. fıkrasının son kısmında İcra ve İflâs Kanununda gösterilen merci ve mahkemelerin görevlerine dahil olan işlerde de görev anlaşması yapılamayacağını belirtmiştir. Bu istisna da yerindedir. Zira tasarının gerekçesinin de belirttiği gibi, «İcra ve İflâs Kanunu alanına giren uyuşmazlıkların çözümlenme suretleri ve tâbi oldukları usul ve tetkik tarzları başka ve amaçları da icra ve iflâs işlerini kısa yoldan ve özel hükümlere göre neticelendirmekten ibarettir».

Ayrıca tasarı, adi mahkemeler ile özel mahkemeler arasındaki ilişki bir yargı değil, bir görev ilişkisi olmasına rağmen (2) özel mahkemelerin görevlerine dahil olan işlerde de sarıh veya zımni görev anlaşması yapılabilmesine set çekilmiştir. Bu istisna da özel mahkemeler tesisi ile güdülen gayenin gerçekleşmesine engel olacak davranışları önlemeye matuf olması yönünden tasvibe mazhardır.

Tasarı sisteminde, mahkemenin görevsiz olduğunu iddia eden taraf, görevli mahkemeyi de göstermeye mecburdur. Aksi halde, iddiası nazara alınmaz. Görevsizlik veya yetkisizlik itirazı üzerine kendisini görevsiz veya yetkisiz sayan mahkeme, kararında, görev-

(1) Bunların ne olduğu hakkında bkz. Schönke/Schröder/Niese, § 13, III, s. 80 - 81.

(2) Schönke/Schröder/Niese, s. 80.

li ve yetkili mahkemeyi de gösterecektir. İlgililerin bu kararı temyiz hakları vardır. Eğer bu karar yargıtayca incelenmek suretiyle kesinleşmiş veya bizatihi kesin ise, yahut ta temyiz yoluna gidilmemek suretiyle kesinleşmiş ise, davaya sonradan bakacak olan mahkeme tekrar görevsizlik veya yetkisizlik kararı veremeyecek ve artık davaya bakmakla mükellef bulunacaktır (3). Tasarı bu hükmü ile, olumsuz görev ihtilâflarını bertaraf etmektedir. Tasarının meri usul kanununda yetki konusunda mevcut bulunan bazı hükümleri görev konusuna da teşmili ve neticede her iki meseleyi aynı çözüme bağlayan tanzim tarzı, Alman usul kanununun 276. paragrafından alınmıştır.

Tasarının 10. maddesi ile 27. maddeye yapılan eklerden birisi de, görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkemenin kendi nezdinde yapılmış yargılama giderleri ile vekâlet ücreti hakkında da bizzat karar vermesinin teminine matuf hükümdür. Tasarı bu konudaki fikrini bir başka faraziye münasebeti ile açıklamış ve bunu gerekçesinin 13 ve 14. sayfelerinde daha da vuzuha kavuşturmuştur. Tasarı bu hükmü ile 25/4/1945 tarihli ve 21/7 esas, 9 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının (4) hatalı çözüm tarzını benimsemiştir. Gerekçede görevsizlik ve yetkisizlik kararının da esas hakkındaki kararlar gibi davaya son verdiğinden bahsedilerek getirilmek istenen sistem haklı gösterilmek istenmektedir. Aslında gerçekten her iki karar da nihai karardır ve bu vasıfları itibariyle müstakilen temyiz kabiliyetine sahiptir. Fakat muhakeme masraflarına hükmetmek yönünden bu iki karar arasında mevcut bulunan farkın gözden kaçırılmaması gerekir. Nitekim bu farka 14/4/1954 tarihli ve 4/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (5) açıkça temas ederek, neden son karar verilen her halde muhakeme masraflarına hükmedilmek gerekmediğine temas etmektedir. Bu karara göre, *dava dilekçesinin iptali kararı* da bir son karar olmasına rağmen, bu karar davacı aleyhine verilmiş bir hüküm mahiyetinde olmadığından, bu safhada vekâlet ücretine hükmetmek gerekmez. Aslında bu son zikrettiğimiz kararda yer alan mülâhazalar tasarının kanunlaştırmak istediği İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan düşünceleri cerhetmekte ve doğru çözüm yolunu göstermektedir. Bu se-

(3) Tasarının 10. maddesi ile, HUMK. nun 27. maddesinde yapılan değişiklik.

(4) RG. Sayı: 6069.

(5) RG. Sayı: 8756.

bepile ilmi esaslara uygun olmayan 25.4.1945 tarihli İçtihadı Birleştirme kararının çözüm tarzının kanunlaştırılmak istenmesinde isabet yoktur. Bu sebeple tasarının bu manâya gelen hükmü değiştirilmek gerekir.

Nitekim Usul Kanununun 27. maddesinde değişiklik yaparken Alman Usul Kanununun 276. paragrafını esas alan tasarı, Alman kanununun muhakeme masrafları hakkındaki hükmünü yani, 276. paragrafın son fıkrası hükmünü her nedense atlamıştır. Alman Kanununun bu hükmüne göre, yetkisiz ve görevsiz mahkeme önündeki muhakemede doğmuş olan masraflar, kararda yetkili ve görevli olarak işaret edilmiş bulunan mahkeme nezdinde doğmuş olan masrafların bir kısmı olarak, muamele görecektir. Davacı, esas davayı kazanmış olsa bile, doğmuş olan fazla masraflar yine de kendisine yüklenmek gerekecektir. Alman Kanununun 276. maddesini hükmüne esas alan tasarı, bu son fıkrayı ihmal etmekle isabetli hareket etmemiştir. Kaldı ki, bu konuda tatbikatın sisteminde bir değişiklik yapılmak istenmiyorsa, niçin tatbikatın yanlış çözüm tarzına kanun hükmü kuvveti verilmek istenmektedir? bu soru dahi tasarının hareket tarzı karşısında sorulabilecektir.

Tasarının 10. maddesi ile usul kanununun 27. maddesine eklenen fıkralardan birisi de görevsiz ve yetkisiz mahkemede yapılmış olan işlemlerin muteberiyet derecesini tayine yarıyacak olan fıkradır. Bu konu tatbikatımızı bir hayli meşgul etmiş olup, buna rağmen müstekar bir çözüme henüz ulaşamamıştır. Bu sebeple tasarının bu konuda bir hüküm vazetmesi yerinde olmuştur. Ayrıca tasarıya konulan hükmün tanzim tarzı da isabetli olmuştur. Zira, tasarıya göre, esas itibarıyla takdiri deliller konusunda (dinlenen tanık ifadeleri, bilirkişi beyan ve raporları, ve orada düzenlenmiş olan keşif tutanakları) hakim serbest bırakılmıştır. Görevsiz mahkemede yapılan bu işlemlere dayanıp dayanmamak görevli mahkemenin bileceği bir iştir. Bu tanzim tarzı, hakimin deliller ile doğrudan doğruya temas etmesi gereğine bu suretle yine de değer vermesi yönünden isabetli olmuştur. Diğer yandan tasarıya göre, ikrar, kabul, feragat ve diğer usuli işlemler ise artık muteberdir.

4) Tasarının 7. maddesi ile usul kanunumuzun 20. maddesine boşanma davaları ile ilgili olmak üzere eklenen fıkra yenidir. Buna göre, «Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir».

Medeni Kanununun 136. maddesi gereğince boşanma davası davacının ikametgâhı mahkemesinde açılacaktır. Aynı kanunun 21. maddesine göre de, karı, kocanın ikametgâhına bağlıdır. Karı boşanma davasını ayrı bir mesken ittihazına haklı olmadıkça daima kocanın ikametgâhında açmak zorundadır. Bu hükümler yüzünden tatbikatta boşanma davalarının arzettiği özellikler sebebiyle bir çok ihtilâflar ortaya çıkmıştır. Bilhassa yargıtayın, memurların ikametgâhının memuriyet sebebiyle bulunduğu yer olamayacağına dair verdiği kararlar (6) sebebiyle iş daha da güçleşmiştir. Temyiz mahkememize göre, bu durumda yetkili mahkeme aksi isbat edilmediği müddetçe davanın açıldığı tarihteki kocanın nüfusta kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (7). Bu tatbikat sebebiyle, koca boşanma davasını asıl ikametgâhında açtığı takdirde kadın, kadın boşanma davasını kocanın Medenî Kanuna göre tahakkuk eden ikametgâhında (MK 19/1) açtığı takdirde koca, davanın nüfus kaydının bulunduğu yerde açılmadığından bahisle itirazda bulunmakta ve bu suretle davalar uzamaktadır. Neticede nüfus kaydının nakli işlemlerine müracaat zorunluğu da lüzumsuz yere hasıl olmakta ve hattâ nüfus kaydını naklettirerek koca, karı aleyhine istediği yerde dava açabilmek imkânını elde edebilmektedir. Ayrıca kadın kocasından ayrı yaşamakta ise, davasını yine de kocasının dava ikamesi anındaki ikametgâhında açmak zorunda bırakılmaktadır. Koca da muhtemel boşanma davasını başarısızlığa uğratmak için, kötü niyetle hareket ederek ya ikametgâhını değiştirmekte ya da ikametgâhının fiilen oturduğu ilden başka bir ilde olduğunu beyan ederek davacıyı müşkül duruma sokabilmektedir.

İşte gerek yargıtayın yanlış kararlarını tashih ve gerekse kadının kocanın ikametgâhına bağlılığının, arzettiği mahzurları bir ölçüde zayıflatmak amacı ile, ikametgâh yanında; eşlere bir başka yer mahkemesinde de dava açmak imkânı tanınmak istenmiştir. Buna göre, eşlerin son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi de boşanma davasında yetkili kılınmak istenmektedir. Tasarı bu hükmü ile hukuken mesken tabir edilen yerde de boşanma davası ikame edilebilmesine cevaz vermiş olmakta ve böylece bo-

(6) HGK. 19/2/1964, E. 574/D-2, K. 151, İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Sayı; 42, s. 3033 - 3034.

(7) HGK. 4/3/1964, E. 591/D-2, K. 170, Ankara Barosu Dergisi, 1964, sayı: 4, s. 388 - 389.

şanma davalarında yetki itirazları ile işin esasına girişilmesinin geciktirilmesini önlemek istemektedir.

Tasarının getirmek istediği sistem, kısmen, Alman usul kanununun 606. paragrafında ifadesini bulan tanzim tarzına benzemektedir. Alman Usul Kanununun bu hükmüne göre, boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi gibi davalarda yetkili mahkeme, eşlerin müşterek bir meskene sahip oldukları veya en son olarak böyle bir meskene (Aufenthalt) sahip olmuş buldukları mahallin mahkemesidir. Alman usul kanununun bu hükmü yetkili mahkemeyi tayinde eskiden olduğu gibi, ikametgâh (Wohnsitz) esasından hareket etmeyip, bilâkis adi mesken (gewöhnliche Aufenthalt) kavramından hareket etmektedir (8). Hattâ Alman usul kanununun II. fıkrasında bu kabil davalar hakkında yetkili mahkemeyi daha da kolaylaştırıcı hükümlere yer verilmiştir. İşte tasarı bir yandan medeni kanunun sisteminde bir değişiklik yapmaksızın yine, esas prensip olarak yetkinin davacının ikametgâhına tabi olduğunu belirtmekte, fakat diğer yandan da dava ikamesi anında taraflar ayrı olarak yaşıyorlarsa son defa, altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinin de yetkili olacağına temas ederek, bu konuda tatbikatta çıkan yersiz ihtilâfları ve kötü niyetli davranışlara müsait durumu bertaraf etmeğe çalışmaktadır. Ve bu sebeple hüküm isabetli bulunmaktadır.

5) Tasarının 14 ve 19. maddeleri ile Usul Kanununun 31 ve 33. maddelerinde yapılan değişiklik hakkında:

Tasarı tatbikatımızda hatalı olarak yerleşmiş bulunan bir usulü bu maddeleriyle kanunlaştırmak istemektedir. Tatbikatımızda yerleşmiş bulunan bu usule göre, hâkim red talebi üzerine bunu kabul ederek veya red sebebinin varlığına kanî olduğu takdirde kendiliğinden bir taraflı olarak davadan el çekebilir. Bu tatbikat mahzurludur. Zira, bu suretle hâkim istediği işi başından atabilecek veya avukatlar da açtıkları davanın istemedikleri herhangi bir hâkim tarafından rüyetine manî olmak için onunla bir def'a ihtilâf haline girerek hemen hemen sonradan ikame edecekleri her davalarını bu hâkimin rüyetinden kurtarabileceklerdir. Zira, çoğu zaman hâkim aynı avukat ile karşı karşıya gelmemek için davadan çekilecektir. İşte bu mahzurlar sebebiyle hâkimin ileriye sürdüğü red sebebi hakkında yetkili merci tarafından bir karar verilmeksizin tek taraflı

(8) Baumbach/Lauterbach, Zivilprozessordnung, 29 Auflage, s. 1041.

olarak davadan çekilebilmesi tecviz edilmemek gerekir. Nitekim bu düşünce mukayeseli hukuka da uygundur. (bkz. Bern Usul Kanunu Madde 12 ve Alman Usul Kanunu Madde 48).

6) Tasarının 17. maddesi ile usul kanunumuzun 34/2; 19. maddesi ile 36/3. fıkralarda girilen değişiklik hakkında:

Tasarının bu maddelerinde bir dairenin bütün üyelerinin yani, bir heyetin reddedilebileceği beyan edilmektedir ki, bu hüküm ilmi esaslara uygun değildir. Zira ilmi esaslara göre, bir heyetin veya bir mahkemenin bütün olarak reddi değil, ancak münferit bir hâkimin reddi mevzubahis olabilir (9). Tasarı bu hükmü ile tatbikatımızda rastlanan bazı kararların çözümünü kanunlaştırmak istemektedir (10). Mamafih, temyiz mahkememizin aksi istikametteki kararlarına da rastlanabilir (11). Bu son kararda temyiz mahkemesi, «reddedilen hakimin kimliğini»n açıklanmasını zaruri görmektedir.

7) Tasarı 19. maddesi ile, Usul Kanununun 36. maddesinde de bir değişiklik yapmaktadır. Buna göre, red talebinin reddine dair kararlar aleyhine esas hüküm ile birlikte temyiz yoluna başvurulabilecektir. Red talebinin kabulüne dair kararlar ise kesindir. Bu değişiklik teklifi, hukuk tatbikatına ve Hukuk İşleri Umum Müdürlüğünün 17.9.1949 tarihli ve 949/99 sayılı mütalâasına uymaktadır (Bu mütalâa için bakınız, Öztekin/Kazancı, s. 71). Ayrıca mukayeseli hukukta da bu manâda bir hükme Alman Usul Kanununun 46. maddesinin II. fıkrasında rastlamaktayız.

8) Tasarı 23. maddesi ile Usul Kanununun 56. maddesine bazı isabetli fıkralar eklemiştir. Bu fıkralardan bir kısmı Alman Usul Kanununun 67. paragrafından aynen alınmış olup, davaya katılanın usul yönünden ne gibi yetkilere sahip bulunduğu meselesini açıkça halletmektedir. Bundan başka tasarı aynı hükmünde Alman kanununda mevcut bulunmayan bir fıkrayı da son fıkra olarak bu hükme eklemiş bulunmaktadır. Buna göre, müdahil temyiz yoluna başvuramayacağı gibi, yargılamanın iadesini de isteyemeyecektir.

Bu son hükmün isabetli olup olmadığının anlaşılabilmesi için mukayeseli hukuka müracaat edildikte, şu hususları tesbit etmek

(9) Schönke/Schröder/Neise, § 19, III.

(10) HGK., 11/5/1966, E. 1/1155, K. 149, Resmi Kararlar Dergisi, 1966/8, s. 159.

(11) 4. HD., 8/4/1966, T. 1966/3075 E., 4243 K., Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin seçilmiş son İçtihatları, 1965 - 1966, s. 10.

mümkün olacaktır. Meselâ, Alman hukukunda *müdahilin davadaki durumunun izahı* ihtilâflı bulunmaktadır. Aslında müdahil muhakemeye katılmakla, davanın tarafı, yani muhakemenin süjesi sıfatını kazanmamaktadır. Zira o, hukukî himayeyi kendi menfaatine olarak talep etmemektedir. Bununla beraber bir görüşe göre, müdahil iltihak ettiği tarafın genel bir temsilcisi olmamakla beraber, davanın asıl tarafı olan şahıs herhangi bir faaliyette bulunmadığı (untaetig) takdirde, muayyen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, kendi namına fakat onun yerine muamelelerde bulunabilir. Diğer bir görüşe göre ise, müdahil davanın yan, fer'i tarafı olup, katıldığı tarafın davasında, davanın sevk ve idaresine dikkat etmek, ihtimam göstermek selâhiyetine sahip bulunmaktadır. Fakat müdahil gerçi, tesiri asıl tarafa muzaf olan muamelelerde bulunmakta ise de, bunu taraf namına değil, bizzat kendi namına yapmaktadır. Aslında hukuki ihtilâfın hallinde, müdahil kendi menfaatinin korunması için yardım etmek hakkına sahiptir. Fakat o, tarafı ızzar eden muamelelerde bulunmaktan menolunmuştur. Müdahil usuli muameleleri yapmak için filhakika kendisine ait, fakat asıl tarafın hakkından iştirak ettirilmiş bulunan bir hakka sahiptir. Bu düşünceler sonunda Alman hukukunda, bazı müellifler en iyi izah tarzının, müdahilin kendi hakkı gereğince tarafın yardımcısı olarak işaret edilmesi tarzında yapılabileceğine temas etmektedirler (12). Bu bilgilerin ışığı altında Alman hukukunda müdahilin yapabileceği ve yapamayacağı muamelelere, usul hukuku hakkında yazılan şerhlerde değinilmekte, meselâ, müdahilin taraf için kabul edilmiş bulunan süre içinde kanun yollarına başvurabileceğine işaret edilmektedir (13). Müdahil bir tarafın ihmali ile meydana gelecek hak ziyasına engel olabilir. Zira bu hak ziyası müdahile karşı dahi müessir olacaktır. Fakat müdahil kanun yollarına müracaatta dahi asıl tarafın davranışı ile tezat halinde bulunamaz (14). Bu yüzden asıl tarafın sarîh veya zımnî fiilleri ile, bu konuda müdahile engel olmamış bulunması gerekir (RGZ. 97, 216).

İsviçre hukukunda meseleye verilecek cevap, müdahilin hukuki durumuna herbir kanton usul kanununun vermiş olduğu anlama göre değişecektir. Federal Mahkemeye göre Alman hukukundan farklı olarak müdahil, esas taraf kanun yollarına müracaat etmişse,

(12) Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 67, I.

(13) Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 67, II, 2; Rosenberg, 8. bası, § 46, IV, 1b, 13.

(14) Schönke/Schröder/Niese, § 27, IV, 1a.

artık kanun yollarına müracaat edemez. Zira bu durumda o, artık herhangi bir menfaate sahip değildir. Ancak bir halde onun müracaatı da muteber sayılır. Eğer asıl tarafın müracaatı şekil noksanları sebebiyle himayeye mazhar değilse (BGE. 33, II, s. 696-697).

Bern kantonu tatbikatına göre de, davanın asıl tarafı kanun yollarına müracaattan feragat etmişse, artık müdahil kanun yollarına başvuramayacaktır. Hattâ davanın tarafı olan kişi, müdahil tarafından müracaat edilmiş bulunulan kanun yolunu her zaman geri alabilecektir (BGE 33, II, 697). Fakat kanun yollarına müracaattan mücerret kaçınma (içtinab), hiç bir zaman bir feragat olarak yorumlanamaz ve müdahil bu sebeple hareketsiz kalan taraf yerine kanun yoluna başvurabilecektir (Leuch, Art. 46, 1).

Görülüyor ki, ne Alman usul kanunu ve ne de Bern kantonu kanunu müdahilin kanun yollarına müracaat hakkını meneden bir hüküm ihtiva etmektedir. Doktrin ve tatbikat ise, müdahilin bu hakkını sınırlı da olsa kabul etmektedir. Tasarı ise, mukayeseli hukukun bu tanzim tarzından ayrılarak, Türk hukuk tatbikatındaki çözüm tarzını kanunlaştırmak istemektedir. Nitekim tatbikatımıza göre, müdahil müstakilen temyiz hakkına sahip değildir. Müdahil ancak müdahale talebini reddeden karara karşı o da asıl hüküm ile birlikte olmak üzere müstakilen temyiz yoluna başvurabilecektir (15). Tasarının 22. maddesi ile 55. maddeye eklenen son fıkra ile, yine tasarının 23. maddesi ile 56. maddeye eklenen sondan bir önceki fıkra aynen temyiz mahkememizin bu konudaki kararlarını ifade etmiş bulunmaktadır. Bize göre ise, bu fıkralar tasarıdan çıkarılmalıdır. Zira asıl tarafın sarıh veya zımni feragati bulunmadıkça, müdahilin müstakilen temyiz mahkemesine başvurma hakkının varlığı kabul edilmek gerekir. Müdahale müessesesi ile ilgili hükümlerdeki boşlukları geniş ölçüde Alman usul kanunundan ilham alarak doldurmağa çalışan tasarının (Tasarının 23 ve 24. maddeleri), bu meselede mehzadan ayrılarak cari olan yanlış tatbikata üstünlük tanınması tecviz edilemez.

9) Tasarının 23. maddesinin Usul Kanununun 57. maddesinde yaptığı değişiklik :

(15) Kuru s. 345 ve oradaki 8 ve 9 nolu dip notunda zikredilen temyiz mahkemesi kararları; Postacıoğlu'da s. 235 de, tıpkı Kuru gibi, müdahilin müstakilen temyiz hakkının mevcut olmadığından bahsile, bu konudaki temyiz mahkememizin kararlarını tasvib etmektedir. Alman hukuk tatbikatında tamamiyle yardım edilen yararına verilen hükmü, müdahil muteber şekilde tebliğ edebilir. Zira bu işlem davanın asıl tarafı yararınadır (BGH. 20.12.1965, VIII ZR 79/65, Juristenzeitung 66, 237).

Tasarının bu hükmü Alman Usul Kanununun 68 nci maddesinden kısmen uygun olmayan bir ifade tarzı kullanılarak ve kısmen de gerekli olmayan ekler yapılarak tercüme edilmiştir.

Tasarının 57 nci maddesinin 1 nci fıkrası mehz kanunun ilk cümlesine uygun olarak şu şekilde ifade edilmelidir.

«Davaya katılan, katıldığı taraf ile olan münasebetinde, katıldığı davada yanlış karar verilmiş olduğunu veya davanın iyi idare edilmediğini ileri süremez».

Tasarıda «Ancak» ile başlayan 2 nci fıkranın şu bölümü fazladır ve tasarıdan çıkarılması gerekir. «Ancak, davanın yanlış açılmasından veya müdafaanın yanlış serdedilmesinden dolayı katıldığı davayı kaybettiğine ihbarın geç yapılmasından». Zira, tasarı bu şekilde kanunlaşırca, müdahil ilk davadaki hükmün, çok zayıf ölçüde tesiri altında kalmış olacaktır. Halbuki müdahale müessesesinin gayesi; açılacak ikinci davada bu davayı görecekte olan hâkimi ilk hükmün tespitleri ile imkân nispetinde bağliyerek, bu ikinci davayı basitleştirmek ve böylece de birbirine zıt hükümlerin çıkmasını da önlemektir. Halbuki Alman Usul Kanununda mevcut olmadığı halde, tasarıya açıktan eklenen yukardaki ilâveler müessesenin belirttiğimiz gayelerini ihlâl eder mahiyette olup, müdahili tecviz edilemeyecek ölçüde himaye etmek amacı gütmekte ve böylece de ilim alanında ikinci davaya müdahalenin tesiri (interventionswirkung) diye tebarüz ettirilen bu etkiyi de geniş ölçüde daraltmış olmaktadır. Bu sebeple tasarının 1 nci fıkrasını takibeden fıkralar şu şekilde ifade edilmelidir.

«Ancak, davaya katılan davanın iyi idare edilmediğini davanın, davaya katılma zamanındaki durumu veya katıldığı tarafın beyan ve işlemleri sebebiyle kendisi tarafından iddia veya müdafaa sebepleri dermeyan olunmasına engel olunduğu ölçüde ileri sürebilir.

Bundan başka, kendisince bilinmeyen iddia veya müdafaa sebep veya delillerinin katılma vaki olan tarafca kasten veya ağır kusur neticesi dermeyan edilmemiş bulunduğu hususuna da dayanabilir».

10) Tasarı 27. maddesi ile Usul Kanununun 68. maddesine bir fıkra eklemiş olup, bununla güdülen gaye; vekil tutmak, vekil azletmek, dosyayı incelemek gibi, sebepler dermeyanı suretiyle yargılamanın tâlikini engelleyerek, tarafların davayı uzatmak yolunda tezahür edebilecek gayretlerini önlemektir. Bu fıkra ile, tatbikatta davaların uzamasına sebebiyet veren yaygın şikâyet konularından

birisi bertaraf edilmek istenmektedir. Fakat tasarı ancak makbul bir sebebin varlığı halinde yukarıdaki durumlarda (vekil tayin edilememesi; dosyanın incelenememesi gibi hallerde), hâkimin bir defaya mahsus olmak üzere kısa bir süre verebileceğine de temas etmektedir. Bu, yasağı yumuşatan son istisnain yerinde kullanılması halinde (titiz ve hassas olacak tarzda), herhangi bir mahzur doğmayacak ise de; makbul sebebin takdirinin geniş tutulması halinde doğacak durum, bu madde ile güdülen gayelerin gerçekleşebilmesini engelleyebilecektir.

11) Tasarı 29. maddesi ile usul kanununun 77. maddesinde bazı değişiklikler yapmış ve davanın süratle görülmesi ve beyhude gider ve zaman sarfının önüne geçilmesi için, dosyanın hâkim tarafından tetkike alınması tarzında hukuk tatbikatında mevcut bulunan bir alışkanlığı yasaklamak istemiştir. Yapılan bu değişikliğe göre, hâkim günlük yargılama listesine alınmış olan dava dosyalarını daha önceden inceleyerek oturumlara çıkmak zorundadır. Ancak makbul bir sebep varsa, o zaman ve bir defadan fazla olmamak üzere tâlike başvurabilecektir. Tasarının getirdiği bu hüküm gerçekten usul kantununun tatbikatında rastlanan en önemli bir aksaklığı giderici mahiyettedir. Tasarı ayrıca bu gereğe riayet etmeyen hâkim hakkında Usul Kanununun 573. maddesine sekizinci bendi ekleyerek, dava dosyasının makbul bir sebep bulunmaksızın bir defadan fazla incelemeye alınması sureti ile oturumun tâlikine sebep olunması halinde, mesuliyet davası açılabilmesine de temas ederek, bu hükme kesin olarak uyulmasını sağlamak istemektedir. Tasarının getirmek istediği bu hüküm çok isabetli olup, tatbikattaki önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir.

12) Tasarının 31. maddesiyle 87 nci maddede yapılan değişiklik hakkında :

1. Bu maddenin 2 nci bendi ile 4 ncü bendi aynı mahiyetteki tasarrufları, yani her iki bent de usulî işlem zımında yapılan maddî hukuk tasarruflarını ifade ettiği için bunlar bir tek bent içinde birleştirilmelidir. Ayrıca 4 ncü bentte yer alan takas beyanı dava içinde ileri sürülen takas beyanı olması sebebiyle doktrinde bu beyanın hukukî mahiyeti çok münakaşalıdır (16). Bu gün bizim ka-

(16) Bkz. bu münakaşa için, Üstündağ S., Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, İHFM, 1960, c. 25, s. 214 - 224.

nunumuzun benimsediği sisteme göre, takas beyanı bir def'i sayılmak gerekir. Bu sebeple de dava içinde takas beyanı, borçlar kanununun 122. maddesinin 2. fıkrasındaki durumu hemen meydana getirmeyip, bu durum ancak takas def'i hakkında mahkemece verilecek bir karar üzerine makale şâmil olarak gerçekleşebilecektir. Bu yüzden islâhın dava içindeki takas beyanına şumûlü meselesinde def'iler hakkındaki hükümlerin aynen uygulanması gerekir. Bu sebeple de 87 nci maddenin 4 ncü bendindeki takas beyanı sözünün tayedilmesi doktrine ve hattâ yargıtayımızın tatbikatına uygun olacaktır.

2. 87 nci maddenin son fıkrasının son cümlesi de çok hatalı bir hüküm olup tasarıdan çıkarılmak gerekir. Bilindiği üzere müruruzaman def'i esasa ait bir müdafaa sebebidir. Davalı bu müdafaa sebeplerini gerek mevcut kanunun ve gerekse tasarının 202 nci maddesinin 1 nci fıkrası uyarınca cevap lâyihasında beyan etmek zorundadır. Bunları sonradan, yani muhakemenin devamı esnasında ileri sürmek istemesi halinde müdafaa'nın tevsii itirazı ile karşılaşacaktır. Bu itiraz ile karşılaşınca da davalı yine mevcut kanunun ve tasarının 202 nci maddesinin son fıkrası gereğince islâh yoluna başvurarak bu müdafaa sebebini artık hiçbir itiraz ile karşılaşmaksızın muhakemeye ithâl edebilecektir. Tasarı bir yandan 202 nci maddeye vuzuh getirmek için, lüzum olmadığı halde sonradan müruruzamanın dermeyanının davacının muvafakatı ile ileriye sürülebileceğini beyan etmiş ve aksi halde son fıkradaki istisnai yollardan faydalanılabileceğini belirtmiş; diğer yandan da 87 nci maddenin son fıkrasının son cümlesi ile müruruzamanın islâh yoluyla ileriye sürülemeyeceğini beyan ederek tezada düşmüştür. Bu sebeple tasarının 37 nci maddesinin son fıkrasının son cümlesinin tasarıdan çıkarılması gerekir.

Tasarının gerekçesinde, zaman aşımı yönünden islâhın kabul edilmeyişinin sebebi olarak, bu def'in mahiyeti itibariyle bir usul değil, maddî hukukla alâkalı sayılmasıdır, denilmektedir. Bu teşhis doğrudur. Fakat cevap lâyihası vermek bir usulî işlem olduğuna göre, davalı bu işlemi islâh ederek evvelce ithâl etmediği müruruzaman def'ini yeni vereceği cevap lâyihasına ekleyebilecektir.

13) Tasarının 33. maddesi Usul Kanununun 95. maddesinde şu değişikliği yapmaktadır. Yürürlükteki usul kanunumuz feragat ve kabul üzerine, artık bu konularda herhangi bir hüküm verilmeğe ihtiyaç bulunmaksızın muhakemenin sona ermesine cevaz verir

tarzda tefsire müsait bulunmaktadır. Nitekim doktrinde de bu fikir savunulmuştur (17). Bu düşünce icabı, hâkim feragat ve kabul halinde sadece davanın son bulmuş olduğunu tesbit ile yetinecektir.

Halbuki tasarı, feragat ve kabul halinde muhakemenin kendiliğinden sona ermesine imkân vermeyen tatbikatımızı esas olarak (18) feragat halinde, feragat dairesinde davanın reddine, kabul halinde de mahkemece kabul veçhile mahkûmiyete karar verileceğini ifade etmiştir. Demek oluyor ki, her iki halde de mahkemece bir hüküm verilmek gerekecektir. Bu sistem bir bakıma Alman usul kanununun 306. (feragat ile ilgili madde) ve 307. (kabul ile ilgili madde) maddelerinden mülhem olmuştur. Bununla beraber bu hükümlerde, ancak diğer tarafın talebi ile davanın reddine veya kabul gereğince mahkûmiyete karar verileceğinden de bahsedilmekte ise de, bu kısım tasarıya alınmamıştır. Alman hukukunda böyle bir karar verilmedikçe, mücerret feragat veya kabulün davanın derdestliğini bertaraf etmek kuvveti bulunmadığı belirtilmekte ve aynı zamanda bu tasarruflar gereğince verilecek olan hükümlerin de resen verilemeyeceğine değinilmektedir (19). Tabii dava bir hüküm ile sonuçlanacağına göre, mahkeme dava şartlarının da bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda kalacaktır. Tasarı feragat ve kabulün kesin bir hükmün sonuçlarını hasıl edeceğine, meri kanunda olduğu gibi, temas etmekte ve bununla artık bu hüküm aleyhine kanun yollarına başvurulamayacağına temas etmek istemektedir. Fakat tasarıya göre, irade beyanlarının hükümsüzlüğünü gerektiren sebeplerle feragat veya kabulün ve bunlara dayanan hükmün iptali dava olunabilecektir. Nitekim Alman hukukunda da dava bir hüküm ile sona ermesine rağmen, hükmün ancak medeni hukuka ilişkin sebeplerle iptal edilebileceği kabul edilerek (20), bu tasarrufların yine de maddi hukuka ilişkin karakterleri muhafaza edilmek istenmektedir. Bu sebeple tasarının bu konuda da açıklık getirmesi haklı görülebilir.

14) Tasarının 37. maddesiyle 101 nci maddede yapılan değişiklik hakkında :

1. Tasarının 101 nci maddesinin 2 nci bendi gayrimenkullere

(17) Postacioğlu, s. 355; Kuru, s. 352.

(18) HGK., 16/5/1956, 7/47-45, Ömerbaş - Çetintaş, c. III, s. 308; HGK., 10/11/1965, E. 6/757, K. 412, Resmî Kararlar Dergisi, 1966/8, s. 147.

(19) Schönke/Schröder/Niese, § 53, III, 5 ve IV, 5.

(20) Schönke, s. 240.

ilişkin davalarda alınacak ihtiyati tedbirlerin şeklini tayin ederken, Medenî Kanunun bu konudaki hükümleriyle çelişmeye düşmektedir (MK. 920 bent 1 ve 921 bent 1). Tasarının gayrimenkullerin aynı ihtilâflı ise, sicil kaydına geçici şerh verilmesine karar verilmesi gerektiği hakkındaki kısım doğrudur. Fakat ferağ yasağı veya yediadle tevdî şeklindeki tedbirler hatalıdır. Ferağdan men şeklindeki tedbir, gerçi tatbikatta geniş uygulama bulmuştur ama, bu tedbirin alınması bir yandan herhangi bir kanun hükmüne dayanmazken, diğer yandan da bir gayrimenkulün davanın devamı süresince tedavülden kaldırılmasına da sebebiyet vermesi yüzünden ekonomik bazı sakıncaları da birlikte getirmektedir. Tatbikatın bu yola gitmiş olmasındaki sebep olsa olsa, mevcut usûl kanunumuzun 186 ncı maddesinin tesis etmiş olduğu isabetsiz sistemdir. Tasarının, bir yandan 186 ncı maddenin işleri uzatan sistemini başarılı olmamakla beraber islâh etmek isterken, diğer yandan da bu sistemin mahzurları sebebiyle bu mahzurların bertaraf edilmesini sağlamak için tatbikatta hatalı olarak kabul edilen ferağ yasağı şeklindeki tedbiri kanunlaştırmaya çalışması bir tezattır. Federal Mahkeme de son bir kararında ferağ yasağı şeklinde bir tedbirin Federal hukuka aykırı düşeceğine temasla bu konuda fikir beyan eden bütün müelliflere de işaretle bu tarz bir tedbiri asla tasvip etmemektedir (21). Sonra, tasarının anlaşılmayan diğer bir noktası da, gayrimenkuller hakkında yediadle tevdî şeklinde bir tedbire yer vermiş olmasıdır. Halbuki bu tedbir ancak menkûl mallar hakkında uygulanabilir. Bu sebeplerle tasarının 101 nci maddesinin 2 nci bendinin şu şekilde ifade edilmesi daha isabetli olacaktır:

«Gayrimenkullerle ilgili çekişmelerde Medenî Kanunun öngördüğü tedbirleri almağa».

2. Ayrıca Tasarının 101 nci maddesine mevcut kanunun 101 nci maddesinin 3 ncü bendi de eklenmelidir. Zira, bu bent Medenî Kanundaki nafaka talepleri (MK. 144, 306, 315) hakkında kesin karar verilinceye kadar, tedbir mahiyetinde nafakaya ancak bu hüküm sayesinde karar verilebilmesini sağlayacaktır.

15) Tasarının 43. maddesi usul kanunumuza eklediği 114. madde ile, tesbit davalarını usul kanununa ithal etmek istemektedir. Bu hüküm de aynen Alman usul kanununun 256. paragrafından alınmış olup, ancak tasarı son fıkra ile, eda davası açılabilme mümkün

(21) Ankara Barosu Dergisi, 1967/1, s. 67-74.

bulunan hallerde tesbit davası açılmıyacağına da temas etmekle me haz kanunda bulunmıyan bir fıkrayı maddeye ayrıca eklemiştir. Kaldı ki, tatbikatımızda da tesbit davalarına cevaz verilirken, bu son kayıtlama yine de yapılmaktadır. Hukuk tatbikatımızın son senelerde hadiselerin zorlaması sonucu kabul etmek zorunda kaldığı tesbit davalarının tasarıya ithali faydalı olmuştur.

16) Tasarının 51. maddesinin Usul Kanununun madde 179/bent 3'te yaptığı değişiklik hakkında :

Bu madde tasarının gerekçesinden anlaşıldığına göre, yerinde olarak temelli bir değişikliğe hedef olmamış, sadece maddenin daha vazih hale getirilmesi amacı güdülmüştür. Yalnız bu açıklığa kavuşturma esnasında 179. maddenin 3 ncü bendinde bir kelime atlanmıştır. Bu kelime «bilcümle» kelimesidir. Bu duruma göre, bu bent şu şekli almalıdır.

«Davacının davasını dayandırdığı bilcümle (bütün) vakıaların sıra numarası altında açık özetleri»

Bu bent ile alâkalı olarak yaptığımız ek, Türk Usul Kanununun önemli bir özelliği ile ilgilidir. Kanunumuz esas itibariyle davanın taraflarına, dava vakıalarını muhakemeye her zaman ithâl edebilmek imkânını vermemiş ve bunu ancak dava dilekçesi, cevap lâyihası, replik, düplik ile sınırlamıştır. Bu sebeble davacı, dava dilekçesinde ileriye sürmemiş olduğu önemli bazı vakıaları muhakemenin seyri esnasında davaya sokmak isterse, iddianın tevsîi itirazı ile karşılaşabilecektir. İşte bu sebeble daha başlangıçta dava vakıalarının hepsinin birlikte ileriye sürülmesini temin için davacının, vakıalarının bazılarını sonradan ileriye sürmek hakkının varlığını zannederek bunları zihnen saklı tutacak şekilde bir dava dilekçesi verebilmesine engel olunmasını sağlamak üzere «bilcümle» kelimesinin bu bende eklenmesi zarureti vardır.

Bu suretle davacı, kendisince bilinen bütün vakıaları hiç saklamaksızın dermeyan etmesi zarureti hususunda, ikaz edilmiş olacaktır. Bu vakıalar birbirine mütenakız olsa bile, durum aynıdır. Bu prensibe «Eventualmaxime» prensibi denir. Dava vakıalarının sonradan istisnasız dermeyanına cevaz verilmesinin davayı sürüncemeye bırakacağını ve bu sebeble de davaların ardının alınamıyacağını da hatırdan çıkarmamak gerekir. Fakat bu prensibe kanunumuz islâh yolunu tanımak suretiyle önemli bir istisna getirmiştir. Bu da prensibin sertliğinin meydana getireceği sakıncaları bertaraf edecek nitelikte olup, binnetice de haklı bir istisnadır. Islâh yolunun

kabul edildiği tasarıda da 179 ncu maddenin 3ncü bendinin bu şekilde ifadesi zaruridir.

Nitekim, bazı usul kanunları bu arada Alman usul kanunu böyle bir hüküm ihtiva etmemekle beraber, dava vakıalarının davanın daha başında hep birlikte dermeyanına tarafları zorlamak üzere, bir takım müeyyideler koymak zaruretini duymuşlardır. Böylece vakıaların daha başlangıçta dermeyanına taraflar dolayısıyla zorlanmak istenmiştir (Alman Usul Kanunu § 278, 279). Kanunumuz ise, bu konuda izah ettiğimiz sistemi kabul etmiş olup, bu sistemin terki halinde, Alman kanununun hükümlerine benzer hükümlerin tasarıya ithâl edilmesi zarureti aşikâr olacaktır ki, bu dahi tavsiye edilemez. Zira, Alman kanununun böyle bir sistemi kabul etmiş olmasının sebebi, orada şifahi yargılama usulünün bizim kanunumuzun aksine olarak kabul edilmiş bulunmasından ileri gelmektedir.

17) Tasarının 52. maddesinin 180 nci maddede yaptığı değişiklik hakkında :

180 nci maddeye 2 nci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmelidir:

«Davada, bir senedin sadece bazı kısımlarına dayanılıyorsa, dava dilekçesine bu kısmın eklenmesi kâfidir. Yalnız, senedin dilekçeye eklenen kısmı; başlangıç, senedi tanzim mercii, netice ve imzayı ihtiva etmelidir.»

Alman Usul Kanunundan mülhem olarak hazırlanan bu fıkra ile davada senedin tamamı lüzumlu olmadığı halde, dava dilekçesine eklenmesi önlenmiş ve ayrıca hasmın dava, senedin tamamına dayandırılmadığı halde, senedin tamamının ibrazını sırf davayı uzatmak amacıyla talep etmesi ihtimaline de set çekilmiş olmaktadır.

18) Tasarının 55. maddesinin Usul Kanununun 183 ncu maddesinde yaptığı değişiklik hakkında :

Bu madde usul kanununda kabul edilmiş olan genel prensiplere uygun bulunmamaktadır. Bizim usul kanunumuza göre, şifahi muhakeme lâyhalar teatisinden sonra açılacak ve bu tahkikat ve muhakemenin gayesi; lâyhalar yolu ile hâkime arzedilen vakıaların doğruluk derecesini araştırıp bir hükme varmak olacaktır. O halde lâyhalar teatisi için geçmesi muhtemel zamandan sonraki bir an için oturum günü tayin edilmek gerekecektir. Halbuki tasarıya göre, cevap için kanunen konulan süreden sonraki bir tarihte oturum günü tespit edilebilecektir. Böylece dava vakıalarının oturum ta-

rihinden sonraki safhalarda da lâyhalar teatisi yolu ile (mamafih tasarı replik ve düplik'i de kaldırmıştır) mahkemeye arzı mümkün olabilecektir. Bu hal oturum aktinin gayesine uygun olmadığı gibi davanın uzamasına da sebebiyet verecektir. Zira, tayin edilen oturum günü celseye gelen taraf, henüz lâyiha verebilmek (cevab, replik, düplik) imkânın mevcut olması sebebiyle davanın esasına girişilmesini önleyebilecek ve böylece celsenin talikini sağlayabilecektir. Bu sebeble oturum günü kanunen taraflara teati etmek imkânı tanınmış olan lâyhaların teatisi için geçmesi gereken süreler dikkate alınarak tayin edilmek gerekir şeklindeki bir ifadenin tasarıya ithâli mutlaka zaruridir. Alman hukukunda bu süre en az iki hafta olmak gerekmektedir (ZPO § 262).

Bu değişikliğe uygun olarak tasarının 198 nci maddesindeki son fıkranın da çıkarılması gerekecektir. Zira, bu fıkra oturum gününün cevap lâyihası vermek için kanunen tayin edilen veya hâkim tarafından tayin edilecek olan süreler geçmeden önce dahi tespit edilebileceği faraziyesine dayanarak vazedilmiştir. 188 nci maddede yapılmasını istediğimiz tadil karşısında bu fıkranın da tasarıdan çıkarılması zarureti olacaktır. Bu gün tatbikatta en çok şikâyet edilen husus; oturumların cevap verileceği bahanesiyle tâlik edilebilmesine kanuna aykırı olarak imkân verilmiş olmasıdır. Tasarı, bu kere, 183 ncü madde hükmü ile, bu şikâyetleri bertaraf etmek yerine, tam aksini yapmaktadır.

19) Tasarının 56. maddesinin 186 ncı maddede yaptığı değişiklik hakkında :

Tasarının bu maddesinin 1 nci fıkrası Alman Usul Kanununun 265 nci maddesinin 2 nci fıkrasından aynen alınmıştır. Bu fıkra yerindedir. Zira, mevcut 186 ncı maddenin tanzim tarzına göre, tasarının gerekçesinde de belirtildiği üzere, temlik halinde davanın ya tazminat davasına çevrileceği, yahut ta eski davadan vazgeçilerek o şeyi temellük edene karşı yeniden dava açılacağı (bu gerçi eski davanın bir devamıdır) esas kabul edilmiştir. Temellük edenin bu şeyi kendisine karşı yöneltilen davadan sonra bir başkasına temlik etmesi ve şeyin üç dört def'a el değiştirmesi halinde yeni temellük edenlere karşı mütemadiyen mevcut davayı yöneltmek gerekecektir. Bu halin yani, davalı şeyin temlikinin eğer hak sahibi şeyi aynen elde etmek istiyorsa, mutlaka bir taraf değişikliğine sebebiyet vermesi keyfiyeti uyuşmazlığın hallini geciktirmekte olup, bu sistem de eski Alman usul hukukunun ve müşterek Alman usul hukukunun

bir sistemdir (22). Fakat bu sistem Roma hukukunda davaları sürüncemede bırakması ve masrafların tesviyesi yönünden arzettiği sakıncalardan ötürü kabul edilmemiş ve çok ileriye gidilerek davalı şeyin temliki de batıl ve aynı zamanda cezayı mucip addedilmiştir. Modern Alman usul kanununda ise ne Roma hukukundaki gibi davalı şeyin temliki yasağı vazedilmiş (davalı şeyin temlikinin caiz olduğuna açıkca temas edilmiştir, bkz. Madde 265/fıkra 1), ve ne de temlikin mevcut davaya tesiri kabul edilmiştir. (Madde 265/2). Kabul edilen sisteme göre, temlike rağmen dava yine aynı taraflar arasında devam edecek ve hüküm verilecektir. Temlikin davaya tesir etmeyeceğini tasarı kabul etmekle ve bu prensibin yukarıda özetlediğimiz neticesini gerçi gerekçede belirtmekle beraber (Esbabı mucibe s. 36/bölüm 233, 186 ncı maddenin metninde bunun tam tersi bir istikamet izlenmekte ve temlik ile birlikte mevcut davanın yine eski taraflar arasında hiç bir değişmeye uğramaksızın devamına imkân verilmemektedir. Bu da hâlen mevcut 186 ncı maddenin sistemini muhafaza etmek, fakat bu maddeye biraz vuzuh vermek arzusundan ileriye gelmektedir (Esbabı mucibe s. 36/Bölüm 2). Halbuki temlikin mevcut davaya tesir etmemesi kuralı ile mevcut kanunun 186 ncı maddesinin ve tasarının 186 ncı maddesinin 2 ve takip eden fıkralarının telifi asla mümkün değildir. Temlikin mevcut davaya tesir etmeyeceğinin kabul edildiği bir sistemde artık davacının veya davalının temliki faraziyelerine göre, seçimlik imkânlar ile mevcut davaya tesir kabul edilemez. Bilâkis davanın temlike rağmen eski taraflar arasında devamı gerekir. Nitekim Alman Kanunu bu şekilde hareket etmiş ve temlikten sonra, halefin (temellük edenin), hasmın muvafakatı olmaksızın temlik edenin yerine geçerek davaya devam edemeyeceğini belirtmiştir (Madde 265/III). Oysa ki tasarının 186 ncı maddesi bunun tamamen aksini kabul ile, temellük edenin herhangi bir muvafakate ihtiyaç olmaksızın herhalde tek başına veya davalının isteği üzerine temlik edenle birlikte davaya devam edebileceğini belirtmiştir. Bu duruma göre tasarının sisteminde, temlikin mevcut davaya tesir etmediği ileriye sürülebilecek midir? Davalı şeyi, davalının temliki halinde de; dava yine değişikliğe maruz kalmakta ve bu değişiklikte ya tarafın değişmesi ya da dava konusu şeyin değişmesi şeklinde tecelli etmektedir (tasarı madde 186/4). Öyle anlaşılıyor ki, tasarı mevcut 186 ncı maddenin davayı uzattığını kabul etmesine rağmen, bunu önleyici çözümü, Alman

(22) Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952, § 115 I, 1. Huk. Fak. Mec. — F.: 11

Usul Kanununun sistemi ile mevcut kanunun 186 ncı maddesinin sisteminin telifinde görmüş ve bu sebeple de hatalı hareket etmiştir. Nitekim, mevcut usul kanununun 186 ncı maddesinde bulunan ve yukarıda izah edilmiş olan esaslardan hareket etmiş olan tasarrufların, ayrıca 237 nci maddenin 3 ncü fıkrasındaki hükmü tedvine çalışmaması gerekirdi. Bu fıkra Alman Usul Kanununun 325 nci maddesinin 1 nci fıkrasından bazı ilâvelerle alınmıştır. Ve Alman Usul Kanununun davalı şeyin temlik faraziyesi için kabul etmiş olduğu sisteme de tıpatıp uygundur. Madem ki davalı şeyin temlikine rağmen dava yine eski taraflar arasında yürüyecektir, bu dava da sadır olacak olan hükmün tarafların cüzî haleflerine de tesir etmesi tabiidir. Tasarı temlikten sonra, bir yandan haleflere davanın teşmili zaruretini vaz etmekte, diğer yandan da teşmil edilmemiş olsa dahi, alınan hükmün onlar hakkında da müessir olacağını ifade etmektedir (Tasarı madde 237/3). Eğer davada sadır olacak hüküm haleflere de şamil olacaksa, temlik neden mevcut davaya tesir ettirilmektedir? Yok, davada sadır olacak hüküm halefler muhakemeye katılmış olmak kaydı ile onlar hakkında ancak müessir olacaksa, zaten onların muhakemeye katılması üzerine (tasarının 186 ncı maddesinin 2 ve 4 ncü fıkralarına göre) hüküm onlara muzaf olarak verileceğinden, ayrıca bu hükmün sanki onlara muzaf olarak verilmemiş gibi; onlara da sari olacağından bahsetmek (tasarı madde. 237/3) açık bir tezat teşkil edecektir. Hükmün sirayetini hukukî halefler hakkında kabul edebilmek için, onların muhakemeye ithali zaruretini vazetmek gerekir. Nitekim Tasarının 237 nci maddesinin 3 ncü fıkrası mevcut kanunun 186 ncı maddesinden farklı olarak hukukî haleflerin sanki bu imkânı varmış gibi ifade de kullanmaktadır. Bu da bizi, işin uzamasını tamamen önleyen Alman Usul Kanununun sistemini aynen benimsemeye sevkeder. Nitekim usul kanunumuzun sisteminin arzettiği mahzurlar, sadece mevcut tasarı ile farkedilmemiş, daha önce de bu mahzurlardan bir nebze kurtulabilmek amacıyla İcra ve İflâs Kanununun 28 ve 29 ncu maddeleri tadil edilmiş ve muhakemenin bu maddelerde belirtilen safhasından sonra gayrimenkule ilişkin davalarda temlikin mevcut davaya tesir etmeyeceği ve yine eski taraflar arasında görülecek olan davanın sonunda verilecek hükümlerin haleflere de sari olduğu ve hattâ onlar hakkında da icra edilebileceği hükmü kabul edilmiştir (İİK. madde 29/1). İcra ve İflâs Kanunu bu hükümleri ile 186 ncı maddenin tatbik alanını daraltmış ve gösterilen muhakeme safhasından sonraki temliklerde Alman kanununun sade

sistemini, usul kanununun sistemi üzerine aşılacak ihtiyacını duymuştur.

Bu sebeple 186 ncı maddeye verilecek en uygun şekil; aşağıda ifade edilecek tarzda olmak gerekir.

Tasarının 1 nci fıkrası aynen

Tasarının 2, 3, 4 ve 5 nci fıkraları yerine;

«Temellük eden, hasmın muvafakatı olmaksızın, temlik edenin yerine geçerek davaya devam edemez.

Davacı davalı şeyi temlik veya devir etmiş olupta, bu davada sadır olacak hüküm temellük edene tesir etmiyecekse, temlik edenin artık davaya devamı sıfatı olmadığı itirazında bulunulabilir».

20) Tasarının 57. maddesinin 187 bent 7'de yaptığı değişiklik hakkında :

Tasarının 187 nci maddesinin 7 nci bendinden cevap lâyihasında kanunî noksanların bulunduğu şeklindeki iptidai itirazın kaldırılması doğru olmamıştır. Tasarının gerekçesinde; cevap lâyihasının usulüne uygun olmamasının sadece davalıya zarar verebileceği belirtilmiş ise de, kanunî gereklere uygun olmayan bir cevap lâyihası davacının replik arzuhalinde başarılı cevaplar verebilmesine de engel olabilecektir. Vazih ve usulüne uygun olmayan cevap lâyihasının bir müeyyide ile karşılaşması bu bakımdan faydalı olacağı gibi (Gerçi tasarının gerekçesinde bunun 201. maddenin müeyyidesi ile karşılaşacağı belirtiliyor ise de, bu müeyyide neticesi itibariyle ağır olabilir), usulüne uygun cevap lâyihasının nasıl olması gerekeceği hakkındaki usul kanunumuzun hükümlerinin de (madde 200 ve 201) (tasarı madde - 200) ihlâline karşı bir müeyyide teşkil edecek ve kanunun istediği şekilde cevap lâyihası düzenlemeye de davalıyı dolayısıyla teşvik edecektir.

21) Tasarının 58. maddesinin 188. maddede yaptığı değişiklik hakkında :

Tasarının 186 ncı maddesi iptidai itirazlar ile esasa cevabın aynı dilekçede dermeyan edilmesi zaruretini ihdas etmiştir. Bu suretle, davalı tarafın fuzuli ilk itiraz dermeyanı suretiyle davayı uzatmak niyetine matuf gayretinin önüne geçilmesi arzu edilmektedir (Tasarının gerekçesi, s. 38). Tasarının iptidai itirazlar ile esasa cevabın aynı anda verilmesinden sağlamak istediği fayda da o kadar fazla değildir. Zira, ilk itirazların hallinden sonra esasa cevap için davalıya verilecek süreyi 196. maddenin II. fıkrasına göre, hâkim tayin edecektir. İşte hâkim bu süreyi kısa tayin etmek suretiyle zaten,

davanın bu sebeple uzamasına engel olabilir. İlk itirazlar esasa cevap ile birlikte verilmek gerekse dahi, davanın esasına bu itirazlar halledilmeksizin girişilemeyeceğine göre, itirazların halli süresince esasa ait olmak üzere verilen cevap hiç bir işleme tabi tutulmaksızın o hali ile bekletilmiş olacaktır. Bunun sağlayacağı faydanın ne olabileceğini kestirmek biraz güçtür. Tasarı sanki, ilk itirazlar ile esasa cevap bir arada verilirse fuzuli ilk itirazlar ileriye sürülecekmiş gibi bir yanlış faraziyeden hareket etmektedir. Davalının gayesi davayı uzatmak olduğu hallerde, bu durumda da davalıyı hiç bir şey fuzuli ilk itirazlar dermeyanından alıkoyamayacaktır; kaldı ki, bu zaruret ilmî esaslara da uygun değildir. Bu sebeple iptidai itirazlar ile esasa cevabın birbirinden ayrı olacak şekilde dermeyanına cevaz veren mevcut usul kanununun 188 nci maddesinin aynen muhafazası daha uygun olur. Nitekim ilk itirazlar yönünden Alman usul kanununun 274 ncü maddesi mevcut usul kanunumuzun sistemine uygun bulunmaktadır. Mevcut kanunun 188 nci maddesi aynen muhafaza edilince, bu maddenin tasarının gösterdiği tarzda değişikliğe tabî tutulması halinde bizzarur değişikliğe uğratılmış olan maddelerde yapılmış olan değişikliklerden de vazgeçilmek gerekecektir (ezcümle tasarının 23 ncü ve 202 nci maddeleri gibi).

22) Tasarının gerekçesinde de belirtildiği üzere usul kanunumuzun esasa cevap faslında «önemli değişiklikler» yapılmıştır. Tasarının bu değişiklikler ile getirmeğe çalıştığı yenilikleri tetkik ederek bunların isabetli olup olmadığını tesbite çalışalım:

1) Tasarı replik ve düplik lâyihalarının teatisi usulünü kaldırmıştır. Buna niçin lüzum duyulduğu tasarının gerekçesinde dahi belirtilmemiştir. Tasarı bu dilekçelerin teatisi usulünü kaldırmakla, muhakemenin muayyen bir kesitinden sonra artık, bunun şifahi olması esasını getirmiş olmaktadır. Zira cevap lâyihasının verilmesinden sonra, artık taraflar replik ve düplik vakıalarını muhakemeye şifahi olarak getirebileceklerdir. Ayrıca bu vakıaları, her halde, muhakemenin sonuna kadar olmak üzere, her zaman, ileriye sürebileceklerdir. Zira usul kanunumuzda, bu vakıaları muhtevi dilekçelerin ne zamana kadar verilebileceğini tanzim eden ve bu süre içinde verilmediği takdirde bir müeyyidenin tatbikini dolayısıyla gösteren (HUMK. 208-210) maddeleri de tasarıda yer almamıştır. Böylece, dava vakıalarının muhakemenin başında toplanmış olması hakkında usul kanunumuzda mevcut olan ve muhakemeyi hızlan-

dırmak amacı ile vazedilmiş en esaslı prensip olan, *Eventualmaxime* prensibi bertaraf edilmiştir. Bu hal tarzı, tasarının takip etmek istediği, davaların uzamasına engel olma şeklinde özetlenebilecek genel istikamet ile çelişmektedir. Zira muhakemenin bitimine yakın bir zamanda da taraflar replik ve düplik vakıaları getirmek suretiyle davayı daha da uzatabileceklerdir. Nitekim muhakemenin hızlandırılması (*Die Beschleunigung des Verfahrens*) başlığı altında bilgi veren LENT, bir muhakemede temel gayenin esaslı ve çabuk karar verilmesi keyfiyeti olduğuna temasla, bu iki gayenin esasen birbiri ile tezat halinde bulunduğuna değinmekte ve çok dikkatli incelenerek bir karar verilmek istenilirse, hiç bir dava malzemesinin bir kenara atılamıyacağını ve bu sebeple de sonradan ileriye sürülen her iddianın, her delilin nazarı itibare alınması gerekeceğini ifade etmektedir (23). Bu hal ise, muhakemeyi uzatacak ve ayrıca çok masraflı hale de sokacaktır. İşte bu sebeple her iki gayenin imkân nisbetinde telifi için teşebbüsler yapıldığına değinen müellif, bulunan çarelerden birisi olarak ta *Eventualmaxime* prensibine temas etmektedir (24). Bu sisteme göre, muhakeme bazı safhalara bölünmüş olup kanun hangi işlemin hangi safhada yapılması gerektiğini göstermiştir. Bu safhada yapılmayan işlem kaideten bir daha yapılamıyacaktır. Gerçi bu sisteme karşı muhakemenin zaruri olmayan dava malzemeleri ile şişirilmesi, bir malzeme bolluğu ile karşılaşılması ve böylece vuzuhsuzluğa meydan verilebileceği iddiası ile itiraz ediliyor ise de, bu sistem, tarafların elinde mevcut bulunan davayı uzatmak gibi geniş bir imkânı bertaraf etmesi yönünden tercihe şayan olup; hâkimin dikkatli davranışı ile de lüzumlu malzeme ile lüzumsuzu ayırabilmek kolayca mümkün olabileceğine göre, sisteme karşı mahzur olarak belirtilen hususlar da gerçekleşmiyecektir. İşte tasarı mevcut kanunun bu faydalı tanzim tarzını bertaraf etmeğe çalışmaktadır.

2) Tasarının 66. maddesi ile 198. maddede yapılmak istenen değişikliğe göre, sınırlı da olsa davalının cevabını ilk oturumda şifahî olarak dahi verebileceği kabul edilmiştir. Bu tanzim tarzı dahi, yazılı muhakeme usulünü kabul etmiş bulunan usul kanunumuzun sistemine aykırıdır. Ve davayı kısaltmaktan çok uzatacaktır. Bu

(23) Lent/Jauerning, s. 75 vd.

(24) Diğer çare ise, Alman Kanununun sistemi olup, bilgi için bkz. Üstündağ S., Süresinde Cevap Lâyihası Vermemenin Müeyyidesi Vardır. İstanbul Barosu Dergisi, 1962/N 4-6, s. 22.

esasın uygulamada da cari olduğuna temas eden tasarı gerekçesi ise (s. 41), bu yanlış ve mesnetsiz uygulamayı kanunlaştırmak istemektedir. Zira uygulama maalesef bu çözüm tarzını usul kanununa açıkça aykırı düşecek şekilde kabul etmiş bulunmaktadır. Hattâ bu konuda, müdafaanın tevsii itirazı ileriye süren davacının bu iddiası da dinlenmemekte veya o, bu değişikliğe muvafakat etmeğe zorlanmaktadır. Davaların uzamasından şikâyet edilen günümüzde, bu lüzumsuz uzamanın başlıca sebeplerinden birisi de usul kanunumuzun aksak hükümleri değil, bilâkis tatbikatçılarımızın usul kanununa yeteri kadar vakıf bulunmamalarıdır. Nitekim meri usul kanunumuz asla tecviz etmemesine rağmen, tatbikat davalıya ilk oturumda sözlü cevap vermek hakkını daima tanımıştır. Bu ise, hem cevap süresine riayetsizliğe ilk oturumda cevap verildiği takdirde, bir müeyyide tatbikine engel olmakta; ve hem de hâkimin önüne hazırlanmış olarak bir cevap lâyihası getirilecek yerde, onu şifahi cevabı tesbit gibi güç ve zaman alıcı bir iş ile lüzumsuz yere meşgul etmek neticesine götürmektedir. Sanki sözlü verilecek cevap daha sıhhatli olcaakmış gibi. Tasarı, gerekçesinde, bir çok davalarda bunlara verilecek cevapların basitliği bakımından, cevabın oturum sırasında söylenilerek hakim tarafından muntazam bir şekilde duruşma zaptına geçirilmesinin davaların selâmeti bakımından faydalı olacağına temas etmekte ise de (s. 41), yine aynı sahifede cevabın iyi şekilde ifade edilememesi karşısında, hâkimin durumu takdir ederek davalıya cevabını yazılı vermesi için üç günlük bir mühlet verebileceğinden bahsetmekte, ve böylece şifahi cevabın daha muntazam tesbite imkân verebileceği şeklindeki fikrini oldukça zayıflatmaktadır.

Ayrıca tasarı gerekçesinde vatandaşların ve bilhassa köylülerin gününden önce şehre inerek cevap lâyihaları yazdırmaları onlara yersiz bir külfet yüklemek olduğundan, şifahi cevabın bu sebeple de tasarıya ithâl edildiğine temas edilmektedir. Aslında tasarının getirdiği sistemde de ilk oturumda cevap verebilmek için cevap süresi içinde cevap verilememiş olmasının makbul bir mazerete dayanmış olması gerekir. (Tasarınının 66. maddesi yolu ile 198. maddedeki ifade tarzı), Eğer köylüler için bu bir külfet teşkil ediyorsa, onlar hakkında makbul sebebin varlığı, bu durum sebebiyle daha kolay kabul edilerek, usul kanunumuzun 198. maddesindeki esaslara göre kendilerine üç günü aşmamak üzere tekrar bir mühlet verilmeli ve yine de cevabın yazılı olarak verilmesi zaruretinden ayrılınmamalıdır. Sırf köylülerimizin durumu gözönünde tutularak va-

zedilecek bir hüküm, büyük şehirlerdeki davalara da olumsuz yönde etki edebilecektir. Şöyle ki, biraz uzunca bir zaman sonra olmakla beraber bugün cevabın daima yazılı verilmesi gerektiği şeklinde yerleşen tatbikatın sağladığı fayda, bu hüküm sebebiyle ortadan kaldırılmış olacaktır.

Biz bu sebeplerle cevabın sözlü dahi verilebilmesine karşıyız. Ve yazılı cevap ile hem davanın uzamıyacağı ve hem de daha iyi ve itirazdan arı bir cevap elde edilebileceğine inanıyoruz (25). Zira fikirlerin yazı ile daha sabit ve vazih hale getirilebilmesi mümkün olacaktır. Kaldı ki, bu konudaki münakaşa, şifahi muhakeme usulünün mü? Yoksa yazılı muhakeme usulünün mü daha faydalı olduğu şeklindeki önemli bir usul hukuku probleminin halli ile de çok yakından ilgilidir (26).

Bu sebeple biz, bilhassa esasa cevap faslındaki mer'î usul kanunumuzun sisteminin çok isabetli bulunduğu ve bu yüzden bu fasılda yer alan maddelerde yapılacak herhangi bir tadilin hem yerleşmiş olan ve son zamanlarda kanun hükümlerini çok iyi şekilde değerlendiren uygulamaya zarar vereceği ve hem de bugünkü tanzim tarzında mevcut olan denge kadar isabetli bir denge kurabileceğine inanmıyoruz.

3) Usul kanunumuzun 179. maddesinin 4. bendinde «Hasmın ne müddette cevap verebileceği» ne de dava dilekçesinde temas edilmesini istemektedir. Tasarı bu bendi almamıştır. Halbuki madem ki, bu süreye riayetsizliğin önemli bir müeyyidesi mevcuttur, o halde dilekçede bu kayda yer verilmesinin bilgisi mahdut vatandaşlarımızı uyarması ve onları süresini kaçırmadan cevap verebilmeğe sevketmesi yönünden faydası olacağı inkâr edilemez. Fakat cevap süresini dava dilekçesinde göstermemenin müeyyidesi de yine, uygulamada olduğu gibi, dilekçenin şekline uygun olmamasından dolayı iptali tabii ki olmayacaktır. Yani bu hüküm emredici mahiyette bulunmayacaktır.

(25) Şifahi muhakeme usulünü kabul etmiş bulunan Alman Usul Kanununda dahi cevabın bir dilekçe ile ve gecikmeksizin mahkemeye bildirilmesinden bahsedilmiş ve bunun sözlü olabilmesine imkân verilmiştir (bkz. ZPO § 261a fıkra 2). Tatbikatta dahi yazılı muhakeme usulüne gereği gibi riayet halinde Usul Kanununun 77. maddesinin öngördüğü amaçların gerçekleşeceğine değinen müellifler mevcuttur (Oktay Çubukgil, ABD. 1965/3, s. 310).

(26) Ansay S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, s. 155-156.

4) Usul kanunumuz cevap süresine elâstikiyet verirken, bu sürenin uzatılabilmesini ağır şartlara bağlamıştır. Nitekim bu şartları 197. madde şöyle ifade etmektedir. «İşin mahiyeti itibariyle cevap layihasının tayin olunan müddette (kanun veya hâkim tarafından) tanzimi müşkül bulunduğu veyahut esbabı fevkalâdeye binaen kabil olamadığı anlaşılırsa» davalıya yeni bir mühlet verilebilecektir. Tasarı 65. maddesi ile 197. maddede değişiklik yaparken, sürenin uzatılması için haklı görülebilecek engelin «makbul bir sebep» teşkil etmesini yeter saymıştır. Bu ifade tarzı bu sürenin sertliğini bir hayli yumuşatmış olacak ve böylece 10 günlük cevap süresini ilk oturuma kadar sudan bazı sebeplerle uzatabilmek mümkün olabilecektir. Bu ise, cevap süresine verilmesi gereken önemi azaltmış olduğundan, meri metnin muhafazası yerinde olacaktır.

23) Tasarının 67. maddesi ile 200 ncü maddede yapılan değişiklik hakkında :

Tasarının 67. maddesi gerçi, mevcut kanunun 200 ncü maddesinde yapılması lüzumlu değişiklikleri yapıyorsa da (madde 200 bent 1 ve 2 de olduğu gibi), sarîh inkârın ne şekilde yapılacağı hakkındaki mevcut kanunun 200 ncü maddesindeki bent 1 ve 2 yi tasarıya ithâl etmemekle vuzuhtan uzak bulunmaktadır. Bu duruma göre, davalının cevap lâyihasında, dava dilekçesinde ileriye sürülmüş bulunan vakıaları inkâr ediyorum demesi kâfi gelecek midir? Tabii ki kâfi gelmiyecektir. O halde davalının ne şekilde inkârda bulunabileceğini belirten HUMK. 200 bent 1 ve bent 2 nin tasarıya da ithâli gerekir. Tasarı ise HUMK. nun 200 ve 201 nci maddelerini birleştirerek ifade etmiştir. Aslında 200 ncü madde bu şekilde tanzim edildikten sonra, tasarının 201 nci maddesi (ki bu madde inkâr faraziyesinin neticelerini tanzim etmektedir) tasarının 200 ncü maddesinin sonuna eklenmelidir. Bundan başka davalı inkâr ile yetinmiyorsa, müdafaa sebeplerini ne şekilde ileriye sürebileceği hakkındaki mevcut kanunun 201 nci maddesi de belki dili türkçeleştirilerek aynen muhafaza edilmelidir. Zira, tasarı bu hususa şu şekilde temas etmiş olup, bu ifade ediş tarzı da hatalıdır. Tasarının 200 ncü maddesinin 3 ncü bendine göre; davalı inkâr ile yetinmemişse «Davacı tarafından bildirilmiş olan vakıaların herbiri hakkındaki müdafaaı» cevap lâyihasında belirtmek zorundadır. Aslında davalının ileriye süreceği her müdafaa sebebi davacının ileriye sürdüğü vakıalara cevap teşkil etmeyebilir. Bu sebeple HUMK. nun 201 nci maddesinin 1 nci bendinin «Davalının, istinat ettiği bütün vakıalar

hakkında sıra numarasıyla icap eden izahat» şeklindeki ifade tarzı daha başarılıdır. Ve hattâ tasarının bu bende muadil saydığı 200 ncü maddenin 3 ncü bendinin ifade tarzından da önemli ölçüde farklıdır. Bu sebeple bu maddelerde girişilecek değişiklik belirttiğimiz ölçüyü aşmamak gerekir.

24) Tasarının 69. maddesi ile 202 nci maddede yapılan değişiklik hakkında :

Tasarının 1 nci fıkrası aynen muhafaza edilmelidir.

Tasarının 2 nci fıkrasındaki davacının açık muvafakatının aranması yersizdir. Zira, ne de olsa usul kanununun 185. ve 202. maddeleri davaların bir an önce sonuçlanması ve bu suretle işlerin sürünmede bırakılmamasını temin gayesiyle, iddia veya müdafaa hakkının sınırlandırılmasına sebep olmaktadır. Çünkü, davayı azaltma şeklindeki davranışlar ile en müessir mücadele tarzı, yabancı doktrince de kabul edildiği üzere, muhakemenin muayyen bir safhasından sonra, artık muhakemeye yeni vakıalar (iddia veya müdafaaaya ilişkin) getirilmesi imkânını tamamen nezetmek veya tahdit etmek şeklinde tecelli edebilir. Kanunumuz bu prensibe geniş ölçüde yer vermiştir. Nitekim usul kanunumuzun 185. maddesinin 3. bendi ve 202. maddesinin 2. fıkrası bu esastan mülhem olmuştur. Kaldı ki, yazılı muhakeme usulünün kabul edilmiş bulunması da bizi; lâyhalar teatisi yolu ile toplanmış olan dava vakıalarına celseler esnasında yenilerinin eklenmesinin veya değiştirilmesinin artık bazı istisnâî yollara başvurularak mümkün olabileceği neticesine zaruri olarak götürecektir. Bu istisnâî yollarda islâh ve hasmın muvafakatidir. Mevcut kanunumuzun bu sistemi sert gibi gözükmüşse de bunun bilinerek uygulanması halinde davaların geniş ölçüde kısılacağı düşünülerek aynen muhafaza edilmesinde katî zaruret vardır. Tatbikatımız bu sertliği, zımnî muvafakat yolu ile de sonradan muhakemeye yeni müdafaa sebeplerinin ithâl edilebileceğini kabul etmek suretiyle, biraz daha yumuşatmıştır. Şimdi, anlaşılıyor ki tasarının 202 nci maddesi, açık muvafakat arıyarak usul kanunumuza hâkim olan prensibin yumuşatılmaksızın uygulanması fikrine üstünlük tanımak istemektedir. Fakat davaların kısılması ile sağlanacak kamu yararı prensibi yanında davanın, tarafların malı olduğu fikrine de bir nebze yer verilmek istenirse, zımnî muvafakat ile de yeni müdafaa sebeplerinin davaya ithâline imkân verilmek gerekir. Bunun için de bu imkâna cevaz verir şekilde uygulanan eski metnin aynen muhafazası yerinde olur. Kaldı ki, davanın veya müda-

faanın değiştirilmesi keyfiyeti mevcut mu değil mi? Bunu tespit bir zaman alacağı gibi, bu hususun tespitinden sonra değişikliğe muvafakat edilip edilmediğinin tahkiki de ayrıca bir zamanın geçmesine önayak olacak ve bu suretle dava, tasarının getirmek istediği sırf bu tanzim tarzı sebebiyle zaman kaybına ve binnetice davanın uzamasına vesile teşkil edecektir.

Yine aynı maddede yapılmak istenen değişiklik olarak; davalının müdafaasını davacının aleyhine olarak değiştiremeyeceği ibaresine yer verilmiştir. Bu da lüzumsuz bir ifadedir. Zira, davalının her ileriye süreceği yeni müdafaa sebebi zaten davacının aleyhine olacaktır. Bu ifade ile ikrar v.s. gibi imkânın sonradan da yapılabileceğine temas etmek isteniyorsa; zaten mevcut usul kanunumuz sisteminde de bunların sonradan muhakemeye ithâli yasak teşkil etmez. (nitekim bkz. HUMK. 236) ve ayrıca müdafaa sebeplerini daraltan iddiaların da tevsi yasağı içine girmediği doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir. Mevcut Kanunun davalı müdafaa sebeplerini tevsi veya tebdil edemez. şeklindeki ifadesine de tasarı metninde iltifât edilmemiştir. Bundan başka tasarıda lüzum olmadığı halde müdafaa sebeplerinin ne olduğunun açıklanmasına çalışılmış ve bunların maddî hukuka ait defilerle, dava konusu hakkı düşüren vakıalardan ibaret olduğu zehabını uyandıran bir ifade tarzı kullanılmıştır. Bu duruma göre, bir hakkın doğumuna engel olan vakıaların sonradan dermeyanı müdafaa sebebi sayılmadığı için, caiz mi olacaktır? Halbuki bahsettiğimiz bu sonuncu vakıalar da bir teknik manâda itiraz teşkil eden müdafaa sebebinin ta kendisidir. Bu yüzden müdafaa sebebinin ne olduğunun tayini doktrine bırakılmalıdır. Kaldı ki doktrinde bu konuda bir ihtilâf ta yoktur. Tasarı metnine eklenmiş olan müruruzaman def'inin bir müdafaa sebebi olduğu gerçi TÜRKİYE'mizde uzun tereddütlerden sonra kabul edilmiştir ama, bugün bunun böyle olduğundan artık kimse de şüphe etmemektedir (27). Bu bilinen durumu kanun maddesi haline getirmek arzusu, doğrusu anlaşılammaktadır. Bu sebeble 202 nci maddede yapılmak istenen değişiklik ilmî esaslara uygun olmadığı ve Tasarının metni, çok lüzumsuz ifadelere yer verdiği için (meselâ, kamu düzeni ile ilgili hususlar'ın her zaman ileriye sürülmesine cevaz verilmekte ise de; bununla kastedilenin ne olduğunu anlamak güç olup, böyle bir ifadeye Usul Kanunlarınınca

(27) En son örnek olarak bkz.: HGK., 7/9/1966, E. 6/38, K. 230, Resmî Kararlar Dergisi, 1966/10, s. 207.

rastlanamaz) mevcut Kanunun 202. maddesi metni belki türkçeleştirilerek aynen muhafaza edilmelidir.

Usul Kanunumuzun 202 nci maddesinin mütenazırı olan 185 nci madde haklı olarak tasarıda bir değişikliğe tabi tutulmak istenmemiştir. Doktrinde bazı müellifler bu konuda da bir değişikliğin zarurî olduğunu beyan ile maddeye, davanın ne zaman değişmiş sayılabileceği hakkında bir sarahat getirmek istemektedirler. Bizce buna da lüzum yoktur. Bu konuda yapılacak araştırmalar göstermektedir ki dava değiştirme yasağı konusunda vazedilmek istenecek bir hükmün en iyi ifade edilmiş tarzı «davanın değiştirilmesinin yasak olacağı» şeklindeki kısa ifade tarzı olacaktır (28). Nitekim Alman usul kanunu da 264 ncü maddesinde davanın değiştirilmesi yasağından bahsetmekte, ayrıca bunun teşrihine girişilmiyerek bu işi doktrine bırakmaktadır. Ancak 185 nci maddenin son fıkrasındaki istisnalar arasına «Davada istenen şeyin yerine, muhakeme sırasında zuhur eden bir değişiklikten dolayı bir başka şey veya menfaat talep edilmek istenirse» şeklindeki bir fıkranın ilâvesi de tatbikatta bu konuda rastlanan güçlüklerin giderilebilmesini temin edecektir.

25) Tasarının 73. maddesi ile Usul Kanunumuzun 206 ncı maddesi hakkında :

Karşılık dava esas davanın görüleceği mahkemede rüyet edilmek gerekeceğinden ve bunun karşılık davanın sağladığı önemli bir fayda olmasından ötürü Tasarının bu prensibi bertaraf eder şekilde, karşılık davaya karşı yetki itirazında bulunulmasına cevaz vermesi hatalı olup, bunun yani 206 ncı maddede yer alan 87/bent 3 hükmünün tasarıdan çıkarılması gerekir.

26) Tasarı 83. maddesi ile usul kanununun 220. maddesinde yaptığı değişiklik ile mesele-i müstehire (ön mesele)'yi tanzim etmektedir. Tasarı bu hükmü ile sonucu görülmekte olan bir davaya müessir bulunan bir başka davaya kadar yargılamanın tâlikine imkân verirken; diğer yandan da hattâ halli bir başka mahkemenin görevine dahil bir husus hakkında görevli mahkemede dava ikame etmesi için taraflara bir mühlet verilmesini dahi düzenlemektedir.

Bu konunun tasarıda tanzime mazhar olması gerçekten yerinde olmuştur. Zira ihtiyaç duyulan bu müessese mahkeme içtihatlarında da vuzuha kavuşturulamamıştı.

Tasarının 1. fıkrası Alman usul kanununun 148. maddesinden

(28) Wyss, SJZ., 11, s. 329.

bazı değişiklikler yapılarak alınmıştır. Şöyle ki, Alman kanunu meselei müstehire olarak müracaat edilecek olan makamın idari merciler dahi olabileceğine değindiği halde, tasarı idari yargı organlarına açıkça temas etmemiş, bilâkis bunun böyle olduğuna ancak gerekçesinde (s. 49), işaret etmiştir.

Tasarı 3. fıkrasında, bir davanın incelenmesi ve sonuçlanması diğer bir mahkemenin görevine dahil bir hususun halline bağlı bulunursa, mahkeme ilgili tarafa görevli mahkemeye başvurması için uygun bir süre verecektir. Tasarının bu hükmü ile, yeni bir dava açmak için süre verilebileceği hususu düzenlenmektedir. Yalnız tasarı, getirdiği yeni sistemde sarîh veya zımni görev anlaşmasına da cevaz verdiği göre, eğer açılmak üzere süre verilecek olan ikinci dava görev anlaşmasına konu teşkil edebilecek bir mevzuatı sahipse, taraflar bu konuda bir talepte bulunmasalar dahi, onlara yeni dava ikamesi için süre yine verilecek midir? Yoksa önemli sayılan bu meseleyi yine kendisi hükmüne esas almak için ve o ölçüde çözebilecek midir? Nitekim yeni bir dava açmak üzere süre verilmesi faraziyelerini Alman usul kanunu özel hallere inhisar ettirmiş (ZPO s. 149, 151, 152, 153, 154) ve bunlardan bazılarına, ancak talep üzerine muhakemenin tâliki ile, süre verilebileceğine temas etmiştir. Tasarının da bu konuda bir sarahat getirmesi gereklidir.

27) Tasarının 89. maddesi ile 237 nci maddede yapılan değişiklik hakkında :

1. Bu maddenin 2 nci fıkrasındaki talebin sözü yerine, talep sonucunun maddî sebeplerin sözü yerine dava sebebinin (vakıaların) sözü konulmalıdır. Zira, buadaki talep sözü ile kastedilen neticeî talep olup, tasarı bunu Türkçeleştirerek talep sonucu demektedir. Maddî sebep sözü ise ne mevcut usul kanunumuzda ve nede usul hukuku literatüründe mevcuttur. Burada kastedilen davanın sebebidir. Tasarı buna parantez içinde vakıaların demektedir. İlmî içtihatları göre, modern usul hukukunda neticeî talebi haklı gösteren vakıalar davanın sebebini (Klagegrund) teşkil ederler ve bu kavram asla hukukî sebep (Rechtsgrund) ile aynı manâda değildir. Nitekim tasarının gerekçesinde (s. 23) dava sebebi sözünden kastedilenin vakıalar olduğuna ve dava sebebi sözüne açıkça temas edilmektedir. Kesin hüküm de neticeî talebin, dava sebebinin (vakıaların) ve tarafların birliği - ayniyeti halinde mevcut olacaktır.

2. 237 nci maddeye ayrıca hükmün hukukî haleflere sarî olmasının yanında onlar hakkında icra dahi edilebileceğini ifade eden bir

kayıt konmak gerekir. (tıpkı İİK. madde 29 fıkra 1'deki gibi). Bu kayıtda Alman usul kanununun 727 nci maddesine tekabül edecektir. Hukukî halefler hakkında, davada sadır olan hükümlerin sarî olabilmesi ve icra edilebilmesi de hak sahiplerinin davayı açar açmaz muhtemel temliklerdeki iyi niyetle iktisap müdafaalarını bertaraf etmek için, ihtiyatî tedbirler aldırılmış olmasına bağlıdır.

28) Tasarının 90. maddesiyle usul kanununun 242 maddesinde yapılan değişikliğe ek olarak bu maddeye ilâve edilen 6 ve 7. fıkralar davaların uzamasına engel olmak üzere vazedilmiş olup, füzuli yazışmalara bir son vermek amacı gütmektedir. Bu hükümlere göre, «mahkemece bir hususun sorulması, bir belge veya kaydın getirilmesi veya bir bilginin verilmesi veya bir kimsenin zorla getirilmesi hakkında kanun dairesinde yazılan tezkere ve müzekkeler hükümünü her resmi makam, merci ve müessese hemen yerine getirmeğe ve eğer makbul sebepler dolayısıyla iş gecikecekse bu hususu ve işin ne zaman yerine getirileceğini derhal bildirmeğe mecburdur. İlk tekide rağmen bu mecburiyete riayet etmeyenler» cezalandırılacaklardır. Bu cezalandırmanın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. maddesindeki usule göre yapılacağına tasarının gerekçesinde temas edilmektedir. Bu hüküm yerinde olup, uygulanabildiği takdirde, davaların uzamasına engel olabilecek niteliktedir.

29) Tasarının 134. maddesi ile 398 nci maddede yapılan değişiklik hakkında :

Tasarının 2 nci fıkrasına eklenen hüküm Alman Usul Kanununun 62. maddesinden kısmen alınmıştır. Bu hüküm ile, zarurî dava ortaklığında ortaklardan bir veya bir kaçının davayı sürüncemede bırakabilmesi imkânı bertaraf edilmek istenmiştir. (Tasarı gerekçesi s. 69). Ancak Alman Usul Kanununun 62. maddesi ile daha şümulü olarak, ortaklardan bazıları bir celse veya süreyi kaçırırsa, gaip olan ortakların gaip olmayanlar tarafından temsil edilmiş sayılacağı hükmü vazedilmiştir. Tasarının metni bir sürenin kaçırılması halini tanzim etmemiş olmakla, ulaşmak istediği gayeye kısmen ulaşabilecek bir mahiyet taşımaktadır. Bu sebeple sürenin ihmal edilmesi faraziyesi de Tasarı hükmüne eklenmelidir.

Bundan başka Alman Usul Kanununun 62 nci maddesinin son fıkrası, celsede bulunmayan şeriklerin takip eden muhakemeye yine de davet edileceğini beyan etmektedir. Tasarı bu noktaya ancak gerekçesinde (s. 69) temas ederek, bu durumdaki ortakların gelecek

oturum gününü, Usul Kanunumuzun 563. Maddesine mütenazır olarak mahkeme kaleminden öğrenmesi iktiza edeceği belirtilmektedir. Bu düşüncenin gerekçeden çok kanun metninde belirtilmesi daha doğru olurdu. Böylece tatbikatta çıkması muhtemel tereddütler de daha başlangıçta bertaraf edilmiş olacaktır.

30) Tasarının 147. maddesi ile 428/bent 2'de yapılan değişiklik hakkında :

Maddî vakıaların takdiri münhasıran mahallî mahkemeye ait olduğu halde tasarı da mevcut Usul Kanunumuzun 428 nci maddesinin 5 nci bendini aynen muhafaza etmiştir. Aslında bu bendin ne ifade ettiği doktrinde ve tatbikatta çok tereddütleri mucip olmuştur. Eğer bunun ile kastedilen maddî vakıaların hukukî tavsifinde (subsumtion) hata ise (ki böyle olmak gerekir) bu hususun temyiz tetkikatına konu olacağı tabiidir. Ama, bu bent ile kastedilen çoğu zaman tatbikatın yaptığı gibi, delillerin takdirinde hata keyfiyeti ise, bunun mahallî mahkemeye ait bir yetki olduğu unutulmamalıdır. Bir yandan temyiz tetkikatının çok zaman aldığı ileriye sürülerek acı şikâyetler yapılırken, diğer yandan da temyiz mahkemesinin mahallî mahkemelerin hükümleri üzerindeki kontrol yetkisini genişletmek anlaşılmasa bir tezattır. Temyiz mahkemesinin işlerinin çokluğu karşısında; bilhassa Almanya'da daire adedini artırmak yanında (ki bu tedbir tek başına olumlu bir sonuç vermemektedir), temyiz mahkemesinin hükümler üzerindeki kontrol yetkisinin de sınırının tahdidi yoluna gidilmektedir. Tasarının 2 nci bendinin (veya)'dan sonra başlayan kısmı maddî meselelerin hukukî tavsifindeki hatayı açıkca temyiz sebebi yaptığına göre, bu bendin bir kısmının vaz'ındaki gaye delillerin takdirindeki hataların da temyiz kontrolüne tabi olmasını sağlamaktadır ki; bu istek tasarının genel istikametleri ile çelişir. Bu sebeble bu kısmın tasarıdan çıkarılması, faydalı olur.

Nitekim Alman usul kanunu 286. maddesinde, fiili bir iddianın gerçek olarak mütalâa edilmesi gerekip gerekmediği hakkında mahkemenin, muhtemel delil ikamelerinin neticesi ve muhakemelerin külli (umumi) muhtevasını nazara alarak serbest kanaatine göre karar vermek zorunluğundan bahsedilmektedir. Ayrıca hâkim hükmünde kendisini bu kazai kanaate sevkeden sebepleri de beyan etmek zorundadır. Görülüyor ki, delillerin takdiri mahkemeye ait bulunmaktadır. İsviçre hukukunda ise istinafa tabi işlerde delillerin takdirine Federal Mahkeme ancak, federal hukuka ilişkin olan is-

bat kaideleri ihlâl edilmiş olduğu veya delillerin takdirinde aşikâr hata mevcut bulunduğu hallerde müdahale etmeğe yetkilidir (29). Görülüyor ki, İsviçrede de Federal Mahkemenin delil takdirine müdahalesi ancak sınırlı olarak mevcut bulunmaktadır. Gerçi bu yetkisizliğin veya sınırlamanın her iki ülkede de varolan istinaf mahkemelerinden ileriye geldiği söylenebilir. Ve bu doğrudur. Ama ülkemizde temyiz mahkemesine, istinaf mahkemelerinin görmesi gereken işleri aynen görmek yetkisi veren bir kanun da mevcut değildir. Kaldı ki, istinaf mahkemeleri kendi alanlarına giren işleri özel bir usul ile neticelendirecekleri halde, bu yetkinin temyizce kullanılması halinde, bu özel hükümlerin taraflara sağlayacakları garanti de gerçekleşmiyecektir. Şöyle ki, temyiz mahkemesi meselâ bu konuda tetkikat yaparken, delillerle bizzat temas edememesi ve davanın umumi havasına girememesi sebebiyle, mahkemenin bunları da gözönünde tutarak yapmış oldukları takdirleri hatalı bulabilecektir. Hattâ daha ileriye gidilerek denilebilir ki, bu takdir yetkisini hiç bir sınır tanımaksızın elinde tutan temyiz mahkemesi istediği hükmü istediği şekilde bozabilmek imkânına da sahip olabilecektir ki, bu, hukuki güvenliği ağır şekilde zedeleyen bir durum yaratmaktadır. Bu sebeple bu konuya mutlak surette eğilinmek gerekir. Tasarı bu meseleye eğilmek şöyle dursun, bu güvensiz durumu daha da artıracak şekilde hareket etmekte ve temyiz mahkemesinin bu konudaki müdahalesini kanun hükmü ile meşrulaştırmak istemektedir. Aslında meri kanunun delil takdirine müdahale imkânı veren hiç bir hükmü mevcut değildir. Usul Kanunumuzun 428. maddesinin 5. bendi temyiz mahkemesinin zannı hilâfına bir başka faraziye düzenlemektedir (30). Bu konuda da mahalli mahkemelerin hükümleri denetlenmek isteniyorsa bunun için yapılacak iş, biran önce istinaf mahkemelerini tesis etmektir. Eğer şimdilik bu yola gidilemiyorsa, hiç olmazsa delillerin takdirindeki hataların ancak mahdut ve önemli sayılan hallerde (meselâ, aşikâr hata hallerinde) temyiz kontrolüne tabi tutulacağını ifade eden kayıtların tasarıya ithali mutlaka lüzumludur. Tatbikatçılarımız da temyiz mahkemesinin bu konudaki davranışından haklı olarak şikâyetçidirler. Nitekim, «Hâkimin takdir hakkı ve bu hakka dokunan temyiz...

(29) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom. 16, Dezember 1943, madde 63/2.

(30) Üstündağ S., Temyizin nakzından sonraki hukukî durum, İHFM. 1962, c. 28, N 1, s. 136 - 137.

mahkemesi kararları» başlığını taşıyan yazısında (İst. Barosu Dergisi, 1965/4, 6, s. 117 - 124) sayın Hâkim Mustafa Haker, temyiz mahkemesinin delillerin takdirine aşırı müdahalesinden şu sözlerle yakınmaktadır. «(Takdirde isabet yoktur) gibi genel olarak söylenebilecek sözlerle takdire dokunma, sebep göstermeden dokunmak demektir. Aksi halde en isabetli takdirler de bozulmaktan kurtulamaz. Temyiz mahkemesinin lüzumundan fazla adaleti incitir şekilde takdir hakkına dokunduğundan zaman zaman hâkimler istinkâf zorunluğu duymaktadır» (s. 119). Ayrıca bu yazıda temyiz tatbikatından örnekler de verilmiştir (s. 119 - 124).

31) Tasarının 147 inci maddesi ile HUMK. nun 428. maddesine eklenen 3. bend hakkında :

Tasarıya temyiz sebebi olarak eklenen bu bende göre, «olayda yabancı bir hukukun uygulanması gerekli iken kanuni bir sebep olmaksızın bunun hiç uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması» da bir bozma sebebi teşkil edecektir. Tasarı gerekçesinde (s. 73), bu bend ile yabancıların haklarının teminat altına alınmasından bahsedilmekte ve bunun zamanın ihtiyaçlarından doğma bir zaruret olduğuna işaret edilmektedir. Hemen şunu belirtelim ki, bu bend usul kanunumuzun 76. maddesinin ikinci fıkrası ile çelişmektedir. Zira, 76. maddenin sistemine göre, mahkemelerin yabancı hukuka vukufu beklenemez. Taraflar bir yabancı hukuk kaidesinin uygulanması gerektiği düşüncesinde iseler, onun muhtevasını isbat etmek zorundadırlar. Mahkeme bu konuda emin bir bilgi sahibi olursa, ancak bu halde onu resen tatbik edecektir. Aksi halde yabancı hukukun yerli hukuk kaidesi ile muhteva yönünden uyduğu kuralından hareket etmek zorunda kalacaktır (Aynı şekilde, Guldener, cilt I, s. 109-110; İsviçre Federal Mahkemesinin hukuk tatbikatında da durum aynı çözüme bağlanmıştır, bkz. BGE. 49, II, 224; 60, II, 435; 60, II, 324; 58, II, 436 vd.). Halbuki tasarı 428. maddeye eklediği 3. bend ile bu sistemden ayrılmakta, olayda yabancı bir hukukun uygulanması gerekli iken, kanuni bir sebep olmaksızın bunun hiç uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olmasını bir bozma sebebi yapmaktadır. Böylece tasarı sistemine göre, taraflardan biri ileri sürmemiş olsa bile, hâkim belki de devletler hususi hukukunun kurallarına göre, olayda yabancı bir hukuk kaidesinin tatbikinin düşünülebilip, düşünülemediğini resen araştırabilecek ve yabancı hukukun tatbiki gerekiyorsa onun muhtevasını resen tahkike mecbur olacaktır. İkinci olarak, yabancı hukukun yanlış

uygulanması da bozma sebebi olabilecektir. Halbuki usul kanunumuzun 76. maddesi sisteminde buna cevaz olmasa gerektir. Zira, hâkim yabancı hukuk kaidesini isbat edilmiş olan şekli ile uygulamıştır.

Mukayeseli hukuka göz atılırsa, meselâ, Alman Temyiz Mahkemesi tatbikatına ve doktrine göre, yabancı hukuk normlarının ihlâline dayanan bir temyiz sebebi caiz sayılmamaktadır (Hatta dava şartları yönünden dahi durum böyledir, BGH. 30 Juni 1965, ZZP 79, Heft 5/6, s. 440). Hatta yabancı hukukun normları milli hukuk ile mutabık olsa bile (RGZ. 159, 50). Buna mukabil devletler hususi hukuku prensiplerinin ihlâl edilmiş olduğuna müteallik temyiz talebi kabule şayan görülmektedir (RGZ. 136, 362; Schönke/Schröder/Niese, § 88, III, s. 405). Bizim meri hukukumuzda da taraflardan biri yabancı hukukun tatbiki lâzım geldiğini ileriye sürünce, mahkeme bunu kabul etmediği takdirde, bu red kararı temyiz tetkikatına tabi olmak gerekir. Zira bu karar ile iç hukuk hükmü sayılan devletler hususi hukuku hükümleri ihlâl edilmiştir. Ama, mahkeme yabancı hukukun tatbiki gerektiği fikrini kabul etmesine rağmen, bu hukuk kaidesini resen arayıp bulmakla yükümlü değildir. Tasarı işte bu yükümü ihdas etmekte, bu kuralın hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasını bir bozma sebebi saymaktadır. Halbuki 76. maddenin sisteminde hâkim, yabancı hukuk kaidesinin muhtevası hakkında yeter bilgi sahibi olamadığı için, bunu tatbik etmemişse, bu bir temyiz sebebi yapılamamak gerekir. Gerçi tasarı kanuni bir sebep olan hallerde yabancı hukuk kaidesinin hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasının bir müeyyideyi gerektirmeyeceği mânâsına gelen bir ifade kullanıyor ise de; buradaki «kanuni bir sebep olmaksızın» sözü ile neyin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bununla kastedilen mânâ, usul kanununun 76. maddesi sisteminin saklı tutulması ise, buna açıklık vermek gerekir. Durum böyle olsa dahi, mahalli mahkemeye Türk veya yabancı hukuku tatbik yönünden verilmiş olan sınırlı takdir yetkisini tasarının hükmü ile yine de temyiz tetkikatına tâbi saymak, tecviz edilemez. Alman hukukunun sistemi bugünkü mevzuatımıza uygun olup, himayenin daha da fazla teşmiline lüzum olmasa gerektir.

32) Tasarının 147. maddesi ile 428 nci maddenin bent 5'inde yapılan değişiklik hakkında :

Bu bentteki «maddî sebebi» sözü dava sebebi olarak değiştirilmelidir. Dava sebebi tasarının da belirttiği üzere vakıalar

bütünüdür. (Tasarı gerekçesi s. 23). Bu kavram hukukî sebep ile eş bir kavram değildir.

Bundan başka bir kesin hükmün, mevcut olması için taraflar ve dava sebebinin aynı olması yetmiyeceğine göre bu bende talep sonucu tabirinin de eklenmesi Tasarının 237 nci maddesi ile teessüs ettirilecek denklik bakımından zaruridir.

33) Tasarının 148. maddesi ile Usul Kanununun madde 429 bent 6'da yapılan değişiklik hakkında :

Bu bent Alman Usul Kanununun 551. maddesinin 5 nci bendine uymaktadır. Bu sebeple de yapılan işlemlerin sonradan sarîh veya zımnî şekilde tasvibinden bahsedilmelidir. Tasarı sadece tasvipten bahsetmiş, mülhem olduğu Alman Kanununun aksine olarak tasvibin sarîh veya zımnî de olabileceğine temas etmemiştir ki, bu açıklık lüzumludur.

34) Tasarının 157. maddesi ile Usul Kanununun 440. maddesindeki değişiklik hakkında :

Usul Kanununda bir değişiklik yapılırken kanundan çıkarılması veya tahdidi gerekip gerekmiyeceği herşeyden önce düşünülmesi gereken müesseseler tashihi karar müessesesidir. Bu müessese batı Usul Kanunlarında mevcut değildir. Ezcümle Alman Usul Kanununda. Bu müessesenin tevlit ettiği mahzurlar saymakla bitmeyecek kadar çoktur. Bu müessesenin eski hukukumuzdan geldiğini söylersek hata etmiş sayılmayız. Bu müessesenin tevlit ettiği mahzurlar hakkında bir fikir edinilmek isteniyorsa, (Kemal DEMİR-OĞLU'nun, Hukukta Tashihi Karar adlı eserinin 37 - 38. sayfelerine bakılabilir. Ankara 1945). Görülecektir ki, bu müessese davaları lüzumsuz derecede uzatmaktadır. Bu sebeple de hasma karşı iz'âç vasıtası olarak daima kullanılabilir en uygun vasıta olarak görülmektedir. Ayrıca zaten dava dosyaları ile yüklü olan temyiz mahkemesinin işlerinin daha da artmasına yol açacaktır. Temyiz mahkemesinin kararlarına olan güven sarsılabilecektir. Hükümlerin derhal icrası ile sağlanacak faydalar da zedelenecektir. Bunlar ve daha bir çok mahzurlar tevlit eden bu müessesenin Tasarıda, mevcut Kanundaki şekli ile aynen muhafazası da reform Kanunu olacağı iddia olunan tasarının değerini bir hayli azaltacaktır. Kaldı ki, tatbikatta sık sık başvurulmuş bu yol çok büyük ölçüde bir müsbet sonuç ta vermemektedir.

Eğer tashihi karar müessesesi ilga edilemiyorsa, hiç olmazsa hemen hemen her karara tashihi karar yolunu açan ve **eski kanun-**

da da mevcut bulunan (440/bent 3) Tasarının 440. maddesinin 4. bendinin mutlaka tayedilmesi gerekir. Sebeplerdeki bu daraltma dolayısıyla müessesenin mahzurlarını böylelikle ancak bir dereceye kadar bertaraf etmiş olabiliriz.

35) Tasarının 160. maddesi ile 443. maddede yapılan değişiklik hakkında :

Tasarının 443. maddesi İcra ve İflâs Kanununun değiştirilmiş olan 36. maddesinin tekrarından başka bir şey değildir. Bu tekrara meydan vermemek için tasarının bu maddesi şu şekli almalıdır.

«Temyiz talebi İcra ve İflâs Kanununun 36. maddesi saklı kalmak kaydıyla icrayı geriye bırakmaz. Ancak gayrimenkule müteallik aynı haklara, şahıs ve aile hukukuna dair hükümler kesinleşmedikçe icra olunamaz. Nafaka hükümleri bundan müstesnadır.»

36) Tasarının 174. maddesiyle 507. maddede yapılan değişiklik hakkında :

Bu maddeye daha vazih bir ifade vermek ve böylece daha anlaşılır hale getirmek için aşağıdaki ibare tercih edilmelidir.

«Tahkim, ancak kanunla menedilmeyen hallerde ve tarafların ihtilâf mevzuu olan şey hakkında bir sulh sözleşmesi aktelebildikleri konularda uygulanır». Bu ifade tarzı, tahkim hükümleri bakımından Tasarıya me haz alınan Alman Usul Kanununun 1025. maddesinin 1. fıkrasına da uygun düşecektir.

37) Tasarının 176. maddesinin 509. maddede yaptığı değişiklik hakkında :

Bu maddenin birinci fıkrasının 2. cümlesindeki «taraflardan biri seçtiği hakemin» sözü yerine «takipte bulunan taraf seçtiği hakemin» ifadesi kullanılırsa daha ilmi bir ifadeye yer verilmiş olur.

Aynı maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki, «talep üzerine» tabiri yerine «takipte bulunan tarafın talebi üzerine» ifadesi tercih edilmelidir.

38) Tasarının 195. maddesiyle 528/bent 10'da yapılan değişiklik hakkında :

Tasarının 528. maddesinin 10. bendine göre, hakem kararlarına karşı, iadei muhakeme (yargılamanın iadesi) sebepleri varsa, tıpkı Tasarıya me haz alınan Alman Usul Kanununun 1041. maddesinin 6 ncı bendinde olduğu gibi, bu sebebler temyizde bir bozma sebebi olarak dermeyan edilebilecektir. Fakat tasarı 529. maddesinin 3. fıkrasında kesinleşen hakem hükümleri aleyhine yargılamanın iadesi-

nin de istenebileceğini belirtmektedir. Halbuki mehz alınan kanun iad i muhakeme sebeblerini aynı zamanda temyiz sebebi olarak saydıktan sonra, bu sebeblere dayanılarak yargılamanın iadesinin istenebilinmesini ancak bazı şartlara tâbi tutmak lüzumunu duymuştur. Bu kanuna göre; (madde 1043) hakem kararı tasdik edilmişse, yargılamanın iadesi sebeblerinden dolayı bu kararın kaldırılabilmesini talep edebilmek için, tarafın bu nakız sebebini önceki muhakemede kusuru olmaksızın dermeyeran etmeğe muktedir olmadığı hakkında bir kanaat husule getirmesi gerekir. Bu tahdit de zaruridir. Zira, yargılamanın iadesi sebeblerinin temyiz sebebi olarak ileriye sürülememesi halindedir ki; bunlara dayanarak hakem kararı hakkında yargılamanın iadesi ancak istenebilecektir. Bu sebepleri temyiz sebebi olarak dermeyeran edebilmek imkânı bulunduğu halde ileriye sürmemiş olan bir tarafa, artık, bu sebeblere dayanarak muhakemenin iadesini isteyebilmek imkânının tanınmaması tabiî ki haklı görülecektir. Ve bu sebeplerle tasarıya yukarıda belirttiğimiz tahdidi kaydın eklenmesi gerekir.

39) Tasarı 204. maddesiyle usul kanununun 540. maddesinde de bazı değişiklikler yapmış olup, en önemli değişiklik ilamların tenfizi için karşılıklı işlemin sadece devletler arası anlaşmalara dayanmış olması şartını aramıyarak, bunun yanında bu şartı daha da yumuşatmış olmasıdır. Gerçekten yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için artık bu konuda mukayeseli hukukta daha müsait davranılmaktadır. Bu fikri izah eden bir Alman temyiz mahkemesi kararını buraya aynen geçirmekte fayda vardır:

ZPO §§ 723 fıkra 2 ve §§ 328 fıkra 1 numara 5 manâsında müte-kabiliyet, eğer Almanyada, bir mahkemesinin hükmü icra edilmesi gereken devletin, kendi ülkesinde, bir Alman mahkemesi kararının icrası, bu yabancı hükmün Almanyada icra edilmesinden esas itibariyle daha büyük güçlüklerle karşılaşmıyorsa garanti edilmiş sayılır. Bu müte-kabiliyet, bir Alman mahkemesinin bütün hükümlerinin her devlet ülkesi dahilinde icrası için bunların haklı olmasına lüzum göstermez.

Mevcut hâdise için, bu sebepten ötürü borçluyu muayyen bir meblağın derhal ödenmesine mahkûm eden bir Alman mahkemesi hükmünün Güney Afrika Cumhuriyetinde, davacılar tarafından davalıya karşı alınmış bulunan hükmün Almanyada icra edilmesinden daha güç icra edilip edilmemesi meselesi önemlidir. (Bu meseleye verilecek cevapta milli hukuk nizamlarının farklılığından dolayı

her iki tarafın tanıma hukukunun birbirine tamamiyle tetabuk etmesi istenemez. Eğer böyle bir şey talep edilseydi, bu, pratik bakımdan her durumda mütekebbiliyet garantisinin reddedilmesini ifade edecekti). Bu yüzden, her iki tanıma hukuku ve tanıma tatbikatının, bütün olarak takdirinde, esas itibariyle, yabancı ülkede aynı çeşit bir hükmün icrası için prensip itibariyle aynı değerde şartlar tesis edip etmediği keyfiyetine dayanılmalıdır (bkz. RGZ. 7, 406, 413 vd; 48, 377, 381; 70, 434, 438 vd.). Burada Alman mahkemelerince verilen hükümlerin icrasına yabancı hukukun hazırlamış olduğu bazı güçlükler ile diğer noktalarda hazırlamış olduğu kolaylıklara denkleştirilmiş olarak bakılması haklı görünmüş olabilir. Genel olarak acaba, mütekebbiliyet garanti edilmiş midir? meselesinin tahkikinde şekli ve dar bir ölçü uygulanmamalıdır (31).

Tasarının incelemek fırsatını bulduğumuz bu hükümleri ile, incelemeye değer hükümlerinin bunlardan ibaret olduğu neticesi asla çıkarılmamak gerekir. Bizim, tasarının inceleyemediğimiz hükümlerini tasvip ettiğimiz manâsı da doğru bir sonuç olamaz. Yalnız şunu belirtmemiz yerinde olur ki, tasarı bazı lüzumlu hükümler getirirken çok lüzumsuz tadil tekliflerine de yer vermiştir. Bu hal kanunun tadilinden beklenen faydaları da oldukça azaltacak önemdedir. Bizce, mevcut usul kanununda girişilecek değişiklik, tasarının yaptığı gibi çok geniş ölçüde olmak yerine, çok lüzumlu noktalarda olmak gerekir. Bu sebeple de mevcut tasarının bir ilmî komisyonca tetkikinde sayısız menfaatler bulunduğu kanısındayız.

(31) BGH., Urt. V. 30 September 1964 - VIII ZR 195/61 OLG Nürnberg, LG Nürnberg. Bu karar ZZP. 1965 (Bd. 78), Heft 1/2, s. 158 - 159 da yayınlanmıştır).

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Schönke/Schröder/Niese : Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.
- Kuru Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1964
- Postacıoğlu İlhan : Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. Bası, İst. 1966.
- Öztek Esat/Kazancı Sadi : Nazari ve Tatbiki İctihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1957.
- Lent/Jauernig : Zivilprozessrecht, 11. Auflage, München und Berlin 1963.
- Rosenberg Leo : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960.
- Leuch G. : Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage, Bern 1956.