

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

TEMMUZ 2012 - SAYI 125

Makale:

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU YARGILAMA MODELİNDE ÖNİNCELEME SAFHASI

Av. Dr. Cengiz Topel Çelikoğlu*

ÖZET

6100 S. HMK’ da 1086 S. HUMK’ dakinden farklı bir yargılama inşa modeli benimsenmiştir. Yeni Kanun, dilekçe kurallarına ilişkin bazı değişikliklerin yanı sıra, davanın yargılama için hazırlanmasına yönelik yeni bir araç getirmiştir: Öninceleme. Kanunda bir yargılama inşa aracı olarak benimsenen öninceleme prosedürü, bazı yapısal özellikler bir kenara bırakıldığında, mukayeseli hukukta yargılamanın hazırlık ve esas duruşma safhaları şeklinde katı veya esnek biçimde bölünmesi esasına dayalı bazı yargılama modellerinde benimsenen hazırlık araç ve usullerine benzemektedir. Burada, iki temel amaç sözkonusudur: i) her ne zaman mümkünse davanın sonraki safhaya aktarılmadan karara bağlanması, ii) delillerin belirlenip sunulması için ve bunu takip eden yargılama adımları bakımından davadaki temel meselenin belirlenmesi. Buna göre, öninceleme kurumu da davanın yargılama ve hüküm için olgunlaştırılmasına yönelik bir yargılama inşa ve hazırlık aracıdır. Bu özellik, Kanunun ilgili hükümlerinin yorumlanması ve boşlukların doldurulmasında, yargılama sistemimiz özellikleri çerçevesinde, dikkate alınmalıdır. Bu makalede, önincelemenin konusu ve kapsamı ile öninceleme tutanağı bu şekilde bir yaklaşımla açıklanmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

New Turkish Civil Procedure Code(HMK) is different from Old Turkish Civil Procedure Code(HUMK), with respect to the model of proceedings structure. New Code

* İstanbul Barosu Mensubu, Özel Hukuk Doktoru(Marmara Üni.SBE[2011-Haziran]).

contains a new instrument intended for preparing cases to try, in addition to some new pleading rules: Preliminary Examination. Apart from some structural differences, Preliminary Examination Which is appropriated as an instrument for proceedings structure in the New Code resembles instruments and processes of preparation appropriated in some models of proceedings that based on a concept of bifurcation as pretrial-trial stages of proceedings. Here, there are two main purposes: i) whenever if that's okay, adjudication of case without the case transfer to subsequent stage, ii) designation of main issues in the case in order for offering evidence and taking the following steps. When viewed from this aspect, the institution of Preliminary Examination is an instrument of preparation which is aim to make ripe the case for proceedings and judgement. This property should be taken into account while the relevant rules of the Code are explained and its gap in law is completed. In this essay, the scope of Preliminary Examination and Protocol of Preliminary Examination were tried to explain, with this kind of approach.

ANAHTAR KELİMELER: HMK Yargılama Modelinde Önincelemenin İhdas Amacı, Temel Yargılama Modellerinde Yazılı ve Sözlü Hazırlık Araç ve Usulleri, Önincelemenin Menşei ve Niteliği, Önincelemenin Konusu ve Kapsamı, Önincelemede Mutlak ve Arızî Hazırlık İşlemleri, Öninceleme Tutanağının Hukuki Niteliği, Öninceleme Tutanağı Tanzimi ve İmzanın Sonuçları.

KEY WORDS: The aim of creating Preliminary Examination in the model of proceedings HMK, the instruments and processes of written and oral preparation in the basic models of Proceedings, the origin and characteristic of Preliminary Examination, the object and scope of Preliminary Examination, transactions of absolute and casual preparations in Preliminary Examination, the legal characteristic of Preliminary Examination Protocol, the results of drawing and signing Preliminary Examination.

GİRİŞ

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren, 6100 S. Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) olağan yargılama bakımından benimsenen yargılama inşa modeli, HUMK'dan farklı olarak, yargılamanın giriş safhasında iddia ve savunma'yı takdim eden dilekçelerin teatisinden sonra, dava şartları ve engellerinin mahkemece incelenmesinin yanı sıra, davada

sözkonusu meselelerin hakimce taraflarla birlikte ele alınarak bunlardan hangilerinin tahkikatın konusunu teşkil edeceğinin formal olarak belirlendiği ve tarafların sulhe teşvik edildiği bir öninceleme aşaması içermektedir(HMK, m.137-143, 320).

Kanunun öninceleme aşamasına ilişkin düzenlemesi doktrinimizin çoğunluğunca olumlu görülüp baro çevreleri ile bazı hakimler arasında da nispeten heyecanla karşılanmış olmakla birlikte¹, bir kısım yazarlarca ihtiyatla yaklaşılmakta olup önemli tereddütler de beyan edilmiştir². Aksi görüş sahiplerince bu kurumun işlerliğine ilişkin olası sorunlardan bahsedilmesinin yanı sıra, olumlu görüş belirtenler arasında bazı yazarlarca “öninceleme”nin hukukumuzda yargılama süresinin uzunluğunun önlenmesine yönelik beklentileri karşılayabileceği konusunda hakim yardımcılığı kurumunun ihdası gibi lojistik önşartların sağlanması gereği de ifade edilmiştir.

Diğer taraftan, yeni bir kurum olarak önincelemeye ilişkin HMK düzenlemelerinin kapsam ve sonuçları, doğal olarak, açıklanmaya ve yoruma muhtaçtır. Örneğin, bu aşamada yapılacak işlemlerin sadece Kanunda sayılanlarla sınırlı olup olmadığı, yapılabilecek işlemler bakımından gerektiğinde tahkikat araçlarına başvurulup başvurulamayacağı ve delil incelenip incelenemeyeceği, bu kurum çerçevesinde yargılamanın cereyanına ilişkin yol haritası mahiyetinde düzenlenmesi öngörülen öninceleme tutanağının niteliği ve tarafların imzalaması veya imzalamamasına bağlanabilecek hukuki sonuçlar, gibi meseleler bakımından Kanundaki düzenlemeler bazı boşluk ve belirsizlikler arz etmektedir.

Belirtilen nedenlerle, öninceleme kurumu, aşağıda, mukayeseli hukuktan da yararlanılarak incelenip değerlendirilmeye çalışılacaktır.

¹ Bkz.Baki KURU, “HMKT Hakkında Genel Değerlendirme”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V,(“MUİİFHT-V”) TBB Yayını, Ankara 2006, ss.58-84, s.60,72(Yazar, düzenlemenin hakim yardımcılığı kurumunun ihdasıyla birlikte yararlı olacağı görüşündedir.); Bilge UMAR, “HMKT’na Katkı”, aynı yayın, ss.87-129,s.88,129;Ejder YILMAZ, “HMKT Üzerine Bazı Notlar”, aynı yayın, ss.178-197,s.181,192; H.PEKCANITEZ/O.ATALAY/M.ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 11.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.375,376; B. KURU/R.ARSLAN/E.YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.339; Sümer ALTAY, “Yazılı Yargılama Usulünde Tahkikat ve Duruşma, Tahkikatın Sona Ermesi ve Sözlü Yargılama ,Tahkikat Sırasındaki Özel Durumlar”, HMKT’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008,ss.145-153,s.146; Kemalettin YÜKSEL, “Yazılı Yargılama Usulü(Davanın Açılması,Cevap Dilekçeleri,Ön İnceleme”, aynı yayın, ss.125-143, s.143.

²Bkz.Y.ALANGOYA/M.K.YILDIRIM/N.DEREN-YILDIRIM, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler(“HMKT Değerlendirme”), İB Yayını, İstanbul 2006, s.73,87; Y.ALANGOYA,“ ‘Yazılı Yargılama Usulü’ Hakkında Bazı Düşünceler”, HMKT’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.163-177,s.171,176 ;M.K.YILDIRIM, “HMKT’daki İlkeler ve Yargılamanın Yapısı Hakkında”, agy. ss.37-57, s.45,57; Abrurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul 2011, 417,423.

I-HMK'DA BİR YARGILAMA İNŞA ARACI OLARAK “ÖNİNCELEME” KURUMUNUN BENİMSENMESİ

A)Genel Olarak HMK ‘na Göre Olağan Yargılamanın Cereyanı

HMK yargılama “modeli”, yazılı yargılama usulünde daha belirgin olarak, giriş-öninceleme-tahkikat-sözlü yargılama ve hüküm aşamalarını içeren dört safha halinde inşasını öngörmektedir(HMK, m.137/1,139/1,147/1,186)³. HMK’ na göre, yazılı usulde yargılamanın olağan haliyle cereyanı anahatlarıyla şu şekilde özetlenebilir.

Yargılamanın giriş safhası dava ikamesiyle başlamakta(HMK, m.118) ve davanın dava-cevap, replik-duplik dilekçeleriyle mahkeme ve taraflar arasında takdimiyle(m.119,126,136) sona ermektedir(m.137/1). Olağan usulde, bu aşama sonuna dek taraflar iddia-savunma vakıalarını serbestçe değiştirip genişletebilir(m.146/1). Dava ve cevap dilekçesi standart içeriğinden kanunen belirlenen zorunlu içerik unsurlarına ilişkin kusur ve noksanlar resen incelenip verilen süre içinde giderilmemesi davanın açılmamış sayılmasına ve davaya cevap verilmemiş sayılmasına yol açabilir(m.119/2;130).

Öninceleme safhasında, öncelikle, ortada geçerli veya sürdürülebilir bir yargılama yapılıp yapılamayacağı açısından dava şartları ile yetki ve işbölümü gibi ilk itirazlar mahkemece tetkik edilecektir(HMK,m.138). Öninceleme esasen tahkikata konu olacak vakıaların belirlenmesi ve mümkünse tarafların sulhe teşvik edilmesini kapsamaktadır(m.140/1,2). İddia-savunma delillerinin toplanması için gerekli kararlar da bu aşamada alınacaktır(m.137/2). Giriş safhasının hitamını müteakip dosya üzerinden başlayacak

³ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.172;YILDIRIM, “HMKT İlkeler ve Yargılamanın Yapısı”, s.46.Bazı yazarlarca sözlü yargılama ve hüküm aşaması ayrı sayılarak modelin beş safha içerdiği ifade edilmektedir;bkz.PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.375.

“önceleme”nin en fazla iki celselik aleni sözlü önceleme oturumunda tamamlanması ve önceleme sonuçlarının tutanağa bağlanılıp hazır bulunan taraflarca imzalanarak davanın olası bir sulhle sonuçlanmaması üzerine tahkikata bu tutanağın esas alınması öngörülmüştür(m.140/3,4). Bu aşamanın sona ermesinden sonra, kural olarak, yeni vakıa ileri sürülemez(m.141) ve delillerin de bu aşama içinde bildirilmesi gerekir(m.140/5). Bu aşama, bildirilen delillerin toplanması için, gerekli kararların alınmasıyla sona erecektir(m.137/1).

Üçüncü safha olan tahkikat aşamasının başında, tarafların esasa ilişkin talep hakkında ileri sürdüğü hak düşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin itiraz ve defiler hakkında bir karar verilmesi öngörülmüştür(m.142)⁴. 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 belirlenir; aksi halde tahkikata geçilir(m.146). Tahkikat aşamasında, önceleme 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). Tahkikat, davadaki meselelerin aydınlanması için yeterli sayıda oturumla icra edilecek aleni sözlü duruşma celseleriyle yürütülecektir(m.147). Bu aşamada taraflar davayı geciktirmeye yönelik olmamak kaydıyla yeni veya sonradan elde ettikleri delilleri hakim izniyle bildirebilir(m.145). Bu aşama, tarafların yapılan tahkikata karşı beyanlarının istenmesi sonrasında(m.184/1,185/2), hakimce tespit edilecek olası tahkikat eksiklerinin giderilmesiyle tamamlanır(m.184/2,185/2,3). Taraflar, kural olarak bu aşamanın sonuna dek ıslah yoluyla veya hasmın açık muvafakatiyle yeni vakıa getirebilmekle(m.141/2), bu aşamada bunlara ilişkin delil de bildirebilir⁵. Bununla birlikte, Kanunun hakim izni dışında önceleme aşamasından sonra delil bildirmeyi açıkça yasaklamış olması(m.145) ve o

⁴ Hakdüşürücü süre veya zamanaşımı nedeniyle davanın reddi sözkonusuysa, mahkemenin tarafların giriş safhasında dilekçelerdeki ve önceleme duruşmasında ihtilafı vakıaların belirlenmesi sırasındaki bu hususa yönelik beyanlarıyla yetinerek dosya üzerinden hüküm vermesi, bu yetki sadece dava şartları ve ilk itirazlar için kabul edilmiş olmakla(HMK,m.138) ve itiraz savunmasında bulunulmuş değilse dosyadan anlaşıldığından dolayı resen dikkate alınarak reddi durumunda hukuki dinlenilme ilkesi nedeniyle davacının beyanının alınması zorunlu olmakla, tarafların nihai açıklamaları alınmak ve hüküm verilmek üzere dava sözlümuhakeme ve hüküm safhasına aktarılacak gerekecektir;bkz.ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, “HMKT Değerlendirme”,s.74 .

⁵ Dava genişletme ve değiştirmenin bu doğrultuda delil verilmesi ve toplanmasını gerektirebileceği yönünde bkz.Ejder YILMAZ, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s.400(Dava sebebinin ıslahından sonra da bu çerçevede delil ikame olunacağı yönünde bkz.age,s.561 ve dn.163 te anılan Yargıtay içtihatları ;benzer yönde bkz.ÜSTÜNDAĞ, “Değişiklik Yasağı”,s.215).Önceleme aşamasında tamamlanması gereken delil bildiriminin dava değiştirme halinde bildirilecek delilleri kapsamayacağı yönünde bkz.ALTAY, s.148.

aşamada bildirilmeyen delillerin ikamesini talep hakkının sükutu(m.94/3,140/5) karşısında, dava değiştirme yasağı istisnası kapsamına girmeyen surette, sonradan ıslahla delil gösterilmesi hakim iznine bağlıdır⁶.

Son safha olan sözlü yargılama(tartışma) ve hüküm aşamasında, tarafların davadaki olgusal ve hukuki meselelere ilişkin son açıklamaları dinlenir; mahkemece tüm deliller değerlendirilerek dava karara bağlanır(HMK, m.186,198). Sözlü tartışma(sözlü yargılama) delillerin ve buna göre tespit edilen maddi meseleye bağlanabilecek hukuki sonuca ilişkin argümanların tartışılmasına yönelik olmakla⁷ bu safha tarafların bu minvaldeki açıklamalarını takiben hükmün verilmesi ile sona erecektir.

B) HMK ‘da Öninceleme Kurumunun İhdası

Herhangi bir pozitif hukuk kurumuna ilişkin düzenlemeyi tam olarak anlayabilmek veya eleştirebilmek için, öncelikle bu normların hangi süreçte ve nasıl oluştuklarını ve Kanunda niçin başka türlü değil de düzenlenen haliyle yer aldıklarını bilmek gerekir⁸. Bu açıdan, HUMK uygulaması ve HMK yasalaşma sürecine bakılmalıdır.

6100 S. HMK’nun hazırlanmasını gerektiren sebepler arasında, özellikle, adil bir yargılamayla makul bir süre ve giderle hükme ulaşılabilmesi ihtiyacının karşılanması önde gelmektedir. Kanunun Genel Gerekeç’inde, bir taraftan 1086 S. HUMK’nun uygulanmasından kaynaklanan aksaklıklardan bahsedildiği gibi, Kanunun bazı hükümlerinin yargılamanın makul sürede tamamlanmasına engel olduğu ifade edilmiştir⁹. Yargılama süresinin uzunluğu bakımından en önemli sebepler: i)yargılamanın başında dava dosyalarının

⁶HUMK döneminde ıslah yoluyla delil gösterilebileceğine ilişkin 04.02.1948 Tarih ve 10/3 sayılı YİBK(RG, 17.06.1948/6934)’nın uygulama kabiliyeti, belirtilen nedenle, dava sebebi vakıaların ıslah veya hasmın muvafakati ile tevsi veya değiştirilmesine bağlı delil ikame talebi hali dışında, kanımızca sona ermiş görünmektedir.HUMK dönemi itibarıyla ikinci bir şahit listesi yasağına ilişkin hüküm(m.274) nedeniyle buna ıslahla cevaz verilemeyeceği yönündeki Yargıtay içtihatları ile aksi görüş için ve yine Kanunla cevap dışında bir usul kesitinde ileri sürülemediğinden ilk itirazlar için de ıslaha gidilemeyeceği yönünde bkz.YILMAZ, “Islah”,s.401,437.

⁷Bu yönde bkz. İlhan E. POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İÜ Yayını, İstanbul 1975s.709;M.K.YILDIRIM, “Tartışmalar”, TBB Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -V:Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006[MUIİFHT “HMKT Değerlendirilmesi ”], TBB Yayını, Ankara 2007,s.252.

⁸STEEGER’ den aktaran G.ERDÖNMEZ, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2010, s.9 dn.9.

⁹ Bkz.HMKT, Genel Gerekeç: Başlık I, para.8, 11(A.C.Budak, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2.Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2009, s.3,4).

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) hakedüşürücü süre ve zamanaşımı gibi itiraz ve defilerin tahkikatın başında ele alınmaması, şeklinde gösterilmiştir¹⁰. Gerçekten de yargılamanın giriş safhasında mahkemece dava dosyalarının tam olarak incelenmediği konusunda uygulamacılar arasında yaygın bir kanaat bulunduğu gibi¹¹, tahkikat duruşmalarının verimsizliği ülkemizde nadir yapılan alan araştırmalarında da tespit edilmiştir¹². Mukayeseli hukukta asırlık sorun olarak nitelenen¹³ fakat Kıta Avrupasında özellikle Avusturya’da 19. yy’da ve Alman medeni usulünde 20.yy’da I. Dünya Savaşı sonrasında itibaren yapılan reformlarla önü alınan¹⁴ yargılama süresinin uzunluğu sorununun hukuk sistemimizde kriz seviyesine ulaştığı malumdur.

Belirtilen nedenlerle, makul sürede etkin ve verimli bir yargılamayı teminen, HMK’da olağan usulde dilekçe ve tahkikat safhaları arasında yer alacak bir öninceleme aşaması ve basit usulde tahkikatın başında icra edilecek bir öninceleme evresi getirilmiştir(m.137,320). Yeni Kanunla medeni usul hukukumuzda getirilen öninceleme kurumu uzayan yargılama süresinin kısaltılmasını teminen¹⁵: i) ikame edilmiş olan bir davanın dinlenilebilirlik ve sürdürebilirlik şartlarının yargılamanın giriş safhası sonunda öncelikle dosya üzerinden yapılacak bir incelemeden itibaren gereğinde ayrı bir öninceleme oturumunda ele alınması

¹⁰Bkz.HMKT,Genel Gerekeç:Başlık V, para.10(Budak, “HMKT”,s.12).

¹¹YILMAZ, “HMKT Üzerine”, s.171.

¹²Bkz.İdil ELVERİŞ/Gamla JAHİC/Seda KALEM, İstanbul Asliye Hukuk Mahkemelerinde Yargılama Süreci, BÜ Yayını, İstanbul 2009, s.68,69(Yazarlar 2006 yılı itibarıyla tahkikat duruşmalarının %26’sı bilgi eksikliği, %23’ü taraflar ve %18’i mahkemeden kaynaklanan şekilde hiçbir işlem yapılmadığını belirlemiştir).

¹³C.H. Van RHEE/ Remme VERKERK, “Civil Procedure”, Elgar Encyclopedia of Comparative Law(Ed.J.M.Smits), 2006, ss.120-134, s.124.

¹⁴Avusturya Hukuku için bkz.E-Marlis BAJONS, “Civil Procedure for Austria Revisited.An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (Ed.N. Trocker /V.Varano), Giapichelli Editore, Torino 2005, ss.115-130, s.117.Alman Hukuku için bkz. P.MURRAY /R. STÜRNER, German Civil Justice, Caroline Academic Press, USA 2004, s.19.Bir görüşe göre Akdeniz tipi medeni usul tarzı olarak katerorize edilebilecek olan, kanımızca Türkiye’nin de aynı grupta yer aldığı, hukuk sistemlerinin işlev bozukluğundan muzdarip olduğu yönünde bkz.Alan UZELAK, “Reforming Mediterranean Civil Procedure:Is There a Need for Shock Therapy?”,Civil Justice Between Efficiency and Quality from Jus Commune to CEPEJ(Ed.Van RHEE/A.Uzelack), Intersentia Publishing,Antwerpen 2008, ss.71-99,s.73-75.

¹⁵ İbrahim ERMENEK, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme” İnönü Üni.HFD, Y.2011, C.2,S.1, ss.139-175,s.144.

suretiyle, usul hukuku bakımından şartları mevcut ve engelleri namevcut olmayan davalar için zaman ve para harcanmaması, ii)davaya sebep olan iddia ve savunma vakıaları tahkikat aşamasından önce taraflarla birlikte ele alınıp hukuki uyuşmazlık veya ilişkiyi tavsifen dava malzemesinin tasnif ve tefrikiyle yargılamada ispatın konusu belirlenerek, delillerin zamanında ikame ve ikmaliyle tahkikatın yoğun bir şekilde yürütülmesi, hedeflerini gerçekleştirmek üzere ihdas olunduğu anlaşılmaktadır.

Aslında, öngörülen işlevlerin sağlanması için yargılama modelimizin yapısına yeni bir aşamanın monte edilmesi ihtiyacı mutlak değildir. Nitekim, yeni Kanun 2006 Öntasarı Genel Gerekçesinde, Komisyon başkanının HMK Öntasarı(2006) ve Tasarı(2008) tanıtım açıklamalarında ve bazı yazarların beyanlarında 1086 S. HUMK'da öngörülen üç aşamalı inşa modeli içinde de “öninceleme”den beklenen ihtiyacın karşılanabileceği ifade edilmiştir¹⁶. Gerçekten de, olağan usul bakımından örneğin dava şartları ve engellerinin tahkikata başlanmadan incelenmesine engel bir HUMK hükmü yoktur(m.73,188c.2,189,191,192, 223/I)¹⁷. Görev ve yargı yoluna ilişkin dava şartı noksanı bakımından mahkemenin duruşma açmadan görevsizlik kararı verebileceği esas kabul edilmiş(m.7/I); toplu mahkemelerde yargılamanın başında mahkeme başkanınca yapılacak işlemler arasında dilekçe ekleri ve davalı ilk itirazları hakkında gerekli kararların verilmesi de sayılmıştır(m.181/II). Yine, HUMK'na göre, tahkik edilecek vakıalarla bunun için toplanacak deliller belirlenmek üzere, önemli ve ihtilaflı vakıaların tefriki işlemleriyle birlikte delillerin bildirilmesi için gerekli kararların tahkikat safhasının başında verilmesi gerekir(m.180,216,217/II). Tahkikat aşaması gerektiren davalarda taraflar arasında ihtilaflı hususların bu safhanın başında tefrik edilmesi ve uyuşmazlığın çözümü bakımından yararı olmayacak vakıaların soruşturulmaması hukukumuzda hakimlerin disiplin denetimi

¹⁶Bkz. HMKT(2006), Genel Gerekçe, Başlık V, para.11;Madde Gerekçe m.142,143(Budak, s.12,13,140,141. Bu bölüm Kanun Tasarı(2008) gerekçesinden çıkarılmıştır;krş.HKMT(2008) Genel Gerekçe, Başlık V, para.11).Ayrıca, bkz. H.PEKCANITEZ, “HMKT’nın Tanıtımı”, MUIİFT-V, TBB Yayını, Ankara 2006, ss.3-31, s.22;H.PEKCANITEZ, “HMKT’nın Genel Olarak Tanıtımı”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi”, İB Yayını, İkinci Baskı, İstanbul 2008, ss.19-36, s. 29; Ramazan ARSLAN, AB Avukat Hakları ve Toplumla İlişkiler Merkezi HMKT Paneli(04.12.2006), Bant Çözümü(ss.37/37), s.7/37.

¹⁷“*Hakim daha davanın başında dava şartlarının mevcut bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır*”, Yarg.HGK, 03.03.1993;”..hakim öncelikle esas hakkında tahkikata girişmeden önce dava şartlarının var olup olmadığını tespit etmeli...”Yarg. 13HD, 29.04.1993(M.S.Üstündağ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s.456,dn.14).

bakımından da bir kriter olarak kabul edilmiştir¹⁸. Ayrıca, hakimın yargılamanın her aşamasında tarafları dinleyip, sonuç vereceğini düşündüğünde, onları sulhe teşvik edebileceği de Kanunda tasrih edilmiştir(HUMK, m.213).

HUMK yukarıda anılan düzenlemeleri ihtiva etmekle birlikte, belirtilen işlemlerin bu şekilde tahkikatın başında yapılabilmesi için, hakimın tahkikat duruşması öncesinde dava hakkında tam bir bilgiye sahip olması gerekir. Bu ise, dilekçe aşamasının tamamlanmış; taraf dilekçelerinin usulüne göre tanzim edilmiş ve özellikle iddia-savunma vakıaları deyim yerindeyse anahtar-kilit gibi karşılaştırılmaya uygun şekilde açıklanmış¹⁹; dilekçe ve ekleriyle dava dosyasının hakim tarafından okunup incelenmiş²⁰; olmasını gerektirmektedir²¹. Oysa, uygulamada dava ikamesiyle birlikte duruşma(tahkikat celsesi) günü belirlenmekle(Mahkemeler Yönetmeliği, m.24), arada yeterli zaman bırakılacak şekilde gün belirlense de²², davalının cevap süresi uzatım talepleri genellikle kabul edilip üstelik duruşma gününe dek ek süre verilmesi bu önlemi de boşa çıkarmaktadır. Bu meyanda, tarafların, teksif ilkesi bağlamında, iddia ve savunma değişiklik yasağı korkusuyla bilgisizlikten veya taktik amaçlarla ileri sürdüğü hukuken önemli olmadığı açık olan vakıaların tefriksiz soruşturulmasının tahkikatı verimsizleştirdiği, en azından uzattığı belirgindir. Bunda, hakimlerin terfii işlemlerine Yargıtay bozma sicillerinin esas alınmasının ve Yargıtay bozma kararları çoğunluğunun “eksik tahkikat” gerekçesine dayalı olmasının²³ da rolü vardır. Diğer taraftan, Kanunda düzenlenmemekle birlikte ceza yargılamasında içtihaden ihdasından²⁴ mülhem tensip zaptıyla dosyadaki bazı eksiklerin tahkikat öncesi giderilmesinin temini mümkünken bu da yapılmamaktadır. Örneğin iddia savunmayı veya talepleri izah edip

¹⁸Bkz. Adalet Bakanlığı, H.İşleri U.Md. 11.09 1948 T ve 81/109-16 S.’lı Genelgesi, bent 4 ve 5 ile para.son (H.Karaok, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2.Baskı, Burhaneddin Erenler Matbaası, 1957, s.258,261).

¹⁹HUMK modelinde dilekçeler tahkikatın konusu ve kapsamını belirleyici özellikte olup tahkikat ve muhakeme için temel hazırlık unsuru mahiyetindedir ve bu açıdan da zorunlu unsurdur;bkz.S.ÜSTÜNDAĞ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İÜ Yayını, İstanbul 1967, s. 83.Davalının davacının vakıa iddialarına dava ve cevaba cevap dilekçelerindeki sıra ile cevap vermesi hakimın tarafların ileri sürülen vakıalardan hangilerinde ihtilaf içinde olduklarını tespit etmesini kolaylaştırmaktadır(B.KURU, MUIİFHT-V, “HMKT Değerlendirme”, s.73).

²⁰Bkz.Adalet Bakanlığı, 11.09 1948 T ve 81/109-16 S.’lı Genelgesi, bent 6.

²¹ Bu yönde bkz.Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı, İstanbul 2001, C.2, s.1940.

²²Bunu temine yönelik bir girişim olarak bkz.Adalet Bakanlığı 1911.1952 T Genelgesi(Karaok, s.256,257).

²³Bkz. İ.E.POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İÜ Yayını, İstanbul 1975, s.501, 502;M.K. YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1990, s.101.

²⁴ Bkz.F.EREM, Ceza Usulü, Ankara 1968, s.319.

destekleyebilecek belgelerin mahkemeye verilmesi ya da mahkemece celbi için açıklama yapılması ve masraf verilmesi gibi işlemlerin ikmalinin tensiple takibi mümkünken, bu da dilekçe teatisi beklenmeden düzenlenmekle, tensip zaptı sadece dava dilekçesi üzerinden ve o da tam olarak incelenmeksizin tanzim edildiğinden verimsiz kalmıştır²⁵.

Yukarıdaki açıklamalar, HUMK hükümlerine avukatlar ve nihai olarak hakimlerce tam olarak riayet edilmediğini gösterdiği gibi, Kanunun vakıaların ileri sürülmesi bakımından teksif ilkesini katı biçimde öngören ve “esasa etkili olmayan veya tarafça yargılamada ileri sürülmüş olmayan usul hataları”nın kanunyolunda hükmün bozulması sebebi saymayan hükümlerinin(HUMK, m.185/II-2, 428/III) de, yargılamanın inşasını baltalayabileceğini ortaya koymaktadır²⁶. Buna göre, bu kurumun ihdasına, Usul Kanununa riayete engel olan veya kötü uygulanmasına yol açan, usul kültürü noksanlığı ile de ilişkilendirilebilecek uygulama alışkanlıklarının²⁷ bertarafı düşüncesinin yol açtığı belirtilebilir. Bu husus, Kanun Öntasarı gerekçesinde, yargılamanın giriş safhasında ve tahkikatın başında yapılması gereken yargılamaya hazırlık işlemlerinin tahkikat aşamasının içine yayılmamasının temini için ayrı bir usul kesitinin gerekli görüldüğü şeklinde ifade edilmiştir²⁸. Böylece, yeni Kanunun kabulünü mucip temel sebepler arasında sayılan ve hukuk sistemimiz için mevcudiyeti maruf ve meşhur bir vaka olarak kabul edilen, yargılama süresinin uzamasının engellenmesi bakımından bununla neden-sonuç ilişkisi içinde bulunan işyüküne yol açan nedenlerden biri olarak²⁹, yeterli hazırlık yapılmadan yargılamaya başlanılmasının önüne geçilebilmek üzere³⁰,

²⁵Tensip zaptının Asliye Hukuk Mahkemelerinde dava ikamesinden itibaren 4 - 7 gün içinde düzenlendiği yönünde bkz.ELVERİŞ/JAHİC/KALEM, s.59.

²⁶ Usule aykırılığın “esası etkileme” kriterinin belirsizliği, hakim ve taraflara manevra alanı sağlayarak görev ve yükümlülüklerden kaçınma veya en azından bunların yerine getirilmesini geciktirerek işlevsiz hale getirdiği yönünde bkz.Cengiz İLHAN, “Hukuk Yargılamasında Gecikme/Tarafların ve Yargıcın Kendini Bağlaması”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İZB Yayını, İzmir, ss.129-136, s.131-132.

²⁷ Söz konusu uygulama alışkanlıklarına, avukatlar açısından, iddia-savunma dayanağı vakıaların baştan olabildiğince müphem ve esnek şekilde ileri sürülüp karşı tarafın tepkisine göre yeni bir pozisyon alabilme imkanını korumak, kozları sona saklamak gibi Kanuna aykırı dava taktikleri; hakimler açısından da, vakılardaki belirsizlikleri baştan açıklamak ve önemli olanı olmayandan tefrik edip bildirilen delillerden ilgili olanı toplayıp bunları ve bizzat incelemek yerine, bilirkişiden bir rapor alıp dosya kapsamını buna göre ele almak şeklinde enerjisini sona saklamak şeklindeki sözde “iddia ve savunmayı engellememe” veya “tarafsızlık” gibi mevcut Kanuna uygun düşmeyen nizami mahkeme dönemi uygulamaları örnek olarak belirtilebilir.Bu yönde bkz.İLHAN, s.134.

²⁸Bkz.HMK Öntasarı(2006), Genel Gerekçe, Başlık IV, para.9.

²⁹ Hukuk mesleğinin değişik kategorilerine dahil mensupları ile siyasetçi ve bürokratların, yargının sorunları ve yargı reformu konusunda 1980-1997 yılları arasındaki makaleleri üzerinden yapılan bir sosyo-hukuk analizine dayalı olarak, işyüküne yol açan nedenler: i)yargı teşkilatının parçalılığı, ii)yargılama için yeterli

yargılama yapısına öninceleme aşaması monte edilmiş;daha doğrusu tahkikat safhası ikiye bölünerek, HUMK modelinde dilekçe safhasında formal olarak yapılan ve tahkikatın başında informal biçimde yapılabilecek hazırlık işlemlerinin HMK yargılama modelinde kısmen dilekçe safhasında ve temelde “öninceleme” aşamasında formal olarak yapıp tamamlanması öngörülmüştür³¹.

C-HMK Öninceleme Kurumunun Menşei ve Niteliği

HMK’nu hazırlayan bilim komisyonu üyesi bazı yazarlarca, Medeni Usul Hukukumuzda öninceleme kurumunun benimsenmesinin mukayeseli hukuka uygun olduğu ve İtalya, Finlandiya, İspanya, Japonya medeni usullerinde de öninceleme kurumunun var olduğu ileri sürülmüştür³². 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 gözlenmektedir³³. Buna göre, eğer ayrı bir kesit içinde baştan yeterince hazırlık yapılsa yargılamanın önünün açılacağına inanılmaktadır³⁴. Kanımızca, öninceleme hakkındaki sözkonusu görüşün kasdı da bu olsa gerektir. Nitekim, doktrinde, öninceleme kurumu yargılamaya hazırlık işlemleri yönüyle, İsviçre Hukukunda dava konusunun tartışılması, taraflar arasındaki maddi ilişkinin aydınlatılması ve delillerin toplanmasına yönelik “*Instruktionsverhandlung*” kurumuna benzeten bir yazar da önincelemede yapılması

hazırlık yapılmaması, iii)hukuk politikası eksiklikleri, iii)yapay davalar, iv)devletin taraf olarak davaya sebebiyeti, v)üst mahkeme yokluğu, vi)mahkeme öncesi ve mahkeme dışı çözüm mekanizması eksikliği, şeklinde belirlenmiştir;Murat YÜKSEL, “Yargılama Sisteminin İşleyişini Etkilemesi Bakımında İşyükü Sorununun Nedenleri”, Nuri Çelik Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, ss.983-992(Belirtilen tespit dayanağı analizin, yazarın, Yargı Reformu, başlıklı YL tezinde ele alındığı belirtilmektedir; bkz.s.984).

³⁰Bu şekilde bkz.ERMENEK, s.146(Yazar, yeni Kanunda önincelenenin etkili bir tahkikatın önşartı olduğu varsayımından hareket edildiğini belirtiyor).

³¹ Dava ve cevap dilekçelerinde vakıa ve delillerin açıklanması öngörülmekle birlikte, HMK’da vakıalar dilekçelerin zorunlu içerik unsuru olmaktan çıkarılmakla, HUMK modelinde hazırlık dilekçe safhasında başlamakta iken, bu, HMK’da öninceleme safhasına kaydırılmıştır.HMK’da dava ve cevap dilekçesi hakkında bkz.C.T.ÇELİKOĞLU, “HMK’na Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2011, S.63, ss. 48-60.

³² H.PEKCANITEZ, “Tartışmalar”, MUIİFT-V, s.238; PEKCANITEZ, “HMKT Genel Olarak Tanıtımı”, s.31; M.ÖZEKES, “Tartışmalar”, MUIİFT-V, s.270.

³³W.J.HABSCHEID/S.BERTİ, “European Summary”,Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide (Ed.C.Platto), Graham/Trotman&İBA, London 1990, ss.46-54, s.46; ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Principles Comment, C:P-9C(Uniform Law Rev. 2004-4, ss.758-804,s.776).

³⁴Bu yönde bkz.O.G.CHASE/H. HERSHKOFF, Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007, s.8;Vincenzo VARANO, “Some Reflections on Procedure,Comparative Law and the Common Core Approach”, Global Jurist Topics(2003), Vol.3, Issue 2, Art.4, ss.1-9, s.2,7/9.

öngörülen işlemlerin sZPO da muhtelif hükümlerle(Art.154,202,203, 226) ve değişik aşamalarda ayrı ayrı düzenlendiğini vurgulamış; Alman Hukukunda da, ilk duruşmada hazırlık işlemleri yapılmakla birlikte, orada HMK'daki gibi bir öninceleme safhası bulunmadığını belirtmiştir³⁵. Esasen, Anglo-Amerikan sistemine dahil federal ABD medeni usulününki dışında, diğer yargılama inşa modellerinde safhalar arasında geriye ileriye geçişe izin vermeyecek şekilde bölünmüş biçimde katı bir ayırım sözkonusu değildir³⁶. Bu, özellikle, Kıta Avrupası sistemi yargılama inşa modellerinde hazırlığın “yargılama”dan çok hüküm için yapılmasına³⁷ bağlanabilir. Aşağıda bu konuya tekrar dönülecektir.

Doktrinde, öninceleme kurumunun, aralarında önemli düzenleme farklılıkları olmakla birlikte, HMK'na 1993 Hukuk Yargılama Usul Kanunu Tasarısı(HYUKT, m.119,160,161)'ndan alındığı ileri sürülmüştür³⁸. Öncelikle bu tespitten hareket etmek yararlı bir başlangıç noktası olabilir. HYUKT'da öninceleme hükümlerinin mehası olarak İdari Yargılama Usul Kanunu gösterilmiştir(Gerekçe, m.160.161)³⁹. Bu nedenle, HMK öninceleme kurumunun mahiyet ve menşeinin tespitinde öncelikle HYUKT ve İYUK ilgili düzenlemelerine gözetmek uygun olacaktır.

HUYKT ve İYUK öninceleme düzenlemelerine hızlıca bakıldığında, kısaca şu hususlar belirtilebilir.

³⁵Bkz.KARSLI, s.419,420.Yazar, İsviçre Hukukundaki benzer usule[Art.226] Kanunda her aşamada başvurulabileceği öngörülse de çoğu durumda bunun dilekçe teatisinden sonra yapılmasının zorunlu olduğunu vurgulandığını [BOTSCHAFT ZPO 7340] da belirtmektedir.Bu durum, yargılamanın inşası bakımından da modeli benimsenmiş olan Alman Hukukundaki durumdan farklı bir özellik arzetmemektedir.

³⁶Bkz.R.STÜRNER, “Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States?”, Saggi Conferenze E Seminari,Roma 2001, ss.23/23, s.3/23. Örneğin, Alman, İtalyan, Fin ,Japon Medeni Usul Kanunları bakımından Bkz. C.T.ÇELİKOĞLU, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011(“Avukatın Delil Toplaması”), s.202, 315,316 ve dn. 30.

³⁷J.A. JOLOWICZ, “Civil Procedure in the Common and Civil Law”, Law and Legal Culture in Comparative Perspective(Ed. Guenther Doeker-Mach/ Klaus A.Ziegert), Franz Steiner Verlag Stuttgart, Germany 2004, ss.26-49, s.31;David EDWARD, “Fact-Finding:A British Perspective”, The Option of Litigating in Europe(D.L.Carey Miller/Paul R.Beaumont),UK Comparative Law Series,Vol.14, Great Britain 1993, ss.43-56,s.45.

³⁸ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, “HMKT Değerlendirilmesi”, s.88; ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.171;YILDIRIM, “HMKT İlkeler ve Yargılamanın Yapısı”, s.45. HMK Öntasarı(2006) ve Tasarı(2008) gerekçesinde 1967,1971 Tasarıları ile birlikte 1993 HYUKT'nın HMKT'nın hazırlık çalışmalarına esas alındığı yönünde bkz.Genel Gerekçe, Başlık IV, para.1(Budak, s.9).

³⁹TBMM, 19.Dönem, Sıra S.610, 1/654 S.Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı, Adalet Komisyonu Raporu, s.9(Kaynak:TBMM Arşiv Müdürlüğü).

HYUKT ilgili hükümlerine göre önincelemenin cereyanı şöyledir. Dava ikamesinden sonra, tensip tutanağı ile bir öninceleme günü belirlenmesi(Tasarı[T], m.119) ve dilekçe teatisi için gerekli sürelerle göre belirlenecek olan öninceleme gününde mahkemenin dosya üzerinden öncelikle dava şartları ve engellerinin durumunu incelemesi gerekir(T, m.160/I). Bu açıdan tespit edilebilecek bir eksikliğin taraflarca giderilmesi mümkünse, on günlük bir süre verilir(T, m.160/II). Hakim önincelemenin cereyanını zabıt katibi ile tutanağa bağlar ve gerekirse ikinci bir gün de belirleyebilir(T, m.119/I,II). Önincelemenin üç ay içinde tamamlanması gerekir;önincelemenin yapılması ve gerekli kararların verilmesi işlemleri tamamlanmadan duruşma günü verilemez(T, m.160/II). Hakim, önincelemede, bilahere tespit etmesi halinde de ele alabileceği(T, m.160/III) davanın görülebilirliği veya sürdürülebilirliğine ilişkin kararlarla birlikte, duruşma açılıp açılmayacağına ve açılacaksa duruşma günü belirlenmesine, taraflarca dilekçe aşamasında bildirilmiş delillerden duruşmadan önce toplanması gerekenlerin belirlenmesine karar verir(T, m.161). Öninceleme aşaması tamamlanınca davanın hüküm için aydınlandığı haller dışında soruşturma ve sözlü tartışma evrelerini kapsayan yargılama aşamasına geçilir(T, m.277).

2577 S. İYUK ise dava ikamesinden sonra dava dosyasının mahkemece ele alınacağı bir ilkinceleme aşaması öngörmüştür. İlkincelemede toplu mahkemelerde görevlendirilen bir hakim ve diğerlerinde mahkeme hakimi görev-yetki, yargı yolu, ehliyet, dava konusu, dava süresi, husumet ile dava dilekçesi içeriği ve dava yığılması-dava ortaklığı, bakımından davanın yasal şartlara uygunluğunu bu sırayla inceler(m.14/3). İlkinceleme onbeş günde tamamlanır ve sonuçlar toplu mahkemelerde heyetçe diğerlerinde mahkeme hakimince değerlendirilip gerekli kararlar verilir(m.15). Söz konusu hususlara ilişkin yasal şartların bulunmadığının bilahere tespit edilmesi halinde gerekli kararlar sonraki bir safhada da verilebilir(m.14/6). Dava yasal şartlara uygun bulunursa dava dilekçesi davalıya tebliğe çıkarılır(m.14/4). Dilekçe aşamasının tamamlanması ile dava mahkemece tahkik edilir(m.16).

HMK öninceleme kurumu HYUKT ve İYUK ilgili düzenlemeleriyle mukayese edildiğinde, görüldüğü üzere, HYUKT ve İYUK öninceleme ve ilkinceleme kurumları tarafın davasının dinlenmesine veya sürdürülmesine engel olabilecek usuli itiraz ve def'i sebeplerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle ilgilenmektedir. HMK öninceleme kurumu ise, davanın esasına ilişir şekilde, tahkikata yönelik olarak vakıaların tefriki ve sulhe teşvik işlemlerini de içermektedir(m.137/1). İYUK iptal davaları açısından daha belirgin olarak

düzenlediği yargı yolu farkı nedeniyle HYUKT öninceleme kurumundan farklı düzenlemeler içerebilmekle, HMK açısından bir kenara bırakılabilir.

HYUKT öninceleme kurumu üzerinden mukayeseye devam edilirse, orada öninceleme işlemlerinin dosya üzerinden yapılması öngörülmüşken(T, m.119), HMK öninceleme kurumu sözlü dinleme oturumuna dava şartları ve ilk itirazların ele alınması bakımından da imkan vermektedir(m.138). Hukuki dinlenilme hakkı bakımından, tarafa yazılı savunma imkanı tanınması da yeterli olmakla birlikte, sözlü dinlenme imkanı bu hakkın etkinliği açısından daha uygundur⁴⁰. Ayrıca, HYUKT, HMK düzenlemesinden farklı olarak, uyuşmazlığın halli bakımından önemli ve ihtilaflı vakıa tefriki ile sulhe teşvik işlemlerinin yargılamanın soruşturma evresinin başında yapılmasını öngörmektedir(T, m.281). Yine, deliller bakımından da her iki düzenleme arasında bazı farklar vardır. HMK delillerin toplanmasıyla ilgili gerekli kararların öninceleme safhasında alınmasını ve belgelerin bu safha içinde ibraz ve celbini öngörmüştür. Bu şekilde, önincelemede, tahkikatda incelenecek delillerin kural olarak tümü bu aşamada belirlenmektedir. HYUKT öninceleme kurumu ise tarafların dilekçelerindeki beyanlarına göre, doğal olarak, sadece duruşmadan önce toplanabilecek delillerin belirlenmesini öngörmüştür(T, m.161/k).

Yukarıdaki karşılaştırma HMK ve HYUKT öninceleme kurumları arasındaki kısmi benzerliğe rağmen işlevlerinin tamamen aynı olmadığını göstermektedir. HYUKT ve HMK öninceleme kurumlarının, her ikisi de dava şartları ve engellerinin öncelikle incelenmesini öngörmekle, gerekli usuli şartları taşımayan veya düzeltilemeyecek usuli kusurlar içeren davaların baştan elenmesiyle mahkeme işyükünün azaltılmasına katkı sağlayarak diğer davalar bakımından uzayabilecek yargılamanın makul sürede tamamlanabilmesine katkıda bulunma amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. HMK öninceleme kurumu, bundan başka, bu aşamada öngördüğü sulh teşvikiyle ilave bir araç da öngörmekle bu açıdan daha etkin sayılabilir. Buna göre, her iki düzenleme de yargılamayı hızlandırma işlevine sahiptir. Fakat, HMK öninceleme kurumu aynı zamanda ihtilaflı ve önemli vakıaların tefrikiyle delillerin ara safhada belirlenmesi ve belgesel 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 öninceleme kurumu davayı yargılamaya “hazırlama”

⁴⁰ M.ÖZEKES, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s.142,143.

işlevine sahiptir. Bu husus, öninceleme duruşmasının sonunda, sulhe teşvikin sonuç verip vermediği ve tarafların üzerinde anlaşılmadıkları meselelerin tutanakla tespit edilip hazır bulunan taraflarca imzalanması ve tahkikatın bu tutanağa göre yapılması esasının getirilmesiyle de belirgindir(m.140/3)⁴¹.

Yukarıda belirtilen şekilde, HYUKT öninceleme kurumu bir yükü azaltma ve yargılamayı hızlandırma aracı iken, HMK öninceleme kurumu bir açıdan yükü azaltma ve hızlandırma tedbiri özelliğine de sahip olmakla birlikte temelde bir yargılama inşa aracıdır. Bu açıdan, kanımızca, bir yargılama kurumu olarak belirleyici olan özellik onun hazırlık aracı olması ve davayı yargılama ve hüküm için hazırlama işlevine sahip olmasıdır.

II-MUKAYESELİ HUKUKTA ÖNİNCELEME KURUMUNA ÖZDEŞ YARGILAMA İNŞA ARAÇLARI

HMK öninceleme kurumuna ilişkin düzenlemelerin anlaşılıp açıklanabilmesinde, mukayeseli hukuktan yararlanabilmek için, kurumun yukarıda belirlediğimiz yargılamayı hazırlama işlevi ve yargılama inşa aracı olma niteliğinin dikkate alınması gerekir. Bu, özellikle, Kanunumuz düzenlemesine mehzaz teşkil edebilecek yabancı bir düzenleme bulunmaması nedeniyle özdeşlik ilkesine göre yapılabilecek işlevsel karşılaştırma bakımından önemlidir. Aşağıda konu bu yönden ele alınacaktır.

A-Mukayeseli Hukuktaki Yargılama İnşa Modelleri ve HMK Yargılama Yapısı

Yargılama bir inşadır⁴² ve dinamik bir süreç olmakla birlikte belirli safhalar halinde yapılandırılmaktadır. Mukayeseli hukukta, yargılamanın yapılanışı(strüktür) bakımından, dilekçe teatisinin yapıldığı giriş safhasından sonra kısa veya uzun olabilen bir ara safha ile “esas yargılama” ve hüküm evrelerinden oluşan üçlü safha şeklinde yeknesak bir inşa yaklaşımının standart hale geldiği kabul edilmektedir. İtalyan ve İspanyol Medeni Usul Kanunlarında, sözkonusu üç safhalı yapılanış açıkça belirtilmiş olup böyle bir ayrım ALI/

⁴¹ HYUKT’da da tarafların açıklamaları dinlendikten sonra, mahkemenin resen de ibrazını talep edebileceği üzere(T, m.286), sunulan defter ve belgeler üzerinde tarafların anlaşılmadıkları hususların tutanağa bağlanması öngörülmüştür(T, m.287).Bu işlem, tahkikat safhasında icrası öngörülmekle ve sunulan defter ve belge içeriğiyle sınırlı olmakla, tüm tahkikatın kapsamını belirleme işlevi sözkonusu değildir.

⁴²Alain BAUER/Selçuk ÖZTEK, “Yeni Nöşatel Medeni Usul Kanunu”, Facultatis Decima Anniversaria, 10.Yıl Armağanı, MÜHF Yayını, İstanbul 1993, ss.403-447, s.446.

UNİDROİT “Ulusötesi Medeni Usul İlke ve Kuralları”nda(p.9.1) da ifade edilmiştir⁴³. Buna göre, her yargılama giriş safhası ile başlar ve bunu nihai safhaya zemin sağlayan bir ara safha izler. Son safhada önceki safhalardan yararlanılarak hüküm verilir⁴⁴. Bu safhaların işlevi ve içeriği bakımından değişiklik arzeden farklı yargılama inşa modelleri sözkonusudur.

Karşılaştırmalı medeni usul çalışmalarıyla, bugün batı hukuk çevresinde, yargılamanın inşası açısından, klasik hukuk aileleri ayrımıyla mutlak bir paralellik arzetmeksizin, üç temel yargılama modelinin öne çıktığı belirlenmiştir. Bunlar, bu modellerin taşıyıcısı olarak onları oluşturup geliştiren hukuk sistemi veya temsil ettikleri hukuk ailesinin adlarıyla birlikte anılmaktadır: i) Tipik olarak A.B.D Federal medeni usulünde kullanılan, Amerikan Trial Model, ii) Tipik olarak Latin Hukuk Ailesi çevresinde kullanılan ve Müşterek Hukuk döneminde oluşan, İtalyan Kanonik Model, iii)Alman Hukukunda geliştirilen, Alman Esas Duruşma Modeli⁴⁵. Safhaların işlev ve içeriklerini belirleyen surette, yargılamanın benimsenen amacına ulaşılması bakımından etkinlik ve verimlilik temini için kullanılan teksif-konsentrasyon veya yazılilik-sözlülük ilkesi gibi araçların seçimine veya bunların kombinasyonuna ilişkin tercihler⁴⁶ bu modellerin birbirinden yapısal farklarıdır. Şüphesiz bu modellerin tipik özellikleri, hukuk kültürüne ilişkin farklılıklar nedeniyle, onları kullanan ülkelerin Usul Kanunlarında aynı ölçüde aksettirilmiş olmayabileceği gibi aynı hukuk sistemi içinde tüm dava veya hukuki korunma aracı çeşitleri bakımından bu modellerdeki yapısal tercihler tek başına hukuk sisteminin yükünü taşımak için yeterli olmayabilmekle farklı

⁴³Rolf STÜRNER/Christoph KERN, “Comparative Civil Procedure- Fundamentals and Recent Trends”, H.Konuralp Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, ss.997-1031,s.1002.

⁴⁴J.Anthony JOLOWICZ, “Fact –Finding, A Comparative Perspective”, The Option of Litigating in Europe(Ed.D.L.C.Miller/P.R.Beaumont),UK National Committee of Comparative Law Pres,Great Britain 1993, ss.133-148, s.134; L.Peter MURRAY/Rolf STÜRNER, German Civil Justice, Carolina Acedemic Pres, North Carolina 2004, s.191; Jeffrey S. PARKER, “Comparative Civil Procedure and Transnational ‘Harmonization’: A Law and Economics Perspective”(2009), Social Science Research Network, Electronic Paper Collection, ss.32/32,s.8/32;Michele TARUFFO, “Orality and Writing As Factors of Efficiency in Civil Litigation”, International Association of Civil Procedure, Colloquim(5-8 November 2008), General Report, ss.19/19, s.5/19(“Orality and Writing”).

⁴⁵STÜRNER/KERN, s.1000,1001. Ayrıca, hazırlık usullerini Anglo-Amerikan yarı aleni pre-trial görüşme ve dava yönetimi araçlarıyla genişletmiş ve bazı dava öncesi usullere de yervermiş olmakla birlikte, temelde Alman Esas Duruşma Modeline yakın olan Japon yargılama inşa tarzı da “karma model” olarak nitelenebilir.Japon hukuk sisteminin karma özellikleri ve yargılama inşa “modeli” hakkında bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.206-211.

⁴⁶Söz konusu tercih ve kombinasyonların görünümü açısından karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. TARUFFO, “Orality and Writing”.Ayrıca, genel olarak bkz.M.K. YILDIRIM, “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Üzerine”, E.Önen Armağanı, Alkım Kitabevi, İstanbul 2003,ss.467-491.

kombinasyonlarla da uygulanabilmektedir⁴⁷. Fakat, kesin olan şey şudur ki yargılamanın inşasına ilişkin yukarıda belirtilen üç safhalı yapısal standart bu modellerin tümü bakımından geçerlidir⁴⁸. Bu da olması gereken hukuk bakımından mukayeseli hukukta ideal bir yargılama faaliyeti için üç aşamalı bir yapılandırışın yeterli olduğu konusunda genel bir mutabakat olduğunu göstermektedir.

HMK'na göre yargılamanın inşası yukarıda belirtilen dört safhalı yapısal özelliğiyle mukayeseli hukuktaki yargılama modeli yapılarından farklılık arz etmektedir⁴⁹. Buna göre, yargılamanın dört safhada inşası ve bu kapsamda giriş ve ara safha arasında ayrı bir yargılama kesiti olarak öninceleme kurumunun yer alması hukukumuzda özgüdür. Nitekim, hukukumuzda dört safhalı yapıya geçişte, hazır değiştirilirken daha mükemmel bir Kanun yapma düşüncesiyle değil, adil bir hükme makul bir sürede yeterli hazırlıkla ulaşmakta HUMK hükümlerinin uygulanmasına engel olan uygulama alışkanlıklarının bertaraf edilmesi ihtiyacından hareket edilmiş olması da bunu ortaya koymaktadır. Buyüzden, HMK öninceleme kurumunu daha iyi anlayıp ilgili yasal düzenlemeyi değerlendirebilmek üzere, bu kurumun yargılama inşa aracı niteliği ve hazırlık işlevi çerçevesinde, ondan yerine getirmesi beklenen hazırlık işlemlerini içeren yargılama süreçlerine ilişkin olarak mukayeseli hukukta benimsenen yargılama modelleri üzerinden işlevsel bir karşılaştırma yapmak gerekir. Bunun için, yukarıda belirtilen temel yargılama modellerinde öninceleme kurumuna işlevsel açıdan denk sayılabilecek hazırlık kurumları, modellerinin taşıyıcısı olan hukuk sistemlerindeki buna ilişkin düzenlemeler üzerinden, incelenmeli ve ne gibi çözümler getirilmiş olduğu tespit

⁴⁷Bkz. STÜRNER/KERN, s.1010;ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.195, dn.185 ve s. 199, dn. 217.Bununla birlikte, yargılama sükeleri olarak taraflar ve hakimın rollerine ilişkin temel tercihler yargılama modellerine değil yargılama sistemine ilişkin farklılığa işaret eder ve medeni usulün temel bir sorunsalıdır.Bu açıdan, batı hukuk çevresinde Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası sisteminde yargılamanın amacı ve doğru bir karar verilmesinin nihai sorumluluğu bakımından farklı ideolojik kabulleri yansıtan düzenlemeler bu sistemlerin karakteristik özelliklerini ortaya koymaktadır.Burada, taraflarca getirilme ilkesinin saf haliyle benimsenmemesi, yargılamanın maddi gerçek temelinde maddi hukukta tanımlanan hakların tespiti veya öngörülen hukuki korumanın gerçekleştirilmesi veya başka bir deyişle uyumsuzluğun adil bir hükümle çözülmesi amacı bakımından, Kıta Avrupası sistemi için bir tercih meselesi değil, maddeten doğru bir karar verilmesinden nihaen hakimın sorumlu kılınmasının zorunlu bir sonucudur;krş.PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.243.

⁴⁸ STÜRNER/KERN, s.1001;ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.171,172.Anglo-Amerikan yargılama sistemi bakımından, genellikle, yargılamanın pre-trial ve trial şeklinde ikiye bölünmüşlüğü ifade edilmekle birlikte(O.G.CHASE/H.HERSHKOFF, Civil Litigation in Comparative Context, Thomson & West, USA 2007,s.28) pre-trial safha kendi içinde dilekçeler(pleadings-motion) ve case management-discovery evreleri şeklinde giriş ve hazırlık safhasına tekabül etmekle, o da üç aşamalı inşa yapısına sahip olarak kategorize edilebilmektedir; bkz.STÜRNER./KERN, s.102,1003.

⁴⁹ ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.172.

edilmelidir⁵⁰. Bu şekilde, hukukumuz bakımından sonuç çıkarırken, yargılama sisteminin ve modelin bütününe özellikleri de gözönünde tutularak, benzer hazırlık usul veya aracı kullanan modelleri benimsemiş olan yabancı Kanunlardaki çözümlerden yararlanılabilir.

B-Batı Hukuk Gelenekleri Temel Yargılama İnşa Modellerindeki Hazırlık Araç ve Usulleri

Yargılamanın inşası bakımından batı hukukunda öne çıkan temel modeller olarak yukarıda belirtilen üç model, yapısal açıdan yeknesak biçimde üç aşamalı inşa özelliğine sahip olmakla birlikte, hazırlık araç ve usulleri bakımından birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Anglo-Amerikan yargılama sisteminin tipik modeli olan Amerikan Trial Model'dekinin aksine, Kıta Avrupası yargılama sisteminde kullanılan(İtalyan Kanonik ve Alman Esas Duruşma) yargılama modellerinde “hazırlık” yargılamadan çok hükme yöneliktir⁵¹. Bu özellik, yargılama sistemine ilişkin farklılıkların yanı sıra, mimari benzerliğine rağmen, Alman Esas Duruşma Modelinin Amerikan Trial Model'inden farkını ortaya koyduğu gibi mimari farklılığına rağmen onun İtalyan Kanonik Model'e yakınlığına işaret etmektedir. Kıta Avrupası sistemine dahil modellerde içerik bakımından ortak bir özellik olarak, hazırlık: i) hakim in davada usuli gereklerin mevcut olup olmadığını erkenden değerlendirebilmesine, ii)davada sözkonusu meselelerin tanımlanması ve tarafları uyuşmazlığa düşüren konuların damıtılmasına, iii)taraflara delillerin toplanması için sağlanacak imkanların ele alınmasına, hizmet eder; ki bunlar, bir taraftan mahkemenin deliller bakımından gerekli kararları vermesine, diğer taraftan da tarafın davanın muhtemel sonucunu öngörmesiyle uyuşmazlığın olası bir sulhle uzlaşmacı çözümüne zemin sağlar⁵². Amerikan Trial Model'de de hazırlık aracı olarak pre-trial oturumlar: i)etkin bir yargılama icrası ve gecikmenin azaltılması, ii)mahkeme klavuzluğunda bir discovery uygulamasının teşviki ve mürşif taleplerin caydırılması, iii)yargılamanın konusunun basitleştirilmesi ve formülasyonu

⁵⁰Karşılaştırmalı araştırma metodu olarak işlevsel denklik veya özdeşlik kriteri hakkında bkz.ZWEİGERT/KÖTZ, s.34,35;ÖĞÜZ, 68vd.

⁵¹ JOLOWICZ, “Common and Civil Law”, s.31.

⁵²HABSCHEİD/BERTİ, s.47.

ile sürprizlerden kaçınma, iv) uyuşmazlığın sulhen çözümüne katkı sağlama, amacındadır⁵³. Amaçlardaki benzerliklere karşın, yinede, arada belirgin bir fark mevcuttur; ki, Amerikan Trial Model’de hazırlık araçları olarak disclosure ve discovery uygulamaları temelde tarafların karşılıklı bilgilenmesine ve trial safhaya geçemeyecek davaların elenmesine yönelik iken, İtalyan Kanonik Model ve Alman Esas Duruşma Modeli bakımından hazırlık araçları olarak dilekçeler ve sözlü veya yazılı hazırlık işlemleri taraflardan çok mahkemeyi dava hakkında bilgilendirmeye yöneliktir⁵⁴. Aşağıda, batı hukuk geleneklerindeki üç temel yargılama inşa modelinin hazırlık araç ve usulleri kısaca ele alınacaktır.

1-Amerikan Trial Model’de Hazırlık Süreci

Anglo-Amerikan yargılama sisteminde, bugün tipik olarak federal ABD medeni usulünde kullanılan Amerikan Trial Model yargılama sürecinde, hazırlık işlemleri ara safha olan pre-trial aşamada yapılır. Dava ve cevap dilekçeleri bildirici(notice pleading) özelliğe sahip olmakla⁵⁵, giriş aşamasının yargılamayı hazırlama işlevi oldukça sınırlıdır. Pret-rial görüşme oturumu ve discovery kurumu dilekçelerin önemini azaltmıştır⁵⁶. Buyüzden, Trial Model’de dilekçe teatisi yargılamanın konusu ve kapsamının belirlenmesine önemli bir katkı sağlamaz. Dilekçe safhası ile trial safha arasındaki ara safhanın, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğinin aydınlanması ve davada sözkonusu vakıa ve hukuk meselelerinin belirlenmesi bakımından, daha sağlam iş gördüğü belirtilmektedir⁵⁷. Bu aşamada, disclosure kurumu çerçevesinde taraflar başlangıçta davayla ilgili bilgi içerebilecek ellerindeki tüm bilgi kaynaklarını ve bilahere discovery uygulamaları neticesinde karşılıklı iddia ve savunmalarını destekleyen delilleri teati eder⁵⁸. Disclosure-discovery uygulamaları sayesinde, taraflar davada sözkonusu vakıaların doğruluğunu değerlendirme fırsatı da bulmakla, hazırlık

⁵³D. S. CLARK, Introduction to the Law of the United States(Ed.D.S.Clark/T.Ansay), Second Edition, Kluwer Law Int, Newyork 2002, s.407;R.H.FIELD/B.KAPLAN/K.M.CLERMONT, Materials for a Basic Course in Civil Procedure, Sixth Edition, Foundation Press, New York 1996, s. 44,45.

⁵⁴STÜRNER/KERN, s.1004,1006,1007. Avrupalı “hazırlık aşaması”nın vakıalara ilişkin işlevi bakımından katı uygunluk gereklerine tabi olması ile de Amerikan Trial Model’inkinden farklılığı yönünde bkz.STÜRNER, s.3/23.

⁵⁵ Bildirici dilekçe standartı ve işlevi hakkında bkz.ÇELİKOĞLU “ Dava ve Cevap Dilekçeleri”, s.49-50.

⁵⁶ JOLOWICZ, “Civil Procedure” s.50,51.

⁵⁷ CHASE/HERSHKOFF, m.8,28.

⁵⁸ Bkz.FRCP, r.26.A.B.D Federal Medeni Usulünde disclosure- discovery uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 223-241.

işlemleriyle trial safha öncesinde olası bir sulhe de katkı sağlanmış olmaktadır⁵⁹. Bu şekilde, iddia ve savunmanın formülasyonu duruşma öncesi/pre-trial safhada yapılmaktadır⁶⁰. Diğer taraftan, davacının mahkeme seçimi, tarafların katılımı, mahkemeden istenen hukuki yardımın belirsizliği vb usuli hataları veya davalının gıyabı veyahut taraflardan birinin düzenleyici oturuma katılmamış olması nedenleriyle ve discovery süreci sonrasında yeterli vakıa veya delil yokluğu nedeniyle davanın duruşma öncesi erken karar oturumunda karara bağlanması mümkündür(FRCP, r.12,56)⁶¹. Böylece, hazırlık safhası trial safhaya aktarılmayı hak etmeyecek davaların baştan elenmesine de hizmet etmektedir.

Amerikan Trial Model’de trial safhaya hazırlık işlemleri, taraf avukatlarının kendi aralarında veya hakimle bir araya geldikleri, bir dizi yarı aleni öndinleme oturumu şeklinde cereyan eden dava yönetim/case management görüşmeleri(pre-trial conference) ve talep üzerine verilen mahkeme emirleri(pre-trial order) ile yürütülür⁶². Federal A.B.D medeni usulünde davanın pre-trial safhasında asgari iki ve azami beş hazırlık görüşme oturumu yapılabilmektedir. Bunlar şunlardır⁶³:i)Duruşma öncesi ilk görüşme oturumu⁶⁴, ii)Disclosure-discovery planlama oturumu⁶⁵, iii)Düzenleyici görüşme oturumu⁶⁶, iv)Kısa yargılamalı karar oturumu⁶⁷, v)Duruşma öncesi son görüşme oturumu⁶⁸.

⁵⁹J.S.PARKER, “Comparative Civil Procedure and Transnational ‘Harmonization’:A Law –adn-Economics Perspective”,George Mason University Law and Economics Research Paper Series, 09-03, Revised Draft: November 2008, ss.32/32, s.12;CHASE/HERSKOFF, s.28.Federal A.B.D Medeni Usulünde mahkemenin tanımlı bir sulhe teşvik ödevi bulunmamakla birlikte, eyalet hukukları pre-trial safhada giderek artan biçimde ADR tekniklerini özellikle mediation(arabuluculuk) usulü mahkeme irtibatlı kurumsal veya arızı seçenek olarak kullanmak üzere hakimleri yetkilendirmektedir;bkz.Shelby R.GRUBBS/Ester R.DECAMBRA, “United States”,International Civil Procedure(Ed.S.R.Grubbs/E.R.Decambra), Kluwer Law Int, Great Britain 2003, ss.781-802, s.801.

⁶⁰Geoffrey J.HAZARD/Angelo DONDI, “Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law:Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits, Cornell International Law Journal(2006), Vol.39, ss.59-70, s.63; Julien MORISSETTE, “Judicial Institutions &Civil Procedure”, Fall 2006, ss.66/66, s.62/66.Tarafların dava ve cevap dilekçesini mahkeme izni gerekmeksizin veya hasmının açık rızası ya da mahkeme izniyle değiştirebileceği haller için bkz.FRCP, r.15.

⁶¹CLARK, s.408,409;CHASE/HERSKOFF, s.194,195.

⁶² PARKER, s.8/32;David S.CLARK, İntroduction to the Law of the United States(Ed.D.S.Clark/T.Ansay), Second Edition, Kluwer Law Int. USA 2002, s.406,407; Okan GÜNDÜZ, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009,s. 45, 46.

⁶³GÜNDÜZ, s.48.

⁶⁴İlk pretrial görüşme oturumu zorunlu olmayıp mahkeme emri ile de ikame edilebilmektedir (FRCP,r.16b). FRCP güncel metni için bkz.<http://www.cornell.law.edu>.

⁶⁵ Discovery gerektirmeyen veya discovery uygulamasından muaf olan davalar(FRCP, r.26a.1E) dışında , taraflar arasında icrası zorunlu olan bu görüşme oturumunda, taraflar: i)iddia ve savunmalarının temeli ve niteliğini tartışmak, uzlaşma ihtimalini görüşmek ii) ilk ifşaat (initial disclosure) icrası ve icrasını düzenlenmek, iii)

Pre-trial oturumlardan düzenleyici görüşme ve son görüşme oturumları dışındakilerin yapılması zorunlu değildir; tümü açısından ortak bir özellik hazırlık görüşme oturumlarının mahkeme görevlisi veya ödevli konumundaki hakim yardımcıları tarafından mahkeme adına yürütülmesidir⁶⁹. Bu oturumlardan bazılarında, taraflar veya taraflar ve hakim fiziken bir araya gelmeksizin, görüşme telefonla ya da videofonla yapılabilir⁷⁰.

2-İtalyan Kanonik Model’de Hazırlık Araçları

İtalyan Kanonik Model, Kıta Avrupası yargılama sisteminin geleneksel usul tarzını temsil etmekte olup bugün tipik olarak Fransa, İtalya ve Latin Amerika ülkeleri Kanunlarında benimsenmiştir⁷¹. İkamesini takiben dava mahkemece hemen ele alınarak delillerin bir dizi duruşmayla toplanılıp incelenmesi ve dava karar için olgunlaştığında hükmün verilmesi şeklinde karakterize edilen⁷² geleneksel usulü temsil eden bu modelde, sonuca götürücü yoğun bir duruşma icrası şeklinde, giriş safhasından sonra yargılamanın hazırlık ve duruşma

discovery planlamak, üzere, mahkemece başka şekilde emredilmedikçe düzenleyici görüşme oturumundan 14 gün önce bir araya gelir ve 10 gün içinde mahkemeye sonuçları rapor eder(FRCP, r.26f).

⁶⁶ Düzenleyici görüşme oturumu davalının cevabından itibaren 90 -120 gün içinde icra olup bu oturumda mahkemece taraflar dinlendikten sonra değişiklik dilekçeleri ve itiraz dilekçeleri zamanlaması, discovery uygulamalarının kapsam ve süresi , davaya üçüncü kişilerin katılımı vb konular ile son görüşme ve trial oturumu tarihlerinin belirlenmesine yönelik ara kararlar verilmektedir(FRCP,r.16b).

⁶⁷ Kısa yargılamalı karar oturumu ya davanın usuli kusurlar içermesi halinde davalının esasa ilişkin cevap dilekçesi haricindeki yazılı talebi(motion;FRCP, r.7) veya cevap dilekçesiyle (FRCP, r.12a,b,d), ya da herhangi bir tarafın dava talebi açısından yeterli vakıa ve delil yokluğu veya davada bir karar istemeyi hukuken haketmediği iddiası ile yargılama yapmaya gerek olmadığı ileri sürülerek yapılır.Hakim itiraz dilekçesi üzerine tarafa delillerini sunmaları için süre verir.Tarafa yeterli ispat imkanı tanımak üzere kararı discovery uygulamalarından sonraya bırakabilir(FRCP, r. 12c, 56).

⁶⁸Taraflar mahkemece başka şekilde emredilmedikçe Trial gününden enaz 30 gün önce yargılamada dayanmak istedikleri delilleri mahkemeye sunup birbirlerine tebliğ etmeli ve tebliği müteakip 14 gün içinde bunlara karşı varsa itiraz ve gerekçelerini bildirmelidir(FRCP,r.26a3C). Duruşma gününe yakın bir tarihte yapılacak son görüşme oturumunda yargılamada delillerin sunumuna ilişkin duruşma planı görüşülür(FRCP,r.16b,d).

⁶⁹ABD Federal Bölge Mahkemelerinde pre-trial safha hakime yardım etmek üzere genellikle avukatlar arasından seçilen, maaşlı mahkeme görevlisi magistrate (FRCP, r.72,73) ve ayrıca belirli davalar için atanan master(FRCP,r.53) tarafından yürütülmektedir.Ayrıntılı bilgi için bkz. Mira GUR-ARİE, “Legal and Court Staff in the United States Judiciary”, Seminar on the Management of the Assistant Personel to Judges, November 22-26 2004, International Judicial Relations Federal Judicial Center, ss.10/10, özellikle s.4/10. Magistrate ve master yetkileri hakkında bkz.USC Title 28 para 636b(The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts [Compiled : D.J.Meltzer/D.L.Shapiro], Foundation Pres, New York 1996, s.129).

⁷⁰ GÜNDÜZ, s.49; JOLOWICZ, “Civil Procedure”, s.48,49.

⁷¹STÜRNER/KERN, s.1005.

⁷² KÖTZ, s.72;CHASE/HERSKOFF, s.5,242.

safhası halinde bölünmesi sözkonusu değildir⁷³. Dolayısıyla, bu modelde ayrı veya özel bir hazırlık safhası yoktur⁷⁴; diğer modellerde hazırlık safhası olarak anılan ara safha bu modelde tahkikat safhası(preliminary investigation stage/investigatory stage/instruction phase”) adıyla anılmaktadır⁷⁵. Bu modelin ara safhasında amaç davayı “şekillendirerek” karar vermeye hazır hale getirmektir. Bu ara safhanın başında davayı tahkikat duruşmalarına hazırlamak için gereken bazı usuli adımlar da atılmaktadır⁷⁶. Diğer modellerde “hazırlık” işlemi mahiyetindeki dava sebebi vakıalar ve delillerin belirlenip toplanması, usuli gereklerin mevcudiyetinin tetkiki ve sulhe teşvik işlemleri, bu modelde, yargılamanın giriş safhasından başlayıp ara safhaya yayılmakta⁷⁷, yargılama adeta olurken oluşmaktadır.

İtalyan Kanonik Modelde yargılama hazırlığı teşkil edebilecek ilk ve en önemli araç giriş safhasını oluşturan başlangıç dilekçeleri, yani dava-cevap ve replik-duplik dilekçeleridir. Tarafların başlangıç dilekçelerinde iddia ve savunmalarının olgusal temel ve hukuki argümanları ile delillerinden bahsetmelerini gerekli kılan kurallar davanın planlanması ve hazırlanmasına hizmet etmektedir⁷⁸. Bu açıdan, bu modelin vakıa tabanlı dilekçe standartına sahip olması⁷⁹ davanın yargılama ve karara hazırlanmasında dilekçelerin

⁷³HABSCHEİD/BERTİ, s.46;STÜRNER, S.3/23;M.TARUFFO, “Civil Procedure and the Path of a Civil Case”, Introduction to Italian Law(J.S.Lena/U.Mattei), Kluwer Law,New York 2002, ss.159- 180,s.163.

⁷⁴Bazı Türkçe yayınlarda bu modeli kullanan İtalyan medeni usulüne ilişkin olarak verilen bilgilerde yeralan “*duruşma öncesi hazırlık safhası ve ara oturumlar*” şeklindeki içerikte geçen “*duruşma*” ibaresi modelin son safhasına ve “*hazırlık safhası ara oturumları*” ibaresi de tahkikat safhasına atıfta bulunmaktadır; krş. A.G.GÜRALP, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları ,Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011, s.104(Yazar kitabının 314. sh.da temel modeller meyanında bu modele ilişkin olarak belirttiği safha yapılanmasıyla uyumlu bir terminoloji kullanmamıştır).

⁷⁵ Bkz. Loic CADIET, “Civil Justice Reform:Acces, Cost and Delay:The French Perspective”, Civil Justice in Crisis(Ed.A.Zuckerman, 1999), s.298-301(Chase/Herskoff, ss.204-207, s.205,206’dan naklen).Bazı yazarlarca bu modelin ara safhasından hazırlık aşaması preparatory stage olarak da bahsedilmekte ise de bu kanımızca İngilizce metinlerde bir ölçüde kaçınılmaz olan Anglo-Amerikan terminolojisinin etkisine bağlanabilir; Krş. J.GODART, Fact Finding:A French Perspective”, ss.57- s.59;TARUFFO, “The Path of a Civil Case”, s.167.

⁷⁶CADIET, s.299(Chase/Herskoff,s.206’dan naklen).

⁷⁷ Bkz.TARUFFO, “The Path of a Civil Case”, s.163;Mario SERİO, “Fact-Finding:An Italian Perspective”, The Option of Litigating in Europe(Ed.D.L.C.Miller/P.R. Beaumont), UK Comparative Law Series,Vol 14, Great Britain 1993, ss.123-132, s.124. Bu modelin ara safhası hakkında genel olarak bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.197,198.

⁷⁸ F.FERRAND, “The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/ V.Varano),Torino 2005, ss.7-32, s.31;TARUFFO, “The Path of a Civil Case”, s.166.

önemini göstermektedir. Burada, bu modelin bir versiyonuna⁸⁰ özgü biçimde, vakıaların, bunlara yer verilmediğinde veya tamamlanmadığında davanın açılmamış veya davaya cevap verilmemiş sayılması yaptırımına yol açabilen surette, dava-cevap dilekçesinde zorunlu içerik unsuru teşkil ettiği ve iddia savunma yasağının dava-cevap dilekçelerinden itibaren başlaması ölçüsünde katı teksif ilkesinin benimsendiği Kanunlarda görülen, yargılamayı belirleyici başlangıç dilekçelerinin vakıa tabanlı dilekçe standartının bir türü olarak davanın hazırlanmasında daha fonksiyonel olduğu belirtilebilir⁸¹.

Diğer taraftan, yargılamanın giriş safhasında hakim davayı ara safhadaki tahkikat celselerine hazırlamak üzere bazı hazırlık kararları verebilir⁸². Yine, ara safhaya geçişte, hazırlık kabilinden, yargılama yapılmasını gereksiz kılabilir veya giderilemeyecek usuli kusurların davada mevcut olup olmadığının tetkiki hakim için öncelikli işidir. Bu açıdan, bu modelde, hakim meseleyi ya ayrı bir usuli kararla çözer; ya da bu meselenin çözümünü davaya ilişkin nihai karara dek erteleyebilir⁸³. Ayrıca, uyuşmazlığın sulhen çözümü de tahkikatı gereksiz kılacağından tarafların buna teşviki ara safhanın başında cereyan eden olumsuz anlamda bir diğer “hazırlık” işlemidir⁸⁴. Buna göre, bu modelde başlangıç dilekçelerine ilaveten yargılamanın giriş safhasında dosyanın ilkinceleme ile verilebilen hazırlık kararları ve ara safha başında tarafların dinlenilmesi de birer hazırlık aracı olarak

⁷⁹STÜRNER/KERN, s. 1005. Vakıa tabanlı dilekçe standardı hakkında ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, “Dava ve Cevap Dilekçeleri”, s.50-51.

⁸⁰İtalyan Kanonik Modelin bir versiyonunu teşkil eden bu modelin diğer özelliklerinin yanı sıra katı teksif ilkesi bazı İsviçre kanton usul kanunları meyanında örneğin Cenevre Medeni usul Kanunu ve eski usul kanunumuz HUMK’nun mehzazı olan Neuenberg(Nöşatel) Medeni Usul Kanunu’nda da benimsenmiştir;Cenevre için bkz.A.LAYTON/H.MERGER /M.R.FIECHTER, “Switzerland”, European Civil Practice (Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.559-603, s.579,580.HUMK’nun İtalyan Kanonik Modeli kullandığı yönünde bkz. GÜRALP, s.313;HUMK yargılama modelinin İtalyan Kanonik Model’in bir versiyonu olduğu yönünde ve farklar için bkz. ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s. 313.

⁸¹ Bkz.M.Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları,İstanbul 2000, s.253,258,457. Belirleyici ve hazırlayıcı dilekçe türleri hakkında bkz. age, s.457(Yazar hazırlayıcı dilekçe özelliğinin temelde sözlülük ilkesine dayanan Kanunlarda örneğın Alman modelinde mevcut olduğunu belirtiyor). Bunlar esasen vakıa temelli dilekçe standartının versiyonları olup kanımızca İtalyan-Kanonik Model’de de, yargılamanın kapsamının belirlenmesi ara safhada tahkikatın ikinci celsesine sarkabilmekle, girişı safhası ve dolayısıyla ilk dilekçeler bakımından belirleyicilik değıl hazırlayıcılık özelliğı mevcuttur.

⁸²Fransız Hukukunda hazırlık kararları hakkında bkz.L.CADIET/S. AMRANİ-MEKKİ, “Civil Procedure”, Introduction to French Law(Ed.G.A.Bermann/E.Picard), Kluwer Law, Netherlands 2008, ss.309-331, s.323.

⁸³İtalyan Hukukunda bu şekilde bkz. A.COLVIN/V.VIGORİTİ/ R.CALABRESİ, “ITALY”, European Civil Practice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.305-341, s.326.

⁸⁴ İtalyan Hukukunda bkz.TARUFFO, “The Path of a Civil Case”, s.163,164.Fransız Hukukunda bkz.M.E.H.du TİLLY, “France”, European Civil Practice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss139-177, s.165. İsviçre Cenevre Kanton Hukukunda bkz.FIECHTER, s.580,584,585.

kullanılmaktadır⁸⁵. Bu araçların kullanımı ve yoğunluğu davalar için öngörülen veya seçilen yargılama usulüne göre değişip farklılaşabilir⁸⁶. Bununla birlikte, bu modelde olağan usulde davanın tahkikat ve karar duruşmalarına hazırlanması, temelde, yazılı giriş aşaması unsuru olan başlangıç dilekçeleri ve ekleri ile hakimın giriş safhası sonundaki dosya üzerinden yaptığı ilk incelemeye sağlanmaktadır.

3-Alman Esas Duruşma Modeli Hazırlık Araç ve Usulleri

Halen Almanya, Avusturya ve İspanya hukuk sistemlerinde kullanılan Alman Esas Duruşma Modeli davanın temelde iyi bir hazırlık icrasıyla mümkün olduğunca tek bir duruşmada yoğun bir yargılamayla karara bağlanmasını öngörmektedir⁸⁷. Buyüzden, bu Modelin ara safhası açıkça hazırlık aşaması ve son safhası esas duruşma terimiyle anılmaktadır⁸⁸. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere burada hazırlık Amerikan Trial Modeldekinin aksine münhasıran yargılamaya değil aynı zamanda davayı karara bağlamaya da yöneliktir. Nitekim, bu modelde hazırlık ve esas duruşma safha ayrımı Amerikan Trial Model’de olduğu kadar keskin değildir⁸⁹. Örneğin, kural olarak esas duruşmada incelenen

⁸⁵ İtalyan Kanonik Model’de hakim, yukarıda belirtilen surette, tarafların başlangıç dilekçelerini karşılaştırarak, hazırlık sadedinde, yargılamanın kapsamını veya başka bir ifadeyle ispatın konusunu oluşturacak olan taraflar arasında ihtilaflı olan ve davanın karara bağlanmasında hukuken önemi olan vakıalar ile iddia edilen bu vakıaların doğruluğunun hangi delillerin incelenmesiyle tahkik edilebileceği gibi giriş safhasının sonunda veya bu modelin tipik halinde gevşek teksif ilkesi benimseyen Kanunlar bakımından tarafları dinleyip gereğinde sorular sorarak ara safhanın başında belirleyebilecektir; bkz.TARUFFO, “The Path of a Civil Case”, s.167

⁸⁶Örneğin, Fransız Hukukunda davanın ele alınacağı yargılama usulü(kısa,orta,uzun) olağan mahkemede mahkeme başkanı ve taraf avukatlarının toplantısı ile belirlenmekte ve acele hallerde davanın hazırlığı dilekçeler ve ilkinceleme yoluyla değil münhasıran duruşmada yapılmakta, kısa ve orta usulde ara safha icra olunmayıp mahkeme başkanı nezaretinde replik-duplik dilekçe teatisi ve müşterek görüşme ile ikame olunarak doğrudan nihai duruşma(sözlü yargılama/tartışma)ya geçilerek hüküm verilmektedir. Ara safha(tahkikat duruşmaları) uzun usulde yapılmaktadır(NCPC art 788-790);bkz.FERRAND, s.18.

⁸⁷ STÜRNER/KERN,s.1010.Alman Hukuku için bu yönde bkz.dZPO, 272/1(Chase/Hershkoff, s.197).İspanyol Hukuku için bkz. L.C. del RINCON, “Spain”, European Civil Justice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, Vol.2, ss.499- 531, s.517. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nda da bu modelin benimsendiği yönünde bkz.ALANGOYA “Yazılı Yargılama”, s.172, dn.30.

⁸⁸Bkz.STÜRNER/KERN, s.1007. Alman Esas Duruşma modelinin safhaları hakkında bkz. ÇELİKOĞLU,”Avukatın Delil Toplaması”, s. 201 vd.

⁸⁹Alman Hukukunda bu şekilde bkz. MURRAY/STÜRNER, s.14 ; A.STADLER/W.HAU, “The Law of Civil Procedure”, Introduction to German Law(Ed.J.Zekoll/M.Reimann), Second Edition, Kluwer Law, Netherland 2005, ss.365-386, s.369. Avusturya Hukuku için bu yönde bkz.F.SCHWANK, “Austria”, Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worlwide(Ed.C.Platto), Graham&Trotman, London 1990,ss.55-61, s.56.

deliller, eğer esas duruşmayı daha etkin ve verimli kılacaksa veya davada erken bir çözüme yol açabilecekse, hazırlıkta da incelenebilir⁹⁰.

Dava esasen ara safha olan hazırlık aşamasında yargılama ve karar için hazırlanacak olmakla birlikte, bu açıdan, yargılamanın giriş aşamasında başlangıç dilekçeleri de önemsiz değildir. 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 standartı benimsenmiştir⁹¹. Böylece, başlangıç dilekçelerinin teatisi ile yargılamanın kapsamının belirlenmesine yönelik ilk adımlar ara safha öncesinde atılır. Nitekim, başlangıç dilekçelerinin bu Modeli kullanan bazı hukuk sistemlerinde hazırlayıcı dilekçe terimiyle anılması da onların davanın hazırlanmasına olan katkısına işaret etmektedir⁹².

Hazırlayıcı özellikli başlangıç dilekçelerinin teatisi davada sözkonusu meseleyle ilgili vakıalar ile delil araçlarının önceden tespitine ve dolayısıyla yargılamanın konusunun belirlenmesine hizmet etmesine rağmen, buradaki giriş safhası karmaşık davalarda çoğu kez davanın sadece çerçevesini çizer. Buyüzden, bu modelde yargılamanın giriş safhasını, davanın olgusal temeli ve tatbiki mümkün hukuk normu ile erişilebilir delillerin daha belirgin hale getirilip temel mesele vuzuha kavuşturularak ispat araçlarının yargılamaya dahil edilmesine yönelik hazırlık usulleri içeren ara safha takip eder⁹³. Yargılamanın giriş safhasında dosyanın ilkinclenmesinden itibaren, davanın görülmesine ilişkin usuli gerekler de ele alınıp giderilemeyecek usuli kusurlar varsa ve sabitse, ara safhanın başında talep üzerine veya re'sen dava usulden karara bağlanır veya gereğinde nihai karardan önce tekrar

⁹⁰ Alman Hukukunda bu şekilde bkz.MURRAY/STÜRNER, s.225,226;M.GROSS, “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Reform Yasası ve Hakimin Davadaki Yeri”, Ergun Özsunay Armağanı, Vedat Kiabevi, İstanbul 2004, ss.395-410,s.406.

⁹¹ H.C.Dieter LEIPOLD, “Oral and Written Elements Within the Introductory Phase of Civil Procedure”, International Association of Civil Procedure, Colloquim(5-8 November 2008),General Report, ss.24/24 s.6/24.

⁹² Bkz. dZPO, 273/2-1(Chase/Herskoff, s.197);Avusturya Hukukunda aynı yönde bkz. İ.WELSER, “Austria”, European Civil Justice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.5-41,s.24.

⁹³ Alman Hukuku için bu şekilde bkz.CHASE/HERSHKOFF, s.195.Avusturya Hukukunda bkz. E-M.BAJONS, “Civil Procedure for Austria Revisited.An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/V.Varano),Giapichelli Editore,Torino 2005,ss.125-130, s.119.Ispanyol Hukukunda bkz.D-P.GİMENEZ, “Principal Innovations of Spain’s Recent Civil Procedure Reform”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/V.Varano),Giapichelli Editore,Torino 2005,ss.33-66, s.43.

gündeme getirilmek üzere bunlar esas duruşmaya bırakılır⁹⁴. Ara safhanın başında, taraflar şahsen davet edilerek⁹⁵, Alman Hukukunda gereğinde esas duruşma safhasının başında da tekrarlanmak üzere, sulhe teşvik olunur⁹⁶.

Bu Model’de hazırlık safhası, Amerikan Trial Model’de görülen yarı aleni hazırlık görüşmelerinden farklı olarak, aleni sözlü hazırlık oturumu veya yazılı hazırlık ikmali şeklindeki iki usulden hakimce belirlenen biriyle veya bu modeli kullanan bazı hukuk sistemlerinde görüldüğü üzere münhasıran sadece sözlü hazırlık oturumuyla icra olunmaktadır⁹⁷. Bu Modelin kullanıldığı hukuk sistemlerinde, sözlü hazırlık oturumu adedi yasal olarak belirlenmiş değildir⁹⁸.

Görüldüğü üzere, Alman Esas Duruşma Modelinde davanın duruşma ve karar için hazırlanması bakımından, yargılamanın giriş safhası da hazırlığa dahil olmakla birlikte, hazırlık aracı olarak tarafların başlangıç dilekçelerinden çok, sözlü hazırlık oturumu veya yazılı ek dilekçe(replik-duplik) sunumu ve belge celbi vb yazılı iletişim unsurları kullanılmaktadır.

C- Temel Yargılama Modelleri Hazırlık Araç ve Usulleri Mukayesesinden HMK Yargılama İnşa Tarzı Bakımından Çıkarılabilecek Sonuç

⁹⁴Alman Hukukunda bkz. MURRAY/STÜRNER,s.147,210,231; STADLER/HAU, s.372.Avusturya Hukukunda, bkz.BAJONS, s.119;WELSER, s.23.Ispanyol Hukukunda bkz.GİMENEZ, s.45.

⁹⁵Alman Hukukunda yazılı hazırlık usulünde de hakim taraflara yazılı sulh önerisi göndermeye yetkilidir(dZPO, 278/6);bkz.LEİPOLD, s.19/24.

⁹⁶Alman Hukukunda bkz.dZPO,278;MURRAY/STÜRNER,s.227;STADLER/HAU,s.376.Avusturya Hukukunda bkz.E-M.BAJONS,s.119;WELSER,s.23.Ispanyol Hukukunda bkz.GİMENEZ, s.43.

⁹⁷ Alman Hukukunda hakim giriş safhasında dava dilekçesi üzerindeki ilkinceleme akabinde hazırlığın sözlü hazırlık oturumu(*früher erster termin*,dZPO 275) usulü ile mi yoksa yazılı hazırlık ikmali(*schriftliches vorverfahren*, dZPO 276) yoluyla mı yapılacağını belirlemektedir. Hazırlık oturumu hakim odasında icra olunabilir ve burada hakim stajyerlerden yardım alabilmektedir.Uygulamada genellikle yazılı hazırlığın standart araç olarak kullanıldığı belirtilmektedir; bkz. MURRAY/ STÜRNER, s.210, 213,221,227, 229;LEİPOLD, s.12/24.Avusturya Hukukunda, hazırlık aşaması sadece sözlü hazırlık oturumu usulü ile icra olunmaktadır.Asli mahkemede dosyanın ilkinceleme tarafların başlangıç dilekçeleri teatisinden sonra yapılmaktadır(özPO 258); semt mahkemesinde ise davalı yazılı cevap dilekçesi sunmayıp savunmasını hazırlık oturumunda sözlü olarak sunar;bkz.BAJONS,s.119;WELSER, s.25.Ispanyol Hukukunda da münhasıran sözlü hazırlık oturumu usulü caridir;bkz.GİMENEZ, s.43,44.

⁹⁸Alman Hukukunda bir veya bir dizi oturum veya taraflar ve avukatları ile hakim arasında görüşme şeklinde icra olduğu yönünde bkz.MURRAY/STÜRNER, s.225. Avusturya Hukukunda karmaşık davalarda pek çok aya yayılan birkaç oturum gerekebileceği yönünde bkz.T. FRAD, “Austria”, International Civil Procedure(Ed.S.R.Grubbs), Kluwer Law, Netherland 2003,ss.57-73,s.63.

Yukarıdaki açıklamalar, yargılamanın inşası bakımından batı hukuk geleneklerinde kullanılan temel yargılama modellerinde yeralan hazırlık süreci veya araç ve usullerle, tüm inşa modellerinin ortak bir özelliği denilebilecek şekilde, iki temel hedefin yakalanmasının amaçlandığını göstermektedir: i) her ne zaman mümkünse sonraki bir aşamaya geçilmeksizin davanın karara bağlanması, ii) delillerin belirlenip sunulması için ve bunu takip eden yargılama adımları bakımından davadaki temel meselenin belirlenmesi⁹⁹. Bu açıdan, İtalyan Kanonik Model'i benimseyen Kanunlarda hazırlık ağırlıklı olarak yazılı araçlarla yürütülmekte iken¹⁰⁰, Alman Esas Duruşma Modelinde bu modelin tipik halini temsil eden Alman Kanununda(dZPO) yazılı ve sözlü usuller temelde belirli bir dengeyle birlikte kullanılmaktadır¹⁰¹. Amerikan Trial Modelin taşıyıcısı olan federal ABD “Kanunu”(FRCP) hazırlık süreci ise ağırlıklı olarak sözlüdür¹⁰². Diğer iki model ile Anglo-Amerikan Trial Model arasındaki net bir fark da, orada, kural olarak geriye-ileriye geçişe izin vermeyecek¹⁰³ derecede, özellikle trial safhaya ulaşıldıktan sonra pre-trial safhaya geri dönülemeyecek şekilde, yargılamanın ikiye bölünmüş olmasıdır.

HMK'da yapısal olarak dört safhada tamamlanan bir yargılama öngörölmüş olmakla birlikte, sözlü tartışma(sözlü yargılama)nın taraflara son diyeceklerinin sorulması şeklinde HUMK uygulamasındaki içi boşaltılmış halinin yeni Kanuna aksettirilmiş olması(m.186/2) karşısında, HMK yargılama yapısı da kanımızca 3 safhaya irca edilebilir. Zira, son safha olan sözlü tartışma, Kanunda düzenlenmiş olan haliyle, yargılamanın inşasına ve hükme önemli bir katkı yapmayacaktır. Buna göre, HMK hazırlık araç ve usullerini temel yargılama modellerininkilerle karşılaştırırken, HMK yargılama modelinin dört safhalılık özelliği kanımızca bir önem arzetmez.

⁹⁹TARUFFO, “Orality and Writing”, s.5/19.

¹⁰⁰İtalyan Hukuku bakımından bu şekilde bkz.TARUFFO, “Orality and Writing”, s.8/19.Fransız Hukuku için aynı yönde bkz.M. STORME, “More Voice,Less Print-Why Court Proceedings Should Become More Oral”, ss.6/6, s.5/6.

¹⁰¹Bkz.LEIPOLD, s.9/19; STADLER/HAU, s.372;STORME, s.5/6.

¹⁰²TARUFFO, “Orality and Writing”s.6/19.İngiliz “Kanunu”(CPR) ile farklar açısından bkz.GÜNDÜZ, s.153-155; ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.241-246.

¹⁰³Pre-trial görüşme emirleri sonraki bir emirle değiştirilmedikçe davanın yürütülmesini kontrol etmekle birlikte son pre-trial görüşme kararları ancak açık bir adaletsizliği engellemek üzere değiştirebilecek şekilde bağlayıcı bir etkiye sahiptir;bkz. JOLOWICZ, “Civil Procedure”, s.50;GÜNDÜZ, s.149.

Yer verdiği hazırlık süreci ve davanın hazırlanması bakımından içerdiği araçlar ve öngördüğü usul itibarıyla, HMK yargılama inşa tarzının, HUMK yargılama modelinin paralel olduğu İtalyan Kanonik Modele uzak olduğu anlaşılmaktadır. Gerçi, bir açıdan HMK modelindeki öninceleme ve “tahkikat” aşamalarının İtalyan Kanonik Modelin ara safhasına tekabül ettiği söylenebilir. Fakat, dilekçe kuralları değişikliğiyle, artık tarafların başlangıç dilekçelerinin hazırlık işlevi nispi hale gelmekle, HMK modelinde yargılamanın giriş safhasının ara safha için “yazılı hazırlık” teşkil etmesi özelliğinden sözedilemez. Bu yüzden, HMK yargılama inşa tarzında davanın yargılama ve hüküm için hazırlık süreci tarafların başlangıç dilekçelerini de kapsayan fakat buna özgü ayrı bir sözlü oturumu da içeren formal bir özelliğe sahip olmakla, artık bünyesinde ayrı bir “hazırlık safhası kesiti” barındırmaktadır. Ayrıca, HMK öninceleme tutanağı ve buna atfedilen önem İtalyan Kanonik Modele yabancıdır¹⁰⁴. Bu yüzden, HMK yargılama modeli, İtalyan Kanonik Model’den ve dolayısıyla buna paralel olan HUMK yargılama modelinden bariz biçimde farklıdır.

HMK yargılama inşa tarzı, safhasal olarak özellikle yoğun yargılama duruşması için ayrı hazırlık icrasına yönelik olarak bölünmüş yapısalılığı ve bu ayrımın hazırlık süreci sonrasında geriye dönüşe izin vermeyecek ölçüde keskinliği itibarıyla, Amerikan Trial Modeli andırmaktadır¹⁰⁵. Bu açıdan, HMK’nun, etkinlik ve verimlilik temini için yargılama gerektirmeyen davaları elemek üzere, usule ilişkin kusur ve eksiklerin mutlaka hazırlık sürecinde karara bağlanması(HMK, m.138), keza hazırlık süreci sonundaki oturum tutanaklarının kural olarak tarafları bağlayıcı surette yargılamaya yön vermesi(HMK, m.140/3), şeklindeki düzenlemeleri ile ABD Federal Medeni Usul Kuralları’nın ilgili düzenlemeleri(FRCP, r.12 ve16b) arasında bir paralellik kurulabilir. Fakat, HMK yargılama modeli davanın veya delillerin sunumunda ve tartışılmasında Amerikan Trial Model kadar sözlülüğe ve yoğunluğa yer vermemektedir.

¹⁰⁴İtalyan medeni usulünde olağan usulde tahkikatın ilk celsesinde dava şartları ve engellerinin incelenmesi ,ikinci celsesinde ispatın konusunun belirlenmesi ve tarafların sulhe teşviki ,üçüncü celsesinde de tarafların teklif ettiği delillerin kabule şayanlığının incelenmesi işlemleri yapılmakla(COLVIN/VIGORITI/CALABRESI, s.327;GIORGİANTONIO, s.24) birlikte, “öninceleme” hazırlık işlemlerine benzerliğine rağmen ,bu formal bir özellik arzetmemektedir.

¹⁰⁵ Yargılama sistemi bakımından süjelerin rollerindeki özellikle delillerin belirlenmesi ve toplanması ve hukukun uygulanmasındaki farklılıklar itibarıyla mahkemenin vakia tespiti ve hukuki meselenin nihai sorumlusu olarak kalmaya devam etmesi yönüyle doğal olarak HMK yargılama rejiminin Kıta Avrupası sistemi esaslarına bağlılığı devam etmektedir;yargılama sistemleri hakkında bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması, s.174-183.

HMK yargılama inşa tarzı temel yargılama inşa modelleri arasında kanımızca daha çok Alman Esas Duruşma Modeline benzetilebilir¹⁰⁶. Özellikle, HMK’da iddia savunma yasağının zaman bakımından kapsamının daraltılması ve vakıaların başlangıç dilekçelerinin zorunlu içerik unsuru olmaktan çıkarılmış olması suretiyle, yargılamanın kapsamına etkisi bakımından yazılı giriş safhasının belirleyici değil hazırlayıcı özelliğe sahip olması yönü bu modelin kurucu- temsilcisi olan Alman Hukukuyla benzerlik arz etmektedir. Bununla birlikte, replik-duplik dilekçeleri Alman Hukukunda kural olarak hazırlığın tamamlanmasında hakimin tercih yetkisine sahip olduğu iki usulden yazılı hazırlık ikmali usulünde sözkonusudur. Bu şekliyle, HMK öninceleme duruşmasının bir ölçüde Alman Hukukunda hakimin hazırlık ikmali bakımından tercih edebileceği diğer usul olan erken sözlü hazırlık oturumuyla özdeş olduğu belirtilebilir. Fakat, hazırlık oturumu zabıtları veya sonraki ara kararlar davayı karara götürecek sonraki adımlar için bir tür usuli yol haritası olarak nitelenmekle¹⁰⁷ birlikte, Alman Hukukunda HMK öninceleme tutanağı gibi ayrı bir hazırlık tutanağı düzenlenmesi sözkonusu değildir; ayrıca hazırlık safhası tutanakları, HMK’nun öninceleme tutanağına atfettiği gibi, kural olarak dönülemez şekilde bir bağlayıcılığa sahip değildir.

Belirtilen nispi paralellik ve benzerlikler, bize, HMK öninceleme kurumunun işlev ve hedefleri bakımından Kanundaki boşlukların doldurulması ve mevcut düzenlemelerin işleyebilir bir yargılama hattı inşa etmeye uygun olarak yorumlanması için, yargılama sisteminin farklılıkları hatırd tutulmak kaydıyla Amerikan Trial Modelini ve özellikle aynı yargılama sistemi esaslarına bağlılık itibarıyla Alman Esas Duruşma Modelini benimseyen Kanunlardaki çözümlerden yararlanılabileceğini düşündürmektedir. Burada, benimsediği yargılama inşa tarzı itibarıyla Alman Esas Duruşma Modeline yakın olmakla birlikte,

¹⁰⁶HMK ile Alman Esas Duruşma Modelinin takip edildiği yönünde bkz.GÜRALP, s.314(Yazar Ana Oturum Modeli olarak belirttiği bu modelin HMK ‘da benimsendiğine ilişkin görüşünün gerekçesini açıklamamış olmakla birlikte, Alman Modelinin yoğun tek duruşmalı yapısının Amerikan Trial Modelde yargılamanın pre-trial ve trial safha ayrımından etkilenmiş olduğu[s.339] ve bu modelin hazırlık safhası olarak ön yargılama aşamasının ayrıca Japon ve İspanyol Kanunlarında da kabul edildiği ve HMK öninceleme aşamasının da sözkonusu önyargılama aşamasıyla benzerlik arzettiği[s.340] şeklindeki ifadeleri verdiği sonucun dayanakları olarak belirtilebilir.Yazarın etkilenme konusundaki görüşünü ihtiyatla karşılamakla birlikte [Trial Model yoğun duruşma konseptinin 19.yy İngiliz Hukukunun Romanic etki altındaki Chancery Court yargılaması ve Germanic kökenli jüri yargılamanın kombinasyonu olduğu yönünde bkz. ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.192 dn.159 da belirtilen yayınları ile STÜRNER ve MILLAR] ve yine hazırlık hedefinin farklı olduğunu vurgulamak gerekmele [bkz.yukarıda dn.50] birlikte, davanın giriş safhası dışında ara sahfada ayrıca yapılan bir hazırlıktan sonra yoğun bir duruşmada ele alınmasına ilişkin yaklaşım sözkonusu modellerin ve dolayısıyla HMK yargılama inşa tarzının da kesişme noktası olduğu şeklinde belirtilebilecek yaklaşımına katılıyoruz.).

¹⁰⁷ MURRAY/STÜRNER, s.228.

Amerikan Trial Model unsurlarını da kullanan Japon Medeni usul Kanununda kabul edilen çözümlerden de yararlanılabilir¹⁰⁸. Aşağıda öninceleme kapsamında yapılacak işlemlerin ele alınmasında böyle bir yaklaşım izlenmeye çalışılacaktır.

III-HMK'NA GÖRE YARGILAMANIN ÖNİNCELEME AŞAMASINDA YAPILACAK ve YAPILMASI GÜNDEME GELEBİLECEK İŞLEMLER

HMK öninceleme aşamasında yapılacak işlemlere, önincelemenin kapsamı başlığı altında, hem tipik hazırlık işlemi niteliğinde olanları özel olarak saymak ve hem de kanımızca tahkikat veya yargılama bakımından gerekli ya da faydalı olabilecek bazı dava sevk-idare araç ve önlemlerine de (diğer) hazırlık işlemleri şeklinde genel olarak bahsetmek suretiyle işaret etmiştir(m.137)¹⁰⁹.

Önincelemenin bir hazırlık kurumu olduğu tespitimizden hareketle Kanunda öninceleme kapsamında özel ve genel olarak belirtilen hazırlık işlemlerini mutlak ve arızı hazırlık işlemleri şeklinde ayırmak mümkündür(HMK, m.137/1). Buna göre, Kanunda özel olarak sayılan hazırlık işlemleri öninceleme aşamasında mutlaka ele alınması gereken tipik işlemlerdir. Bu bakımdan, dava şartları ve engellerinin incelenmesi(m.138), davada sözkonusu temel meselenin belirlenmesi için ihtilaflı vakıaların tefrikiyle ispatın konusunun ve delillerin belirlenmesi(m.137,140/1,5), tarafların sulhe teşviki(m.140/2), işlemlerini mutlak hazırlık işlemi olarak nitelemek uygundur. Kanunda hazırlık işlemleri şeklinde genel olarak atıfta bulunulan arızı hazırlık işlemleri ise, kanımızca, her yargılamada mutlaka sözkonusu olmayabilen konu bölme, tefrik-tevhid ve önsorun-bekletici sorun gibi işlemlerdir. HMK modelinde öninceleme safhası : i)Öninceleme esas ilk inceleme, ii)Öninceleme oturumu, ii)Öninceleme oturumu sonrası sürelerle ilişkin karar, şeklinde üç evre ihtiva

¹⁰⁸Bu Kanun yargılamayı hazırlık ve esas duruşma safhası şeklinde yapılandırma yaklaşımını benimsemiş olmasının yansıması, davanın yargılama ve hüküm için hazırlanması bakımından, hem giriş safhasında vakıa tabanlı dilekçe standartını haiz başlangıç dilekçelerini hem de ara safhada Alman Hukukundaki gibi hakim tercihi göre sözlü ve yazılı hazırlık usulleri ve ilaveten bu ikisinin karması denebilecek şekilde Federal Amerikan yarı aleni hazırlık görüşmeleri şeklindeki hazırlık araç ve usullerini kullanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M.HONMA, "The Preliminary Phase and Trial Agreement in Japan", IAPL, Coloquium 2008 Presentation, ss.10/10 (<http://www.uv.es/coloquim>); Y.TANİGUCHİ, "How Much Does Japanese Civil Procedure Belong to Civil Law and to Common Law", IAPL, 2009 Toronto Conference Presentation, ss.5/5. Japon yargılama sistemi ve modeli hakkında bkz.ÇELİKOĞLU, "Avukatın Delil Toplaması", s.186-190, 206-211.

¹⁰⁹Hazırlık işlemleri şeklindeki genel atıfın m.140/5 de öngörülen belge delil ibraz süresi ve celp kararlarına ilişkin olduğu şeklinde farklı yönde bkz.B.UMAR, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin yayınevi, Ankara 2011, s.400(Kanun öninceleme işlemleri arasında delillerin sunulması ve toplanmasını açıkça belirtmiş olduğundan ayrıca yer verilen hazırlık işlemleri ibaresi bunun dışında ve davanın hazırlanması için gerekebilecek diğer işlemleri kapsayabilecek genel bir atfa ilişkin olduğunu düşünüyoruz).

etmekle¹¹⁰, aralarında birebir bir ilişki bulunmamakla birlikte, öninceleme safhasında yapılabilecek mutlak ve arızı hazırlık işlemleri bu şekilde evreler itibarıyla da ele alınabilir. Bununla birlikte, biz, yinede, konuyu aşağıda işlem gruplarına dayalı bir izlekte incelemeyi tercih etmekteyiz.

A- Mutlak Hazırlık(Öninceleme) İşlemleri

Kanun, yukarıda mukayeseli hukuktan aktarılan bilgiler çerçevesinde de tespit edildiği üzere, tipik hazırlık işlemlerini öncelikle ve sırasıyla: i)Dava şartları ve engellerinin incelenmesi, ii)Taraflar arasında anlaşmazlıklı vakıa veya iddia savunma unsurlarının tefrik edilmesi, yani davada yargılamanın konusu ve kapsamını teşkil edecek temel meselenin tespiti ve delillerin belirlenmesi, iii)Tarafların sulhe teşviki, şeklinde belirtmiştir. Dikkat edilirse, asli hazırlık işlemi teşkil eden öninceleme işlemlerinden dava şartları ve engellerinin incelenmesi ile sulhe teşvik işlemleri gereksiz veya geçersiz bir yargılama yapılmamasını temine yönelik olup kelimenin tam anlamıyla olumlu bir hazırlık mahiyetinde değildir. Buyüzden, bunları geniş anlamda mutlak hazırlık işlemleri olarak nitelenmek mümkündür. Diğerisi ise, davada sözkonusu temel meselenin ve buna ilişkin vakıaların doğruluğunun tahkiki için gerekecek delillerin belirlenmesi şeklinde, tam anlamıyla yargılamanın konusu ve kapsamının belirlenmesine yönelik olmakla, bu da dar anlamda mutlak hazırlık işlemi olarak nitelenebilir. Bu bakış açısına göre, aşağıda mutlak hazırlık işlemlerini dar ve geniş anlamda hazırlık işlemleri şeklinde iki alt kategoriye ayırmak mümkünse de, biz bu şekilde bir alt ayırma da gitmeyip Kanundaki ayırma bağlı kalacağız.

1-Dava Şartları ve Engellerinin İncelenmesi

Bazı hallerde mahkemenin kendi inisiyatifıyla veya taraf talebi üzerine davanın bir sonraki yargılama aşamasına geçmeden karara bağlanarak sonuçlandırılması gerekebilir. Mahkemenin dilekçelerin yeterliliğini, kendi görev ve yetkisini veya tarafın maddi ya da usuli haklarını önemli ölçüde etkileyen meseleleri erkenden ele alıp incelemesi evrensel olarak

¹¹⁰A.C.BUDAK, “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İBD, Y.2011, C.85, S.5,ss.3-23, s.14.

kabul gören bir usuli ilkedir¹¹¹. HMK, bu açıdan, geçerli bir yargılama yapılıp yapılamayacağının veya başlatılan yargılamanın sürdürülebilir olup olmadığının öninceleme aşamasında öncelikle dosya üzerinden ele alınıp incelenmesini ve hakim 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 öninceleme safhası sonunda mutlaka karara bağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir¹¹². Buna göre, örneğin tarafça bir dava şartı noksanı ileri sürülmesi veya mahkemece fark edilmesi halinde bu sonraya bırakılmaksızın öninceleme safhasının başından itibaren ele alınıp incelenecek; giderilmesi mümkünse kesin süre verilmesi, değilse davanın usulden reddi, şeklinde mutlaka önincelemede bu mesele hakkında bir karar verilecektir(m.115/2)¹¹³. Yine, tarafın usuli ilk itiraz ileri sürmüş olması halinde bu konu mahkemece dosya üzerinden veya öninceleme oturumunda, dava şartlarından sonra(m.117), fakat mutlaka bu safha içinde karara bağlanacaktır¹¹⁴. Kanımızca bu hususların

¹¹¹ ALI/UNIDROIT, Draft Rules of Transnational Civil Procedure With Commentary, Comment r.19A, B. Alman Hukukunda da hakim görüşün davanın usul yönünden dinlenilebilirliği öncelikle incelenmeden esas yönünden haklı olmadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceği yönünde olduğu hakkında bkz. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s.133 I 2c;96 V6(F.Uyanış, İlk İtirazların Hukuki Niteliği ve HUMK’da Düzenleniş Tarzı, İÜSBE YL Tezi, İstanbul 1994, s.59 dn.28’ den naklen).

¹¹²Bkz. A.C.BUDAK, Karşılaştırmalı HMK, 4.Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011, s.172.

¹¹³PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.381;ERMENEK, s.154;KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.341;KARSLI, “Usul”,s.422. Dava şartlarının yargılamanın başında resen araştırılmasının mümkün ve gerekli olmadığı yönünde bkz.UMAR, “Şerh”, s.332. Dava şartı eksikliğinin öninceleme aşamasından sonra fark edilmesi veya ileri sürülmesi halinde, dava şartı noksanının hükme engel usuli kusur niteliği ortadan kalkmış olmayacağından, giderilmesi mümkün değilse, o aşamada davanın usulden reddine karar verilecektir;ancak, hüküm safhasında tespit edilen ve giderilen dava şartı noksanı nedeniyle davanın usulden reddi kararı verilmeyip dava esas hakkındaki yargılama neticesine göre karara bağlanır (HMK, m.115/1,3).Fakat, bu safhada tespit edilen dava şartı noksanı giderilmezse de eğer dava haklı görülmemişse usulden değil esastan reddi gerekir;bkz.UMAR, “Şerh”, s.336,337.Bunun nedeni ikisi arasında kesin hüküm tesirinin farklılığıdır;bkz.UYANIŞ, s.59.

¹¹⁴ Bundan başka, HUMK’ndan farklı olarak HMK’ da ilk itiraz olmaktan çıkarılan ve esasen ön hazırlık aracı olarak dava ve cevap dilekçelerine ilişkin noksanlar resen incelenip bunlar hakkındaki gerekli kararların(m.119/2;130), kural olarak öninceleme aşamasına geçilmeden giriş safhası içinde verilmesi gerekir. HMK rejimine göre, tarafların başlangıç dilekçelerine ilişkin gerekler ve bunlardaki noksanlıklara ilişkin usuli kusurlar öninceleme safhasına geçilmeden, giriş safhasında ,dava şartları ve ilk itirazlardan önce ele alınacak şekilde düzenlenmiştir.Bu açıdan, yargılamanın giriş safhası olan dilekçe teatisi sırasında, Kanunda belirtilen dava ve cevap dilekçeleri standart içeriğinden(m.119/1;129/1) kanunen zorunlu unsur olarak tefrik edilen, dava dilekçesi bakımından davacı taraf kimlik no adres ve varsa vekiline ilişkin bilgiler ile talep ve imza, cevap dilekçesi bakımından da hitap olunan mahkeme davalı taraf kimlik no adres ve varsa vekiline ilişkin bilgiler ile imza şeklinde belirlenen zorunlu içerik unsurlarına(m.119/2;130) ilişkin bir kusur ve eklere ilişkin bir noksan bulunup bulunmadığı incelenecektir.Burada, hakim dava dilekçesinde bir kusur ve noksan varsa bunların giderilmesinin istenmesine karar verip tanıyacağı 1 haftalık kesin süre içinde de davacının zorunlu içerik unsuruna ilişkin noksan ve kusurların tamamlamaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir.Aynı şekilde, Kanunda öngörülen zorunlu içerik unsurları eksik veya kusurlu olan cevap dilekçesi de verilecek 1 haftalık süre içinde düzeltilip tamamlanmazsa davaya cevap verilmemiş sayılmasına karar verilecektir.Buna göre, hakim usulüne uygun olmayan dava dilekçesinin noksan ve kusurlar ikmal olunmadan davalıya, aynı şekilde usulüne uygun olmadıkça cevap dilekçesinin davacıya tebliğine karar vermeyebilirse de(m.122,127.Bu yönde, noksan veya kusur giderilmediğinde neticeten dilekçe iptal kararı verilmesi farkıyla bu

tümü bakımından özellik arzeden durumlar vardır ve Kanun bu açıdan bazı önemli hatta bilinçli boşluklar içermektedir.

Hukuk yargısında bir davada incelenebilecek iddia veya savunma ve talepleri başka bir deyişle davanın konusunu kural olarak taraflar belirlerken, Kıta Avrupası sistemi bakımından mahkeme de kendi yetkisiyle hüküm verebilmek üzere aranan olumlu veya olumsuz dava şartları gibi usuli gerekleri resen dikkate alıp araştırabilir¹¹⁵. HMK dava şartlarını açıkça hatta didaktik bir üslupla tek tek saymak ve özel kanunlardakilere de genel olarak atıfta bulunmak suretiyle düzenlemiştir(m.114).Kanun ilk itirazları da üç adetle sınırlamıştır(m.117)¹¹⁶. HMK öninceleme aşamasında dava şartları ve ilk itirazların mahkemece incelenip mümkünse dosya üzerinden veya gerekliyse öninceleme duruşmasında tarafları da dinlemek suretiyle karara bağlanmasını öngörmektedir. Dosya üzerinden karar vermenin mümkünlüğü veya tarafların dinlenmesi gereği, mahkemenin bunların varlığı veya yokluğu hakkındaki tereddüt veya endişesinin giderilmesi yani mahkemede kanaat hasıl olması ihtiyacı ile ilgili gibi görünmekteyse de, kanımızca Kanun hükmünün kapsamı bununla sınırlanmamalıdır(m.138). Burada, tarafların dinlenilme hakları bakımından, Kanunda sözlülük yargılamaya ilişkin temel ilkeler arasında yeralmamakla, tarafların mutlaka sözlü olarak dinlenilmesi gerekmezse¹¹⁷ de, örneğin görevsizlik veya kesin yetkisizlik yönünde dosya üzerinden karar

şekilde bkz.Japon Medeni Usul Kanunu m.138/1[Y.Taniguchi/P.C.Reich/H.Miyake, Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, Release 5- 2009, s. 7-14]) hukuki dinlenilme ilkesi uyarınca(m.27/2c) tarafa karara etki etme imkanı tanınmak gerekir .Bu işlemler yargılamanın giriş safhasının davanın yargılamaya hazırlanması işlevini temine yönelik mahkeme ön hazırlık kararları niteliğinde HUMK döneminde içtihat hukukuyla uygulamada geliştirilen ve kanımızca artık HMK m.119/2 ve 130 hükümleri çerçevesinde yasal dayanak kazanan tensip zaptından yararlanılmak suretiyle tesis ve takip edilebilir.Yine, dilekçe ekleri bakımından iddia ve savunmalarda davayı izah veya ispaten atıfta bulunulan belgelerin verilmesi veya elde olmayanların bulundukları yerden celbi için gerekli bilgilerin verilmesi de(m.121,129/2) tensip zaptı kapsamında ön hazırlık kararıyla istenebilir.Burada tarafa tensip zabtıyla yapılacak bildirimle mahkeme kararına yazılı beyanla etki etme imkanı sağlanması kural olarak yeterli olmakla birlikte, mesela talebin açık olmaması şeklinde bir kusurun sözkonusu olması halinde hakim in aydınlatma yükümlülüğü kapsamında çelişki ve boşluklara işaret etme ödevinden tarafın yararlanabilmesi için ikmalin öninceleme aşamasına bırakılması gerekebilir,bkz.ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, “HMKT Değerlendirme”, s.70.

¹¹⁵ MURRAY/STÜRNER, s.171;ALI/UNIDROIT, r.19 Comment –R.19A. Dava şartlarından maksat davanın esasının ele alınıp hükmü bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu davanın her aşamasında geçerlilik şartı olarak mahkemece resen gözetilen ve taraflarca ileri sürülebilen usuli gereklerdir;bkz.B.KURU, “Dava Şartları”, Ansay Armağanı, Ankara 1964, ss.109-147, s.111;BİLGE/ÖNEN, s.402;ÜSTÜNDAĞ, s.281; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, “Usul”, s.190.

¹¹⁶ İlk itirazlar ancak taraflarca ileri sürüldüğünde davanın dinlenilebilirliğine engel olan usuli defilerdir; bkz.UYANIŞ, s.31 ve orada dn.12 de anılan BERG ve POHLE. Alman Hukukunda ilk itirazlar(dava engeli usuli defiler) tahkim defi, teminat ve yargılama giderlerinin tazmin gereği için depo edilmesidir(UYANIŞ, s.33).

¹¹⁷ ÖZEKES, “Hukuki Dinlenilme”,s.139,140. Öninceleme duruşması açılmadan görevsizlik kararı verilebileceği yönünde bkz.KARSLI, s.422.

verilebilmesi için tensip zaptından da yararlanılarak tarafa bildirimde bulunulup yazılı açıklamasının alınması gerekir¹¹⁸.

Kanun tarafların dava şartları ve ilk itirazlar bakımından sözlü öninceleme oturumunda dinlenilmesini öngörmüş olmakla birlikte, madde gerekçesine bakılırsa bu aşamada tahkikat işlemi yapılamayacağı yani belge dahil hiçbir delil incelenemeyeceği belirtilmektedir¹¹⁹. Oysa 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 doğabilir¹²⁰. Yine, ilk itirazlar bakımından, örneğin, davanın yetki anlaşmasına göre genel yetkili olan mahkemeden başka bir mahkemede ikame edildiği bir halde, yetki sözleşmesi aksi şart olunmadıkça genel yetkili mahkemenin yetkisini de kaldırdığından(m.17), mesela imza inkarında bulunularak ortada geçerli bir anlaşma olmadığına dayalı yetki itirazında, mahkemenin bu safhada bilirkişi incelemesine gitmesi gerekebilecektir. Dava şartları ve ilk itirazların bu aşamada mutlaka karara bağlanması Kanunun emredici hükmüdür. Bu durumda, gerektiğinde davanın esasına yönelik olmamak üzere önincelemede delil incelenebileceğini kabul etmek gerekir¹²¹. Nitekim, mukayeseli hukukta, sözlü hazırlık usulüne sahip olan ve giriş safhasından sonra yargılamanın hazırlık-duruşma safhası ayırımına yer veren inşa modellerini benimseyen yabancı Kanunlar bakımından da hazırlık safhasında bazı hallerde delil incelenmesi mümkündür¹²².

¹¹⁸Japon Hukukunda sözlülük temel bir yargılama ilkesi olarak kabul edilmesine rağmen(JMUK, m.87), tarafa mümkünse giderme imkanı da tanınmak suretiyle fakat sözlü oturum düzenlenmeksizin davanın usulden reddine karar verilebilmektedir;bkz.TANIGUCHİ/REICH/MİYAKE, s.7-18.Yine sözlülüğün temel bir yargılama ilkesi olduğu(dZPO, 128) Alman Hukukunda ise sözlü otursuz karar verilebilen haller tarafların bu hususta anlaşmış olmaları veya sözlü turuma katılmamış olmaları ya da küçük taleplere ilişkin özel yargılamalarla sınırlıdır;MURRAY/STÜRNER, s.185,186; STADLER/HAU, s.372.

¹¹⁹Bkz. HMKT Hükümet Gerekçesi, BUDAK, s.172;PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,s.378.

¹²⁰ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.173.

¹²¹ERMENEK, s.159.

¹²²Alman Hukukunda, bu şekilde sonraki yargılama ve hüküm bakımından davanın hazırlanmasını etkinleştireceğini düşünmüş idiyse hakim hazırlık oturumuna bilirkişi davet edebilir veya tarafların dilekçelerinde şahit adayı olarak dinlenmesini istediği kişileri çağırabilir(dZPO, 273/2, 4 ; 358a / 2 , 4) ; mesela tarafların iddia edilen bir yetki anlaşmasının varlığında mutabık olmaması halinde mahkeme onun var olup olmadığını o aşamada sözlü dinleme veya delillerle belirlemek zorundadır. bkz.MURRAY/STÜRNER, s.147,225.ABD Federal Hukukunda, FRCP r.12c atfıyla tarafın usuli noksan ve kusur iddiasıyla trial(duruşma) öncesi hazırlık safhasında, r.56 kapsamında verilebilecek olan özet-seri karar yargılamasında gereğinde delil toplamak üzere bu safhanın sonuna dek erteleme yetkisini de haiz olarak delil inceleyip karar verebilmektedir;CHASE/HERSHKOFF, s.195.

2-Davada İhtilaflı Vakıaların Tefrikiyle Temel Mesele veya İspatın Konusu ve Delillerin Belirlenmesi

Yargılamada, iddia ve savunma belirli vakıalara dayanır. Bu itibarla davada maddi vakıalar ileri sürülerek bu vakıaların talebi haklı gösterdiği iddia edilir¹²³. Taraflarca getirilme ilkesi ve ispat yükünün yargılamanın başındaki önetkisi çerçevesinde taraflar dava taleplerini temellendiren veya varsa söndüren ve engelleyen vakıaları iddia etmek durumundadır. Bu açıdan, ispat yüküne ilişkin genel kurala (TMK, m.6; HMK, m.190) veya davaya tatbiki mümkün maddi hukuk kuralında öngörülen özel bir ispat külfeti kuralına göre ispatsızlığın riskini taşıyan taraf baştan talep veya savunmasını dayandırdığı vakıaları iddia yükü altındadır¹²⁴. Buna göre, taraflar yargılamanın giriş safhasında dava sebebi iddia ve savunma vakıalarını birbirlerine ve mahkemeye bildirmiş olacaktır. Aksi halde, bu külfeti yerine getirmemiş olan tarafın daha öninceleme safhasında davayı kaybetmesi muhtemeldir¹²⁵.

Mahkemeye getirilmiş vakıalar vazih ve ihtilafsız değilse başka bir ifadeyle taraflar davada ileri sürdükleri vakıaların doğruluğu üzerinde anlaşıyor veya bunlar belirsiz ise dava yargılama ve hüküm için vazih olmayıp tahkikat icrası gerekir; bunun için hakim belirsizlikleri gidertip davada tartışmalı noktaları tespit eder ve davanın halline tesirli delilleri belirler¹²⁶. Vakıaları getirmek suretiyle davanın konusunu belirlemek taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde taraflara ait olmakla birlikte, Kıta Avrupası sistemi bakımından uyuşmazlığı doğru veya bu anlamda adil bir hükümle makul bir sürede asgari masrafla çözmek üzere yargılamanın kapsamını belirlemek hakimnin görevidir¹²⁷. Buna doktrinde hakimnin davayı maddi ve şekli bakımdan sevk yetkisi denmekte olup hakim yargılamada uyuşmazlığı doğru bir hükümle hızlı ucuz ve adil biçimde çözmekten sorumludur¹²⁸. Buna

¹²³ POSTACIOĞLU, s.500; N. BERKİN, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul s.382.

¹²⁴ Genel olarak bkz. B. UMAR./E. YILMAZ, İspat Yüğü, 2. Baskı, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1980, s.49-57; M.K. YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1990, s.75vd 165-170; O. ATALAY, Menfi Vakıaların İspatı, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s.31-37. Ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.319-323.

¹²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.335,365.

¹²⁶ Bkz. ANSAY, s.318; POSTACIOĞLU, s.501; BERKİN, s.630; BİLGE/ÖNEN, s.481

¹²⁷ G. C. HAZARD, “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, N.Dame L.Rev(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017-1028, s.1022.

göre, hakim, yargılamayı doğru yönde ilerletmek için, davadaki temel meseleyi ve ispatın konusunu belirlemek durumundadır. Bu açıdan, öncelikle yargılamayı basitleştirmek üzere, hakim davada ileri sürülen vakılardan hangilerinin tarafların kabulünde olduğunu belirlemeli ve dolayısıyla tarafların anlaşmazlık içinde olduğu konuları tespit etmelidir¹²⁹. Bunun için, hakim tarafların başlangıç dilekçelerindeki vakıa ve talep beyanlarında izaha muhtaç kalan noktaları da belirleyip gereğinde taraflar veya vekillerini dinleyecek ve onlardan dilekçelerde meskut kalan bilgileri isteyip alacaktır¹³⁰. Daha sonra, davaya tatbiki mümkün hukuk normları çerçevesinde, hakim, incelenmesi davanın çözümüne katkı sağlayabilecek olan iddia ve savunma vakıalarını böyle olmayanlardan ayırarak, davada sözkonusu olan temel meseleyi belirleyecektir¹³¹. Böylece, hakim tarafların bildirdiği delilleri bu açıdan ele alıp ikame edilecek ispat araçlarını belirleyecek ve gereğinde tamamlayacaktır.

a-Davada İhtilaflı Vakıaların Belirlenmesi

Genel olarak HUMK dönemi itibarıyla tahkikatın başında yargılamanın kapsamının belirlenmesi için yapılacak işlemlere ilişkin yukarıdaki açıklamalar, HMK yargılama modelinde tahkikat safhasının ikiye bölünmesiyle devreye sokulan öninceleme aşamasında taraflar arasında ihtilaflı vakıaların tefrikiyle davada sözkonusu temel mesele ve ispatın konusunun belirlenmesine yönelik işlemlere işaret etmektedir. HUMK modelinde informal olarak öngörülen ve uygulamada temelde taraf dilekçelerinin karşılaştırılması şeklinde cereyan eden bu süreç HMK modelinde artık formal olarak yürütülecektir. İlaveten, HMK dilekçe kurallarındaki farklılık nedeniyle yeni Kanun döneminde tarafların başlangıç dilekçelerinden sağlanabilecek girdilerin belirsizliği kanımızca öninceleme aşamasında sözlü araçların önemini artıracaktır. Buna göre, öninceleme oturumunda ihtilaflı vakıaların diğerlerinden tefriki ve bu sırada konuların daraltılması bakımından hakim taraflar ve vekilleriyle diyalogu önemlidir. Yine, ispatın konusu ve araçlarının doğru belirlenmesi

¹²⁸Bkz.ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD,s.435(Murray/Stürner, s.165, dn.64'den naklen); KARAFAKİH, s.165;BERKİN,s.428,429;BİLGE/ÖNEN,s.279;E. SCHİLKEN,“Medeni Yargılamada Hakimin Rolü” (Çev. N. Deren-Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama(Ed.M.K.Yıldırım), 5.Bası, Alkım Kitabevi, İstanbul 2005, ss. 28-58,s.47.

¹²⁹BERKİN, s.468.

¹³⁰KARAFAKİH, s.155;BERKİN, s.627,630; BİLGE/ÖNEN,s.482.

¹³¹ÜSTÜNDAĞ, s.593 ve orada atıfta bulunulan Yarg. 4 HD, 1957/1012-3829 nolu dn.4 de anılan içtihatlar;YHGK, 08.10.2003, 13-536/558;Yrg. 2 HD, 1997/14394-1998/1445(Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, “Usul”,s.248).

bakımından, davayı aydınlatma veya işaret etme yükümlülüğü çerçevesinde hakimın tarafların iddia ve savunmalarındaki boşluk veya belirsizliklere dikkat çekmesi önemli bir imkandır(HMK, m.31). Bunun için, hakimın öninceleme oturumunda taraflar veya avukatlarından açıklama veya ikmal istenebilecek nokta veya konuları önceden belirlemesi uygun olur¹³². Bundan başka, tarafların başlangıç dilekçelerinde Kanunda standart içerik unsurları arasında sayılan fakat eksikliği usuli yaptırıma bağlanmamış olan dava sebebi vakıaların belirtilmiş ve ilgili belgelerin eklenmiş olması öninceleme sürecini kolaylaştıracaktır. Özellikle dilekçe eki belgeler davanın anlaşılmasına imkan sağlayıp ihtilaflı konuların daraltılmasında hakimın taraflarla diyaloguna zemin sağlayabilir. Bu açıdan, hakimın önincelemede gerek dosya üzerinden yapacağı ilk inceleme sırasında ve gerekse öninceleme oturumunda dilekçe ekinde sunulan belgeleri incelemesi tahkikata değil hazırlığa yönelik olmakla Gerekeçde belirtilen yasak kapsamında değildir¹³³. Aynı şekilde, kanımızca, hakim gereğinde uyuşmazlıklı vakıaları daha iyi anlamak veya dava hakkında daha fazla bilgi edinme amacıyla, bu safhada tarafların dilekçelerde atıfta bulundukları diğer belgelerin celbine de karar verebilir¹³⁴.

Tarafların talep dayanağı olarak gösterdikleri vakılardan hangilerinin ihtilaflı olduğunun belirlenmesinde, tarafların doğruluğunda birleşemedikleri vakıaların tümünün tespit ve tefrikinin gerekip gerekmeyeceği önem arzeder. Bu açıdan, tahkikatın konusunu taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde hukuken önemli olan vakıalar oluşturacak ise de(HMK,m.187), öninceleme safhasında bunların tespitindeki bir hata halinde sonraki tahkikatın yanlış yönde ilerlemesi muhtemeldir. Buyüzden, kanımızca hakimın öncelikle dava ve cevap dilekçesinde ileri sürülen iddia ve savunma vakıalarının tümü bakımından tarafların anlaşmazlık içinde olup olmadığını belirlemesi ihtiyat gereğidir. Bu sırada, hakim tarafların

¹³²Alman Hukukunda sözlü hazırlık oturumunda veya öncesinde hakimın bunu yapmasının ondan geleneksel olarak beklendiği yönünde bkz.MURRAY/STÜRNER, s.225.

¹³³Krş.HMKT Gerekeç, m.142,143(HMK m.138, Budak, s.172).Kanun dilekçelerde atıfta bulunulan belgelerden tarafların ellerinde bulunanların dava ve cevap dilekçesine eklenmesini ve ellerinde olmayanların celbi için bulunduğu yerin belirtilmesini zorunlu kılması(HMK, m.121,129/2), tarafların davalarını ispata da yarayabilmekle birlikte(HMK,140/5), kanımızca temelde bu davanın izahına yöneliktir;bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.453. Alman Hukukunda sonraki yargılama ve çözüm açısından dinlenmeleri davanın daha etkin hazırlanmasına katkıda bulunup hızlandıracak idiyse, taraflarca ileri sürülen vakıalar çerçevesinde, hakimın hazırlık oturumuna şahit ve bilirkişi de çağırabileceği ve dZPO 2001 değişiklikleriyle davalının cevabının alınmasını takiben üçüncü kişilerin hakimiyetleri altındaki yerlerde keşif icrası ve belge ibraz emri verilebilmesi yönünde hazırlık araçlarının güçlendirildiği yönünde bkz.MURRAY/STÜRNER,s.225,226(dZPO, 142; 144; 273/2,4,5;358a/2,4).

¹³⁴ Alman Hukukunda bu şekilde bkz. A. STADLER, “Multiples Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation”, 27 Hastings Int. Comp.L.Rev(2003-2004), Vol.27:55, ss.55-76, s.65.

dilekçeleri ve eklerini incelerken, iddia ve savunmanın ambalajıyla sınırlı kalmamalı stratejisine veya zihni temeline de bakmalı, davanın olgusal ve hukuki yönlerine kafa yormalıdır¹³⁵. Bu şekilde, hakim önincelemede sadece dilekçe ve ekleri üzerinden yapacağı ön tespit veya tefrikle ya da bunlarla sınırlı olarak tarafları dinlemekle yetinmemeli¹³⁶; eğer bir tarafın olgusal veya hukuki pozisyonunun önemli ölçüde belirsiz veya eksik olduğunu düşünüyorsa, öninceleme oturumunda onlara soru sorup açıklama yaptırarak gereğinde yazılı beyanda bulunmaları için mehil de vererek sözkonusu belirsizlikleri gidermeli ve boşlukları tamamlatmalıdır¹³⁷. Bundan başka, hakim taraflar veya avukatları ile diyalogu çerçevesinde tarafların yargılamanın başındaki pozisyonlarına göre davada ileri sürülen vakialara yaklaşım farklılıkları daralıp kaybolabileceğinden¹³⁸, hakim taraflarla diyalogu neticesinde ortaya çıkan son duruma göre tarafların hala anlaşmazlık içinde oldukları vakıaları tespit etmelidir. Böylece, burada çaba belirsizlikleri gidermeye ve uyuşmazlıklı konuların alanını daraltmaya yönelik olmalıdır¹³⁹.

b)Delillerin Belirlenmesi ve Toplanması Kararının Verilmesi

Öninceleme safhasında yapılacak mutlak hazırlık işlemlerine delillerin belirlenmesi ve yargılamaya sokulmasının temini anlamında toplanması da dahildir(HMK, m.137/2)¹⁴⁰. Kanunda öninceleminin kapsamı başlığı altında “tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemler” mahkemece önincelemede yapılacak işlemler arasında belirtilmiştir(m.137/1).

¹³⁵G.C.HAZARD/A.DONDİ, “Responsibilities Judges and Advocates in Civil and Common Law:Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits”, Cornell Int. Law Journal(2006), Vol.39, ss.59-70, s.66.

¹³⁶Krş.KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.342;PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.262,381.

¹³⁷MURRAY/STÜRNER, s.227;TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-61HMK işaret etme ve müzakere ödevini hakim ancak “uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlar”da kullanabileceği bir yetki şeklinde düzenlemiştir(m.31).

¹³⁸MURRAY/STÜRNER, s.263.Avusturya Hukukunda üzerinde anlaşmazlık bulunan konuları ihtilafsız olanlardan ayırmak için hakim davanın olgusal ve hukuki yönlerini taraflarla tartışması beklenmektedir; bkz.BAJONS, s.119.

¹³⁹TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-57.

¹⁴⁰Bkz.PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.378;KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.342; KARSLI, s.415. Hazırlık safhası bakımından Alman Hukukunda, bkz.MURRAY/STÜRNER, s.228; Avusturya Hukukunda bu şekilde bkz BAJONS, s.120; Japon Hukukunda, bkz.TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-62,7-63.

Yargılamanın en az masrafla en çabuk ve doğru bir şekilde tamamlanmasını teminen, hakim deliller üzerinde hakimiyeti onun tahkikat yetkisinin bir parçasıdır. Buna göre, ispat araçlarının mahkeme yönetim ve denetiminde yargılamaya sokulması gerekmele, Kıta Avrupası sisteminde delillerin toplanmasının nihai sorumluluğu hakime aittir¹⁴¹. Buyüzden, yargılamada hakim deliller bakımından düşüncesini genellikle tarafların bildirimleriyle sınırlamakla birlikte, onların teklifleriyle bağlı değildir¹⁴². İddia olunan vakılardan hangisinin ispatının delil ibrazına mütevakkıf olduğunu, ne ile ispat edileceğini, gösterilen delillerden hangilerinin kabule şayan olduğunu gerekçesiyle birlikte belirlemek ve hangi tarafın ispatla mükellef olduğunu gözönünde bulundurmak hakim işidir¹⁴³. Buna göre, yargılamada elverişsiz ve gereksiz malzeme toplanmaması bakımından, deliller ara safhada taraflar ve mahkeme işbirliği ile belirlenip mahkeme yönetim ve denetiminde toplanmalıdır¹⁴⁴.

HMK tarafların iddia ve savunma delillerini dava ve cevap dilekçelerinde vaka bazında bildirmelerini beklemekte(m.119/1f,129/1e), taleplerini dayandırdıkları her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin belirtilmesini istemektedir(m.194/2). Tarafların başlangıç dilekçelerinde ileri sürülen vakıaların ispata konu olup olmayacağı baştan belli değildir. Burada, esasen tarafların vakıa iddiasında bulunurken delilleri de düşünmesi temin edilmek istenmekle birlikte, delil ikamesine ilişkin bir hazırlık saiki de sözkonusudur¹⁴⁵. Buyüzden, ileri sürdükleri vakıaların ispatın konusu olması halinde, tarafların hangi ispat araçlarını delil olarak sunacaklarını veya toplanmasını istediklerini mahkemeye baştan bildirmeleri beklenmektedir. Bununla birlikte, tarafların dava-cevap dilekçelerindeki delillere ilişkin beyanları delil gösterilmesi hükmünde olmayıp ispat faaliyetinde kullanılabilecek

¹⁴¹MURRAY/STÜRNER, s.161;HAZARD, “Role of Civil Law Judge”, s.1019;YHGK, 20.11.1996,8-73/ 810 ; Yrg. 4HD, 2003/2424-6935;Yrg, 15 HD, 2005/2416-31(M.A.Tutumlu, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre[2008], s.17,159,161).ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.348.

¹⁴²MURRAY/STÜRNER, s.264.

¹⁴³ KARAFAKİH, s.175;BERKİN, s.629.

¹⁴⁴ Bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.344-348.

¹⁴⁵ Bkz.HMK m.194 Gerekçesi : “Uygulamada tarafların iddia ve savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir.Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmesi gerekir.Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür”.

malzemeden mahkemeyi haberdar etmeye yöneliktir¹⁴⁶. Zira, ikinci dilekçelerle de taraflar vakıa ileri sürebileceği gibi, ayrıca tarafların ilk delil beyanlarındaki olası hata veya eksikler nedeniyle, hakimin işaret etme ödevi çerçevesinde(HMK, m.31), delillerin ikmaline ve geliştirilmesine imkan vardır¹⁴⁷. Buna göre, taraflar önincelemede yargılamanın kapsamının belirlenmesi zımnında hakimin taraflarla diyalogu neticesinde ikmal edilen ve alanı daraltılan ihtilaflı konuların tespiti akabinde mahkemece verilecek kati süre içinde delil ikame dilekçesi vererek sunmak ve toplanmasını istedikleri delilleri hasren mahkemeye bildirecektir(HMK, m.140/5)¹⁴⁸.

Önincelemede hakimin vereceği kati mehil içinde taraflarca verilen delil dilekçelerinde sunulan veya bildirilen tüm delilleri yargılamaya sokacak veya inceleyecek mi dir? Bu konunun çevresini kabule şayanlık/caizlik kavramı çizmektedir¹⁴⁹. Bu konuda, aslında HUMK hükümlerine göre de zorunlu olduğu halde(m.218,242)¹⁵⁰, HUMK döneminde bazı yüksek mahkeme emsal içtihatlarına rağmen, yine mahkemece verilen kararların çoğunun eksik tahkikat gerekçesiyle bozulması nedeniyle bundan çekinen hakimlerce uygulamada özellikle delilin ilgililiği bakımından kabule şayanlık denetimi yapılmadan bildirilen tüm deliller yasal ispat kurallarına aykırılık yoksa toplanıp incelenmiştir¹⁵¹. HMK

¹⁴⁶HMK ilgili m.119/1f ve 129/1e hükmünün alındığı Japon Hukukunda ve Alman Hukukunda da durumun böyle olduğu yönünde bkz.ÇELİKOĞLU, “Dava ve Cevap Dilekçeleri”, s.56 ve orada dn.85,87,89,92 ‘de anılan yazarlar.

¹⁴⁷Delil ikamesi öncesinde hakim iddia ve savunmanın hukuki tavsifi ile davaya tatbiki mümkün olabilecek tüm normları belirlemeli, tarafların doğruluğunda anlaşılmadıkları vakılardan bu normun koşul unsurunu karşılayan veya bu normun hüküm unsurunda belirtilen hukuki sonucu değiştiren veya bertaraf eden vakıaları tespit etmeli ve bunların ispatı için dava-cevap dilekçelerinde bir delil beyanında bulunulmamışsa veya elverişsiz bir delil beyan edilmişse bu noktalara dikkat çekerek tamamlatıp düzelttirmeli ve delil bildirilmesini istemelidir.

¹⁴⁸ ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil toplaması”, s.343,344. HMK m.140/5 hükmünü belgesel delillerle sınırlı olarak anlamamak gerekir aksi halde dava-cevap dilekçesinde zaten dilekçelerde atıfta bulunulan belgelerden elde olanların eklenmesi ve dışarıdan celbolunacaklar için açıklama yapılması düzenlemesine gereksiz bir esneklik sağlanmış ve 121 hükmünün sükut ettirme etkisi hakimin iznine bağlanmış olur.Biraz farklı olarak benzer yönde bkz.BUDAK, s.15.

¹⁴⁹ Kabule şayanlık veya caizlik bir taraftan delilin ilgililiği yani ispata konu vakanın gerçek olup olmadığını muhtemel gösterme durumu ve diğer taraftan kullanılabilirliği yani ispat kurallarına uygunluğu durumunun incelenmesi bakımından hakimin delil ikamesine izin vermek üzere bir öndeğerlendirme yapmasını ifade etmektedir.Ayrıntılı bilgi için bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.323-328.

¹⁵⁰HUMK modelinin paralelinde olduğu İtalyan Kanonik Modeli benimseyen İtalyan ve Fransız Medeni Usul Kanunlarına göre de kabule şayanlık incelemesi yapılmakta olup bu konuda gerekli kararlar tahkikat safhasında verilmektedir;bkz.ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.325,326 ve orada dn.82, 83 ‘te atıfta bulunulan yazarlar.

¹⁵¹Bkz.BERKİN, s. 629;POSTACIOĞLU, s.501,502;YILDIRIM, “Delillerin Değerlendirilmesi”, s.101.

döneminde kanımızca bu uygulamadan dönülmesi mümkün ve esasen hedeflenen şekilde yoğun bir tahkikat icrası bakımından zorunludur(m.137/2,189/4,194,195). Buna göre, hakim önincelemede tarafların bildirdiği delillerden hangisinin kabule şayan olduğunu belirleyip bunların sunulmasına veya toplanmasına¹⁵² karar vermelidir¹⁵³. Böylece, bu safhada kimin hangi hususu nasıl ispat edeceği de belirlenmiş olacaktır¹⁵⁴.

Tahkikat safhasına geçmek için şahit dışındaki delillerin de önincelemede fiziken tamamen toplanmış olması gerekmez. Zira, Kanunda, HUMK'dan muhafaza edilen, mantık ve etkinlik kuralları, yargılamanın konulara bölünerek icrasına izin verdiği gibi, delillerin buna göre mahkemece yapılan bir tasnif dairesinde kontrollü olarak alınıp incelenmesine de imkan vermektedir (HMK, m.143/2)¹⁵⁵. Bununla birlikte, dava şartları ve engelleri hakkında verilecek kararlar bakımından, bu safhada incelenmesine ihtiyaç duyulan delillerin tahkikat duruşmasından önce toplanması gereklidir. Esasa ilişkin meseleler bakımından tahkikat icrasına gerek duyulması halinde, incelenmesine karar verilen ispat araçlarının öncelikle varsa hakdüşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin olanlardan başlanılmak üzere etkinlik ve mantık kuralları çerçevesinde bir tasnifle toplanması uygun olacaktır.

3-Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesi

Önincelemede yapılacak işlemlerden birisi de, üzerinde tasarrufa yetkili oldukları konularda, tarafların sulhe teşvik olunmasıdır(HMK, m.137/1). Sulh, Kanunda, görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek

¹⁵² Delillerin toplanması kavramı i)ileride delil olarak kullanılabilir malzemenin araştırılıp tespit edilmesi, ii)hakimce ikamesine izin verilen ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi ,iii) delil kaynağı olan ispat aracından delilin çıkarılıp alınması anlamlarına gelmekle(ÇELİKOĞLU, “Avukatın Delil Toplaması”, s.345,435), burada sözkonusu edilen ispat araçlarının yargılamaya getirilmesidir.

¹⁵³Alman Hukukunda, eğer hazırlık safhasındaki diyalog neticesinde davanın çözümünün uyuşmazlıklı vakıaların belirlenmesine bağlı olduğu ortaya çıkarsa, mahkeme hangi vakıaların ispatlanması gerektiğini o hazırlık oturumu zabtında veya genellikle sonraki oturumda gündeme gelen delillerin toplanması emrinde(Beweisaufnahme) bunu belirtmektedir(dZPO, 358,359); bkz.MURRAY/ STÜRNER ,s.227,228,265; SCHILKEN, s.56;T.FÖRSTERLİNG, “Germany”, European Civil Practice(Ed.A.LAYTON/H.MERGER), Vol.2, Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.179-211,s.197,198. İsviçre Hukukunda da mahkemenin yargılamanın hazırlık safhasında tarafların bildirdiği delil listeleri hakkında gerekli kararları vereceği yönünde bkz.sZPO, 226(KARSLI, “Usul”,s.419).

¹⁵⁴ Bu şekilde bkz.KARSLI, “Usul”, s.418.

¹⁵⁵Etkinlik ilkesi dikkatin erken bir safhada çözümü davayı sonlandırabilecek olan konulara yönelttilmesini ifade ederken(örneğin hakdüşürücü süre veya zamanaşımı gibi[HMK, m.142]), mantık ilkesi dikkatin konulara sebep-sonuç ilişkisi çerçevesinde yönelttilmesine(örneğin haksız fiil sorumluluğu davalarında önce kusurun tespiti sonra zararın miktarının belirlenmesi gibi) atıfta bulunmaktadır;bkz.G.C.HAZARD, “Fundamentals of Civil Procedure”(“Fundamentals”), Uniform L.Rev(2001-4), ss.753-762, s.759.

amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme şeklinde tanımlanmıştır(HMK, m.313/1). Sulh davada sözkonusu usuli talep hakkında karşılıklı fedakarlıkla sağlanan bir uzlaşmayı havi sözleşmedir¹⁵⁶. Önincelemede, tarafların sulhe teşvikinde mahkemedışı sulh de kapsama dahildir. Bu husus tarafların sulhü halinde bunun öninceleme tutanağına geçirilmesinin öngörülmesi ve öninceleme tutanağının tarafların imzalarını içermesi zorunluluğu ile öninceleme tutanağına bağlayıcı şekilde hüküm yerine geçen belge niteliğiyle icra edilebilirlik özelliği atfedilmiş olmasıyla belirgindir¹⁵⁷. Buna göre, burada sulh sadece mahkemece takip edilecek bir prosedürden çok mahkeme dışında çeşitli usullerle sağlanabilecek bir sonucu ifade etmektedir¹⁵⁸.

Kanunda, sulhe teşvikin tarafların üzerinde serbest iradeleriyle işlem yapabileceği alanlarla sınırlanmış olması, bir taraftan hakimin tarafların benimsedikleri sulh çözümü esaslarına göre davayı sona erdirmek zorunda olması sonucunu doğurduğu gibi, bu, diğer taraftan aynı zamanda hakimin sadece bu tür konuları içeren davalarda sulhe teşvik yükümlülüğü bulunduğu sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁹. Bu açıdan, HMK da öngörülen sulhe teşvik ödevini hukukumuzda bazı özel Kanunlarda da hakim için bir yükümlülük şeklinde kabul edilen sulhe teşvik işleminden ayırt etmek gerekir. Örneğin, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufa kural olarak yetkili olmadığı bir alanı düzenleyen 4787 S. Aile Mahkemeleri Kanunu(AMK) m.7 ve Yargıtay’a göre aynı özelliğe sahip olarak kabul edilen başka bir alanı düzenleyen 5521 S. İŞMK m.7 hükümlerinde öngörülen sulhe teşvik işlemi de hakime yüklenen bir ödev niteliğine sahip olmakla birlikte¹⁶⁰, mahkemenin davayı her

¹⁵⁶E.ÖNEN, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.15,23;ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, “HMK”, s.169; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.534..

¹⁵⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.382,558,769; ERMENEK, s.165,167;KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.537. Mahkemedışında tanzim olunan sulh sözleşmesinin mahkemeye ibrazı ile de öninceleme tutanağında bu sözleşmeye atıfta bulunulması bu tutanakta da taraflar hakim ve katip imzası yer alacağından icra edilebilirlik bakımından yeterli olmak gerekir; Krş. İİK, m.38.Ayrıca bkz.ÖNEN,s.42.

¹⁵⁸Kanunun Hükümetçe Meclise sevkolunan Tasarısında ilgili madde metinlerinde(142/1,145/3) “arabuluculuğa teşvik” ibaresi Adalet Komisyonunda kabul edilen madde metnine alınmamış ise de gerekcede tarafların sulhe ve bunu hedefleyen bir kurum olarak arabulucuya gitmelerinin teşvik olunmasından, tarafların karşılıklı görüşme veya bir arabulucu ya da uzlaştırıcı yardımıyla ihtilafı çözebileceklerinden, alternatif yolların açık olduğundan sözedilmektedir;bkz.Gerekçe m.137,145(Budak, “HMK”, s.171,173).

¹⁵⁹ ERMENEK, s.164,165.

¹⁶⁰AMK yönünden bkz. İ.ERCAN, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, Alangoya Armağanı, İstanbul 2007, ss.63-102, s.64,89; İŞMK yönünden bkz.M.ÇENBERCİ, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, s.80,81; Yarg, 10 HD 10.03.1975, 1975/681-1274 E.K(YKD, 1976/10,s.1446vd).

durumda tarafların ulaştığı sulh çözümüne göre sonuçlandırma zorunluluğu sözkonusu değildir¹⁶¹. Yine, burada, konumuz bakımından daha önemli olan asıl farka da işaret eder şekilde, özel kanunların korumayı amaçladığı kurum ve kişilerin menfaatine olarak, hakimin tarafları olumlu yönde bir “sulhe” teşviki sözkonusudur; örneğin boşanma veya ayrılık davalarında uygun görünüyorsa davacıyı vazgeçirme yönünde cereyan edebilecek teşvik neticesinde, evliliğin devamına dair bir “sulh” hakimi bağlar; fakat, aksi uygunsa yani evliliğin devamı taraf ve toplum yararına görünmüyorsa, hakim devam yönünde bir teşvikte bulunamayacağı gibi, tarafların boşanma veya ayrılma yönündeki bir “sulh”ü de hakimi bağlamayıp tarafların böyle bir sulhü sadece hükme esas teşkil edebilir¹⁶².

Tarafların üzerinde tasarrufta bulunabileceği konuların belirlenmesi bakımından, sulhe elverişlilik kriteri önemlidir. Sulhe elverişlilik kriteri Kanunda açıkça düzenlenmemiş ve hangi konuların sulhe elverişli olduğu maddi hukuka bırakılmıştır. Tarafların iradeleriyle davayı sona erdirebilecekleri konular sulhe elverişlidir¹⁶³. Başka bir ifadeyle tarafların davaya konu usuli talep hakkında ortak iradeleriyle istedikleri şekilde karar vermesi için hakimi de bağlayıcı şekilde davayı sona erdirebilmeleri o konunun sulhe elverişliliği demektir. Hukukumuzda sulhe elverişlilik kavramı kamu düzeniyle sınırlı olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her türlü hukuki ilişkiye dair konuları ifade eder¹⁶⁴. Alman Hukukunda malvarlığı ile ilgili her tür usuli talebin kural olarak sulhe elverişli olduğu esası kabul edilmiştir. İsviçre Hukukunda, malvarlığına ilişkin usuli talepler sözleşmeden, haksız fiil ve sebebsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler ile aile, miras ve eşya hukukundan doğan para alacaklarının yanı sıra, şahsiyet haklarının ihlaline, haksız rekabete, fikri mülkiyete ve şirketler hukukuna ilişkin taleplerin malvarlığıyla ilgili olduğu ifade edilmekte, parasal değeri olan veya ekonomik bir amaca yönelik davalar bu kapsamda kabul edilmektedir¹⁶⁵.

¹⁶¹AMK yönünden bkz.ERCAN, s.77,85.İŞMK yönünden hizmet tespit davalarından feragatin mahkemeyi bağlamayacağı yönünde bkz.B.KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Bası, İstanbul 2001, C.4, s.3654;YHGK, 21.12.2005, 2005/10-694 E.2005/1761 K.;YHGK, 05.03.2008, 2008/21-215E 2008/222 K.(MİHDER, Y.2008, C.3,S.11, s.706 vd).

¹⁶²ERCAN, s.86,101.

¹⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.538.

¹⁶⁴ÖNEN, s.49;PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.742,768; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.538.

¹⁶⁵ N.DEREN-YILDIRIM, “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”, Alangoya Armağanı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007, ss.47-61, s.,59,61.

Sulhe teşvik Kanunda hakimın yapması gereken zorunlu bir öninceleme işlemi olarak düzenlenmiştir¹⁶⁶. Hakim taraflar arasında ihtilaflı konuların çokluğu halinde uzlaşmanın zor olacağı veya mümkün olamayacağı düşüncesiyle teşvik işleminden vazgeçemez¹⁶⁷. Alman Hukukunda, esasen hem hazırlık safhasında hem de esas duruşma safhasının başında icrası gereken formal sulh müzakeresi kurumunda, daha önce bir sulh müzakeresi yapılmış ise veya sonuçsuz kalacağı baştan belli ise zorunlu sulh oturumundan vazgeçilebilmektedir¹⁶⁸. Hazırlık süreci tarafların davaları hakkında daha bilgili hale gelmelerini sağlamakla uzlaşmaya yol açabilir. Anlaşmazlık noktaları belirlendikten sonra uyuşmazlığa ilişkin resim daha net olarak ortaya çıkar ve bu tarafların yargılamanın sonucunu öngörmelerine imkan sağlar¹⁶⁹. Buyüzden, kanımızca daha evvel örneğin Av.K m.35/A çerçevesinde denenmiş ve başarısız kalmış bir sulh girişimi cereyanına rağmen, yine de hakimın sulh teşviki yararlı olabilecektir. Buna göre, Kanun hükmü emredici nitelikte olup sulhe elverişli her davada hakimın bu yolu fiilen denemesi gerekir.

Hakim tarafları sulhe nasıl teşvik edecektir? Burada, hakimın sulhe teşvik ödevi kanımızca taraflara yardım edici, sevk edici ve denetleyici bir niteliğe sahiptir. Taraflar genellikle açık tekliflerde bulunmayacak ve hangi noktaya dek fedakarlık yapabileceklerini tam olarak belirtmeyeceklerdir. Buyüzden, hakimın sulhün formüle edilmesine ve tesisine katılması gerekebilir¹⁷⁰. Buna göre, gerektiğinde, miktar ve içerik bakımından pazarlığa girmeksizin, hakim taraflar için elverişli olabilecek bir sulh teklifi geliştirip bunu imayla taraflara telkin edebilmelidir¹⁷¹. Sulh girişimi taraflardan da gelebilir; bu halde, hakim, tarafın

¹⁶⁶ ERMENEK, s.163(Yazar, hakimın sulhe teşvik faaliyetinin sadece öninceleme aşaması itibarıyla zorunlu olduğunu belirtmektedir(s.164);kanımızca da hakim sonraki safhada da tarafları sulhe teşvik edebilir se de bu bir ödev niteliğinde değildir);PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.381; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.343. Zorunlu ödev niteliğinde olmayacağı şeklinde aksi görüşte, UMAR, “Şerh”, s.403.

¹⁶⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.381.

¹⁶⁸ ERCAN, s.80; MURRAY/ STÜRNER, s.245.İtalyan Hukukunda hakimın tarafı sulhe teşviki sadece iş davaları bakımından zorunludur;bkz.COLVİN/VİGORİTİ/CALEBRESİ, s.330.Fransız Hukukunda hakim tarafları sulhe teşvike yetkili olmakla ve hatta eğer taraflar anlaşmışsa bir arabulucu da tayin edebilmekle birlikte, buna zorunlu değildir;bkz.TİLLY, s.165.İsviçre Hukukunda tarafların sulhe teşviki yargılama öncesinde uzlaştırma makamları önünde cereyan etmekte olup tarafların mutabakatı veya bazı hallerde tek taraflı tercihi halinde bu safha atlanabilmektedir(sZPO, art.197-202); KARSLLI, “Usul”, s.415.

¹⁶⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.381;ERMENEK, s.162.

¹⁷⁰Bu yönde bkz.MEYER, s.30(Önen, s.87 dn.1’den naklen);ÖNEN, s.88.

¹⁷¹ Alman Hukukunda, zorunlu sulh oturumunda, mahkemenin davadaki olgusal ve hukuki meseleyi taraflarla tartışması ve bizzat tarafı çağırıp ima yoluyla sulhü temine yönelik sorular sorması hatta hazırlık safhasında

muhtemel bir yargısal hüküm sonucuna nazaran, daha aleyhe görünen bir sulh teklifini ciddiye almamalıdır¹⁷². Hakim sulhü mümkün gördüğünde eğilimlerini anlamak üzere kanımızca tarafları bizzat çağırıp dinleyebilir ve bu hususta ikinci bir öninceleme oturum günü belirleyebilir(HMK, m.140/4). Bununla birlikte, hakim tarafları sulhe veya belirli bir sulh çözümünü kabule zorlamamalıdır; zira, sulhe teşvikin yargılamanın amacını değiştirici bir özellik arzetmemesi gerekir¹⁷³. Diğer taraftan, sulh müzakeresi için, tarafları cesaretlendirmek üzere, hakim tarafları gereğinde ayrı ayrı da dinleyebileceği gibi, sulh müzakeresinde söylenen sözlerin zapta geçirilmesi gerekmez(HMK, m.188/3)¹⁷⁴.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, sulhün önincelemede davada temel meselenin tespiti ve delillerin belirlenmesinden sonra tarafların yargılamanın sonucunu öngörmelerinin kolaylaşması neticesinde, gereğinde psikolojik engelleri kaldırmak üzere hakimin desteği ile zorlamasız bir yan ürün olarak ortaya çıkması gerektiği belirtilebilir. Esasen, tarafların davanın dostane bir çözümüne teşviki kanımızca önincelemenin esas amacı değildir¹⁷⁵. Yapılacak kanunlar bakımından, hakime tarafları bu konuda lisans verilecek yetkili veya görevli uzmanlara yönlendirme yetkisi verilmesi de uygun olacaktır¹⁷⁶.

belirli bir sulh çözümünü içeren yazılı teklif göndermesi mümkündür.MURRAY/STÜRNER, s.247(Yazarlar gelmeyen tarafın itaatsizlikten para cezasına mahkum edilebileceğini de belirtiyor;bkz.dn.291 de atıfta bulunulan yazar ve içtihatlar).Japon Hukukunda da taraflar hakimin hazırlayacağı şartlarda bir sulhü kabul edeceklerini müştereken beyan etmişlerse hakim sulh şartları ve hükümleri belirleyebilmekte(JMUK, m265/3,5), adeta bir hakem gibi de hareket edebilmektedir;bkz.TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE , s.7-146.

¹⁷²PİCCARD, s.113(Önen, s.103 dn.9’dan naklen).

¹⁷³ÖNEN, s.106 ve orada dn.19,20 de anılan yayınlarıyla Arndt/Herbert,s.189 ve Fasching, para 204,n.8; UMAR, “Şerh”, s.403.

¹⁷⁴Mülga HUMK’nun 1963 yılında kaldırılan boşanma davalarında sulh teşebbüsüne ilişkin m 494-500 hükümleri meyanında bu şekilde bkz. m.497 hükmü ve Adalet Bakanlığı 12.05.1954 T.Genelgesi(Karaok, s.792,793).Japon Hukukunda, taraflar arasında uzlaşma fırsatını araştırmak üzere hakimin tarafları ayrı ayrı dinlemek üzere gayrialemi özel oturum(“caucusing”) düzenleyebildiği yönünde bkz. TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-145.

¹⁷⁵ Hazırlık safhasının amacı olmaması bakımından bkz. JOLOWİCZ, “Civil Procedure”, s. dn.91 civarı; Önincelemede sulhe teşvikin en önemli konu olduğu şeklinde aksi yönde bkz.HMK Gerekeçe, m.137(Budak, “HMK”, s171);ERMENEK, s.162.

¹⁷⁶Alman Hukukunda, tarafların dava mahkemesi bölgesinin dışında ikamet etmeleri halinde veya eğer sulh müzakereleri başarısız olursa taraflar dava hakkında karar verecek olan hakimle davanın esası veya kendi pozisyonlarını tartışmakta önemli ölçüde isteksiz olacak gibiyse bu halde, hakim tarafları sulh müzakeresi için başka bir mahkeme görevlisine veya mahkeme heyeti üyesine sevk edebilmektedir; bkz.dZPO,278/5 (Murray/Stürner, s.247).Fransız Hukukunda, taraflar anlaşmışsa hakim görevi uyumsuzluğu aralarında çözmek üzere tarafları dinlemek ve pozisyonlarını değerlendirmek üzere onlara yardım etmek olan bir arabulucuyu üç ay süreyle tayin edebilmekte ve taraflardan biri veya arabulucu isteği ile iptal de edebileceği gibi süreyi bir kez uzatabilmektedir(NCPC, 131-1 ila 131-15);bkz. TİLLY, s.165.

B-Arızı Hazırlık(Öninceleme) İşlemleri

Arızı hazırlık işlemleri, i)tahkikatın konulara bölünmesi, ii)tefrik-tevhid, iii)önsorun-bekletici sorun, kararlarına yöneliktir¹⁷⁷. Yukarıda belirtildiği gibi, bunlar her yargılamada sözkonusu olmayabilen işlemler olup genellikle karmaşık veya birden çok usuli talep içeren davalarda ikmali gerekli olabilecek işlemlerdir. Tahkikat safhasında ikmali de mümkün olmakla birlikte, bu işlemlerin öninceleme safhasında yapılması kanımızca usul ekonomisi ilkesinin zorunlu bir sonucudur(HMK, m.30). Ayrıca, öninceleme kurumunun yoğun bir tahkikat icrasıyla yargılamanın hızlandırılmasını hedeflemesi de, Kanunda tahkikata ilişkin beşinci bölümde düzenlenen(HMK, m.143/2,163,165,166,167), belirtilen kararların esasen tahkikatın planlandığı öninceleme safhasında alınacağını göstermektedir. Kanunun, anılan işlemlerden tahkikatın konulara bölünmesi kararının hakdüşürücü süre ve zamanaşımı defileri bakımından öninceleme safhası sonunda verileceğini açıkça belirtmesi(m.142) de bu yoruma cevaz vermektedir.

1-Tahkikatı Konulara Bölme ve Bekletme Kararları

HMK tahkikatı kolaylaştırmak üzere ispat faaliyetinin davada sözkonusu temel meseleye ilişkin konulara göre bölünmesine HUMK hükmünü(m.221) takiben cevaz vermektedir. Buna göre, mahkeme resen veya talep üzerine bazı iddia veya savunmaların diğerlerinden önce incelenmesine karar verebilir(HMK, m.143/2). Kanunda, bu hususta önemine binaen tipik bir örnek olarak hakdüşürücü süre itirazı ve zamanaşımı defî ayrı bir hükümle tasrih edilmiştir(m.142).

Yargılamada dikkate alınması şartlarına bağlı olarak, maddi hukukta öngörülen diğer itiraz ve defiler bakımından da somut duruma göre tahkikat konusunu bölme veya geçici sınırlandırma kararı verilmesi muhtemeldir. Başka bir bölme veya geçici sınırlandırma gereği, örneğin haksız fiil davalarında öncelikle kusurun tespitiyle zararın miktarının belirlenmesi şeklinde kronolojik inceleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Yine, bir el atmanın meni davasında, davalının hissedar olduğu savunmasının ispatı halinde taşınmaza tecavüzün vaki

¹⁷⁷ Tefrik-Tevhid ve Ön sorun-Bekletici sorun kararlarının önincelemeye verilebileceği şeklinde bu yönde bkz. ERMENEK, s.169,171(Yazar esasen hazırlık amaçlı olmayan ve fakat öninceleme safhasında karara bağlanması mümkün ve gerekli olabilecek olan ihtiyati tedbir taleplerini de bu meyanda gördüğü gibi, hakdüşürücü süre veya zamanaşımı itiraz ve defilerine ilişkin m.142 kararını önincelemeyle ilişkilendirmekle birlikte bunu önincelemeye verilecek bir tahkikatın geçici ve öncelikli olarak bu konuyla sınırlandırılması veya bölünmesine ilişkin bir plan kararına ilişkin olarak değil Kanunun lafzına uygun olarak önincelemeye dava şartları ve ilk itirazlardan sonra karara bağlanacak bir bir inceleme şeklinde ele almaktadır).

olup olmadığı tartışmasına gerek kalmayacağından, mülkiyet iddiasının öncelikle tahkiki gerekli olacaktır¹⁷⁸. Bu şekilde, ispat faaliyeti sürecinin konulara bölünmesine veya geçici sınırlandırılmasına yol açan sebepler yargılamada etkinlik ve mantıksallık teminine ilişkindir. Burada, etkinlik ilkesi dikkatin erken bir safhada çözümü davayı sonlandırabilecek olan konulara yöneltmesini ifade ederken, mantık ilkesi dikkatin konulara sebep-sonuç ilişkisi çerçevesinde yöneltmesine atıfta bulunmaktadır¹⁷⁹. Özellikle karmaşık davalarda hakim sözkonusu vakıalara ilişkin tüm konular hakkında değil sadece davayı karara bağlamasına yetecek konular hakkındaki gerçeği öğrenmek isteyecektir¹⁸⁰. Buyüzden, hakim gereksiz karmaşa veya karışıklıktan kaçınmak ve yargılama süresini kısaltmak üzere yargılamayı geçici olarak bazı konularla sınırlayabilir¹⁸¹.

Belirtilen sebepler esasen delillerin toplanması işlemlerine temas etmekle, tahkikatı planlamaya ilişkin konu bölme veya geçici sınırlandırma kararları öninceleme aşaması sonunda ikmal olunacak hazırlık işlemi niteliğini haizdir. Buna göre, HMK m.142 hükmünün öninceleme duruşması tamamlandıktan sonra ve fakat tahkikata başlamadan önce hakdüşürücü süreler ile zamanaşımına ilişkin itiraz ve defileri inceleyip karara bağlanacağı şeklindeki düzenlemesini, öninceleme safhasının sonunda, bunların dikkate alınmasını gerektiren bir durum olup olmadığı belirlenerek, varsa bunlara ilişkin delillerin öncelikle toplanmasına ve tahkikatda öncelikle bu delillerin incelenmesine karar verilmesi şeklinde anlamak gerekir¹⁸².

¹⁷⁸KARSLI, s.431.

¹⁷⁹ Bkz.HAZARD, “Fundamentals”s.759.

¹⁸⁰ HAZARD, “Role of the Civil Law Judge”, s.1022.

¹⁸¹TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-54(Yazarlar Japon Hukukunda hakimin nadiren formal sınırlama/bölme kararı verdiğini, bunun için daha çok yargılamayı kontrol yetkisiyle(JMUK, m.148/1,2) aynı sonuca ulaştıklarını belirtiyor).

¹⁸² Önincelemede davanın esasına ilişkin delil incelenmesi tahkikata başlanması anlamına gelmekle, doktrinde haklı olarak HMK Tasarısının Kanunun m.142 hükmüne tekabül eden m.147 düzenlemesi nedeniyle öninceleme ve tahkikat arasında bir kademe daha yaratılmış gibi olduğu belirtilip Kanunun m. 143/2 hükmüne tekabül eden Tasarı m. 148 hükmü aynı imkanı verdiğinden kanunlaşma sürecinde Tasarı m.147 hükmünün kaldırılması gerektiği(ALANGOYA, “Yazılı Yargılama Usulü”, s.174,175), Tasarı hükmünün hakdüşürücü süre ve zamanaşımının tahkikata başlanıldığında ilk iş olarak incelenmesi şeklinde değiştirilmesi gerektiği(UMAR, “HMK’na Katkı”,s.101), ileri sürülmüştür.

Öninceleme aşamasında tahkikatın planlanması bakımından verilmesi gündeme gelebilecek bir diğer karar da önsorun ve bekletici sorun kararlarıdır. HMK önceki Kanunda “hadise” terimi ile açıkça yer almış(m.222) olan önsorun(m.163) kurumunun yanı sıra HUMK’ da düzenlenilmeksizin güçler ayrılığı ve yargı yolu ayrımı kuralları çerçevesinde uygulanan bekletici mesele kurumuna da yer vermiştir(m.165).

Önsorun ve bekletici sorun dava şartları ve engelleri ile öninceleme aşamasında cereyan eden usule ilişkin bazı işlemler bakımından da gündeme gelebilirse de, onların ele alınması ve halline ilişkin kararlar kural olarak zaten bu safhada verilmekle, burada sözkonusu edilen davanın esasına ilişkin olanlardır¹⁸³. Bu açıdan, hakim taraf beyanları üzerine veya re’sen hareketle öninceleme aşamasının sonunda, artık belirlemiş olduğu tahkikatın kapsamına dahil olan bazı konulara ilişkin olarak önsorun veya bekletici sorun kararı verip tahkikatı buna göre planlayacaktır. Örneğin, taraflar arasında çekişmeli kalan ve hükme etkili olan bir iddia veya savunma vakıasının ispatı için bildirilen ve ikamesi kabul edilen bir delil hakkında karşı tarafça sahtelik iddiasında bulunulmuşsa ve hakim bu iddiayı ciddi bulmuşsa, tahkikat safhasındaki incelenilmesi öncesinde, bu delilin sahteliği meselesinin ele alınması için bir önsorun kararı veya delil bir resmi belge ise müddei tarafı bu konuda sahtelik davası açmaya daveten ya da evvelce açılmışsa neticesine tabaen bekletici sorun kararı verecektir¹⁸⁴. Burada, hakim önincelemede, önsorun kararı vermekle buna ilişkin meseleyi yani tarafların bu konudaki beyan ve delillerini öncelikle inceleyip değerlendirmek üzere, bekletici mesele kararı vermekle de buna ilişkin meseleyi ayırıp diğer bir konuyu ele almak veya bu meselenin tekabül ettiği konu illiyeten veya etkinlikten önceliği ya da belirleyiciliği dolayısıyla diğer konuların ele alınmasını da bekletmek üzere, tahkikatı kısmen veya tamamen ertelemiş olmaktadır.

2-Ayırma veya Birleştirme Kararı

Bir dava karmaşık konuların yanı sıra çok sayıda usuli talep veya taraf içerdiğinde, yargılamayı bazı usuli talepleri ve taraflarını ayırmak suretiyle yürütmek uygun olur. Bazen bir davada istenen tüm usuli talepler bakımından aynı usulün cari veya temel mesele

¹⁸³Öninceleme safhasında dava şartları ve engelleri dışında usule ilişkin olarak gündeme gelip karara bağlanabilecek önsorunlara hakim reddi ile davaya müdahale ve bekletici soruna görev uyuşmazlığı, esasa ilişkin bir bekletici mesele olarak da anayasaya aykırılık ile icra mahkemesindeki bir itirazın kaldırılması davasında terekenin borca batıklığı iddiası örnek verilebilir; bkz.KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.480,485,486;PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.399.

¹⁸⁴ ERMENEK,s.169.

bakımından aynı mahkemenin görevli ve yetkili olmaması durumunda ayırma kararı verilmesi zorunluluk da arzedebilir(HMK, m.110)¹⁸⁵; keza, birbiriyle tamamen irtibatsız talepleri olan taraflar bunları genellikle aynı davada ileri süremez¹⁸⁶. Böyle bir durumda tarafın tercihi davanın birden fazla usuli talebi bir araya getirmek suretiyle ikamesi yönünde olsa bile, ayırma kararı mahkemenin çoklu talepleri ayrı ayrı ele almasına imkan veren bir araçtır¹⁸⁷.

Bir den çok taraf veya usuli talebin bir arada bulunduğu bir davada dava şartları ayrı ayrı ele alınmak durumunda olduğundan¹⁸⁸, önincelemede hakimın bunlardan dava şartı noksanıyla malül olanı ayırıp bunlar bakımından usuli kararlar davayı sonlandırması veya ikmal kararı vererek diğerleri bakımından tahkikata geçmek üzere ayırma kararı vermesi gerekebilecektir. Örneğin, leh veya aleyhlerine hukuki çare talep olunan bir den çok taraflardan birinin idari yargı yoluna tabi olması durumunda, hakim onun hakkındaki davayı mahkemeye ilişkin dava şartı yokluğu nedeniyle önincelemede ayıracaktır. Yine, karşıt kavramdan hareketle, birleştirilme şartları bulunmayan usuli taleplerin bir davada birlikte istenmiş olması durumunda, mahkemenin bunlar bakımından yetkili olmaması durumunda, bunların talep üzerine veya resen tefriki(HMK,m.167) ve yetki noksanı olanların reddi gerekmekte(HMK,m.110)¹⁸⁹, bu işlem de önincelemede cereyan edecektir. Bundan başka,

¹⁸⁵ Kanunda aynı yargı çeşidine tabiyet şeklindeki şart yargı yolu ve yargı usulünü birlikte karşılamaktadır; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.284.Usul birliği şartı mukayeseli hukukta Alman ve Japon Hukuklarında Kanunda açıkça tasrih olunmuştur;bkz.JMUK, m.136(Taniguchi/Reich/Miyake, s.7-134);dZPO, 260 (Murray/Stürner, s.199).

¹⁸⁶Bkz.MURRAY/STÜRNER, s.199,200.HMK m. 110 gerekçesinde, dava yığılması bakımından talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağ bulunmasının gerekli olmadığı belirtilmişse de birleştirme şartları bakımından davada olgusal ve hukuki irtibat arayan Kanun hükmü (m.166/4) ve Kanunda taraf yığılması bakımından en azından olgusal ve hukuki benzerlik aranmış olması (m.57/bent c) karşısında bu görüş kanımızca izaha muhtaçtır;krş.PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,s.318;KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.284.Mukayeseli hukukta Japon Hukukunda talepte sonraki bir değişiklik meydana gelen dava yığılmasından farklı olarak orijinal dava yığılmasında aşırı bir zorluk ve gecikmeye yol açmaması nedeniyle usuli taleplerin birbiriyle bağlantısı aranmadığı yönünde bkz.TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-135.

¹⁸⁷TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-55.

¹⁸⁸MURRAY/STÜRNER, s.201;HMK Gerekçe m.110(Budak, “HMK”, s.144).

¹⁸⁹Japon Hukukunda kesin yetki noksanlığı ile sınırlı olarak bu şekilde bkz.TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-135, 7-136(Japon Hukukunda dava yığılması için usuli taleplerden birine ilişkin yetkili olması diğer taleplerin başka bir mahkemenin kesin yetkisine girmemesi kaydıyla yeterlidir).Tefrik neticesinde görev noksanı ortaya çıkması durumunda birlikte açılması şartları bulunan davaların bilahere yargılamanın hüsnü cereyanını teminen tefrik edilirse bu haldeki görev noksanının dava yığılması başta geçerli olarak doğduğundan sonradan dikkate alınmayacağı yönünde HUMK dönemi itibarıyla bkz. Y.ALANGOYA, Medeni usul Hukukunda Dava Yığılması(“Dava Yığılması”), 1965 T. İlk Basımda Tıpkı Basım, İstanbul 1999, s.91,dn.4.Bu görüş değere bağlı görev kriteri çerçevesinde ileri sürülmekle, HMK bakımından değer-görev kriteri geçerli olmaması nedeniyle diğer görev kriterleri bakımından durum özellik arzedeblecektir.Bununla birlikte, HMK m.167/son c. karşısında

yine,örneğin yazılı ve basit usule tabi iki ayrı usuli talebin bir davada birlikte iddia edilmesi halinde de, ayrı esaslara tabi olan hazırlık işlemlerini birlikte yürütemeyeceğinden ve davaların takibi ayrı esaslara tabi olduğundan, hakim en geç öninceleme safhasında davaları tefrik etmesi gerekecektir¹⁹⁰. Ayrıca, yargılamanın hüsnü cereyanı bakımından verilebilecek tefrik kararları bakımından da(HMK,m.167) taraf talebi üzerine veya re'sen, bunun, tahkikatın planlandığı, öninceleme aşamasında yapılması tercihe şayandır.

Bazen çelişkili kararlardan ve çatışan delillerden kaçınmak için aynı yargılamada birden çok davayı birleştirmek uygun olur. Zira, bir vakıayı bundan farklı etkilenmiş taraflar bakımından ayrı ayrı tespit etmek sıra dışı bir durumdur; yine, ortak bir hukuk kuralını tarafların münferit iddialarındaki çeşitliliklere aldırmanın tutarlı bir tarzda uygulamak gerekir¹⁹¹. Bazı hallerde, zaman ve masraftan tasarruf temini amacıyla dava yığılması da usul ekonomisi ilkesinin gereğidir¹⁹². Davaların birleştirilmesi tek bir yargılamada aynı mahkeme önünde derdest birkaç usuli talebin birlikte incelenmesi ve karara bağlanması açısından uygun bir araçtır. Buyüzen, birkaç dava ortak vaka ve hukuk meselesi içerdiğinde veya tarafların tümü ya da birisi aynı olduğunda birleştirme kararı verilebilir(HMK, m.166/4)¹⁹³. Buna göre, ayrı davalarda istenilmiş olan ve aralarında olgusal veya hukuki irtibat bulunan birden çok usuli taleplerin, hukuk birliği veya usul ekonomisini teminen, tarafların başlangıç dilekçelerindeki veya öninceleme duruşmasındaki talepleri üzerine ya da resen, ilk açılan davada birleştirilmesine karar verilmesi öninceleme aşamasında gündeme gelebilecektir¹⁹⁴.

C-Öninceleme Tutanağı

durum ilginç bir hal alacak gibi görünmektedir. Burada m.132/2 hükmüne kıyasen görevli mahkemeye gönderilmesi gerektiği yönünde bkz.ERMENEK, s.171.

¹⁹⁰ Bu açıdan hazırlık işlemleri dışında, örneğin işlem den kaldırılan davanın yenilenmesinde, basit ve yazılı usul arasında farklı esaslar benimsenmiş olması nedeniyle de, birlikte açılan bir davada basit ve yazılı usule tabi usuli talepler bakımından da tefrik kararı verilmesi zorunludur;krş.HMK m. 150/6 ve 320/4.Bununla birlikte kanun yolu yargılamasının ayrı dairelerde yapılacak olması tefrik zorunluluğu gerektirmez(HMK, m.166/5). Birleştirme bakımından aynı yönde bkz. ALANGOYA, “Dava Yığılması”, s.36 ve dn.4 de anılan YHGK, 19.02.1962, 8/33 E, 37 K.

¹⁹¹ MURRAY/STÜRNER, s.202.

¹⁹²ALANGOYA, “Dava Yığılması”, s.36.

¹⁹³ TANİGUCHİ/REİCH/MİYAKE, s.7-55 MURRAY/STÜRNER, s.200.

¹⁹⁴ ERMENEK, s. 171.

Öninceleme duruşması sonunda, hakim davada sözkonusu meselenin tespiti ve tarafları sulhe teşvik faaliyetinin neticesini bir tutanağa bağlayacak ve bu tutanak hazır bulunan taraflarca imzalanacaktır(HMK, m.140/3). Kanunda öninceleme tutanağının nasıl düzenleneceği açık değildir. Gerekçede taraflar sulh olursa öninceleme tutanağının bir sulh belgesi ve aksi halde de yargılamanın yolunu gösteren bir harita olduğu, tutanakta yer almayan hususların tahkikata konu olmayacağı ve yargılamanın bu tutanak üzerinden yürütüleceği belirtilmiştir¹⁹⁵. Kanımızca, öninceleme tutanağının karakteristik özelliği yargılamanın kapsamını gösterecek olmasıdır. Bu husus tahkikata bu tutanağın esas alınacağını belirtilmesiyle tasrih edilmiştir. Buna göre, önincelemede cereyan eden tüm sürecin, mutlak ve arızı hazırlığa ilişkin yapılan tüm işlemlerin öninceleme tutanağına derci gerekmez. Kanunda, önincelemenin tek oturumda tamamlanmadığı hallerde öninceleme tutanağının ikinci yani son öninceleme oturumu sonunda düzenleneceğinin öngörülmesi¹⁹⁶ ve önincelemede yapılacak işlemlerin “tutanağa” geçirileceğinin belirtilmesi(m.137/1son c.) karşısında, sürecin öninceleme oturumu tutanağına aksettirilmesi gerekli ve yeterli olup bunların ayrıca öninceleme tutanağına derci gerekmez. Doktrinde, öninceleme tutanağına özellikle taraflar arasındaki anlaşmazlık noktaları ile sulh olup olmadıklarının yazılmasının gerektiği belirtildiği gibi¹⁹⁷, öninceleme tutanağının sadece doğruluğu üzerinde taraflarca mutabakat sağlanmış bulunan vakıaların tespitine hasredilmesinin uygun ve yeterli olacağı da ileri sürülmüştür¹⁹⁸.

Öninceleme tutanağının hukuki niteliği nedir¹⁹⁹? Sözkonusu tutanağın tanzimi ve etkilerine ilişkin belirsizliklerin giderilmesine yol gösterebilecek olan bu sorunun cevabının araştırılması bu makalenin sınırlarının dışındadır. Bununla birlikte, bu hususa ilişkin olarak, aşağıda kısaca temas edeceğimiz üzere, onun yargılamayı akdi olarak tanzim eden bir taraf usuli işlemi olmadığını söyleyebiliriz²⁰⁰.

¹⁹⁵Bkz.BUDAK “HMK”, m.140 gerekçesi, para.4, s.175.

¹⁹⁶Bu yönde bkz.PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.382.

¹⁹⁷PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.384.

¹⁹⁸UMAR, “Şerh”, s.404.

¹⁹⁹KARSLI, “Usul”,s.423.

²⁰⁰Akdi dava yasağı ve usul sözleşmeleri hakkında bkz. A. KARSLI, Medeni usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001(“Usuli İşlemler”), s.226vd.

Mukayeseli hukukta, öninceleme kurumunun işlevsel özdeşi olarak kabul ettiğimiz davanın yargılama ve hüküm için hazırlanmasına yönelik hazırlık safhası araç ve usullerini kullanan hukuk sistemlerinde, hazırlık oturumu tutanağı dışında bir “öninceleme tutanağı” tanzimi söz konusu değildir. Örneğin, Alman Hukukunda, hazırlık oturumu sırasında ve sonunda, hakim: i) Tarafların çekişme içinde olduğu konular, ii) Ulaşılan herhangi bir uzlaşma, iii) Mahkemenin verdiği herhangi bir dikkat çekme ve işaret veya müzakere etme, iv) Herhangi bir geçici hukuki koruma önlemi, özetini içeren bir tutanak düzenler. Bu tutanak yargılama zabıtının bir parçası olur ve sonraki yargılama sürecine yön verir²⁰¹. Alman hazırlık oturumu tutanağı, HMK öninceleme tutanağına benzemekte ise de, onun sonraki sürece etkisi “esas alma” derecesinde olmadığı gibi, tarafların tutanağı imzalaması söz konusu değildir. ABD Federal Hukukunda, hazırlık görüşmelerinin son oturumunda (Final Pre-Trial Conference), yargılamada ele alınacak iddia ve savunma vakıaları ile delillerin sunumu bakımından bir duruşma planı oluşturulmaktadır²⁰². Bu hukuk çevresinde, hazırlık görüşmesi kararları mahkemece değiştirilmiş olmadıkça davanın sonraki sürecini belirlemekte olup bahse konu duruşma planının hazırlandığı son oturum kararı ise kural olarak bağlayıcı olup sonraki süreçte ancak açık bir adaletsizliği önlemeye matufen değiştirilebilmektedir (FRCP, r.16d,e)²⁰³. JOLOWICZ bu kararın genellikle tarafların bu husustaki anlaşmasının ürünü olduğunu, “duruşma”da yargılamanın cereyanını belirlediğini ve onun yargılanacak vakıaları bertaraf etme veya kolaylaştırma ya da ilave yapma şeklinde tarafların başlangıç dilekçelerinin yerini aldığını belirtmektedir²⁰⁴. HMK öninceleme tutanağı, sonraki tahkikata esas alınacağının öngörülmesi nedeniyle, söz konusu duruşma planına benzetilebilir. Fakat, dilekçe standartlarındaki farklılığın yanı sıra, bu hukuk çevresi yargılama sisteminde tarafların sadece davanın değil yargılamanın kapsamını da belirleyebilmeleri özelliği dahil olduğumuz Kıta Avrupası sistemine yabancı olmakla, bu düzenlemeyi doğrudan yararlanılabilecek bir mukayeseli hukuk kaynağı olarak kabul etmek hatalı sonuçlar doğurabilir. Japon Hukukunda ise, özellikle: i) İddia ve savunma araçları, ii) Tarafların iddia -

²⁰¹ Bkz. MURRAY/STÜRNER, s.228.

²⁰² Bkz. GÜNDÜZ, s.149.

²⁰³ Bu düzenlemenin önceki halinde (r.16d) duruşma planının “hazır bulunanlar/katılanlar (The participants) tarafından oluşturulacağı” ibaresi mevcut metinde (r.16e) muhafaza edilmemiştir; eski düzenleme için bkz. D.J.Meltzer/D.L.Shapiro, The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts, Foundation Press, N.York 1996, s.358. Düzenlemenin güncel metni için bkz. <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule16.tm>.

²⁰⁴ JOLOWICZ, “On Civil Procedure”, s.50.

savunma ve talepler hakkında karşılıklı beyanları, iii) Delil sunma istekleri, bilgilerini ihtiva etmesi gereken ve hakim kontrolünde zabıt katibi tarafından tutulan hazırlık oturumu ve görüşme tutanakları yargılamanın cereyanı bakımından özel bir sonuç arzetmemektedir²⁰⁵. Buna göre, öninceleme tutanağının hukuki niteliğini tayinde mukayeseli hukuktan yararlanma imkanı sınırlıdır.

Doktrinde HMK’da öninceleme tutanağının benimsenmesinde MTO Tahkim Tüzüğündeki görev belgesinden ilham alındığı ileri sürülmüştür²⁰⁶. Görev belgesi 4686 S. Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiş(m.10E) olup mehzaz Milletlerarası Ticaret Odası(ICC) tahkim uygulamasında geliştirilmiştir(MTO Tahkim Kuralları, 18). Burada, hakemler ve tarafların, bir taraftan özellikle tahkim yargılamasının hangi usul kurallarına göre yürütüleceği, tahkim yeri, tahkim lisanı, işlemlerin hangi sürede yapılacağı gibi usuli konuları görüşüp bir esasa bağlamaları, diğer taraftan da tahkim şartının kabulüyle yargılamanın hakemlerin yetkisi çerçevesinde doğru ve hızlı cereyanı bakımından esasa uygulanacak hukuk konusu da ele alınarak uyuşmazlığın özünün tespiti ve tavsifi konusunda bir mutabakatın temini amaçlanmaktadır.²⁰⁷ Görev belgesi, kural olarak, tarafların başlangıç dilekçelerinin teatisinden sonra hakemlerce tanzim olunmakta ve müştereken imzalanmaktadır(MTK, m.10E/son;MTO, art 18/2). Öninceleme tutanağı görev belgesine benzemekle birlikte, akdi dava yasağının söz konusu edilmediği tahkim yargılamasına has özellikler ve işlev farklılıkları nedeniyle²⁰⁸, nitelikleri farklı olup buradaki çözümlerden doğrudan yararlanılması zordur.

Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, öninceleme tutanağı yargılamanın bu aşamasında tertip olunabilecek oturum tutanaklarından ayrıca tanzim olunacaktır(HMK,

²⁰⁵ Bkz.TANİGUÇİ/REİCH/MİYAKE, s.7-33,7-35.

²⁰⁶ N.DEREN-YILDIRIM, MUIİFHT –V, s.208. HYUKT(1993)’nda, tarafların tahkikat safhasında önincelemede duruşma öncesinde toplanmasına karar verilen(m.170, 161k) ve toplanmamışsa ilk duruşmada ibraz ve celbi istenen(m.282)defter ve belgeler üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tutanağa bağlanacağı öngörülmüştür(m.287);yine, dava şartları ve engelleri ile belgesel delillerin ikmali hakkında dosya üzerinden yapılacak öninlemenin (m.160,161) cereyanına ilişkin olarak bir tutanak düzenlenip hakim ve katipçe imzalanması öngörülmüştür(T,m.119). HMK öninceleme tutanağının 1993 Tasarısının belirtilen iki düzenlemesinden aktarılmış olması da muhtemeldir.

²⁰⁷Ziya AKINCI, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.132-148;Zelal Narçin Tosun, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. GÜNDÜZ, s.199-206.

²⁰⁸ Görev belgesinin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını tadil edebilen “usuli sözleşme” özelliğine de sahip olduğunu kabul eden görüş ve yazarlar hakkında bkz.GÜNDÜZ, s.204vd.

m.137/1son, 154/1). Bu husus öninceleme işlemlerinin de tutanakla ispat olunacağını tasrih edilmiş olmasından da anlaşılabilir(m.156). Öninceleme tutanağı, yargılamada geçmişte tespiti değil geleceği inşa etmeye yöneliktir. Gerçi, duruşma tutanaklarının bu işlevi de bulunmakla birlikte yine de öninceleme tutanağı münhasıran bu amaca hizmet etmesi yönüyle ondan farklıdır. Yeni Kanunda açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, usul hukukunda taraflar ve mahkemenin yargılamaya ilişkin işlemlerinin hukuki işlemlerden ayrı olarak usuli işlemler²⁰⁹ kategorisini teşkil ettiği de dikkate alındığında, öninceleme tutanağının da duruşma tutanakları gibi bir belgeleme ve hıfzetme aracı veya yargılama dosyası unsuru olduğu düşünülebilir. Fakat, burada, öninceleme oturumu tutanağından farklı olarak, öninceleme tutanağının yargılamanın müteakip aşamaları bakımından tahkikatın yapılıp yapılmayacağı yapılacaksa konusu ve kapsamı yönünden tarafları ve hatta nispeten mahkemeyi de bağlaması düşüncesi hakim gibi görünmektedir. Burada, tarafların yargılamanın giriş safhasındaki başlangıç dilekçeleriyle birbirlerinin iddia ve savunmalarına karşı aldıkları pozisyonda bu ara safhada birbirleri ve hakimle temaslarından sonra hazırlık safhası sonu itibarıyla gelinecek nokta tespit edilecek; tabir caizse, dava temize çekilmiş olacaktır. Buna göre, öninceleme tutanağının kendisi, hakim ve taraflarca fiili veya sözlü olarak yapılan usuli işlemleri belgeleyen duruşma tutanağından farklı olarak, tarafların başlangıç dilekçeleri ve ara safhada hakim önündeki beyan ve açıklamaları muvacehesinde davada ihtilaflı kalan asli vakıaların hangileri olduğuna ilişkin bir tür mutabakat teyidi ihtiva etmektedir. Bu şekilde, öninceleme tutanağı, hem tarafların bilinçli veya bilinçsiz olarak davanın özünden uzaklaşma girişimlerinin önlenmesine, hem de tarafların başlangıç dilekçelerinde belirttikleri delilleri geliştirmelerine ve hakimin hangi delillerin toplanıp inceleneceğini belirlemesine hizmet edebilecektir.

Kanunda öninceleme tutanağının oturumda hazır bulunan taraflarca imzalanması öngörülmüştür(m.140/3). Aslında, belirtilen işlemler hakimin tahkikat ve hukuku uygulama yetkileri çerçevesinde yargılamada informel olarak yapması gereken zihni faaliyet kapsamındadır. Zira, davanın konusunu belirlemek taraflara ait olmakla birlikte, yargılamanın kapsamını belirlemek hakime ait bir yetkidir. Buyüzden, öninceleme tutanağı içeriğini belirlemek hakimin işi olup o tarafların mutabakat imzasına muhtaç değildir. Fakat, tarafların öninceleme tutanağını imzalaması hakim önünde birlikte ele alınan uyuşmazlıkta kural olarak davaya ilişkin bilgileri dahilindeki tüm vakıaları getirmiş olduklarını ve bunların doğruluğuna

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.KARSLI, “Usuli İşlemler” s.18vd ve 148vd; KARSLI, “Usul”, s.321-344 .

ilişkin olarak takındıkları nihai tutumu teyid etmiş oldukları anlamına gelir. Böylece, taraflar hakimın kural olarak davayı tutanakta belirlenen vakıalar ve buna göre teklif edilen deliller çerçevesinde ele alınması konusunda hakimle hemfikir olduklarını beyan ve kabul etmiş olmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca, tarafların mutabakat imzası öninceleme tutanağını bir taraf usuli işlemi haline getirmemektedir. Öninceleme tutanağını tanzim eden hakim yargılamanın kapsamını tayine ilişkin bir tespitte bulunarak tutanak içeriğini kendisi oluşturmakla, burada öncelikle bir mahkeme usuli işlemi sözkonusudur. Fakat, taraflar da tutanağa imza koymak veya koymamak suretiyle hakimın usuli işlemine ilişkin olarak kendi iradelerini ortaya koymaktadır.

Öninceleme kurumunun en tartışmalı ve sorun çıkarmaya en müsait düzenlemesi öninceleme tutanağıdır²¹⁰. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen fikirden hareket edilecek olursa, taraflar öninceleme tutanağını çekincesiz imza etmekle, öninceleme aşamasında hakimle ve karşılıklı temasları sonunda başlangıç dilekçelerindeki pozisyonlarını ne ölçüde muhafaza ettiklerini ve anlaşmazlıklı olan veya kalan iddia ve savunma vakıalarını hangi delillerle ispat edeceklerini kural olarak geriye dönmeyecek şekilde ortaya koymuş olacaktır²¹¹. Taraflar öninceleme aşaması sonunda öninceleme tutanağını imzalamak istemeyebilir²¹² veya hakimın öninceleme tespitlerine karşı çekince beyanıyla imzalayabilir. Bu durumda, hakim, tarafların başlangıç dilekçelerindeki beyanları(m.154/4) ve bilahere öninceleme oturumunda ihtilaflı konulardaki alan daraltma çabalarıyla taraflardan elde edilebilecek ikrarlar çerçevesinde(m.154/1ç; Madde Gerekçesi, para.2;m.188/1) tutanak içeriğini oluşturacak²¹³; yine tutanak tanzimi öncesinde taraflara verilen sükut ettirici tesire

²¹⁰ KARSLI, “Usul”, s.417.

²¹¹ Burada, tarafların uyuşmazlıkta anlaşmazlık içinde oldukları vakıalara ilişkin belirleme hakim(HMK, m.25) ve tarafları(m.141/1,188) bağlarken, bu vakıaların ispatına yönelik delil bildirimi tarafları(m.196) bağlarsa da teklif mahiyetiyle hakimi bağlamaz. Aksi, hakimın davada doğru bir hüküm vermek üzere maddi gerçeği doğru tespit etme görevi bakımından tahkikat yetkisini(m.33,187,195) sınırlamak anlamına gelir. Buna göre, hakim tarafların anlaşmazlık noktalarından hukuken önemli olanı belirleyip tarafların delil tekliflerini bu açıdan ele alıp elverişli olan delillerin toplanmasına karar verecek(m.189/4); taraflar arasında ihtilaflı kalan meselelerden hukuken önemli olan vakıaları toplanmasına karar verdiği taraf delilleri ve resen başvurabileceği isticvap, keşif ve bilirkişi gibi araçlarla tahkikatı yürütecektir(m.169, 222/1,266/1,288/2).

²¹²KARSLI, “Usul”, s.417.

²¹³ Tarafların yargılamanın giriş safhasında aldıkları tutumların -öninceleme oturumunda birbirleri ve hakimle diyalogları neticesinde ve/veya başlangıç dilekçelerindeki beyanlarında muhtemel belirsizlik ve çelişkilerin hakimın davayı aydınlatma yetkisi(m.31) çerçevesindeki açıklatma girişimleriyle de- değişmemesi halinde, hakim öninceleme tutanağını tarafların başlangıç dilekçelerini karşılaştırarak iddia ve savunma vakıalarını özetlemek suretiyle tanzim edecektir. Bilahere, yargılamanın müteakip aşamalarında isticvap veya delil değerlendirmesinde aleyhe çıkarım sonucuna rağmen tarafın kayıtsız kalması muhtemeldir.

sahip kesin süreli delil bildirimleri veya sulhe teşvike yönelik mehil ara kararları neticesine(m.140/5, 145) göre, önceki oturum tutanaklarına atıfla öninceleme tutanağını tanzim edecektir. Bu sırada tarafın imzadan imtinanın ve gerekçesini veya çekincesini tutanağa dercedecektir. Kanımızca, böyle bir durumda tarafın gerekçe veya çekincesini o anda sözlü biçimde beyan etmesi gerekip kural olarak yazılı beyan için mehil verilmemesi amaca uygun olur. Bu durumda, tutanağı imzalamayan veya çekince beyanıyla imzalayan taraf hakimın işlemine karşı olumlu irade serdetmediğinden kanımızca sonradan kanun yolunda vakıa tespit hatası veya eksik soruşturma iddiasında bulunmadan önce de rücu talebinde bulunabilmelidir. Öninceleme tutanağını imzalayan tarafın, çelişkili davranış yasağına²¹⁴ istinaden, rücu talebi veya kanun yolunda buna dayalı vakıa tespit hatası veya eksik soruşturma iddiası kural olarak dinlenmez(m.29/1)²¹⁵. Bu açıdan ıslahla ilave veya farklı bir iddia veya savunma vakıası ileri sürülmesi tipik bir istisna teşkil edecektir(m.179/1). Tarafın öninceleme duruşmasına gelmemesi halinde ise, öninceleme davetindeki yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceğine ilişkin meşruhat çerçevesinde(m.139), mazeretsiz gelmeyen taraf aynı konuma tabi tutulabilir. Fakat, hakim öninceleme tutanağındaki bir tespitinden gerekçesini belirtip dönebilir; aksi hakimın tahkikat ve hukuku uygulama yetkilerinin sınırlanması anlamına gelir. Bu konuda taraf da açıkça hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkıyorsa hakimi tahrik edebilmelidir.

Yargılamada taraflar iddia veya savunmanın dayanağını teşkil eden vakıaların doğruluğu üzerinde anlaşmazlık halinde olabileceği gibi, bazen de, vakıaların doğruluğu üzerinde anlaşmakla birlikte, bu vakıaların talebi temellendirmekte yeterli olup olmadığı noktasında, başka bir ifadeyle davaya tatbiki mümkün hukuk normunun yorumu üzerinde ya da talepleri haklı gösteren bir hukuk normunun mevcudiyeti konusunda, anlaşmazlık içinde olabilir. Davadaki temel mesele birinci halde olgusal iken son ikisinde hukukidir. Hazırlık oturumu sonunda tarafların davada ileri sürülen vakıaların doğruluğu üzerinde anlaşmaya varıp hukuki meselenin davadaki temel mesele olarak kalması da muhtemeldir. Böyle bir durumda da bu hususu aksettiren bir şekilde öninceleme tutanağı tanzim olunacaktır; doğal olarak bu halde tahkikat icrasına gerek kalmayacağından öninceleme tutanağı sözlü tartışma

²¹⁴ Daha önceki durumuyla çelişki teşkil eden usuli davranış serdetmenin tarafların mahkemeye aralarında dava ikamesiyle kurulan usul ilişkisinde dürüstlük kuralı çerçevesinde yasak kapsamında olduğu yönünde bkz. KARSLI, “Usuli İşlemler, s.203.

²¹⁵ Kanımızca, bunun için, yargılamanın öninceleme tutanağına göre yürütülmesinin açıkça adalete aykırı bir sonuç doğurmuş ve tarafın yargılama sırasındaki rücu talebine rağmen hakimın tutanağı değiştirmekten kaçınmış olması gerekir(HMK, m.371/ç).

aşamasında tarafların hukuki meseleye ilişkin açıklamalarına ve hakim bunları da dikkate alarak vereceği nihai karara bu yönüyle etki edecektir.

SONUÇ

Yukarıdaki inceleme ve değerlendirmelerimiz muvacehesinde ulaşılabilecek sonuç odur ki, HMK’ da öninceleme kurumunun kabulü ile HUMK’nun aksine davanın yargılama ve hüküm için hazırlanmasında yazılılık değil sözlülük ilkesi ağırlık kazanmıştır. Nitekim, yargılamanın giriş safhasından sonra tahkikata geçilmeden önce sözlü öninceleme celsesi icrası zorunludur. Ayrıca, dava sebebi iddia savunma vakıalarını dava-cevap dilekçesinin zaruri içeriği olmaktan çıkaran dilekçe kurallarının benimsenmesi ve vakıaların yargılamanın giriş safhası sonuna hatta öninceleme celsesine dek getirilebilme imkanı tanınması da buna işaret etmektedir. Buna göre, öninceleme kurumunun ihdasının yargılamanın inşası bakımından sonuçları sadece HUMK yargılama modelindeki tahkikat safhasının ikiye bölünmesi şeklinde izah edilebilecek kadar basit değildir. Dolayısıyla, HMK uygulamasında, yargılamanın dinamik kısmına ilişkin kurallardaki bazı belirsizlik ve boşlukların giderilmesi bakımından HUMK dönemi doktrin ve uygulamasındaki görüş veya içtihatlar doğru çözüm sağlamayacaktır. Bu açıdan, özellikle yargılamanın giriş ve öninceleme safhalarına ilişkin kuralların yorumunda, kanımızca, yargılama sistemimiz özelliklerine ve sosyal-kültürel yapımıza uygun düştüğü ölçüde, yargılama modelinde “sözlü hazırlık” usulüne yer veren yabancı kanunlara ilişkin doktrin ve uygulamadan yararlanılabilir.

Hukukumuzda medeni yargılamanın bilinen sorunlarının çözümü bakımından kanunkoyucu yeni bir model denemeyi tercih etmiştir ve HMK yürürlüğe girmiştir. Bu reel durum karşısında, beklentilerin boşa çıkmaması için, Kanunun ilgili hükümleri bakımından yeni bir düzenleme yapılınca dek, kanımızca yukarıda açıklamaya çalıştığımız şekilde mukayeseli hukuk paralelinde bir yorumla öninceleme kurumunu işleyebilir kılan bir uygulamanın geliştirilmesi gerekir. Aksi halde, onun yargılama süresini kısaltmaktan çok daha da uzatması ve yargılamadan beklenen amaca ulaşılmasında etkinlik ve verimlilik

sağlamaması kaçınılmaz olacaktır. Neticeten, yukarıdaki gibi, başlangıç dilekçelerinin mahkemeye verilmesinden itibaren hakimin dosyaya kafa yorduğu bir giriş safhasını takiben önincelemedeki hazırlık işlemlerinin hakimin taraflarla ve özellikle taraf avukatlarıyla diyalog içinde ikmaliyle, tüm yargılama süjeleri bakımından öninceleme aşaması sonunda davada sözkonusu vakıa ve deliller hakkında açık bir görüşe sahip olunması mümkündür. Böylece, açıklanan surette işleyebilecek olan bir öninceleme kurumu, sonraki safhada konulara odaklı yoğun bir yargılama icrasına imkan sağlayarak, vakıaların doğru tespiti ve hukukun doğru tatbikiyle hakkın korunmasına önemli bir şans tanıyabilecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni usul Hukukunda Dava Yığılması, 1965 T. İlk Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul 1999(“Dava Yığılması”).
- ALANGOYA, Yavuz: “‘Yazılı Yargılama Usulü’ Hakkında Bazı Düşünceler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.163-177(“Yazılı Yargılama Usulü”).
- ALANGOYA, Y/
YILDIRIM, M.K./
DEREN-YILDIRIM,
N. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İB Yayını, İstanbul 2006(“HMKT Değerlendirme”).
- ALANGOYA, Y./
YILDIRIM, M. K./
DEREN-YILDIRIM,
N. : Medeni Usul Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul 2009 (“Usul”).
- ALI/UNIDROIT : “Principles of Transnational Civil Procedure”, Uniform Law Review, 2004-4, ss.758-804.
- ALTAY, Sümer : “Yazılı Yargılama Usulünde Tahkikat ve Duruşma, Tahkikatın Sona Ermesi ve Sözlü Yargılama, Tahkikat Sırasındaki Özel Durumlar”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.145-153.
- ANSAY, S. Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, AÜHF Yayını, Ankara 1960.
- ATALAY, O. : Menfi Vakıaların İspatı, DEÜ Yayını, İzmir 2001.

- BAJONS, E.-Marlis :“Civil Procedure for Austria Revisited:An Outline of recent Austrian Civil procedure Reforms”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.Trocker/Varano), Torino 2005,ss.115-130.
- BAUER, Alain/
ÖZTEK, S. :“Yeni Nöşatel Medeni Usul Kanunu”, Facultatis Decima Anniversaria, 10.Yıl Armağanı, MÜHF Yayını, İstanbul 1993, ss.403-447.
- BERKİN, N. : Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1969.
- BİLGE, Necip/
ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- BUDAK, A.Cem : Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2.Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2009.
- BUDAK, A.Cem : “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İBD, Y.2011, C.85, S.5, ss.3-23.
- CADIET, L./AMRANI
-MEKKİ, S. :“Civil Procedure”, Introduction to French Law(Ed.G.A.Bermann/ E.Picard), Kluwer Law, Netherlands 2008, ss.309-331.
- CHASE, G.Oscar/
HERSHKOFF, Helen:Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007.
- CLARK, David S. : Introduction to the Law of the United States(Ed.D.S.Clark/T.Ansay), Second Edition, Kluwer Law Int, Newyork 2002.
- COLVIN,A./VIGORİTİ,
V./CALABRESİ,R. : “ITALY”, European Civil Practice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.305-341.
- ÇELİKOĞLU, C.T. : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2011, S.63, ss.
- ÇELİKOĞLU, C.T. : Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
- DEREN-YILDIRIM,N: “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, Alangoya Armağanı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007, ss.47-61.
- EDWARD, David :“Fact-Finding: A British Perspective”, The Option of Litigating in Europe(Ed.D.L.Carey Miller/Paul R.Beaumont), UK National

Committe of Comparative Law, Great Britain 1993, ss.43-57.

- ELVERİŞ, İ./JAHİC,
G./KALEM, S. :İstanbul Asliye Hukuk Mahkemelerinde Yargılama Süreci, İBÜ Yayını, İstanbul 2009.
- ERCAN, İbrahim : “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, Alangoya Armağanı, İstanbul 2007, ss.63-102.
- EREM, Faruk :Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1968.
- ERMENEK, İbrahim : “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Öninceleme”, İnönü Uni. HFD, Y.2011, C.2, S.1, ss.139-175.
- FERRAND, F. : “The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/ V.Varano),Torino 2005, ss.7-32,
- FÖRSTERLİNG, T. :“Germany”, European Civil Practice(Ed.A.LAYTON/H.MERGER), Vol.2, Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.179-211.
- FRAD, T. : “Austria”, International Civil Procedure(Ed.S.R.Grubbs), Kluwer Law, Netherland 2003,ss.57-73.
- FIELD, R.H/KAPLAN,
B./CLERMONT,K.M.: Materials for a Basic Course in Civil Procedure, Sixth Edition, Foundation Press, New York 1996, s. 44,45.
- GİMENEZ, D-P. : “Principal Innovations of Spain’s Recent Civil Procedure Reform”, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/V.Varano),Giapichelli Editore,Torino 2005,ss.33-66.
- GIORGİANTONIO,
Christina : “Civil Procedure in Italy: Concentration Principle, Adversarial System or Case Management”, Bank of Italy Law and Economic Research, September 2009, ss.31/31(<http://www.ealeog.eu>)
- GROSS, M. : “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Reform Yasası ve Hakimin Davadaki Yeri”, Ergun Özsunay Armağanı, Vedat Kiabevi, İstanbul 2004, ss.395-410.
- GRUBBS, Shelby R./
DECAMBRA, E.R. :“United States”,International Civil Procedure (Ed.S.R. Grubbs/ E.R. Decambra), Kluwer Law Int, Great Britain 2003, ss.781-802.
- GUR-ARIE, Mira : “Legal and Court Staff in the United States Judiciary”, Seminar on the Management of the Assistant Personel to Judges, November 22-26

- 2004, International Judicial Relations Federal Judicial Center, ss.10/10.
- GÜNDÜZ, Okan :Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- GÜRALP, A.Gülin :Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları ,Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011.
- HABSCHEID, W.J/
BERTİ, S. :“European Summary”, Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide(Ed.C.Platto), Graham/Trotman&İBA, London 1990, ss.46-54.
- HAZARD, G. C. :“Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, N.Dame L.Rev(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017-1028.
- HAZARD, G.C. :“Fundamentals of Civil Procedure”(“Fundamentals”), Uniform L.Rev(2001-4), ss.753-762.
- HAZARD, C. G./
DONDI, Angelo : “Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits, Cornell International Law Journal (2006), Vol.39, ss.59-70 (“Responsibilities of Judges and Advocates”).
- HONMA, M. :“The Preliminary Phase and Trial Agreement in Japan”, IAPL, Colloquium 2008 Presentation, ss.10/10 ([http:// www.uv.es/coloquim](http://www.uv.es/coloquim)).
- İLHAN, Cengiz :“Hukuk yargılamasında Gecikme/Tarafların ve Yargıcın Kendini Bağlaması”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İZB Yayını, İzmir 2000, ss.129-136.
- JOLOWICZ, J.A :“Fact –Finding, A Comparative Perspective”, The Option of Litigating in Europe(Ed.D.L.C.Miller/P.R.Beaumont),UK National Committee of Comparative Law Pres,Great Britain 1993, ss.133-148.
- JOLOWICZ, J. A : On Civil Procedure, Cambridge University Press, Cambridge 2000 (“On Civil Procedure”).
- JOLOWICZ, J.A. :“Civil Procedure in the Common Law and Civil Law”, Law and Legal Culture in Comparative Perspective(Ed. Guenther Doeker-Mach/ Klaus A.Ziegert), Franz Steiner Verlag Stuttgart, Germany 2004, ss.26-49 (“Common Law and Civil Law ”).
- KARAFAKİH, İ. H. :Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, AÜSBF Yayını, Ankara 1952.
- KARSLI, Abdurrahim : Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.
- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, Alternatif DüşünceYayınevi, İstanbul 2011(“Usul”).

- KURU, Baki : “Dava Şartları”, Ansay Armağanı, Ankara 1964, ss.109-147.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı, C.1-6, İstanbul 2001.
- KURU, Baki : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V , TBB Yayını, Ankara 2006, ss.58-84.
- KURU, B./ ARSLAN, R./YILMAZ, E. : Medeni usul Hukuku Ders Kitabı, 22.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- LAYTON, A/MERGER, H./FIECHTER,M.R. : “Switzerland”, European Civil Practice (Ed.A.Layton/ H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.559-603.
- LEIPOLD, H.C.Dieter: “Oral and Written Elements Within the Introductory Phase of Civil Procedure”, International Association of Civil Procedure, Colloquim(5-8 November 2008),General Report, ss.24/24(<http://www.uv.es/coloquio>).
- MELTZER, J. Daniel /SHAPIRO, L. D. :The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts, Foundation Press, New York 1996.
- MURRAY, L.Peter/ STÜRNER, Rolf :German Civil Justice, Carolina Acedemic Press, North Carolina 2004.
- MORISSETTE, J. : “Judicial Institutions &Civil Procedure”, Fall 2006, ss.66/66 (http://lsa.mcgill.ca/pubdocs/files/Judicialinstitutionsandcivilprocedure/320-glenn_Judicial).
- ÖNEN,Ergun : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- ÖZEKES,Muhammed: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.
- PARKER, Jeffrey S. :“Comparative Civil Procedure and Transnational ‘Harmonization’: A Law and Economics Perspective”(2009), Social Science Research Network, Electronic Paper Collection,ss.32/32 (http://www.ssrn.com/abstract_id=1325013).
- PEKCANITEZ, Hakan: “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2006, ss.3-31 (“HMKT Tanıtım”).
- PEKCANITEZ, Hakan:“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Genel Olarak Tanıtımı”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.19-36.

- PEKCANITEZ, H./
ATALAY, O/ÖZEKES,
M. :Medeni usul Hukuku, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- POSTACIOĞLU,
E.İlhan :Medeni Usul Hukuku Dersleri, İÜ Yayını, İstanbul 1975.
- RHEE Van C.H/
VERKERK, Remme :“Civil Procedure”, Elgar Encyclopedia of Comparative Law 2006
(Ed.J.M.Smits), ss.120-134.
- RİNCON, del L.C. :“Spain”, European Civil Justice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second
Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, Vol.2, ss.499- 531.
- SCHİLKEN, E. :“Medeni Yargılamada Hakimin Rolü” (Çev. N. Deren-Yıldırım),
İlkeler Işığında Medeni Yargılama(Ed.M.K.Yıldırım), 5.Bası, Alkım
Kitabevi, İstanbul 2005, ss. 28-58.
- SCHWANK, F. :“Austria”, Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures
Worldwide(Ed.C.Platto), Graham&Trotman, London 1990,ss.55-61.
- SERİO, Mario :“Fact-Finding:An Italian Perspective”, The Option of Litigating in
Europe(Ed.D.L.C.Miller/P.R. Beaumont), UK Comparative Law
Series,Vol 14, Great Britain 1993, ss.123-132.
- STADLER, A/
HAU, W. :“The Law of Civil Procedure”, Introduction to German
Law(Ed.J.Zekoll/M.Reimann), Second Edition, Kluwer Law,
Netherland 2005, ss.365-386.
- STADLER, A. : “Multiples Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation”,
27 Hastings Int. Comp.L.Rev(2003-2004), Vol.27:55, ss.55-76.
- STORME, M. :“More Voice, Less Print-Why Court Proceedings Should Become
More Oral”, ss.6/6().
- STÜRNER, Rolf :“Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States”, Saggi
Conferenze E Seminari, Roma 2001, ss.23/23(<http://www.hdl.Handlenet/opensingle.inist.fr/hadle/10068/305166>).
- STÜRNER, Rolf/
KERN, Christoph :“Comparative Civil Procedure- Fundamentals and Recent Trends”,
H.Konuralp Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, ss.997-1031.
- TANİGUCHİ, Y. : “How Much Does Japanese Civil Procedure Belong to Civil Law and
to Common Law”, IAPL, 2009 Toronto Conference Presentation,ss.
5/5(<http://www.iapl.org/documents/26YasuheiTaniguichi.pdf>).
- TANİGUCHİ Y./
REİCH, P.C./

- /MİYAKE, Hiroto : Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, Release 5-2009.
- TARUFFO, Michele : “Civil Procedure and the Path of a Civil Case”, Introduction to Italian Law(J.S.Lena/U.Mattei), Kluwer Law,New York 2002, ss.159- 180.
- TARUFFO, Michele :“Orality and Writing As Factors of Efficiency in Civil Litigation”, International Association of Civil Procedure, Colloquium 5-8 November 2008, General Report, ss.19/19(“Orality and Writing”).
- TİLLY, du M.E.H. : “France”, European Civil Practice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss139-177.
- TOSUN, Z.Narçin : Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- UMAR, Bilge :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı”, Medeni Usul ve İcra İfl as Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2006, ss.87-129.
- UMAR, Bilge :Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin yayınevi, Ankara 2011.
- UMAR, B./
YILMAZ, E. : İspat Yüğü, 2.Baskı, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1980.
- Uyanış, Füsun : İlk İtirazların Hukuki Niteliği ve HUMK’da Düzenleniş Tarzı, İÜSBE YL Tezi, İstanbul 1994.
- UZELAC, Alan :“Reforming Mediterranean Civil Procedure:Is There a Need for Shock Therapy?”,Civil Justice Between Efficiency and Quality from Jus Commune to CEPEJ(Ed.Van RHEE/A.Uzelack), Intersentia Publishing, Antwerpen 2008, ss.71-99.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim :İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İÜ Yayını, İstanbul 1963 (“Değişiklik Yasağı”).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim :Medeni Yargılama Hukukunun Esasları,İstanbul 2000(“Usul”).
- WELSER, İ :“Austria”, European Civil Justice(Ed.A.Layton/H.Merger), Second Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, ss.5-41.
- YILDIRIM, M.K. :Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1990 (“Delillerin Değerlendirilmesi”).
- YILDIRIM, M.K. : “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Üzerine”, E.Önen Armağanı, Alkım Kitabevi, İstanbul 2003,ss.467-491.
- YILDIRIM, M.K. : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısındaki İlkeler ve Yargılamanın Yapısı Hakkında”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği

Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.37-57(“HMKT İlkeler”).

YILMAZ, Ejder :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar”, Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2006, ss.178-197(“HMKT Üzerine”).

YILMAZ, Ejder :Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 2.Baskı,Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

YÜKSEL,Kemalettin :“Yazılı Yargılama usulü(Davanın açılması,Cevap Dilekçeleri, Öninceleme)”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2008, ss.125-143.

YÜKSEL, Murat :“Yargılama Sisteminin İşleyişini Etkilemesi Bakımından İşyükü Sorununun Nedenleri”, N.Çelik Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, ss.983-992.

ZWEİGERT, Konrad
/KÖTZ, Hein : Introduction to Comparative Law (Trans.T.Weir), Oxford University Press, Third Edition, Great Britain 1998.