

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU BİLİM DALI**

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ÖN İNCELEME KURUMU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Osman Nesuh YILDIZ

KOCAELİ 2013

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU BİLİM DALI**

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ÖN İNCELEME KURUMU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Osman Nesuh YILDIZ

Doç. Dr. İbrahim AŞIK

KOCAELİ 2013

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ÖN İNCELEME KURUMU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Osman Nesuh YILDIZ
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No:
18.12.2013 ve 2013/19 sayılı Karar

Jüri Başkanı: Doç. Dr. İbrahim AŞIK

Jüri Üyesi: Yard. Doç. Dr. Varol KARAASLAN

Jüri Üyesi: Yard. Doç. Dr. Murat ERDEM

.....
.....
.....

KOCAELİ 2013

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	2
ÖZET	4
ABSTRACT.....	5
KISALTMALAR	6
GİRİŞ	7

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ÖN İNCELEME KURUMU TÜRK HUKUK TARİHİNDE ÖN İNCELEMENİN SEYRİ

1. FARKLI KANUNLARDAKİ ÖN İNCELEME KURUMU	9
1.1. 1086 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunundaki Durum	9
1.2. İş Mahkemeleri Kanunundaki Düzenleme	12
1.3. Aile Mahkemeleri Kanunundaki Düzenleme	13
2. DİĞER YARGI KOLLARINDAKİ BENZER KURUMLAR	14
2.1. İdari Yargılama Hukukunda İlk İnceleme	14
2.2. Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin Değerlendirilmesi Aşaması ...	20
3. 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU	24

İKİNCİ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA ÖN İNCELEME BENZERİ KURUMLAR

1. GENEL OLARAK	28
2. FARKLI ÜLKE ÖRNEKLERİ	31
2.1. İsveç Örneği	31
2.2. ABD Örneği	33
2.3. Almanya Örneği	35
2.4. Fransa Örneği	39
2.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki Yargılamalarda Uygulanan Ön İnceleme Prosedürü	41

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELERİN ÖN İNCELEME MÜSSESESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. HUKUK YARGILAMASINA HÂKİM OLAN İLKELER	43
1.1. Tasarruf İlkesi.....	45
1.1.1. Genel Olarak.....	45
1.1.2. Tasarruf İlkesinin Kanuni Dayanakları ve İstisnaları	46
2. TARAFLARCA HAZIRLAMA İLKESİ	48
2.1. Genel Olarak.....	48
2.2. Taraflarca Hazırlama İlkesinin Kanuni Dayanakları ve İstisnaları	50
3. TEKSİF İLKESİ	51
4. KENDİLİĞİNDEN ARAŞTIRMA İLKESİ	52
4.1. Genel Olarak.....	52
4.2. Kendiliğinden Araştırma İlkesinin Uygulanma Alanı.....	53
5. KENDİLİĞİNDEN HAREKETE GEÇME İLKESİ	54

6. DOĞRUDANLIK İLKESİ.....	55
7. USUL EKONOMİSİ İLKESİ	57
7.1. Genel olarak	57
7.2. Usul Ekonomisi İlkesinin Adil Yargılanmaya Etkisi	58
7.3. Usul Ekonomi İlkesinin Yasal Dayanakları	59
7.4. Usûl Ekonomisi İlkesinin Unsurları	60
7.4.1. Basitlik.....	60
7.4.2. Çabukluk.....	62
7.4.3. Ucuzluk.....	63

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖN İNCELEME KURUMU

1. YARGILAMA USULLERİ VE ÖN İNCELEME KURUMU	65
1.1. Genel Olarak.....	65
1.2. Yazılı Yargılama Bağlamında Ön İnceleme	66
1.3. Basit Yargılama Bağlamında Ön İnceleme	67
2. ÖN İNCELEME KURUMUNUN GETİRİLME AMAÇLARI	68
2.1. Taraflar ve Hâkimin Dava Dosyası Hakkındaki Dikkatini Artırma İsteği.....	68
2.2. Uyuşmazlığın Tahkikat Öncesi Alternatif Yollarla Çözme İsteği	71
2.2.1. Genel Olarak	71
2.2.2. Arabuluculuk	72
2.2.3. Sulh	75
2.3. Usul Ekonomisi, Tasarruf ve Taraflarca Getirilme İlkelerine İşlerlik Kazandırma İsteği	77
3. ÖN İNCELEMENİN UYGULANIŞI VE KAPSAMI.....	79
3.1. Genel Olarak.....	79
3.1.1. Dilekçelerin İncelenmesi	83
3.1.2. Duruşma Günü Belirlenmesi ve Açıklamalı Tebligatın Hazırlanması	86
3.2. Duruşmasız Ön İnceleme	87
3.2.1. Dava Şartları	87
3.2.2. İlk İtirazlar	89
3.3. Duruşmalı Ön İnceleme.....	91
3.3.1. Genel Olarak.....	91
3.3.2. Uyuşmazlık Konularının Tam Olarak Belirlenmesi	95
3.3.3. Delillerle İlgili İnceleme.....	99
3.3.4. Sulhe veya Arabuluculuğa Teşvik	103
3.3.5. Sürelere İlişkin İnceleme (m.142)	108
3.4. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı	110
3.4.1. Genel Olarak.....	110
3.4.2. İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağının Ön İnceleme Aşamasında Uygulanması.....	111
3.4.3. İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağının Aşılma Halleri	114
SONUÇ	117
KAYNAKÇA.....	121

ÖZET

Yeni HMK ile getirilen en önemli yeniliklerin başında yer alan ön inceleme kurumu, yargı aktörleri olan hâkimler ile avukatlar ve dava taraflarınca yeteri kadar bilinmemesi, eski alışkanlıkların yenisi ile değiştirilmesinde yaşanan zorluklar ve bu konuda henüz akademik çevrelerde ve Yüksek Mahkeme içtihatlarında konuyu enine boyuna açıklığa kavuşturan çalışmalar ve kararlar bulunmaması nedeniyle özel olarak ele alınıp incelenmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda, medeni yargılama hukukumuzda yeni giren bu kurumun irdelenmesi ve yargılamayı hızlandırmaya matuf önemine vurgu yapılması, müessesenin getiriliş amacına ve doğru anlaşılıp gerçekten de iyi uygulandığında yargılamayı hızlandırma yönünden iyi bir araç olduğunun anlaşılmasına katkı sağlayacağını temenni etmekteyiz.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu kurumun aktif olarak uygulanması hâkimler kadar davanın tarafları ve vekillerinin de kurumu algılaması ve buna göre hazırlık yapmasına bağlıdır. Aksi takdirde 2005 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen “ Uzlaşma” müessesesi gibi birkaç yıl içerisinde neredeyse uygulanmaz bir hal alması kaçınılmaz olacaktır. Bu kapsamda “ Ön İnceleme Kurumu” bölüm başlığı altında ele alınan hususlar ayrı bir önem taşımaktadır.

Bu çalışmamda, her zaman olduğu gibi içten gelen yardım ve paylaşıma talepleriyle katkıda bulunmayı bir an olsun benden esirgemeyen ve manevi desteğiyle bu çalışmayı tamamlamaya beni sürekli olarak teşvik eden değerli hocam Doç. Dr. İbrahim Aşık ile vefalı ve fedakar meslektaşım Mahmut Kenger; ayrıca akademik bir çalışmanın ortaya konulmasının getirdiği zorluklar karşısında, birçok kez bu çalışmayı tamamlamam hususunda benden desteklerini esirgemeyen sevgili hayat arkadaşım Sevim’e teşekkürü bir borç bilirim.

Anahtar Kelimeler: Ön İnceleme, hazırlık işlemleri, medeni usul hukuku.

ABSTRACT

One of the most significant novelties of new Code on Civil Procedures (HMK), institution of preliminary examination presents an emerging need of addressing and examining due to the fact that it is not sufficiently known by judicial actors such as judges, attorneys and parties of a case, and due to the difficulty experienced replacing the old habits with the new ones, and due to the lack of decisions and studies both in academia and case-laws of High Courts that would bring thorough clarifications regarding this issue. Therefore, we aim to examine this institution which has recently been adopted in our law of civil procedure, and stress its importance regarding acceleration of the judiciary, and we expect that this study will contribute to comprehending that it is a fine instrument to accelerate the trial periods when understood and implemented well and properly in accordance with the goal in its adoption.

However, it should be noted that the active implementation of this institution highly depends not only on judges but also on the fact that the parties and attorneys of a case should comprehend the institution and prepare accordingly. Otherwise, it would become almost impracticable in a few years as the institution of “conciliation”, which was adopted with Law on Criminal Procedure of 2005. Therefore, the issues dealt with under the title “Institution of Preliminary Examination” are of great importance.

In this study of mine, I owe the debt of my gratitude for my distinguished mentor, Assoc. Prof. Dr. İbrahim Aşık, who never left me deprived of his contributions with his help and offers to share, and who always encouraged me to complete this study with his moral support; for my faithful and devoted colleague, Mahmut Kenger; and, last but not least, for my wife Sevim, who always supported me nonetheless to complete this study when I was faced the difficulties in presenting such an academic study.

Key words:Preliminary examination, proceedings of preparation, civil procedural law.

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı geçen eser
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABY	: Ankara Barosu Yayınları
AD	: Adalet Dergisi
AKDK	: Ailenin Korunmasına Dair Kanun
AMK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BBD	: Bursa Barosu Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
CEPEJ	: The European Comission for the Efficiency of Justice (Yargının Verimliliği İçin Avrupa Komisyonu)
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇMHK	: Çocuk Mahkemeleri Hakkındaki Kanun
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu.
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı birleştirme kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YYK	: Yayınlanmamış Yargıtay Kararı

GİRİŞ

Yaklaşık olarak seksen dört yıl yürürlükte kalan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmesinden bugüne kadar birçok kez değiştirilmiştir. Tamamının değiştirilmesi için yapılan hazırlık çalışmaları ve girişimler ise 2011 yılına kadar bir sonuç vermemiştir. Yapılan kısmi değişikliklerin tümünde, geciken yargının hızlanması, daha basit ve daha ucuz bir yargının sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bu değişiklikler genellikle, uygulamada görülen aksaklıkların ve şikâyet edilen hususların giderilmesine yönelik belirli maddelerin veya belirli kurumların değiştirilmesi biçiminde yapılmıştır. Nihayet eski yasanın temel felsefesi korunmak suretiyle yeni HMK, 6100 Kanun numarasıyla, 12 Ocak 2011 tarihinde kabul edilip, 04 Şubat 2011 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6100 sayılı HMK beraberinde bir takım yenilikler getirmiştir. Yargılamanın hızlandırılması ve adil yargılanma hakkı ihlallerinin azaltılması amacıyla HMK’ da getirilen yeniliklerin başında ön inceleme müessesesinin geldiği kabul edilmektedir. Her ne kadar bazı kanunlarda ve hukuk usulü teamüllerinde ön inceleme benzeri bazı eski uygulamalar mevcut ise de, ön inceleme, medeni yargılama sistemimize bir bütün olarak bu yasal düzenleme ile giren bir kurumdur.

Ön inceleme kurumunun temel amacı, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra taraflar arasındaki ihtilafın niteliğinin tespit edilmesi, duruşmadan önce tarafların dayandıkları delillerini temin etmelerinin sağlanması; dava şartları ve ilk itirazların değerlendirilerek bir sonraki aşamaya geçmemesi gereken dosyanın ilk fırsatta sitemin dışına atılması ile tarafların sulh ve arabuluculuğa teşvik edilerek mahkeme dışı alternatif çözüm yollarının yaygınlaştırılması suretiyle mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıdır.

Ön inceleme kurumu, yeni getirilmesi, bu hususta yeterli kaynak ve yargı içtihatları bulunmaması, uygulayıcılar ve teorisyenler arasında da uygulamanın gerçekten yargılamayı hızlandırıcı bir etki doğurup doğurmayacağı yönünde farklı bakış açılarının bulunması sebepleriyle uygulamada boşluklar oluşabilecek bir konu

olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan çalışmamızın, 6100 sayılı HMK'nun 137-142' nci maddeleri arasında düzenlenmiş olan ön inceleme kurumunun fiili olarak geçmişten günümüze yasalarda ve uygulamada nasıl yer aldığının; diğer yargı kollarında ve özel yasalarda benzeri müesseselerin nasıl uygulandığının; mukayeseli hukukta benzer kurumların var olup olmadığının ve bir bütün olarak usul hukukuna hâkim olan ilkeler ışığında ön inceleme konusunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda, uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel boşlukları doldurma açısından büyük önemi bulunmaktadır.

Bu bağlamda çalışmamızda, özellikle uygulamada tartışmalara neden olabilecek konular ele alınmış, genel hükümlere ilişkin konulara ise, gereksiz tekrardan kaçınma gayesine matuf olarak, bu yönde yazılan eserlere yollama yapılarak, sadece çalışma konumuzu ilgilendiren ve özellik arz eden yönlerine münhasır olarak kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

Bu kapsamda, çalışmamız; Hukuk Tarihimizde Ön İncelemenin Seyri, Mukayeseli Hukukta Ön İnceleme Kurumu, Hukuk Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Bağlamında Ön İncelemenin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme Kurumu olarak dört ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci bölüm olan, “Türk Hukuk Tarihinde Ön İncelemenin Seyri”, başlığı altında, özel kanunlarda benzer düzenlemeler, diğer yargı kollarında ön inceleme benzeri düzenlemeler; ikinci bölüm olan, “ Mukayeseli Hukukta Ön İnceleme Benzeri Kurumlar”, başlığı altında dünyanın çeşitli yerlerindeki ülkelerde bu uygulamalar, Almanya, ABD, Fransa ve İsveç Örnekleri; Üçüncü bölüm olan, “ Ön İnceleme Kurumu Açısından Hukuk Yargılamasına Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, başlığı altında doktrinde kabul gören ve yasada belirlenen ilkelerin ön inleme bakımında değerlendirilmesi ve dördüncü bölüm olan “ Ön İnceleme Kurumu”, başlığı altında; yargılama usulleri ve ön inceleme, ön incelemenin getirilme amaçları ve ön incelemenin uygulanışı, ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ÖN İNCELEME KURUMU

TÜRK HUKUK TARİHİNDE ÖN İNCELEMENİN SEYRİ

1. FARKLI KANUNLARDAKİ ÖN İNCELEME KURUMU

1.1. 1086 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunundaki Durum

Ön inceleme kurumu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ayrı bir müessese olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girinceye kadar temyiz ve istinaf kanun yollarına ilişkin olarak mevcuttu. 1086 sayılı Yasanın istinaf aşamasını düzenleyen, 426'ncı maddesine⁵²³⁶ sayılı kanunun 15.maddesi ile ilave edilen düzenlemeyle, mahkemelere istinaf dilekçesi üzerinden ön inceleme yapma yetkisi verilmiştir. Buna göre istinaf dilekçesi, yasal süre geçtikten sonra verilir veya kesin olan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme istinaf dilekçesinin reddine karar verebilecektir. Bu hüküm doğrultusunda istinaf dilekçesinin gerekli ön şartları taşıyıp taşımadığı hususu, talebi istinaf mahkemesine gönderecek olan mahkeme hâkimi tarafından bir ön incelemeye tabi tutulacak ve bu inceleme üzerine bir işlem yapılacaktır. Her ne kadar istinaf mahkemeleri faaliyete geçmedikleri için bu hüküm uygulanmamış ise de bu husus Yargıtay'a gönderilecek temyiz¹dilekçeleri için farklı bir şekilde uygulanmaktadır, HUMK'un 432'nci maddesi gereğince taraflar temyiz süresi geçirildikten sonra temiz talebinde bulunursa, ilk incelemeyi yapan ilk derece mahkemesi bu inceleme üzerine temyiz talebini reddedebilecektir. Ayrıca, 03.04.2012 tarih ve 28253 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte bulunan Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin 53'üncü maddesi gereğince bir kararın temyiz edilmesi halinde yatırılması gereken harç ve masraflar yatırılmamışsa

¹ "Temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapılır ise temyiz isteminin reddine karar verme yetkisi hükmü veren mahkemeye aittir. Temyiz süresi geçtikten sonra kararın temyiz edilmesi üzerine yerel mahkemeye temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda dosya geri çevrilmeden doğrudan doğruya Yargıtay'ca temyiz isteminin reddine karar verilebilir." Yargıtay 2.HD, 26.03.2001T, 2001/3302 E, 2001/4503 K.

mahkemelerin ne şekilde bir usul izleyeceği belirlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda yazı işleri müdürü ya da yardımcısı, temyiz edenin gerekli harç ve resimleri ödemediğini hemen reis veya hâkime bildirir. Reis veya hâkim, gerekli harç ve resimlerin verilmesi için bir müddet tayin eder. Bu müddet içinde paranın ödenmesi lüzumu kalem şefi veya muavini tarafından temyiz edene yazı ile bildirilir. İlgili taraf tespit edilen harç ve resimleri tayin edilen müddet içinde ödemezse 434²’üncü madde gereğince gerekli karar verilmek üzere dosya Temyiz Mahkemesine gönderilir. Eğer temyiz eden taraf gerekli posta ücretini dahi vermemiş ise hâkim 414²’üncü madde hükmünü kıyas yolu ile tatbik ederek alâkalıya bu ücreti ödemesi için belirli bir süre verir. Bu süre içinde paranın ödenmesi gerektiği hususu mahkemece ilgiliye yazı ile bildirilir, ilgili taraf belirlenen süre içinde posta ücretini ödemezse, hâkim HUMK’un 414²’üncü maddesi hükmü ile 24.12.1941, 5.1.1949 tarih ve 9/32, 32-1 sayılı içtihadı birleştirme kararları gereğince ilgilinin temyizden vazgeçmiş olduğuna karar verebilir. Benzer bir uygulama istinaf kanun yolunu düzenleyen HMK’nun 344 ve 346’ncı maddelerinde de düzenlenmiştir. Her ne kadar istinaf mahkemeleri faaliyete geçirilmediği için bu hükümler uygulanmasa da HMK’nın geçici 3’üncü maddesi gereğince HUMK’nun temyize ilişkin hükümleri halen yürürlükte ve temyiz dilekçesi üzerine yapılan ön incelemede uygulanmaktadır. Buna göre hükmü veren mahkeme hâkimi kendisine gelen temyiz dilekçesini inceleyerek öncelikle, kararın temyizi kabil bir karar olup olmadığı, temyizi kabil ise temyiz süresinde yapıp yapılmadığı ve temyize ilişkin masrafların yatırılıp yatırılmadığı yönünden bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Temyiz masraflarında bir eksiklik bulunması halinde eksikliğin tamamlanması için temyiz eden tarafa verilen süre sonunda masraflar tamamlanmadığında temyiz dilekçesinin reddine karar verilebilmektedir. Bu incelemeyle hâkim dilekçenin reddine karar vermesi halinde tarafların bu ret kararını temyiz etme olanağı bulunmaktadır. Yargıtay önüne gelen dosyalarda öncelikle temyiz dilekçesinin reddine ilişkin kararın yerinde olup olmadığını incelemekte verilen kararı yerinde bulursa davanın esasına girmeden temyiz talebini reddetmektedir. Yerel mahkeme kararının usule ve yasaya aykırı bulunması halinde dosyanın esas yönünden temyiz incelemesi yapılmaktadır.

² HMUK 414: “ İki taraftan her biri istimaını talep eylediği şahit ve ehlihibrenin veya talebine mebnî icra kılınacak keşif ve sair muamelenin masrafını tediye ve buna kıfayet edecek meblağı mahkeme veznesine tevdi mecburdur. Hakim tarafından tayin olunan müddet içinde masrafı vermeyen taraf talebinden sarfınazar etmiş addolunur.”

Bununla birlikte Yargıtay Kanununun 40. maddesi “Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar görev ve işbölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden ön incelemeye tabi tutulur” hükmünü içermektedir. Bu hükmün devamındaki bentte ise yukarıda sayılan hususlarda bir eksiklik olduğunun tespit edilmesi halinde bu dosyaların dairede öncelikle karara bağlanacağı hükmü düzenlenmiştir. İstinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin olarak öngörülen bu ön inceleme aşaması, mahiyeti itibari ile ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön incelemeden tamamen farklıdır. Kanun yollarına ilişkin olarak yapılacak bu inceleme, prensip itibari ile temyiz veya istinaf dilekçesi üzerinde yapılan şekli bir incelemeden ibarettir. Buradaki inceleme duruşmasız olarak ve çoğu kere sadece temyiz veya istinaf dilekçesi incelenerek (cevap dilekçesi bile incelenmeden) yapılır. Bu inceleme bu yönü ile ilk derece aşamasında dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurların bulunup bulunmadığı yönünde hâkim tarafından yapılan incelemeye benzetilebilir. Bu inceleme sırasında, incelemeyi yapan hâkimden, esasa ilişkin incelemeye geçmeden önce dosyanın içeriğine vakıf olması beklenmez. Ayrıca, bu aşamalarda zaten prensip itibari ile dosya tekemmül etmiş ve kanun yolu incelemesini yapacak mercie öyle gelmiştir. Buna karşılık, ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön inceleme müessesesi ile hâkimin işin esasına girmeden dosyaya vakıf olması, dosyanın mümkün olduğu kadar tekemmül etmesi ve davayı gereksiz yere uzatacak birçok problemin bu aşamada halledilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle, kanun yollarındaki ön inceleme ile ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön inceleme müesseselerinin amaçları birbirinden tamamen farklıdır (Ermenek, 2011: s.139-177). Daha önceki düzenleme sadece yasa yolu incelemesi aşamasının hızlandırılmasına dönük bir tedbir iken kanun koyucu yeni yasayla yargılamayı hızlandırmak amacıyla davanın ilk aşamasından itibaren hâkimin dosyaya hâkimiyetini artırmaya dönük müstakil bir müessese ihdas etmiştir. Bu yeni müessese dava başlamadan önce hâkimin ve davanın taraflarının dosyaya daha iyi bir şekilde vakıf olmasını sağlayabilecektir.

1.2. İş Mahkemeleri Kanunundaki Düzenleme

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren arasında iş akinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli mahkemelerin nasıl çalışacağını düzenleyen özel bir kanundur. Bu kanun iş akinden kaynaklanan davaların işçi haklarının genel durumu göz önünde tutularak mümkün olduğunca hızlı çözülmesini genel bir amaç olarak benimsemiştir (Günay, 2013: s. 73). Bu amaçla bu mahkemelerde basit yargılama usulü benimsenmiş ve temyiz süresi de diğer hukuk mahkemelerinden daha kısa olarak düzenlenmiştir. İş Mahkemeleri Kanununun 7'nci maddesi davanın ilk oturumunda mahkemenin tarafları sulhe teşvik edeceğini düzenlemiştir. Ancak buradaki sulhe teşvik aşaması taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi ya da tarafların hazır olmasına rağmen uyuşamadıkları durumlarda mahkemenin davayı karara bağlamasına engel değildir (Günay, 2013: s.82). İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenen sulhe teşvik kurumu HMK'da düzenlenen ön inceleme aşamasındaki sulhe teşvik ile aynı amaca hizmet etmektedir. Burada da taraflar ya da vekilleri iş mahkemesinde açılan bir davanın ilk duruşmasında mahkemenin kendilerini sulhe teşvik edeceği beklentisiyle bu teklife hazırlıklı olarak geleceklerdir. Dosyadaki talep ve savunmalarında ne kadar haklı olduklarını ve ne şekilde bir sulhun kendileri için faydalı olacağını değerlendirerek duruşmaya gelmeleri gerekmektedir. Bununla birlikte tarafların sulh teklifini kabul etme olasılıklarına binaen mahkeme hâkiminin de duruşma öncesinde tarafların arasındaki ihtilaflı olan kısımlar ile anlaşılan noktaları tespit etmesi gerekmektedir. Bu nedenle İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenen sulhe teşvik hem hâkim hem de taraflar açısından davaya hazırlıklı gelmeyi gerektirmektedir. Bununla birlikte HMK'daki ön inceleme içerisinde sulhe teşviki de barındıran daha genel ve ayrıntılı bir düzenleme olup yargılamayı hızlandırmaya dönük bir tedbir olması münasebetiyle fonksiyon olarak İş Mahkemeleri Kanununun 7'nci maddesindeki düzenlemeyle benzeşmektedir. Tabi ki ön inceleme kurumunda yargılamayı hızlandırma açısından öngörülen, tarafları arabulucuya sevk etmek, üzerinde uzlaşılan ve taraflar arasında ihtilaflı olan kısımları belirlemek ve ihtilafsız konuları ayırtırmak gibi farklı tedbirler de bulunmaktadır.

1.3. Aile Mahkemeleri Kanunundaki Düzenleme

Aile mahkemelerinin görevli olduğu dava ve işlerde uygulanacak yargılama usulü kuralları bakımından öncelikle göz önünde tutulacak olan 4787 sayılı Kanun, ilk yürürlüğe girdiği 18.01.2003 tarihinde özel ve genel kanunların yanında uygulanacak usul hükümlerinden farklı olarak 7. maddesindeki özel düzenlemeyle farklı bir uygulama öngörmekteydi(Kaçak, 2007: s.88). Bu düzenlemeye göre; aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerde öncelikle (esasa girmeden önce) aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edecektir. Yani bu durumda aile mahkemesi hâkimi önündeki davayı, esasa girmeden uzlaştırmacı yöntemle çözmeye çalışacaktır. Bu düzenlemeyle, aile mahkemesi davalarında, “sulh”, davanın çözümü için öncelikli başvurulacak bir çözüm yolu olacaktır (Özügür, 2008: s.13-18). AMK’da yer alan ‘sulh yoluyla çözüm’ kavramı, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte HUMK’ta ayrı bir müessese olarak açıkça yer almıyordu, ancak HUMK’nun 213’üncü maddesi “davanın her aşamasında tahkikat hâkimi iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir ve sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulha da teşvik edebilir” hükmünü içermekteydi. Bununla birlikte AMK’daki düzenleme davanın esasına girilmeden göz önünde bulundurulması gereken bir süreci ifade etmekteyken HUMK’daki düzenleme davanın her aşamasında davanın sulh yoluyla çözümünün de mümkün olduğunu belirten bir düzenlemedir ve davanın devamı açısından ön görülmüş bir şart değildir. Aile mahkemelerinde hâkimler sulh yolunun yasal bir zorunluluk olması nedeniyle sonuç vermeyeceğini bilseler dahi bu hususta girişimde bulunulduğuna dair ifadeyi duruşma zabıtlarına yazma ihtiyacı hissetmektedirler (Gençcan, 2011: s.783). AMK’nun 7/1 maddesinin kaleme alınış şekline göre, aile mahkemelerinde sulh yoluna teşvik girişi, ihtiyari olmayıp, zorunlu bir yargılama kuralı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır (Ercan:2007). Zira, HUMK’nun 213. maddesinde “...sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edebilir” ibaresi yer almaktayken, AMK’nun 7. maddesinde “...teşvik eder” şeklinde kesin bir ifade kullanılarak, sulhe teşvik girişi zorunlu hale getirilmiş olmaktadır. Aynen İş Mahkemeleri Kanununda olduğu gibi AMK’ da düzenlenen sulhe teşvik HMK’ da

düzenlenen ön incelemenin bir kısmını oluşturmaktadır. Diğer ülkelerde de aile mahkemelerinde arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemleri olduğundan birçok yerde tarafların iradesiyle veya mahkemenin öngörmesiyle başvurabilecekleri özel arabuluculuk kuruluşları mevcuttur (Baktır, 2003: s.65). Bu düzenlemenin getiriliş amacı yargılamayı hızlandırmaktan ziyade eşler arasındaki ilişkinin bir daha gözden geçirilmesini sağlamak, tarafların serinkanlı olarak bir daha düşünmelerine imkân vermek ve mümkün olması halinde ailenin bütünlüğünü korumaya matuf bir gayeye hizmet etmektir. Ancak tarafların ve mahkemenin davanın içeriğine duruşmadan önce vakıf olmasının gerekliliği bakımından iki müessese benzerlik arz etmektedir. Zira taraflara sulh önerisinde bulunacak olan mahkemenin tarafların dilekçelerinin içeriğine iyi bir şekilde vakıf olması ve taraflar arasındaki ilişkinin seviyesini daha ilk aşamadan itibaren bilmesi gerekmektedir. Zira, henüz esasa girilmeden, deliller toplanıp değerlendirilmeden, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sağlıklı bir şekilde tespiti, sadece tarafların soyut beyanlarına göre değerlendirme yapılacağından, zorlaşacağı; bu yüzden de aile mahkemesi hâkiminin tarafları sulhe yönlendirmesi şeklindeki düzenlemenin, esasa girilip sorunlar tespit edildikten sonra, ancak karardan önce gerekirse bir kere daha tarafları sulhe davet edebilir şeklinde olması gerektiği ileri sürülmüştür (Baktır, 2003: s.78). Aksi takdirde sulha teşvik sadece yazılı bir zorunluluk olması nedeniyle tutanağa yazılmanın ötesine geçemeyecektir. Aynı şekilde taraflar da karşı tarafın hangi iddia ve savunmalarda bulunduğunu, mahkemenin teklif edeceği sulhun niçin uygulanamayacağına ilişkin en azından kendi zihinlerinde makul ve inandırıcı gerekçeleri olmalıdır ki bu da dosyadaki evrak ve delillerle mümkün olabilecektir.

2. DİĞER YARGI KOLLARINDAKİ BENZER KURUMLAR

2.1. İdari Yargılama Hukukunda İlk İnceleme

İlk inceleme, adından da anlaşılacağı üzere yargılama sürecinin başlangıcıdır ve bu aşamada yapılacak inceleme neticesinde yargılamanın sonraki safhalarına yön veren önemli bir yargılama usulü müessesesidir. Her yargılama sürecinde dava ya da daha genel anlamda yargılama sürecini başlatan usulî işlemler vardır. Bunlar yargı koluna/türüne göre benzerlikler ve farklılıklar göstermekle birlikte hepsinde temel amaç yargılama faaliyetini usule uygun bir şekilde yürütüp nihayete erdirmektir.

İdari yargılamada ilk derece yargılamalar kural olarak üç aşamadan oluşmaktadır; ilk aşama olan davanın açılması ve ilk inceleme süreci, ikinci aşama olan dosyanın tekemmülü başka bir ifadeyle layihaların teatisi, dosyanın incelenmesi ve son aşama olan nihai karardır. İdari yargılamanın en temel niteliği davaların dosya üzerinden incelenerek karara bağlanmasıdır, bu nedenle davanın esasına girilmeden evvel dosyanın tekemmül etmesi gerekir. Dosyanın doğru bir şekilde tekemmül etmesi ve varsa eksikliklerin tespiti ve tamamlanması sürecine ilk inceleme denilmektedir. Doktrinde, ilk inceleme müessesesini “kayda alınan dava dilekçelerinin sonraki işlemlere geçilmeden önce kimi yönlerden kanuna uygunlukları konusunda ön incelemeye tabi tutulmaları” (Candan, 2012, s.486) olarak tanımlayanlar da mevcuttur. İdari yargılamada ilk inceleme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14’üncü ve 15’inci maddelerinde düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanunun 14’üncü maddesinde ilk inceleme konuları düzenlenmiştir. Maddenin başlığı “Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme” olmakla birlikte ilk incelemeyi dilekçeye hasretmek hâkimin inceleme yetkisini daraltacağından bu ifadeyi genel olarak dava şartlarına ilişkin ilk inceleme olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır (C. Karavelioğlu, E. C. Karavelioğlu, 2009: s.717). 15’inci madde ise ilk inceleme üzerine verilecek kararları düzenlemiştir.

İlk inceleme müessesesi, davanın usule uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamakla idari yargı mercilerini ve yargı merciinin kanuna aykırılıklar hakkında karar verebilmesi için dava dosyasının tekemmül etmesini bekleme zorunluluğundan kurtararak, davalı idarenin kamu yararı, davacının ise davanın çabuk sonuçlanması biçiminde ortaya çıkan taraf çıkarlarını yakından ilgilendirmektedir (Candan, 2012: s.487).

İdari yargılamada dava, dilekçenin kayda alınması ile başlamaktadır. 2577 sayılı Kanunun 14’üncü maddesine göre dilekçeler Danıştay’da evrak müdürlüğünce, mahkemelerde ise evrak bürosunca kaydedilerek ilgili daire veya mahkemeye gönderilir. Dilekçenin ilgili daire veya mahkemeye gelmesiyle birlikte ilk inceleme süreci de başlamış olur (Gözübüyük, 2010: s.932). İlk inceleme, Danıştay’da Daire Başkanınca görevlendirilecek bir tetkik hâkimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından yapılır. 2577 sayılı Kanunun 14’üncü maddesinde ilk incelemenin nasıl ve hangi sıraya görev yapılacağı

tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla ilk incelemenin bu sıraya göre yapılması zorunludur. Bu sıra yargılama sürecinin safhaları dikkate alınarak belirlenmiştir. Bu sayede, ilk incelemede önem ve öncelik sırası ortaya çıkmış, bu da ilk incelemeyi yapan merciin abesle iştigal etmesini önlemiştir.

2577 sayılı Kanunun 14'üncü maddesine göre ilk incelemeyi yapmakla görevlendirilen hâkim, öncelikle davayı görev yönünden inceler. Görevi kendi arasında ikiye ayırmak gerekir. Genel olarak idari yargı kolunun görevine giren bir dava olup olmadığına, eğer idari yargının görev alanına giren bir dava ise genel görevli mahkeme olan idare mahkemelerinin görevine giren bir dava mı yoksa özel görevli mahkeme olan vergi mahkemelerinin görev alanına giren bir dava mı olup olmadığına bakmak gerekir. Yapılacak inceleme sonuncunda açılan davanın idari yargının görevine giren bir dava türü olmadığı saptanırsa 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesi gereğince davanın görev yönünden reddine karar verilecektir. Bu kararla, idari yargı bakımından dava ilk derece mahkemesinde sona ermiş olmaktadır, ilgilinin görevli yargı yerinde dava açıp açmaması hususu kendi ihtiyarındadır. Diğer yandan açılan dava idari yargının görevinde olup da yargı yolu içerisinde bir görev sorunu söz konusu ise başka bir anlatımla idare mahkemesinin görevine giren bir konuda vergi mahkemesine dava açılmışsa yahut tam tersi vaki olmuşsa davanın görev yönünden reddine karar verilecektir. Ancak bu karar davayı sona erdiren nihai bir karar olmayıp aynı zamanda dava dosyasının görevli yargı merciine gönderilmesine karar verilecektir (Gözübüyük, 2008: s. 427). Görevle ilgili bu ikinci durumda, dava tarafların iradesinden bağımsız olarak yürümeye devam etmektedir.

Görev hususundan sonra yetki konusu gelmektedir. Görev konusunda herhangi bir kanuna aykırılık tespit edilmezse davanın yetkili mahkemede açılıp açılmadığı hususu irdelenecektir (Gözübüyük, 2010: s. 933). 2577 sayılı Kanunun 32 ve devamı maddelerinde düzenlenen yetki kuralları uyarınca inceleme yapılacak ve davada yetki yönünden kanuna aykırılık tespit edilirse dava dosyası yetkili mahkemeye gönderilecek eğer bir aykırılık yoksa bir sonraki ilk inceleme safhasına geçilecektir.

İlk incelemeye konu olacak hususlar bütün yargı kollarında genel olarak paralellik arz etmekle birlikte idari yargıya mahsus bir müessese olan idari merci

tecavüzü hususu görev ve yetkiden sonra gelen önemli bir aşamadır (C. Karavelioğlu, E. C. Karavelioğlu, 2009: s.718). İdari yargıda dava açılmadan önce tüketilmesi gerekli bir idari başvuru yolu söz konusu ise yani ilgililer, mevzuat gereği dava açmadan önce hasım mevkiinde bulunan idari mercie başvurmak zorundaysa ve bu başvuru yapılmadan doğrudan dava açıldıysa dava dilekçesinin, idari merci tecavüzü nedeniyle ilgili idareye tevdiine karar verilir. Bu yol bir anlamda uyuşmazlığın yargı aşamasına gelmeden çözülmesine hizmet etmesi amacıyla öngörülmüştür ve bununla ilgili 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu vb. kanunlarda özellikle düzenleme getirilmiştir. İdari yargıdaki bu müessese kısmen adli yargıdaki sulh müessesesine benzemektedir. Ancak sulhten farkı bu uygulamanın tarafların iradesinden bağımsız ve kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olmasıdır. Hâkimin ya da mahkemenin bu konuda takdir yetkisi yoktur ve tarafları bu yola teşvik kavramı karşılıksız kalmaktadır. Burada 2577 sayılı Kanunun 10 ve 11’inci maddelerinde düzenlenen idari başvuru yolları sulh müessesesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak bu maddelerde düzenlenen idari başvuru yolları da ihtiyari başvuru yolu olup ilgililer bu tür ihtiyari başvuru yollarını kullanmadan doğrudan dava açmışlarsa hâkimin ya da mahkemenin dava aşamasında ilgilileri bu yola teşvik etme gibi bir yetkisi söz konusu değildir. Genel olarak tarafların davadan bağımsız olarak sulh olmalarına engel bir durum yoktur (Candan, 2012: s.490). Ancak burada taraflardan biri daima idare olduğu için sulh kavramını teknik anlamda sulh olarak değil, idarenin karşı tarafın başvurusunu kabul etmesi yahut bazı vergi uyuşmazlıklarında idarece teklif edilen meblağın davacı tarafından ödenmesinin kabul edilmesi şeklinde ortaya çıkan idari uzlaşma olarak algılamak gerekir. Böyle bir durumda idari dava konusuz kalacağı için mahkeme “konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verecektir.

İdari merci tecavüzü konusunda da kanuna aykırılık söz konusu değilse davayı açan gerçek veya tüzel kişinin ehliyetli olup olmadığı incelenenecektir. Ehliyeti de kendi içinde ikiye ayırmak gerekir. Birincisi ilgilinin fiil ehliyeti olup olmadığına bakılacaktır, gerçek kişi ise Medeni Kanun anlamında ehliyete sahip olup olmadığı, tüzel kişi ise dava dilekçesini imzalayan veya vekil vasıtasıyla açıldıysa vekâlet veren kişinin tüzel kişiliği temsile yetkili olup olmadığı yönlerinden incelenenecektir. Bu konuda bir problem olmadığı takdirde davacının dava ehliyeti olup olmadığı

incelenecektir (Gözübüyük, 2010: s. 933). Dava ehliyeti, davaya konu edilen idari işlem veya eylemin davacının hukuki menfaatini ihlal etmiş olması bu nedenle davacının dava açmakta hukuki menfaatinin bulunması anlamına gelmektedir. Bu şartların sağlanamaması durumunda davanın ehliyet yönünden reddine karar verilecektir.

Ehliyet yönünden de kanuna aykırılık yoksa davanın süresinde açılıp açılmadığı hususu incelenecektir. Söz konusu idari davanın 2577 sayılı Kanunda düzenlenen genel dava açma süresi içinde yahut özel kanunlarda düzenlenen sürede (örneğin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda kamu alacağının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle 7 gün içerisinde dava açılması gerektiği düzenlenmiştir) açılıp açılmadığına bakılacak dava bu süreler içinde açılmadıysa davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilecektir.

Davanın husumet yönünden incelenmesi bir başka ilk inceleme konusudur. Davada husumetin doğru idari mercie yöneltilip yöneltilmediği mahkemece re'sen incelenir. Diğer ilk inceleme konularından ve adli yargıdaki genel uygulamalardan farklı olarak idari yargı mercileri davanın yanlış hasıma karşı açılması durumunda husumeti re'sen düzelterek dava dilekçesini gerçek hasma tebliğ eder. Aynı şekilde davacı dava dilekçesinde hiçbir hasım göstermeden dava açmış olsa bile mahkeme ara karar niteliğinde olan hasım tespit kararı ile gerçek hasmı tespit ederek davayı tespit edilen hasımla sürdürür.

En son ilk inceleme konusu dava dilekçesinin şekli ve içeriğine ilişkin incelemedir. İdari yargıda dava dilekçelerinin ne şekilde olacağı, neleri ihtiva etmesi gerektiği hususu 2577 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde düzenlenmiş, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin tek dilekçe ile dava açabileceği haller ile birden fazla işlemin aynı dava dilekçesi ile dava konusu edilebileceği haller ise anılan Kanunun 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Genel olarak "3'üncü ve 5'inci maddelere uygunluk" kavramı ile ifade edilen bu ilk inceleme konusu idari yargıda davalardaki usulî eksikliklerin giderilmesi ve usulî nedenlerle hak kayıplarının önlenmesini sağlayan önemli ve sık uygulanan bir müessesedir (Ergen, 2008: s.428). 2577 sayılı Kanunun 3 ve/veya 5'inci maddelerine uygun olmayan dava dilekçelerinin reddine karar verilmektedir. Davacılar bu kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 30

gün içinde kararda belirtilen eksiklikleri tamamlamak suretiyle yeniden dava açabilmektedir. Bu sayede davacıların hakları birtakım usulî noksanlıklar nedeniyle zayi olmamaktadır (Ergen, 2008: s.429).

Bu şekilde ilk inceleme süreci tamamlanmış olmaktadır. Davada, süre aşımı, ehliyet yokluğu gibi davayı sona erdirecek nitelikte kanuna aykırılıklar olması durumunda davanın usulden reddine, kanuna aykırılık bulunmaması yahut düzeltilebilecek nitelikte eksikliklerin bulunması durumunda bunlar hâkim ya da mahkemece resen düzeltilerek veya tarafların düzeltmesine imkân tanımak suretiyle dosyanın tekemmül ettirilmesi aşamasına geçilmektedir. Hukuk yargılamasındaki ön inceleme kurumu ile idari yargıdaki ilk inceleme müessesesi birçok yönden benzerlik göstermektedir. Temel anlamda her iki kurumun amacı davadaki usulî eksikliklerin giderilerek yahut giderilemeyecek nitelikte usulî eksiklik varsa bunların davanın başında tespiti ile en kısa yoldan uyuşmazlığı nihayete erdirmektir. Temel farklardan biri, idari yargıda ilk inceleme dosyanın tekemmülünden önce yapılırken ön inceleme dilekçelerin teatisi aşamasından sonra yapılmaktadır. Diğer bir fark, ilk incelemede uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümüne dair hâkimin herhangi bir yetkisi veya görevi bulunmadığı halde ön incelemede hâkimin tarafları bizzat alternatif çözüm yollarına teşvik etme görevi vardır. İdari yargılamada hâkim veya mahkeme ilk inceleme konularını resen araştırmak zorundadır, ön incelemede ise bazı usulî konular taraflarca ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen nazara alınamamaktadır (yetki ve tahkim itirazı).

İdari yargılama hukuku açısından davalı idarenin savunması alınmazdan ve davanın esasına girilmezden önce usule ilişkin bütün hususlar gözden geçirilmekte ve davanın ilerleyen aşamalarında herhangi bir usulî eksik bırakılmaması nedeniyle hem davanın uzamasının önüne geçilmekte hem de bu tarz usulî eksiklerin davanın başlamasından önce tamamlanmasının kolaylığından istifade edilmektedir. HMK’ da düzenlenen ön inceleme kurumunda da usule ilişkin tüm gereklilikler davanın başında, tahkikata geçilmezden evvel, gözden geçirilmekte ve sırf bu nedenlerle davanın uzaması yolu kapatılmaktadır. Yukarıda da zikredildiği üzere İYUK’ da yargılama kural olarak dosya üzerinden yürütüldüğü için HMK’ dan farklı olarak ilk inceleme aşaması için bir duruşma öngörülmemiştir. Haliyle tarafların bu aşamada sulha teşviki de bu yargı kolunda uygulanmamaktadır (Çelikoğlu, 2012: s.125). Bu

açıklamalardan ön inceleme ile ilk inceleme kurumları arasındaki kısmi benzerliğe rağmen işlevlerinin tamamen aynı olmadığını anlaşılmaktadır. Her iki kuruma da dava şartları ve engellerinin öncelikle incelenmesini öngörmekle, gerekli usulî şartları taşımayan veya düzeltilemeyecek usulî kusurlar içeren davaların baştan elenmesiyle mahkeme iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayarak diğer davalar bakımından uzayabilecek yargılamanın makul sürede tamamlanabilmesine katkıda bulunma amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Ön inceleme kurumu, bu aşamada öngördüğü sulha teşvik gibi çok etkin ve verimli bir şekilde kullanılabilecek olan bir müessesenin kullanımını salık verdiği için daha etkin bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Buna göre, her iki düzenleme de yargılamayı hızlandırma işlevine sahiptir. Fakat HMK ön inceleme kurumu aynı zamanda ihtilaflı ve önemli vakıaların tefrikiyle delillerin ara safhada belirlenmesi ve belgeye dayalı olanların bu aşamada toplanmasını da öngörmektedir (m.137/2). Bununla da tahkikatın kapsamı ile ispatın konusunun belirlenmesi ve delillerin topluca incelenmesi suretiyle yargılamanın inşası ve yoğunlaştırılması hedeflenmektedir. Bu açıdan da, HMK ön inceleme kurumu davayı yargılamaya “hazırlama” işlevine sahiptir. Bu husus, ön inceleme duruşmasının sonunda, sulha ve arabuluculuğa teşvikin sonuç verip vermediği ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları meselelerin tutanakla tespit edilip hazır bulunan taraflarca imzalanması ve tahkikatın bu tutanağa göre yapılması esasının getirilmesiyle de belirgindir(m.140/3) (Çelikoğlu, 2012: s.49).

2.2. Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin Değerlendirilmesi Aşaması

Ceza yargılaması hukuk yargılamasından farklı bir yargılama usulü benimsemiş olmasının yanında fonksiyonel olarak daha hızlı ve etkin bir yargılama hizmetinin verilebilmesinin temel yaklaşımının bir sonucu olarak bu yargı alanında da soruşturma dosyalarının kovuşturma aşamasından önce tekemmül ettirilmesi ve bu haliyle mahkemeye sevk edilmesi prensibi benimsenmiştir. Bu prensibin bir yansıması olarak savcıların şüphelinin lehine ya da aleyhine toplanabilecek tüm deliller kolluk marifetiyle toplandıktan sonra soruşturma dosyasını bir iddianameyle mahkemeye sevk etmeleri gerekmektedir. 5271 sayılı CMK’nun 170’incimaddesinde kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği

belirtildikten sonra, savcının kamu davasını ne şekilde açacağı ve düzenleyeceği iddianamenin içerisinde nelerin olması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir (Yaşar, 2007: s.919). Bu düzenlemenin devamında 174'üncü madde de yasanın aradığı koşulları taşımayan bir iddianameye ilişkin yapılacak olan işlemleri düzenlemek üzere iddianamenin iadesi müessesesini ihdas etmiştir (Tosun ve Akkaya, 2009: s.719). CMK'nun tanımları kısmında ceza yargılamasının, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana kesitten ibaret olduğu tanımlanmışsa da, iddianamenin değerlendirmesi aşaması doktrinde "ara muhakeme evresi" olarak kabul edilmektedir (Öztürk vd. 2013: s.539). İddianamenin savcılık tarafından hazırlandıktan sonra mahkemeye verilmesi aşamasından başlayıp mahkemece, iddianamenin iadesi ya da kabul edilerek kovuşturmaya başlanması kararı verilinceye kadar geçen süreye ara muhakeme evresi denmektedir (Çolak ve Taşkın, 2007: s. 855). Bu evrenin süresi yasa ile getirilen sınırlama kapsamında en fazla onbeş gün olmak durumundadır. 2005 yılında yapılan değişiklikten sonra savcının iddianameyi mahkemeye vermesi ile kamu davasının açılmış olduğu kabulü ortadan kalkmıştır. Artık davayı açan ve kovuşturmayı başlatan savcı olmaktan çıkarılmış ve savcı, sadece soruşturma yapan, devamında da meydana gelen olay neticesinde kovuşturulması gereken bir husus olduğunu tespit etmesi halinde, soruşturma dosyasını kovuşturma başlatılmak üzere düzenlemiş olduğu iddianameyle birlikte mahkemeye veren kişidir (Öztürk, vd. 2013: s.539). İddianamenin mahkemeye verilmesiyle dosya ikinci bir aşamaya, yani ara aşama denilen değerlendirme aşamasına geçmiştir. Bu aşamada iddianamenin ekindeki soruşturma evrakına ve yasanın öngördüğü şekil şartlarına uygunluğu tespit edilecektir. Tüm yargı kollarında olduğu gibi ceza yargılamasında da adil yargılamanın tesisi amacıyla belirli aşamaların olması ve bu aşamaların geçilmesi gerekmektedir. Bu aşamalarda dosyanın tekemmül ede ede, tüm eksiklerinden arınmış bir şekilde, karar vermeye hazır bir hale gelmesi ve karar aşamasına geçilmesi hedeflenmektedir. Bu yönüyle de hem şekli eksiklikler hem de esasa etki edecek delillerin olaylarla ve kişilerle ilişkilendirilmesi noktasında yapılacak değerlendirme bu aşamada titizlikle yerine getirilecektir. Bu sayede soruşturma sonrası tek celsede karar verme hedefine yaklaşmış olacaktır (Yaşar, 2007: s.920, Öztürk vd. 2013: s.540). Ayrıca soruşturma aşamasında tüm delillerin toplanması sağlanarak kovuşturma ve karar merci olan mahkemenin delil toplama mecburiyetinde kalmasının önüne geçilerek

gereksiz iş yükü altına girmesi engellenecek ve soruşturma ve kovuşturma makamlarının ayrılması ile iddia ve yargılamanın tek kişide birleşemeyeceği temel kuralı da çiğnenmemiş olacaktır (Öztürk vd. 2013: s. 540).

İddianamede hangi unsurların yer alması gerektiği CMK'nın 170' inci³ maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki şartları taşımayan iddianame iade edilebilecektir, bunun bilincinde olan savcının daha dikkatli davranacağı, tüm delilleri toplayacağı ve dosyayı olgunlaştırıp karar verilecek hale getirdikten sonra dava açılmak üzere mahkemeye göndereceği beklenir (Öztürk vd. 2013: s.540; Tosun ve Akkaya, 2009: s.723). İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında mahkemece yapılacak inceleme iki ana başlık altında yapılır: şekli inceleme, olaylarla delillerin ilişkilendirilmesine ilişkin inceleme. Şekli inceleme, HMK'daki ön inceleme aşamasında yapılan ilk itirazlar ve dava şartlarına ilişkin inceleme gibi yapılacaktır. Bu inceleme, iddianamenin görevli mahkemeye verilip verilmediği, iddianame düzenlemenin şekil şartlarına uyulup uyulmadığı, delillerin gösterilip gösterilmediği, şüpheli hakkında uygulanan bir güvenlik tedbiri olup olmadığı yönünde tamamen şekle matuf bir incelemedir. Bu şekil şartlarını taşıdığı kabul edilen iddianamenin, delillerinin sanıklarla ve olaylarla ilişkilendirilmesinin yapılıp yapılmadığı incelemesine geçilecektir ki bu aşamada adeta kısmen esasa ilişkin incelemeye yaklaşılmakta ve delillerin sıhhati göz önüne alınmaktadır. Bu aşamada mahkemece delillerin olaylarla ilişkilendirilmiş olup olmadığına bakılacak yani somut olayda iddia edilen suçun unsurlarının gerçekleştiğine ilişkin delillere atıf yapılıp yapılmadığına bakılacak ve ilişkilendirme tartışılmamışsa iddianame iade edilecektir. Bu değerlendirme mahkemenin delillerin olayları ispatlayıp

³ CMK M. 170: (1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. (2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler. (3) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede; a) Şüphelinin kimliği, b) Müdafii, c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, f) Şikayette bulunan kişinin kimliği, g) Şikayetin yapıldığı tarih, h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, j) Suçun delilleri, k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, Gösterilir. (4) İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır. (5) İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. (6) İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

ispatlamadığı tartışmasına girerek ihsası reyde bulunduğu anlamına gelmez, mahkemenin yaptığı iş, iddianamede delillerle olayların ilişkilendirildiği bir tartışma bölümünün var olup olmadığını tespit etmektir (Öztürk vd. 2013: s.544). Bu inceleme masum insanların haksız yere ceza yargılamasının bir süjesi haline gelmesine sebep olacak ihmallerin önüne geçilmesinde ve herkesin sahip olduğu lekelenmeme hakkının güvence altına alınmasında önemli bir adım olmuştur (Çolak ve Taşkın, 2007: s.865). Ceza yargılaması sistemine ilk kez 5271 sayılı CMK ile giren bu müessese genel hatları itibariyle HMK'daki ön inceleme müessesesine benzerlikler arz etmektedir. Her iki kurumun da getirilmesinde yargılamanın hızlandırılması ve gereksiz usulî eksiklikler nedeniyle davaların ve kovuşturmalarının uzamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. HMK' da düzenlenen ön inceleme müessesesinde mahkeme tarafından usul hukukunun gerektirdiği tüm yasal zorunluluklara daha davanın başında bakılacak ve her hangi bir eksiklik varsa ya tamamlatılacak ya da davanın esasına girilmeden önce dava usulden reddedilebilecektir. Aynı şekilde CMK' da düzenlenen iddianamenin iadesi aşamasında da mahkemeye iddianameyi değerlendirmek amacıyla 15 günlük bir süre verilmiştir. Bu süre zarfında mahkeme soruşturma dosyasını tüm yönleriyle inceleyecek iddianamenin CMK 170'inci maddesinde belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı yönünde bir değerlendirme yaparak iddianamenin kabulü ve kovuşturmanın başlamasına ya da iddianamenin iadesine karar verebilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde her iki müessese yönünden de temel amaç kovuşturmaya geçildikten sonra dosyanın karar vermeye hazır hale çok daha kısa bir sürede getirilmesi ve yargılamanın hızlandırılmasını sağlamaktır. Tabii ki CMK uygulaması açısından tarafların iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında sulha teşvik edilmesi söz konusu değildir. Bu aşama sadece kanunla süresi kesin olarak belirlenmiş bir süredir ve temel gaye iddianamenin kovuşturmaya geçmek için yeterli olup olmadığını değerlendirmektir. Tarafların sulha teşviki ile benzeşen uzlaşma müessesesi kanunda belirlenmiş bazı suçlar yönünden soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında söz konusu olabilecektir.

3. 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden birisi de yasanın dördüncü bölümünde düzenlenmiş olan ön inceleme kurumudur (Ermenek, 2011: s.145). Kanunda, bu aşamada usule ilişkin hususlar ve hazırlık işlemleri ile tahkikata ilişkin hususlar birbirinden ayrılmıştır. Tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve toplanması için gerekli işlemlerin yapılması ve tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını sağlamak hedeflenmiştir⁴. Tahkikat aşamasına geçebilmenin bir ön şartı olan ön inceleme aşamasında hazırlık işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu sayede, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi dosya tekemmül etmeden tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi tahkikat işlemlerinin yapılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Aksine davranışın hâkimin sorumluluğunu doğuracağı kanunda açıkça yazılmamışsa da kanunun gerekçesinde belirtilmiştir. Bazı yazarlar gerekçede yazılı olan bu hükmün kanun maddesine işlenmesinin uygulamada daha olumlu sonuçlar doğuracağı görüşünü savunmaktadırlar (Yılmaz, 2011: s.236). Oysa kanunda bu kadar açık olan bir hükmün uygulanmaması, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunun 63'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında tanımlanan "*Kanun, tüzük, yönetmelik karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda, işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak...*" eylemini oluşturabilecektir. Bu durum hâkimin "uyarma cezası" olarak nitelendirilen disiplin cezasıyla karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca HMK'nun 46'ncı maddesinin "c" bendinde, "*Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*" halinde hâkimin tazminat yükümlülüğünü doğurabileceği düzenlemesi karşısında, hâkimin ön inceleme duruşması yapmadan tahkikata geçmesi ve esaslı işlemlere başlaması nedeniyle yargılamanın sebepsiz yere uzamasına neden olması halinde aleyhine tazminat davası açılabilir.

⁴ 137'nci madde gerekçesinden

Medeni Usul Hukukunda ön inceleme kurumunun benimsenmesinin mukayeseli hukukla paralellik arz ettiği, mukayeseli hukuk uygulamalarında da benzer kurumların var olduğu ileri sürülmüştür (Pekcanitez, 2008: s.19-36). Mukayeseli hukukta Kıta Avrupası sisteminde, delil toplama ve karar süreçlerinin yoğunlaştırılması bakımından, davanın açılmasından sonra yargılamanın hazırlık ve asıl duruşma safhası şeklinde ikiye bölünmesine yönelik bir eğilim öteden beri gözlenmektedir. Buna göre, eğer ayrı bir kesit içinde baştan yeterince hazırlık yapılırsa yargılamanın önünün açılacağına inanılmaktadır (Çelikoğlu, 2012: s. 11). HMK da bir hazırlık aşaması inşa aracı olarak ön inceleme kurumu düzenlenmiştir. İlk kez yeni yasayla tanımı, işleyişi aşamaları ve gerekliliği bu kadar açık bir şekilde yasa metninde yer alan bu kurumun temel amacı davayı uzatabilecek bazı usulî eksikliklerin zamanında tamamlanmasıyla davanın makul sürede bitirilmesini sağlamaktır. Ön inceleme sayesinde gerek mahkeme hâkimi gerekse davanın tarafları dosya ile ilgili hazırlıklarını tam olarak yapabilecekler, dosyaya tam manasıyla hâkim olacaklar, uyuşmazlığın ne olduğu hususunu daha tahkikata başlamadan tespit edebileceklerdir. Bu çerçeveden bakıldığında, etkin, hızlı ve verimli bir tahkikatın olmazsa olmaz koşulu ciddi bir ön inceleme aşamasıdır. Bu nedenle HMK'nun en önemli kurumlarından biri olan ön inceleme kurumunun başarısı aynı zamanda HMK'nun başarısı olarak değerlendirilebilecektir (Yıldırım, 2006: s.209). Ön inceleme, yargılamanın makul sürede gerçekleşmesini, muhakemenin şekli ve maddi anlamda ilerlemesini kolaylaştıran, işlevsel bir kurum olarak değerlendirilebilir. Uyuşmazlığın erken, ucuz ve isabetli olarak sonlandırılma hedefi ön incelemeyi zaman ve kaynak israfıyla mücadele açısından da etkin bir kurum haline getirebilecektir (Şeker,2012: s.22). Artık yeni uygulamada ön inceleme aşaması ile tahkikat aşaması birbirinden tamamen ayrılmaktadır. Ön inceleme aşaması layihâlar teatisinin bitmesinden sonra ve fakat işin esasına girilmeden (tahkikat aşamasına geçilmeden) önce mahkemenin yaptığı ilk incelemedir. Bu inceleme safhası 6100 sayılı Kanun'da ayrı bir bölüm şeklinde ve yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak düzenlenmiştir. Tahkikat aşamasından farklı olarak, ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delil incelemesi söz konusu değildir. Bu nedenle, işin esasına da girilmeyecektir. Tahkikat aşamasında, yargılamanın amacına uygun olarak, sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi; ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespiti, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek delillere

ulaşılması ve bu bağlamda, elde olan delillerin mahkemeye sunulması, elde olmayan delillerin ise bulundukları yerden getirilmesi ile mümkün olabilir⁵. Ön inceleme aşamasının sağlıklı bir şekilde uygulanması ve yargılama hizmetlerinin kalitesine vereceği katkı bakımından beklenen faydanın elde edilmesi için, yasanın öngördüğü usul kurallarının sırasıyla ve eksiksiz yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak yargılamanın hızlı sonuçlandırılması için getirilmiş bu sistem yaklaşık iki yıllık uygulama periyodunda beklenenin aksine yer yer yargılamayı yavaşlattığı bazı mahkemelerin ön inceleme duruşması için tarih belirlerken çok uzun süreler ön gördüğü taraf ve vekillerinin halen eski sisteme göre hareket etmek suretiyle bu müesseseye gerektiği kadar katkı sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu durum HSYK’ ya bağlı olarak görev yapan teftiş kurulunun yayınladığı tavsiyeler listesinde de kendisini göstermektedir. Tavsiyeler listesinde;

“Ön İnceleme İşlemlerinin Tam ve Eksiksiz Olarak Yerine Getirilmeden Tahkikat Aşamasına Geçildiği, Ön İnceleme Aşamasının Sonunda Ön İnceleme Tutanağı Düzenlenmediği,

a-...sayılılarda (tüketici hakem heyetinde görülməsi gerektiği), ...esas sayılılarda (görev, kesin yetki, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, derdestlik ve kesin hüküm gibi) dava şartları hususundaki davalı itirazı ve (yetki, iş bölümü⁶, tahkim gibi) ilk itirazlar sonuca bağlanmaksızın, ...esas sayılılarda; taraflar sulha ve arabuluculuğa teşvik edilmeksizin, ... esas sayılılarda; ön inceleme duruşmasında , “tarafların iddia ve savunmalarında dile getirdikleri hususlar” gibi soyut ibareler yazılmak suretiyle, ya da uyuşmazlık konusu belirlenmeksizin, Tutanağın duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmaksızın, Tahkikat aşamasına geçildiği,

⁵ “Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaşmaları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir” HMK genel gerekçesinden.

⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 5’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yapılan değişiklik ile asliye hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu belirtilerek işbölümü itirazı ilk itiraz olmaktan çıkartılmıştır. Bu değişiklikle bu mahkemeler arasındaki görev ilişkisi dava şartı olarak değerlendirilecektir.

...Ön inceleme aşamasının sonunda HMK yönetmeliği EK-1'yer alan örnek formun kullanılmadığı gibi re'sen de düzenlenmediği, görülmüştür”⁷. Şeklinde uygulamada yaşanan aksaklıklar dile getirilmektedir.

⁷ intranet.hsyk.gov.tr/teftis/tavsiyeler/hmt/hmt.html

İKİNCİ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA ÖN İNCELEME BENZERİ KURUMLAR

1. GENEL OLARAK

Usul yasalarının temel işlevlerinden birisi de yargılamanın nasıl yapılacağını bir sisteme bağlarken adil yargılamayı gerçekleştirmeye katkı sağlamaktır. Bu amaçla farklı hukuk sistemleri farklı metotlar geliştirmek suretiyle hedeflerine ulaşmaya çalışmaktadırlar. Ön inceleme müessesesi de yargılamanın hızlı ve verimli işlemesi için ihdas edilmiş bir kurumdur. Ön inceleme bazı ülkelerde hiç uygulanmazken bazı ülkelerde yargılamayı hızlandırma amacıyla ihdas edilmiş bazı ülkelerde de asıl yargılama aşamasının inşası amacıyla oluşturulmuş bir ara aşama olarak tasarlanmıştır. Gerek Kıta Avrupa’ında gerekse Dünya’nın diğer ülkelerinde çok farklılık arz eden usul hukukları içerisinde yaşamızdaki sisteme benzer sistemler olduğu gibi tamamen farklı sistemler de vardır. Ön incelemeyi mukayeseli hukukta inceleyip karşılaştırmalar yapabilmek için öncelikle kavram karşılığına ve bu kavramın o sistem içerisinde eda ettiği fonksiyona bakmak gerekecektir. İngilizceye “Preliminary Examination” olarak çevrilebilecek ön inceleme kavramı, farklı usul sistemlerinde “Pre- trial” (Grubbs, 2003: s.791)(Duruşma Öncesi İşlemler), “Pre-Trial Conference” (Keefe, 2003: s.124)(Duruşma Öncesi Oturum), “Preliminary (Early) Hearing” (Foster and Sule, 2010: s.130)(Ön Duruşma), Beginning Process (Grubbs, 2003: s.4)” (Başlangıç Süreci), “Prepratory Stage (*mise en ‘etat*)” (Dadomo and Farran, 2009: s.167) (Hazırlık Safhası) ve benzeri isimlerle anılmaktadır. Ön inceleme ve benzeri kurumlar ayrıntısına girilmeden incelendiğinde; Arjantin (Bribera and Verly, 2003: s.5), Belçika (Lefebvre, 2003: s.76), İrlanda (Gilvarry, 2003: s.313), Japonya (Sato, 2003: s. 384), Hollanda (Bosnak and Jonk, 2003: s.457), Brezilya (Serec, 2003: s. 97) gibi ülkelerde ayrı bir safha olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte birçoğunda asıl yargılama aşaması içerisinde yargılamayı hızlandırmaya matuf birçok hazırlık işlemi yapıldığı ya da taraflarca talep edildiğinde bu hazırlık işlemlerine imkân verildiği görülmektedir. Buna karşılık birçok dünya ülkesinde ön inceleme kurumu bir sonraki aşamayı şekillendirici özelliğiyle ön plana çıkmaktadır. Usul kanunumuzdaki ön inceleme aşamasına ve ön

inceleme duruşmasına benzer uygulamalara sahip olan bazı ülkeler örnek kabilinden, özet olarak bu kısımda ele alındıktan sonra, İsveç, ABD, Almanya ve Fransa, sistemleri ayrıca biraz daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Quebec dışında, Common Law sisteminin uygulandığı Kanada hukuk sisteminde ön inceleme aşaması “Pre- Trial Conference” adı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince karşılıklı dilekçelerin verilmesinden sonra mahkemenin asıl hâkimi dışındaki bir hâkim tarafından taraflar arasında bir anlaşmanın mümkün olup olmayacağı ve belgelerin tamamlanıp tamamlanmadığını değerlendirmek üzere bir görüşme günü ayarlanır ve taraflarla yüz yüze görüşülür, bu aşamada tarafların uzlaşmasına çaba sarf edilir (Kefee, 2003: s. 124). Kanada’nın Quebec bölgesinde de, diğer bölgeler gibi ön inceleme kurumu benzeri uygulama mevcuttur. Burada hâkim ve taraflar arasında ön inceleme oturumları yapılabilmekte bu sayede dosyadaki eksikliklerin tamamlanması ve en önemlisi de tarafların uzlaştırılması hedeflenmektedir. Quebec’te öne çıkan başka bir uygulama da “settlement conference” adıyla Kanada Usul Yasasının (CCP) 151/ 14. Maddesinde düzenlenen uzlaşma oturumudur. Bu oturum normalde yargılamanın her aşamasında düzenlenebilir. Bu oturum için tarafların mahkeme başkanından talepte bulunması gerekir. Bu talep doğrultusunda mahkeme başkanı, taraflar arasındaki diyalogu geliştirmek, taleplerini net olarak ortaya koymak, konumlarını gözden geçirmek ve karşılıklı tatmin olabilecekleri ortak bir çözüm yolu bulmalarına yardımcı olmak için bir hâkim görevlendirir. Bu hâkim taraflarla gayri resmi özel görüşmeler yapar, bu görüşmelerin taraflara mali olarak bir külfeti olmaz. Taraflar bu görüşmelere avukatlarıyla katılmak zorunda değildir. Ayrıca bu görüşmelere, katılması, uzlaşmaya katkı sağlayacağı umulan üçüncü kişiler de katılabilirler. Bu görüşmelerdeki tüm görüşme, konuşma ve yazılanlar gizlidir, sonucunda uzlaşma olmadığı takdirde bu bilgiler, taraflar aleyhine kullanılamaz (Kefee, 2003: s. 149). Uzlaşma oturumları usul yasamızda düzenlenen ön inceleme duruşmasında hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesinin biraz daha geniş manada ve ısrarlı bir şekilde uygulanmasına bir örnek teşkil etmektedir.

Hong Kong usul yasasına göre, duruşma tarihinin yaklaşması üzerine dosyadaki mevcut durumun kontrol listesi şeklinde tekemmül edip etmediği “pre-

trial review” adı altında bir ön oturumla delillerin, tanıkların ve diğer belgelerin son durumu gözden geçirilmektedir (Lee and Dalton, 2003: s. 276).

İsrail usul yasasına göre, davalı taraf tüm savunmalarını ibraz ettikten sonra mahkeme iş yoğunluğuna bakarak bir ön duruşma günü (*pre- trial hearing*) tayin eder. Bu duruşmada davanın yönetim sürecine ilişkin birçok karar alınır ve işlem yapılır. Mahkemenin bu aşamada tarafların beyanları, sundukları deliller, toplanmasını istedikleri deliller ve yapılmasını istedikleri usulî işlemlerle ilgili değişiklik yapmalarına müsaade edebilir. Bu oturumda tarafların uzlaşmaya varmaları için mümkün olan yollar bulunmaya çalışılır. Tarafların mahkeme önüne getirmek istedikleri hususlar bu oturumda netlik kazanır, bu oturumda dile getirilmemiş istemler artık ileri sürülemezler (Zailer, 2003: s. 336).

İngiltere ve Galler’ de davanın karar duruşmasına hazırlanması için mahkemenin, kendisine bir zaman çizelgesi belirlemesi gerekir. Bunu yapmak için de taraflarla dava süreci yönetim oturumu adı altında (*Case Management Conference- CMS*) bir oturum düzenlenir. Bu oturum sayesinde mahkeme davanın hangi yol izlenerek karara bağlanacağını, ön sorun olarak bazı sorunları çözmesi gerekip gerekmediğini irdelerken, taraflar arasındaki sorunu daraltıcı ve netleştirici çalışmalar yapar, ayrıca taraflara da ihtilafı alternatif çözüm yollarından biriyle halletmeleri için süre verebilir (Haye and Prevett, 2003: s.188).

Danimarka’da ana duruşma öncesi halledilmesi gereken, bekletici mesele, ön sorun, delil tespiti gibi tüm sorunlar dilekçe teatisi aşamasında ve heyet yöntemiyle duruşma zamanına kadar çözülmeye çalışılır ancak tarafların ısrarlı talebi üzerine ön duruşma da yapılabilir (Andersen, 2003: s. 163).

İtalya usul yasasına göre, karşılıklı dilekçeler verildikten sonra, davacının, mahkemenin duruşma günlerini dikkate alarak davalıya yapılan son tebligattan en az 60 gün geçecek şekilde hafta içi bir günü duruşma günü olarak belirlemesi ve mahkeme mübaşiri vasıtasıyla davalı tarafa ilk duruşma gününün bildirilmesi gerekir. İlk duruşma gününde hâkim tarafların duruşmaya katılımlarını sağlar ve davanın hazırlık sürecinde her şeyin düzenli gidip gitmediğine bakar (Fazzalari, 1998: s. 249). İlk duruşmada taraflar taleplerini açığa kavuşturabilecek ve varsa iddia ve savunmalarıyla delillerinde değiştirme ve genişletme yapabileceklerdir. Bu

duruşmanın sonucunda taraflar talep ederse hâkim 30 gün içerisinde bu duruşmada tarafların iddia ve savunmalarında yaptıkları değişiklikleri gösteren bir tutanak hazırlatır ve hâkim taraflarca sunulan delillerin değerlendirileceği bir duruşma günü verir (Paolo, 2003: s.349-350). Bu kapsamda İtalyan sisteminde ilk duruşmanın hazırlık duruşması olarak yapıldığı ve bu aşamaya kadar tarafların iddia ve savunmalarını değiştirebileceği ve delillerin kabul edilebilirliği ve iddiaların doğruluğuna ilişkin esas duruşmanın daha sonra yapılacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak yasada ilk duruşmada açıkça bu duruşmada tahkikatın esasına girilmeyeceğine ilişkin bir hüküm olmamasına karşın esasa ilişkin delil değerlendirmesi yapılması amacıyla yeni bir duruşma günü verilmesi kuralı örtülü olarak bu aşama ile asıl duruşma aşamasını birbirinden ayırdığını göstermektedir.

2. FARKLI ÜLKE ÖRNEKLERİ

2.1. İsveç Örneği

İsveç medeni usul hukukunun temel kaynağı olan usul yasası, 1942 tarihli ve 740 numaralı, içerisinde ceza usul hükümlerini ve tahkim konusunda önemli rehber ilkeleri de barındıran bir temel yasayla düzenlenmiştir, ancak özel kanunların birçoğunda usule ilişkin hükümler de bulunmaktadır (Sweden,1998: s.389). İlk derece mahkemelerindeki yargılama, hazırlık (*discovery*) ve ana duruşma (*main hearing*) adı altında iki ana aşamadan oluşmaktadır (Jacopssen, 1998: s. 398). Bu aşamaları düzenleyen dördüncü⁸ bölümün ilk kısmında dilekçelerin verilmesi ve hazırlık aşaması ile delilleri değerlendirilmesi ve asıl dava duruşması kısmı bir birinden net olarak ayrılmıştır (Andersson, 2012: s.5). Bu sistemde asıl dava duruşmasına ayrıntılı bir hazırlık aşaması (*muntlig förberedelse*) ile geçilmektedir (Bramon, 2003: s.705). Bu aşamada HMK da belirlendiği gibi tahkikat kısmına geçmeden tüm delillerin toplanması, usulî eksikliklerin tamamlanması ve varsa tarafların bunlara ilişkin itirazlarının değerlendirilmesi hedeflenmektedir. Dava hazırlığı aşamasında dilekçelerin karşılıklı değişimi aşaması yazılı aşama olarak kabul edilir, bu aşamadan sonra tarafların iddia ve savunmalarına dayanak teşkil eden vakıa ve delillerin nelerden ibaret olduğunu sözlü olarak duruşmada dile

⁸ Swedish Procedural Law, Part Four, Proceedigs in the Lower Courts

getirebilmesi için bir hazırlık duruşması yapılır (Bramon and Granström, 2003: s. 714). Mahkeme hâkimi davanın türünü ortaya atılan vakıalara bakarak tayin edecek ve tarafların ulaşmak istedikleri sonuç için iddia ettikleri vakıaları tespit edecektir. Hazırlık aşamasının temel amacı asıl dosyayı asıl duruşma öncesi karar verilebilecek seviyeye getirmek ve ana duruşmayı tek celsede bitirmektir (Jacopssen, 1998: s.398). Bu hazırlık sayesinde asıl duruşma öncesinde davanın içeriği konuşulup tartışılacak vakıaların çerçevesi çizilmiş ve daraltılmış olacaktır. Bu şekilde sonuca etkisi olmayacak ve asıl ihtilafla ilgisi olmayan vakıaların incelenmesi suretiyle zaman kaybedilmesinin önüne geçilmiş olacaktır (Jacopssen, 1998: s.398). İkinci olarak hâkim tarafların iddia ettikleri vakıa ve olayların hangi kısmında uzlaştıkları ve hangi kısımlarında ihtilafla düştüklerini belirleyecektir (Bramon and Granström, 2003: s.715). Bazen taraflar mahkeme önüne getirdikleri bazı hususları karşı tarafın bir itirazı olup olmadığını bilmeden talep dilekçelerinde gösterebilirler. Çünkü taraflar mahkeme önüne gitmeden önce bir araya gelerek mutabakata vardıkları hususları tespit edip onlar üzerinde anlaşmaları hayatın olağan akışına pek uygun düşmemektedir. Nitekim birçok davada taraflar ancak duruşma salonunda bir araya gelmekte ve aralarında bazı konuların ihtilaf dışı olabileceğini akıllarından bile geçirememektedirler. Bu nedenle hâkimin dava dilekçesindeki talepler ile cevap dilekçesindeki savunmaları çok iyi örtüştürmesi ve bazı hususların örtülü olarak taraflarca çekişme dışında bırakıldığını tespit etmesi ve bunları ayıklaması gerekmektedir. Aksi takdirde üzerinde anlaşılmış bir konuya ilişkin olarak dahi ileri incelemeler yaptırılıp deliller toplanabilecektir. Üçüncü olarak hâkim hangi tarafın neyi hangi kanıtla ispatlaması gerektiğini, davanın karara bağlanabilmesi açısından ileri araştırma gerekip gerekmediği daha hazırlık aşamasında tespit edecek ve taraflara bildirdikleri delillerden gerekli gördüklerini temin etmelerini isteyecektir (Jacopssen, 1998: s.392). Önceden toplanan deliller ana duruşmada taraflarca tartışılabilir ve mahkemenin bu delilleri daha hızlı bir şekilde değerlendirmesi sağlanmış olacaktır. Hâkim son olarak da ihtilaflın mahkeme dışı uzlaşma veya arabuluculuk yoluyla çözülme olanağının bulunup bulunmadığını değerlendirecektir (Andersson, 2012: s.12). İhtilaflın uzlaşma ya da arabuluculukla çözülebilecek nitelikte olması halinde tarafları mahkeme dışı arabulucuya sevk edebileceği gibi mahkeme bünyesinde onları uzlaştırmaya da gayret gösterebilecektir. Tanıkların dinlenmesi sadece ana duruşma sırasında yapılacak bir işlemdir, bu nedenle taraflar

istese de mahkeme esasa ilişkin tahkikat gerektiren tanık beyanı ve bilirkişi raporuna başvuramaz (Jacopssen,1998: s. 399). İsveç usul kanununda hazırlık aşaması olarak tanımlanmış olsa da bu aşamada yapılması ön görülen işlemlerin neredeyse tamamı HMK’ da öngörülen işlemlerle örtüşmektedir. HMK’nun 137. maddesi de ön incelemede; dava şartlarının ve ilk itirazların inceleneceğini, uyuşmazlık konularının tam olarak belirlenmesini, hazırlık işlemlerinin yapılmasını, tarafların delillerini sunmalarını ve delillerin toplanması için gereken işlemlerin yapılmasını ayrıca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği hususlarını düzenlemiştir. Bu açıdan bakıldığında İsveç usul kanunuyla HMK arasında fonksiyonel olarak hazırlık aşaması ve ön inceleme kurumları arasında ciddi bir benzerlik olduğu söylenebilir.

2.2. ABD Örneği

Amerika Birleşik Devletlerinde, federal devlet yapısının bir uzantısı olarak, her eyalet kendi yargı sistemini Federal Anayasa’ya ve kendi anayasalarına uygun olarak uygulamak durumundadır (Grubbs vd.2003: s.781). Fransız yargı sisteminden etkilenen Louisiana dışındaki tüm eyaletlerde içtihat hukuku (*Common Law*) sistemi uygulanmaktadır (Grubbs ve DeCambra, 2003: s.781). Genel olarak hukuk mahkemelerinde yargılama, dava ve cevap dilekçelerinin karşılıklı teati ettiği “*pleading and defansive motions*” (Dilekçeler ve Savunma Beyanları) birinci aşama; delillerin ve belgelerin toplanıp hazırlandığı ve ön görüşmelerin yapıldığı “*disclosure and discovery*” (Tebliğ ve Araştırma) ikinci aşama ve ana duruşmanın yapıldığı “*trial*”(Duruşma) üçüncü aşamadan oluşur (Grubbs ve DeCambra, 2003: s. 782). Anglo-Amerikan yargılama sisteminde, bugün tipik olarak federal ABD medeni usulünde kullanılan Amerikan Trial Model yargılama sürecinde, hazırlık işlemleri ara safha olan pre-trial (duruşma öncesi) aşamada yapılır. Pre- trial modeli ilk olarak Michigan mahkeme yargıçları tarafından 1929 yılında özellikle dava konusu ihtilafları basitleştirmeyi amaçlayan gayri resmi bir ön görüşme metodu olarak uygulanmaya başlanmıştır. Amerika’nın diğer eyaletlerinde de uygulanmasına başlanan bu sistem daha sonra 1938 yılında Federal Usul Hukukunun 279. maddesine işlenmek suretiyle yargılamanın bir parçası haline getirilmiştir (Yankwich, 1952: s.278). Bu aşamaya geçilmeden önce dava açılması süreciyle

başlayan dava ve cevap dilekçeleri aşaması, her ne kadar davanın seyrini önemli ölçüde tayin etmekte ve açıklayıcı özelliğe sahip olsa da, davaya giriş aşaması olarak kabul edebileceğimiz bu aşama yargılamayı hükme hazırlama işlevi açısından oldukça zayıftır. Zira dilekçeler çoğu zaman tek başlarına davayı ve cevabı izah etmekten yoksun olabilmektedirler. Bu nedenle Pre-trial (duruşma öncesi) görüşme oturumu ve discovery(araştırma) kurumu dilekçelerin önemini azaltmıştır. Ayrıca daha açıklayıcı ve kurucu olmaları münasebetiyle dilekçelerde arzu edilen nihai hedefi sağlamaya matuf birçok amacı da ifa etmektedirler. Bu yüzden, Trial Model’de dilekçe teatisi yargılamanın konusu ve kapsamının belirlenmesine önemli bir katkı sağlamaz. Dilekçe safhası ile trial (duruşma) safha arasındaki ara safhanın, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğinin aydınlanması ve davada söz konusu vakıa ve hukuk meselelerinin belirlenmesi bakımından, sonuca daha etkili ulaşmanın bir yolu olarak bir işlev ifa ettiği görülmektedir. Bu aşamada, disclosure (tebliğ ve teati) kurumu çerçevesinde taraflar başlangıçta davayla ilgili olduğunu iddia ettikleri ve davayı sonuçlandırmada faydalı olacağını düşündükleri ellerindeki tüm bilgi kaynaklarını ve bilahare discovery (araştırma) uygulamaları neticesinde karşılıklı iddia ve savunmalarını destekleyen delilleri teati ederler. Pre- Trial (duruşma öncesi) usulünün 16’ıncı maddesi bu aşamada yapılacak işlemleri altı başlık altında toplamıştır. Bu maddeyle Pre-Trial aşamada yapılacak işlemler, taraflar arasındaki meselenin basitleştirilmesi; gerekli görülmesi halinde dilekçelerdeki iddia ve savunmalarda değişiklik yapılması; vakaları ispatlayacak belge ve delillerin temin edilmesi ve lüzumsuz araştırmaların önüne geçilmesi; bilirkişi ve tanıkların sayılarının sınırlanması; juri tarafından delil gibi kullanılabilecek konuyla ilgili ön referans belgelerine ulaşımın sağlanması ve buna benzer karar sürecini hızlandırmak suretiyle davayı sonlandıracak tedbirlerin alınması şeklinde formüle edilmiştir (Yankwich, 1952: s.279). Disclosure-discovery uygulamaları sayesinde, taraflar davada söz konusu vakıaların doğruluğunu değerlendirme fırsatı bulacaklarından, hazırlık işlemleriyle trial safha öncesinde olası bir sulhe de katkı sağlanmış olmaktadır. Bu aşamada taraflar bir birinin talebinin içeriğini net olarak değerlendirme şansı yakalamakta ve mahkeme açısından da taraflar arasındaki ihtilaflı noktalar ve anlaşılan noktaları belirleme olanağı bulunmaktadır. Bu şekilde, iddia ve savunmanın neden ibaret olduğu davacının taleplerinin içeriği ve davalının bu talepler karşısındaki savunma ve itirazlarının neden ibaret olduğu pre-trial

(duruşma öncesi) safhada tespit edilmektedir (Mackerer, 1940: s.708). Diğer taraftan, davacının mahkeme seçimi, tarafların davayı takipsiz bırakması, mahkemeden istenen hukuki yardımın belirsizliği vb usulî hatalar ve noksanlıklar nedeniyle davanın duruşma öncesi erken karar oturumunda karara bağlanması mümkündür (Yankwich, 1952: s.278). Böylece, hazırlık safhası trial safhaya aktarılmayı hak etmeyecek davaların baştan elenmesine de hizmet etmektedir. Bu aşamanın iyi uygulanması, madendeki moloz yığınları arasından altın madenini çıkarmak kadar çok karmaşık gözüken davaları basitleşmesine ve nitelikli sonuçlar alınmasına katkı sağlayacaktır (Yankwich, 1952: s.281). Amerikan Trial Model’de trial safhaya hazırlık işlemleri, taraf avukatlarının kendi aralarında veya hâkimle bir araya geldikleri, bir dizi yarı aleni ön dinleme oturumu şeklinde cereyan eden case management (dava yönetim) görüşmeleri pre-trial conference (duruşma öncesi görüşmeler ve talep üzerine verilen pre-trial order (mahkeme emirleri) ile yürütülür (Grubbs ve DeCambra, 2003: s.791). Hâkimler süreç yönetimini planlayabilmek açısından dilekçenin davalı tarafa ulaşmasından itibaren en geç 90 gün ya da dava dilekçesinin verilmesinden itibaren 120 gün içerisinde sürecin nasıl işleyeceğine dair bir karar verirler (Grubbs ve DeCambra, 2003: s.791). Bundan sonra pre- trial aşama başlar ve bu aşamada taraflarla görüşmeler gerçekleşir sürecin nasıl işlediğini görüşmek üzere asıl duruşmadan yaklaşık otuz veya kırkbeş gün önce bir toplu görüşme oturumu “*pre-trial conference*” yapılır. Bu görüşmede hâkim ihtilafların azaltılıp davanın daha basit hale getirilmesinin mümkün olup olmadığını, bütüncül bir şekilde verilmiş lüzumsuz delillerin ayıklanmasını, ilgisiz vakaların tespit edilmesini ve nihayetinde de taraflar arasında dostane bir çözüm olup olmayacağını tartışır (Grubbs ve DeCambra, 2003: s.792). Ana duruşmaya hazırlık niteliğinde olan bu görüşme oturumlarının mahkeme görevlisi veya ödevli konumundaki hâkim yardımcıları tarafından mahkeme adına yürütülmesi ve bu oturumların bazılarında, taraflar veya taraflar ve hâkim fiziki olarak bir araya gelmeksizin, telefonla ya da video fonla yapılması mümkündür (Çelikoğlu, 2012: s.19).

2.3. Almanya Örneği

Alman hukuk sisteminde medeni usul hukuku 30 Ocak 1877 de yürürlüğe giren ve daha sonra 1950 de yeniden düzenlenerek yürürlüğe konan ZPO

(*Zivilprozessordnung*) isimli yasada düzenlenmiştir (Foster ve Sule, 2011: s.137; Stadler ve Hau, 2005: s.366). Yasa, yapılan muhtelif tarihli birçok değişiklikten sonra 2002 yılında yapılan geniş çaplı bir değişiklikle günümüze kadar uygulanmakta olan şeklini almıştır (Hau, 2011: s.82; Foster ve Sule, 2012: s.138). Alman usul yasasının ilk zamanlarından beri yapılan bazı değişikliklere rağmen temel felsefesindeki taraf hâkimiyeti ve taraflar yönünden özgürlükçü yapısını korumuştur (Stadler ve Hau, 2012: s. 365). Taraf hâkimiyetinden kastedilen şey, davanın başlatılması, sürdürülmesi ve sona erdirilmesinde mahkemeden çok tarafların hak sahibi olmasıdır (Stadler ve Hau, 2012: s. 365). Bu temel yaklaşımın bir uzantısı olarak tarafların hareket alanı daha da genişletilmiş ve ileri bir aşama olarak tarafların arabuluculuğa ve mahkeme öncesi çözüm yollarına yönlendirilmesi yasanın metnine işlenmek suretiyle (*ZPO/278*) teşvik edilmiştir (Foster ve Sule, 2012: s.133; Stadler, 1996: s.357; Stadler ve Hau, 2012: s.365). Kural olarak Alman hukuk mahkemeleri ilk derece mahkemesi olarak tek hâkimli (*Amstgericht*) ve bölge mahkemesi olarak çalışan üç hâkimli (*Landgerichte*) mahkemeler olarak görev yaparlar (Stadler, 1996: s. 360). İyi bir hazırlık sürecinden sonra tek ve etkin bir duruşmayla ihtilafın sonuçlandırılması ve nihai kararın verilmesi “*Alman Esas Duruşma Modeli*” olarak tanımlanan yargılama usulünün temel amaçlarından birisidir (Çelikoğlu, 2012: s. 24; Stadler, 1996: s. 363). Bu modelde dilekçelerin teatisi olarak kabul edilebilecek ilk aşamadan sonra ara safha olarak hazırlık aşaması ve son kısım da esas duruşma terimiyle anılmaktadır. Alman modelinde hazırlık aşaması ilk başladığı andan itibaren davanın karara bağlamasına ilişkin bütün hazırlıklar yapılır (Habscheid, 2003: s. 240). Davanın tek ana duruşmada bitirilmesi hedeflenir ve bu duruşmada, tek günde değerlendirilecek olaylar önceden ayıklandığından başka bir heyet tarafından değerlendirme yapılmasına gerek duyulmayacağı kabul edilir (Stadler ve Hau, 2012: s. 370). Bunun bir sonucu olarak adeta hazırlık ve esas duruşma safhası iç içe geçmiş durumdadır, iki kısmı kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir (Stadler, 1996: s. 364-365; Haas, 2011: s. 95; Stadler ve Hau, 2005: s. 369). Davanın seyri her ne kadar ara safha olan hazırlık aşamasında belirlense de başlangıçta verilen dilekçeler de dosyanın tamamlanmasında ve karar aşamasına geçilmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Böylece, başlangıç dilekçelerinin teatisi ile yargılamanın kapsamının belirlenmesine yönelik ilk adımlar ara safha öncesinde atılır. Bu modelde yargılamanın inşasında

yazılılıktan çok sözlülük ilkesine dayanılmasına karşın, davada ileri sürülen iddia ve savunma dayanağı vakıalar ve delillerin ilk defa ara safhada beyan edilmesi yargılamayı geciktirebileceğinden, giriş safhasında sunulan başlangıç dilekçelerinde de vakıa tabanlı dilekçe standardı benimsenmiştir (Çelikoğlu, 2012: s.25). Yargılama süreci bir dilekçenin verilmesiyle başlamaktadır, bu aşamaya açılış aşaması da denmektedir (Foster ve Sule, 2010: s.144; Karst, 2003: s.241; Habscheid, 1998: s.162). Bu dilekçe üzerine mahkeme başkanının, ana duruşmaya nasıl hazırlık yapılacağına ilişkin, hazırlık duruşmasını içeren sözlü(ZPO/275 “*Früher Erster Termin*”) ya da dilekçelerin karşılıklı olarak teati edileceği yazılı (ZPO/276 “*schriftliches Vorverfahren*”) hazırlık süreçlerinden birini seçmesi gerekmektedir (Stadler ve Hau, 2005: s. 370). Yazılı usulde taraflar karşılıklı dilekçelerinde iddia ve delillerini bir bütünlük içerisinde mahkemenin belirlediği sürelerle riayet etmek koşuluyla mahkemeye sunarlar. Sürelere riayet edilmemesi halinde taraflar bu belge ya da iddiasını daha sonra sunamazlar, bu şekilde tarafların birbirlerine karşı taktiksel olarak ana duruşmanın yapılacağı zamana farklı deliller ve iddialar ileri sürmesi engellenmiş olur (Stadler ve Hau, 2005: s.370; Habscheid, s.161). 2001 yılı değişikliğinden sonra hazırlık aşaması sonunda hâkime tarafları uzlaşmaya yönlendirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Hâkimin tarafların uzlaşılması yönündeki girişimlerin tamamen karşılıksız kalacağı yönünde tatmin olmasının ardından hazırlık aşaması tamamlanmış olacaktır (Foster ve Sule, 2010: 144; Haas, s. 94). Hâkim bu aşamada tarafların aralarındaki ihtilafın ne olduğunu ve yasal konumlarının farkında olup olmadıklarından emin olmak amacıyla gerekli görülürse taraflara sorular yöneltmekle sorumludur (Foster ve Sule, 2010: s.145; Stadler ve Hau, 2005: s.371). Hangi usul izlenerek yapılırsa yapılsın hazırlık yazışmalarının ve duruşmasının temel amacı ana duruşmaya geçilinceye kadar dosyayı tekemmül ettirmektir (Foster ve Sule, 2010: s.146). Yargılamanın giriş safhasında dosyanın ilk incelenmesinden itibaren, davanın görülmesine ilişkin usulî gerekler de ele alınıp giderilemeyecek usulî eksiklikler varsa ve sabitse, ara safhanın başında talep üzerine veya re’sen dava usulden karara bağlanır veya gereğinde nihai karardan önce tekrar gündeme getirilmek üzere bunlar esas duruşmaya bırakılır (Çelikoğlu, 2012: s. 26). Alman yasa yapıcıları, sadece taraflar arasındaki ihtilaflara yoğunlaşmak suretiyle değil de tarafların kendi arasında anlaşmalarının yolunu açmak suretiyle mahkemelerin ve yargılama süreçlerinin etkinliğini ve verimliliğini artırmayı

hedeflemişlerdir (Haas, 2011: s.107; Karst, 2003: s.247). Taraflar arasında daha yargılamanın başında sağlanacak bir dostane çözüm, yargılama açısından en verimli ve “*vatandaş dostu*” bir çözüm olarak değerlendirilmektedir (Haas, 2011: s.107). Ancak uygulamada sulh ile çözülen dava oranları tatmin edici bulunmadığından Usul Hukukunun (ZPO) 278’ inci maddesinde 2001 yılında bir değişiklik yapılarak; hâkime yargılamanın her aşamasında taraflar arasında dostane bir çözüm yolu bulmaya gayret göstermesi yönünde sorumluluk yükleyen bir düzenleme getirilmiştir. Bu madde, bazı yazarlarca hâkimlere zorunlu olarak uzlaştırmacı olma görevi yüklediği şeklinde de yorumlanmaktadır (Haas, 2011: s.109-110). ZPO’nun 278’ inci maddesinde yapılan değişikliğin 2002 ile 2004 yılları arasında uygulamada ne tür bir etki oluşturduğunu tespit etmek amacıyla 2004 yılında yapılan bir anket çalışması ile, maddenin ön gördüğü uzlaştırma oturumunun yerel mahkemelere gelen işlerin %58’inde, eyalet mahkemesine gelen işlerin ise %64’ ünde uygulandığını tespit edilmiştir. Bu zaman dilimi ile 2000 yılından düzenlemenin yapıldığı zamana kadar geçen süre içerisinde uzlaşmayla sonuçlanan dava oranlarının mukayesesinde, uzlaşma oranlarının, yerel mahkemelerde %9.9’ dan, %13.1’e, eyalet mahkemelerinde ise %17.6’ dan, 21.5’e çıktığı tespit edilmiştir. Bu belirgin artış 2007 yılına kadara etkin bir şekilde kendisini diğer mahkemelerde de göstermiştir. Uzlaştırma için çaba gösterilmesi yasa metnine işlendikten sonra hangi oranda olursa olsun bir artış göstermesi, düzenlemenin yasada bulunmasından ziyade hâkimler ile tarafların çerçevesi hâkim tarafından çizilecek bir diyalog ortamını yakalayabilecekleri gerçeğini fark etmelerinden kaynaklanmaktadır (Haas, 2011: s.110; Karst, 2003: s.247-248). Görüldüğü üzere, Alman usul hukuku ile HMK’ da düzenlenen ön inceleme kurumu hem asıl duruşmaya hazırlık içermesi, hem de hazırlık aşamasında taraflar arasında dostane çözüm yollarının kullanılmasına çaba sarf edilmesiyle benzeşmektedir. Ancak Alman sisteminde olduğu üzere hazırlık aşamasının nasıl yapılacağı hâkimin takdirine bırakılsa ve hâkim elindeki ihtilafın niteliğine göre ön inceleme duruşması yapıp yapmama konusunda inisiyatif kullanabilmesi kurumun eldeki dosyaya uygun hale getirilmesi için faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

2.4. Fransa Örneği

Fransız medeni usul kuralları, 1978 yılından beridir kullanılagelen ve üzerinde, 1806 yılında yapılmış Napolyonik Medeni Usul Yasasının izlerini taşıyan yeni medeni usul yasasında (*Nouveau Code de Procedure Civile*) düzenlenmiştir (Vahramian, 2003: s.213). Diğer yargı sistemlerinde olduğu gibi Fransa’da da tasarruf ilkesinin bir yansıması olarak süreç ilgili tarafların bir dilekçe ile talepte bulunmasıyla başlatılmaktadır (Bell, 2008: s.97; Elliot vd. 2005: s.174; Dickson, 2009: s.126; Dadomo, 2009: s.171). Fransız hukuk sisteminde, bizim hukuk sistemimizden farklı olarak tarafların kendisini avukatla temsil ettirme zorunluluğu bulunmaktadır (Dadomo ve Farran, 2009: s.172). Karşılıklı dilekçelerin teatisi aşaması tamamlandıktan sonra dava, tarafların da hazır bulunacağı bir oturumda (*appel des causes*) mahkeme başkanının önüne gelir (France, 1998: s.123; Bell vd. 2008, s.98; Elliot vd. 2005, s.177; Dadomo ve Farran, s.174). Mahkeme başkanı bu oturuma nezaret etmek üzere bir hâkimi görevlendireceği gibi kendisi de bizzat oturumu yönetebilir (Bell vd. 2008: s.97). Mahkeme başkanının görevlendireceği bu hâkim, (*juge de la mise en etat*) bu oturumdan sonra hazırlık oturumu ve hazırlık işlemleri yapılacaksa bu işlemleri de bizzat yürütür ve dosyanın karar duruşmasına hazır edilmesi için tüm işlemleri yapar (Elliot vd. 2005: s. 177; Dickson, 2009: s.131). Bu oturumda taraflara davaları ile ilgili söylemek istedikleri tüm ayrıntıları dile getirmeleri için fırsat verilir ve mahkeme başkanı veya hâkim davanın asıl duruşmaya (*renvoi a l’audience*) hazır olup olmadığını, ilave delil ve dokümana ihtiyaç duyulup duyulmadığını takdir eder. Eğer dosya duruşma için hazır ise ilave bir işleme gerek kalmaksızın ana duruşma yapılmak üzere yeni bir duruşma günü verilir; eğer dosya hazır değilse başkan veya hâkim, oturumu erteler ve taraflara ilave dokümanlar ibraz etmeleri ve açıklamalarda bulunmaları için süre verir. Her iki durumda da bu süreç kısa yol (*circuit court*) olarak adlandırılmaktadır (Bell vd. 2008: s.99). Mahkeme başkanı veya hâkim dosyanın ilk görüşmede hazır olmadığına ve taraflarca getirilecek ilave doküman ve ileri sürülecek açıklamalarla da hazır hale gelmeyeceğine ve ilave bazı araştırmalar yapılması gerektiğine kanaat getirirse bu defa dosyanın hazırlık işlemlerini tamamlamak üzere bir hâkimi görevlendirir (Normand, 1998: s. 124; Bell vd. 2008: s.99). Birçok ön inceleme sisteminden farklı olarak görevlendirilen hâkim gerekli görürse tanık dinleyebilir, delillerin ayrıntılı

incelemesini yapabilir ve bilirkişi raporlarını değerlendirebilir (Elliot vd. 2005: s.174). Davaların çoğunda dosyanın ilk görüşmede hazır olmadığı ve raportör hâkime havale edilerek hazırlık sürecinin onun tarafından tamamlandığı süreç olan uzun yol prosedürünün uygulandığı görülmektedir (Bell vd. 2008: s. 98; Elliot vd. 2005: s.177). Raportör hâkim dosyanın ana duruşmaya alınmaya hazır olduğuna kanaat getirirse hazırlık aşamasının kapandığına dair bir karar vererek dosyayı esas duruşmayı yapacak heyete tevdi eder (Dickson, s.134; Elliot vd. 2005: s.179). Raportör hâkim heyete dosyayı tevdi ederken ceza yargılamasının aksine rapor tanzim etmek zorunda değildir ancak mahkeme başkanı davanın sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi için gerekliyse bu raporu isteyebilir (Normand, 1998: s.138-139; Vahramain ve Wallenbrock, 2003: s.223). Raportör hâkim hazırlık aşamasında taraflar arasında olası uzlaşma yollarını da aramakla sorumludur (Elliot vd. 2005: s.179; Dadomo ve Farran, 2009: s.175). Bu kapsamda tarafların da görüşleri ve talepleri doğrultusunda ihtilafın çözümüne katkısı olabilecek üçüncü kişileri dinleyebilir görüşlerine başvurabilir (Dadomo ve Farran, 2009: s.175; Normand, 1998: s.140). 2003 yılında yasaya eklenen bir hükümle hâkimin tarafları alternatif çözüm yollarına yönlendirmesi bir zorunluluk haline getirilmiştir (Elliot vd. 2005: s. 173). Bu kapsamda taraflar hâkim huzurunda ya da profesyonel arabulucu huzurunda anlaşma yolları arayacaklardır. Bunun için taraflara bir aylık bir süre verilir, bu süre sonunda anlaşılırsa bir mutabakat metni imzalanır ve bu metin ile artık dava sonuçlanmış olur. Bir kısım hususlar üzerinde anlaşılacakla birlikte halen ihtilafli konular varsa yargılama bunun üzerinden devam eder. Eğer uzlaşma girişiminden bir sonuç alınamamışsa arabulucu durumu özetler bir raporla hâkimi bilgilendirir ve yargılama normal seyrinde devam eder (Elliot vd. 2005: s.173; Dickson, 2009: s.131; Normand, 1998: s.140; Dadomo ve Farran, 2009: s.17; Bell vd. 2008: s.103). Ayrıca taraflar da anlaştıkları hususları ortak dilekçelerinde beyan ederek bu konuların ihtilafli kısımdan ayrılmasını isteyebilirler. Ana duruşma sırasında raportör hâkim hazırlamış ise önce raporunu okur daha sonra taraf vekillerinin beyanları alınır ve bu aşamadan sonra karar aşamasına geçilir (Dadomo ve Farran, 2009: s. 175; Normand, 1998: s.140-141; Elliot vd. 2005: s.179; Dickson, 2009: s.132-133; Bell vd. 2008: s.103). Görüldüğü üzere Fransız usul hukukunda da dosyanın tekemmül etmiş olarak asıl mahkemenin önüne gelmesi için ciddi bir hazırlık süreci öngörülmüştür. Ancak bizdekinden farklı olarak süreç net bir çizgiyle ayrılmamış ve hazırlık çalışmalarının

başka bir hâkim tarafından yapılması ve gerekirse tahkikat aşamasında yapılacak bazı işlemlerin bu aşamada da yapılmasına müsaade edilmiştir.

2.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki Yargılamalarda Uygulanan Ön İnceleme Prosedürü

AİHS’nde öngörülen temel hak ve özgürlükleri koruma sistemi, üye devletlerin, vatandaşlarına sağlamakla yükümlü olduğu minimum standartların temel çerçevesini belirledikten sonra bu çerçeve ilkelerin uygulanmasını taraf devletlerin inisiyatifine bırakmıştır. AİHM ise sadece devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde devreye giren çok uluslu bir mahkemedir. AİHM’ni harekete geçiren şey, esas itibarıyla taraf devletin egemenlik alanında bulunan bir bireyin veya tüzel kişinin Mahkeme’ye yaptığı bir bireysel başvurudur. Üye devlet sayısı, kapsadığı coğrafik ve demografik yapı dikkate alındığında AİHM’nin potansiyel başvuru sayısı yaklaşık sekiz yüz milyon kişi yanında, burada yaşayan veya geçiş halinde bulunan üçüncü ülke vatandaşları, milyonlarca dernek, vakıf, siyasi parti ve şirketler gibi kuruluşlar bulunur.

Hitap ettiği kitlenin büyüklüğünün ve değişik faktörlerin doğal bir sonucu olarak AİHM, son bir kaç yıldır yapılan bireysel başvuruların altından kalkamaz hale gelmiştir. Kuruluş amaçlarından biri olarak, makul sürede yargılamanın yapılıp yapılmadığını denetlemek suretiyle, adil yargılama hakkının tesisini sağlamak olan Mahkeme, adeta uzun yargılamanın nasıl yapıldığının bir örneği olmaya başladığı yönünde eleştiriler almaya başlamıştır. Bu durumunun farkında olan taraf devletler 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14. Protokol’ ü kabul etmişlerdir. Bu Protokol, başka şeylerin yanında, açıkça kabul edilemez olan başvuruların, üç üyeli heyet yerine, hâkim olmayan raportörlerin yardımıyla tek hâkim tarafından ele alınmasını öngörmüş ve önemli bir zarara uğramamış kişileri başvuru yapmaktan caydırmak amacıyla, başvuruğunun uğradığı zararın derecesiyle ilgili yeni bir kabuledilebilirlik kriteri getirmiştir. Zira 14. Protokolün yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, 31 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla Mahkeme’nin önünde 130,000’den fazla başvuru bulunmaktaydı. Bu sayı 20 Nisan 2013 tarihi itibarıyla 124.900dür⁹. 14. Protokolün yürürlüğe girmesinden önce bu başvuruların çok büyük bir bölümü

⁹www.echr.coe.int/Documents/stats_pending_month_2013_BIL.pdf

(%95'ten fazlası),Sözleşme'de yer alan kabuledilebilirlik kriterlerinden birini yerine getirmediği gerekçesiyle, esastan incelenmeksizin reddedilmekteydi. Bu durumda mahkeme, her bir başvuruya cevap vermesi gerektiğinden bu tarz dosyalarla uğraşmaktan; esastan karar verilecek dosyalara yeteri kadar vakit ayıramamakta ve on binlerce başvurucunun talebi, kaçınılmaz olarak yıllarca bekletildikten sonra reddedilmekteydi. Protokol sayesinde kabuledilebilirlik kriterleri adı altında tanımlanan ön inceleme konuları sayesinde davanın esasına ilişkin incelemeye geçilmeden önce, bir takım şartları taşıyıp taşımadığı test edilecek ve dosya ancak incelenebilir bulunursa esasa dair incelemesi yapılarak karar verilecektir. HMK' da düzenlenen ön inceleme kurumuyla birçok yönden benzerlik gösteren kabul edilebilirlik kriterleri; usule ilişkin, mahkemenin yetkisine ilişkin, esasa ilişkin olmak üzere üç ana başlık altında toplanabilir. Bu kapsamda ön incelemeyi yapacak olan raportör hukukçu bu kriterlerin bulunup bulunmadığını öncelikle inceleyerek dosyanın esastan görüşülmesi gerekip gerekmediğine ilişkin raporunu ilgili mahkeme üyesi hâkime sunacak ve ilgili üye hâkim tek başına bu konuda bir karar verebilecektir ya da dosyayı heyete götürebilecektir. Görüldüğü üzere ulus üstü bir mahkemede de altından kalkılmaz bir hal alan iş yükünün önüne geçebilmek ve mahkemenin verimliliğini artırarak makul süre prensibine riayet etmek amacıyla HMK'daki düzenleme ile aynı mantıksal alt yapıya sahip bir filtreleme sistemi getirilmiştir. Bu sistemde kabuledilebilirlik kriterleri incelenirken, usule ilişkin kabul edilebilirlik nedenleri olarak; iç hukuk yollarının tüketilmiş olması; milli mahkemede verilen kararın kesinleşmesinden itibaren altı aylık sürenin geçmemiş olması; başvuranın isminin belli olması ya da dosya kapsamından anlaşılabilir olması; aynı başvuru sahiplerinin, daha önce aynı konuya ilişkin aynı mahiyette şikâyetle bulunmamış olması ve başvuru sahiplerinin aynı konuya ilişkin başka bir uluslararası organa başvurmamış olması hususları incelenir. Mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri olarak; mahkemenin, kişi yer, zaman ve konu bakımından yetkili olup olmadığına bakılır son olarak esasa ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri başlığı altında; açıkça temelsizlik ve önemli bir zararın bulunup bulunmadığı hususları değerlendirilir. Tüm bu başlıklar altında yapılan değerlendirme neticesinde başvuru kabul edilebilir görülürse davanın esasına girilmek suretiyle ihlal iddiasının yerinde olup olmadığına karar verilmektedir. Görüldüğü üzere HMK'daki ön inceleme kurumu uygulanırken hâkimin ilk itirazlar ve dava şartları ile sürelerle ilişkin incelemesine benzer bir inceleme bu mahkemede de yapılmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELERİN ÖN İNCELEME MÜSSESESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. HUKUK YARGILAMASINA HÂKİM OLAN İLKELER

Medeni yargılama hukukunda yargılama sürecinin yönlendirilmesi ve yargılamaya şekil verilmesi bakımından bazı usul ilkeleri önem arz etmektedir. Bu usul ilkelerinin çoğunun pozitif bir hukuk kuralı olarak ifade edilmiş olmadığı, farklı birtakım pozitif hukuk kurallarının yardımı ile elde edildikleri kabul edilmektedir. Özellikle 19'uncu yüzyıl başlarından sonra üst prensiplere bağlama alışkanlığı bu ilkelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur (Alangoya vd. 2011: s.182). Medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler, usul hukukunda yıllar boyunca süren uygulamalar sonunda varılan temel ilkeleri ifade etmektedir. Bu ilkelerin bir kısmı Anayasada bir kısmı genel usul kanunlarında bir kısmı ise özel usul kanunlarında açık ve zımni olarak yer almaktadır. Bu ilkelerin içeriği, usul hukukunun amacıyla doğrudan ilgilidir (Pekcanıtez vd. 2013: s.233).

Yargılama sürecine hâkim olan ilkelerin bir kısmı demokratik bir hukuk devletinde doğru ve sağlıklı bir yargılamanın garantisi olup, yargılama sistemlerine ve yargılama usullerine göre değişiklik göstermeyen, vazgeçilmeyen ve başka şekilde yorumlanması mümkün olmayan ilkelere aittir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve usul ekonomisi gibi ilkeler bir tercih meselesi olmayıp hukuk devletinde mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bazı ilkeler ise, bir yargılama sisteminin tercihlerine göre yargılamaya yön veren ilkeler niteliğindedir. Mesela, bir yargılama sisteminde resen araştırma ilkesine mi yoksa taraflarca hazırlama ilkesine mi yer verileceği bir tercih meselesidir (Pekcanıtez vd. 2013: s. 234).

Açıkça yargılama ilkelerine aykırı yargılama yapılması temel yargısal hata sayılabileceği gibi özellikle adil yargılanma ya da hukuki dinlenilme hakkı gibi yargılama usullerine göre değişiklik göstermeyen, vazgeçilmeyen ve başka şekilde yorumlanması mümkün olmayan ilkelere aykırı hareket edilmesi yargılamanın

anayasal çerçevenin dışına çıkması anlamına gelir. Çünkü yargılama kuralları bu ilkelere göre şekillendirilmekte ve hatta kanunlar yapılırken bu ilkeler esas alınabilmektedir. Bu nedenle gerek taraflar ve gerek ise mahkeme bu ilkeleri yargılamanın bütün aşamalarında göz önünde bulundurması gerekmektedir (Pekcanıtez vd. 2013: s.234).

Yargılamanın amacı olan adil bir karar verilmesi, tarafların talepler noktasında tatmin edilmesinin yanı sıra mahkemelere olan güvenin sağlanması, toplumsal barışın temini ile hukukun işlerliğinin sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Beklenen bu amaçların temini bakımından yargılamanın temel ilkeler çerçevesinde yürütülmesini gerekli kılmaktadır (Ulukapı, 2000: s. 13).

Medeni usul hukukuna hâkim olan ve aşağıda genel hatlarıyla açıklanacak olan bazılarının birbirlerinin tam karşısı içeriklere sahip olduğu ilkelerin kendi aralarında sınırlar bakımından her zaman bir birlik olmamıştır. Öte yandan sözlülük ilkesi, doğrudandık ve alenilik ilkesi bir bütünlük içerisinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine zemin oluştururlar (Alangoya vd. 2011: s.182). Medeni usul hukukumuzda ayrıntılı bir şekilde düzenlenen ön inceleme müessesesi esasen daha önce de tanımlanmış olan bu ilkelerin tam manasıyla uygulanmasının temini amacıyla getirilmiş bir müessese olarak değerlendirilebilir. Nitekim bu ilkelerin temel amacı olan adil ve hızlı yargılama ile mahkemelere olan güvenin artırılması aynı zamanda ön incelemenin ihdasının da en önemli gerekçelerindendir (HMK Genel Gerekçesi, p.9). Çünkü yıllarca yargıya olan güveni en olumsuz biçimde aşağıya düşüren ve kamuoyunun yargı ile ilgili kanaatlerini olumsuz yönde etkileyen en önemli etkenlerden birisi de uzayan dava süreçleri olmuştur.

Tezin bu kısmında usul hukukumuzda hâkim olan bu ilkelerin ne şekilde anlaşılması gerektiği ve günümüze kadar ne şekilde anlaşılacak uygulandığı hususu irdelenecek ve bu ilkelerin özellikle ön inceleme aşamasında nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı üzerinde durulacaktır.

1.1. Tasarruf İlkesi

1.1.1. Genel Olarak

Taraflar özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan hakları üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisi, uyuşmazlıktan önce başlayıp uyuşmazlığın yargı organına intikali ve sonraki aşamalarında da varlığını sürdürür. Bu nedenle hak sahibi uyuşmazlık konusu hakkı dava edip etmemekte veya dava ettikten sonra uzlaşma, sulh ya da feragat suretiyle tasarrufta bulunmakta serbesttir (Kramer vd. 2012: s.23). Bu bağlamda tasarruf ilkesi, tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri dava üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri anlamına gelmektedir (Pekcanitez vd. 2013: 236; Lefebvre ve Paul, 2003: s. 75). Bu tarafların dava ve dava konusu üzerinde etki edebilme iktidarının bir göstergesidir (Alangoya vd: 2011: s.182). Hukuk yargılamasının en önemli prensiplerinden birisi davanın sahibinin/patronunun taraflar olması ilkesidir (Freckmann ve Wegerich1991: s. 141). Bu nedenle taraflar bir hususu mahkeme önüne getirip getirmeme ve mahkemeden bu konuda bir karar isteme hakkına sahiptirler (Foster ve Sule, 2010: s. 124).Bu ilke sayesinde ki taraflar davanın konusunu ve bu konuyu serbestçe ileri sürüp sürmeme özgürlüğüne sahip olurlar (Andrews, 2012: s.23). Diğer bir deyişle bu ilke; hâkimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak dava açılması suretiyle davaya bakabileceğini, tarafların dava ve konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğunu ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade etmektedir. Tasarruf yetkisi yargılamanın sona ermesinde de etkili olur. Davacı, kanun yoluna başvurusunu geri alabilir. Taraflar uzlaşma yoluyla da davaya son verebilirler. Bu durumlarda yargılama, tarafların tasarruf yetkisi sebebiyle mahkemece karar verilmeden sona erebilir. Davacı açtığı davadan feragat ederek veya sulh olarak dava üzerinde tasarruf edebilir. Aynı şekilde davalı da, davayı kabul ederek ve sulh olarak dava üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu ilkenin geçerli olduğu davalarda hâkim talepten fazlaya veya başka bir şeye hükmedemez. Ancak talepten azına karar vermesi mümkündür (Kuru vd. 2012: s.358; Alangoya,1979: s. 134; Pekcanitez vd, 2012: s.238; Alangoya vd. 2009: s. 182-183; Ulukapı, 1998: s. 723; Becker–Eberhard,1999: s.19-20; Meriç, 2011: s.83.).

1.1.2. Tasarruf İlkesinin Kanuni Dayanakları ve İstisnaları

Tasarruf ilkesi, HMK'nın birinci kısım ikinci bölümde düzenlenmiş olan "Yargılamaya hâkim olan ilkeler" bölümünde "Tasarruf İlkesi" kenar başlıklı 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir¹⁰. Anılan madde uyarınca hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder. Tasarruf ilkesi tarafların davayı var etme onu hukuk hayatına taşıma iradelerinin bir görünümüdür, bu ilke nedeniyle istisnaları saklı kalmak kaydıyla taraflar davayı açmadığı sürece dosyanın mahkeme önüne gelme olasılığı yoktur. Tasarruf ilkesinin bazı istisnaları özellikle aile ve şahsın hukukundan kaynaklanan bazı davalarda kendisini göstermektedir. Mesela, boşanma davalarında, kamu yararı düşüncesiyle, tasarruf ilkesine kendiliğinden harekete geçme ilkesi ile bazı sınırlamalar getirilmiştir¹¹.

Mahkemenin hüküm verebilmesi bakımından mahkemeye yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi olmakla birlikte bunları anlamlandırmak veya tarafların taleplerinin çelişkili ya da anlaşılamayacak durumda olması halinde bu taleplerin ne anlama geldiğini açıklamayı hâkimin bir görevidir. Bu husus HMK'nın "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi" kenar başlıklı 31'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Burada esas olan mevcut olmayanın ya da talep edilmeyenin ortaya çıkarılması değil talep edilenin açığa kavuşturulması esas olduğundan hâkim tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkân

¹⁰ Öğretide az masraf yapılmasına dikkat etmek anlamı çıkabileceğinden ötürü madde başlığının, "Tasarruf ilkesi" değil "Taraflarca tasarruf ilkesi" diye yazılmasının daha doğru olacağı dile getirilmektedir. (Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, TBB Dergisi, 2006: S. 67, s. 137)

¹¹ "Somut olayda; boşanma davası Türk Medeni Kanununun 164. maddesinde yer alan terk sebebine dayanmaktadır. Terk sebebine dayanan boşanma davasında, davalının "davayı kabul" beyanı sonuç doğurmaz. Bu bakımdan tarafların gösterecekleri deliller usulünce toplanıp, dayanılan hukuki sebep çerçevesinde değerlendirilerek hasil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir."(2.HD, 08.12.2004, 2004/13745) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sağlama veya bunu hatırlatması mümkün değildir. Böyle bir davranış hâkimin reddi sebebi olacaktır (Pekcanitez vd. 2013: s. 239).

Doğrudan hâkime ait olan davayı yürütme görevi de tasarruf ilkesinin bir istisnasıdır. Davanın yürütülmesi konusunda tarafların bir tasarruf yetkisi bulunmadığından, duruşma günü ve saatinin belirlenmesi, süre verilmesi gibi hususlar hâkimin görevindedir (Pekcanitez vd. 2013: s.239). Ön inceleme müessesesinin uygulamasında tarafların dava üzerindeki tasarruf yetkisi davanın ilk anından itibaren kendisini belirgin bir şekilde göstermektedir. Dilekçelerin teatisi, uzlaşılacak konular ile ihtilaflı konuların belirlenmesi, delillerin bizzat somutlaştırılarak hasredilmesi tarafların davanın her aşamasında sulh olabilmek yetkisi gibi temel başlıklar ön incelemede öncelikle ele alınacak konulardır. Bununla birlikte HMK'nun 139. maddesinde tarafların davayı takip etmesini sağlamaya yönelik olarak, gelmeyen taraf yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve onun muvafakati olmadan diğer tarafın iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği hususları düzenlenmekle tasarruf ilkesine duruşmayı takip yönüyle bir türlü istisna getirildiği kabul edilebilir (Şeker, 2011: s. 29). Ancak kanunun genel gerekçesi ve ön inceleme müessesesine ilişkin madde gerekçelerine bakıldığında tarafların ön inceleme aşamasında daha aktif olması ve mümkün olan en fazla oranda davanın bu sayede sulh veya arabuluculuk yoluyla bu aşamada bitirilmesi hedeflenmektedir. Çünkü tahkikat aşamasına geçilerek davanın zamana yayılmasında davaların karmaşıklığı, mahkemelerin iş yoğunluğu, teknik ve fiziki imkânsızlıkların yanı sıra tarafların tasarruf yetkilerini tam anlamıyla kullanamamaları da yatmaktadır. Bu nedenle ön inceleme kurumu taraflara sahip oldukları hak ve yetkileri bir kez daha gözden geçirme ve aktif olarak kullanabilme olanağı sunan ve bu konuda yasal uyarıları yapan bir müessese görevi görmektedir. Çünkü ön inceleme duruşması için taraflara çıkarılacak çağrı kâğıdına tarafların sulh için hazırlıklı gelmeleri gerektiği hususu yazılmak suretiyle tamamen tarafın tasarrufunda olan bir yetkisi hatırlatılarak dikkatleri çekilmektedir.

2. TARAFLARCA HAZIRLAMA İLKESİ

2.1. Genel Olarak

İddia ve savunmanın dayanağı olan olayların ve delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesini ifade eden taraflarca hazırlama ilkesi (Kuru vd. 2012: s.360; Pekcanıtez vd. 2012: s.240-241; Alangoya vd. 2011: s.183; Alangoya, 1979: s.3; Ulukapı, 1998: s.714; Tercan, 1996: s.193), tasarruf ilkesinin doğal bir tamamlayıcısıdır¹². Ancak aralarında şu şekilde bir fark mevcuttur. Davayla ilgili malzemelerin taraflarca getirilmesi ilkesi, taraflarca getirilen malzeme ile ilgili iken; tasarruf ilkesi, davanın konusu uyuşmazlık ile tarafların ilişkisi hakkındadır (Alangoya, 2011:s. 17, Becker–Eberhard, 1999: s.20; Kramer vd. 2012: s.26). Bu çerçevede, taraflarca hazırlama ilkesi, tarafların dava konusu üzerindeki iradelerine ve tasarruf yetkilerine öncelik tanıdığı anlaşılmaktadır¹³. Bu ilke uyarınca hâkim, sadece tarafların iddia ettikleri vakıaları göz önüne ve kararına temel alabilir ve tarafların ileri sürdükleri karar için önemli vakıalar hakkında bunların taraflar nezdinde tartışmalı olması halinde delil ikamesine izin verebilir (Becker–Eberhard, 1999: s. 23).

Taraflarca hazırlama ilkesi, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarla ilgili vakıalar ve delillerle hâkimin bağlı olmasını, davayı sadece bunlar üzerine bina ederek hükme bağlamasını gerekli kılmaktadır¹⁴. Bu ilkenin uygulamada ortaya çıkardığı en önemli sonuç, yargılama faaliyetine esas olmak üzere tarafların vakıaları ve menfaatine uygun olguları doğrudan kendilerinin mahkemeye getirmelerinin daha

¹² Becker–Eberhard, 1999: s. 20; İlk defa 1801 yılında Nikalaus Thaddaus Gönner tarafından çıkarılan Alman Müşterek Usulü El Kitabı'nda kullanılmış olan bu ilkeyi 1876 ve 1945 yılları arasında yüksek mahkeme olarak Leipzig'de faaliyette bulunan Alman İmparatorluk Mahkemesi, usul hukukunun en yüksek ilkesi olarak nitelendirmiştir. (Becker–Eberhard, 1999: s. 17-20)

¹³ Ulukapı, 1998: s. 717; Hakim incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi (vakıalar) üzerinde yapar. Bu delillerin olumlu olumsuz değerlendirilmesi karar yerinde gösterilerek sonuca gidilir. Dosya içerisinde mevcut dilekçe ile davalı 2 ayrı tarihte toplam 1.600 YTL ödeme yaptığını beyanla buna ilişkin dekont ibraz etmiştir. Mahkemece davalının bu savunması üzerinde durularak ödemeye ilişkin dekontların dava konusu yere ait olup olmadığı araştırılmaksızın ve bu konu hakkında gerekçe gösterilmeksizin eksik inceleme ile sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir...3. HD., 2005/13136 E., 2005/14637 K., 29.12.2005 T.” Kazancı.

¹⁴ Bu ilke uyarınca hâkim resen tahkikat yapmanın yanında taraf dilekçelerinden bağımsız olarak öğrendiği vakıaları davaya ithale ve karar esas alması bakımından da yasaklanmıştır. (Becker–Eberhard, 1999: s. 18)

uygun olduğudur¹⁵. Burada kararın fiili temellerini davaya getirmek, taşımak dermeyan etmek taraflara düşen bir görevdir (Becker–Eberhard, 1999: s.19; Kramer vd. 2012: s.27). Bu ilke sadece taraflara vakıaları getirme tekeli vermemekte ayrıca hâkimin vakıaları nasıl takdim etmişler ise, o şekli ile hükme esas alacağını da öngörmektedir.

Çekişmeli yargı davalarında uygulanan taraflarca hazırlanması ilkesi uyarınca¹⁶, hâkim, uyuşmazlık konusundaki incelemesini tarafların bildirmiş olduğu vakıalar üzerinden yapar (Becker–Eberhard, 1999: s.18-19). Bildirilen vakıalara göre dava konusu olayı tespit ederek gerekli olan hukuk kurallarını uygular. Bu kapsamda bildirilen vakılardan anlaşılan itiraz sebeplerini resen gözetmek zorundadır. Dolayısıyla hâkim tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onlara hatırlatamaz. Aynı şekilde taraflarca usulüne uygun bir şekilde bildirilmeyen ve dava dosyasından da anlaşılmayan itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez.

Tasarruf ilkesinde de belirtildiği üzere, mahkemenin hüküm verebilmesi bakımından tarafların ileri sürdüğü vakıaların çelişkili ya da anlaşılamayacak durumda olması halinde, bu vakıaların ne anlama geldiğinin açıklanması hâkimin bir görevidir (HMK m.31). Hâkim, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir ve delil gösterilmesini isteyebilir.

Taraflarca hazırlama ilkesi uyarınca taraflarca süresinde ve usulüne uygun ileri sürülmemiş vakıaların sonradan ileri sürülmesi aynı zamanda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına girer. Buna karşılık delillerin de dilekçeyle mahkemeye sunulması zorunlu ise de, ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar

¹⁵ Ulukapı, 1998: s. 718; Gönner'in deyişiyle bu ilke uyarınca resen araştırma yapmama genel ilkedir. Taraflar önemli vakıaları ve delilleri işlemlerinde, müzakerelerinde ortaya koymak zorundadır. Zira bu hususların hepsi tarafların getirdiklerine veya onların müzakerelerine yada yaptıkları anlaşmalara bağlıdır. (Becker–Eberhard, 1999: s. 19)

¹⁶ Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi uygulanır. (md. 385/2)

verilir (m. 140/5).

Bu şekilde süre verilmesi yalnızca deliller bakımından geçerli olup vakıalar bakımından böyle bir süre verilmesi mümkün değildir. Bu ilke uyarınca hâkim, sadece çekişmeli olan vakıaları araştırmakla yükümlü olup çekişmeli olmayan vakıaların doğru olduğu kanısı ile hareket etmek zorundadır. Bu kapsamda ön inceleme aşaması hâkime çekişmeli ve çekişmesiz konuları belirleyebilmesi için geniş bir imkân sunmaktadır. Buna göre, davada bir tarafça ileri sürülen vakıa karşı tarafça inkâr edilmemiş ise, hâkim vakıanın gerçek dışı olduğu kanaatine sahip olsa bile¹⁷, bu vakıanın gerçek olduğu ve karşı tarafça ikrar edilmiş olduğu kabul edilir. Bu aynı zamanda tasarruf ilkesinin de bir gereğidir (Kuru vd. 2012: s.361; Ulukapı, 1998: s.720; Pekcanıtez vd. 2012: s.242; Becker–Eberhard, 1999: s.25).

2.2. Taraflarca Hazırlama İlkesinin Kanuni Dayanakları ve İstisnaları

Taraflarca hazırlama ilkesi HMK’nun birinci kısım ikinci bölümde düzenlenmiş olan “Yargılamaya hâkim olan ilkeler” bölümünde “Taraflarca getirilme ilkesi” kenar başlıklı 25’inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

Taraflarca hazırlama ilkesinin istisnalarını kamu düzenini ilgilendiren davalar oluşturmaktadır. Zira bu tip davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Bu hallerde dava konusu maddi hukuk ilişkisi tarafların irade serbestisine terk edilmemektedir (Becker–Eberhard, 1999: s.37).

Yeni HMK’ da taraflarca hazırlanma ilkesi ön inceleme duruşmasını düzenleyen 140’ıncı maddenin beşinci fıkrasına işlenmek suretiyle aktif olarak uygulanması amaçlanmıştır. Bu maddede tarafların dilekçelerinde belirtip de mahkemeye sunmadıkları belgeleri sunmaları veya başka yerden getirilecek

¹⁷ 1879 tarihli Alman Medeni Usul Kanununda tarafların vakıalar hakkındaki açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun olarak yapmaları gerektiğine dair yasal zorunluluk bulunmaktadır. Bu doğruluk ödevi olarak nitelendirilmektedir. (Becker–Eberhard, 1999: s. 25.)

belgelerin getirtilmesi için gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre ön görülmüştür. Bu sayede delillerin taraflarca hazırlanması ilkesine işlerlik kazandırılırken bu aşamanın tarafların iradesiyle zamana yayılmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

3. TEKSİF İLKESİ

Yargılamayı hızlandırmayı amaçlayan bu ilke¹⁸, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları sebebi belli bir usul kesitine kadar ileri sürmelerini ve bu kesitten sonra bunları ileri sürme imkânlarının olmadığını ifade etmektedir (Yıldırım, 2003: s. 468). Usul ekonomi ilkesi ile yakından ilişkili olan bu ilkede amaç davaların gereksiz yere ve kötü niyetli uzatılmasını önlemektir. Yani davacı ve davalı, yargılamanın belli bir aşamasına kadar vakıaları ve delillerini mahkemeye sunacak; daha sonra mahkeme bu delilleri değerlendirecek, yargılamanın ilerleyen aşamalarında taraflar tekrar delil sunmadıkları için mahkemenin iş yükü azalacak veya çok daha kısa zamanda sonuçlanmış olacaktır. Buna göre, davacı dava dilekçesiyle; davalı ise, davaya cevap dilekçesiyle delillerini sunmalıdır. Ancak hâkimin kabulüne bağlı olarak delillerin incelenmesinden sonra da taraflar yeni delil gösterme talebinde bulunabileceklerdir (Üstündağ, 2000: s. 253; Alangoya vd. 2009: s.185; Ulukapı, 1998: s. 726; Pekcanitez vd. 2012: s.246).

Davanın çabuk, basit ve ucuz bir şekilde görülmesinde tarafların olduğu kadar toplumun da yararı bulunmaktadır. Bir yargılama ne kadar çabuk ucuz ve basit şekilde sonuçlandırılırsa, toplumun mahkemelere olan güveni o derecede artacak ve davalar uzun süre devam etmediği için kişiler arasındaki çekişmeler sürekli gündemde kalmayacak, toplumun huzur ve barışı için gerekli ortam bu şekilde sağlanacaktır. Bu yüzden hâkim davayı mümkün olduğu kadar çabuk ve düzenli bir biçimde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Ön inceleme müessesesi ihdas edilmek suretiyle yargılamanın hızlandırılması ve dosyanın sonuçlandırılması açısından lüzumsuz görülen hususların tahkikat aşamasına geçilmeden dava dosyasından ayıklanması hedeflenmektedir. Bu kapsamda dava taraflarının ön inceleme

¹⁸ Teksif ilkesi yazılılık ilkesinin tamamlayıcısı niteliğinde olup müşterek hukuk kökenlidir. Sözlülük ilkesinin ana yargılama ilkesi olduğu Almanya ve Avusturya medeni yargılama hukuklarında bu ilkeye rastlanmamaktadır.(Alangoya vd. 2011: s.185.)

aşamasından önce, ön inceleme aşamasında, ön inceleme duruşmasında ve tahkikat aşamalarında ne yapmaları gerektiği ayrıntılı olarak belirtilmiş ve bazı konulara ilişkin ise kesin süreler ön görülmüştür.

4. KENDİLİĞİNDEN ARAŞTIRMA İLKESİ

4.1. Genel Olarak

Dava malzemesinin hazırlanması sürecinde, tarafların yanında hâkiminde görevli olmasına, kendiliğinden araştırma ilkesi denir (Kuru vd. 2012: s.361). Diğer bir ifade ile bu ilke, hâkimin davanın açıldığı andan nihai karar verilinceye kadar geçen evrede davanın sevk ve idaresi; uyuşmazlık konusu olayın hukukî nitelendirilmesinin yapılması, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak için olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması; davanın süresinde açılıp açılmadığının araştırılması; idarenin sorumluluk esasının tespiti ve hatta tarafların hiç değinmedikleri olaylar ve delillerin elde edilmesi ile ilgili olarak, tarafların talebine ihtiyaç duymaksızın, kendiliğinden yaptığı tüm araştırma ve incelemeler şeklinde tanımlanmaktadır (Ergün,2006: s.68).

Bu ilke daha önce belirtilen taraflarca hazırlama ilkesinin karşıtıdır¹⁹. Burada kamu düzeni nedeniyle²⁰ dava konusu maddi hukuk ilişkisi tarafların iradesine bırakılmamıştır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkimin kararını tarafların bildirmiş oldukları vakıalara dayandırabilmesi için, onların varlığına kanaat getirmiş olması lazımdır. Taraflar arasında çekişme konusu olmayan, tarafların kabullendiği bir olayı da hâkim kendiliğinden inceleme konusu yapabilir. Bunun dışında hâkim, tarafların ileri sürmedikleri olayları araştırıp

¹⁹ Danıştay, bir kararında kendiliğinden araştırma ilkesini bir yöntem olarak değerlendirerek “bu yöntem, dava konusu işlemin tesisine esas olarak gösterilen hukuki nedenin var olup olmadığının araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi, taraflarca önce [öne] sürülmemiş olsa dahi, idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan, görev, yetki, süre gibi konuların incelenmesi şeklinde de anlaşılır...(Danıştay, 5. Daire, T.8/12/1987, E.1985/815, K.1987/1723)” şeklinde tanımlamıştır. (Ergün, s. 69)

²⁰ “...Hizmet tespiti davaları kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkemeye sunulan kanıtların hükme yeterli olmaması durumunda resen araştırma yapılması gerekmektedir...21. HD., 2003/7721 E., 2003/8408 K., 24.10.2003 T.”Kazancı.

vereceği kararı da bu olaylara dayandırabilir. Zira kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamadığı davalardır²¹.

Bu nedenle, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda (Alangoya, 1979: s. 134; Kuru vd. 2012: s. 361-362):

- İkinci tanık listesi verilebilir.
- Delil sözleşmesi yapılmaz,
- İsticvap hükümleri uygulanmaz,
- İkrar ve kabul hâkimi bağlamaz²²,
- Yemin teklif edilmez
- Keşif gideri gibi giderler taraflarca yatırılmaz ise bu giderler devlet hazinesi tarafından karşılanır²³.

4.2. Kendiliğinden Araştırma İlkesinin Uygulanma Alanı

Boşanma ve ayrılık davalarında, kendiliğinden araştırma ilkesinin sınırlı bir şekli mevcut olup, hâkim boşanma veya ayrılık için sebep gösterilen olayları mevcudiyetlerine vicdanen kanaat getirmedikçe bunlar ispatlanmış sayılmaz,

²¹ Kuru vd. 2012: s.361-362;Alangoya vd. 2011: s. 183-184; Becker–Eberhard, 1999: s.37; "...Kural olarak hâkim taleple bağlıdır; talepten başka bir şeye karar veremez. Buna karşın re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı kamu düzenine ilişkin hallerde, mahkeme talepten fazlaya da karar verebilir. Somut olayda dava, ortak miras bırakanın mirasçıları arasında olup mirasçılardan biri dava dışıdır. Dava mirasçılar tarafından üçüncü şahsa karşı açılmışsa ve hâkim davayı açan mirasçı dışında başka mirasçılar olduğunu tespit ederse 3402 SK.'nın 30/2. maddesi uyarınca o mirasçı yönünden de karar verecektir. Buna karşın dava ortak miras bırakanın mirasçıları arasında ise bu halde sadece davacının payı yönünden hüküm kurmak gerekir. Dava dışı mirasçı yönünden karar verilemez...HGK., 2002/16-764 E., 2002/769 K., 2.10.2002 T."Kazancı.

²² "...Soybağına ilişkin davalarda, davalının davayı kabulü tek başına sonuç doğurmayıp, hakim bu konuda tekniğin ve tıbben tüm imkanlarından yararlanarak re'sen araştırma yapmalıdır...2. HD., 2007/18062 E., 2009/4443 K., 12.3.2009 T."Kazancı.

²³ Alangoya, 1979: s. 134; Kuru vd. 2012: s. 361-362; "...Bilirkişi ücretini iddiasını ispat durumunda olan davacının yatırmaması halinde Usulün 415. maddesinin tayin olunan müddet içinde iş bu muameleye ait masraf tediye olunmaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet Hazinesinden tediye olunmasına şeklindeki re'sen araştırma prensibinin egemen olduğu davalarda uygulama yeri olan hükmünün dikkate alınmasından söz edilemez. Mahkemece verilen keşif kararında ve keşif giderlerinin yatırılması için aynı Yasanın 163. maddesi gereğince ilgili tarafa verilen önel ve kesin önele ilişkin ara kararında yapılması gereken işlerin neler olduğunun tam bir açıklıkla belirtilmesi, tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması keşif giderlerinin (hâkim ve mahkeme personelinin yol tazminatını, taşıt giderlerini tanık ve bilirkişi ücretlerini ve bunlara çıkarılacak davetiye giderlerini kapsayacak biçimde) ayrıntılı olarak ve yeterli miktarda saptanması ve tarafların önele uymamanın doğuracağı sonuçların açıklanması gerekir..." HGK.,1986/11-150 E.,1987/234 K.,25.3.1987 T."Kazancı.

tarafllara yemin teklif edilmez ve ayrıca tarafların ikrarları hâkimi bağlamaz (TMK m.184)²⁴. Ancak, TMK’nın 184’üncü maddesinde belirtilen hususlar dışında bu ilke uygulama alanı bulamamaktadır. Bu ilkenin bir gereğı olan ikinci tanık listesinin verilebilmesi boşanma davalarında kabul edilmemiştir. Oysa maddi gerçeğın ortaya çıkmasının önemli olduğı ve kamu düzenini ilgilendiren bu davalarda, ikinci tanık listesinin verilebilmesi gerekir. Ancak Yargıtay uygulamaları da, ikinci tanık listesinin verilemeyeceğı yönündedir.

Çekişmeli yargıda taraflarca hazırlama ilkesi esas olduğundan kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaz. Ön inceleme aşamasında hâkimin dava şartlarını her hangi bir talep olmaksızın resen dikkate alması kendiliğinden araştırma ilkesinin bir sonucudur.

5. KENDİLİĞİNDEN HAREKETE GEÇME İLKESİ

Tasarruf ilkesinin istisnası olan bu ilke, kamu düzeni düşüncesi ile hâkimin tarafların talebine bağlı olmaksızın harekete geçerek uyuşmazlığa el koyarak onu karara bağlamasını ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile bu ilke uyarınca hâkim tarafın dava açmasını beklemeden resen harekete geçerek uyuşmazlığı çözmektedir. Bu ilke bazı çekişmesiz yargı işlerinde ve ceza yargılamasında uygulanmakla birlikte çekişmeli yargı işlerinde uygulanması söz konusu değildir (Kuru vd. 2012: s. 359; Pekcanıtez vd. 2012: s. 236; Alangoya vd. 2011: s.183). Bu ilkenin uygulandığı davalara örnek olarak Kadastro Kanunu “Kadastro davalarında usul” kenar başlıklı28’inci maddesi gösterilebilir. Buradaki düzenleme uyarınca kadastro hâkimi, askı süresi içinde açılacak davalar ve kadastro müdürü tarafından mahkemeye tevdi olunacak taşınmaz mallara ait kadastro tutanakları ve mahalli hukuk mahkemelerinden devredilen işler hakkında dava dosyası açar. İlgililerin başvurusunu beklemeksizin kadastro tutanakları ile uyuşmazlığın çözümlenmesine

²⁴ Kuru vd. 2012: s. 362;“...Davalının boşanma davasını kabul etmesi hâkimi bağlamaz. (MK. m.150/3; 4721 S.TMK 184/3) İki tarafa usulüne uygun olarak delilleri sorulmadan (HUMK.m.75) ve Medeni Kanunun 134/1–2. (4721 S. YTMK. 184/1–2) madde koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğı tespit edilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...2.HD, 2003/1091E., 2003/2501K.,26.02.2003 T.”Kazancı.

etkili olabilecek kayıt ve diğer bilgileri ilgili dairelerden getirtir. Hâkim, duruşma gününü taraflara Tebligat Kanunu hükümlerine göre resen tebliğ eder²⁵.

Medeni yargılama hukuku, kamu düzenine ilişkin fonksiyonunu dolaylı ve doğrudan olmak üzere iki biçimde yerine getirmektedir. Sübjektif menfaatin yerine getirilmesi suretiyle toplum barışının sağlanması medeni usul hukukunun dolaylı olarak kamu refahı ve düzeni kavramına katkısını oluşturmaktadır. Bu fonksiyonun yerine getirilmesi için hâkime verilmiş olan yetkilerin temelindeki normlar, görev ve yükümlülük esaslı normlardır. Bu görev ve yükümlülük sebebiyle hâkim talebe gerek kalmaksızın harekete geçmektedir (Meriç, 2011: s.86). Hâkim ön inceleme kurumunu uygularken taraflar arasındaki ihtilafın büyümeden, çeşitlenmeden ve zamana yayılmadan ilk aşamada çözümüne katkı sağlamak suretiyle doğrudan harekete geçme ilkesinin bir sonucu olarak toplum barışının tesisine katkı sağlayabilecektir. Özellikle kadastro çalışmaları günümüze kadar tamamlanamamış bölgelerdeki basit bir gayrimenkul davasının zamana yayılması nedeniyle giderilemeyen ihtilafların bir aşamadan sonra kan davasına dönüştüğü bilinmektedir. Bu nedenle hâkim ön inceleme aşamasında dosyaya yansıyan belgelerden ve ön inceleme duruşması sırasında edindiği izlenimden tarafların sulh olmaya yakınlıklarını ve onları sulhe nasıl teşvik edebileceğini re'sen araştırarak ve tarafları sulhe ve arabuluculuğa re'sen teşvik edecektir.

6. DOĞRUDANLIK İLKESİ

Doğrudanlık ilkesi, uyuşmazlık konusu yargılamanın araya başka bir makam veya kişi girmeksizin kararı verecek mahkeme önünde ve mahkeme tarafından yürütülmesini ifade etmektedir (Alangoya vd. 2011: s.189; Pekcanıtez vd. 2012: s.251; Kurt, 2008: s.599). Diğer bir deyişle dava malzemelerinin ve delillerin bizzat mahkeme tarafından incelenmesi ve ona göre karar verilmesidir. Yani mahkemenin delilleri huzurunda ikame edildiği anda görmesi ve değerlendirmesidir (Kurt, 2008: s.599; Arslan ve Tanrıver, 2001: s.182). Burada kararı veren makam ile delilleri değerlendiren makamın aynı makam olması esastır. Mesela, uyuşmazlık hakkında

²⁵ Alangoya vd. 2011: s. 576; Ayrıca bu ilkeye verilebilecek bir diğer örnek ise mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 09/02/2011 tarih ve 6110 Sayılı Kanunun 14.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 576'ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki durumdur.

bilgisi olan tanığın bizzat hâkim tarafında duruşmada dinlenmesi bu ilkenin bir gereğidir. Doğrudanlık ilkesine verilecek örneklerden biri de keşif delilidir. Zira keşif sayesinde uyuşmazlık konusunu bizzat incelemekte ve durumun gereklerine göre tanıkların beyanlarına ya da bilirkişi incelemesine başvurulabilir. Bu ilke delillerin değerlendirilmesinin can damarı olmanın yanı sıra (Alangoya vd. 2011: s. 189), yargılama hukukuna yapısal açıdan şekil veren bir ilke niteliği taşımaktadır (Kurt, 2008: s.600).

Delilleri değerlendirecek hâkimin araya herhangi bir makam ve kişi girmeden delilleri değerlendirmesi daha isabetli karar vermesine zemin hazırlayacaktır. Uyuşmazlığın çözümünde delilleri bizzat değerlendiren hâkim gereken durumlarda taraflara, tanıklara ve bilirkişiye uyuşmazlığa ilişkin sorular sorabildiği gibi bunların verdikleri cevaplardan ve hareketlerinden maddi gerçeğin tespitini daha sağlıklı yapabilecektir (Pekcanıtez vd. 2012: s.245; Kurt, 2008: s.600). Bu ilke aynı zamanda maddi gerçeğin bir araçtan değil kaynağından, bilgi sahibi olanların bizzat kendilerinden öğrenilmesini sağlar. Ayrıca kararı verecek mahkeme ile uyuşmazlık arasına başkalarının girmemesi aynı zamanda gerçeğe aykırı ispat araçlarının elenmesini sağlar. Bunun bir gereği olarak HMK'da tarafların ön inceleme duruşmasına katılmasına önem verilmektedir. Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere ön inceleme oturumunun yargılama bakımından önemi sebebiyle, tarafların bu oturuma mümkün olduğunca katılmasını sağlamak gereklidir. Çünkü bu oturumda taraflar ile hâkim ilk kez bir araya gelecek ve hâkimin tarafları bizzat dinleme onların dava ile ilgili yaklaşımlarını kendilerinden öğrenme imkânı olacaktır. Bunun için de, yasa koyucu gelen tarafı ödüllendirecek, mazereti olmadan gelmeyen tarafı cezalandıracak bir yol izlemiştir. Bunun bir sonucu olarak, her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile davanın genişletilmesi söz konusu iken; taraflardan biri mazeretsiz gelmez, diğeri gelirse, gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir. Yasa koyucunun gelen tarafa duruşmaya katılımından dolayı böyle bir avantaj sağlaması ön inceleme duruşmasında tarafların ve hâkimin bir araya gelmesinin önemini göstermesi bakımından önemlidir.

7. USUL EKONOMİSİ İLKESİ

7.1. Genel olarak

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın davaya dönüşmesi ile birlikte bu davanın çabuk, basit ve ucuz bir biçimde görülmesinde tarafların olduğu kadar kamunun da yararı bulunmaktadır²⁶. Usul ekonomisi ilkesi teksif ve iura novit curia gibi pek çok usûl hukuku ilkesi arasında tatbikattaki etkinliği ile dikkat çeken önemli bir usul hukuku ilkesidir. Anayasanın 141'inci maddesinin son fıkra hükmünde; “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir” denilmek suretiyle hâkimlerin usûl ekonomisi ilkesini yargılamanın her safhasında gözetmesinin bir zorunluluk olduğu belirtilmiş olması nedeniyle bu ilkeye aykırılık aynı zamanda Anayasaya aykırılık oluşturacaktır²⁷. Usul ekonomisi ilkesi gerek anayasal dayanağa sahip olması ve gerek yasal mevzuattaki dayanakları çerçevesinde uygulamaya yansıyan ağırlığı ile kurumsallaşmış bir ilke haline gelmiştir (Çetin, 2008: s.82).

Yargılamada basitlik, çabukluk, ucuzluk ilkesi olarak bilinen usûl ekonomisi ilkesi (Yılmaz, 2008: s.250), dava ikâme eden tarafların sav ve savunmalarını en mâkul ve kabul edilebilir adalet ölçütleri temelinde değerlendirerek karar verilmesi gereğini ifade etmektedir (Çetin, 2008: s.82). Ön inceleme müessesesinin ihdasıyla

²⁶ Kuru vd. 2012: s. 365; Ulukapı, 1998: s. 72; “...Önemli yargılama ilkelerinden biri de davaların çabuk, basit ve ucuz biçimde görülmesi ilkesidir. Burada tarafların olduğu kadar, kamunun da yararı vardır. Bu nedenle hâkim, davayı bu ilkeye uygun olarak olabildiğince çabuk, düzenli ve en az masrafla sonuçlandırmakla yükümlüdür. (HUMK. m.77, Anayasa m.141/son) Hal böyle olunca, davaya emsal olan ve güçlü delil niteliğindeki Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen dosyalarda ve hatta yukarıda sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararında dahi vakfın türü, niteliği ve kapsamının belirlenmiş olması, dava konusu vakfın gayrisahih bir vakıf olup tavize tabi olmadığının saptanması, ayrı dava konusu parselin bu vakfın kapsamında kaldığının da belirlenmesi karşısında davanın kabulüne karar vermek gerekir. Bu yönler üzerinde durulmadan yazılı gerekçe ile davanın hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir... 14. HD.,17.11.2005 T., 2005/5627 E., 2005/10038 K.”Kazancı.

²⁷ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt II, 2001: s. 1934; İbrahim Çetin, Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi, Sayıştay Dergisi, S. 78, 2008: s.82; Kuru vd: s. 365; Pekcanıtez vd. 2012: s. 267; “...Mahkeme, itiraz konusu kuralın davacıyı ikinci bir dava açmaya zorlayarak mahkemelerin iş yükünü gereksiz şekilde arttırdığını, bu nedenle de Anayasa’nın 141. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usûl işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi “islah” olarak adlandırılır. HUMK’un 84. maddesine göre islah, tahkikatı tabi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda mahkemenin sonuna kadar yapılabilir. İtiraz konusu kurala, müddeabihin islah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması, davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa’nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir... AYM., 20.07.1999 T., 1991/1 E., 1999/33 K.”Kazancı.

usul ekonomisi ilkesinin en azami düzeyde uygulanması hedeflenmiştir. Davaların makul sürede çözülmesi davaların zamana yayılmasını önlerken taraflar arasında çıkması muhtemel gerilimin de önüne geçer (Şeker, 2011: s.41). Çünkü mahkemeler ve davanın tarafları yeni sistemde ilk aşamayı tamamlamadan ikinci aşamaya geçemeyeceklerinin farkında oldukları için ön inceleme aşamasından tahkikat aşamasına geçebilmek için gerekli her türlü hazırlığı yapmakta ve buna ilişkin tedbirleri almaktadırlar. Davanın mevcut seyrinin gerektirmesi halinde yargılama daha başlangıç aşamasında dahi bitirilebilmektedir. Bu sayede hem gereksiz araştırma ve delil toplanması suretiyle yargılamanın zamana yayılmasının önüne geçilmekte hem de tahkikat aşamasında ön inceleme aşamasında rahatlıkla tespit edilebilecek hususlar yeniden ele alınmamaktadır. Bu bağlamda ön inceleme ile etkinliği en fazla artacak olan yargılamaya hâkim olan ilkelerin başında usul ekonomisi ilkesi gelmektedir. Örneğin yasada ön inceleme duruşması öyle örgülenmiştir ki bir duruşmada zaman ve masraf israfını en asgari düzeye indirerek doğrudan sonuç almaya yönelik tüm ayrıntılar belirlenmiş ve hâkim ve davanın taraflarının görevlerini bu yönde yapmaları hususu yasa metnine işlenmiştir. Yasa açıkça ön inceleme aşaması tamamlanmadan tahkikat aşamasında yapılabilecek bazı usulü işlemlerden mahkemeyi men etmiştir. Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği açıkça belirtilmek suretiyle yasaklanmıştır (m. 137). Mahkemenin bu aşamada yapılması gereken her şeyi yapmadan bir sonraki aşamaya geçmesini istememiştir. Çünkü davayı çözüme kavuşturmak için gerekli olmayan birçok delilin toplanması için uzun süre harcanmasına rağmen davayı çözüme kavuşturacak asıl delillerin ancak davanın son aşamasında toplanabilmesi, bunun da makul olanın çok üzerinde zaman ve para kaybına neden olması uygulamada sıkça karşılaşılan ve yargılamanın uzaması nedeniyle yargıya olan güveni olumsuz yönde etkileyen başlıca sorunlardan birisidir.

7.2. Usul Ekonomisi İlkesinin Adil Yargılanmaya Etkisi

Bu ilke Anayasanın 36'ncı ve AİHS'nin 6'ncı maddelerinde düzenlenmiş olan "adil yargılanma hakkı" ile paralellik arz etmektedir. Etkin bir hukuki koruma ve etkin yargılamadan söz edilebilmesi için, yapılan yargılamanın özellikleri

çerçevesinde mümkün olduğu kadar, basit, çabuk ve ucuz olması da gerekmektedir (Hodges vd. 2010: s. 6). Zira “Geciken adalet, adalet değildir” özdeyişinde de vurgulandığı üzere doğru ve gerçek hukuki koruma sadece doğru karar verilmesini değil mümkün olduğu kadar bu hakkın hızlı gerçekleşmesini gerekmektedir (Çetin, 2008: s.82; Kuru vd. 2012: s.365; Pekcanıtez vd. 2012: s.267). AİHS’nin 6’ncı maddesinde belirtildiği üzere adil bir yargılama için çabuk değil, makul bir sürede yargılama yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargılamanın hızlandırılması sağlanırken, bu her ne pahasına olursa olsun biçiminde yapılmaması gerekmektedir²⁸. Zira yargılamanın usul ekonomisi ilkesine uygun tamamlanması bir amaç olmakla birlikte temel amaç maddi gerçeği ortaya çıkaran doğru ve adil bir karar verilmesidir (Kramer vd. 2012: s.30). Gerçek ve doğru anlamda hukuki koruma maddi gerçeği ortaya çıkaran doğru kararın mümkün olduğu kadar çabuk gerçekleştirilmesini de gerektirmektedir. Bu açıdan usul ekonomisi ilkesinin içeriğinin belirlenmesinde maddi gerçeğin tespitinde basitlik ve ucuzluğun sınırlarının iyi tespit edilmesi gerekmektedir (Ejder, 1996: s.58; Ulukapı, 1998: s.728).

7.3. Usul Ekonomi İlkesinin Yasal Dayanakları

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) “Usul Ekonomisi İlkesi” kenar başlıklı 30’uncu maddesi bu ilkeyi düzenlemiştir²⁹. Maddedeki düzenleme uyarınca hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Anayasanın 141’inci maddesi ve HMK’nın 30’uncu maddesindeki düzenlemeler hâkimlere bir takdir hakkı tanımayacak kadar kesinlik arz eden emredici hükümlerdir. Bu hükümler hâkimlerin yargılama esnasında usul ekonomisinin gerçekleşmesine dikkat etmek mecburiyetinde olmasının en önemli dayanağını oluşturan yasal

²⁸ Pekcanıtez vd. 2012: s. 267, “...Davacı dava konusu taşınmazların kök miras bırakanı Derviş’ten kaldığını ve taşınmazlarda miras payı bulunduğunu ileri sürerek dava açmıştır. Açılan davaların birlikte görülmesi zorunludur. Zira yargılamanın çabuk ve en az gider ile yapılması gerek Anayasa’nın gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77.maddesi gereğince zorunludur. Bu nedenlerle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 45.maddesine aykırı olarak tefrikine karar verilmesi usule uygun değildir...16. HD., 25.09.2003 T., 2003/9084 E. ve 2003/8074 K.”Kazancı.

²⁹ Usul ekonomisi ilkesine ilişkin benzer bir düzenleme mülga HUMK’un 77. maddesinde yer alıyordu. “Madde 77 - Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir.”

düzenlemelerdir. Ancak yalnızca hâkimlerin dikkat ve özeni ile gerçekleşecek bir ilke olmayan usûl ekonomisi ilkesi, tarafların da en az hâkimler kadar üstlerine düşen görevi yerine getirmesini zorunlu kılmaktadır (Pekcanıtez vd. 2012: s.268). Zira, sadece davayı uzatmak amacıyla yasal haklardan sonuna kadar yararlanma amacıyla hareket ederek yargılama sürecinde usul ekonomisine aykırı taleplerde bulunan tarafın veya vekilinin bu hareketi hukuka aykırıdır. Bu noktada göz önünde tutulması gereken husus, dürüstlük kuralıdır (Çetin, 2008: s.82). Yargıtay bir kararında; alacağın küçük parçalara bölünmek suretiyle ayrı davalara konu yapılarak birden fazla vekâlet ücreti edinilmesini dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir³⁰.

7.4. Usûl Ekonomisi İlkesinin Unsurları

Usûl ekonomisi ilkesi, hukuk literatüründe ve yüksek mahkeme kararlarında genel olarak, “basitlik, çabukluk ve ucuzluk” unsurları çerçevesinde dile getirilmektedir. Usul ekonomisi ilkesi için artık simgeselleşmiş bulunan bu üç unsur, yargılama faaliyetinin mütemmim cüzleri haline gelmiştir³¹.

7.4.1. Basitlik

Mahkemenin, yargılama işlemleri sırasında usul ekonomisinin unsurlarından olan basitliğe önem vermesi gerekir (Kramer vd. 2012: s. 27). Usul ekonomisi ilkesi uyarınca basitlikten anlaşılması gereken mahkemenin yargılama sırasında tarafların yerine getirmesi kolay olan işlemleri seçmesidir. Bu kapsamda aynı tapu kaydının ayrıntısı tam belirtilmediği için eksik geldiği belirtilerek birkaç defa istenmiş olması gibi hususlar yargılamanın basitliğine aykırıdır.

Medeni usûl hukukunda yargılamanın bir düzen içerisinde yürütülebilmesi için konulmuş olan birtakım şekli kurallar bulunmaktadır. Bu kuralların ihlâli hâlinde çeşitli yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir. Şekil kuralları hakkın özünü ortadan

³⁰ 10.HD., 29.01.2008 T., 2008/5188 E., 2008/645 K. Kazancı.

³¹ Ceza yargılamasında usul ekonomisi ilkesinin, çabukluk ögesi ön plana çıkarken, süreler konusunda daha tutucu olan idari yargılamada ucuz yargılama ögesi ön plana çıkmaktadır. Medeni usûl hukukunda ise üç ögenin tümünün eşit derecede önemli olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü medeni usûl hukuku, diğer tüm yargılama türlerine göre daha genel uygulama alanı bulan, muhteviyat olarak da son derece geniş bir sahayı kapsayan özellik arz eder.(Çetin, 2008:s. 106)

kaldırmaz, ancak maddi hukuka dair hakların bir şey ifade edilebilmesi için usûlüne uygun şekilde ortaya konması gerekir. Usûl kuralları çiğnendiği zaman esasa dair haklar da zayi olacaktır. Bu çerçevede mahkemeden istenen husus, yasaların ortaya koyduğu usul ve esasa aynen uymaktır. Bu kapsamda hâkimin, usûl kurallarını bir tarafa bırakıp yargılama yapması “keyfilik” olarak nitelenmektedir. Basitlik ögesine uygun bir yargılama yapması için hâkimden asla keyfî davranması istenemez. Kanunda belirtilen istisnaî hükümler dışında hâkimin “basitleştirme düşüncesiyle” usûl kurallarını değiştirebilmesi ve örneğin hak arama özgürlüğüyle ilgili hakları sınırlandırması, dilekçelerin sayısının azaltılması, resmî tatil gün ve saatlerinde de yargılama yapması, bilirkişi görüşünü telefonla almakla yetinmesi ve benzeri durumlar söz konusu değildir (Çetin, 2008: s.85).

Yargılamanın etkinliğinin artırılması bakımından önemli bir araç olması sebebiyle usûl ekonomisi ilkesi, hâkimin karşılaştığı usûlî konuların çözümünde, yorum gerektiren konuları açığa kavuşturmasını sağlamak için çok elverişli bir araçtır. Burada, özellikle mevcut uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması kadar, yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının ve mahkemelerin iş yükünün artmasının engellenmesi de büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda mesela, HMK’da yer almamasına rağmen, usûlî kazanılmış hak kurumunun uygulamada benimsenmesinin nedenlerinden biri de, usûl ekonomisi ilkesidir. Aynı şekilde mahkemenin kendi önünde görülen davalardan bazılarını ön sorun olarak incelemesi veya başka bir davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapması, usul ekonomisinin yansımalarıdır. Zira bu şekilde çelişkili kararların çıkması engellendiği gibi zaman ve emekten tasarruf edilmenin yanında uyuşmazlıklar basit ve kolay bir şekilde çözümlenmiş olacaktır (Çetin, 2008: s.84-85).

Usûl ekonomisi ilkesinin unsurlarından olan basitliğin iki önemli kuralı vardır. Bunların birincisi “hâkimin mevcut düzeni zorlaştıramayacağı” kuralı uyarınca hâkimin veya tarafların, çeşitli nedenlerle, mevcut durumun öngörmediği şekilde hareket ederek yargılamayı daha güç ilerler hâle getirmemesidir. Basitlik ögesinden kasıt, böyle güçlüklerle meydan vermemektir. İkinci kural ise, “yoruma müsait durumlarda kolay olan işlerin, zor olan işlere tercih edilmesidir”. Bu çerçevede, medeni usûl hukuku çerçevesinde yeni bir yorum türünden bahsedilebilir. Öğretide “usûl ekonomisine uygun yorum” diye adlandırılan bu yorum, en öz hâliyle,

yargılamada en sade iş ve işlemlerle âdil sonuca varılması şeklinde tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle hâkim, hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken, çeşitli olanakların arasında daha basit, daha çabuk ve daha az masraflı olanı gerçekleştirmek için çaba sarf etmelidir³². Ön inceleme aşaması hâkime belirleyeceği yolu tespit ederken davanın özelliğine ve dosyanın içeriğine göre karar verme ve yargılamayı bu şekilde yürütme olanağı verecektir. Çünkü hâkimin bu aşamada eksik gördüğü belgeleri tamamlatma, tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmek gibi yetkileri olacaktır. Bununla birlikte hâkim mutlaka tahkikat aşamasında çözümlenmesi gereken bir dava türü ile karşı karşıya ise bu doğrultuda delillerin temin edilmesi ve ana duruşmaya (tahkikat aşamasına) bir an önce geçilmesi için çaba sarf edecektir.

7.4.2. Çabukluk

Dünyada insan nüfusunun artması, iktisadi ve sosyal gelişmelerin ardı ardına devam etmesi ve insanların her geçen gün biraz daha bilinçlenmesi neticesinde adli vakalar çoğalmakta ve buna paralel olarak da mahkemelerin iş yükü artmaktadır. Usul ekonomisi ilkesinin unsuru olan çabukluğu “acele yargılama” olarak değil de, AİHS’nin 6’ncı maddesinde belirtildiği şekli ile “makul bir sürede yargılama” olarak anlamak gerekir³³. Diğer bir ifade ile “beyhude zaman harcamadan yargılama yapma” şeklinde tanımlamak mümkündür³⁴. Burada mahkemelerin ve tarafların zamanının

³² Çetin, 2008: s. 85; “İtiraz konusu maddenin ikinci fıkrası dördüncü tümcesindeki itiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlanır içerikli yargılama usûl ve esasına ilişkin kuralın, Anayasa’ya aykırı olup olmadığı sorunu neticesinde Anayasa’nın 141. madde son fıkra hükmüne aykırılıktan söz edilemeyeceğine karar verildiğinden itirazın reddi gerekir... AYM, 10.07.1990 T., 1989/28 E., 1990/18 K.”Kazancı.

³³ Kramer vd. 2012: s. 28; “...03.07.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi neticesinde; itiraz konusu yargılamanın genel ceza mahkemelerinde görülmekte olup 5395 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte onsekiz yaşını doldurmuş olan sanıklar hakkındaki dava ve işlerin çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerine devredilmeyerek yargılamaya devam edilmesi Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasına ve adil yargılanma ölçütleri içinde yer alan “makul süre içinde yargılanma” ilkesine de uygun bir düzenlemedir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 10. ve 141. maddesinin son fıkrasına aykırı değildir. İtiraz isteminin reddi gerekir...AYM., 01.10.2009 T., 2006/116 E., 2009/125 K.”Kazancı.

³⁴ “...Anayasa Mahkemesi’nin E: 2002/100, K: 2004/109 sayılı ve 21.09.2004 günlü kararında; “İtiraza konu kuralda bilirkişi atanmasının zorunlu kılınmasının Anayasa’nın 2. ve 141. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dava konusu kuralda, Anayasa’nın 141. maddesinde öngörülen “davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması” ilkesiyle uyumlu olarak davaların en geç altı ay içinde karara bağlanacağını belirtildiği gözetildiğinde, bu süre içinde karar

boşa harcanmaması amaçlanmaktadır³⁵. Ön inceleme makul sürede davaların sonuçlandırılması için aktif olarak kullanılabilecek bir usul kesitidir. Hem ihdas ediliş amacı hem de yasadaki düzenleniş biçimi ön inceleme aşaması sayesinde yargılama sırasında yapılması gereken işlem ve yazışmaların ne kadar ihtiyaç duyuluyorsa o kadar yapılması, hangi zaman aralığında ve ne kadar bir sürede yapılması gerekiyorsa o kadar bir sürede yapılması sağlanacaktır. Makul süreye giden yolda lüzumsuz işlem tekrarları olmaması gerektiği gibi en ufak bir ayrıntının da eksik kalmaması adil yargılamanın olmazsa olmaz koşullarındandır. Bu nedenle hem taraflar hem de mahkeme açısından ön inceleme kesiti eksiklerin tamamlanması lüzumsuzlukların ayıklanması için iyi bir fırsat olacaktır.

7.4.3. Ucuzluk

Usûl ekonomisi ilkesi uyarınca, yargılamanın ucuzluğundan yargılama esnasında gereksiz harcamalardan kaçınılması ve yargılamanın en az giderle tamamlanması anlaşılmalıdır. Bu kapsamda hâkim, gereksiz gider yapılmasına sebebiyet verecek uygulamalara başvurmak suretiyle yargılamayı pahalılaştırmaması gerekir. İhtilafın hangi yöntem izlenerek hangi delillerle çözülebileceğini iyi muhakeme edebilen hâkimin gereksiz masraf doğuracak işlemlere girmesi söz konusu olmayacaktır. Ön inceleme aşamasında doğrudan ilk itirazın kabulü veya dava şartı yokluğu ya da süreler sebebiyle reddedilmek suretiyle bir sonraki aşamaya geçirilmeyecek dosya iyi bir ön inceleme yapılmadığında birçok ilave süreçten sonra basit bir usulî eksiklikten reddedilmek suretiyle gereksiz masraf yapılması usul ekonomisi ilkesi bağlamında istenen bir sonuç olmayacaktır. Mesela, masraflı olduğu bilinen keşif ve bilirkişilik kurumlarına ancak gerektiği zaman başvurulmalı ve mümkün mertebe keşfi bir seferde yapıp bitirmelidir. Hâkimin keşfi eksik bırakması hâlinde yeni keşiflere gitmek ihtiyacı hissetmesi, yetki sınırları dışında keşif yapması

verilmesini kolaylaştıracak nitelikteki düzenlemenin, hâkimin takdir hakkını da engellememesi nedeniyle, Anayasa'nın 2. ve 141. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. İptal isteminin reddi gerekir...AYM., 21.09.2004 T., 2002/100 E., 2004/109 K."Kazancı.

³⁵ Hızlılık, AİHS'de, adil yargılanma hakkının bir vechesi olan "mâkul sürede yargılanma" şeklinde karşımıza çıkmaktadır Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mâkul sürede yargılanma hakkıyla ilgili birtakım kıstasları vardır; çabukluk ögesi değerlendirilirken bu kıstaslardan istifade edilebilir. Buna göre emsal davalara göre ortalama dava süresinin aşılp aşılmadığı, aşılmış ise ne derece tolere edilebilirliği öncelikle göz önünde tutulmalıdır. Bundan sonra ise; davanın niteliği, tarafların tutumu ve mahkemenin tutumu mercek altına alınmalıdır. (Çetin, s.86)

usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır³⁶. Yine aynı şekilde hâkimin genel bilgisi çerçevesinde kendi çözmesi gereken bir konuda hiç gerek yokken bilirkişiye başvurması; ucuzluk, basitlik ve çabukluk öğelerinin tamamı yönünden usûl ekonomisine aykırı olur. Özellikle hukuki bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulmasında hukuka uyarlık olmadığı gibi usul ekonomisine de aykırılık söz konusudur (Kuru, Şerh, 2001: s.1936; Çetin, 2008: s.97). Keşif, bilirkişi raporu aldırılması, bilirkişi ve tanık dinlenmesi işlemlerden hangisinin sonuca en hızlı şekilde ulaşmaya imkân sağlayacağı iyi bir ön inceleme aşamasında kendisini gösterecektir.

³⁶ “...Davaya bakan Edirne Mahkemesi hâkiminin uyuşmazlığa konu inşaatın bulunduğu yer olan Keşan ilçesi Erikli Köyüne giderek yaptığı keşif ve bu keşif sonucu alınan bilirkişi raporu geçersizdir. Buna dayanılarak hüküm verilemez (HGK, 30.11.1966 T., 974 E., 301 K.). Ayrıca, mahkemeler arası yardımlaşma -istinabe- yolu varken yetki sınırları asılarak gösterilen bu faaliyet, Anayasanın 141/son ve HUMK.nun doğrudan hakime hitap eden 77. maddesinde öngörülen davanın "en az giderle" görülmesi ilkesiyle de bağdaşmaz...15 HD., 22.10.1992 T., 1992/1496 E. ve 1992/4892 K.”Kazancı.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖN İNCELEME KURUMU

1. YARGILAMA USULLERİ VE ÖN İNCELEME KURUMU

1.1. Genel Olarak

6100 sayılı HMK yargılama usulleri açısından da bir takım yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklerden birisi de seri ve sözlü yargılama usullerinin kaldırılması ve yargılamayı iki temel usul ile sınırlandırılması olmuştur. Bu sistemde HMK'nun Üçüncü Kısımında yer alan “yazılı yargılama usulü” ile Altıncı Kısımında yer alan “basit yargılama usulü” yargılama usulleri olarak benimsenmiştir. Her ne kadar 1086 sayılı HMUK'da seri yargılama usulünde, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin süreleri kısaltılmak suretiyle yargılamanın hızlanacağı öngörülmüş ise de uygulamada bu sürelerin taleple uzatıldığı ve yazılı yargılama usulünden bir farkının kalmadığı yaklaşık seksen yıllık süre zarfında kendisini göstermiştir (Yılmaz, 2012, s.481).

Yazılı yargılama, kanunda açıkça belirtilen durumlar ve HMK'nun 316'ncı maddesinde sekiz bent halinde sayılanlar hariç olmak üzere tüm dava ve işlerde uygulanacak yargılama usulüdür. Bu usulde dava açılmasından, hüküm kurulmasına kadar yargılamanın tüm aşamaları sırasıyla takip edilir. Bu usulde dava dilekçesinin verilmesi ile başlayan yargılama süreci, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesinin verilmesini içeren dilekçeler aşamasıyla başlar. Dilekçelerin karşılıklı değişimi sonrası ön inceleme aşamasına (duruşmalı, duruşmasız) geçilerek tahkikat hazırlıkları tamamlanır. Tahkikat aşamasında mahkeme uyuşmazlık konusu olayları tespit eder, bunlar hakkında tarafların gösterdiği delilleri, ileride vereceği hükme esas alacak şekilde ispat hukuku kurallarına göre inceler (Yılmaz, 2012: s.869), davanın esastan çözümüne matuf tüm değerlendirmelerini yapar. Tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra sözlü yargılama aşamasına geçilir sonrasında hüküm aşaması ile yazılı yargılama tamamlanır (Yılmaz, 2012, s.851). Basit yargıla usulünde ise, genel hatlarıyla, sadece dava ve cevap dilekçesi şeklinde, dilekçe aşamasına yer verilmiş, cevaba cevap yani replik

düplik safhası kaldırılmıştır (m.317/3). Bu usulde ön inceleme ve tahkikat aşaması birleştirilerek ilk duruşmada ön incelemeye ilişkin işlemlerin de yapılmasına imkân tanınmıştır (Yılmaz ve Zekeriya, 2012: s. 482).

1.2.Yazılı Yargılama Bağlamında Ön İnceleme

Yazılı yargılama usulünde davanın açılmasının ardından karşılıklı olarak dilekçelerin verilmesi aşamasına geçilir, dava dilekçesi davalı tarafa, cevap dilekçesi davacı tarafa tebliğ edilir ve kanunda belirlenen iki haftalık süre içerisinde cevap ve cevaba cevap dilekçelerinin verilmesi gerekir (m. 127; 136). Dilekçelerin teatisi aşaması tamamlandıktan sonra hâkim dilekçeler ve cevaplar üzerinde ön incelemelerini yapar (Yılmaz, 2012: s.546). Dilekçelerin teatisi esnasında taraflar da cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesiyle iddia ve savunmalarını net olarak ortaya koymaya ve iddialarını ispatlamak için gerekli belgeleri temin etmeye çalışırlar. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra hâkim ön incelemeyi dosyanın durumuna göre duruşmasız olarak dosya üzerinden, ya da bir ön inceleme duruşması günü tayin etmek suretiyle duruşmalı olarak yapar. Duruşma yapmadan karar verilebilecek hâllerde hâkim, duruşma açmadan, dosya üzerinden karar verebilecektir (Karslı, 2011: s.450; Yılmaz, 2012: s.551). Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikat için duruşma günü verilemez (m.137/2). Yazılı yargılama usulünde ön inceleme aşaması ile tahkikat aşaması bir birinden net bir şekilde ayrılmış ve ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilmesi yasaklanmıştır. Bu usulde duruşma yapılması hâkimin takdirine bırakılmış olmakla birlikte kural olarak ön inceleme duruşmasının bir defaya mahsus yapılması esastır. Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilebilir (m.140/4). Ön inceleme duruşmasıyla tarafların arasındaki ihtilafın ne olduğu iyice netleşir ve yargılamaya ilişkin resim ortaya çıkarılır. Anlaşılan ve anlaşılmayan hususlar açıkça ortaya konur. Tarafların arasındaki ihtilafın büyük ya da küçük olmasına bakılmaksızın taraflar sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilir. Sonuç alınacağı umulan durumlarda taraflara sulh olmaları için bir defaya mahsus ek süre verilebilir. Sulh önerisi ve girişimi akim kalmışsa bu husus da tutanağa geçirilmek suretiyle tespit edilir ve ihtilafli konular tek tek belirlenmek suretiyle ön inceleme tutanağına geçirilerek ön inceleme aşaması

tamamlanır. Hangi hususların ihtilafı kaldığı noktasında taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkarsa hâkim anlaşmazlık konularını kendiliğinden tespit eder (Kuru vd. 2012: s.343; Yılmaz, 2012: s.858). Bu tutanakta tespit edilen anlaşmazlık konuları tahkikat aşamasında davanın konusunu oluştururlar ve tutanakta yer almayan hususlar tahkikata konu olamazlar (Yılmaz, 2012: s.859). Bu niteliği itibarıyla ön inceleme duruşması tutanağı yargılamanın yol haritası olarak kabul edilmektedir.

1.3.Basit Yargılama Bağlamında Ön İnceleme

Basit yargılama usul kanunun 316. vd. maddelerinde düzenlenen ve özel hüküm bulunmayan haller dışında sınırlı sayıda belirlenmiş dava türlerine uygulanan yargılama çeşididir (Karlı, 2012: s.314). Bu usulle daha hızlı bitebileceği kabul edilen, daha basit çözümleneceği umulan dava ve işler yazılı yargılama usulü dışında bırakılmıştır (Karlı, 2011: s.315). Basit yargılama usulü, sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler, doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar; her çeşit nafaka davaları ile velayet ve vesayete ilişkin dava ve işler, hizmet ilişkisinden doğan davalar; konkordato ve sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılmasına ilişkin açılacak davalar, tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işlerde uygulanır. Bu usulü düzenleyen 316'ncı maddede hem özel olarak sayım hem de genel atıf söz konusudur. Özel olarak sayılanlar dışında, kendi özel hükümlerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı ya da 1086 sayılı Kanunu dikkate alınarak seri ve sözlü yargılama usulünün uygulanacağı belirtilen dava ve işlerin de basit yargılama usulüne tabi olacağı öngörülmüştür. Böylece yeni düzenlemeyle bir boşluğun doğması ve tereddüt edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır (Karlı, 2011: s.315). Basit yargılama usulünde, cevaba cevap ve ikinci cevap aşamalarına yer verilmediğinden (m. 317/3) ön inceleme aşaması daha erken bir zamana alınmış olmaktadır. Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine

eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır. Yasada gerek davanın açılması gerekse cevap verilmesinin dilekçe ile olacağı açıkça düzenlenmiş bulunduğundan tarafların yasanın 317'nci maddenin dördüncü fıkrasına göre dilekçelerini yönetmelikte belirtilecek formların doldurulması suretiyle de verebilecektir. Basit yargılama usulünde, ön inceleme işlemleri tahkikat için belirlenen duruşmanın başında yapılmalıdır (Yılmaz, 2012: s.558). Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinlemeli; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit etmeli, uyuşmazlık konularını kesin olarak tespit ettikten sonra tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmelidir. Bu duruşma dışında hâkimin celse araları bir ayı geçmeyecek şekilde iki duruşma daha yapma yetkisi vardır.

2. ÖN İNCELEME KURUMUNUN GETİRİLME AMAÇLARI

2.1.Taraflar ve Hâkimin Dava Dosyası Hakkındaki Dikkatini Artırma İsteği

Hukuk davalarında taraflarca getirilme ve tasarruf ilkeleri gereğince davanın taraflarının davanın seyrine ve sonuçlanmasına çok önemli katkıları olmaktadır. Genel olarak davanın açılmasıyla davanın tarafları ve mahkeme arasında üçlü bir ilişki kurulduğu kabul edilmektedir. Her davanın davacı ve davalı olmak üzere iki tarafı vardır. Taraflar dışında kalmakla birlikte hâkim, yargılamanın üçüncü ve en önemli öznesidir. Hukuk yargılamasında bu özneye de ciddi sorumluluklar düşmektedir. Bir hâkimin çalışkanlığı, bilgeliği, mevzuata hâkimiyeti, muhakeme kabiliyeti ve davaları değerlendirmedeki hassasiyeti kadar davanın taraflarının veya vekillerinin de tarafı oldukları –davacısı ya da davalısı- davalarda ilgili ve bilgili olmaları davanın daha az masrafla daha makul bir sürede sonuçlanmasının önemli bir koşuludur. Yargılamanın başında mahkemece dava dosyalarının tam olarak incelenmediği tahkikat duruşmalarının verimsiz olduğu konusunda uygulamacılar arasında yaygın bir kanaat bulunmaktadır (Yılmaz, 2006: s.178-197). Bu kanaat uzun süren yargılamalar sonucunda bir türlü dosyanın kesin kararla sonuçlandırılmamasının ve taraflar arasındaki ihtilafların çeşitlenerek uzun süreye

yayılmasının bir sonucudur. Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki ortalama yargılama sürelerine göre ülkemizde bir hukuk davasının ortalama yargılama süresi genel ortalamanın üzerindedir. 2008 yılı verilerine göre hazırlanan 2010 CEPEJ raporunda Türkiye’de her yüz bin vatandaştan 1562’ si hukuk mahkemelerinde taraf olarak yer almaktadır. Bu oran Finlandiya’da, 183; Norveç’te, 340; İspanya’da, 3579; Belçika’da, 6198 ve Rusya Federasyonu’nda 7157 olarak belirlenmiştir. Bu rakamlar ışığında hukuk mahkemelerindeki işlerin temizlenme oranları Türkiye’de, %95.7; Finlandiya’da, %96.9; Norveç’te, %105.1; İspanya’da %81.7; Belçika’da %93.4 ve Rusya Federasyonu’nda %101.0 dır³⁷. Yargılama süresinin uzunluğu bakımından en önemli sebepler: i)yargılamanın başında dava dosyalarının incelenmemesi ve taraflarca gerekli açıklamaların zamanında yapılmaması nedeniyle dava şartları ve engelleri hakkında gerekli kararların verilememesi, ii)tarafların delilleri ve kaynaklarını (dilekçelerinde) bildirmemesi, ellerindeki belgeleri eklememesi nedeniyle yeteri kadar hazırlık yapılmadan tahkikat duruşmalarına başlanması, iii)hakkdüşürücü süre ve zamanaşımı gibi itiraz ve def’ilerin tahkikatın başında ele alınmaması, şeklinde gösterilmiştir (HMK Genel Gerekçe:(Budak, 2009: s.10)). Bu sayılan sebeplerin iş yükü ortalamasının yüksekliği ile doğrudan ilgili olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Avrupa Konseyi ülkelerinde bir mahkemeye yılda ortalama düşen dosya sayısı ülkenin gelişmişliği, yargıya erişim kolaylığı ve nüfus dağılımlarına göre çok farklılık göstermekle birlikte Türkiye’de ortalamasının çok üzerinde değildir. Ülkemizde hukuk hâkimlerinin ortamla baktıkları iş sayısı bazı büyük merkezler istisna tutulduğunda 750 nin altındadır. Türkiye’ de yıllık ortalama 1.150.000 hukuk dosyası³⁸yaklaşık olarak 4500³⁹hukuk hâkimi tarafından ele alınmaktadır. Bu rakam dünya ülkelerinde de çok düşük değildir. Bununla birlikte hukuk davalarının ortalama bitirilme sürelerine bakıldığında Konsey ülkelerinin genelinde ortalama bir hukuk davasının 282 günde; nizasız kazaya ait bir işin ise 84 günde bitirildiği, Malta, Bosna Hersek ve İtalya gibi bazı ülkelere 500 gün ile 850 gün arasında davaların sürdüğü anlaşılmaktadır. Ülkemizde ise bu süre ortalama 350 günün üzerindedir (CEPEJ 2010 Raporu). Yargılamanın uzun sürmesi AIHM

³⁷ www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/2008-Verilerine-Dayali-Olarak-Haziran-2010-Yili-Avrupa-Yargi-Sistemleri-Raporu.udf (“CEPEJ, 2010 Raporu”).

³⁸ https://vatandas.uyap.gov.tr/jsp/vatandas_jsp/istatistik.html

³⁹ <http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/istatistikler/H-S-istatistikler.pdf>

tarafından AİHS'nin altıncı maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilmektedir⁴⁰ ve ülkemiz hukuk mahkemelerinde uzayan yargılamalar neticesinde 2008 yılı itibariyle en fazla ihlal alan ülkedir (CEPEJ 2010 Raporu). Tüm bu gerekçelerin yanında dosyaların zamanında eritilmemesinde ana bir unsur da hâkimlerin ve dosyanın taraflarının davanın ayrıntılarına davanın ilk başında vakıf olmamasıdır. Gerek iş yükü gerekse personel eksikliği gerekçeleri ile olsa da hâkimlerin davanın karar aşamasından önce davayı ayrıntılı olarak incelediği ve bu şekilde karar verdiği bilinen bir gerçektir. Bu aşamaya kadar da esasen davanın özüne ve çözümüne katkısı olmayan birçok usulî işlem yapılmakta, gereksiz yere birden fazla keşif icra edilmekte, bilirkişi ve tanıklar dinlenmekte, uzman görüşlerine başvurulmakta ve hem zaman hem de masraf yönünden davanın maliyeti gün geçtikçe artmaktadır. Davanın uzamasından menfaati olan taraf davayı daha farklı bir yola kanalize edebilmekte, hâkimin dava içeriğine vukufiyetindeki eksikliğini kendi lehine kullanabilmektedir. Bu durumda davanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkesinin bir yansıması olarak davanın hâkiminin dava dosyasına en az taraflar kadar vakıf olması ve ihtilafın çözüm yollarını tarafların yanlış yönlendirmelerine fırsat vermeyecek şekilde dosyadaki bilgi ve belgeler, toplanacak deliller ve yasanın kendisine gösterdiği şekilde yargılamaya aksettirmesi gerekmektedir. Bu da hâkimin dilekçeler aşamasında tarafların talep ve savunmalarına tam olarak vakıf olması, ön inceleme duruşmasına tam olarak hazırlanmasıyla mümkün olabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi yargılamanın ucuz ve makul bir sürede tamamlanmasının bir ayağını da davanın tarafları oluşturmaktadır. Dava dilekçesinin açık, anlaşılır ve usul yasasındaki tüm şartları taşır şekilde yazılması ve yargılamanın sonuna kadar dosyaya intikal eden tüm delil ve belgelerin taraflar ya da vekillerince iyi takip edilerek değerlendirilmesi mahkemenin işini kolaylaştıracak önemli etkenlerdendir. Ön inceleme duruşmasında hâkim dava sahiplerini ilk itirazlar ve dava şartlarına ilişkin olarak gerekli görürse dinleyebileceği gibi tarafları bu aşamada sulhe teşvik edebilir ya da arabulucuya yönlendirebilir. Bu durumda tarafların hem kendi iddiası hem de karşı tarafın iddia ve savunmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi sahibi olması, dosyaya girmiş olan belge ve delilleri bu duruşmadan önce değerlendirmiş

⁴⁰ Bkz. AİHM 2. Daire, Ümmühan Kaplan Davası v. Türkiye, Başvuru no: 24240/07, Karar T: 20.03.2012(www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ummuhhan.pdf)

olması gerekir ki kendisine yöneltilen sorular karşısında kendi haklılığını savunabilsin. Ayrıca hâkimin teklif edeceği sulh ve arabuluculuk hususları da ancak tarafın davadaki konumunu iyi tartıp haklılık payı ya da davanın istediği şekilde sonuçlanabilme olasılığını ölçebilmesiyle sağlıklı olarak değerlendirebileceği konulardır.

2.2.Uyuşmazlığın Tahkikat Öncesi Alternatif Yollarla Çözme İsteği

2.2.1.Genel Olarak

Devlet mahkemelerine müracaat ederek haklarını arama yöntemi hukuk devleti ilkesinin güçlü bir şekilde uygulandığı medeni toplumların en belirgin vasfı olması nedeniyle bu toplumlarda insanlar, hukuk dışı yollara ya da ihkak-ı hak yoluna tevessül etmeden haklarını ararlar. Hak arama özgürlüğü ve bilincinin yaygınlaştığı çağımızda yargıya yapılan başvuruların yoğunluğu sonucu işlemez hale gelen adalet mekanizmasının daha sağlıklı çalışabilmesi için ihtilafların çözümünde adliye dışı alternatif çözüm yolları arayışı hızlanmıştır. Batılı ülkelerde uyuşmazlıkların daha pratik, hızlı ve daha az masrafla çözülebilmeleri için son yıllarda devlet mahkemeleri dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bulunmuştur. Bazı batılı ülkelerde özellikle ABD de uygulandıktan sonra Kara Avrupası devletlerinde de “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine(alternative dispute resolution)” oldukça ilgi duyulmuştur (Kavasoglu, 2010: s.197 – 218). Yargılamanın temel amacı ihtilafın, çekişmenin ortadan kalkması suretiyle tüm tarafların memnuniyetini maksimum düzeyde tutmaktır. Bunu sağlamanın en kolay ve sonuca matuf yollarından birisi yargılama süresince dostane bir yolla tarafların uzlaşmasını sağlayabilmektir. Tarafların sulhe teşviki HMK’nın 137. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Usul yasamızdaki bu düzenlemeye paralel bir düzenleme Alman Medeni Usul Yasasının (ZPO) 287. Maddesinde de yer almakta ve bu hüküm hâkime, tarafları yargılamanın her aşamasında dostane bir yolla uzlaştırmak için çaba sarf etme sorumluluğu yüklemektedir. Hâkim görevini kurallara uygun yapmak suretiyle ihtilafı çözerken tek çözümün mahkeme kararı ile olmayacağı gerçeğini göz ardı etmemesi gerekir (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.107). Taraflar bazen ihtilaf konusu olaya hızlı ve ucuz bir çözüm yolu ararken diğer tarafla olan ticari ve sosyal ilişkilerinin de devamını isteyebilirler. Bu durumda, ciddi bir uzlaştırmacının devreye girerek anlaşmazlığın

çözümüne kavuşmasında tarafların büyük menfaati olabilir. Sonuçta, her uyuşmazlık kendi içinde farklı özellikler taşıdığından, her bir uyuşmazlığa uygun olan şekillerde çözüm metotları bulmak önemlidir. HMK'nun 137. maddesinin son cümlesinde *“...tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.”* hükmüne yer verilmek suretiyle ilk incelemenin bazı usulî işlemlerini tamamlayan hâkime tarafları en yaygın olan alternatif çözüm yollarından ikisine yönlendirmesi hususunda yasal bir sorumluluk yüklenmiştir. Bu sorumluluk kapsamında hâkim tarafları sulhe ya da arabuluculuğa teşvik etmek durumundadır. Bu kuralın önemli bir amacı tarafları sulhe ve özünde sulhu barındıran arabuluculuğa yönlendirmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı oluşturmak suretiyle, uyuşmazlığı daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir⁴¹. Bu maddede öne çıkan iki kavram, sulh ve arabuluculuk kavramları ihtilafın çözümü için alternatif bir metot olarak değerlendirilebilecek, modern hukuk anlayışında sıkça başvurulmuş ve tavsiye edilen iki önemli müessese olmaları nedeniyle bu kısımda bu kavramlardan kısmen bahsedilecektir

2.2.2. Arabuluculuk

Genel olarak devlet mahkemeleri haricinde uyuşmazlığın taraflarına çözüm için yardımcı olunması amacıyla ihdas edilen alternatif çözüm yollarının ülkelere ve olaylara göre değişik şekillerde uygulandığı görülmektedir (Kavasoğlu, 2010: s.4). Arabuluculuk müessesesi, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla, tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (Hodges, 2012: s.83) katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Bu müessese, 22.06.2012 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak bir kısmı yürürlüğe giren bir kısmı yayım tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecek olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile hukuk sistemimize girmiştir. Her ne kadar yasal statüye 6325 sayılı yasa ile kavuşturulmuş olsa da Türk kültüründe

⁴¹ HMK madde gerekçesinden.

öteden beri “miyenci” veya “meyancı” olarak adlandırılan kimselerin nizalı olanlar arasında gönüllü olarak arabuluculuk ettiği bilinmektedir. Modern uyuşmazlık çözüm metotlarının altmışlı yıllarda ABD de ortaya çıkarak yaygınlaştığı belirtilmektedir (Clark, 2012: s.2).Avrupa ülkelerinde de uzlaşma yoluyla uyuşmazlık çözme yöntemi önemli ve güncel konuların başında gelmektedir. Bu kapsamda 29 Kasım 2011 yılında Avrupa Komisyonu, Tüketici Alternatif Çözüm Yolları (CADR) ve Bilişim Sistemleri Üzerinden Alternatif Çözüm Yolları (ODR) düzenlemesi yapılması amacıyla iki yasa teklifinde bulunmuştur. Avrupa kamuoyunun büyük bir kısmı, 2009 yılında kabul edilip 2011 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesinde düzenlenen, mahkeme bağlantılı arabuluculuk sisteminin henüz tam anlaşılmadığını ileri sürerek bu iki yeni teklifin hazırlanmasına karşı çıkmasına rağmen komisyon bu teklifleri hazırlatırken bu konuya verdiği önemin bir göstergesi olarak üç önemli alt çalışma yapmak suretiyle tekliflerini tamamlamış ve parlamentoya sunmuştur (Hodges, 2012: s.84). Günümüzde bu tartışmalar süregelse de üye ülkeler düzeyinde son kırk yıl içerisinde alternatif çözüm yollarının yaygınlaştırılması için birçok yasal reform yapılmıştır (Blankenburg, 1994: s.790). Ancak, ABD, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda’ da 1970’lerin başında yoğun olarak başlayan alternatif çözüm yollarıyla ihtilafları çözme eğilimlerinin aksine Avrupa ülkelerinde asıl kırılma ve geniş tabana yayılma 1990’lardan daha erken olmamıştır (Ewald, 2010: s.43). Avrupa Kıtası ülkeleri dışındaki ülkelere nazaran gecikilmiş olsa da çeşitli AB ülkelerinde mahkeme dışı birden fazla çözüm metodu geliştirilmiştir (Zuckerman, 1999, s.3; Hodges vd. 2010: s.41). Mesela İskandinav ülkelerinde halkın genel inisiyatifiyle “ Tüketici Şikâyet Kurulu” benzeri mahkeme dışı çözüm alternatifleri geliştirilirken, Almanya’da olduğu gibi düzenlemelerin tamamen yasal çerçevede oluşu örnekler de vardır. Bununla birlikte mevcut usul yasalarının uygulanan alternatif çözüm metodunda uygulanması da farklılık arz etmektedir. Bazı uygulamalarda yasal düzenleme bir gönüllülük esasına dayanılarak uygulanacak bir tavsiye niteliği taşıırken bazı uygulamalarda profesyonelce uygulanması gereken bir düzenleme şeklindedir⁴². Yaklaşık kırk yıllık bir gelişme ve değişme evresinden geçen alternatif çözüm yollarına ilişkin kavramlar ve kuramlar, Avrupa ülkelerin içerisinde ilk olarak Avusturya’nın 01 Mayıs 2004 yılında çıkardığı

⁴² ec.europa. eu/consumers/redress/out_of_court/index_en.htm.

bir yasayla arabuluculuğu bir meslek grubu olarak kabul etmesiyle yeni bir aşamaya geçmiştir (Ewald, 2010: s.44).

Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuk (mediation) en yoğun şekilde aile hukuku uyuşmazlıklarında kullanılmaktadır (Ewald, 2010: s.46). Bunun dışında iş hukuku alanında toplu sözleşme uyuşmazlıklarında, ekonomi hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda, ceza hukukunda failin mağdura verdiği zararların tazmini uyuşmazlıklarında ve yavaş yavaş kamu hukuku alanında özellikle çevre hukuku, plan belirleme uyuşmazlıklarında ve ruhsat uyuşmazlıklarında uygulanmaktadır. Avrupa Konseyi bu konulara ilişkin olarak; aile uyuşmazlıkları için (98) 1 sayılı tavsiye kararı, ceza uyuşmazlıkları için (99) 19 sayılı tavsiye kararı, idare ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar için (2001) 9 sayılı tavsiye kararlarını yayınlamıştır.

Hukukumuzda öngörülen başlıca dava dışı uyuşmazlık çözüm yolları şunlardır: 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” un 7.maddesine göre; aile mahkemesi hâkimi, boşanmak isteyen tarafların çocuklarını da dikkate alarak karşı karşıya oldukları sorunları tespit ettikten sonra, tarafları sulh olmaya teşvik edecektir. Eğer sulh teşebbüsünden netice alınamaz ise, boşanma davasına devam edilecektir. İkinci olarak, 4077 Sayılı “Tüketicinin Korunması Kanun”una göre çıkartılan “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Yönetmeliği”⁴³ ne göre oluşturulan hakem heyetlerine uyuşmazlık değeri büyükşehir statüsü olmayan yerlerde 1.191.52 TL, büyükşehir statüsünde olan yerlerde ise 3.110.58 TL’yi aşmayan konularda başvurmak zorunludur. Parasal sınırı aşmayan tüketici uyuşmazlıklarında önce hakem heyetine uzlaşma için başvuru zorunludur (TKK.m.22/V). Üçüncü olarak da 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 12. Maddesine 6325 sayılı yasanın 35. ve 4667 sayılı Kanunun 23. maddesi ile Avukatlık Kanununa eklenen 35A maddesi ile avukatlara arabuluculuk yapma imkânı sağlanmıştır. Buna göre, avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete

⁴³ R.G. Tarih 31.12.2012, sayı;28514

icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir. Son olarak da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, alternatif yollarla uyuşmazlıkların çözüm yolunun kullanılmasına ilişkin kanuni düzenlemedir.

2.2.3.Sulh

Yargılamanın amacı, “adaletli karar vermektir”. Kararın adaletli olması ise, kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin eder biçimde ortadan kaldırmasının (diğer deyişle, uyuşmazlığa bir daha ortaya çıkmamak üzere son vermesinin) yanı sıra ve ondan çok daha önemli olarak, toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması demektir (Yılmaz, 2008: s.248). Sulh temel olarak yargılamanın devlet eliyle yapılmasının varmak istediği nihai noktalardan biridir. İhtilafların sulh yoluyla çözülmesi etkin ve vatandaş dostu bir yargının da göstergesidir (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.107). Çünkü yargılama sonucunda gerek toplumda gerekse bireyler arasında barışın tesisi ve ihtilafların çözülüp tarafların tatmin edilmesi yargının işlevini iyi şekilde eda ettiğinin bir göstergesidir. Sulh HMK’nun 313’üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Daha açık bir deyişle, mahkeme içi sulh tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlığı sona erdirmek üzere, mahkeme önünde yaptıkları sözleşmedir (Alangoya vd. 2012: s. 429).Sulhun unsurları, bir sözleşmenin mevcudiyeti, bir uyuşmazlık yahut tereddüdün bulunması ve karşılıklı fedakârlıkta bulunulmasıdır (Uluslan, 2011/2-2012/2, s. 975-992). Sulh sözleşmesinde davacı taraf bir kısım alacağından ya da hakkında vazgeçerken, davalı taraf da ilk etapta ileri sürdüğü savunma tezlerini bir nebze yumuşatarak karşı tarafla aynı noktaya gelir. Her ne kadar yasada sulhün yapılma zamanına ilişkin bir kısıtlama olmadığı için yargılamanın tüm aşamalarında (Haas, 2011: s.107) sulhe başvurulabilecek olsa da yargılamanın başında yapılması hem taraflar hem de mahkeme açısından olumlu neticeler doğuracaktır. Çünkü sulh ile sonuçlanan bir uyuşmazlık her iki tarafın da

memnun kaldığı en azından asgari bir müşterekte anlaşabildiğini gösterir ki bu da sosyal barışın, kişiler arasındaki bire bir hukukun daha az zarar görmesi sonucunu doğurur.

Sulhun yapılması şekle tâbidir. Taraflar mahkeme huzurunda sulh olmak istediklerini bildirdikleri takdirde, bu sözlü beyanlarının tutanağa geçirilerek sulh olan taraflara okunması ve imzalatırılması gerekmektedir (m. 154/1, 154/3ç). Sulhun yazılı olarak yapılması halinde ise tarafların bu konudaki beyanlarını içeren dilekçelerinin tutanağa yazılarak eklenmesi gerekir (m. 154/ 4). Bu kapsamda sulh anlaşmasının tarafları bağlayıcı sağlıklı bir sonuç doğurabilmesi için taraf beyanlarının tutanağa geçirilmesi, bunun taraflara okunması, onların onayının alınması ve (varsa) itirazlarının da tutanağa geçirilmesi gerektiği söylenebilir (Uluslan, 2012: s.990; Kuru, 2001: s.3753).

Tarafların sulhe ilişkin irade açıklamalarını tutanağa geçirilmesi işi hâkim tarafından resen yerine getirilmesi gereken bir görev olup; bu iş hâkimin denetimi altında zabıt kâtibi tarafından yerine getirilir (Önen, 1972: s. 117). Dava konusu uyuşmazlığı tamamen çözmeye yönelik sulhun yanı sıra dava konusu uyuşmazlığı kısmen çözen sulhün de tutanağa geçirilmesi gerekir (Önen, 1972: s. 116; Tanrıver, 1996: s. 89; Tanrıver, 2005: s. 39). Ön incelemenin en önemli unsurlarından olan sulhe teşvik müessesesinin uygulanabilmesi için gerek tarafların gerekse hâkimin dosyadaki talepler ve delillere ilişkin ayrıntılı bilgi sahibi olması kaçınılmazdır. Aksi takdirde basit bir çaba ile sulh üzerinden çözüme çok kısa bir yoldan yakalama şansı varken dava dosyasının gereksiz yere karmaşık süreçlere sokulması ve içinden çıkılmaz bir hal alması suretiyle tahkikat aşamasının dahi tamamlanmasında sıkıntı yaşanması sonucu ortaya çıkacaktır.

Sulh veya arabuluculuk suretiyle ihtilafın çözümlenmesi ya davanın taraflarınca daha önce denenmiş ve sonuç alınmadığı için ihtilaf mahkemeye gelmiştir ya da tarafların bu tarz alternatifler üzerinde hiç düşünmemeleri nedeniyle dava açılmıştır. Birinci olasılıkta tarafların sulh girişimi ya da bir arabulucudan yardım alma girişimlerinin akim kalması tarafların ihtilafi net olarak tanımlayamamaları ve ihtilafsız hususları ayıklayamamalarından kaynaklanabilir. Bu durumda dilekçelerin teatisi aşamasında hâkim öncelikle ihtilafı konular ile üzerinde

anlaşılan konuları net olarak ayıklayacak ve tarafların arasındaki çekişmeli hususları kendilerine gösterebilecektir. Ayrıca ön inceleme duruşmasında tarafların yönlendirileceği arabulucu kanunda nitelikleri belirlenmiş, bu konuda eğitim almış uzman bir kişi olacaktır. Bu şekilde uzmanlaşmış bir kişinin davanın uzlaşma ile çözümünde tarafların hasbelkader belirledikleri bir arabulucudan daha aktif rol üstleneceği şüphesizdir. İkinci olarak hâkimin tarafları sulhe teşvik ederken izleyeceği yol ve yöntem de çok önemlidir. Ön inceleme duruşmasında hâkim davanın sonucu ile ilgili ihsası reyde bulunmamak ve taraflar nezdinde tarafsızlığını yitirdiği izlenimi oluşturmamak kaydıyla iyi niyetli bir şekilde dilekçelerden anladığı kadarıyla davanın normal seyrini anlatabilir, dava ve cevap dilekçelerinde belirtilen delillerin toplanma sırası ve süreci ile bu sürecin doğuracağı muhtemel masraflarla ilgili tarafları bilgilendirebilir. Ayrıca tarafların sulh olması halinde zaman ve mali olarak ne kadar tasarruf edebilecekleri anlatılmak suretiyle tarafların sulh olmaya zihni olarak yaklaştırılmaları sağlanabilir. Bu noktada hâkimin ilk etapta yapması gereken şey taraflara net olarak hangi konularda anlaşılmadıklarını, anlaşılamayan bu konuların da sulh yoluyla ya da arabuluculuk kurumu kullanılarak çözülebileceğini anlatmaktır. İsveç uygulamasında hâkim ilk oturumda tarafları ilk önce bir arada dinler ihtilafın ne olduğunu tespit ederek taraflara söyler. Daha sonra sırasıyla taraflarla tek tek görüşerek iki taraf arasında adeta bir arabulucu gibi çaba sarf eder, tarafların karşılıklı taleplerini ve taleplerinin ne kadarından vazgeçerek karşı tarafa ne kadar yaklaştığını diğer tarafa iletir. Bu şekilde sulh olanaklarını sonuna kadar kullanmaya çalışır. Bunu yaparken yargılamaya geçilmesi ve dava sürecinin uzaması halinde tarafların karşılaşacakları mali zorluklar ve külfetlere vurgu yapılır. Ancak bu işlemler sırasında hiçbir tarafın haklılığı veya haksızlığı konusunda oluşan algı taraflara yansıtılmaz (Andersson, 2012: s. 14).

2.3.Usul Ekonomisi, Tasarruf ve Taraflarca Getirilme İlkelerine İşlerlik Kazandırma İsteği

6100 S. HMK'nun hazırlanmasının altında yatan sebepler arasında, adil bir yargılamayla makul bir süre ve giderle hükme ulaşılabilmesi ihtiyacının karşılanması yer almaktadır. Kanun genel gerekçesinde bir taraftan 1086 sayılı HUMK uygulamasından kaynaklanan aksaklıklardan bahsedilirken, diğer taraftan eski

kanunun bazı hükümlerinin yargılamanın makul sürede tamamlanmasına engel olduğu ifade edilmiştir⁴⁴.Yargılamaların uzaması adil yargılama hakkının ihlaline sebep olmakla birlikte, uzayan yargılamanın ortaya çıkardığı mahkeme masrafları da hem kamuya hem de taraflara ciddi mali külfet yüklemektedir. Her ne kadar hukuk yargılamasında masraflar taraflarca karşılandığı için mahkemelerin etkinliği ve verimliliği hesaplamasında kamu üzerinde ağırlığı hafife alınsa da hukuk yargılamalarının uzamasının kamuya maliyeti hiç de hafife alınamayacak kadar önemlidir (Hodges vd. 2010: s.6). Ayrıca hukuk yargılamalarında mahkeme masraflarının önceden, peşinen alınması vatandaşların yargıya erişimini zorlaştıran önemli bir engel olarak değerlendirilmektedir. Sonuç itibariyle taraf vekilleri her halükarda alacaklarını taraflardan tahsil etmekte, devlet ise yargılama masraflarını peşinen aldığı için en azından yargılamadan kaynaklanan ilave bir gideri olmamaktadır. Ancak durum vatandaş açısından değerlendirildiğinde sonucunun ne olacağını kestiremediği bir girişim için ciddi manada ücretler ve harçlar ödemekte ve bu husus kişilerin yargıya erişim hakkını kullanırken bir kez daha düşünmelerini gerektirmektedir (Hodges vd. 2010: s.7). Her geçen gün uzayan ve uzadıkça beraberinde bir kısım maliyetler gerektiren yargılama süreci taraflar açısından bir sonuca ulaşmak suretiyle mutlu olma aracı olmak yerine içinden çıkılmaz bir süreç haline gelmektedir. Çünkü uzayan her yargılamanın oluşturduğu ilave maliyetler olacaktır ve bunun tek yüklenicisi taraflar olacaktır (Hodges vd. 2010: s.8). Belirtilen nedenlerle, makul sürede etkin, ucuz ve verimli bir yargılamaya ulaşmak amacıyla, olağan usulde dilekçe ve tahkikat safhaları arasında yer alacak bir ön inceleme aşaması ve basit usulde tahkikatın başında icra edilecek bir ön inceleme evresi getirilmiştir(m.137,320). Bu müessese iyi işletilebildiğinde vatandaş açısından zaman ve maliyet kaybına neden olmadan sonuç alınmasını mahkemeler açısından ise iş birikmesi suretiyle iş yükünün altından kalkılamayacak hale gelmesinin önüne geçilmiş olacaktır. İyi uygulanan bir ön inceleme aşaması yargıyı rahatlatırken hak kayıplarının da önüne geçebilecektir (Özekes, 2006: s.104). Ön inceleme kurumu uzayan yargılama süresinin kısaltılmasını teminen (Ermenek, 2011: s.144), ikame edilmiş olan bir davanın dinlenilebilirlik ve sürdürülebilirlik şartlarının yargılamanın giriş safhası sonunda öncelikle dosya üzerinden yapılacak bir incelemeden itibaren gerektiğinde ayrı bir ön inceleme oturumunda ele alınması suretiyle en kısa yoldan

⁴⁴ Bkz HMKT, Genel Gerekçe: Başlık I, para.8, 11(Budak, “HMKT” S.3,4).

çözüme ulaşılması hedeflenmektedir. Kanun koyucu, “Ön İnceleme Duruşmasına Davet” başlıklı 139’uncu maddede taraflara çıkarılacak davetiyede 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 hususunun yazılmasını düzenleyerek tarafların duruşmaya katılımını ve bu duruşmada ihtilafın çözümü noktasında iyi bir yol alınmasını hedeflemektedir. Kanun koyucu bu müesseseyle tarafların hukuk yargılamasındaki etkinliğini olması gereken noktaya taşımak istemekte ve tarafların olabildiğine aktif olmasını beklemektedir. Bir başka deyişle diğer ülke uygulamalarında da olduğu gibi hukuk mahkemelerindeki yargılamalarda taraflara kendi hak ve menfaatlerini şekillendirme yetkisi verilmek istenmektedir (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.90). Çünkü ön inceleme aşamasında taraflardan dilekçelerinde belirttikleri delilleri tamamlamaları istenir, temin edilmeyen deliller için ön inceleme duruşmasında iki haftalık kesin süre verilir(m. 140/5), çıkarılacak tebligatta tarafların sulh görüşmeleri için hazırlıklı gelmeleri ihtar edilir. Bu haliyle tarafın mümkün mertebe davaya ilgisi artırılmakta, tarafın davayı daha bilinçli şekilde takibi sağlanmakta ve bu husus da mahkemenin işini kolaylaştırmaktadır. Zira yargılama surelerinin uzunluğu ve davaların yığılmasında mahkemeler kadar taraf ve vekillerinin de davayı takipsiz bırakmaları, ilave süreler talep etmeleri, masraf ve giderleri zamanında yatırmamaları ve davayı farklı yönlerle kanallandırmak suretiyle sebep oldukları olumsuz etkileri göz ardı edilmemelidir (Demirbaş vd. 2000: s. 355).

3. ÖN İNCELEMENİN UYGULANIŞI VE KAPSAMI

3.1.Genel Olarak

Ön inceleme esasa ilişkin yargılamaya geçişte bir ara durak olması münasebetiyle esas duruşmanın ya da tahkikat duruşmasının başarısı ön inceleme işlemlerinin ve duruşmasının başarısına bağlıdır. Ön inceleme kurumu yeni HMK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri olarak değerlendirilmektedir (Yılmaz, 2011: s.236). Ön inceleme aşaması dilekçelerin verilmesinden başlayıp tahkikata kadar süren aşamadır. Ön inceleme neleri kapsamalı bu aşamada mahkemece neler

yapılmalı neler yapılmamalıdır sorusuna verilecek cevap aynı zamanda yargılamanın iki aşamasının birbirinden nasıl ayrılacağına ilişkin sorulara da yanıt niteliğinde olacaktır. Tarafların davadaki niyet ve beklentilerinin, elde edilmesi muhtemel gerekli ve gereksiz delillerin ve dosyanın gidişatının mahkemenin zihninde şekillenmesine yardımcı olacak bu aşama daha sonraki kapsamlı, derinlemesine yoğunlaşmayı gerektiren (Rechberger ve Klicka, 2002: s.86) asıl aşamanın bir şekillendiricisi konumundadır. Tahkikat aşamasından farklı olarak, ön inceleme aşamasında kural olarak delil incelemesi yapılmaz. Kanunda belirtildiği üzere, mahkeme dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir(137/1). Mahkeme ön inceleme aşamasını tamamlamadan tahkikata geçemez (137/2). Bu aşamada dava şartlarını ve ilk itirazları değerlendirme bakımından konuyu aydınlatmaya yaramayacaksa tanık dinleyemez, bilirkişi incelemesi yaptıramaz, keşif yapamaz, yani davanın esastan çözümü için gereken hiç bir işleme girişmez, sadece dosyanın tahkikat aşamasına geçecek şekilde tekemmül edip etmediğini denetlemeye yarayacak işlemleri yapar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2013/4-306 Esas ve 2013/698 karar sayılı içtihadında belirtildiği üzere ön inceleme duruşmasında dava şartları ve ilk itirazlar ile sınırlı olmak üzere tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi işlemler yapılabilir, ancak tahkikat yönelik işlemler yapılamaz. Çünkü bazı dava şartları veya ilk itirazlar hakkında bir karar verilmesi için delil incelenmesi gerekebilir. Örneğin, tarafa ilişkin dava şartı olarak ehliyetin tespiti için bilirkişi incelemesi yapılması ihtiyacı doğabilir (Alangoya, 2008: s.173). Tahkikat aşamasında, yargılamanın amacına uygun olarak, sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi, ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespiti, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek delillere ulaşılması ve bu bağlamda elde olan delillerin mahkemeye sunulması, elde olmayan delillerin ise bulundukları yerden getirilmesi ile mümkün olabilir (Ermenek, 2011: s. 148; Saldırım, 2012: s. 115). Ön inceleme aşamasında, yapılacak işlemlerin kapsamını şu şekilde belirlemek mümkündür. Bu aşamada mahkeme öncelikle ilk itirazlar kabilinden yetkili olup olmadığını ve davanın tahkim yoluyla çözümü gereken bir dava olup olmadığını;

dava şartları kabilinden ise yargı hakkı, yargı yolu incelemesi, görev, kesin yetki, taraf ve vekili yönünden ehliyet, mahkeme giderleri, teminat, hukuki yarar, derdestlik durumu ve kesin hüküm konularını inceleyecek; daha sonra uyuşmazlığı tespit edecek, ihtilaflı ve ihtilafsız konuları ayrıştıracak bu işlemler tamamlandıktan sonra ise delillere ilişkin işlemleri yapacaktır. İhtilaflı konuların ayrıştırılması eski yasanın 216'ncı maddesinde de “hâkim, daha ilk oturumda taraflar arasındaki nizalı olmayan olayları nizalı olanlardan ayırt ederek, bu sonuncuları ne gibi vasıtalarla ispat edeceklerini beyan etmeleri için onlara bir süre verecektir” şeklinde düzenlenmişti (Belgesay, 1949: s.657). Bu noktada ihtilafsız meselelerin ayrıştırılması tarafların dikkatine sunulmak suretiyle onların sulhe bir adım daha yaklaşmalarını sağlamada bir destek olarak kullanılmalıdır. Uyuşmazlığın tespitinden sonra, şayet tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan bir dava söz konusu ise, hâkim tarafları sulhe ya da arabulucuya teşvik edecek ve mutlaka bir tutanakla bu hususu tespit edecektir. Taraflar arasında sulhun sağlanamaması hali ile tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan davalarda, tahkikat aşamasına geçmeden önce hak düşürücü süreler ve varsa zamanaşımı iddiaları da incelenecektir. Bütün bu işlemler yapılmadan tahkikat aşamasına geçmek mümkün değildir (m. 137/2). Bugün uygulamada, özellikle dava şartlarının incelenmesi bakımından, davanın açılmasının üzerinden yıllar geçtikten sonra karar verildiği sıklıkla görülmektedir (Ermenek, 2011: s.156). Dava şartları ve ilk itirazları oluşturan usule ilişkin işlemler işin esasına girilmeden hatta ön inceleme duruşması dahi yapılmadan dosya üzerinden yapılacak incelemeyle karara bağlanacak ve dosyanın sonuçlandırılması ya da devamı hususunda karar verilebilecek konulardır. Bu nedenle kanun koyucu, bu konuların en geç ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanması gerektiğini düzenlemiştir. Kanun, dava şartları ve ilk itirazların incelenmesinin dosya üzerinden olması prensibini kabul etmiştir (m. 138). Fakat gerekli gördüğü hallerde hâkime ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyerek karar verebilme yetkisini de vermiştir (m. 138, 140/1). Bu düzenlemeye göre hâkim, dava şartlarını ve ilk itirazları, önce dava dosyası üzerinde inceleyecek, bu noktada bir karar veremiyorsa ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyecek ve en geç ön inceleme duruşması sonunda kararını verecektir. Bu noktada şu hususa da işaret etmek gerekir ki, özellikle hâkimin ön inceleme duruşmasının sonuna kadar dava şartlarını inceleyerek bir karar vermek zorunda olması; yargılamanın daha sonraki aşamalarında dava şartı yokluğundan

davanın reddi yönünde karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira dava şartları kamu düzenine ilişkindir ve davanın her aşamasında hem taraflarca ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır (Kuru, 2001: s.1392) (m.115/1). HMK'nun138'inci maddesi ile öngörülen husus, hâkimin dava dosyasını mutlaka bir de dava şartları ve ilk itirazlar açısından incelemesi, mümkünse bu konulara ilişkin sorunların bu aşamada çözülmesidir (Ermenek, 2011: s.157).Beş temel aşama öngören HMK'nın davanın açılması ve dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra üçüncü aşama olarak düzenlenen ön inceleme aşaması daha öncede belirtildiği üzere HMK ile getirilen en önemli yeniliklerden biridir (Yılmaz, Zekeriya, 2012: s.543).Bu aşama, işin henüz esasına girilmeyeceği ve tahkikata başlanamayacağı için ön inceleme olarak adlandırılmıştır. Hâliyle bu aşamanın yargılamanın başında yapılması ve tamamlanması gerek kelime anlamından gerekse kanunun emredici hükmünden rahatlıkla anlaşılmaktadır. HMK'da mahkemenin öncelikle dava şartlarını ve ilk itirazları dosya üzerinden incelemek suretiyle bir karar verebileceği, gerekmesi halinde bu konularda karar verebilmek için tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği hususları düzenlenmiştir (m. 138).Yasanın 140'ıncı maddesinde ise ön inceleme duruşmasının nasıl yapılacağı belirlenmiştir. Bu kapsamda ön incelemenin duruşmalı ve duruşmasız olarak yapılabileceği söylenebilir. Duruşmasız ön incelemede bakılabilecek konular sınırlı olmasına karşın duruşmalı ön incelemede evrak üzerinde yapılan ön inceleme sırasında gözden kaçan ya da değerlendirilmeyen hususlar da değerlendirilebilir. Ayrıca dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilebilmesi taraflardan birinin dinlenmesini gerektiriyorsa bu konu duruşmalı ön incelemede ele alınabilir. Bununla birlikte duruşmalı ön incelemede, uyuşmazlıkların tam olarak belirlenmesi, ihtilaflı konular ile uzlaşılan konuların ayıklanması, delillere ilişkin inceleme ve eksiklerin giderilmesinin sağlanması, tarafların sulh veya arabuluculuğa teşviki ve sürelerle ilişkin inceleme yapılabilir. Evrak üzerinde yapılacak ön incelemede ise dava şartları ve ilk itirazlar dışındaki konulara girilemez.

Evrak üzerinden ya da duruşmalı olsun her iki durumda da hâkim layihaların tetkiki işlemini gerçekleştirmek ve çizeceği yolu buna göre belirlemek durumundadır. Ayrıca duruşmalı ön inceleme yapılmasına karar verilecekse duruşma gününün belirlenmesi ve açıklamalı davetiye çıkarılması tarafların davaya katılımı

açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle duruşmasız ön incelemenin kapsamına geçilmeden layihaların tetkiki ile duruşma gününün belirlenmesi ve açıklamalı tebligat hazırlanması konularına yer verilmiştir.

3.1.1.Dilekçelerin İncelenmesi

Hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelerden biri olan yargılamanın hâkim eliyle yürütülmesi kuralının bir yansıması olarak davaya bakan hâkimin tarafların iddia ve savunmalarına tüm ayrıntıları ile vakıf olması gerekmektedir (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.92). Aksi takdirde davanın doğru şekilde ve zamanında çözümü mümkün olmayacaktır. Davaya bakan hâkimin dava dosyasına hâkimiyeti ilk dilekçelerin verilmesiyle başlamaktadır. Bu aşamada kendisine dava dilekçesi gelen hâkim öncelikle dilekçeyi incelemekte ve davalı tarafı hakkındaki davadan haberdar etmek ve varsa karşı iddiaları ve savunmalarını almak amacıyla kendisine davetiye çıkarmaktadır. Bir dava dilekçesinin tebligata çıkarılması için taşınması gereken bazı şekli şartlar olduğu gibi dilekçeyle başvurusunu yapan davacının yerine getirmesi gerekli olan bir takım usulü işlemler de vardır. Dilekçelerde bulunması gerekli olan şartlar HUMK'dan farklı⁴⁵ olarak HMK' da ilk itiraz olmaktan çıkarılmış ise de esasen ön hazırlık aracı olarak dava ve cevap dilekçelerine ilişkin noksanlar resen incelenip bunlar hakkındaki gerekli kararların(m.119/2;130), kural olarak ön inceleme aşamasına geçilmeden giriş safhası içinde verilmesi gerekir. HMK rejimine göre, tarafların başlangıç dilekçelerindeki eksiklikler, dava şartları ve ilk itirazlardan önce ele alınacak şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle, dilekçe teatisi sırasında, Kanunda belirtilen dava ve cevap dilekçeleri standart içeriğinden(m.119/1;129/1) kanunen zorunlu unsur olarak belirlenen hususlar incelenecektir. Bu kapsamda, dava dilekçesi incelenirken, davacının kimlik numarası, adresi ve varsa vekiline ilişkin bilgiler ile talep ve imza konularına bakılır. Cevap dilekçesi bakımından da hitap olunan mahkeme, davalının kimlik numarası, adresi ve varsa vekiline ilişkin bilgiler ile imza şeklinde belirlenen zorunlu içerik unsurlarına(m.119/2;130) ilişkin bir eksiklik bulunup bulunmadığına ve eklerin tam olarak ibraz edilip edilmediği incelenir. Bu aşamada hâkim, dava dilekçesinde usule aykırı bir durum veya noksan

⁴⁵ HMUK, Md. 187/7: Dava arzuhalinin veya davetiye varakasının veyahut cevap layihasının tanziminde kanuni noksanlar bulunduğu veya tebliğin usulüne muvafık olmadığı iddiası,

husus varsa bunların giderilmesine karar verir ve davacıya bir haftalık kesin süre tanır. Bir haftalık kesin süre içinde davacının zorunlu içerik unsurlarına ilişkin eksiklikleri tamamlamaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Aynı şekilde, Kanunda öngörülen zorunlu içerik unsurları tam olmayan cevap dilekçesi de verilecek bir haftalık süre⁴⁶ içinde düzeltilip tamamlanmazsa davaya cevap verilmemiş sayılmasına karar verilir (Çelikoğlu, 2012: s.32). Bu işlemler dilekçelerin teatisi aşamasında davanın yargılamaya hazırlanması işlevini temine yönelik mahkeme ön hazırlık işlemleri olarak kabul edilmektedir. Dava ve cevap dilekçesindeki noksanlıklar HUMK'un 187'nci maddesinin yedinci fıkrasında ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği ve bu kapsamda değerlendirilebileceği düzenlenmiştir (Kuru vd. 2007, s.605). İlk itiraz olarak ileri sürülen bu husus mahkemece incelenerek yerinde görülürse dava dilekçesinin iptaline karar verilmekteydi, bu karar üzerine dilekçesi iptal edilen taraf on gün içerisinde yeniden dava dilekçesi vermezse davanın açılmamış sayılmasına karar verilmekteydi. Dava dilekçesi açısından ise durum bazı farklılıklar içermekle birlikte davalı tarafa da makul bir süre verilerek cevap dilekçesini düzeltmesi istenmekte, bu süre içerisinde dilekçedeki eksikler giderilmemiş ise davalının cevap dilekçesi vermediği kabul edilmekteydi. HMK'daki yeni düzenlemede ise dava dilekçesinde bir eksiklik tespit edildiğinde dilekçenin iptaline karar verilmeksizin davacıya bir haftalık süre verilmekte ve verilen süre içerisinde eksiklik tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Bu düzenlemede de HMK'nun temel felsefesine uygun olarak yargılamayı hızlandırmaya dönük temel amacın bir yansıması olarak dilekçenin iptal edilmesi ve yeniden dilekçe verilmesi yerine dilekçedeki eksikliklerin giderilmesi yolu benimsenmiştir. Bu noktada önem arz eden diğer bir farklılık ise bu hususun ilk itirazlar arasında sayılmaması ve mahkemenin, dilekçenin gerekli şartları taşıyıp taşımadığı hususunu bir talebe gerek kalmaksızın kendiliğinden inceleyecek olmasıdır. Zira bu husus HMK Yönetmeliğinin tensip

⁴⁶ “Dava, el atmanın önlenmesi, ecrimisil ve taşınmazdaki bina ve ambarın tapunun beyanlar hanesinde gösterilmesi isteklerine ilişkindir. Dava dilekçesinin 6100 Sayılı HMK'nun 119/1-g maddesi gereğince belirtilen şartları taşımadığı gerekçesiyle aynı yasanın 119/2 maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş ise de; 6100 Sayılı HMK' nun 119. maddesinin 2. fıkrasında“ Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde, Hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır.” hükmü düzenlendiğinden anılan maddenin yanlış yorumlanarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması isabetsizdir” Yargıtay1.HD, 01.10.2012, 2012/13092E, 2012/10414K. Kazancı.

zaptı başlıklı 40'ncı maddesinin birinci fıkrasının "a" bendinde açıkça ele alınmış ve dava dilekçesinin 119'uncu maddesinde belirtilen şartları taşıyıp taşımadığının tespiti ve bu şartları taşımayan dilekçelere ilişkin ne tür bir işlem yapıldığının tensip tutanağında gösterilmesi hususları düzenlenmiştir. Yine, dilekçe ekleri bakımından iddia ve savunmalarda davayı izah veya ispat için atıfta bulunulan belgelerin verilmesi veya elde olmayanların bulundukları yerden celbi için gerekli bilgilerin verilmesi de tensip zaptı kapsamında ön hazırlık kararıyla istenebilir. Burada tarafa tensip zabtıyla yapılacak bildirimle mahkeme kararına yazılı beyanla etki etme imkânı sağlanması kural olarak yeterli olmakla birlikte, mesela talebin açık olmaması şeklinde bir eksikliğin söz konusu olması halinde hâkimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında çelişki ve boşluklara işaret etme ödevinden tarafın yararlanabilmesi için ikmalin ön inceleme aşamasına bırakılması gerekebilir (Alangoya vd. 2006: s. 70). Zorunlu unsurlarında eksiklik olmayan bir dava dilekçesi ancak karşı tarafa tebliğe çıkarılabilecektir. Bu tebligat üzerine davalı taraf da varsa iddia ve savunmalarını yazılı olarak mahkemeye belirlenen süre içerisinde belirli koşulları taşıyır şekilde iletecektir. Karşılıklı dilekçelerin teatisinden sonra hâkimin tarafların davadaki durumuna ilişkin bir ön bilgisi oluşmaktadır. Bu dilekçeleri inceleyip tetkik edecek olan hâkim davacı tarafın talebinin mahiyeti, davanın niteliği, davalı tarafın savunması ve her iki tarafın iddiaları doğrultusunda öne sürdükleri ve ibraz ettikleri ya da edeceklerini beyan ettikleri delillerini bir arada görme şansı bulacaktır. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken taraflar arasındaki ihtilafın sulh ya da arabuluculuk vasıtasıyla çözülüp çözilemeyeceği konusunda da bir ön bilgi sahibi olacaktır. Bu nedenle yargılamanın daha sonraki aşamalarını ve seyrini etkileyebilecek olan dilekçelerin tetkiki aşaması özenle tamamlanması gereken bir aşamadır (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.95). Bu özen yükümlülüğü hâkim açısından sadece dilekçeleri iyi tetkik ederek taraflara bu eksikliği tamamlattırmak şeklinde ortaya çıkmakta iken taraflar açısından ise eksikliklerin hem tespitinde hem de tamamlanmasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim davanın taraflarının da birbirlerinin talepleri ile ilgili doğru ve ayrıntılı bilgi sahibi olmaları yargılamanın hızlı ve adil bir şekilde sonuçlanmasının yolunu açacaktır. Hâkim, dilekçelerin tetkiki aşamasında öncelikli olarak davanın türünü, talebin niteliğini ve miktarını, dilekçenin gerekli şartları taşıyıp taşımadığını, tarafların iddia ettiği delilleri ibraz edip etmediklerini ya da temini için bir yol gösterip göstermediklerini, dava şartlarını ve resen göz önüne alacağı diğer

meseleleri değerlendirme imkânı bulur. İlk değerlendirmesinden sonra ön inceleme duruşmasında izleyeceği yolu kafasında netleştirebilir. Davanın ilerleyeceği seyri kısmen de olsa bir takvime bağlar ve ön inceleme duruşması için uygun olan zamanı takdir eder. Ya da duruşma yapılmadan evrak üzerinden karar verilebilecek bir durum söz konusuysa buna göre kararını verir ve yargılamayı sonlandırır. Tüm bunların yapılabilmesi ve takvimin makul bir şekilde ilerlemesinin olmazsa olmaz şartı dilekçelerin iyi tetkik edilmesidir. Aksi takdirde dilekçelerdeki eksiklikler ya ön inceleme duruşmasında ya da tahkikat aşamasında fark edilebilecektir ki bu da yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olabilecektir.

3.1.2.Duruşma Günü Belirlenmesi ve Açıklamalı Tebligatın Hazırlanması

Ön inceleme aşamasının tahkikata geçmeden önceki ve en önemli durağı ön inceleme duruşmasıdır. İnceleme aşamasında yapılan tüm hazırlıklar tarafların katılımıyla hâkimin huzurunda yeniden gözden geçirilecek ve davanın bu aşamada sonlandırılmasına karar verilebileceği gibi; tahkikat aşamasına geçilecekse de davanın yol haritası bu duruşmada çizilecektir. Bu nedenle ön inceleme duruşmasına tarafların katılımı, müessesenin sağlıklı işlemeşi açısından hayati öneme sahiptir. Çünkü taraflar bu duruşmada yazılı olarak öne sürdükleri iddia ve savunmalarını sözlü olarak da dile getirme şansı yakalayacaklar ve hâkimin tarafları bizzat karşılıklı olarak dinlemesi onun meselenin derinliğine nüfuz etmesine yardımcı olacaktır (Belgesay, 1949: s.643). Ön inceleme duruşmasından en üst düzeyde verim alınması da duruşma gününün toplanan evraklara ve tarafların katılımına olanak sağlayacak zaman dilimi içerisinde olmasıdır. Bu nedenle hâkim, dilekçelerin teatisi aşaması bittikten sonra duruşma gününü belirlerken tüm bu unsuları göz önüne alacak ve hem dosyanın genel içeriğine hem de tarafların takvime uygun bir duruşma günü belirlemeye çalışacaktır. Bu aşamadan sonra tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi için çağrı kâğıdı çıkarılması ve tarafların duruşmadan haberdar edilmesi, hukukî dinlenilme hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılıdır (Ermenek, 2011: s.154) ve adil yargılanma hakkının da bir tezahürüdür (Kramer vd. 2012: s.31). Ayrıca bu hüküm emredici mahiyettedir. Bu nedenle, ön inceleme duruşmasının yapılabilmesi için taraflara bir davetiye çıkarılması gerekmektedir. Bu davetiyede, duruşma daveti ve sonuçlarına ilişkin hususların dışında, tarafların bu duruşmada sulhe davet

edilecekleri ve bu nedenle sulhe hazırlıklı gelmeleri, duruşmaya mazeretsiz olarak gelinmemesi halinde, diğer tarafın dava dosyasının işlemde kaldırılmasını isteyebileceği (m.150); yargılamaya devam etmek isterse, diğer tarafın, yokluğunda rızası alınmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebileceği (m. 139, 141), ayrıca yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği hususlarının ihtar edileceği düzenlenmiştir (m. 139, 150). Her ne kadar 6100 sayılı Kanun'un 139'uncu maddesinde öngörülen müeyyidelerin uygulanabilmesi için, "mazeretsiz olarak" ibaresine yer verilmemişse de, bu hüküm aynı Kanun'un 141 ve 150'nci maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde bu müeyyidelerin ancak mazeretsiz olarak gelinmemiş olması halinde uygulanabileceğinden kuşku duymamak gerekir⁴⁷.

3.2.Duruşmasız Ön İnceleme

Dosya üzerinden inceleme olarak da adlandırabileceğimiz duruşmasız ön incelemede, hâkim, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra öncelikle dosyayı bu haliyle incelemeli ve mümkün olan kararları vermelidir (Yılmaz ve Zekeriya, 2012: s. 552). Bu aşamada hâkim taraflarla, taraflar da bir birleriyle henüz mahkeme ortamında bir araya gelmemiştir. İddia ve savunmalar evrak üzerinden incelenmekte ve bilinmektedir. Hâkimin bu aşamada resen ve tarafların talebi üzerine bakabileceği konular sınırlıdır. Hâkim öncelikle resen dava şartlarını (m.114) bunlarda bir eksiklik yoksa ve taraflar ileri sürmüşse ilk itirazları inceleyecektir (m.116). Duruşmasız ön incelemenin kapsamını oluşturan dava şartları ve ilk itirazlar çok fazla ayrıntısına girilmeden aşağıda sırasıyla incelenmiştir.

3.2.1.Dava Şartları

Dava şartları, bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları taşıyıp taşımadığını gösteren kriterlerdir (Kuru, 2001: s. 1343). Bu

⁴⁷ "Ön inceleme oturumunun etkin bir şekilde yürütülmesi, tarafları bu oturuma gelemeye zorlayıcı tedbirlerin alınmasına, tarafların bu oturuma hazırlıklı gelmelerine, bu oturumun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesine bağlıdır. Bu sebeple, davette, oturumun sadece taraflardan birisi gelirse, gelmeyen tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği, kendisinin muvafakati olmasa da diğer tarafın iddia ve savunmasını genişletip değiştirebileceği belirtilecektir. Tüm bunlar gözetilerek ön inceleme oturumuna davet, ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Bu davete rağmen, gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen sonuçlarla karşılaşacaktır". Madde gerekçesi.

şartlar davanın açılabilmesi için değil, davanın esasına girilebilmesi ve dinlenebilmesi için gerekli şartlardır (Kuru, 2001: s.1344). Dava şartları gerçekleşmeden davanın esası incelenemez (Pekcanıtez vd. 2012: s.179; Kuru vd. 2012: s.545; Ulukapı, 2011: s.51). Bu şartların varlığı ya da yokluğu davanın her aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği gibi taraflarca da her zaman ileri sürülebilirler (Budak, 2012: s.180). Dava şartlarından biri eksik olan bir dava da açılmıştır ve derdesttir. Ancak mahkeme dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince davanın esası hakkında inceleme yapamaz, davayı dava şartı yokluğundan dolayı reddetmek durumundadır. Tarafların dava şartının yokluğuna rağmen davayı devam ettirmek yönündeki talepleri dahi bu durumda dikkate alınmaz (Kuru, 2001: s.1344). Buna göre, örneğin tarafça bir dava şartı noksanı ileri sürülmesi veya mahkemece fark edilmesi halinde bu sonraya bırakılmaksızın ön inceleme safhasının başından itibaren ele alınıp incelenecek; giderilmesi mümkünse kesin süre verilmesi, değilse davanın usulden reddi, şeklinde mutlaka ön incelemede bu mesele hakkında bir karar verilecektir (m.115/2) (Çelikoğlu, 2012: s.32). Dava şartı eksikliğinin ön inceleme aşamasından sonra fark edilmesi veya ileri sürülmesi halinde, dava şartı noksanının hükme engel usulî kusur niteliği ortadan kalkmış olmayacağından, giderilmesi mümkün değilse, o aşamada davanın usulden reddine karar verilecektir. Ancak, hüküm safhasında giderildiği tespit edilen dava şartı noksanı nedeniyle davanın usulden reddi kararı verilmeyip dava esas hakkındaki yargılama neticesine göre karara bağlanır (m.115/1,3). Yani bu safhada tespit edilen dava şartı noksanı giderilmezse dahi dava haklı görülmemişse esastan reddi gerekir (Umar, 2011: s.336-337). 1086 sayılı eski yasada açıkça düzenlenmemiş (Yılmaz, 2011: s.234) olmakla birlikte ilk itirazların sayıldığı bölümde hâkimin resen nazara alacağı hususlar ayırık tutulmak suretiyle dava şartlarının kastedildiği kabul edilmektedir (Kuru, 2001: s.1344). Ayrıca 1086 sayılı yasanın 437. Maddesinin değiştiren 26.09.2004 tarih ve 4236 sayılı yasanın 16. maddesi gereğince, dava şartlarına aykırılık bir temyiz nedeni olarak düzenlenmişti. Eski kanunun aksine HMK’da dava şartlarının neler olduğu açıkça hükme bağlanmıştır ve dava şartları didaktik bir üslupla (Çelikoğlu, 2012: s.33) tek tek sayılma yoluna gidilmiştir (Budak, 2012: s.180). Dava şartları, yargı yetkisi, Yargı yolu, görev, kesin yetki, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, vekâlet ehliyeti, davayı takip yetkisi, gider avansının yatırılması, teminat işlemlerinin yerine getirilmesi, hukuki

yarar, derdestlik ve kesin hüküm olmak üzere kanunda sırasıyla belirtilmiştir (Pekcanitez vd. 2012: s.180-181). Dava şartlarını düzenleyen 115. maddenin (ı) ve (i) bentlerinde sayılan haller diğerlerinden farklı olarak olumlu değil; olumsuz dava şartı konumundadır (Budak, 2012: s.181). Bu iki dava şartının gerçekleşmesi için daha önce aynı konuda açılmış bir dava olmaması ve dava önce aynı konuda verilmiş bir karar bulunmamasına bağlıdır. Diğer dava şartları ise davanın açılması zamanından sonuna kadar bulunması gereken olumlu dava şartlarıdır.

3.2.2.İlk İtirazlar

İlk itirazlar davanın esasına girmeye engel teşkil eden ve davanın başında ileri sürüldüğünde dikkate alınan usule ilişkin itirazlardır (Pekcanitez vd. 2012: s.212). HMK, başlatılan yargılamanın sürdürülebilir olup olmadığının ön inceleme aşamasında öncelikle dosya üzerinden ele alınıp incelenmesini ve hâkimin gerektiğinde tarafları da dinleyerek dava şartları ve ilk itirazlara ilişkin meseleler hakkında bir karar vermesini öngörmüştür(m.138). Kanunun madde gerekçesinde dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili meselelerin en geç tahkikat başlamadan ön inceleme safhası sonunda mutlaka karara bağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir (Çelikoğlu, 2012: s.31-32). İlk itirazlar davanın esastan incelenmesine engel olduğu için bunlara “dava engelleri” de denir (Kuru vd. 2012. s. 565). Davanın başında esasa cevapla birlikte ileri sürülmeleri halinde incelenir ve dikkate alınırlar aksi takdirde, dosyadaki evrak ve belgelerden anlaşılrsa dahi hâkim tarafından resen dikkate alınamazlar, bu yönüyle ilk itirazlar dava şartlarından ayrılırlar (Pekcanitez vd. 2012: s. 212). Çünkü hâkim dava şartlarını kendisi araştırıp bulmak durumunda olmasına rağmen, ilk itirazları ancak taraflar gündeme getirirse dikkate alabilir (Budak, 2011: s.184; Ulukapı vd. 2011: s.56; Kuru vd. 2012: s.564). İlk itirazlar yalnızca davanın taraflarınca ileri sürülebileceği için üçüncü kişilerin bu itirazları ileri sürme hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca dava, kanuni temsilci olduğu varsayılarak yanlış kişiye karşı açılmış ise bu yanlış kişinin yapmış olduğu ilk itirazlar da dikkate alınmaz (Kuru, 2001: s.4269). Kural olarak ilk itirazların yapılma zamanı cevap dilekçesinin verileceği zaman olan tebliğden itibaren iki haftadır (Pekcanitez vd. 2012: s.213). Bu süreyi aşan ya da ilk dilekçede belirtilmeyip daha sonra ileri sürülen ilk itirazlar dikkate alınmazlar yani tüm ilk itirazların süresi içinde birlikte

yapılması gerekmektedir, davalı cevap dilekçesini vermekle davanın esasına girmiş olmaktadır, bu nedenle davanın esasına girildikten sonra yapılan ilk itirazlar dinlenmezler (Kuru, 2001: s.4269-4277). HMK'nun 117. maddesinde *“İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez.”* hükmüyle ilk itirazların yapılma zamanı ve şekli açıkça belirlemiştir. 131. maddede ise cevap süresi dolmamış olsa dahi ilk itirazların cevap dilekçesinin verilmesinden sonra ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir, yani bu hükümle de ilk itirazların ancak cevap süresi içerisinde cevap dilekçesi ile birlikte tamamının (Alangoya vd. 2012: s.184, Kuru vd. 2012: s.565, Kuru, 2001: s.4276) ileri sürülmesi gerektiği kuralı yinelenmiş olmaktadır. Maddenin mefhum-u muhalifinden davalının ilk önce ilk itirazları içeren bir dilekçe vermesi ardından da süresi içinde davaya ilişkin cevap dilekçesi vermesinin de söz konusu olmayacağı anlaşılmaktadır (Kuru, 2001: s.4277), zira kanunun açık hükmü ilk itirazların ancak cevap dilekçesinde ileri sürülebileceğini belirtmektedir. İlk itirazlar davacı tarafından karşılık davaya verilecek cevap aşamasında ileri sürülecek ise davacının vereceği cevap dilekçesinde aynı usulle bu itirazlarını bildirmesi gerekir (Kuru, 2001: s.4279, Pekcanıtez vd. 2012: s.213. Kuru vd. 2012: s.565). İlk itirazların zamanında yapılıp yapılmadığı hususu resen incelenir, yasanın ön gördüğü iki haftalık sürede ileri sürülmeyen ilk itirazlar açısından hak düşürücü süre geçmiş olur ve karşı taraf itiraz etmese dahi bu husus kendiliğinden göz önüne alınır (Kuru, 2001: s.4271). HMK ön inceleme aşamasında dava şartları ve ilk itirazların mahkemece incelenip mümkünse dosya üzerinden veya gerekliyse ön inceleme duruşmasında tarafları da dinlemek suretiyle karara bağlanmasını öngörmektedir (Çelikoğlu, 2012: s.32; Yılmaz, Zekeriya, 2012: s.479). Hâkim ilk itirazlardan önce dava şartlarını inceler (Kuru, 2001: s.4283) (117/2). Dava şartlarının tamam olduğunu tespit ettikten sonra ilk itirazları incelemeye geçer (Pekcanıtez vd. 2012: s.213). İlk itirazlar mahkemece hep birlikte incelenir ancak bir ilk itirazın incelenmesi neticesinde hâsıl olacak kanaat dosyanın bir sonraki aşamasına geçilmesine lüzum bırakmıyorsa diğer ilk itiraz nedenleri incelenmeden haklı olarak dile getirilen ilk itiraz sebebinin gereği yapılarak yetkisizlik (Kuru, 2001: s.4287) ya da tahkim iddiası yerindeyse görevsizlik kararı verilerek yargılamaya son verilir (Kuru, 2001: s.4285; Pekcanıtez vd. 2012 s.214; Ulukapı vd. 2011: s.57). İlk itirazlar ön inceleme aşamasında mahkemenin olumlu ya da olumsuz bir karara bağlaması gereken hususların başında gelmektedir. Zira, 138.

maddede mahkemenin, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Çünkü bu hususların bir karara bağlanması aynı zamanda mahkemenin yargılamaya devam edip etmeyeceği anlamına da gelmektedir.

Kanunda ilk itirazlar “ Kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı”, “ uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı” ve “işbölümü itirazı” olmak üzere üç ana başlık altında toplanmıştır. Ancak “c” bendinde belirtilen iş bölümü itirazı 26.06.2012 gün ve 6335 sayılı Kanunun 2’nci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 5’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında yapılan değişiklik sonucunda zımnen yürürlükten kaldırılmıştır (Kuru vd. 2012: s.164).

3.3.Duruşmalı Ön İnceleme

3.3.1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 139’uncu maddesinde, mahkemenin dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve gerekli incelemelerin tamamlanmasından sonra, ön inceleme için bir duruşma günü belirleyip taraflara bildirmesi gerektiği, hususu düzenlenmiştir. Düzenlenişi itibari ile bu hüküm emredici mahiyette olduğundan, ön inceleme aşamasında dosya üzerinden bir karar verilemiyorsa duruşma yapılması zorunludur⁴⁸. Ancak dilekçelerin incelenmesi aşamasında tespit edilen dava şartı noksanlığı ya da haklı görülen ilk itirazlar kapsamında dosya üzerinden usulden ret kararı da verilebilecektir. Bu düzenlemeden, ön incelemenin temelde iki ana aşamadan oluşacağı kabul edilebilir: birinci bölümde, dava şartları ve ilk itirazlar incelenecek ve bu konularda dosya üzerinden karar verilebilecektir, ancak bu kararlar duruşmada yapılan diğer incelemeler sonucu verilecek diğer kararlar ile birlikte de verilebilir. Dava şartları ve ilk itirazlar dışındaki konular için

⁴⁸ “....dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra öncelikle dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi; bu konularda yine dosya üzerinden olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi, dosya üzerinden karar verilemeyen dava şartları ile ilk itirazlar hakkında karar verilmek ve diğer ön inceleme işlemlerini yapmak üzere tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesi, 6100 sayılı HMK 137 ve 140 maddelerine göre ön inceleme duruşmasında gerekli usul işlemleri yapıldıktan sonra, tahkikat duruşmasına geçilmesi gerekirken, ön inceleme işlemlerinin dosya üzerinden yapılarak tahkikat duruşmasına geçilmesi ve esas hakkında karar verilmesi doğru bulunmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” YHGK, 2013/4-301 E, 2013/ 928 K. (Yayımlanmamış Karar)

ise mutlaka duruşma yapılmalıdır ki bu kısma ön incelemenin ikinci aşaması denebilir (Umar, 2011: s.402). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bir tazminat davasında, ilk itirazlar ve dava şartları dışındaki konular göz ardı edilmek suretiyle dosya üzerinden inceleme yapmasını ve davalı tarafın devlet olarak sulh olamayacağı kanaatiyle tarafları ön inceleme duruşmasına çağrılmadan ön inceleme tutanağı tanzim ederek davanın esasına girilmesini bozma nedeni sayarak ön inceleme duruşmasının istisnai durumlar dışında yapılması gerektiği konusunu içtihadıyla desteklemiştir (YHGK, 2013/4-301 E, 2013/ 928 K.). Yani bir dava her halükarda tahkikat aşamasına geçecekse bu aşamadan önce mutlaka ön inceleme duruşması yapılması gerekmektedir. Ön inceleme duruşması yapılmadan dosyanın karara bağlanabilmesi ancak ve ancak ilk itirazlardan birinin kabul edilmesi ya da dava şartlarındaki noksanlık nedeniyle davanın reddedilebilmesiyle mümkün olabilecektir. Ön inceleme aşamasının kural olarak bir duruşmada tamamlanması kabul edilmiştir. Ancak, zorunlu haller söz konusu olduğunda istisnaî olarak bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü belirlenebileceği de kabul edilmiştir (m. 140/4)⁴⁹. Mahkeme dosyadaki mevcut belgelerden, tarafların ibraz ettiği dava ve cevap dilekçesinden ve ilk duruşma sırasında edindiği genel kanaatten tarafların sulh olabileceği ihtimalini kuvvetli buluyorsa ikinci bir duruşma günü vermesi mümkün olabilecektir(m. 140/2). Hâkimin davayı aydınlatma görev ve yetkisi ile bu yetkiyi kullanabilme kabiliyeti ön inceleme duruşmasında kendisini gösterecektir (Umar, 2011: s.403). Ön inceleme aşamasında yapılacak olan duruşmanın şekli bakımdan tahkikat aşamasında yapılacak duruşmadan pek fazla farkı bulunmamaktadır. Özellikle tarafların duruşmaya daveti, tarafların duruşmaya katılımı ya da yokluğu halinde yapılacak işlemler, tarafların hazır olmaları ya da başka yerde bulunmaları halinde dinlenmelerine ilişkin usul, duruşmanın düzeninin sağlanmasına ve duruşma düzeninin bozulması halinde başvurulacak tedbirlere ilişkin usul, duruşmanın aleniyeti ve bu aleniyetin istisna ve sınırlarına ilişkin usul ile tutanakların tanzimi ve imza edilmesine ilişkin usul tahkikat duruşmasıyla aynıdır. Ön inceleme

⁴⁹ Ön inceleme oturumu hazırlık mahiyetinde ve esasa girmeden verilecek kararları içeren bir oturmudur. Bu sebeple, dördüncü fıkra da ön incelemenin tek oturumda tamamlanması ön görülmüştür. Ancak, sulh için süre verilmesi halinde olduğu gibi bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü tespit edilebilir. Bu ikinci oturum, istisna olarak düşünülmüş ve ancak gerekli durumlarda, o durumla mütenasip bir süre sonra yapılması gereken bir oturmudur” Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140’ın madde gerekçesinden.

duruşmasıyla tahkikat duruşmaları arasındaki en önemli fark mahkemenin üzerinde yoğunlaştığı konulara ilişkindir. Ön inceleme duruşmasında hâkimin üzerinde duracağı ve sonuçlandıracağı işlemler HMK'nın 137 ile 142'nci maddesi arasındaki maddelerde düzenlenmiş ve nispeten sınırlandırılmıştır. Bu aşamada hâkim davanın görülebilirlik şartlarını incelerken ihtilafın ayrıntılarına girmeden her iki tarafın da memnun kalabileceği, mutabakata varabileceği bir sulh ortamı oluşturmaya çaba sarf edecek ya da görülme şartları taşımayan dava dilekçesini bu aşamada usulden reddedebilecektir. Ancak, tahkikat aşamasına gelmiş bir davanın duruşmasında hâkim ihtilafı esastan çözmek üzere taraflarca ileri sürülmüş tüm iddia ve savunmaları dikkate alarak, yine tarafların ileri sürdüğü ve/veya tedarik ettiği tüm delillerin ayrıntısına girerek; gerektiğinde tanık dinlemek, keşif icra etmek ve bilirkişi raporlarına başvurmak suretiyle tahkikatını tamamlamak ve ihtilafı mahkeme ilamı denen bir sonlandırma tutanağıyla hitama erdirmek bu suretle hangi tarafın hangi iddiasında ne kadar haklı olduğunu açığa kavuşturmak durumundadır. Ön inceleme duruşması için tarafların davetinde tahkikat duruşması için yapılan davetiye ile aynı usul izlenir, ancak ön inceleme duruşması için çıkarılacak davetiyenin biraz daha ayrıntılı olması ve tahkikat duruşma davetiyesine nazaran birkaç konunun da özellikle vurgulanması gerekmektedir. Tahkikat duruşması için çıkarılacak davetiye HMK'nun 147/2'nci maddesinde belirtildiği üzere (...*Taraflara gönderilecek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri bildirilir.*) yazılacak meşruhatın içeriği sadece taraf yokluğunun doğuracağı neticelere ilişkin bir bilgilendirme mahiyeti taşımakta ve ilgililere duruşma yeri, günü ve saatini bildirmektedir. Buna karşılık ön inceleme duruşması için çıkarılacak davetiyede, HMK'nun 139'uncu maddesinde düzenlenen (...*Çıkarılacak davetiyede, 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 ayrıca ihtar edilir.*) hüküm gereğince tarafların sulh görüşmeleri yapabilecek şekilde hazırlıklı gelmeleri ve en önemlisi de diğer tarafın gelmeyen tarafın yokluğunda iddia ve savunmasını genişletebileceği

ihbarının yer almasıdır ki bu husus gelmeyen taraf açısından davanın seyri süresince çok önemli sonuçlar doğurabilecek bir konudur.

HMK'nun 149'uncu maddesinde düzenlenen tarafların rızası olmak şartıyla, diğer tarafın kendisinin veya vekillerinin, bulundukları yerden ses veya görüntü nakli ile duruşmaya katılıp usulî işlemleri yapabilmesine ilişkin hüküm hem ön inceleme aşamasında hem de tahkikat aşamasında aynı şekilde uygulanacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen “ *Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir.*” hükmü ancak tahkikat aşamasında uygulanabilecek bir durumu düzenlemektedir, zira tanık, bilirkişi ve uzmanların dinlenmesi ancak davanın esasına girildikten sonra yani tahkikat aşamasında mümkün olabilecektir. Tarafların duruşmaya gelmemesi haline ilişkin olarak 150'nci madde hükmü aynı şekilde hem tahkikat hem ön inceleme duruşmasında uygulanabilecektir, ancak gelen tarafın karşı tarafın yokluğunda iddia ve savunmasını değiştirme ve genişletme olanağı sadece ön inceleme duruşmasında söz konusu olabilecektir.

Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler. Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir (m.31). Bu sayede dilekçelerinde açıklanması gereken bir husus varsa bu hususa açıklık getirilmesini sağlar, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Bu tutanak dilekçenin verildiği andan gelinen aşamaya kadar nelerin yapıldığının, nelerin yapılacağına bir hulasasını oluşturur. Tahkikat bu aşamadan sonra bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür. Bu tutanakta belirlenen ihtilaflar üzerinde yargılama yürütüleceği gibi ihtilaf konusu olmadığı anlaşılan ya da tarafların

üzerinde anlaştığı kısımlar üzerinde artık bir işlem yapılmaz. Bir ölçüde dosyanın yükü mümkün olduğu nispette bu aşamadan itibaren azaltılmış olur. Ön incelemenin tek duruşmada tamamlanması hedeflenir ve yasada da tamamlanacağı yönünde açık hüküm bulunmaktadır, ancak yasa zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilebileceği yönünde bir açık kapı bırakmıştır. Özellikle tarafların sulh olma ihtimali yüksek görülüyorsa ikinci bir duruşma günü de tayin edilebilir. Ön inceleme duruşması, hem tarafların hem de hâkimin hazırlıklı geleceği bir aşama olduğu varsayıldığından ve bu aşamada tüm delillerin tamamlanmış olması umulduğundan, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için son olarak iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.

3.3.2.Uyuşmazlık Konularının Tam Olarak Belirlenmesi

Uyuşmazlık, taraflar arasında daha önceden yaşanmış olan sosyal ya da hukuki bir ilişkinin normal seyrinin dışına çıkması veya tarafların istediği gibi devam etmemesinden ya da bir tarafın diğer taraftan talep ettiği bir şeyi alamaması üzerine başlayan bir süreçtir. Uyuşmazlığın, hukuk âleminde bir varlık olarak yerini alması ise taraflarca bir dilekçeye dönüştürülerek yargı makamlarının önüne taşınmasıyla mümkün olabilecektir (Fazzalari, 1998: s.237). Uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınmasında ve yargının harekete geçirilmesinde ilk harekete sebep olacak kişiler taraflardır. Tarafların dilekçelerinde belirttikleri ihtilafa sebep olan konu, üzerinde uzun süre yargılama faaliyeti yürütülecek olan uyuşmazlığı oluşturacaktır (Jolowich, 2000: s. 61-62). Uyuşmazlığın sade vatandaş gözüyle değerlendirilmesinin yanı sıra hukuk dünyasında da sahip olduğu ve kendisine özgü bir kimliği, bir kısım özellikleri ve sebep olacağı bazı sonuçlar bulunabilir. Bu nedenle dilekçeye yansıtılmaya çalışılan bir ihtilafın hukuk dünyasındaki karşılığını en iyi takdir edecek yani uyuşmazlığı nitelendirecek kişi hâkimdir. Hâkim tarafların talep ve savunma dilekçelerine günlük dille yazılmış olsa dahi olayları bir hukukçu gözüyle değerlendirip bilgi ve tecrübesini bu değerlendirmesine yansıtarak, almış olduğu hukuk eğitiminin kendisinde oluşturduğu bilgi süzgecinden süzerek sıradan gibi

görünen bir sosyal olayın dahi hukuk dünyasındaki yansımaları tespit edecek ve uyuşmazlığı niteleyecektir. Hâkimin yargılama aşamasında süreci yönetme, delilleri değerlendirme, kanunu uygulama ve usul kurallarının gerektiği gibi uygulanmasını takip etme sorumluluğu vardır (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.93). Yargılama süresince üstleneceği bu asli fonksiyonlarının yanında yargılamanın başında yapacağı uyuşmazlığı nitelendirme sorumluluğu da AİHS'nin vatandaşlara tanıdığı olduğu adil yargılanma hakkının sağlıklı şekilde tezahürünün ön aşamasını oluşturacaktır (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.92). Aslında hâkimin asli fonksiyonlarının kaynağını teşkil eden bu sorumluluk yukarıda da belirtildiği üzere uyuşmazlığı doğru şekilde tespit etmesiyle şekillenecektir. Uyuşmazlığın özünün tam olarak tespit edilmesi, davada ispatlanacak ve ispata lüzum kalmayan konuları birbirinden ayırmada dolayısıyla ispatı gerekenler için ne tür bir çalışma yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır (Umar, 2011: s.400). Çünkü uyuşmazlık davanın özünü oluşturmaktadır ve tüm süreç buna göre şekillenecektir. Sürecin hızlı ve verimli bir şekilde yürütülmesi ve çözümün kolaylaştırması için gerekli olan delil ve belgelerin doğru tespit edilebilmesi ve bir bütün olarak karar sürecine yaklaşılması için daha sürecin başında doğru tarafa yönelmek gerekmektedir bu da uyuşmazlığın doğru tespit edilmesiyle mümkün olacaktır. Uyuşmazlığın nitelenmesi davanın tarafları açısından da aydınlatıcı bir rol üstlenmektedir. Çünkü ön inceleme duruşmasında taraflara dilekçeleri, sundukları diğer belgeler ve deliller ile ne demek istedikleri, ne talep ettikleri, neye karşı çıktıkları neyi kabul ettikleri hususu bir kez daha hatırlatılacak ve ön inceleme duruşmasına kadar ortaya koydukları hukuki performansın mahkeme ve diğer taraf nezdinde nasıl algılandığını görme fırsatı verilecektir. Aynı zamanda karşılıklı olarak taraflar karşı tarafın talep ve savunmalarını daha iyi anlama olanağı bulacaktır.

Dilekçelerin tetkiki başlıklı konuda da belirtildiği üzere, yargılama faaliyetlerinin uzun sürmesinin önüne geçilmesinin önemli adımlarından birisi hâkimin dosyayı iyi okuması dosyanın her ayrıntısına vakıf olması ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı oluşturan konuları tam olarak bilebilmesinden geçmektedir. Dava açmak suretiyle talepte bulunan davacının iddia ettiği belirli bazı konular olduğu gibi bu talebin haksız olduğunu iddia eden davalı tarafın da savunma dilekçesinde vurguladığı bazı konular ve olaylar olabilmektedir. Öncelikli olarak iki

tarafın arasındaki uyuşmazlığın konusunun tam olarak tespit edilmesi ve bu konuların aydınlatılmasına gayret edilmesi gerekmektedir. Tarafların ortaya attığı iddia ve savunmadan bir kısım konuların halen ihtilaflı olduğu bir kısmının ise çekişme konusu olmadığı kolaylıkla tespit edilebilecektir. Bu tespit ancak iyi bir dilekçe tetkiki ile mümkün olabilecektir. Tespit edilen konular ihtilaflı ve ihtilafsızlar olarak iki ana başlık altında toplandıktan sonra ihtilaflı olanlar üzerine yoğunlaşılacak ve süreci hızlandırmak için kullanılacak delillerin neler olabileceği değerlendirilecektir (Verkerk, 2010: s.28). İhtilafsız olan konu başlıkları ise özellikle ön inceleme duruşması sırasında taraflar nezdinde ortaya konulacak ve tarafların sulhe ne kadar yakın oldukları kendilerine gösterilme olanağına kavuşacaktır. Adil yargılanma hakkını ihlal edecek kadar uzun süren yargılama müessesesinin temel sorunlarından birisi de, hâkimlerin dosyayı gereği gibi okuyamıyor olmasıdır. Dosyanın gereği gibi okunamamasının bir sonucu olarak hâkim, dosyaya vakıf olamamakta; bu yüzden uyuşmazlığın içeriği tam olarak belirlenememekte ve buna bağlı olarak yargılamanın gidişatına ilişkin bir yol haritası oluşturulamamaktadır. Bu nedenle başarılı bir yargılama ortaya koyabilmenin ön şartı iyi tekemmül etmiş bir dosyanın oluşturulmasıdır, dosyanın iyi tekemmül etmesi için de hâkimin dosyanın tüm aşamalarına vakıf olmasıyla mümkün olabilecektir, bunun için de hâkimin iyi bir ön inceleme yapması ve dosyanın izleyeceği yolu iyi çizmesi gerekmektedir. Bunu yaparken yargılama sürecinin ne gereğinden fazla uzamasına fırsat verecektir ne de dosyanın tamamlanmadan karara bağlanmasına ve bu şekilde üst mahkemelerden bozulmak suretiyle daha uzun bir zamana yayılmasına imkân tanıyacaktır. İyi bir ön inceleme sürecinden geçen bir dosyada bulunması gerekli olan bir delil eksik kalmayacağı gibi gereksiz olan bir delil ve işlem için de zaman ve emek kaybı oluşmayacaktır. Bu şekilde başlangıç aşamasından itibaren fazlalıkları üzerinden atılan ve ihtiyaçları doğru şekilde tespit edilebilen davanın zaman ve emek yönetimi de iyi yapılabileceğinden yargılamanın etkin ve verimli bir şekilde işleminin yolu açılacaktır.

Bu noktada yargılamanın amacına uygun olarak yapılması ve sonuçlandırılması, ön inceleme aşamasının başarısına; ön incelemenin başarısı ise, dosyanın en iyi şekilde tekemmül etmesine ve hâkimin dosyaya vakıf olmasına bağlıdır. Hâkim ön inceleme duruşmasında, gerekiyorsa ilk itirazlar ve dava

şartlarına ilişkin bazı konuları açığa kavuşturmak amacıyla tarafları dinler (m. 140). Taraflar dilekçelerinde ayrıntılı olarak belirttikleri hususları sözlü olarak bir kez daha dile getirme şansı elde edeceklerdir. İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kuralı göz önünde tutulmak koşuluyla taraflar dilekçelerindeki belirttikleri ancak ikmal etmedikleri bazı belgeler bu sayede tamamlayabileceklerdir. Bu dinleme esnasında taraflar ileri sürdükleri vakıaları somutlaştıracaklar (m. 194)⁵⁰ ve böylece tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktalar ortaya çıkacaktır (m. 140/1). Her iki taraf da bir birinin dava ile hangi amaca ulaşmaya çalıştığını daha iyi anlayabilecek ve aralarındaki ihtilafın zihinlerinde somutlaştırmış olacaktırlar bu da taraflara sulh ve arabuluculuk konusunda kendi konumlarını bir kez daha değerlendirme imkânı sunacaktır. Zira tarafların ileri sürdükleri vakıaları somutlaştırmaları, anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktaların tespit edilmiş olması hem ön inceleme aşamasının en önemli işlevlerinden birisini yerine getirecek olan sulhe teşvik ve arabuluculuğa yönlendirme hem de yargılamanın ilerleyen aşamaları bakımından son derece önemlidir⁵¹

Taraflar ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 29’da ifade edilen dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük her iki tarafında istediği sonuca yasanın öngördüğü süreç ve miktarda ulaşmalarını kolaylaştıracak bir yükümlülüktür. Tabi ki bu yükümlülük bir tarafların karşı tarafın elini güçlendirecek kendisini haksız konuma düşürecek bir hususu açıklaması için zorlanması şeklinde geniş yorumlanmamalıdır (Lipp ve Fredriksen, 2011: s.91). Bu hükme göre, taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde açıklamakla yükümlüdür (m. 29/2). Bu yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içerisinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez (HMK madde 29’un gerekçesi). Bu noktada

⁵⁰ “Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 194/1’in madde gerekçesinden*

⁵¹ Tahkikatın amacına uygun olarak, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam olarak tespiti gerekmektedir... Bu aşamanın diğer bir önemli yönü ise, uyuşmazlık noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukuki tartışma da bu noktalara münhasır olarak yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesinden*

taraf lar, kendi menfaatlerine olan husus lar ıleri sürüp sürmemekte serbesttir. Aleyhine olan husus lar ı da ıleri sürmek zorunda değildir. Ancak, gerek kendi lehlerine gerekse karşı taraf aleyhine ıleri sürdükleri husus lar bakım ından mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Aksi halde, bu beyanlar mahkeme tarafından dikkate al ınıp değ erlendirilmezler (HMK madde 29'un gerekçesi). Değ erlendirme d ışı tutulacak olan gerç ek d ışı beyan, belge her türlü delil ve talep mahkemenin işleyişini zorlaşt ırmak ve yavaş latmakla sonuç itibariyle mahkemenin geç işlemesi yanında taraflar ın da zaman ve mali kay ıplar ını art ırmaktadır. Bu aşamada hem dosyan ın doğ ru yöne kanalize olması ve bu surette tam olarak hızlı bir şekilde tekemmülü hem uyuşmazlığ ın ve uyuşmazlığı doğ uran vakaların tam olarak tespiti ve hem de sulhe teşvikin başarısı bakım ından, taraflar ın özellikle dürüst davranma ve doğ ruyu söyleme yükümlülüğ üne uygun hareket etmiş olmaları son derece önemlidir. Mahkeme de bu yükümlülüğ ün yerine getirilip getirilmediğ ini kendiliğ inden dikkate almalıdır.

3.3.3.Delillerle İlgili İnceleme

Hâkimin asli fonksiyonlarından birisi de taraflarca ibraz edilen delilleri değ erlendirmektir (Lipp ve Fredricksen, 2011: s. 93).Bu fonksiyon hükmü kuracak olan kiş iye hüküm kurma yolunu aydınlatacak bir yol gösterici şeklindedir. Deliller ihtilaf ın çözü m araçlarıdır. Taraflar haricindekilerin gerç eğe yaklaşmasındaki yegâne araçlar delillerdir. Bu nedenle delillerin doğ ru bir şekilde değ erlendirilmesi adil bir yargılamanın önemli bir aşamasına işaret etmektedir. Her ne kadar delillerin ıleri sürülmesi ve ikmal edilmesi taraflar ın tasarrufunda olan bir husus olsa da taraflar ın, delilin nasıl değ erlendirileceğ i hususunda hâkime yol gösterme olanağ ı yoktur (Lipp ve Fredricksen, 2011: s.99).Eski bir hukuk kaidesi olan “bir şeyi iddia eden ispat yükünü taş ır (Incumbit el qui dicit) yoksa inkar eden değ il (Factum negontis probatio nulla est)” ilkesi (Üstündağ, 1997, s.615) HMK'nun 190' ıncı maddesinde “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*”şeklinde düzenlenmiştir. Bu ilke ve kurallar kapsamında hukuk yargılamasında taraflar ın delilleri hazır etme sorumluluğ u delillerini serbestçe sunma hakk ı (Kramer vd. 2012: s.31) vardır.Bu ilke doktrinde taraflarca hazırlanma ilkesi (Principle of Party Presentation) (Grubbs,

2003: s.248) olarak da anılmaktadır. Modern anlayışta, delillerin taraflarca hazır edilmesinin yargılamayı hızlandıracak bu sayede de gerçeği araştırırken gereksiz ilave giderlerin önüne geçileceği kabul edilmektedir (Verkerk, 2010: s.33). Usul yasalarını yapanlar, yargılamada verimsizliğe sebep olacak uygulamaların önüne geçecek şekilde düzenlemelerin yapılmasını hedefler. Bu nedenle taraflara, gecikmelere sebep olmayacakları, karşı tarafı anlamaya çalışarak, onları birbirleriyle anlaşmaya varma yönünde cesaretlenecekleri ve kaynakları verimli şekilde kullanmak suretiyle iddialarını ispatlayacakları yollar sunmaya özen gösterirler (Verkerk, 2010: s.35). Bunun yansımalarının bir sonucu olarak, birçok hukuk sisteminde hukuki gerçekliği yakalamak için gösterilen olumlu çabalar desteklenirken, süreci yavaşlatan ve tıkayan girişimlerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır (Verkerk, 2010: s.38). Bazen taraflar ve vekilleri, oluşturacağı maliyete ya da karşı tarafın işine yarama riskine bakmaksızın birçok lüzumsuz delile başvurma eğilimine girerler (Kramer vd. 2012: s.29). Bu eğilim dosyayı içinden çıkılmaz bir sürece doğru sürüklerken hem adil yargılamanın gecikmesine sebep olmakta hem de fayda maliyet değerlendirmesinde mahkemelerin ve tarafların zararına sonuçlar doğurmaktadır (Hodges, 2010: s.13). Hem sürecin hızlanması, hem maddi gerçeğe yaklaşılması ve hem de maliyet fayda dengesinin tutturulması açısından hâkimin sürece başından itibaren sahip çıkması ve süreci yönetmesi kaçınılmaz bir hal almaktadır. Bu nedenle hâkim dosyadaki delilleri bir bütün olarak talep ve savunmaları da göz önüne alarak dosyadaki diğer belgelerle birlikte değerlendirecektir(m.197). Dosyaya lüzumsuz delil girmemesi için çaba sarf etmek suretiyle zaman ve maliyet israfını önlerken gelmesi gereken delillerin temini için de yasanın ön gördüğü nispette tarafları harekete geçirecektir. Bu nedenle ön inceleme aşaması delillerin esas yönünden incelenmesinden ziyade teminine ve gerekliliğine dönük bir inceleme ve hazırlık süreci olacaktır. Ön inceleme aşaması ve duruşmasında hâkim tarafları ve sundukları belge ve delilleri genel hatlarıyla tartma ve değerlendirme şansı bulacaktır, ancak bu delilleri, davanın esastan çözümüne olanak sağlayacak şekilde değerlendirmeyecektir. Tahkikat sırasında bu delillerle nasıl sonuca gidebileceği ve sonuca gitmek için ilave olarak ne tür verilere ihtiyacı olduğunu tespit edebilecektir. Taraflar açısından da bu aşama tahkikata hazırlıklı başlama ve karşı tarafın tahkikat sırasında öne sürebileceği tezler ve yapacağı hamleleri tahmin edebilme olanağı sunacaktır, zira her yargılama süreci karşılıklı

taraflar açısından bir müsabaka suretine bürünmektedir. Bu müsabakada taraflar ısrarlı bir şekilde delillerini yarıştırmak isterler ve kendi delillerine dayanılarak bir işlem yapıldığı zaman istedikleri sonucu alacaklarını düşünürler (Verkerk, 2010: s. 40). Bu nedenle ön inceleme aşaması sürecin tarafların hırsları ve yönlendirmeleri neticesinde akamete uğramasını önlemek açısından da önemli bir süzgeç görevi ifa edecektir. Ön inceleme aşaması mahkemenin, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapacağı bir hazırlık aşamasıdır (Ermenek, 2011: s.159). Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları için iki haftalık kesin bir süre verilir. Bu hususların verilen süre içerisinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılır (m. 140/5). Bu aşamada hâkimin delillere ilişkin yapacağı inceleme dilekçelerde bahsedilen delillerin tamamlanıp tamamlanmadığı ya da bu yönde bir hazırlığın olup olmadığı hususudur. Yukarıda da bahsedildiği üzere ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delillerin incelenmesi söz konusu değildir. Bu aşamada delillerin toplanması ve bu suretle dosyanın tekemmül etmesi önemlidir (Ermenek, 2011: s.144). HMK'nun 140. Maddesinin gerekçe bölümünde , *“Ön inceleme aşaması tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinlenilmesi, belge incelenmesi, bilirkişi görüşü alınması, keşif yapılması ve yemin teklif edilmesi gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu açık Kanun hükmüne aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirir.”* ifadelerine yer verilmiştir ki bu gerekçeden kanun koyucunun bir kez daha hazırlık aşaması ile tahkikat aşamasını birbirinden belirgin şekilde ayırmak istediği ve bu aşamada delillerin esasa girecek şekilde incelenmemesi gerektiği yönündeki iradesini açıkça ortaya koymaktadır.

Ancak bu, ön inceleme aşamasında delillerin hiç incelenmeyeceği anlamına gelmez. Özellikle ilk itiraz veya dava şartlarının eksik olduğu yönündeki itirazları destekleyecek delillerle, hak düşürücü süreler ile zamanaşımına ilişkin sürelerin geçtiğini (veya zamanaşımın durduğu ya da kesildiğini) ispata yarayan deliller bu

aşamada mahkeme tarafından incelenebilmelidir (Ermenek, 2011: s.159). Ayrıca, bu aşamada hâkime verilen görevlerin en önemlilerinden birisi sulhe teşvik ve arabulucuya yönlendirme olduğundan, bu yolun açılması ve beklentilerin gerçekleşmesi için hâkim, özellikle yazılı delilleri (mahkeme kararı, senet gibi) inceleyebilmelidir.

Taraflar ön inceleme aşamasında ellerindeki delilleri mahkemeye sunmuş olmalıdır. Zira Kanun'un 121'nci maddesinde dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması gerektiği, açıkça vurgulanmıştır. Aynı husus cevap dilekçesi (m. 129/2) ve tarafların ikinci dilekçeleri için de geçerlidir (m.136/2). Şu halde taraflar ön inceleme aşamasına gelmeden daha dilekçeler aşamasında dilekçelerinde belirttikleri ve ellerinde bulunan belgelerin asıllarını veya örneklerini mahkemeye sunmuş olmalıdırlar. Ellerinde olmadığı için teslim edemedikleri belgelerle, diğer delilleri ise ön inceleme aşamasında mahkemeye sunmalıdırlar (m. 137/1). Tarafların elinde olmayıp başka yerden mahkeme vasıtasıyla getirtilecek belgeler hakkında ise duruşmada açıklamada bulunmalıdır. Bu bağlamda, taraflar dilekçelerinde ve en son ön inceleme safhasında ileri sürdükleri vakıaları somutlaştırması ve her bir vakıa için hangi delilleri gösterdiklerini açıkça belirtmeleri gerekir (Ermenek, 2011: s.160). Ayrıca gerekirse bu açıklamaları yapabilmeleri için taraflara iki haftalık kesin süre verilebilecektir (m. 140/5). Taraflar bu sürede de gerekli açıklamaları yapmaz veya delilleri sunmazlarsa o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılırlar (m. 140/5)⁵².

Taraflar, ön inceleme aşaması geçtikten sonra kural olarak yeni delil sunamazlar. Ancak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan

⁵² “Taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse, bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksikliklerin tamamlanması düşünülmüştür. Taraflar bu şanslarını doğru kullanmazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürüyecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/5'in madde gerekçesinden*

kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (m. 145)⁵³.

3.3.4.Sulhe veya Arabuluculuğa Teşvik

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme aşamasında üzerinde önemle durulan konuların başında, hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi gelmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından ön inceleme aşaması ne kadar önemli ise, ön inceleme aşamasında da sulhe veya arabuluculuğa teşvik dediğimiz mahkeme dışı çözüm yolları o kadar önemlidir. Ön inceleme aşamasında büyük ölçüde delillerin toplanacağını ve uyuşmazlığın tespit edileceğini varsayan kanun koyucunun, resmin tamamını gören tarafların hâkimin de teşvikiyle sulh konusunda daha istekli davranabilecekleri düşüncesinde olduğu söylenebilir⁵⁴.

HMK'nun 140'ıncı maddesinde düzenlenen “*ön inceleme oturumunun*” işlerliğinin sağlanabilmesi ve özellikle tarafların sulhe veya arabuluculuğa özendirilmesi için; hâkim bu aşamada tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde önüne gelen uyuşmazlık hakkında objektif olarak hukukî açıklamalarda bulunabilmeli, tarafların avukatı bulunması halinde onları Avukatlık K. m.35/A hükmünün işletilebilmelerine özendirmeli ve hâkimin bu davranışının, hâkimi ret sebebi olmayacağı Kanuna yazılmalıdır (Yılmaz, 2011/2, s.237).

Sulh konusunda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213'üncü maddesinin birinci fıkrasında işaret edilen, “sonuç vereceği umulan hallerde hâkimin tarafları sulhe teşvik edebileceğine” ilişkin hükümden başka bir düzenleme yoktur. Buna karşılık, HMK'nun birçok maddesinde sulhe ilişkin hükümler yer almaktadır. HMK'nun 137'nci maddesinde, tarafların üzerinde

⁵³ “...Yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa, hâkim gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi, hukuki dinlenilme hakkının tabii bir sonucudur” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 145'in madde gerekçesinden*

⁵⁴ “Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 137'nin madde gerekçesinden*.

serbestçe tasarruf edebileceği davalarda hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği ve bu hususun tutanağa geçirileceği düzenlendikten sonra; 139’uncu maddesinde çıkarılan davetiyede, taraflara sulh için gerekli hazırlıkları yapmalarının ihtar edileceği; 140’ncı maddenin ikinci fıkrasında, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği; bu konuda bir sonuç alınacağı kanaatine varması halinde gerekirse taraflara bir defaya mahsus süre verebileceği; aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşılmadıkları hususların nelerden ibaret olduğunun tutanağa yazılacağı ve tutanağın altının hazır bulunan taraflarca imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, tarafları sulhe özendirmek bakımından, sulh müzakereleri sırasında yapılan ikrarların tarafları bağlamayacağı yönünde bir hüküm de yasada yer almaktadır (m. 188/3). Bu düzenlemeler çerçevesinde, ön inceleme aşamasında hâkim usule ilişkin talep ve itirazları inceledikten sonra, uyuşmazlığı tespit edecek ve uyuşmazlığın tespitinden sonra, tarafları sulhe veya arabulucuya teşvik edecektir. Bu görevin hâkim açısından zorunlu olduğunu kabul eden görüşlerle birlikte bu hususun hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini savunanlar da vardır. Birinci görüş ve madde gerekçesine göre hâkimin bu aşamada tarafları sulhe veya arabulucuya teşviki, onun takdir yetkisinde olan bir husus olmayıp, ona yüklenmiş bir görevdir (Şeker, 2011: s. 309; Çelikoğlu, 2012: s. 42; Ermenek, 2011: s. 142; Yılmaz, 2012: s. 237; Kuru ve Budak, 2012: s. 14-15; Karşlı, 2011: s.452). Bu nedenle sulhe teşvik zorunludur⁵⁵. Bu konuda 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunun 21’inci maddesinin “c” bendine, 6460 sayılı kanunun 6’ncı maddesi ile 17.04.2013 tarihinde eklenen “...*alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları...*” ibaresi ile hâkim ve savcılarının terfi işlemlerinde dikkate alınacak kriterler arasına alternatif çözüm yollarını uygulamada gösterecekleri performans da eklenmek suretiyle konunun uygulayıcılar arasında yaygınlaştırılması amaçlanmıştır. Kuru ve Budak bu zorunluluğun varlığının kabulünü ve faydasını: “*Tarafların sulhe teşvikinin basit bir ön hatırlatmadan ibaret kalmaması ve sulh girişimi başarısız olmuş ise tarafların uyuşmadıkları noktaların neler olduğunun (deyim yerindeyse, sulh girişiminin*

⁵⁵ “Ön inceleme safhasında, anlaşmazlık noktalarının az veya çok olmasına bakılmadan, hâkimin, tarafları sulhe teşviki zorunludur.” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/2’nin madde gerekçesinden*

başarısız kalmasının nedeninin) dahi duruşma tutanağına geçirilmesi gerekecektir. Bu niteliğiyle ön incelemedeki duruşma tutanağı, bugüne kadarki mahkemeler uygulamamızda karşımıza çıkan “tensip zaptı”ndan daha kapsamlı ve belki tahkim usulünde karşımıza çıkan “görev belgesi” ne benzer; yapılacak tahkikat ve yargılamanın içeriğini ve sınırlarını belirleyen bir yol haritası olacaktır.” şeklindeki cümleleriyle bir makalelerinde ifade etmektedirler (Kuru ve Budak 2011: s. 15-16). Sulhe teşvike ilişkin bu düzenleme, usulen yerine getirilmesi gereken bir hüküm olmayıp, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürmeden, isteyerek ve inanarak, yapıcı bir şekilde aktif çaba göstermesini ve gerektiğinde inisiyatif de almasını gerektiren bir içeriği ifade etmektedir⁵⁶. İkinci görüşe göre ise yasanın lafzından, hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvikinin zorunlu olduğu sonucu çıkıyorsa da metnin bu şekilde anlaşılması ve uygulanması ortaya bir takım olumsuzluklar çıkarabilir (Umar, 2011: s.403). Örneğin, haksızlığı net bir şekilde ortada olan bir kişinin karşısındaki tarafa sulh teklif etmek hâkime yakışmayacaktır. Bu nedenle sulh önerisinde bulunmayı hâkimin takdirine bırakmak daha doğru olacaktır (Umar, 2011: s.403). Bu düzenleye rağmen, hâkim, tarafları sulhe teşvik etmeden dosyayı çözmüşse; sulh önerisinde bulunmamış olması nedeniyle dosyanın bozulmaması gerektiği görüşünde olanlar da vardır (Umar, 2011: s.403).

Kanaatimizce sulhe teşviki yasanın metninde ve gerekçesinden anlaşıldığı şekliyle zorunlu olarak kabul etmek ve uygulamak gerekecektir. Bu zorunluluk sulhü ve arabuluculuk müessesesini taraflara hatırlatma zorunluluğudur, hâkim tarafları mutlaka her ne şekilde olursa gidip kendi aranızda anlaşın öyle gelin demesi ya da arabulucuya gidip sonra mahkemeye gelin demesi söz konusu olmayacaktır ve bu zorunluluğun kapsamında da değildir. Burada hâkimin görevi davanın daha kısa bir yol olan sulh veya arabuluculuk sayesinde çözüm olanağı olduğunu taraflara hatırlatmak ve aralarındaki ihtilafın niteliğini ve içeriğini ortaya koyarak uzlaşmaya, dostane çözüme ne kadar yakın olduklarını göstermektir. Umar’ın haksızlığı ilk aşamada anlaşılan kişi ile hasmının anlaşmasını teklif etmenin olumsuz sonuçlar doğuracağı yönündeki değerlendirmesi de düzenlemenin temel mantığına uyuşmamaktadır, zira sulhe veya arabulucuya teşvik tarafların tüm taleplerinden

⁵⁶ “Hâkimin, bunu şeklen, bir hükmü mecburen uygulamak için değil, samimi bir çaba olarak yerine getirmesi gerekir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/2’nin madde gerekçesinden.*

vazgeçmek suretiyle yargılamayı olduğu yerde bırakıp herkesin kendi yoluna gitmesi ve başının çaresine bakması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada hâkim taraflara birbirlerine ortak noktada buluşma amacıyla ne kadar yaklaşabileceklerini bir daha düşünmelerine yardımcı olacak ya da buna yardımcı olacak üçüncü bir kişiye başvurmalarını tavsiye edecektir. Bu husus Alman Medeni Usul Kanununda da düzenlenmiş ve hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi ve gönüllü bir arabulucu gibi çalışması ön görülmüştür (Haas, 2011: s.110).

Bu bakımdan hâkimin taraflara, içten ve babacan bir yaklaşımla onları sulhe özendirici bir şekilde yaklaşması, sulhün daha kolay gerçekleşmesine hizmet edebilir⁵⁷. Bu noktada, Kanun sulhe teşvik ifadesini kullandığına göre, “teşvik” ibaresinin içinde hâkime bu yetkilerin de verildiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca, HMK’nun 140’ıncı maddesinin ikinci fıkrasında ön görülen, hâkimin sulh konusunda sonuç alınacağı kanaatine varması halinde, bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü tayin edebileceğine ilişkin düzenleme de, bu görüşü destekler mahiyettedir⁵⁸. Ancak, bu noktada şu hususun altı bir kez daha önemle çizilmelidir ki, yargılama sulhe teşvikten ibaret değildir. Taraflar sulh olamazlarsa, uyuşmazlık ve dolayısıyla yargılama devam edecektir. Bu nedenle hâkim, sulh konusundaki yetkilerini kullanırken, tarafsızlığına gölge düşürecek davranışlardan özenle kaçınmalıdır.

Sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri gerekir. Tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan, derneklerin feshi, evlenmenin iptali, babalık davası, kısıtlama taleplerinin incelenmesi gibi hallerde sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalar üzerinde, sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanamayacağının başka bir göstergesi de, davaya son veren taraf işlemlerinden olan sulhe ilişkin olarak, Kanun’un 313’üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüdür. Ancak, davaya son veren taraf işlemleri arasında düzenlenmiş olan sulhün kapsamı, ön inceleme aşamasında öngörülen sulhe

⁵⁷ “Hâkim sulhe teşvik ederken ihsası reyde bulunmaktan kaçınması lazım. Ama sadece sulh olun demek de yeterli değil. Onlara, Almanların yaptığı gibi çiçek sunarak bu konuyu anlatmak lazım” *Baki KURU, Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.149.*

⁵⁸ “Bu süre, tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından kendiliğinden verilebilir. Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hâkimde tarafların uzlaşabilecekleri yönünde ciddi bir kanaatin oluşmasıdır” HMK madde 140/2 madde gerekçesinden.

teşvikin kapsamından daha geniştir. Çünkü hâkim ön inceleme aşamasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik ederken sadece o ana kadar dosyaya yansımış bilgi ve belgelerden hareket edecek ve ihtilafın görünen kısmı itibariyle bu girişimde bulunacaktır, buna karşılık davaya son veren taraf işlemlerinden sulh, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülüp üzerinde anlaşacakları bir çözüm alternatifidir. Ayrıca hâkimin³¹³’üncü maddede düzenlenen sulhe teşviki söz konusu olmadığı gibi yapılma zamanı olarak da ön inceleme duruşmasıyla sınırlama yoktur. Sulh, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir (m.314). Ayrıca sulh, tahkikatın ilerleyen aşamalarında dava konularının tarafların karşılıklı rızası doğrultusunda genişlemesi halinde konulara bağlı olarak farklı alanları da kapsayabilir. Kural olarak, yapılan sulh ve arabuluculuk teşvikinin sonucu olumlu ya da olumsuz neticelendiğinde bir tutanağa bağlanmak suretiyle bu tutanak hazır bulunanlara imza ettirilir. Yasa maddesinin son cümlesinde daha sonraki yargılamanın da bu tutanak esas alınarak yürütüleceği belirtilmiştir. Zaten taraflar sulh teşvikine uyup kendi aralarında anlaşılırsa bu tutanak aynı zamanda yargılamayı sona erdiren bir mutabakat metni şeklinde olacaktır (Yılmaz, 2012: s.858). Tarafların sulh veya arabuluculuk önerisine yanaşmamaları ya da sonuç alamamaları halinde uzlaşamadıklarına dair ya da sulh olma girişiminin başarısız olduğuna dair bir durum tespiti yapılmalıdır. Bazı yazarlar taraflar arasında sulh gerçekleşmemişse olmayan bir şeyi tutanağa yazıp taraflara imzalatmayı gereksiz bulmaktadır (Umar, 2011: s.404).

Kanunun hem metninden hem de gerekçesinden bu tutanağın davanın daha sonraki seyri için bir yol haritası niteliği taşıması gerektiği iradesi ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu tutanağa, sadece tarafların sulh olmadıkları hususu değil aynı zamanda neyin üzerinde anlaşamadıkları dolayısıyla da aralarındaki ihtilafın ne olduğunun tespiti derç edilecektir. Tutanağın nasıl düzenleneceğine dair yönetmelik hükmü ve ekindeki kontrol listesi (Bkz. HMT Yönetmeliği’nin 41/3) adeta hâkimin hiçbir ayrıntıyı gözden kaçırmamasına fırsat vermeyecek niteliktedir. Yönetmelik maddesi ve ek listenin doldurulması hususu tam olarak uygulandığında, ihtilaflı konular net bir şekilde ortaya çıkmış olacaktır ve hem mahkeme hem de taraflar yoğunlaşacağı alanları açık bir şekilde görebilecektir. Davanın tarafları ön inceleme duruşması veya kendilerine bir defaya mahsus olmak üzere tayin edilen yeni duruşmada, sulh

olmuşlarsa sulhün içeriği ve sulh şarta bağlanmışsa sulhün şartları hâkim tarafından tutanağa geçirilmeli ve tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (m. 140/3). Sulhün içeriğine göre taraflar arasındaki uyuşmazlık ya kısmen ya da tamamen sona erer. Uyuşmazlık kısmen sona ererse dava kısmen, uyuşmazlık tamamen sona ererse de dava tamamen sona erer. Sulh üzerine mahkeme tarafların iradesi çerçevesinde, ya sulh sözleşmesine göre bir karar verir ya da karar verilmesine yer olmadığına şeklinde bir karar verir (m. 315/1). Bu noktada, hâkimin sulhü tutanağa geçirdikten sonra, sulhe ilişkin bir karar vermeden önce, hukukî dinlenme hakkının bir gereği olarak, sulhün sonuçları konusunda taraflara bilgi vermesi, bu hususu tutanağa geçirip altını duruşmaya gelen taraflara imzalatması gerekir. Ayrıca, her iki ihtimalde de verilen kararlar maddî anlamda kesin hükümle aynı hukuksal sonuçları doğuracağından, bir daha bu konuda dava açılmaz (m. 315/1). Fakat sulhün oluşumunda bir irade bozukluğu veya aşırı yararlanma söz konusu ise, sulhün bu hükümlere göre iptali mümkündür (m. 315/2). Zira sulh, (mahkeme içi sulh) tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşmedir (m. 313/1). Sulhe teşvik neticesinde, taraflar tamamen sulh olmamış olsalar dahi, kısmî olarak uyuştukları ve uyuşamadıkları noktalar da tutanağa geçirilip altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (m. 140/3). Bu imza ile birlikte, tutanak taraflar için de bağlayıcı hale gelir.

3.3.5.Sürelere İlişkin İnceleme (m.142)

Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra davanın şartlarının oluştuğu, ilk itirazların yersiz olduğu, tarafların sulh ya da arabuluculuk faaliyetlerinden bir sonuç alınamadığı bu haliyle de tahkikat aşamasına geçilmeden yargılamanın tamamlanamayacağı anlaşıyorsa yargılamanın üçüncü aşaması olan tahkikat aşamasına geçilmesi gerekmektedir. Ancak yasa bu aşamanın başında, tarafların esasa ilişkin talep hakkında ileri sürdüğü hak düşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin itiraz ve defiler hakkında bir karar verilmesini öngörmüştür(m.142). Bu noktada, mevcut delillerle davadaki meselenin sözlü yargılama ve hüküm için aydınlanıp aydınlanmadığı da incelenerek, dava bu safhada aydınlanmışsa sözlü yargılama(tartışma) ve hüküm duruşması günü belirlenir; aksi halde tahkikata

geçilir(m.146). Tahkikat aşamasında, ön inceleme tutanağı ile belirlenen iddia-savunma vakıalarına ilişkin deliller, mümkünse taraf veya konu bazında bir öncelik-sonralık ayırımına gidilmeksizin, bir arada veya bu mümkün değilse konu bazında bir ayırma göre sırayla incelenecektir(m.143,197/1). Hâkim en seri şekilde sonuca ulaşabileceği yol ve yöntemi belirleyerek ihtiyaç doğrultusunda davanın seyrini belirleyecektir. Yargılama bu aşamadan sonra tanıkların dinlenmesi, keşif yapılması, bilirkişi raporu aldırılması veya tarafların dayandıkları diğer her türlü delilin ayrıntısına girilerek tarafların arasındaki ihtilaflı meselelerin aydınlanması için yeterli sayıda oturumla icra edilecek aleni sözlü duruşma celseleriyle yürütülecektir(m.147).Ön inceleme duruşması ile tahkikat duruşması arasında hâkim tarafından yapılması gereken ara bir işlem ve inceleme de yasanın 142’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hâkim, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra hak düşürücü süreler ile zamanaşımı sürelerine ilişkin itirazları değerlendirip buna ilişkin bir karar vermek durumundadır. Uygulamada uzun süren yargılamalardan sonra davanın ilk açıldığı aşamada dikkate alınması gereken bir hak düşürücü süre nedeniyle reddedilmeyip son aşamaya kadar geldiği sıkça yaşanan durumlardandır. Bu nedenle yasa koyucu asıl tahkikat işlemlerine başlamadan önce hâkimin dikkatini bir kez daha hak düşürücü süreler ve zamanaşımı itirazlarına çekmek istemektedir. Hâkim tahkikata başlamadan önce, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hak düşürücü ve zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri karara bağlamak zorundadır (m.142). Bu aşamada her ne kadar tahkikat aşamasına geçilmiş olmasa da hâkim davayı esastan sonuçlandıracak bir karar da verebilecektir, zira taleple ilgili zamanaşımı itirazının yerinde olduğu veya davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığının tespiti davanın esasına ilişkin bir incelemeyi gerektiren karar niteliği taşıyacaktır. Bu aşamada bu hususların açıklığa kavuşturulması, uygulamada çokça eleştirildiği üzere mahkemelerin, tarafların ısrarlı taleplerine rağmen süreler konusunda davanın başında karar vermeyerek, pek çok yargılama işlemi yaptıktan (tanık dinledikten, keşif icra ettikten, bilirkişi raporu aldıktan) ve yıllar geçtikten sonra karar vermelerinden doğan sakınca ortadan kaldırılmış olacaktır (Yılmaz, 2011/2, s. 234-238). Özellikle tazminat davalarında dava zamanaşımının hesaplanması bakımından zararın ne zaman meydana geldiği ve davalının tazminat yükümlüsünü öğrenmesine bağlı olarak değişecektir. Borçlar Kanunun 72’nci maddesine göre; “*Tazminat istemi,*

zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” Bu kapsamda dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlatılacağı Yargıtay içtihatları ile de vuzuha kavuşmuştur. Yerleşik içtihatlara göre tazminat talebine ilişkin zaman aşımı süresi zarar görenin zararı ve tazmin yükümlüsü kişiyi öğrenmesinden sonra başlar (Yargıtay 11. HD. 2012/2122E. 2012/3888K. Kazancı).

3.4.İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı

3.4.1.Genel Olarak

Kişilerin adil yargılanma hakkı kapsamında yargı mercileri önünde hak ararken ve talepte bulunurken yaptıkları başvurunun muhtemel sonuçlarını kestirebilme ve sürecin nasıl işleyeceğini öngörebilmeleri hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemli bir aşamadır. Bunun yanında mahkemelere yapılan başvuruların anlaşılır, açık, tutarlı ve sonuç odaklı olması da hızlı ve verimli bir yargılamanın sağlanmasında gerekli unsurlardır. Bu nedenle, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler başlığı altına ele alınan teksif ilkesi, yargılamayı disipline edebilmek açısından kişilerin taleplerini bazı usul kaideleri ve kesitleri içerisinde yerine getirmelerini aksi takdirde o hakkı ve yetkiyi kullanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarını ya da bu kesitin dışında bu haklara ilişkin kullanma taleplerinin dikkate alınmayacağını düzenlemiştir. Bu düzen içerisinde davacı ve davalının talep ve savunma dilekçelerini verme usul ve zamanı delillerini ibraz ve ikmal etme şekil ve süresi yasayla net olarak belirlenmiştir. Bu nedenle taraflardan, belirlenen bu süreler ve usullere uymak suretiyle talepte bulunma ve savunma yapmaları beklenmektedir. Öne sürülen talep ve savunmalarında ancak belirli kesitler içerisinde değiştirilmesi ve yenilenmesi yargı sürecinin disipline edilmesi açısından önemlidir. Bu nedenle usul kanunlarında tarafların talep ve savunmalarında yapacakları değişikliklere ilişkin bir sınırlama yapma ihtiyacı duyulmuştur. Aksi takdirde talebin bir miktarla sınırlanması, konuların net olarak tespit edilmesi ya da tarafların hangi delillere dayandıkları konusunun netleştirilmesi imkânsız hale gelecektir. Yeni usul kanununda, yazılı yargılama usulünde 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.

3.4.2.İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağının Ön İnceleme Aşamasında Uygulanması

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. Basit yargılama usulünde ise, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar(HMK/319). 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu yasak davacı için davanın açılması ile başlatılmışken (HUMK m. 185,II); davalı için, cevap dilekçesinin davacıya tebliğ anı itibari ile başlatılmıştır (HUMK m. 202,II) (Pekcanıtez vd. s.237). Bu nedenle HMK'da yasağın başladığı zaman dilimini göz önüne aldığımızda taraflar açısından genişletici bir düzenleme olduğu söylenebilir. Çünkü hem davacı taraf hem de davalı taraf ikinci dilekçelerinde davalarını genişletme olanağına kavuşmuştur ki bu taraflara, karşı tarafın öne sürdüğü argümanlar karşısında pozisyonunu yeniden belirleme ve durumunu bir daha gözden geçirme olanağı sunmaktadır⁵⁹. HMK'nun 141'inci maddesi çerçevesinde, davacı cevaba cevap dilekçesinde dava dilekçesindeki talep ve iddialarını (yasakla karşılaşmaksızın) serbestçe değiştirebilecektir. Keza, davalı da cevap dilekçesinde belirtmediği (ilk itirazlar hariç) yeni savunmalarını ikinci cevap dilekçesinde serbestçe ileri sürebilecektir (Yılmaz, 2011: s.238). Bu aşamadan sonra taraflar ancak

⁵⁹ “Birinci fıkra ile, tarafların karşılıklı dilekçelerini verdikleri aşamada, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan uyumsuzluğun genel çerçevesi içinde iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Zira, daha uyumsuzluğun başında, karşı tarafın açıklamasını, iddia ve savunmasını tam olarak görmeden, sağlıklı ve tam bir iddia ve savunma örgüsü kurmak her zaman mümkün ve gerçekçi değildir. Karşı tarafın beyanına göre, daha önce ortaya konulmayan bir iddia veya savunmayı ileri sürmek zorunlu olabilir. Ayrıca, yeni düzenlemeyle ön inceleme aşamasında, uyumsuzluğun tam olarak tespit edilmesi de gereklidir. Bu hususlar gözetilerek, tarafların, dilekçelerinde rahat, doğru ve sağlıklı bir iddia ve savunma bütünü oluşturmalarını, maddî ve hukukî nitelendirmeleri uyumsuzluğu çözecek doğrulukta ortaya koymalarını sağlamak amacıyla, dilekçelerin verilmesi aşamasında, yani yargılamanın ilk kesitinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uygulanmayacaktır. Şüphesiz bu imkân, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkinci dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir.” HMK 141 Madde gerekçesi.

karşı tarafın açık muvafakatiyle iddia ve savunmasını değiştirip genişletebilecektir, önceki düzenlemede karşı tarafın itiraz etmemesi yani zımni olarak rıza göstermesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağını aşmanın bir yolu olarak kabul edilmekteydi, yeni yasada ise karşı tarafın açık rızası aranmaktadır. Bu kapsamda hem açık muvafakatin aranması hem de basit usulde iddia ve savunmanın değiştirilme yasağının başladığı zaman diliminin daraltılması nedeniyle doktrinde delillerin gösterilmesi ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına ilişkin kuralların sertleştirildiği kabul edilmektedir (Kuru ve Budak, 2011: s.21). Tarafların hangi beyanları veya tavırları iddia ve savunmayı genişletme yasağını ihlal eder mahiyette kabul edilecektir ya da hangi beyanı eski savunması ya da iddiasının kapsamında sayılacaktır hususu doktrinde tartışılan bir konudur. Örneğin sonradan ilave edilen iddia ve savunmalar ilk olarak ileri sürülenin delili mahiyetindeyse, yasak ihlal edilmemiş kabul edilir. Davanın başında yani dilekçeler aşamasında zımnen dahi ileri sürülmeyen bir vaka ve onun açıklayıcısı durumundaki bir delile dayanmayan taraf bunu daha sonra ileri sürerse bu yasağın ihlali olarak değerlendirilmektedir. Ancak HMK’ da iddia ve savunmaların dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ile birlikte verilmesi gerektiği üzerinde durulmuş ve bu niteliği taşımayan bir dilekçenin açıklanmak suretiyle (m.31) vuzuha kavuşturulması hedeflenmiştir. Bu nedenle yeni yasada taleplerin daha açık ve hangi delille ilişkilendirilerek ileri sürüldüğünün belirginleştirilmesinin sağlanması hedeflenmektedir. Ayrıca herkesçe bilinen maruf ve meşhur bir olay ispata ihtiyaç duymasa dahi iddiaya ihtiyaç duymaktadır, bu nedenle başta iddia edilmemişse o meşhur ve maruf vaka daha sonra ileri sürülürse yasak kapsamında değerlendirilir. Talebin azaltılması, davanın açılmasından sonra gerçekleşen yeni vakıaların ileri sürülmesi, iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında değildir (Umar, 2011: s.405). Buna karşılık, davacı baştan beri dayandığı hukuksal dayanağı değiştirerek başka bir hukuksal dayanak ileri sürüyorsa bu husus genişletme yasağının ihlali kapsamındadır. İddia ve savunmanın değiştirilmesinin iki önemli istisnası karşı tarafın muvafakati ile ıslah müessesesidir. Karşı tarafın muvafakati dilekçeler teatisiyle ön inceleme duruşmasına kadar uygulanabilir taraflar bu aşamada talep ve savunmalarını değiştirebilirler. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ıslah konusunda uygulanmayacağı da açık hükme bağlanmıştır. Mahkemenin tarafların uyuşmazlık konularını tek tek tespit etmesinden

sonra tarafların yeni bir iddia ve savunma geliştirmeleri usul ekonomisi bakımından istenmemektedir. Ayrıca mazeretsiz olarak ön inceleme duruşmasına gelmeyen tarafın yokluğunda gelen tarafın iddia ve savunmalarını değiştirme serbestisi kanun koyucunun tarafların ön inceleme duruşmasına katılımlarına önem verdiğinin bir göstergesidir. Zira yeni modelde bu duruşmayla yargılamada ciddi bir yol alınması ve sadece tahkikat duruşması ve karar duruşmasının bırakılması hedeflenmektedir.

İddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi imkânı sadece süresi içerisinde verilmiş cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesiyle mümkün olabilecektir. Bu husus hâkim tarafından resen dikkate alınacak öncelikle dilekçenin, yasanın ön gördüğü iki haftalık süre içerisinde verilir verilmediğine bakılacaktır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, taraflar kendilerine verilen kesin süre içerisinde ilgili işlemleri yapmadıkları takdirde bu konudaki hakları ortadan kalkar (m. 94/1 ve 3). Bu nedenle, süresi geçtikten sonra verilen dilekçe, cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesi mahiyetinde olsa dahi, tarafların iddia veya savunmalarını değiştirip genişletmesi mümkün olmaz. Hâkim ikinci olarak da süresi içerisinde verilen cevaba cevap ya da ikinci cevap dilekçesinin içeriğine bakarak bu dilekçelerin gerçekten de bu mahiyette bir dilekçe olup olmadığını, cevaba cevap veren davacının ya da ikinci cevap dilekçesini veren davalının daha önceki iddia ve savunmalarından farklı bir şey ileri sürüp sürmediğini değerlendirecektir. Bu niteliği taşıyorsa ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi talepleri dikkate alınabilecektir. Aksi takdirde hâkim, iddiayı veya savunmayı değiştirip genişletme talebini reddetmeli, cevaba cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevap dilekçesinde, ikinci cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevaba cevap dilekçesinde ileri sürülen vakıalar inkâr edilmiş gibi yargılamaya devam etmelidir (m.128, m. 136/2) (Ermenek, 2011. s.147).

Ön inceleme aşamasında temel amaç, tarafların sürece en yoğun şekilde katılımını sağlamak suretiyle uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesidir. Bu nedenle yasa koyucu duruşmaya gelen tarafı, gelmeyen tarafın yokluğunda iddia ve savunmasını genişletme ve değiştirme ayrıcalığı tanımak suretiyle ödüllendirirken, gelmeyen tarafı da bir nevi cezalandırmak istemektedir. Buradaki temel esprî bu aşamaya taraf ve vekillerinin dikkatini çekmek ve gerekli özeni göstermelerini sağlamaktır. Zira gelmeyen taraf yokluğunda davanın seyrine ilişkin birçok

değişiklik olabileceğini, diğer tarafın yeni deliller ibraz edebileceğini, iddia ve savunmasını değiştirip genişletebileceğini peşinen kabul etmiş olacaktır. Çünkü müessesenin genel felsefesinde bu aşamanın en üst verimle geçirilmesi ve yapılacak tüm hazırlık işlemlerinin bu aşamada bitirilmesi fikri yer almaktadır. Elbette ki tarafların tahkikat aşaması tamamlanıncaya kadar ıslah haklarını kullanma ve bu aşamada değiştirilmiş iddia ve savunmalar doğrultusunda durumlarını yeniden belirleme ve pozisyonlarını değiştirme şansları vardır ancak tahkikat sırasında yapılacak ıslah girişiminin ilave prosedür ve masraf gerektireceği gözden uzak tutulmamalıdır.

3.4.3.İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağının Aşılma Halleri

Hukuk Muhakemeleri Kanununda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı dilekçeler aşamasında uygulanmaz yani her iki taraf da ikinci dilekçelerinde istedikleri değişiklikleri yapabilirler. Bu aşamadan sonra, kanun, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri olarak sadece diğer tarafın açık rızası ve ıslah olmak üzere iki yol öngörmüştür. Islahın nasıl yapılacağı, nelere teşmil edilebileceği kısmen veya tamamen davanın ıslahı hükümleri, kanunda ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Muvafakat ise; iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasına olanak sağlayan onlara kendisini yenileme olanağı tanıyan ve her halükarda açık olması gereken bir taraf işlemidir (Şeker, 2011: s. 245; Umar, 2011: s.406). Muvafakat yazılı olabileceği gibi sözlü bir beyanın tutanak altına alınmasıyla da mümkün olabilir. 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak 6100 sayılı Kanun taraf rızası olarak zımnî muvafakatı kabul etmemiş ve tarafın açık muvafakatini aramıştır. İddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılması hallerinden olan ıslaha, 141'inci maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiş ve fakat birinci fıkrada yer verilmemiştir. Cümlede yer alan “*ancak*” ibaresinden, ön inceleme aşamasında iddianın veya savunmanın değiştirilmesinin sadece diğer tarafın açık muvafakatı ile mümkün olabileceği, ıslah yolu ile yasağın aşılmasının imkân dâhilinde olmadığı şeklinde bir sonuç çıkmaktadır (Ermenek, 2011: s.146). Ancak hem ıslah müessesesini düzenleyen 176 ve devamı maddelerde ıslahın tahkikat

bitinceye kadar yapılabilecek olmasının belirtilmiş olması hem de 141'inci madde sınırlayıcı bir hüküm bulunmaması nedeniyle ön inceleme aşamasında da ıslah yoluna gitmenin önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık ön inceleme aşamasının genel özellikleri, bu aşamanın daha az şekli bir düzeyde ilerliyor olması, muvafakat müessesesinin pratikte daha rahat uygulanabilecek olması nedeniyle bu aşamada öncelikli olarak muvafakat müessesesine başvurulacaktır. Bu sayede ön incelemenin temel amaçlarından biri olan tarafların yargılamanın aktif bir süjesi olmasına da katkı sağlanmış olacaktır. Nitekim ıslah daha şekli bir düzeyde ilerleyen karşı tarafa tebliği ve ilave harcı gerektiren bir kurum olması nedeniyle tahkikat aşamasında uygulanması bu aşamanın ruhuna daha uygun düşmektedir. Bu nedenle ön inceleme aşamasında ıslaha başvurulamayacağını düşünmek pratikte sadece ıslahın yapılma zamanını geciktirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Çünkü tarafın tahkikat tamamlanıncaya kadar ıslah talep etme hakkı olduğuna göre her türlü talebini bir an önce dosyaya yansıtması yargılamanın ilerleyeceği yolun şekillendirilmesi açısından mahkemenin de işini kolaylaştıracaktır. Yasanın lâfzî yorumundan, ön inceleme aşamasında ıslah yoluna başvurulamayacağı hususunda bazı görüşler mevcut olsa da bu aşamada ıslah yapılmasının önünde her hangi bir engel bulunmamaktadır, yukarıda belirtildiği üzere bu aşamada karşı tarafın muvafakatiyle bu engelin aşılması daha pratik bir çözüm olacağı ve ön inceleme kurumunun ruhuna daha uygun düşeceği değerlendirilmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, dava dilekçesi veya cevap dilekçesinden sonra verilecek dilekçelerin cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesi mahiyetinde olmasıdır⁶⁰. Bu bağlamda dilekçelerin mahiyeti, tarafların dilekçenin konusu kısmında yer alan beyanlarına değil, dava sebepleri ve talep sonucu kısmına göre belirlenmelidir. Ayrıca, davadan feragat, davayı kabul ve müddeabihin temlikine de iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri arasında yer verilmemiştir (Yılmaz, 2012: s. 865; Ermenek, 2011: s.154). Buna rağmen dava konusunun devri halinde fiili bir durum söz konusu olacak ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi olanağı doğmuş olacaktır (Karslı, 2011: s.457). Şöyle ki; Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı

⁶⁰ “Şüphesiz bu imkân, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkiser dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir” HMK 141'in madde gerekçesinden

isterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder; isterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. Bu durumda birinci alternatifte davanın tarafı, ikinci alternatifte de davanın konusu değiştirilebileceği için bu hususu da iddianın değiştirilmesi yasağının istisnası olarak kabul etmek gerekecektir. Ancak, dava devam ederken dava konusunun devri halinde, tarafın veya talep sonucunun değişmesi, bizzat Kanun'un devre bağladığı bir sonuç olması ve tarafın iradesine bağlı bir durum olmaması karşı tarafın iradesiyle ortaya çıkması nedeniyle iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması hallerinden birisi olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktadır (Ermenek, 2011: s.154).

SONUÇ

Gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklı olarak birbirleri arasındaki uyuşmazlıkların, tarafların azami düzeyde memnun olabileceği şekilde çözümünün temin edilmesi medeni yargılamanın en temel amaçlarından birisidir. Bu amaç doğrultusunda kurulan mahkemeler teşkilatı, yapılan kanun ve ikincil mevzuat, istihdam edilen onbinlerce insan kaynağı ve aktarılan milyarlarca bütçe; üç kelimelik bir tümcenin içini doldurmak için seferber olurlar: “Adil Yargılanma Hakkı”. Adil yargılanma hakkı; yargılamaya ilişkin daha önceden belirlenmiş usul ilkelerini eksiksiz bir şekilde uygulayarak, nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı güvence altına alan hukuk devletinin temel unsurunu oluşturmaktadır. Bu hakkın en temel yansımalarından biri olan makul sürede yargılanma hakkı AİHM tarafından “ *Bütün hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlama, her bir devlete, vatandaşlarının makul bir sürede, adil bir şekilde yargılanmasını sağlama görevini yüklemektedir.

Ülkemizde bu amaçla özellikle son yıllarda birçok yasal değişiklik yapılmış ve yürürlükteki mevzuatımızın, gelişmiş hukuk sistemlerindeki eşdeğerleri ile uyumlu hale getirilmesi hedeflenmiştir. HMK değişikliği de bu amaçları gerçekleştirmeye dönük çalışmaların bir sonucu olarak tamamlanmıştır. HMK değişikliğinin yargılamayı hızlandırmaya, yani makul sürede adil yargılanma hakkının tesisine ilişkin en önemli yeniliklerden birisi “Ön İnceleme” kurumudur.

Ön inceleme kurumu yasamıza yeni giren bir düzenleme olması ile birlikte aslında özü itibarıyla hem taraflar hem de mahkemelerin sürekli yapa geldiği ya da yapması gereken işlemleri bir bütün olarak derleyip toparlayan ve bazı yükümlülöklere dönüştüren sistemin adıdır. Şöyle ki; bir davanın tarafının davası hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmadan ve davasına gerektiği gibi ayrıntılı şekilde hazırlanmadan; delillerini ve belgelerini hazır etmeden dava açması ve takip etmesi hayatın olağan akışının tersine bir tutumdur. Her dava sahibinden beklenir ki; haklı olduğuna inandığı, delil ve belgelerini hazırladığı, sürekli takip ettiği ve karşı tarafla en minimum düzeyde de olsa uzlaşmaya yakın durabileceği bir dava süreci

oluştursun. Bununla birlikte her hâkimin, karar mercii olarak Türk Milleti Adına karar verirken; dosyanın tüm ayrıntılarına vakıf, tarafların durumu hakkında tam bilgi sahibi, hukuki literatüre ve yasal gerekliliklere uygun olarak dosyasına hâkim olması ve ihtilafı en seri şekilde karara bağlaması beklenir. Aslında ön inceleme kurumunun getirdiği; şekillendirici, sınırlandırıcı ve zorlayıcı kuralların tamamı usul ve uygulamanın hem taraflara hem de hâkime yüklediği sorumluluklardan başka bir şey değildir. Bu düzenleme sadece taraflara ve hâkime işinin gereğini yapmasını yeniden hatırlatmanın farklı bir şeklidir.

Bu kapsamda, ön inceleme kurumu adil yargılanma hakkının temini amacıyla, sistematik olarak hukuk sistemimize giren ve uygulamanın yerleşmesi için zamana ihtiyaç olan bir kurumdur. Ön incelemenin kendisinden beklenen gayeye uygun sonuçlar doğurması ancak ve ancak dava sahipleri ve hâkimler tarafından benimsenmesi ve uygulanması yönünde gayret gösterilmesiyle mümkün olabilecektir.

Ön incelemenin bir kurum olarak ayrı bir bölüm içerisinde HMK' ya işlenmiş olması yasa koyucunun bu kurumdan beklentisinin yüksek olduğunun bir göstergesidir. Bu açık düzenleme sayesinde taraflar ve hâkimlerin hukuk yargılamasına hâkim olan ana ilkelerin uygulanmasında biraz daha hassas davranmaları beklenmektedir.

İyi bir ön inceleme süreci hem taraflara hem de hâkime dosyaya başından itibaren vakıf olma imkânı sunacak; hâkimin dosyayı bütüncül bir gözle davanın başında ele almasını sağlayacak ve daha sonraki işlemler sadece eksiklerin tamamlanması şeklinde cereyan edecektir. Ön inceleme aşamasında, dilekçelerin karşılıklı verilmesinin ardında hâkim taraflar arasındaki ihtilafı net bir şekilde belirleyecek, uyuşmazlık dışı kalan mevzuları ayıklayacak, ikmal edilmesi gereken deliller için taraflara yasanın öngördüğü kesin süreyi verecek ve bu sayede dosyanın aslına girmemekle birlikte dosyaya karar verebilecek kadar vakıf olacaktır. Dosya hakkındaki bu vukufiyet henüz duruşma yapılmadan ortaya çıkacaktır. Aynı şey taraf ve vekilleri için de kendisini gösterecektir. Çünkü taraflar hem dava hem de cevap dilekçelerinde, iddialarını ve savunmalarını açık ve net bir şekilde dile getirmeleri ve bu iddialarını ne tür yasal bir zemine oturttuklarını ve bunu hangi delillerle

desteklediklerini göstermeleri gerektiğinin farkında olacak ve bunun için çaba sarf edeceklerdir. Ön inceleme duruşmasına gelirken sulh veya arabuluculuk teklifleri ile karşılaşabileceklerini bildikleri için bu durumda pozisyonlarının ne olacağını önceden kendi zihinlerinde muhakeme etme ihtiyacı hissedeceklerdir ki bu da ancak ve ancak dosya ve davaya vukufiyetle söz konusu olabilecektir.

Ön inceleme aşaması dosyanın basit usulî eksikleri olduğu halde bir sonraki aşamaya geçmesinin önündeki en büyük filtre görevi görecektir. İlk itirazlar ve dava şartları bu aşamada ele alınacağı için tahkikat aşamasına bu eksiklikler tamamlanmış olarak geçilecek ya da giderilemeyecek bir eksiklik varsa tahkikat aşamasına hiç geçilmeden erkenden karar verilmiş olacaktır.

Ön inceleme aşamasının en önemli aktivitelerinden birisi hâkime yüklenmiş olan tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik zorunluluğudur. Bu mesuliyet bilinci hâkimlere her ihtilafı bir de bu yönüyle değerlendirme ve ihtilafların mahkeme kararı yerine alternatif dostane bir çözümle sonuçlanmasını hedefleme alışkanlığı kazandıracaktır.

Kanaatimizce; bir toplumdaki alışkanlıklar, değerler, bireylerin yargıya ve yargının kendisine bakışının değişmesi ile yargı aktörlerinin gelişen ve değişen hukuku özümsemeleri ve uygulamalarına yansımaları zaman almaktadır. Bu zaman zarfında yapılmış olan değişikliğin işlerini kolaylaştırdığını ve mesleklerini daha iyi yapmalarını sağladığı hissi veriyorsa yapılan değişiklik, hızlı bir şekilde kabullenilmekte bunun tersine olan uygulamalar teoride çok iyi görünse de pratikte uygulama olanağı bulamadan kanun metinleri içerisinde fiilen mülga bir şekilde yerini almaktadırlar. Ön inceleme kurumu, özellikle işi yoğun bölgelerdeki hâkimler açısından uzun vadede sağlayacağı rasyonel fayda kavranarak uygulanmasına çaba sarf edilmediğinde yargılamayı daha da uzatacak ölü doğmuş bir kurum olma ihtimali kuvvetli görünmektedir. Çünkü bu gibi yerlerde hâkim iş yoğunluğunu kendisine zihni bir gerekçe göstererek ön inceleme aşamasında yapması gereken işlemleri tamamlamadan çok uzak bir tarihe ön inceleme duruşması günü verebilecek; ancak bu zaman zarfında da bir işlem yapılmayacağı için ön inceleme duruşması usulen yerine getirilmiş bir prosedür halini alacak ve sonuç olarak gerekli incelemeler, delillerin temini ve ayrıştırılacak konuların ayıklanması tahkikat

aşamasına sarkacaktır. Buna karşılık yukarıda mukayeseli hukuktaki uygulamalar kısmında açıklandığı üzere Almanya ve Fransa örneğinde olduğu gibi hâkime ön inceleme duruşmasını gerekçelendirmek suretiyle yapmaması yönünde takdiri bir seçimlik yetki tanınsa ve ön inceleme aşamasına girecek dosya ile tahkikatına direk başlanacak dosyayı kendisi takdir ederek sürece başlasa ön inceleme duruşması prosedürü tamamlamak üzere yapılan bir işlem olmaktan çıkıp asıl amacına uygun yapılması sağlanabilir. Tabi ki bu sistemin de uygulanabilmesinin yegâne yolu hâkimin dosyayı hangi sürece yönlendireceğini bilebilecek kadar dosyaya vakıf olmasından geçmektedir.

Sonuç olarak ön inceleme kurumunun verimli şekilde uygulanması kurumun iyi anlaşılıp kabullenilmesinden geçmektedir. Bu doğrultudaki ön inceleme, tüm tarafların ele alınacak ihtilafın ayrıntılarına vakıf olmalarını; tüm tarafların elinden gelen çabayı göstermesiyle, makul sürede daha etkin ve verimli bir yargılamanın nasıl mümkün olabileceğini; tarafların iddia ve savunmalarını ispatlamak için hangi delilden nasıl yararlanabileceğini bu aşamada değerlendirebileceğini; kabul edilebilecek tüm delil ve belgelerin bu aşamada toparlanabileceğini; ilgisiz bilgi, doküman ve delilin bu aşamada ayıklanabileceğini; alternatif çözüm yollarını kullanmanın en pratik yolunun ihtilafın başında olduğunu taraflara gösterebilecek bir kurumdur.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz (1979). Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul,
- Alangoya, Yavuz (2008). “Yazılı Yargılama Usulü’ Hakkında Bazı Düşünceler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008 ,
- Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım (2006). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul,
- Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım (2011). Medeni Usul Hukukunun Esasları, 8. bs. Beta, İstanbul, (Kısaltma: Usul)
- Albayrak, Hakan (2009). “Geçici Hukuki Himaye Tedbirlerinde Yaklaşık İspat”, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2009, S.31.
- Andersen, Eigil Lego (2003). Denmark, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Andersson, Matias (2012). “Hukuk Davalarının İşleyişi”, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, İsveç İkili İşbirliği Projesi kapsamında hukukta uzlaşma seminerleri, sunulan bildiri, Trabzon: 03-04 Nisan.
- Ansay, Sabri Şakir (1960). Hukuk Yargılama Usulleri, B.6, Ankara.
- Baktır, Selma (2003). Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Becker–Eberhard, Ekkehard (1999). Dava Malzemelerinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Çev: Kamil Yıldırım) Der. M. Kemal Yıldırım, İstanbul.
- Belgesay, Mustafa Reşit (1949). Davaların Uzaması Üzerine Bir İnceleme, İÜHFM, İstanbul, C.15.
- Bell, John, Sophie Boyron, Simon Whittaker (2008). Principles of French Law, Oxford University Press, Oxford.
- Blankenburg, Erhard (1994). The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Culture of Legal Behaviour in The Netherlands and West Germany, Law& Society Review.

- Bosnak, John M., Martina Jonk (2003). Netherland, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Bribera, Manuel, Harnan Verly (2003). Argentina, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Broman, Claes, Max Granström (2003). Sweden, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Budak, Ali Cem (2012). Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5. Bası.
- Budak, Ali Cem (2009). Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul.
- Candan, Turgut (2012). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Bs. Adalet, Ankara.
- Clark, Bryan (2012). Lawyers and Mediation, Springer, London.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel (2012). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Ön İnceleme Aşaması”, e-akademi Dergisi, Temmuz.
- Çetin, İbrahim. “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi, Sayıştay Dergisi ,S. 78.
- Çolak, Haluk, Mustafa Taşkın (2007). Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dadomo, Christian, Susan Farran (2009). The French Legal System, Second Edition, Sweet and Maxwell, Hague.
- Demirbaş, Timur (2000). Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Yargının yapısal Sorunları, İzmir.
- Dickson, Brice (2009). Introduction to French Law, Pitman Publishing, London.
- Elliot, Catherine, Catherine Vermon, Eric Jeanpierre (2005). French Legal System, Second Edition, Pearson Longman, London.
- Ercan, İbrahim (2007). “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi”. Alangoya Armağanı.
- Ergen, Cafer (2008). İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin.

- Ergün, Çağdaş Evrim (2006). “Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi”, AÜHFD, Y. C. 55, S. 2.
- Ermenek, İbrahim (2011). “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme”. İnönü Üniversitesi HFD, 2011: C.2,S.1.
- Esplugues, Carlos, Jose Luis Iglesias, Guillermo Palao (2013). Civil and Commercial Mediation in Europe, Intersentia, London.
- Ewald, Filler (2010). Commercial Mediation in Europe, An Empirical Study of the User Experience, Wolters Kluwer.
- Fazzalari, Elio (1998). Civil Justice in the Countries of the European Union, Italy, Trenton.
- Foster, Nigel, Satish Sule (2010). German Legal System and Laws, Forth Edition, London, Oxford.
- Freckmann, Anke, Thomas Wegerich (1999). The German Legal System, Sweet&Maxwell, London.
- Gençcan, Ömer Uğur (2011). Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin, Ankara.
- Gilvarry, Emer (2003). Ireland, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Goeffrey, C. Hazzard, Michele Taruffo (2002). Transnational Rules of Civil Procedure, Manzsche Verlags.
- Gözübüyük, Şeref (2010). Yönetmelik Yargı, 30. bs. Turhan , Ankara.
- Grubbs, Shelby Rina (2003). International Civil Procedure, Kluwer Law International, Hague.
- Grubbs, Shellby Rina, Esther Ronald De Cambra (2003). International Civil Procedure, United States, Kluwer Law International, Hague.
- Haas, Ulrich (2011). The Relation Between the Judge and the Parties Under German Law, (Editörler: Volker Lipp, Halvard Haukeland Fredricksen), Reforms of Civil Procedure in German and Norway, Tubingen, Mohr Siebeck.
- Habscheid, Walter J. (1998). Germany, (Editörler): Elio Fazzalari, Piere Fortin, Civil Justice in the Countries of the European Union, London, Trenton Publishing.

- Hau, Wolfgang (2011). Recent German Reforms of Civil Procedure, (Editörler): Volker Lipp, Halvard Haukeland Fredriksen, Reforms of Civil Procedure in Germanand Norway Tubingen, Mohr Siebeck.
- Haye, Nicola, Geoff Preveit (2003). International Civil Procedure, England and Wales, Kluwer and Law Hague.
- Hodges, Christopher (2012). Consumer ADR in Europe, HART Publishing, London.
- Hodges, Cristopher, Stephan Vogenauer, Magdalena Tulibacka (2010). The Cost and Funding of Civil Ligitation, Oxford and Portland, Oregon.
- İlhan, Günay Cevdet (2013). İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Jacopssen, Ulla (1998). Sweden, (Editörler): Elio Fazzalari, Piere Fortin, Civil Justice in the Countries of the European Union, London, TrentonPublishing.
- Jolowich, John Anthony (2000). On Civil Procedure, University Pres Cambrige, First Edition.
- Kaçak, Nazif (2007). Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Seçkin, Ankara.
- Karagülmez, Ali, Sezai Ural (2003). Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yargılama Usulleri, Ankara.
- Karavelioğlu, Celal Erdem, Cemil Karavelioğlu (2009). İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin, Ankara.
- Karlı, Abdurrahim (2012). Notlu, Gerekçeli, Karşılaştırmalı ve Emsal Kararlarla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5. B. Alternatif, İstanbul.
- Karst, Thomas (2003). Germany, International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Kavasoğlu, Abdurrahman (2010). “Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation”, İUHF Mecmuası, İstanbul, C. 68, S.1-2.
- Keefe, John (2003). Canada- Common Law, International Civil Procedure, Kluwer and Law Hague.
- Kramer, Xandra, C. H. Van Rhee, Neil Andrews (2012). Civil Ligitation in a Globalising World, (Fundamental Principles of Civil Procedure), Springer, Asser Press.

- Kurt, Nesibe. “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan.
- Kuru, Baki (2001). Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt II,
- Kuru, Baki (2006). Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara.
- Kuru, Baki, Ali Cem Budak (2011). “Hukuk Muhakemesi Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İBD, İstanbul, C.85,
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz (2012). Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012,
- Lee, Simon, Michael Dalton (2003). Hong Kong, International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Lefebvre, Paul (2003). Belgium, International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Mackerer, Versus (1940). Scope of Pre-Trial Discovery Under The New Federal Rules, Yale Journal Company, (Westlaw, elektronik kütüphane).
- Meriç, Nedim (2011). Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınevi.
- Meriç, Nedim. “Medeni Usul Hukukunda Tasarruf İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi)
- Normand, Jacques (1998). (Editörler Elio Fazzalari, Piere Fortin) Civil Justice in the Countries of the European Union, London, Trenton Publishing.
- Önen, Ergun (1972). Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara.
- Özekes, Muhammet (2006). “Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama: HMK Tasarısı’nda Ön İnceleme”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, Eylül.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan (2013). Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özuğur, Ali İhsan (2004). “Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi” İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak, S. 1.

- Özüğür, Ali İhsan (2008). Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet, Ankara.
- Pekcanitez, Hakan (2008). “HMKT Genel Olarak Tanıtımı”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, 2.Baskı, İstanbul,
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes (2013). Medeni Usul Hukuku, 6.bs. Yetkin, Ankara,
- Petek, Hasan (2000). “Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65, Temmuz.
- Rechberger, Walter H., Thomas Klicka (1998). XI. World Congress on Procedural Law, Procedural Law on the Threshold of a New Millennium, Oxford.
- Romano, Gian Paolo (2003). International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Saldırım, Mustafa (2005). Cumhuriyet Savcısı'nın Özel Hukukta Dernek Ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri, TBBD, S.59, Temmuz Ağustos.
- Saldırım, Mustafa (2012). Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Zigana.
- Sarısözen, Serhat M. (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İBD, İstanbul.
- Sato, Tsuneo (2003). Japan International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Serec, FernandoEduardo (2003). Brazil International Civil Procedure, Kluwer and Law, Hague.
- Stadler, Astrid (1996). The Law of Civil Procedure, (Editörler) Werner F. Ebke, Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, Hague, Kluwer Law International.
- Stadler, Astrid, Walfgang Hau (2005). The Law of Civil Procedure. (Editörler Mathias Reimann, Joachim Zekoll,) Introduction to German Law, Hague, Kluwer And Law International.
- Swedish, Procedural Law. “Part Four, Proceedigs in the Lower Courts”.
- Şeker, Hilmi (2012). İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, C. 200, S.2, İstanbul.

- Tanrıver, Suha (2001). Yargı Örgütü Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Tanrıver, Süha (1996). İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara,
- Tanrıver, Süha (1998). Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, AÜHF Yayınları,
- Tanrıver, Süha (2005). Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makalelerim I, Ankara,
- Tercan, Erdal (1996). Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, Y., S.1-2.
- Tosun, Kerim, Çetin Akkaya (2009). Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Ulukapı, Ömer (1998). “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, Y. S.1-2.
- Ulukapı, Ömer, Recep Akcan, İbrahim Ercan (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat.
- Uluslan, Banu (2011/2-2012/2). “Sulh Sözleşmeleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: 2011/2-2012/2, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan.
- Umar, Bilge (2006). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı”, TBB Dergisi.
- Umar, Bilge (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara,
- Üstündağ, Saim (1981). İhtiyati Tedbirler, İstanbul,
- Üstündağ, Saim (2000). Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. bs. İstanbul,
- Vahramian, Xavier (2003). International Civil Procedure.
- Verkerk, Remme (2010). Fact-Finding in Civil Litigation, A Comparative Perspective, Doktora Tezi, Antwerp-Oxford-Portland.
- Yankwich, Leon R. (1952). Chief Characteristics of Federal Trial Practice In Civil Cases, West Group, California, (Westlaw, elektronik kütüphane).

Yaşar, Osman (2007). Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara.

Yıldırım, Kamil (2003). “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Üzerine”, E.Önen Armağanı, Alkım Kitabevi, İstanbul 2003,ss.467-491.

Yıldırım, Nevhis Deren (2006). Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara.

Yılmaz, Ejder (1982). Medenî Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul,

Yılmaz, Ejder (1996). “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, SÜHFD, Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan, C.5, Y. S.1-2,

Yılmaz, Ejder (2008). Usul Ekonomisi, AÜHFD, Ankara, c.57, S.1.

Yılmaz, Ejder (2011). Hukuk Muhakemesi Kanununun Getirdikleri,(“HMK’nun Getirdikleri) ABD, Ankara, (Kısaltma: HMK’nın Getirdikleri)

Yılmaz, Ejder (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara,

Yılmaz, Zekeriya (2011). Açıklamalı Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı HMK ve Getirdiği Yeni Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara.

Zailer, David (2003). Israel, International Civil Procedure,Kluwer and Law, Hague.

Zuckerman, Adrian (1999). Civil Justice in Crisis, Comparative Perspective of Civil Procedure, Oxford University Press.

DİĞER KAYNAKLAR:

ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/index_en.htm.Erişim:18/05/2013

<http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/istatistikler/H-S-istatistikler.pdf>, Erişim:15/05/2013

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Güncelleme: 28.02.2013, Erişim: 18/05/2013

www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/2008-Verilerine-Dayali-Olarak-Haziran-2010-Yili-Avrupa-Yargı-Sistemleri-Raporu.udf, Erişim: 12/04/2013

www.echr.coe.int/Documents/stats_pending_month_2013_BIL.pdf
Erişim: 10/06/2013

www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ummuhan.pdf, Erişim: 02/06/2013