

HUKUK YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME

Preliminary Examination in Civil Procedures

Adem ALBAYRAK*

Geliş Tarihi: 02.01.2020 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Ön inceleme hukuk yargılamasında hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf ve temyiz incelemesinde düzenlenen bir hukukî müessese olmakla birlikte ilk derecedeki ön inceleme ile istinaf ve temyiz incelemesindeki ön inceleme hiç de benzer değildir. Ancak amaç yönünden tam bir benzerlik söz konusudur. Zira her üç alanda da ön incelemenin amacı, yargılamanın gecikmemesi ve usul ekonomisine uygun olarak sonuçlandırma hedefini gerçekleştirmektir.

Ön inceleme, dilekçeler aşaması ile tahkikat aşaması arasında ayrı ve bağımsız bir aşama olacak şekilde, beş yargılama aşamasından biri olarak öngörülmüştür. Bu aşamada ilk itirazlar ve dava şartları yönünden dosyanın bir incelemeye tabi tutulması ve tarafların uyumsuzluk içerisinde olduğu konular ile anlaşıtları konuların ayrılarak, delillerin toplandığı ve değerlendirildiği tahkikat aşamasına eksiksiz ve hazır bir şekilde geçilmesi istenmiştir. Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenmiş, böylelikle hem tarafların, hem taraf vekillerinin hem de hâkimlerin duruşmaya hazırlıklı çıkmaları sağlanmak istenmiştir.

ABSTRACT

Regarding civil proceedings, although the preliminary examination is a legal stage that is set forth both in the first instance trial and, appeal and appeal examination, the preliminary examination in relation to the first instance and, the preliminary examination in relation to the appeal and appeal examination are not at all similar. However, there is a similarity in terms of their purpose. The aim of the preliminary examination in all three areas is to ensure that the proceedings are not delayed and finalized in accordance with the procedural economy.

The preliminary examination is determined as a separate stage between the petitions stage and the investigation stage as one of the five proceeding stages. At this stage, it is aimed that the file be subjected to an examination in terms of the first objections and cause of actions and that the issues which the parties agree on and could not agree on are separated, and in a nutshell, it is aspired to proceed to the investigation stage, in which the evidence is collected and evaluated, in a fully ready manner.

* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi, e-posta:ademalbayrak@yargitay.gov.tr, ORCID ID:0000-0003-0320-8619.

Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenmiş, böylelikle hem tarafların, hem taraf vekillerinin hem de hâkimlerin duruşmaya hazırlıklı çıkmaları sağlanmak istenmiştir. Ön inceleme duruşmasında tahkikat aşamasına geçilmeden gerekli hazırlıkların bitirilmesi, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerekli kararların verilmesi, tarafların sulh ve arabuluculuğa teşviki sağlanacak, bundan sonra tarafların uyuşamadıkları konuların belirlenmesi ve tahkikata geçilerek yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması sağlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ön İnceleme, Dava Şartları, İlk İtirazlar, Sulh ve Arabuluculuğa Teşvik, Tahkikat, İstinaf, Temyiz.

The preliminary examination stage is arranged after the completion of the reciprocal application of the petitions and before the investigation stage, so it is intended that both the parties, their representatives and the judges to be prepared for the hearing. At the preliminary examination hearing, the incentives of the parties for settlement and mediation will be ensured when the necessary preparations will be completed without proceeding to the investigation stage and the necessary decisions will be made on the cause of actions and the first objections. After this stage, the issues that the parties cannot agree on will be determined and by proceeding to the investigation stage, the proceedings will be concluded in a reasonable time.

Keywords: Preliminary Examination, Causes of Action, Preliminary Objections, Incentive to Compromise.

GİRİŞ

Temel bir hak olarak kabul edilen adil yargılanma hakkı, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasını, bu surette bireylerin haklarına mümkün olan en kısa sürede kavuşmalarını da içermektedir. Bu bağlamda çağdaş hukuk devletinde, devletin temel hizmetlerinden birisi olarak yargı hizmetleri ve adalet dağıtımı, yargılama faaliyetinin hızlı bir şekilde gerçekleştirilip, hak arayanların makul sürede haklarına kavuşmalarının sağlanmasını gerektirmektedir. Ancak ne var ki ülkemiz hukuk sisteminde yargılama faaliyetinin uzun sürmesi ve dolayısıyla adalet dağıtımı hizmetlerinde yaşanan gecikmeler, öteden beri bilinen ve çözüm önerileri sunulan en önemli sorunlarından birisi olmuştur. Bu doğrultuda, yargılamaların daha hızlı sonuçlandırılmasını sağlamak suretiyle, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bireylerin makul sürede haklarına kavuşabilmeleri amacıyla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de, yeni bir yargılama aşaması olarak ön inceleme aşamasıdır¹.

Öğreti ve uygulamada, ön inceleme aşaması genel olarak olumlu karşılanmış olmakla birlikte, teori ve pratikte ortaya çıkabilecek birtakım sorunlara da değinilmiştir. Bu bağlamda, ön inceleme aşamasının, Kanun'un 2020 yılı itibarıyla yaklaşık dokuz yıllık uygulanma sürecinde ortaya çıkan tecrübeler ve öğretilerde yapılan değerlendirmeler ışığında, kurumun amacına ulaşabilmesi bakımından, özellikle ilk derece ve kanun yollarına ilişkin yargılama faaliyetinde hangi usul ve esaslar dairesinde anlaşılması ve gerçekleştirilmesi gerektiği önem arz etmektedir. Bu itibarla elinizdeki makalenin konusu; gerek taraflar ve vekilleri gerekse de hâkim tarafından ön inceleme aşamasında yapılabilecek ve/veya yapılması gereken işlemler, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararlar ile bu işlem ve kararların sonuçlarının ilk derece yargılaması, istinaf ve temyiz kanun yolu aşamaları bakımından incelenmesidir.

I. İLK DERECE MAHKEMESİNDE ÖN İNCELEME

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılama genel olarak beş aşamadan oluşturulmuştur. Bu aşamalar;

- a) Dilekçelerin Teati Aşaması, bir başka deyişle Dilekçeler Aşaması (118. vd. maddeleri)
- b) Ön İnceleme Aşaması (137-142. maddeler arası)
- c) Tahkikat Aşaması (143-148, ispat 187-293. maddeler arası)

¹ ERMENEK, İbrahim; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 139 – 177, s. 144; TOPEL ÇELİKOĞLU, Cengiz; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Ön inceleme Safhası, e-akademi, Temmuz 2012, S. 125, s. 1-65, s. 6 vd. <http://e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf>, E.T. 17.01.2020; TUTUMLU, Mehmet Akif; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 174.

d) Sözlü Yargılama Aşaması (184-186. maddeler)

e) Hüküm Aşaması (294 vd. maddeler)

Bu aşamalardan ön inceleme asıl konumuzu teşkil etmektedir.

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usûl hukukumuzda yeni ve önemli bir kurum olarak yargılamada ön inceleme safhası dâhil edilmiştir. Bu kurum ile yavaş işleyen yargıyı hızlandırmak ve davaları kısa süre içinde bitirmek mümkün hâle gelmiştir. Davaların, ön inceleme safhası sayesinde; *“geçmiş adalet, adalet değildir”* genel eleştirisinin ön inceleme ile artık büyük ölçüde ortadan kalkacağını iddia etmek hiç de yanlış olmayacaktır. Ön inceleme, yargılamayı hızlandıracak bir aşama olarak öngörülmüş ve bu şekilde kanuni düzenlemeye tabi tutulmuştur.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yargılama dört aşamadan ibaret iken, bir aşama tamamlanmadan diğer aşamaya geçilmekte ve tüm aşamalar birbirinin içerisine geçmiş vaziyetteydi. Aşamalar arasında geçişler net olarak ayrılmadığından, yargılamalar olması gerekenden uzun sürüyor ve yargılama sırasında çoğu duruşmada yargılamanın seyrine etki etmeyen işlemler yapılmakta, bu hususlar ise hâkimler ve avukatlar açısından zaman kaybından başka bir işe yaramamaktaydı. Öyle ki bazen aylarca bekledikten sonra yapılan duruşmada, tapu sicil müdürlüğünden müzekkere cevabının beklenmesi ya da aynı adliye içerisinde bulunan başka bir mahkemeden istenilen dosyanın gelmemiş olması nedeniyle yeniden celbi için işlemler yapılabilmekteydi. Dilekçeler aşamasının sona ermesinden önce hemen dava dilekçesi ile birlikte duruşma günü verilerek yapılan duruşmada taraf vekillerinin *“dava, cevap, cevaba cevap, 2. cevap ya da beyan dilekçelerimi tekrar ederim”* şeklindeki beyanları ile geçirilen duruşmalar yapılmakta ve bu duruşmalar yargılamanın seyrine olumlu katkı yapmayan göstermelik işlemler olarak ortaya çıkmaktaydı. Duruşmalar toplanan delillerin tartışıldığı aşama olmaktan çıkıp, delillerin toplandığı gereksiz zaman dilimleri haline dönüşebiliyordu. Bu tür sakıncaları gözetken kanun koyucu dört aşamadan oluşan (dilekçeler, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşaması) yargılama aşamalarına yenilik olarak HMK ile ön inceleme kurumunu ilave etmiş ve yargılama beş aşamadan oluşacak şekilde düzenlemiştir. Ön inceleme aşaması, tahkikat aşamasının düzenli ve sıkı bir disiplin içinde yürütülmesini sağlamaktadır. Ön inceleme aşaması ile adeta tahkikatın temelleri atılmakta ve kanuna uygun biçimde yapılan ön inceleme hâkim ve tarafların iyi bir hazırlık içerisinde tahkikata girmelerini sağlayıcı rol oynamaktadır.

Ön inceleme kurumunun getirilme nedenleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Genel Gerekçesinde² şöyle belirtilmektedir. *“Uygulamada en çok şikâyet edilen ve yargılamanın gecikmesi sebebi olarak gösterilen önemli bir husus, mahkemelerce tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasıdır. Çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeden, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukuki uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır. Bunun yanında, mahkemelerce, yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gereken, usule ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar hakkında davanın sonunda karar verilebilmektedir. Örneğin, iki yıl süren bir davanın sonunda, bazen mahkemenin görevsizlik ya da yetkisizlik kararı verdiği veya zamanaşımı gerekçesiyle davayı reddettiği görülebilmektedir. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan ve tarafların elinde bulunan delillerin mahkemeye sunulmasından, elde olmayanların ise masrafları ödendikten ve nereden getirtileceğine ilişkin bilgiler verildikten sonra, tahkikatın başlatılması amaçlanmıştır. Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak, sadece uyumsuzluğun ve uyumsuzluğa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama hâline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaşmaları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir. Ayrıca, işin esasına girilmesi gerekli olmayan, usule ilişkin kararlarla sürelerle ilişkin kararların da başlangıçta verilmesi, birçok uyumsuzluğun baştan hâlli sonucunu doğuracaktır. Bu aşamada, uyumsuzluk konuları tam ve açık olarak tespit edilmiş olacağından, tarafların durumlarını gözden geçirerek sulh olmaları da daha kolay hâle gelebilecektir. Bu aşamanın diğer bir olumlu yönü ise uyumsuzluk noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukukî tartışma da bu noktalara münhasır olarak yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır. Ön incelemenin amacına uygun yapılması, taraflar arasında sulh imkânını artıracak, hatta yargılama dışı uyumsuzluk çözüm yollarıyla da bağlantılı olarak tarafların doğrudan ya da arabulucu yardımıyla uyumsuzluğu çözmelerinin yolunu açacaktır. Taraflar sulh olmadıklarında ise tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usul işlemleri gerçekleştirilecek, tahkikatın arka arkaya yapılacak birkaç oturumda da tamamlanması mümkün olabilecektir. Bu aşamanın, ön inceleme olarak ifade edilmesinin sebebi, dilekçelerden sonra, mahkemece yapılacak ilk*

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı 393, s. 6, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, E.T. 17.01.2020.

inceleme aşaması olması, ancak işin henüz esasına tam olarak girilmemesidir. Bu aşama, tahkikat olmadığından tahkikat ifadesi de kullanılmamıştır. Çünkü, bu aşamada bir ön tahkikat ve benzeri işlemlerden daha çok, tahkikattan önce yapılması gereken işlemler tamamlanmaktadır. Bu bölüm, ...yeni olmakla birlikte, hukukumuzda tamamen yabancı da değildir. Nitekim istinaf aşamasında ön inceleme kabul edilmiştir. Yine temyiz aşamasında da işin esasına girilmeden ön inceleme yapılmaktadır.”

Gereğede açıkça belirtildiği üzere, ön inceleme, yargılamanın beş aşamasından biri olarak, dilekçeler aşaması ile tahkikat aşaması arasında ayrı bir aşama şeklinde öngörülmüştür. Bu aşamada ilk itirazlar ve dava şartları yönünden dosyanın bir incelemeye tabi tutulması ve tarafların uyuşmazlık içerisinde olduğu konular ile anlaşılacakları konuların ayrılması, deyim yerinde ise delillerin toplandığı ve değerlendirildiği tahkikat aşamasına eksiksiz ve hazır bir şekilde geçilmesi amaçlanmıştır.

Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenerek hem taraf ve vekillerinin hem de hâkimlerin tahkikat duruşmalarına hazırlıklı çıkmaları sağlamak istenmiştir. Ön inceleme duruşmasında tahkikat aşamasına geçilmeden gerekli hazırlıkların bitirilmesi, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerekli kararların verilmesi, tarafların uyuşmadıkları konuların belirlenmesi, tarafların sulh ve arabuluculuğa teşviki sağlanması gerçekleştirildikten sonra tahkikata geçilecektir. Böylelikle tahkikatta tarafların uyuşmadıkları konular üzerinde yoğunlaşmak suretiyle yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması sağlanmış olacaktır³. Ön inceleme kurumunun getirilmesi ile yargılamanın 3'üncü ya da 5'inci yılında, yani çok geç olarak verilen görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme ve sair usûle ilişkin kararlar verilmesi tarihe karıştırılmak istenmiştir. Davanın esasına girilmesi için gerekli olan olumlu ve olumsuz dava şartlarının, bir başka deyişle yargılama engellerinin varlığı ya da yokluğunun davanın başında açıklığa kavuşturulması ve buna göre ya karar verilmesi ya da yargılamanın esasına girilmesi ve böylelikle hızlı bir yargılama yapma imkânının ortaya çıkması sağlanmak istenmiştir⁴.

³ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 274 vd.; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 423-424; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 362-363; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 322; TANRIVER, Süha; Medeni Usul Hukuku, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 687 vd.

⁴ ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 1271 vd.

B. Ön İncelemenin Kapsamı

Ön inceleme, yazılı yargılama usulü bakımından HMK m. 137 ilâ 140 arasında, basit yargılama usulü bakımından ise HMK m. 320'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulünde ön inceleme açısından çok da farklı bir düzenleme söz konusu değildir. İki yargılama usulü arasındaki en önemli fark; basit yargılama usulünde ön inceleme ile tahkikatın birleştirilmesi mümkün iken yazılı yargılama usulünde kural olarak mümkün değildir. Anlatımlar yazılı yargılama usulü üzerinden yapılacak olup, basit yargılama açısından ön incelemede HMK m. 320'nin uygulanacağını vurgulanması ile yetinilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 141 ve 142'de ise ön inceleme aşamasına yardımcı hükümler düzenlenmiştir.

1. Ön İncelemede Yapılamayacak İşlemler

Ön incelemenin asıl işlevi, uygulamada birbirinin içine geçirilmiş aşamaların ayrılması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Zira ön inceleme aşamasına kadar dilekçeler tamamlanmış ve tahkikat aşamasında toplanması gerekenler dışında kalan deliller toplanmış olacak, böylece artık tahkikat aşamasında kural olarak delil toplanması söz konusu olmayacağından, duruşmalar delillerin tartışıldığı oturumlar hâline gelmiş bulunacaktır⁵.

Bu çerçevede ön inceleme duruşmasında tahkikat işlemleri yapılamaz, tahkikata götüren hazırlık işlemleri yapılır. Tahkikat aşamasından farklı olarak ön inceleme aşamasında işin esasına girilmeyeceğinden, kural olarak delillerin incelenmesi söz konusu olmayacaktır⁶. Bu aşamada delillerin toplanması için hazırlık işlemleri yapılacak ve bu sayede dosyanın tekemmül etmesi sağlanacaktır⁷. Nitekim gerekçede de belirtildiği üzere; ön inceleme aşamasında tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi incelemesi, keşif ve yemin gibi tahkikat işlemleri yapılamayacaktır. Özetle, ön inceleme aşamasında delil toplanması ya da delil değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.

2. Ön İncelemede Yapılacak İşlemler

Ön incelemede, HMK 137. ve 140.madde düzenlemelerine uygun olarak işlemlerin yapılması önem arz eder. Hâkim, ön inceleme aşamasında hazırlık işlemlerini yapar, tarafların dilekçelerini ve eklerini inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler (m. 137).

a) Mahkeme öncelikle dava şartlarını (m. 114) inceler (m. 138). Dava şartları, mahkemenin kendiliğinden araştırması gereken hususlardandır (m. 115). Dava şartlarının hangi sırayla inceleneceğine dair açık bir kural bulunmamakla

⁵ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1282.

⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1287 vd.;

⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 423; TANRIVER, s. 688.

birlikte, mahkemenin HMK m. 114 çerçevesinde belirlenen sırayı izlemesinin, mantık açısından doğru olacağı kanısındayım. Nitekim anılan maddenin (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde mahkemeye ilişkin, (d),(e) ve (f) bentlerinde taraflara ilişkin ve (g), (ğ), (h), (ı) ve (i) bentlerinde ise dava konusuna ilişkin dava şartları sıralanmış bulunduğundan, inceleme yapılırken de bu sıranın nazara alınması gerektiği Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmiş durumdadır. Keza öğretide dava şartlarının incelenmesi bakımından sıralamanın, bir dava şartının yokluğunun, diğer dava şartının incelenmesini gereksiz kılıp kılmadığının tespit edilerek, eğer gereksiz hâle getiriyorsa önce o dava şartının incelenmesi suretiyle yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸. Örneğin hem kesin yetki hem de kesin hüküm yönünden bir itiraz var ise (itiraz olmasa bile dava şartı olduklarından resen dikkate alınacağından) önce kesin yetki, sonra da kesin hüküm konusu değerlendirilecektir. Şayet mahkeme yetkili değil ise, yetkisizlik kararı verilip dosya kesin yetkili mahkemeye intikal ettikten sonra, bu mahkeme tarafından kesin hüküm konusunda karar verilecektir. Zira, kesin yetki HMK m. 114/1, (ç) ile mahkemeye ilişkin dava şartı olarak, kesin hüküm ise aynı maddenin (i) bendinde davaya ilişkin dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Mahkeme dava şartı eksikliğini tespit ederse, bu dava şartı eksikliğinin giderilmesinin mümkün olup olmadığına, bir başka deyişle dava şartının tamamlanabilir olup olmadığına bakılır. Eksikliğin giderilmesinin mümkün olmaması halinde, davanın usulden reddine karar verilir. Eksikliğin tamamlanması mümkün ise, ilgili tarafa bir kanun hükmü ile belirlenmişse Kanunun tayin ettiği bu kesin veya bir kanun hükmü ile belirleme yapılmamış ise hâkimin takdir ettiği kesin bir süre verilir. Bu şekilde belirlenen sürede eksiklik giderilmezse davanın usulden reddine karar verilir (m. 115/2).

Dava şartları tamamlanabilir dava şartları ve tamamlanamaz dava şartları olarak bir ayrıma tabi tutulabilir. Örneğin; HMK 114/1, (f) bendinde düzenlenen “*vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması*” ve (g) bendinde düzenlenen “*davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması*” tamamlanabilir dava şartlarıdır. Buna karşılık (h) bendinde düzenlenen “*davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması*”⁹, (ı) bendinde düzenlenen “*aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması*” ve (i) bendinde düzenlenen “*aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması*” tamamlanamaz dava

⁸ PEKCANITEZ, Hakan; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 954; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 211.

⁹ Ancak Yargıtay yeni tarihli kararları ile özellikle belirsiz alacak davası bakımından hukukî yararın tamamlanabilir dava şartı olarak kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, 16.05.2019 T. 2016/22-1166 E ve 2019/576 sayılı karar. Söz konusu karar için bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 339.

şartlarındandır. Buna göre tamamlanabilir dava şartlarında süre verilerek dava şartının tamamlanması ve yargılamaya devam edilmesi, tamamlanamaz dava şartı eksikliğinde ise HMK m. 115/2 uyarınca davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekir.

b) Dava şartlarının incelenmesinden ve eksikliğin bulunmadığının tespitinden sonra varsa ilk itirazlar (m. 116) incelenir (m. 117/2). İlk itirazlar mahkemece kendiliğinden göz önüne alınacak hususlardan değildir. Davalı tarafından (m. 117/1) ileri sürülmedikçe dikkate alınamaz¹⁰.

Ön inceleme aşamasında başlangıçta dava şartlarının incelenmesi, dava şartlarına istinaden ilgili esasın kapatılmasını gerektirir bir karar verilmemiş ise bu kez varsa ilk itirazların incelenmesi gerekir. Hukukumuzda asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olmaktan çıkarılarak görev ilişkisi hâline getirildiğinden¹¹ HMK 116/1, (c)'de düzenlenen iş bölümü itirazı anlamını kaybetmiştir. Bu kapsamda sadece tahkim ve kesin olmayan yetki hâllerindeki ilk itirazların incelenmesi gerekecektir. Bu noktada yapılacak ilk kanun değişikliği sırasında, artık deyim yerindeyse ölü bir hüküm hâline almış HMK 116/1, (c) bendinin kanundan çıkarılması yerinde olacaktır.

c) Mahkeme, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri iddia ve savunmaları inceleyerek, tarafların üzerinde anlaşmış ve anlaşmadıkları konuları tespit eder.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları ön inceleme aşamasında belirlenir. Ön inceleme aşamasının yargılamayı hızlandırmak açısından en önemli faydası bu noktada olacaktır. Taraflar, biraz da iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının baskısı sebebiyle, dilekçeler teatisi aşamasında pek çok vakıyı davaya taşırlar. Tahkikatın konusu tarafların getirmiş olduğu söz konusu vakıaların gerçekliğinin araştırılmasıdır. Fakat tarafların getirmiş olduğu her vakia açısından tahkikata ve dolayısıyla ispat faaliyetine ihtiyaç olmayabilir. Mahkemenin hem talebin hem de savunmanın ne olduğunu ve bunların dayanağı olan vakıaları tespit etmek suretiyle tahkikat için bir ayıklama yapması gerekir¹².

Taraflar ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken HMK madde 29'da ifade edilen dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadırlar¹³. Bu hükme göre taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde yapmakla yükümlüdürler. Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun

¹⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 340-341.

¹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 84.

¹² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 424; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 363-364;

¹³ ERMENEK, s. 158.

temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir¹⁴. Bu yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Bu noktada taraflar, hem kendi menfaatlerine hem de aleyhlerine olan hususları ileri sürüp sürmemekte serbesttir ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir¹⁵.

Bu anlamda ön inceleme aşamasında tarafların iddia ve savunmaları kapsamında anlaştıkları ve uyumsuzluk içerisinde oldukları hususların tam ve iyi belirlenmesi çok önemlidir. Bu noktada ön incelemenin kanunun amacına uygun şekilde yapılması, yasak savma cinsinden diğer bir ifadeyle “*yapmış olmak için yapmanın*” doğru olmadığını belirtmeliyiz. Bu durumun kanun yolu incelemesinde usul eksikliği sayılabileceği ve mahkemelerin denetimlerinde olumsuz değerlendirilebileceği ifade edilmelidir. Uygulamada ön inceleme yapılırken taraflar arasındaki uyumsuzluğun itirazın iptali olduğu, alacak olduğu, tapu iptali ve tescil olduğu, boşanma olduğu gibi kanunun amacına uygun olmayan şekilde ön incelemeler yapıldığı bilinmekte olup, bunun kanun yolu aşamasında olumsuz değerlendirilebileceği gibi açık kanun hükmüne aykırı olduğundan sorumluluk gerektirebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Amaca hizmet etmeyen şekilde yapılan belirlemeler kanunun ruhuna ve kanun koyucunun amacına hizmet etmemektedir. Ön inceleme tutanağının yargılamanın adeta yol haritası olduğu akıldan çıkarılmadan, yargılama ve kanun yolu aşamalarında ortaya çıkacak bir çelişkidenden ön incelemedeki beyanların sorunu çözebileceği şekilde belirleme yapılması son derece yerinde olacaktır. Bu kapsamda kanun yolu incelemesi yapan bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay tarafından not takdir edilirken ön incelemenin iyi yapılıp yapılmadığının ölçü olarak alınması, mahkemelerin denetiminde denetimi yapan müfettişlerin ön incelemeye özel bir önem vererek bu konu üzerinde hassasiyetle durmaları, sistemin iyi işlemesi açısından yararlı olacaktır. Hâl böyle olmakla birlikte ön incelemenin hiç ya da gereği gibi yapılmamasının müeyyidesi ne yazık ki kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak açık düzenleme olmaması kanunun emredici hükmünün uygulanmasının gerekmediği şeklinde yorumlanamaz. Aksine, kanunun ruhuna uygun şekilde ön incelemenin yapılması tüm hâkimler için yasal bir zorunluluktur. Yargıtay da ön incelemenin hiç yapılmamasını bozma sebebi yapmaktadır¹⁶.

¹⁴ ARSLAN, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara 1989, s. 49 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 163; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 120 vd.

¹⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 121; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 164; TANRIVER, s. 688.

¹⁶ “... Dosyanın incelenmesinde; yargılamanın 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 137 ve devamı maddeleri hükümlerine aykırı olarak mahkemece usulüne uygun şekilde tarafların ön inceleme duruşmasına davet sağlanmadan, iddia ve savunmaları kapsamında uyumsuzluk konuları hakkında belirleme yapılmadan, tahkikat ve sözlü yargılama

d) Ön inceleme aşamasında ayrıca, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda taraflar, ön inceleme duruşmasında sulh (m. 313) ve arabuluculuğa (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu) teşvik edilir. Kanun, ön inceleme aşamasında tarafların sulh ve arabuluculuğa teşvik edilmesine özel bir önem vermiş ve uyuşmazlığın tarafların iradesi ile bir an önce sonuçlandırılmasını ve toplumsal barışa katkı vermelerini istemiştir.

Ön incelemenin diğer bir amacı da mahiyeti icabı uygun olan davalarda tarafları sulh ve özünde sulhu hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek, böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı oluşturmak suretiyle uyuşmazlığın daha ileri aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Hâkimin ön inceleme aşamasında tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmesi, takdir yetkisinde olan bir husus değil, bilakis kendisine yüklenmiş bir görevdir¹⁷. Hâkimin bu ödevi yerine getirirken kanunun emrini yerine getirmiş olmak için görünüşte teşvik etmek yerine, sulh ve arabuluculuğun yararları ve ilkeleri bazında kısa açıklamalar yapmak suretiyle tarafların uyuşmazlığı bu yollarla çözmesi konusunda çaba göstermesi önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay da 15. Hukuk Dairesi'nin 04.07.2017 tarih, 2016/3484 Esas, 2017/2734 Karar sayılı ilâmında bu hususu açık ve net bir şekilde vurgulamaktadır¹⁸. Uygulamada genellikle iş yoğunluğu gerekçesi ile “kes yapıştır” şeklinde tutanak tutularak bu görevin yerine getirilmiş gibi yapıldığı gözlemlenmekte olup, özellikle bu hususun hâkimlerce önemszenmesi ve tarafların veya vekillerinin kısa ve özlü bilgilerle bu yolların anlatılması suretiyle aydınlatılması ve ciddi bir teşvik yapılması yerinde olacaktır¹⁹.

Sulh ve arabuluculuğa teşvik edilirken hâkimlerin dikkat etmesi gereken bir diğer husus da uyuşmazlığın sulh ve arabuluculuğa elverişli olması ve dava şartı arabuluculuk kapsamında bu yolun denenmemiş olmasıdır. Örneğin; sigortalılık süresinin tespiti konulu bir hizmet tespiti davasında, davanın

aşamalarına geçilmeden, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen yargılama aşamaları usulüne uygun yapılmadan hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya uygun olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 4. HD, T. 25.09.2019, E. 2017/1301, K. 2019/4159, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 17.01.2020.

¹⁷ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 424; TOPEL ÇELİKOĞLU, s. 44; ERMENEK, s. 163; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1293-1294.

¹⁸ “... Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu teşvik özellikle yasak savma ya da kanuni gerekliliğin yerine getirilmesi amacıyla değil, sonuca odaklanmak suretiyle gerçekten tarafların uyuşmazlığı bitirmeleri yönünde teşvik edecek şekilde yapılırlar...”*,* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 04.07.2017 tarih, 2016/3484 Esas, 2017/2734 Kararı, Yargıtay Başkanlığı karar arama motoru, E.T. 17.01.2020.

¹⁹ TANRIVER, s. 689.

sulh veya arabuluculuğa elverişli olmaması nedeniyle böyle bir teşvikin anlamı olamaz. Aynı şekilde bir ticarî uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk kapsamında bu yolun denenmiş ve sonuç alınamamış olması nedeniyle dava açılmış ise, yeniden teşvikin anlamı olmayacaktır.

Sulh ve arabuluculuğa teşvik konusunda hâkimler, özellikle ihsas-ı rey korkusunu ileri sürerek teşvik yapılmasının görüş açıklaması sayılacağı ve hâkimin reddi müessesesi ile karşılaşacakları endişelerini sık sık dile getirmektedirler. Bu endişelere katılmak mümkün gözükmemektedir²⁰. Zira hâkimin reddini düzenleyen HMK m. 36/1, (b) bendinde “*Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre HMK m. 31 kapsamında davayı aydınlatma görevi bulunan hâkimin, HMK m. 137, 140/3 ve 320 hükümleri gereğince yaptığı usul işlemleri ihsas-ı rey ve ret sebebi olarak değerlendirilemez. Zaten uygulamamızın ihsas-ı rey kavramını yeniden değerlendirilip, gerçek yerine oturtulması gerektiği ve sürpriz karar verme yaşağı kapsamında yeniden yorumlaması gerektiği düşüncesindeyim.

e) Ön inceleme, tahkikat aşamasına (m. 143 vd.) hazırlık niteliğinde olduğundan mahkeme bu aşamada, hazırlık işlemlerini ve tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri yapacaktır. Bu çerçevede tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ama dilekçelerine eklemedikleri belge niteliğini taşıyan delillerin ibrazı için kendilerine iki haftalık süre verilir.

Tahkikat aşamasının esas itibarıyla delillerin inceleneceği aşama olması icap eder. Bu sebeple, kanun koyucu özellikle belge niteliği taşıyan delillerin, tahkikata başlamadan önce dava dosyasına girmesini (ibraz edilmesini) sağlamak istemiştir. Yukarıda görüldüğü üzere, esasen tarafların dilekçelerinde dayandıkları belge niteliğindeki delilleri, dilekçelerinin eki olarak ibraz etmeleri gerekir. Ancak bunu yapmamışlarsa (ki ilgili vakıanın ispatına gerek kalmayacağını düşündükleri için pekâlâ yapmamış olabilirler), hâkim, en geç ön inceleme aşamasının sonunda, bu belgelerin ibrazını, belgeler başka yerde bulunuyorsa, buldukları yerin bildirilmesini ister (HMK m. 140, V)²¹. Hâkim, bir ara kararı ile “*Tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ve henüz sunmadıkları belgeleri sunmaları ve başka yerden getirtilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları konusunda HMK’nın 140/5 maddesi gereğince taraflara iki haftalık kesin süre verilmesine, kesin süre içerisinde belgeler sunulmadığı ya da belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmadıkları takdirde bahsedilen delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağına taraflara ihtarına (tüm sonuçları ile özenle ihtar yapıldı)*” şeklinde bir karar ile bu gerekliliği yerine getirmelidir.

²⁰ Aynı yönde bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1294-1295.

²¹ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN; s. 493.

C. Ön İncelemede Duruşma Yapılması

Dava şartları ve ilk itirazlar (duruşma yapmaya gerek kalmadan) dosya üzerinden karara bağlanabilir (m. 140). Ancak mahkeme gerek görürse, tarafları ön inceleme duruşmasına (m. 140) çağırıp dinledikten sonra da karar verebilir (m. 138).

Hâkim, öncelikle dava şartları (m. 114-115) ve ilk itirazlar (m. 116-117) hakkında dosya üzerinden karar verir (m. 138). Dava şartları ve ilk itirazların karara bağlanması için, tarafların dilekçelerindeki açıklamalar yeterli ise, hâkim, dosya üzerinden gerekli kararı verir. Verilen karar (görevsizlik veya yetkisizlik kararı gibi) davayı (o mahkemede) sona erdirici nitelikte ise, hâkim, tarafların ön inceleme duruşmasına davet etmeden ve dinlemeden (dosya üzerinden), gerekli kararı (misallerde görevsizlik veya yetkisizlik kararı) verir. Bu hâlde, ön inceleme duruşması yapılmasına, tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesine ve tahkikat aşamasına geçilmesine gerek kalmaz²².

Ön inceleme oturumuna davet, ayrı bir maddede (m. 139) düzenlenmiştir. *Bu davete rağmen, gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen sonuçlarla karşılaşacaktır.*

Hâkim, ön incelemeyi duruşmalı yapmaya karar verdiğinde, taraflara; HMK m. 139/1, c.2 hükmüne uygun şekilde davetiyeye çıkaracaktır. Buna göre duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ihtar edilir. Hâkim, tarafları 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ etmek suretiyle ön inceleme duruşmasına davet etmek zorundadır. Belirlenen gün ve saatte, belirlenen duruşmaya uygun yerde ön inceleme duruşması açılır. Ancak, bu duruşma kesinlikle tahkikat duruşması değildir. Özel ve kendine has bağımsız olan tahkikat öncesi bir oturumdur.

Bu anlamda varılması gereken sonuç; hâkim tarafların dilekçelerindeki açıklamaları yeterli görüyor ise duruşma açmaksızın dava şartları ve ilk itirazlar hakkında usule ilişkin bir karar ile davayı sonlandırabilecektir²³. Ancak, hâkim, tarafların dilekçelerindeki açıklamaları yeterli görmüyor ve tarafların dinlenmesini faydalı görüyor ise bu takdirde duruşma açmak suretiyle usule ilişkin bir karar verebilecektir. Bu kapsamda hâkimin, tarafların iddia ve savunmalarının genişletilmesi yasağının ön inceleme aşamasına kadar

²² KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 206.

²³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 426; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365;

uzayabildiğini de değerlendirerek bu yorumu yapması yerinde olacaktır²⁴. Kanun koyucunun bu düzenlemesindeki amacı; dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili sorunların, en geç tahkikat başlamadan ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanmasıdır.

Duruşma açmaksızın karar verilebilecek hâllerin dava şartları ve ilk itirazlar ile ilgili olmak üzere usule ilişkin konularda mümkün olduğu ve fakat davanın esası hakkında bir karar verilemeyeceği, aksine davranışın adil yargılanma hakkını ve onun en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkını ihlâl edeceği görüşündeyim.

Dava şartları ve ilk itirazlar, mahkemece bu çerçevede incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Daire Yönetmelik'in 201/son maddesi gereğince Ek-1 Örnek Ön İnceleme Kontrol Formundan faydalanılarak ön inceleme tutanağı düzenlenebileceği gibi tutanak re'sen de oluşturulabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 140/4 uyarınca ön inceleme tek duruşmada tamamlanır; zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir. Bu zorunluluk hâli tabiidir ki hâkimin takdirine bırakılmış bir konudur²⁵. Hâkim ön incelemenin hiç ya da gereği gibi yapılamayacağını değerlendiriyorsa ya da taraflar sulh için süre talep etmişler ise, bu takdirde bir kez duruşmayı erteleyebilecektir²⁶. Tarafların arabuluculuğa gitmeyi kabul etmeleri hâlinde ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 15/5 hükmü gereği işlem yapılması zorunludur.

Uygulamada daha çok taraf vekillerinin mazeretleri durumunda ya da müstemir yetkili hâkimin duruşmaya çıkmaması hallerinde ön inceleme duruşması bir kez ertelenmektedir. Geçerli mazeretler ya da sulh ve arabuluculuk görüşmesi için ön inceleme duruşmasının ikinci kez belirlenen günde yapılması mümkün ise de; tarafların geçici mazereti bulunması nedeni ile hiçbirinin gelmemesi hâlinde de ikinci ön inceleme günü verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyim. Ancak, ikinci kez ön inceleme duruşması verilmesi, kuralızsız bir şekilde her hâlde uygulanacak olursa ön incelemeden beklenen yarar gerçekleşmez.

Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hâkimde tarafların uzlaşabileceği yönünde ciddi bir kanaatin oluşmasıdır. Bazen taraflar, psikolojik sebeplerle bu konuda bir süre talep etmeyebilirler.

²⁴ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1314; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 279; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 364.

²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 381-382; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 366; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 427.

²⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1323.

Hâkim buna rağmen, tarafların durumunu ve niyetlerini dikkate alarak süre vermelidir²⁷. Bu süre içinde taraflar, karşılıklı görüşerek veya bir arabulucu veya uzlaştırıcı yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Yargılamanın başlamış olması, yargılama dışında alternatif yolların kapatıldığı anlamına gelmez²⁸.

Duruşma açıldığında ön inceleme aşamasının sonunda bir ön inceleme tutanağı düzenlenmeli ve bu tutanağa belirtilen tüm işlem ve beyanlar yazılmalı, böylece özenli bir ön inceleme tutanağı tutulmalıdır. Zira ön inceleme oturumunda, tutulan tutanak özel bir öneme sahiptir. Ön inceleme tutanağının bu önemi ve tarafları bağlaması sebebiyle, altının oturumunda hazır bulunanlarca imzalanması esas kabul edilmiştir. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (m. 140/3). Ön inceleme duruşması tutanağı, adeta yargılamanın yol haritasıdır²⁹. Tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır. Tahkikat aşamasında tereddüt edilen hâllerde bu tutanak, neyin incelenip neyin incelenmeyeceğini gösterecektir³⁰. Ayrıca kanun yolu incelemesini yapacak Bölge Adliye Mahkemesi ve/veya Yargıtay bu tutanağa göre değerlendirme yapabilecektir.

Ön inceleme duruşması nihayetinde mahiyeti itibarıyla duruşma niteliğindedir. Bu nedenle ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin m. 149, tarafların duruşmaya gelmemesi, sonuçları ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin m. 150, duruşma düzenine ilişkin m. 151, soru yöneltmeye ilişkin m. 152 ve duruşmada kayıt ve yayın yasağına ilişkin m. 153 hükümleri de, koşulların varlığı hâlinde uygulanabilecektir³¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 137/2 uyarınca ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez. Bu düzenleme, ön inceleme aşamasının yasa koyucunun beklediği amacı gerçekleştirmesi için yaptığı açık ve net bir emredici düzenlemedir³². Kanun koyucu, öncelikle dilekçeler aşamasının sona erdirilmesini, bundan sonra ön inceleme duruşma gününün belirlenmesini ve akabinde ön inceleme sona erdiğinde tahkikata geçilmesi ve bu aşamaların tam şekilde belirlenip ayrılmasını istemiştir³³. Dolayısıyla HUMK döneminde olduğu gibi dava dilekçesinin verilmesinden sonra duruşma günü belirlenerek taraflara tebliğ edilmesi söz konusu olmayacak, dilekçeler aşamasının sona ermesi beklenecek ve dilekçeler aşaması sona erdikten sonra ön

²⁷ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1323.

²⁸ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325-326; TANRIVER, s. 689.

²⁹ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 427; TANRIVER, s. 691; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 383.

³⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1330.

³¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1327.

³² ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1297 vd.

³³ ERMENEK, s. 146; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 363; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 322; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 274.

inceleme aşamasına geçilecek, bu aşama sona erdirildikten sonra tahkikat ve sözlü yargılama ve hüküm ile yargılama sona erdirilecektir. Tüm aşamalar birbirinden özenle ayrılmalı ve duruşma tutanaklarının, bir aşamadan diğer aşamaya geçildiğinin kolayca tespit edilebilir şekilde düzenlenmesi önem arz etmektedir³⁴.

Buraya kadar anlatılmak istenileni özet olarak belirleyecek olursak; ön incelemede hâkim, öncelikle hukuki dinlenme hakkı kapsamında taraflara, iradelerine uygun şekilde ve sabırla, olabildiğince süre kısıtlaması yapmaksızın söz vermek suretiyle onları dinleyip beyanlarını alarak, sırasıyla;

1- Dava şartlarını incelemeli ve özel kanunlarda düzenlenen özel dava şartları da dâhil olmak üzere m. 114'te sayılı tüm şartların varlığını belirlemeli, dava şartları eksik ise gerekli kararı (usulden ret ve/veya gereken kararlar) vermeli,

2- İlk itirazlar olarak m. 116 hükmüne göre yetki ve tahkim itirazı var ise bu ilk itirazların süresinde olduğunu ve usulüne uygun olduğunu tespit etmesi hâlinde yetkisizlik ya da tahkim nedeniyle usulden ret kararı vermeli,

3- Tarafların iddia ve savunmaları detaylı ve titiz bir şekilde tespit etmeli,

4- Tarafların uyumsuzluk noktalarının eksiksiz ve kanun koyucunun amacına uygun şekilde tespit etmeli,

5- Tarafların ibraz etmesi gereken belgeler ve bilgiler ile başka yerden getirtilecek bilgi ve belgelere ilişkin açıklamalara göre gereken kayıt ve delillerin celbine karar vermeli,

6- Taraflarca hazırlama ilkesine tabi dava ve işler açısından tarafların sulh olup olmadıklarını tespit etmeli,

7- Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar hariç olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisinin bulunduğu dava ve işlerde tarafları arabuluculuğa teşvik etmeli,

8- Kanunun ön inceleme için öngördüğü tüm hususları tutanağa geçirilmeli ve bu tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır.

Tahkikat ön inceleme tutanağı esas alınmak sureti ile yürütülecektir (HMK m. 140/3).

Ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşaması gelecektir ve hâkim tarafların tamamı hazır ise ön inceleme duruşmasında tarafların açık rızasını alarak tahkikata geçebilir. Bu takdirde önemli olan tüm tarafların hazır olması ve tüm tarafların tahkikata geçilmesini talep ya da muvafakat etmeleri ve hâkimin de ön incelemenin sona erdiğine kanaat getirmesi şartları birlikte

³⁴ ALBAYRAK, Adem / GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Yargılamasında Duruşma Yönetimi, Adalet Yayını, Ankara 2019, s. 191

var ise ön inceleme duruşmasında bir ara kararı vererek tahkikata geçilmesi gerekir. Aksi takdirde hâkim ön inceleme sonunda davadan el çekip bir karar vermemiş ise tahkikat gününü belirlemeli ve hazır olanlara bu günü sonuçları ile birlikte tefhim etmeli ve hazır olmayan taraflara tahkikat gününü meşruhatlı davetiye ile bildirmelidir.

Ön inceleme aşamasına karşı olan uygulayıcılar ve bilim insanları, mahkemelerce ön inceleme duruşması gününün geç verildiği eleştirisini getirmekte ve bu durumun yargılamayı geciktirici etki yaptığını savunmaktadır³⁵. Ön inceleme duruşmasından önce, dilekçeler aşamasında her bir dilekçenin verilmiş süresi belirli olduğu hâlde yapılacak incelemelerin ne kadar süre içinde tamamlanacağına dair HMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu süre, uyuşmazlığın niteliğine göre, mahkeme tarafından makul süre olarak, HMK m. 30'da düzenlenen usul ekonomisine uygun şekilde belirlenmesi ve olabildiğince kısa tutulmalı, dilekçeler aşaması sona erer ermez ön incelemeye derhâl geçilmelidir. Uygulamada HMK'ya yöneltilen eleştirilerin başında ön incelemenin yargılamayı geciktirdiği şeklinde bilgiye dayanmayan, çok da gerçekliği bulunmayan serzenişler bulunmaktadır. Dilekçeler aşaması tamamlanmasına rağmen ön inceleme duruşma gününün verilmemesi ya da geç verilmesi tamamen uygulayıcıdan kaynaklanan bir sorun olup, uygulayıcıların bu konuda titiz davranması birçok yakınmanın önüne geçebilecektir. Öte yandan dilekçeler aşamasında dosyaların takip edilmesi ve her dosyanın aşamasına göre dolapların özel bölümlerinde saklanması ve sık sık hâkim nezaretinde kalem personeline kontrolünün yapılması ve dilekçeler aşaması tamamlanan dosyalarda en seri şekilde ön inceleme gününün belirlenip taraflara ön inceleme duruşma gününün tebliğe çıkarılması önem arz etmektedir. Bundan da önemlisi, ön inceleme duruşmasına hâkimin tarafların ve vekillerinin hazırlıklı çıkmalarıdır. Gerçekten de hâkimin, taraf dilekçelerini ve sunulan delilleri iyi okumuş olarak ön inceleme duruşmasına çıkması ve taraf vekillerinin de uyuşmazlığı bilerek duruşmaya gelmeleri son derece önemli olup, ön incelemeden kanun koyucunun beklediği yarar ancak bu hâlde mümkün olabilecektir³⁶. Aksi hâlde, dosya içeriğine hâkim olmayan hâkim ve taraf vekilleri ile yapılacak bir ön incelemenin beklenen faydayı sağlaması mümkün değildir. Bu kapsamda usul hukukumuzda bir yenilik olarak getirilen ve 8 yılı aşkın uygulanan HMK ve özelde ön inceleme kurumunun

³⁵ Ön inceleme kurumunun yargılamayı kısaltmasından öte uzattığı, bu sebeple kaldırılması gerektiği yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dilekçeler ve Ön İnceleme Aşamasının Değerlendirilmesi, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 416-426, s. 424.

³⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1277; ERMENEK, s. 146; PEKCANITEZ, Hakan; HMK Hakkında Genel Değerlendirme, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 461-476, s. 471.

iyi uygulama yapıldığında yargılamayı hızlandırıcı bir etki yapacağı açıktır. Tabiidir ki hem hâkimin, hem de taraf ve vekillerinin bu aşamaya hazırlıklı olmaları ve deyim yerindeyse derslerini çalışmış olmalarının fevkalâde yararlı sonuçlar verdiği bizzat gözlemlenmiştir. Öte yandan yargının tüm sorunlarının ön inceleme ile çözüleceğini beklemek çok da gerçekçi değildir. Ancak ön incelemenin anlatılmaya çalışıldığı şekilde özenle yapıldığı takdirde, hukuk yargılamasına bir düzen kazandıracığı ve sonuca ulaşmayı kolaylaştıracağı şüpheden uzaktır.

D. Ön inceleme Aşamasına Yardımcı Hükümler

1. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı

Ön inceleme, yargılamanın önemli bir kesiti olarak, yargılamanın başında bazı hususların çözümlenmesine imkân tanımaktadır. Yargılama sürdürülecekse, ön inceleme oturumunda tutulan tutanak esas alınarak yargılama yürütülecektir. Bu sebeple, yargılama içerisinde iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesinin nasıl olacağı da bu yeni düzenlemeyle bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulmuştur³⁷. Şüphesiz, ön inceleme aşamasının HMK kapsamına dâhil edilmesiyle birlikte iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesi konusu da yeni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre m. 141'de "Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır" hükmü yer almaktadır.

Birinci fıkra ile tarafların karşılıklı dilekçelerini verdikleri aşamada, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan uyuşmazlığın genel çerçevesi içinde iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Şüphesiz bu imkân, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkişer dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir³⁸. Yargılamanın ikinci kesiti olan, ön inceleme aşamasında ise bu konuda değişik bir sınırlama getirilmiştir. Ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edilmiştir.

³⁷ Bununla birlikte ön inceleme bağlamında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başlangıç anı ve bu yasağın istisnası niteliğindeki ıslah kurumunun uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERMENEK, s. 147-153.

³⁸ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 329.

Her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi hâlinde gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir³⁹. Bu hüküm tarafları ön inceleme duruşmasına gelmeye zorladığından bu kurumun daha sağlıklı işlemesine katkı da sağlamaktadır⁴⁰.

a) Dava ve İddiayı Değiştirme ve Genişletme Yasağı

Davacı, cevaba cevap dilekçesiyle serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile davasını genişletebilir veya değiştirebilir. Ancak davalı ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse, davacı davasını onun muvafakati olmadan genişletip değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasaktır (m. 141/1).

1. Davayı Genişletme veya Değiştirme Yasağının İstisnaları

i. Davalının Açık Rızası

Davacı ve davalı tarafından ikinci dilekçelerin verilmesinden sonra davayı genişletme ve değiştirme yasağı başlamaktadır. Söz konusu yasak başladığı durumlarda, davalı buna açık bir şekilde rıza gösterirse, ancak davacı davasını genişletmesi veya değiştirmesi mümkün hâle gelir (m.141/2). HMK m. 24'te düzenlenen tasarruf ilkesinin doğal sonucu olarak açık rıza bu istisnanın kapsamındadır. Rıza, açık olmak zorundadır.

ii. İslah

Davalı, davanın genişletilip değiştirilmesine açıkça rıza göstermezse, davacı davasını ıslah ederek, yaptığı işlemleri düzelterek davasını genişletebilir ya da değiştirebilir. Bu da yine muvafakatin arandığı durumlarda söz konusudur⁴¹. Aynı davada taraflar yalnızca bir kez ıslah yoluna başvurulabilirler. İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. İslah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir. İslah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur (m. 176-182).

iii. Tarafın İradeli Değişiklik

Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür (m. 124/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukukumuzda, davacının

³⁹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, 273; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 411.

⁴⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1320.

⁴¹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, 270; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 353 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 412 vd.

davalı tarafın açık rızası ile taraf değişikliği yapabileceği; bir başka ifadeyle davayı görülmekte olan davanın davalısından bir başka kişiye yöneltip, yeni davalıya karşı yürütmesi imkânı kabul edilmiştir. Bunun için davalının açık rızası arandığından, hâkimin davalı tarafa taraf değişikliği konusunda, rızasının bulunup bulunmadığını açıkça sorması zorunludur. Davalı açıkça rıza göstermezse hâkim, taraf değişikliğine izin veremez. Davada taraf değişikliği ıslah yoluyla da yapılamaz⁴². Usul ekonomisine uygun olan iradi taraf değişikliği düzenlemesi kanaatimce son derece yerinde olmuştur.

iv. Dava Konusunun Devri

Davanın açılmasından sonra davalı, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder; isterse davasını, devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür (m.125). Burada ilk ihtimalde davacı davalı tarafı, ikinci ihtimalde ise talep sonucunu değiştirebilmektedir.

b) Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağı

Savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı kapsamına vakıalar ve talep sonucu dâhildir. Hukuki sebeplerin değiştirilmesi ve savunmanın daraltılması ise yasak kapsamında değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 128 gereğince süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. Bir başka ifadeyle “Sükût ikrardan değil, inkârdan sayılır”. Davalı, ikinci cevap dilekçesini verdikten sonra kanunda belirtilen istisnalar dışında savunmasını genişletip değiştiremez (m. 141)⁴³.

1. Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağının İstisnaları

Yasağın söz konusu olduğu hâllerde, davacı buna açıkça rıza gösterirse, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün olur (m. 141/2). Davacı ön inceleme duruşmasına geçerli ve hukuki mazeret beyan etmeden gelmezse davalı savunmasını genişletebilir ve değiştirebilir. Davacı, savunmanın genişletilip değiştirilmesine açıkça rıza göstermezse, davalı ıslah yoluna da başvurabilir. Davacının rızası açık olmalıdır.

⁴² Yargıtay uygulaması, HMK öncesi dönemde ıslah yoluyla taraf değişikliğinin mümkün olmadığı yönündeydi. Ancak bu uygulama, öğretilerde eleştirilmekte ve ıslahla taraf değişikliğinin mümkün olması gerektiği ifade edilmekteydi. Söz konusu Yargıtay uygulaması ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 354 vd. Esasen bu husus, iradi taraf değişikliğinin açıkça HMK ile düzenlenmesinden önceki dönemde tartışmalı olmakla birlikte, artık HMK m. 124 hükmü karşısında, bu hususun tartışılmasının anlamı kalmamıştır. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 308.

⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 272-273.

E. Zamaşıımı ve Hak Düşürücü Süreler Konusunda Karar

Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamaşıımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlar (m. 142). Madde ile ön incelemenin son basamağı olarak, hâkime, aslında bir tahkikat işleminin olması rağmen, hak düşürücü süreler ve zamaşıımı iddiaları hakkında tahkikata başlamadan önce karar verme ödevi getirilmiştir⁴⁴.

Maddenin düzenleniş amacı gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: *“Uygulamada, birkaç yıl süren usul işlemlerinden ve delillerin toplanmasından sonra (hatta bazen taraflardan birinin o konudaki ısrarlı beyanlarına rağmen), sadece hak düşürücü süre veya zamaşıımı yönünden bir karar verildiği görülebilmektedir. Bu hükümlerle, hem gereksiz yargılama işlemleri yapılması, hem de adaleti zedeleyici böyle bir durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır.”* Gerekçede de belirtildiği üzere anılan hüküm ile davanın başlangıcında karar verilip kısa sürede çözülmesi imkânı varken, yıllarca süren yargılamaların önlenmesi amaçlanmıştır. Bu sayede gereksiz yere emek ve zaman kaybının önüne geçilecek, usul ekonomisi açısından da büyük gelişme sağlanacaktır. Ancak uygulamada, ön incelemenin hemen bitiminden sonra tahkikata geçilirken süreler konusunda karar verilmesi pek de mümkün olmamaktadır. Zira hak düşürücü süreler ve özellikle zamaşıımı def'i konusunda karar verilmesi, çoğu kez az çok delillerin toplanması ve kısmen de olsa değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle zaman zaman tahkikat bitiminde bu tür kararların verildiği görülse de, bu konu, söz konusu zaruret nedeniyle Yargıtay tarafından da bozma sebebi yapılmamaktadır. Ancak, davalının süresinde ileri sürmüş olduğu zamaşıımı def'i hakkında hiçbir karar verilmeden, davanın esas hakkında karar verilmiş olması Yargıtay'ın hemen tüm daireleri tarafından

⁴⁴ Esasen maddi hukuka ilişkin hususlar olarak hak düşürücü ve zamaşıımı süreleri hakkında ki itiraz ve def'iler bakımından hâkim tarafından inceleme yapılması gereken yargılama kesitinin belirli olmadığı, ancak maddi hukuka ilişkin inceleme neticesinde karar verilebilecek nitelikte olduklarından hareketle ön inceleme aşamasının sonunda değil, bilakis tahkikat tamamlandıktan sonra bu konuda karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim / KOÇ, Evren / KONURALP, Cengiz Serhat; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 93. Bununla birlikte hak düşürücü süre ve zamaşıımı bakımından bir karar verilmesinin gerekmesi hâlinde, bu kararların ön inceleme kapsamında verilmesi, fakat bu durumda ön incelemenin mutlaka duruşmalı yapılması gerektiği, ön incelemede duruşma yapılmadan karar verilecek tek durumun, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilebilen durum olduğu. sürelerin bazen şekli bir incelemeyi gerektirse de esasa ilişkin maddi hukuk meseleleri olduklarından hareketle şartların varlığı hâlinde ön inceleme duruşmasında tutanağın tutulmasının ardından aynı duruşmada tahkikata geçilerek hak düşürücü süre veya zamaşıımı hakkında bir karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1310.

bozma sebebi sayılmaktadır⁴⁵. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.02.2019 tarih, 2018/2610 Esas, 2019/ 756 Karar sayılı kararı tam bir örnek teşkil etmektedir⁴⁶.

Ön inceleme aşaması nihai bir kararla sona ermemişse, başka bir ifadeyle ön inceleme duruşmasında dava sonuçlanmamışsa artık tahkikat aşamasına geçilebilecektir. Bunun için ara kararında “*Tahkikat aşamasına geçilmesine, tahkikat duruşmasının... tarihinde yapılmasına*” şeklinde bir ara kararı kurulması aşamaları ayırmak açısından son derece faydalı olacaktır.

⁴⁵ “...davalı vekili, dilekçelerin teatisi aşamasında davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu uyarınca, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Zamanaşımı def’i, bir hakkın istenebilirliğini önlediği için öncelikli ve ön sorun olarak çözümlenmesi zamanaşımının gerçekleştiğinin anlaşılması halinde işin esasına girilmeden davanın sonuçlandırılması gerekir. Nitelim 6100 sayılı HMK 142. Maddesinde “Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def’ileri inceleyerek karara bağlar.” hükmü düzenlenmiştir. Mahkemece, davalının zamanaşımı def’i hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden işin esası hakkında hüküm tesis edilmiş olması doğru olmayıp kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” (Örnek: Yargıtay 4. HD. 17.04.2018 T. 2016/7353 E. 2018/3056 K.)

“...dava, murisin verdiği vekâletname uyarınca yapılan taşınmaz satış bedelinin ödenmesi istemine ilişkindir...” (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2019 T. 2009/2-476 E. 2009/589 K.)

“...zamanaşımı def’i, mahkemece ön hadise olarak çözümlenmesi gereken hususlardan olup, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi zorunludur...” (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2019 T. 2009/2-476 E. 2009/589 K.)

“...dava, haksız fiilden kaynaklanan zararın, zarar sorumlusu olan davlılardan tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece davalı Sigorta A.Ş. vekilinin bu savunmalarının incelenmesi gereklidir. Ancak mahkemece davalı vekilinin zamanaşımı savunması hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı sigorta A.Ş. vekilinin hem dava hem de ıslah talebine karşı yaptığı zamanaşımı savunması üzerinde durularak, bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden, hüküm kurulması doğru olmamıştır...” (Örnek: Yargıtay 11. HD. 17.05.2010 T. 2008/13919 E. 2010/5417 K.)

“...TTK’nun 1268. Maddesi uyarınca sigorta sözleşmesinden doğan bütün alacaklar iki yılda zamanaşımına uğrarsa da, zamanaşımı definin, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Somut olayda dava dilekçesi 27.04.2009 tarihinde davalıya tebliğ edilmiş olup davalı vekili tarafından, mahkemesine gönderilmek üzere Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi’ne esasa cevap süresi içinde 30.04.2009 tarihinde cevap dilekçesi verilmiştir. Mahkemece süresinde verilen cevap dilekçesi ile ileri sürülen zamanaşımı def’i hususunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden yargılamaya devam edilerek esas hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (Örnek: Yargıtay 17. HD. 31.05.2011 T. 2010/11601 E. 2011/5516 K.)

⁴⁶ “...davalı vekili 05.10.2016 tarihli dilekçesi ile süresinde zamanaşımı def’inde bulunmuş ise de; mahkemece davacı tarafın her iki dilekçesi hukuki anlamda değerlendirilip zamanaşımı def’i konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiştir. Zamanaşımı savunması üzerinde durulmadan, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden esas hakkında hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” , Yargıtay Başkanlığı karar arama motoru, e.t. 17.01.2020.

II. İSTİNAF YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME

A. Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesine istinaf incelemesi için gelen dosya özellikle istinaf incelemesinin gecikmeden yapılabilmesini temin etmek açısından HMK m. 352 uyarınca bir ön incelemeye tabi tutulur. Amaç, ön inceleme ile dosya üzerinden kolayca tespit edilebilecek esas incelemenin yapılmasına engel teşkil eden hususların eksik olması durumunda, esasa girmeden istinaf başvurusunun hemen sonuçlandırılıp, olası gecikmelerin önüne geçilmesi ve yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu sayede hak arayanların hakkına bir an önce kavuşmaları amacıyla bir an önce karar verilmesi sağlanır. Nitekim anılan hükmün gerekçesi⁴⁷ aynen şu şekildedir: *“Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, dosya üzerinde yapılacak bir ön inceleme ile kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, hemen gerekli kararı vermesine olanak tanınmak istenmiştir. Dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin iş alanına girmesi, ilk derece mahkeme kararının kesin olması, istinaf yoluna başvurunun süresi içinde yapılmaması ve asgarî başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, örneğin başvuru dilekçesinin başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşımaması halleri zaten açıklanmaya muhtaç değildir. Kaldı ki bu hâllerden bir kısmında, örneğin başvurunun yasal süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda, bunu ilk derece mahkemesi de 346’ncı maddesi hükmü uyarınca göz önüne alarak başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi 355’inci maddesinin ikinci cümlesi uyarınca sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir.”*

Hemen belirtmek gerekir ki burada bahsedilen ön inceleme ile ilk derece yargılamasında yapılan ön inceleme, isim benzerliğinden başka hiçbir benzerlik göstermez. Sadece aynı amaca hizmet ettikleri söylenebilir ise de yapılış şekli ve ilkeleri tamamen farklıdır⁴⁸.

Aslında bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin yaptığı ön incelemenin HMK m. 344 ve m. 346 hükümleri gereğince kanun yolu işlemlerinin bir sonucu olarak ilk derece mahkemesince de yapılp, bu eksikliğin tespit edilerek gerekli kararların verilmesi ya da eksikliklerin giderilmesi beklenir. Ancak bu incelemenin ilk derece mahkemesince hiç ya da gereği gibi yapılmamış

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı 393, s. 103-104, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, E.T. 17.01.2020.

⁴⁸ AKKAYA, Tolga; Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 240; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2235.

olması ihtimaline binaen, kanun koyucu gerekçesinde belirttiği hususlar nedeniyle aynı incelemenin hemen işin başında bölge adliye mahkemesince de yapılmasını sağlamak istemiştir.

B. İstinaf Kanun Yolunda Ön İnceleme

1. Ön İncelemenin Kapsamı

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 352/1 maddesinde, bölge adliye mahkemesince yapılacak ön inceleme düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı; pek tabidir ki ilk derece mahkemesinde düzenlenen ön incelemede olduğu gibi davaların süratli bir şekilde sonuçlandırılması isteği, bir başka deyişle HMK m. 30 ile yasal düzenlemeye kavuşturulan usul ekonomisi ilkesidir. Buna göre, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda şu hususlar söz konusu olabilir;

a) İncelemenin Başka Bir Bölge Adliye Mahkemesince Yapılması Gerektiği

Bölge adliye mahkemesinin yetkisi kesin ve kamu düzeninden olduğundan, ilk derece mahkemesince verilen kararın gönderilen ve ön incelemeyi yapan bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içerisinde kalıp kalmadığı incelenecektir. Uyuşmazlık başka bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içerisinde kalmakta ise dava dosyasının yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere, kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmelidir⁴⁹. Kanaatimce bu karar, mahiyeti itibarıyla nihai karar olmadığından kesin karardır ve temyize tabi değildir. Bu karar verilirken pek tabiidir ki HSK tarafından belirlenen bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresinin nazara alınması gerekecektir. Örneğin, Manisa Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bir kararın istinaf incelemesi için Antalya Bölge Adliye Mahkemesinin bir dairesine gönderilmiş olması hâlinde, Manisa'nın İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinde olması nedeniyle bu dairece dosyanın İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin ilgili dairesine gönderilmek üzere Manisa Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

Bölge adliye mahkemeleri arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkma ihtimali uygulama dikkate alındığında oldukça zayıf olmakla birlikte, böyle bir uyuşmazlık çıkması hâlinde yetkili bölge adliye mahkemesinin, HMK m. 21 ve m. 22 uyarınca, yargı yeri belirlenmesi hükümlerine göre Yargıtay tarafından belirleneceğini düşünüyorum.

b) İncelemenin Başka Bir Dairece Yapılması Gerektiği

Bir bölge adliye mahkemesine bağlı olan daireler arasındaki iş bölümü bağlamında dava konusuna göre uyuşmazlığa başka bir dairenin bakması

⁴⁹ ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 143.

gerekirse, ilgili daireye iş bölümü nedeniyle gönderme kararı verilmesi gerekecektir. Bu hâlde gönderilen daire bu davaya bakmakla görevli olduğunu kabul ettiği takdirde davaya bakacaktır. Aksi hâlde bu daire de gönderme kararı verecek ve uyuşmazlık 5235 sayılı Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun m. 35 uyarınca bu bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından çözülecektir. Ancak incelemeyi yapan hukuk dairesi dosyayı kendisine gönderen daireden başka bir dairenin görevli olduğu kanısında ise dosyayı Başkanlar Kuruluna değil, görevli olduğunu düşündüğü daireye göndermek durumundadır⁵⁰. Örneğin, Kayseri 6. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen bir karara karşı istinaf yoluna gidilerek dosya Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesine gönderilmiş ve bu daire iş bölümüne göre kendisinin görevli olmadığını düşünüyorsa, iş bölümü nedeniyle gönderme kararı verecektir. Buna göre dosyayı görevli olduğunu düşündüğü, örneğin Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesine gönderecektir. Bu daire kendisini görevli kabul ettiği takdirde istinaf incelemesini yapacak, aksi hâlde gönderen dairenin görevli olduğunu düşünüyor ise bu takdirde iş bölümü nedeniyle görev uyuşmazlığı çıktığından bahisle dosyayı Başkanlar Kuruluna gönderecek ve bu Kurulun uyuşmazlığı kesin olarak çözmek suretiyle gönderdiği daire istinaf incelemesini yapacaktır⁵¹.

c) Kararın Kesin Olduğu

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341/2 hükmü uyarınca malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda istinaf yoluna başvurulabilmesi için parasal sınır öngörülmüştür. Buna göre ilk derece mahkemelerinden verilen ve nihai karar olmasına karşılık miktar veya değeri 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 41. maddesi gereğince yapılan değişikliğe göre 2020 yılı için 5.390,00 TL'nin altındaki kararlar kesindir⁵². Şu hâlde, anılan sınırın altındaki uyuşmazlıklar için istinaf kanun yoluna gidilemeyecektir⁵³.

Bu anlamda istinaf yoluna başvuru hüküm yönünden bu maddedeki düzenlemeye ve istisnai olan özel düzenlemelere göre kesinlik söz konusu ise ve ilk derece mahkemesinin de bu konuda bir karar vermeksizin dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermesi hâlinde, bölge adliye mahkemesi kararın kesin olması nedeniyle istinaf talebinin reddine karar verecektir.

⁵⁰ ALBAYRAK, Adem; s. 144.

⁵¹ ALBAYRAK, Adem; s. 144-145.

⁵² Bu miktar 6763 sayılı değişiklik Kanununun 44. maddesi hükmü gereği 2021 yılı ve devam eden yıllarda yeniden değerlendirilme oranına göre artırılabilecektir.

⁵³ İstisnai hükümler yönünden bkz. GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017; ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

d) Başvurunun Süresi İçinde Yapılmadığı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 345 uyarınca, kural olarak istinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, yine kural olarak ilk derece mahkemesi ilâmının taraflara tebliğiyle işlemeye başlar⁵⁴. Bu anlamda istinaf yoluna başvurunun süresinde yapılmaması ve ilk derece mahkemesinin de bu konuda bir karar vermeksizin dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermesi hâlinde bölge adliye mahkemesince kararın süresi içerisinde istinaf edilmemesi nedeniyle istinaf dilekçesinin süre yönünden reddine karar verilecektir. Bu karara karşı koşulları var ise temyiz yoluna gidilebilecektir.

e) Başvuru Şartlarının Yerine Getirilmediği

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin ön inceleme sırasında inceleyeceği bir diğer husus, istinaf başvuru şartlarının tam olarak bulunup bulunmadığıdır. İstinaf şartları, imza gibi dilekçede bulunması zorunlu bulunan şartlar, vekille takip edilen davalarda vekâletname şartı, temsilci tarafından verilen dilekçede temsil yetkisini gösteren belgenin bulunması, gerekli harç ve masrafların yatırılmış bulunması gibi şartlardır. Bu şartlar somut olaya göre değişebilecek şartlar olup, her bir dosya yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu hâlde verilecek kararın niteliği de eksikliğin özelliğine göre değişecektir. Ancak, eksiklik bulunması hâlinde genel olarak eksikliğin tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmelidir. Verilen bu kararlar niteliği itibariyle kesin olup ilk derece mahkemelerinin bu eksiliğin giderilmesinden sonra dosyayı ilgili Daireye göndermesi gerekir⁵⁵.

f) Başvuru Sebeplerinin veya Gerekçesinin Hiç Gösterilmediği

İstinaf yoluna başvuran tarafça istinaf sebepleri ve gerekçelerinin istinaf başvuru dilekçesinde gösterilmesi gereklidir. İstinaf sebepleri ve gerekçelerinin gösterilmediği istinaf dilekçeleri, HMK m. 355 uyarınca sadece kamu düzenine aykırılık yönüyle incelenecektir. Başvuru dilekçesinde herhangi bir gerekçe veya sebebe yer verilmişse, bu dilekçenin ön inceleme ile karara bağlanması mümkün değildir. Burada kabul edilen inceleme, hiçbir gerekçenin gösterilmediği dilekçelerle ilgilidir. Zira bu hâlde sadece kamu düzenine aykırılık haliyle sınırlı bir inceleme yapılacaktır⁵⁶.

Bu sebepler dışında her ne kadar kanunda açıkça düzenleme bulunmasa da bölge adliye mahkemesinin ön inceleme sırasında istinaf yoluna başvuranın başvurudan feragat etmesi ya da tarafların davayı sona erdiren feragat, sulh

⁵⁴ İstisnai hükümler yönünden bkz. GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017; ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

⁵⁵ ALBAYRAK, Adem; s.147

⁵⁶ ALBAYRAK, Adem; s. 149.

ya da kabul gibi bir usul işlemlerinin bulunması halinde bunu ön inceleme sırasında nazara alması işin mahiyeti gereğidir.

Bundan başka, kural olarak, kanun koyucunun açıkça izin verdiği hâller dışında, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaz⁵⁷. Şu hâlde istinaf yoluna başvuru ilk derece mahkemesinin kararı ara karar niteliğinde ve istinafa başvurulabileceği açıkça düzenlenmemiş ise, ön inceleme aşamasında, caiz olmayan istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmelidir. İstinaf mahkemesinin bu kararının kesin olduğunun kabulü gerekir. Zira HMK m. 361 uyarınca, istinaf mahkemelerinin nihai kararları temyiz edilebilir. İlk derece mahkemesinin ara kararı hakkında verilen bir kararın, uyuşmazlıkla ilgili nihai karar olarak yorumlanması kanaatimce mümkün değildir.

01/07/2016 tarihli, 6723 sayılı Kanun ile değişik HMK Geçici m. 3. uyarınca, istinaf mahkemelerinin göreve başladığı 20/07/2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/09/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454. madde hükümlerinin uygulanacaktır. Buna göre şayet, 20/07/2016 tarihinden önce verilmiş ya da daha sonra verilmiş olmakla birlikte, dava dosyası daha önce Yargıtay denetiminden geçmiş bir karar var ise, istinaf yolu caiz olmayıp dosya temyiz kanun yoluna tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu durumda istinaf mahkemesince, “Dosyanın Yargıtay’a gönderilmek üzere kararı veren ilk derece mahkemesine iadesine” kararı verilmelidir. Bu karar kesin olup, nihai değerlendirmeyi Yargıtay yapacaktır.

2. Ön İnceleme Sonucunda Verilecek Karar

Kanun koyucu, istinaf ön incelemesi sonucunda gerekli kararın verileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Hukukumza istinaf yolu ile giren “gerekli karar” kavramı, aslında bir zorunluluğu ifade etmektedir. Zira HMK m. 352 çerçevesinde kanun koyucunun her bir hâlde verilecek kararı belirtmesi mümkün olmadığından, gerekli karar kavramı ile kanun koyucu, uygulamacıya duruma göre karar verme hak ve yetkisi tanımıştır. Dolayısıyla söz konusu eksikliğin türüne göre başvurunun usûle ilişkin bir kararla reddine, dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere ilk derece mahkemesine ya da daireye gönderilmesine veya başvurunun yapılmamış sayılmasına veya gereken başka bir karar da verilebilecektir. Kesinleşmiş bir ilk derece mahkemesi kararına karşı başvuru yapılmış, başvuru süresi içinde yapılmamış veya Kanun’da başvuru sebepleri ve gerekçesi olarak ifade edilen istinaf sebepleri hiç gösterilmemişse, başvurunun reddine karar verilir⁵⁸. Bu

⁵⁷ ATALI, Murat; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 3, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1971.

⁵⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

noktada HMK m. 342/3 düzenlemesine göre istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddedilmeyecek, m. 355 çerçevesinde gerekli inceleme yapılacaktır⁵⁹.

Bunlardan başka aşağıdaki hususlar yönünden de dosyanın ön incelemeye tabi tutulması yerinde olacaktır.

İlk olarak istinaf başvurusu yapan vekilin vekâletnamesi sunulmamış ise başvuru şartları kapsamında değerlendirme yapılarak, istinaf mahkemesince HMK m. 77 uyarınca tamamlama cihetine gidilmeli, eğer verilen kesin sürede vekâletname sunulmaz veya aynı süre içinde asil tarafından işleme onay verilmez ise istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir.

İkinci olarak istinaf başvurusuna konu ilk derece mahkemesi kararının tüm taraflara tebliğ edilip edilmediği incelenmeli ve bu konuda eksiklik tespit edilirse, bu işlemlerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesine karar verilerek, dosya ilk derece mahkemesine kesin bir karar ile iade edilmelidir.

Üçüncü olarak istinaf başvuru dilekçesinin teatisi işlemlerinde bir eksiklik varsa, bu işlemlerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesine karar verilerek, dosya ilk derece mahkemesine iade edilmelidir. Bu karara karşı herhangi bir kanun yolu yoktur.

Son olarak HMK m. 344 uyarınca, istinaf yoluna başvuran taraf, tebliği giderleri dâhil gerekli masraf avansını ve kanun yolu harçlarını peşin yatırmak zorundadır. Başvuru harcı ve maktu veya nispi peşin istinaf harcı ile gider avansı yatırılmamış veya eksik yatırılmış olmasına rağmen dosya istinaf mahkemesine gönderilmişse, istinaf mahkemesince anılan madde uyarınca işlem yapılmak üzere, dava dosyasının geri çevrilmesine karar verilerek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir. Bu karar kesindir.

Bu hâllerde verilecek kararlara karşı kararın niteliğine göre kanun yolu değişiklik gösterecektir. Bir başka ifadeyle tüm bu hâllerde verilen kararın niteliğine göre kanun yoluna gidilebilecektir.

3. Ön İncelemenin Yapılış Şekli

Bu incelemenin, niteliğine göre, daire başkanının görevlendireceği bir üye tarafından yapılması mümkün olduğu gibi daire başkanı tarafından da yapılması mümkündür. Bu anlamda ön incelemenin başkanın kendisi ya da görevlendirilen bir üye tarafından yapılması mümkün olup, heyet halinde inceleme yapılması zorunlu değildir⁶⁰. Kaldı ki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 354 çerçevesinde esasa ilişkin incelemenin bir üye tarafından yapılması mümkündür. Şu hâlde, ön incelemenin de bir başkan ya da üye tarafından yapılmasında evleviyetle bir sakınca görülmemelidir.

⁵⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

⁶⁰ AKKAYA, s. 241.

Tabiidir ki ön incelemenin bir başkan ya da bir üye tarafından yapılmış olması hâlinde dahi, ön incelemeye ilişkin verilmesi gereken karar, her hâlükârda heyet olarak verilecektir. Uygulamada genellikle dosya intikal eder etmez en kısa sürede daire başkanları tarafından ön inceleme yapılmakta; buna göre bir karar verilecek ise derhâl heyet hâlinde karar verilmektedir, aksi hâlde dosya esas inceleme için sırasına alınmaktadır. Esas inceleme için sıraya alınan dosyada esas inceleme yapılır iken ön incelemede görülmesi gereken husus sehven atlanmış ise bu takdirde esas inceleme sırasında da m. 352'ye göre karar verilmesinde bir engel olmadığı düşüncesindeyim.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 352 uyarınca ön incelemenin dosya üzerinden yapılacağı düzenlendiğinden, ön incelemenin duruşmasız yapılabileceği şüpheden uzaktır. Bununla birlikte, istinaf incelemesinin esasen duruşmalı yapılmasını düzenleyen kanun koyucunun iradesine uygun olarak, mahkeme tarafından gerekli görülür ise ön incelemenin de duruşmalı yapılabilmesinde hiçbir engel bulunmadığını düşünmekteyim⁶¹. Zira dosya üzerinden ön inceleme yapma düzenlemesi kanun koyucunun mahkemeye verdiği bir imkân olup, duruşma açılmasını yasaklayan bir hüküm olarak yorumlanamaz. Ancak, uygulamada ön incelemelerin hemen hemen tamamı duruşmasız yapılmaktadır.

Bu noktada son bir hususu da belirtmek gerekir ki, ön incelemede belirtilen sebeplerin Kanun'da gösterilen sıraya uygun şekilde incelenmesi gerekir⁶². Sadece m. 352/1, (a)'da düzenlenen iki hâlden; öncelikle o bölge adliye mahkemesinin görevinin, daha sonra bölge adliye mahkemesindeki dairesinin görevinin incelenmesi yerinde ve mantıklı olacaktır.

III. TEMYİZ KANUN YOLUNDA ÖN İNCELEME

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 366/1 uyarınca istinaf kısmında düzenlenen m. 352 hükmünün temyiz incelemesi sırasında da uygulanması gerekmektedir. Bu düzenleme esas itibarıyla, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 40 düzenlemesinin tekrarıdır. Bahsi geçen madde ise; *"Daireler heyet hâlinde çalışır, heyet bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Heyetler işi müzakere eder ve salt çoğunlukla karar verirler. Müzakereler gizli cereyan eder.*

Görüşmeye katılan başkan ve üyelerin adları mahallerine gönderilecek karar örneklerine de yazılır. Karar çoğunluk ile verilmişse karşı oy yazısı, kararların asıl ve örneklerinde gösterilir.

⁶¹ Aynı yönde bkz. AKKAYA, s. 242.

⁶² AKKAYA, s. 245; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tabi tutulur.

Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usul eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır.

Yukarıdaki fıkralar, özel hükümler saklı kalmak üzere Hukuk ve Ceza Genel Kurulları çalışmalarında da uygulanır.” şeklindedir. Bu iki madde hükmünün birlikte değerlendirilmesi sonucunda ön inceleme sırasında dosya üzerinden yapılacak incelemede;

- a) Dosyanın temyiz incelemesi konusunda Daire'nin görevli olup olmadığı,
- b) Kararın temyiz edilebilir nitelikte bulunup bulunmadığı,
- c) Temyiz başvurusunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı,
- ç) Temyiz başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği,
- d) Temyiz başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği,
- e) Temyiz veya temyize cevap dilekçesinde duruşma istemi bulunup bulunmadığı ile varsa duruşma şartlarının bulunup bulunmadığı hususları incelenerek, gerekli karar verilecektir.

Bu düzenlemelerle ilgili açıklama ve yorum yapmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira istinaf kanun yolu ile ilgili yapılan açıklamalar temyize ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla aynen geçerli bulunmaktadır. Yapılan ön inceleme neticesinde eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır.

SONUÇ

Ön inceleme aşaması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yargının sorunlarının çözümüne yönelik olarak kanun koyucunun bakış açısını yansıtan sistemin en önemli yeniliklerinden birisidir. Kuşku yoktur ki ön inceleme aşaması, tek başına yargının bütün sorunlarını çözebilecek bir enstrüman değildir; bu yönde bir yaklaşım, kurumun kendisinden beklenen fayda bir yana, bireylerin hak arama hürriyetleri ve adalet beklentileri bağlamında zararlı sonuçlar doğurabilir. Ancak ön inceleme aşamasının, gerek yargılama sürelerinin kısaltılarak doğrudan, gerekse de sulh ve arabuluculuk gibi uyuşmazlığın dostane çözüm yolları suretiyle giderilmesine ilişkin yönü itibarıyla dolaylı olarak kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için, ciddi bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu noktada hem taraflar ve varsa vekillerine hem de hâkimlere önemli görevler düşmektedir. Buna göre;

Ön inceleme aşamasının etkin ve verimli olabilmesi için, her şeyden önce tarafların ve hâkimin, dilekçeler aşamasından sonra dosyayı dikkatle incelemeleri ve titizlikle hareket etmeleri gerekmektedir. Özellikle mülga HUMK döneminden kalma eski alışkanlıkların uygulanmasından kaçınılmalıdır. Aksi durumda taraflar bakımından gerek maddi hukuk gerekse de usul hukuku açısından aleyhlerine sonuçlar doğabilecek; hâkimler bakımından ise açık kanun hükümlerini uygulamadıkları için sorumlulukları yoluna gidilebilecektir. Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemlerin yapılmaması, adil yargılanma hakkının ihlâlüne de neden olacaktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru neticesinde yeniden yargılama yapılması dahi gündeme gelebilecektir.

Kanun koyucunun, uyuşmazlıkların mahkeme önünde yargılama yapılmaksızın dostane çözüm yollarıyla hâlline yönelik gelişen iradesi karşısında, ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemler içerisinde sulh ve arabuluculuğa teşvik bakımından hâkimin ciddi ve inandırıcı olması gerekmektedir. Bu bakımdan zorunlu arabuluculuk şartının bulunduğu uyuşmazlıklar bir kenara bırakıldığında, hâkimin sadece hukukî bilgi ile yetinmeyip, somut olayın gereklerine uygun olarak taraflara bilgi verici ve aydınlatıcı bir teşvik çabasında bulunması gerekmektedir.

Ön inceleme, gerek ilk derece yargılaması gerekse kanun yolu aşamalarında aynı amaçları haiz olsa da, içerik ve kapsam bakımından oldukça farklılaşmaktadır. Ön inceleme kapsamında yapılması gereken iş ve işlemler farklılaşsa da, ister ilk derece isterse de kanun yolu aşamasında olsun, ön inceleme kurumunun belirttiğimiz ortak amacı doğrultusunda hareket edilmelidir. Bu noktada, uygulamada yaşanabilecek duraksamalarda, yukarıdaki paragraflarda ortaya koymaya çalıştığımız yaklaşım üzere hareket edilmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- **AKKAYA, Tolga;** Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- **ALBAYRAK, Adem;** Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- **ALBAYRAK, Adem/GÖZÜTOK, Zeki;** Hukuk Yargılamasında Duruşma Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- **ALBAYRAK, Adem;** Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.
- **ARSLAN, Ramazan;** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara 1989.

- **ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019.
- **ATALI, Murat;** Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 3, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- **ERMENEK, İbrahim;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 139 – 177.
- **GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019.
- **GÖZÜTOK, Zeki;** Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- **KARSLI, Abdurrahim;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dilekçeler ve Ön İnceleme Aşamasının Değerlendirilmesi, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 416-426.
- **KARSLI, Abdurrahim/KOÇ, Evren/KONURALP, Cengiz Serhat;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- **KURU, Baki;** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018.
- **ÖZEKES, Muhammet;** Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- **PEKCANITEZ, Hakan;** Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **PEKCANITEZ, Hakan;** HMK Hakkında Genel Değerlendirme, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 461-476.
- **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet;** Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019.
- **TANRIVER, Süha;** Medeni Usul Hukuku, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- **TOPEL ÇELİKOĞLU, Cengiz;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Ön İnceleme Safhası, e-akademi, Temmuz 2012, S. 125, s. 1-65, <http://e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf> .
- **TUTUMLU, Mehmet Akif;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012.
- **YILMAZ, Ejder;** Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Yetkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013.