

İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNUNDA YAPILMASI DÜŞÜNÜLEN ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER (26/02/2020 TARİHLİ TASARI)

IMPORTANT AMENDMENTS INTENDED TO BE MADE IN THE SWISS CIVIL PROCEDURE CODE

Selçuk ÖZTEK*

Mert NAMLI**

Özet: 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu, İsviçre’de medenî yargının ulusal düzeyde birleştirilmesini sağlamıştır. Böylece kanun temel amacını yerine getirmiş olsa da yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra, uygulamada ortaya çıkan bazı sorunların giderilmesi için Federal Meclise birçok teklif sunulmuştur. Bu talepler üzerine Federal Konsey, 2018 yılının sonuna kadar Kanunda yapılacak değişiklikleri konu alan bir tasarı hazırlayıp Federal Meclis’e sunmakla görevlendirilmiştir. Böylece çalışmalara başlayan Federal Konsey, önce Mart 2018’de Ön Tasarı’yı, nihâyet 26.02.2020 tarihinde ise “*Medeni Usul Kanunu’nda Değişiklik Tasarısı’nı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasını Geliştirilmesi)*” sunmuştur.

Tasarı hazırlanırken İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun henüz çok genç bir kanun olduğu göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede, Kanunun dayandığı temel ilkeler korunmuş ve Kanunda esaslı değişiklikler yapılmasından kaçınılmıştır. Tasarı ile yapılmak istenen, bugüne kadar uygulamada yaşanan sorunlar ve Federal Mahkeme’nin kararları ile elde edilen tecrübe birikimi doğrultusunda adeta nokta değişiklikler yapılması suretiyle Kanunun geliştirilmesidir. Bu makale, Tasarı ile getirilen başlıca değişikliklerin Türk Hukukunda genel olarak tanıtılmasını amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, İsviçre Medeni Usul Kanunu, Medeni Usul Hukuku Revizyonu, 26.02.2020 tarihli Tasarı

Abstract: The Swiss Civil Procedure Code, which entered into force on 01.01.2011, enabled the unification of the civil procedure in Switzerland at the national level. Although the law fulfilled its primary purpose, shortly after its entry into force, many proposals were made to the Parliament to address some of the problems that arose in its practice. Based on these requests, the Federal Council

* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, soztek@fsm.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6145-0967, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.04.2021, Kabul Tarihi: 15.04.2021

** Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, mnamlı@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8335-2308

was tasked with preparing a draft on amendments to the Law by the end of 2018 and submitting it to the Federal Assembly. The Federal Council, which began its endeavours to this end, first submitted the Preliminary Bill in March 2018, then the *Draft Amendment to the Civil Procedure Code (Improving the Applicability and Implementation of the Law)* on 26.02.2020.

While this draft was being prepared, the fact that the Swiss Civil Procedure Code is still a very young law was taken into consideration. In this framework, the basic principles on which the Law is based were preserved and substantial changes to the Law were avoided. The purpose of the draft is to improve the Law by performing almost surgical amendments in line with the problems experienced in practice so far and the experience accumulated via the decisions of the Federal Court. This article aims to introduce to the Turkish Law the primary amendments brought by the Draft.

Keywords: civil procedure, Swiss Civil Procedure Code, Revision of civil procedure, draft dated 26.02.2020.

GİRİŞ

01.01.2011 tarihinde, yani Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzdan dokuz ay önce yürürlüğe giren (İsviçre)¹ Medenî Usûl Kanunu,² İsviçre’de medenî yargının ulusal düzeyde birleştirilmesini sağlamış ve böylece bu alandaki kantonal çeşitliliğin yarattığı sakıncaları ortadan kaldırmıştır.³ Yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen yaklaşık dokuz yıllık süreç, İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun kantonların tümü tarafından benimsendiğini ortaya koymuştu; şu hâlde Kanunun başarılı olduğu söylenebilecektir.⁴

İsviçre Medeni Usul Kanunu temel amacını yerine getirmiş olsa da yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra Federal Meclis’e (“*Assemblée nationale*”), Kanun’un uygulanmasında ortaya çıkan eksiklik ve aksak-

¹ İsviçre kanun koyucusu, *Code de procédure civile*’i (Medeni Usul Kanunu’nu) kabul ederken, “Federal” veya “İsviçre” nitelemelerini kullanmamış, “*Code de procédure civile*” (Medeni Usul Kanunu) adını kullanmakla yetinmiştir. İsviçreli yazarlar ve mahkemeler “*Code de procédure civile suisse*” (İsviçre Medeni Usul Kanunu) şeklinde bir başlık kullanmayı tercih etmektedirler.

² RS 272.

³ Bununla birlikte mahkeme ve uzlaştırma daireleri teşkilatının oluşturulması (Federal Anayasa m.122/2; CPC m.3), mahkemelerin maddi ve fonksiyonel anlamda yetkilerinin belirlenmesi (CPC m.4/1), yargılama gider tarifelerinin hazırlanması (CPC m.96) kural olarak kantonların yetki alanına dâhildir.

⁴ *Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l’application du droit)*, FF 2020, s. 2612.

lıklara ilişkin birçok soru önergesi ile Kanun'da bazı değişiklikler yapılmasına ilişkin birçok teklif sunulmuştur.⁵ Bu ısrarlı talepler üzerine Federal Meclis'in iki kanadı ("*Conseil des Etats*" ve "*Conseil national*"), Federal Konsey'i (*Conseil fédéral*, yani federal yürütme organı; bakanlar kurulu), Medeni Usul Kanunu'nun uygulama bakımından yeterliliği sorununu değerlendirmek ve 2018 yılının sonuna kadar Kanunda yapılacak değişiklikleri konu alan bir tasarı hazırlayıp Federal Meclis'e sunmakla görevlendirmiştir.⁶ Böylece çalışmalara başlayan Federal Konsey, önce Mart 2018'de Ön Tasarı'yı, nihâyet 26.02.2020 tarihinde ise "*Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Tasarısı'nı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)*" sunmuştur.⁷

Tasarı hazırlanırken İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun henüz çok genç bir kanun olduğu göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede, Kanun'un dayandığı temel ilkeler korunmuş ve Kanun'da esaslı değişiklikler yapılmasından kaçınılmıştır. Böylece bir yandan birçok sorun hakkında istikrar kazanmış yargı kararlarının somutlaşması istenmiş; diğer yandan, yapılacak kapsamlı bir değişikliğin hem erken olacağı hem de hukuk güvenliğine zarar verebileceği düşünülmüştür. Tüm bu nedenlerle Tasarı ile yapılmak istenen, bugüne kadar uygulamada yaşanan sorunlar ve Federal Mahkeme'nin kararları ile elde edilen tecrübe birikimi doğrultusunda adeta nokta değişiklikler yapılması suretiyle Kanun'un geliştirilmesidir.⁸ Ancak, yine de 55 madde değiştirilmiştir ki, bu durum 408 maddelik bir Kanunun %10'undan fazlasının değiştirildiği anlamına gelmektedir.

I. TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ VE BAŞLICA AMAÇLARI

A-) TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ

Tasarı'nın hazırlanma sürecinin temelleri, 2011 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde, kantonların ilk derece ve ikinci derece hukuk

⁵ Bu önergeler genellikle arabuluculuk, uzlaştırma, mahkemelerin görevi, yargılamanın sevk ve idaresi ile kolektif hukuki himaye üzerine yoğunlaşmıştır. Bkz. *Message FF 2020*, s. 2612-2613.

⁶ *Message FF 2020*, s. 2612-2613.

⁷ Tasarı'nın tam metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf>.

⁸ *Message FF 2020*, s. 2612-2615.

mahkemeleri hâkimlerinden bir çalışma grubu kurulmasıyla atılmıştır.⁹ Bu çalışma grubu, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yapılabilecek değişiklikleri 07.05.2015, 20.03.2017 ve 19.06.2017 tarihli toplantılarda ortaya koymuştur.

Çalışma grubunun yaptığı hazırlıktan sonra 2017 yılının Haziran ayında çeşitli uzmanların ve meslek gruplarının temsilcilerinin katılımıyla konuya ilişkin toplantılar gerçekleştirilmiştir.

Böylece oluşturulan temel esas alınarak, akademik çevreler ile yargıdan ve barolardan seçilen bir grubun¹⁰ denetiminde Ön Tasarı hazırlanmıştır.¹¹ 02.03.2018 tarihinde Federal Konsey, Ön Tasarı'yı açıklamış ve görüşe sunmuştur. 11.06.2018'de tamamlanan görüş sunma sürecinde¹² görüş sunan kantonların, siyasi partilerin ve kuruluşların önemli çoğunluğu, çıkış noktaları ve amaçları bakımından Ön Tasarı'yı genel olarak desteklemişler, ancak getirilmesi önerilen değişiklikler bakımından bazı eleştirilerde bulunmuşlardır. Buna karşılık altı kanton¹³ ve bir siyasi parti,¹⁴ Ön Tasarı'ya bütünüyle karşı çıkmışlardır. Federal Konsey, ileri sürülen görüşleri göz önüne almış ve bunun sonucunda hazırlanan Tasarı 26.02.2020 tarihinde Federal Meclis'e sunulmuştur.

⁹ *Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)*, s. 9.

¹⁰ Bu uzman grubunda Zürih Üniversitesi'nden Prof. Dr. Samuel Baumgartner ve Prof. Dr. Tanja Domej, Saint-Gallen Üniversitesi emekli öğretim üyesi ve Zürih Ticaret Mahkemesi eski hâkimi Prof. Dr. Alexander Brunner, Bern Üniversitesi ve Fribourg (Freiburg) Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Isabelle Chabloz, Cenevre Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Nicolas Jeandin, Luzern Üniversitesi'nden Prof. Dr. Karin Müller, Argovie Ticaret Mahkemesi Başkanı Meinrad Vetter ve Zürih Barosu avukatı Martin Bernet görev almıştır. Uzman grubunda Fransızca konuşan kantonlarda son yıllarda medeni usul hukuku alanında sivrilmiş François Bohnet, Denis Tapy, Fabienne Hohl (aynı zamanda Federal Mahkeme hâkimi), Jacques Haldy gibi akademisyenlere yer verilmemiş olması dikkati çekmektedir.

¹¹ Ön Tasarı'nın tam metni için bkz. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.

¹² Ön Tasarı hakkında sunulan görüşler için bkz. *Synthèse des résultats de la procédure de consultation: Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)*, 29.01.2020, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.

¹³ Tasarı'ya bütünüyle karşı çıkan kantonlar şunlardır: Luzern, Nidwald, Obwald, StGallen, Schwyz ve Uri'dir.

¹⁴ Tasarı'ya İsviçre Halk Partisi (SVP) tamamen karşı çıkmıştır.

B-) TASARI'NIN AMAÇLARI

Tasarı'nın başlıca amacı, Medenî Usûl Kanunu'nun uygulanabilirliğini geliştirmektir.¹⁵ Bu çerçevede, ilk olarak, mahkemeye erişim hakkını güçlendirmek amacıyla yargılama giderlerinin ve gider avansının düzenlenmesi bakımından çeşitli değişiklikler yapılmıştır.¹⁶ Aslında burada teklif edilen hususlar, Medeni Usul Kanunu'nun hazırlandığı dönemde de tartışılmış; ancak, bütçesel gerekçeler nedeniyle reddedilmiş idi.¹⁷ Bu noktada Tasarı'yı hazırlayanlar, öğreti ve uygulamada ileri sürülen eleştirileri ve âdil yargılanma hakkını dikkate alarak bu konulara ilişkin düzenlemeleri tekrar ele alma ihtiyacını hissetmişlerdir.

Tasarı ile izlenen bir diğer amaç, uygulamada belki de en fazla eleştiri konusu olan bir hususa ilişkindir ki, o husus da yargılama usulleri arasında koordinasyon sağlanmasıdır. Şöyle ki, İsviçre Hukuku'nda birden fazla yargılama usulünün düzenlenmesi ve daha da önemlisi, davaların yalnızca dava konusunun değeri itibarıyla farklı yargılama usulüne tâbi olmaları uygulamada önemli sorunlara yol açmaktadır.¹⁸ Bu nedenlerle Tasarı'da, davaların yığılmasına¹⁹ ve karşı davaya²⁰ ilişkin bazı değişiklikler yapılarak bu sorunlara çözüm getirmek amaçlanmıştır.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu hazırlanırken kanun koyucunun bir amacı da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesiydi.²¹ Bu çerçevede, kabul edilen uzlaştırma (*conciliation*) yöntemi uygulamada önemli bir başarı elde etmiştir.²² Bu nedenle Tasarı'da uzlaştırma yolunun geliştirilmesi doğrultusunda bazı değişikliklere yer verilmiştir.²³

Tasarı'da takip edilen amaçlardan biri de gerek dünyadaki akımlar gerekse de Avrupa Hukuku'ndaki gelişmeler değerlendirilerek Kanu-

¹⁵ Bu amaç daha Tasarı'nın başlığında ortaya konulmuştur. Şöyle ki, yukarıda da belirtildiği gibi, Tasarı'nın tam başlığı, "Medeni Usul Kanunu Değişikliği (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)" dir.

¹⁶ Bkz. aşağıda VI.

¹⁷ *Message*, FF 2020 s. 2623.

¹⁸ *Message*, FF 2020 s. 2624.

¹⁹ Bkz. aşağıda V, A.

²⁰ Bkz. aşağıda X, B.

²¹ *Message*, FF 2006, s. 6870-6873.

²² *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet*, s. 10 vd.

²³ Bkz. aşağıda IX.

nun geliştirilmesi olmuştur.²⁴ Bu bağlamda dünyada son dönemlerde görülmeye başlanan uluslararası ticaret mahkemeleri örnekleri çerçevesinde İngilizce yargılama yapan mahkemeler kurulmasına imkân sağlanmıştır.²⁵

Tasarı'nın temel amacının Kanunun uygulanabilirliğini artırmak olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu çerçevede Tasarı'yı hazırlayanlar, Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada yaşanan sorunları tespit ederek, konuya ilişkin Federal Mahkeme kararları ile öğretide ileri sürülen görüşleri değerlendirmişlerdir. Bunun sonucunda Tasarı'nın birçok maddesinde, Federal Mahkeme'nin kararları kanunlaştırılmak suretiyle uygulamadaki tereddütlere son verilmek istenmiştir.²⁶ Bununla birlikte, Tasarı'yı hazırlayanlar, istikrar kazanmış olsa dahi Federal Mahkeme içtihatlarına katılmadıkları bazı konularda, bu içtihatlarda benimsenen görüşün aksini kabul etmekten de kaçınmamışlardır.²⁷

II. TİCARET MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI

A-) GENEL OLARAK

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 6.maddesi ticaret mahkemelerine ayrılmıştır. Burada kanun koyucu, kantonlara, ticari uyuşmazlıklara bakacak ve o kantonda ticari uyuşmazlıklarda tek (yegâne) derece mahkemesi sıfatını haiz olacak özel bir mahkeme kurma yetkisini tanımıştır (CPC m.6/1).²⁸ Ayrıca, bu yetkiyi kullanan kantonlar için, ti-

²⁴ Message, FF 2020 s. 2620-2621.

²⁵ Bkz aşağıda X, A.

²⁶ Örneğin Tasarı ile CPC m.70, 90, 143/1 (bis), 149, 224, 317/1 (bis), 318/2 ve 327/5'de yapılan değişikliklerde Federal Mahkeme'nin bazı usul hukuku sorunlarına ilişkin çözümlerinin kanunlaştırılması yolu açılmıştır. Fransız hukukunda da çok uygulanan bu yöntem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında" 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun vesilesiyle ülkemizde de uygulanınca, nedendir bilinmez, hemen eleştirilmiştir.

²⁷ Örneğin CPC m. 118, 177 ve 241/3'de getirilen değişikliklerde Federal Konsey, Federal Mahkeme'nin kararına katılmayarak, uygulamaya yön vermek amacıyla bunun aksini kabul etmiştir. Tasarı'da benimsenmiş olan bu yöntemin eleştirisi için bkz François Bohnet/Julitte Schaller, "Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence", *La Semaine judiciaire- doctrine*, 2020 II,, s.189 vd.

²⁸ 2020 yılı itibariyle Argovie, Bern, Zürih ve StGallen kantonları bu yetkiyi kullanarak ticaret mahkemeleri kurmuşlardır.

cari davaların özelliklerini belirlemek suretiyle ticaret mahkemelerinin görev alanını düzenlemiştir.²⁹ Buna göre, ticaret mahkemeleri, ticari uyuşmazlıklara bakmakla görevli olacaklardır (CPC m. 6/1). Bunun ardından maddenin ikinci fıkrasında, bir uyuşmazlığın “ticari” nitelikte olduğunun kabulü için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Madde- nin dördüncü fıkrasında ise, kantonlara, ticari nitelikte olmayan bazı uyuşmazlıkları ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil etme yetkisi tanınmıştır.

Tasarı, ticaret mahkemelerinin görev alanı ile ilgili olarak üç de-ğişiklik getirmektedir. Bunlardan ilki, ticari dava tanımının unsurlarının belirginleştirilerek tamamlanmasıdır. İkinci olarak, ihtiyari dava arkadaşlığı hâlinde ticaret mahkemesinin görevinin nasıl belirleneceği konusunda Federal Mahkemenin benimsediği çözümün kanunlaş-tırılması önerilmektedir. Üçüncü olarak ise, tarafların kabul etmeleri durumunda bazı uluslararası uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesi hakkında kantonlara yetki verilmiştir.

B-) TİCARİ DAVA KAVRAMI

CPC m.6/2’de bir davanın ticari nitelikte olduğunun kabulü için şu üç şartın yerine gelmesi aranmıştır:

- (a) Uyuşmazlığın en azından taraflardan birinin ticari faaliyetine ilişkin olması,
- (b) Karara karşı Federal Mahkeme’ye başvurunun mümkün olması,
- (c) Tarafların İsviçre Ticaret Sicili’ne ya da muadili bir yabancı si-cile kayıtlı olmaları.

Burada düzenlenen şartların mevcut olması durumunda, bu uyuş- mazlık “ticari” nitelik taşıyacak ve eğer o kantonda kurulmuş ise, zo- runlu olarak ticaret mahkemesinde görülecektir.

Tasarı, CPC m.6/2 (a)’da düzenlenen şart bakımından herhangi bir değişiklik getirmemektedir. CPC m. 6/2 (b)’de düzenlenen şart, “*uyuşmazlık konusunun 30.000 Frank’ı geçmesi*” şeklinde değiştirilmek- tedir. Federal Mahkeme Kanunu’nun (LTF) 74/1 maddesi uyarınca,

²⁹ Kantonların bu şartları genişletemeyeceği hakkında bkz ATF 140 III 155.

uyuşmazlık konusunun para ile ölçülebildiği davalarda, eğer dava iş hukukundan veya kira hukukundan doğmuşsa itiraz (*recours, Besc-hwerde*) sınırı 15.000 Frank (a), bu iki uyuşmazlık türünün dışında kalıp konusu para ile ölçülebilen diğer davalarda ise 30.000 Frank (b) olarak belirlenmiştir. Tasarı'da, söz konusu değişiklik ile, CPC m.6/2 (b)'nin LTF m.74/1 (b) ile uyumlaştırılması amaçlanmıştır.³⁰

CPC m. 6/2 (b)'de yapılması önerilen değişikliğin bir başka önemi daha vardır. Şöyle ki, CPC m.243/1 ve 2'de "basitleştirilmiş yargılama usulü" nün uygulama alanı düzenlenmiştir.³¹ Söz konusu maddenin ilk

³⁰ Message, FF 2020 p. 2634.

³¹ İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda "olağan yargılama" ("*procédure ordinaire*"), "basitleştirilmiş yargılama" ("*procédure simplifiée*") ve "basit yargılama" ("*procédure sommaire*") olmak üzere üç tür yargılama usulü düzenlenmektedir. Basitleştirilmiş yargılama usulü (CPC m.243-247), başta dava konusu 30.000 Frank'ı geçmeyen uyuşmazlıklar ile kira ve iş uyuşmazlıkları olmak üzere basitlik ve hızlı önem kazandığı davalarda (CPC m.243) uygulanmaktadır. Olağan yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler kıyas yoluyla basitleştirilmiş yargılama usulüne de uygulanacağı için (CPC m.219), kanun koyucu, yalnızca farklı olan hususları düzenlemekle yetinmiştir. Bu noktada en önemli farklardan biri, talebin ileri sürülmesidir. Şöyle ki basitleştirilmiş yargılama usulünde talebin sözlü olarak ileri sürülmesi mümkün olup; bu durumda mahkeme bunu tutanağa geçirecektir (CPC m. 244). Talebin gerekçeli olmaması durumunda mahkeme, bunu karşı tarafa tebliğ edecek ve tarafları duruşma için dâvet edecektir (CPC m.245/1). Böylelikle bu durumda dilekçeler aşaması gerçekleştirilmeyecektir. Talebin gerekçeli olması hâlinde ise mahkeme, karşı tarafa cevap süresi verecektir (CPC m.245/2). Basitleştirilmiş yargılama usulünde kural olarak bir duruşma yapılacak olup (CPC m.246/1); ancak şartların gerektirmesi hâlinde mahkeme tarafların karşılıklı dilekçe vermelerine ve ayrıca duruşma yapılmasına da karar verebilecektir (CPC m.246/2). Basitleştirilmiş yargılama usulünde, "zayıflatılmış taraflarca getirilme ilkesi" (*maxime des débats atténuée*) uygulanmaktadır (Halay, s. 167). Buna göre, taraflarca getirilme ilkesi yine esas olup; mahkeme, uygun sorular ile, getirilen vakialardaki yeter-sizliklerin giderilmesini ve tarafların delilleri getirmelerini sağlayacaktır (CPC m.247/1). Ayrıca dava konusunun 30.000 CHF'i aşmayan kira sözleşmeleri ile iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme, vakiaları re'sen araştıracaktır (CPC m.247/2). Basit yargılama usulü (CPC m.248-270) ise özellikle (İsviçre) Medeni Kanun (CPC m.249), (İsviçre) Borçlar Kanunu (CPC m.250) ve (İsviçre) İcra ve İflâs Kanunu'ndan (CPC m. 251) doğan bazı uyuşmazlıklarda, geçici hukuki koruma kararlarına ilişkin yargılama ve çekişmesiz yargıda uygulama alanı bulmaktadır. Burada yargılama bir dilekçe ile başlamakta olup; basit veya acil hâllerde bu dilekçenin tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak ileri sürülmesi de mümkündür (CPC m. 252/2). Dilekçenin verilmesi üzerine mahkeme, dilekçeyi açıkça kabul edilemez veya temelden yoksun bulmazsa, karşı tarafa kendisini yazılı veya sözlü olarak ifade etme imkânı tanıyacaktır (CPC m. 253). Bunun ardından mahkeme, kanunda aksine düzenleme olmadıkça, duruşma yapılıp yapılmamasına göre karar verecektir (CPC m.256). Basit yargılama usulünün en önemli özelliklerinden biri de kullanılacak delillerdir. Şöyle ki, basit yargılama usulünde ispat, kural olarak belgeler ile gerçekleştirilebilecektir (CPC m.254/1). Buna karşılık yargılamanın geciktirilmesine neden olmayacaksa, yargılamanın amacı

fıkrasında 30.000 Frank'ı aşmayan davalarda basitleştirilmiş yargılama usulünün uygulanacağı öngörülmüş iken, maddenin ikinci fıkrasında ise, dava konusunun değerine bakılmaksızın, niteliği gereği, basitleştirilmiş usulün uygulama alanı bulacağı bazı dava ve işler sayılmıştır. Federal Mahkeme, CPC m.243/1 ve 2'de basitleştirilmiş yargılama usulünün uygulanacağı iş ve davalarda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermektedir.³² CPC m.6/2 (b)'de değer kıstasının belirlenmesi sonucunda, basitleştirilmiş yargılama usulünün ticaret mahkemelerinde uygulanma ihtimali artık kanun gereği söz konusu olmayacaktır.³³

Tasarı, CPC m 6/2 (c)'de düzenlenen ve " *tarafların İsviçre Ticaret Sicili'ne ya da muadil bir yabancı sicile kayıtlı olmaları*" yönünde olan şartı, " *tarafların İsviçre Ticaret Sicili'ne ya da muadili bir yabancı sicile hukuki varlık³⁴ olarak kayıtlı olmaları*" şeklinde değiştirmektedir. CPC m.6/2(c)'de düzenlenen şart bakımından maddenin Almanca gerekçesinde, iki tarafın da ticaret siciline " *ticaret unvanı*" (*raison de commerce*) ile kayıt olması gerektiği belirtilmiştir. Daha önce vermiş bulunduğu kararlarında Federal Mahkeme de bu düşünceye katılmış ve her ne kadar Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da davalının ticaret siciline organ olarak kayıtlı olması durumunda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermiştir.³⁵ Söz konusu değişiklik önerisiyle Kanun metni bir yandan Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda açıklığa kavuşturulmakta, öte yandan ise 17 Ekim 2007 tarihli Ticaret Sicili Hakkında Kararname ile uyumlu hâle getirilmektedir.³⁶ Diğer unsurların mevcut olmasına rağmen yalnızca davalının ticaret siciline kayıtlı olması durumunda davacı, ticaret mahkemesi veya diğer mahkemelerde dava açabilecektir (CPC m.6/3).³⁷

gerektiriyorsa veya mahkeme vakıaları re'sen araştırıyorsa, diğer delillerin ileri sürülmesi mümkündür (CPC m.254/2). Basit yargılama usulünde de kural olarak taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmektedir. Buna karşılık kanun koyucu, CPC m.255'de buna iki istisna getirmiştir. Buna göre iflâs ve konkordato ile çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme vakıaları re'sen araştırılacaktır (CPC m.255).

³² ATF 143 III 137.

³³ *Message*, FF 2020 p. 2635.

³⁴ "*entité juridique*".

³⁵ ATF 140 III 409.

³⁶ Kararname'nin tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinde, tüzel kişilik kavramı kullanılmaktadır.

³⁷ Bu düzenleme, yürürlükteki Kanun'da da yer almaktadır. Burada yalnızca, Kanun'da yer alan " *ticaret siciline kayıtlı olma*" ibaresi " *ticaret siciline tüzel*

Tasarı'da ticari dava kavramının unsurlarını düzenleyen CPC m.6/2'ye, (d) bendi eklenmektedir. Buna göre, iş sözleşmeleri ile kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari nitelikte sayılmayacaktır. Tasarı'yı hazırlayanlar, burada da uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek adına, kanton mahkemeleri ile Federal Mahkeme kararlarında benimsenen görüşü kanunlaştırma yönünde öneride bulunmayı tercih etmiştir.³⁸

C-) KANTONLARA TANINAN YETKİ

CPC m.6/2'de ticari dava tanımlandıktan sonra, maddenin 4.fıkrasında, kantonların şu uyuşmazlıklarda da ticaret mahkemelerinin görevli olacaklarını kararlaştırabilecekleri hususu düzenlenmiştir:

- (a) CPC m. 5/1'de düzenlenen uyuşmazlıklar,³⁹
- (b) Ticaret şirketleri ve kooperatif hukukundan doğan uyuşmazlıklar.

Tasarı'da söz konusu maddeye (c) bendi eklenmektedir. Buna göre:

- taraflardan en az birinin ticari faaliyetine ilişkin olması,⁴⁰
- uyuşmazlık konusunun en az 100.000.-CHF olması,
- Tarafların onay vermeleri,⁴¹

kişilik olarak kayıtlı olma" şeklinde değiştirilmiştir.

³⁸ Şu an yürürlükte olan mevzuatta, iş sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlığın, taraflardan en azından birinin ticari faaliyetinden kaynaklanması durumunda ticaret mahkemesinin görev alanına girip girmeyeceği hususunda açık bir düzenleme yoktur. Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararı bulunmamakla birlikte Zürih Ticaret Mahkemesi, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermiştir. Kira hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ise Federal Mahkeme'nin birçok kararı mevcuttur. Federal Mahkeme'ye göre bu uyuşmazlıklarda, basitleştirilmiş yargılama usulü uygulanmadığı sürece ticaret mahkemeleri görevli olacaktır. Burada benimsenen kıstas ise uygulamada tereddütlere ve belirsizliklere yol açmıştır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2637.

³⁹ Burada oldukça geniş bir listeye yer verilmiştir. Örneğin fikrî mülkiyet hukukundan, kartel (rekabet) hukukundan, değerinin 30.000.-CHF'i geçmesi şartıyla haksız rekabetten doğan davalar bu listede yer almaktadır.

⁴⁰ Bu uyuşmazlık bakımından tarafların ticaret siciline kayıtlı olmalarına gerek bulunmamaktadır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2639.

⁴¹ Onay bakımından bir şekil şartı söz konusu olmayıp, zımnî onay da yeterli olacaktır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2639.

- Onay verilmesi ânında taraflardan en az birinin yerleşim yerinin, mutad meskeninin veya merkezinin yabancı bir ülkede bulunması durumunda kantonlar, bu uyuşmazlıkların ticaret mahkemesinde görüleceğini düzenleyebileceklerdir. İsviçre’de özellikle Zürih ve Cenevre kantonları, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde özel usûl kuralları uygulayan ihtisaslaşmış mahkemeler kurulabilmesi için kantonlara yetki verilmesi hususunda uzun zamandır çaba sarf etmekteydiler.⁴² Bunun bir sonucu olarak Tasarı’ya bu düzenleme eklenerek kantonlara, tarafların kabul etmeleri hâlinde, uluslararası nitelikteki bazı uyuşmazlıkları ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil etme imkânı tanınmıştır.

D-) İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI HALİNDE

İsviçre Medeni Usûl Kanunu’nda, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı ilişkisinin bulunması ve ticaret mahkemesinin, dava arkadaşlarından yalnızca bazıları bakımından görevli olması ihtimalinde mahkemenin nasıl bir karar vereceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Zürih Kanton Mahkemesi⁴³ ve Bern Kanton Mahkemesi,⁴⁴ bu ihtimalde davanın genel mahkemelerde görüleceğini kabul etmekte olsalar da bu durum uygulamada tereddütlere yol açmıştır.⁴⁵

Tasarı ile bu tereddütleri gidermek amacıyla CPC m. 6’ya altıncı fıkra eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ticaret mahkemesi, ancak dava arkadaşlarının hepsi bakımından şartların mevcut olması hâlinde görevli olacaktır.

III. HÂKİMİN YASAKLILIĞI

Hâkimin yasaklılığı sebeplerinin sonradan öğrenilmesini düzenleyen CPC m.51/3’e göre, bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden (yargılamanın kapatılmasından) (*clôture de la procédure*)⁴⁶

⁴² Message, FF 2020 p. 2638.

⁴³ Zürih Kanton Mahkemesinin bu kararına Federal Mahkeme’nin bir kararında yer verilmiştir. Bu karar için bkz ATF 138 III 471.

⁴⁴ Message, FF 2020 p. 2640.

⁴⁵ Message, FF 2020 s. 2640.

⁴⁶ Biz “*clôture de la procédure*” terimini, “yargılamanın sona ermesi” terimiyle karşılamayı tercih ediyoruz.

sonra ortaya çıkması hâlinde, yargılamanın iadesine ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Madde metninde ve gerekçesinde, “yargılamanın sona ermesi” ile neyin kastedildiği açıkça belirtilmese de öğretide, bununla kesinleşmesi aranmaksızın ilk derece mahkemesinin nihai karar tarihinin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁷

Davanın sona ermesi ile nihai kararın verilmesinin kastedildiğinin kabul edilmesi, CPC m.51/3’ün yorumu bakımından bir başka zorluk ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, nihai kararın verildiği tarihten sonra istinaf veya itiraz (*recours, Beschwerde*)⁴⁸ kanun yoluna başvuru imkânı mevcut ise, yasaklılık sebebi bu kanun yollarında ileri sürülebilecek midir, yoksa mutlaka yargılamanın iadesine mi başvurulmalıdır? Öğretideki bir görüş bu ihtimalde yargılamanın iadesine başvurulması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁹ Bununla birlikte öğretideki ağırlıklı görüş, yargılamanın iadesinin, istinaf ve itiraza (*recours, Beschwerde*) göre ikincil nitelikte olduğunu, bu nedenle de başvurulması mümkün ise sonradan öğrenilen yasaklılık sebebinin istinaf ve itirazda (*recours, Beschwerde*) ileri sürülmesi gerektiği yönündedir.⁵⁰ Federal Mahkeme de 2013 tarihli bir kararında, istinaf ve itiraza (*recours, Beschwerde*) başvurma imkânı varsa, sonradan öğrenilen yasaklılık sebebinin yargılamanın iadesi yoluyla ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.⁵¹

Tasarı’da bu tartışmalara son vermek amacıyla düzenlemenin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden sonra öğrenilmesi ve başka açık bir kanun yolunun bulunmaması hâlinde yargılamanın iadesine ilişkin düzenlemeler uygulanır.”.

⁴⁷ Denis Tappy, Commentaire CPC, 2.éd, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018, art. 51 no. 15; Jean-Luc Colombini, Petit Commentaire, art. 51 no. 9.

⁴⁸ İtiraz (*recours, Beschwerde*), CPC m. 319 vd.’de düzenlenen ve özellikle ilk derece mahkemesinin, istinaf yolunun açık olmadığı kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur. Bu yönüyle de öğretide, istinafa göre tâli (*subsidaire*) kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. Bkz David Hofmann/Christian Lüscher, Le Code de procédure civile, 2. éd., Stampfli, 2015, s. 296; Nicolas Jeandin, Commentaire CPC, art. 319 no: 4.

⁴⁹ Marc Weber, Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. éd., Helbing Lichtenhahn, Basel 2017, art. 51 no: 7.

⁵⁰ Tappy, Commentaire CPC, art.51 no. 16; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.Auflage, 2016, art.51 no.10.

⁵¹ ATF 139 III 466; JdT 2015 II 439.

Görüldüğü gibi, Tasarı'da, burada, maddeye “*başka açık bir kanun yolunun bulunmaması hâlinde*” ibaresinin eklenmesi önerilmektedir. Böylece ilk olarak “yargılamanın sone ermesi” kavramından nihai kararın verildiği tarihin anlaşılacağı ortaya konulmuştur. İkinci olarak ise, istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yolunun açık olması hâlinde, sonradan öğrenilen sebebin bu kanun yollarında ileri sürülebileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Tasarı ile CPC m.51/3'e paralel olarak, yargılamanın iadesi sebeplerinin düzenlendiği CPC m.328/1'de de bir değişiklik yapılmış ve “*bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden sonra öğrenilmesi ve başka açık bir kanun yolunun bulunmaması*” bir yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir.

IV. DAVA ARKADAŞLIĞI

A-) MECBURİ DAVA ARKADAŞLIĞI

CPC m.70/1'de mecburî dava arkadaşlarının davada birlikte hareket etmek zorunda oldukları belirtilerek, bunlar arasındaki sıkı ilişki ortaya konulmuştur. Bunun ardından kanun koyucu, maddenin ikinci fıkrasında bu ilişkiyi bir ölçüde hafifletmiştir. Şöyle ki dava arkadaşlarından biri tarafından uygun zamanda (“*en temps utile*”) yapılan usûl işlemleri, kanun yollarına başvuru haricinde, diğerleri için de geçerli olacaktır.

CPC m.70/2'nin Almanca metninde “kanun yolları” (*Rechtsmitteln*) kavramı kullanılmış olmakla birlikte, Fransızca metinde “kanun yolları” (*voies de recours*) yerine, bir kanun yolu türü olan itiraz (*recours, Beschwerde*) kavramına yer verilmektedir. Öğretide kanun koyucunun hem istinaf hem de itiraz (*recours, Beschwerde*) başvurusunu bu düzenlemenin kapsamının dışında tutma amacı taşıdığı, bu nedenle de Fransızca metinde yer alan kavramın yanıltıcı olduğu ifade edilmiştir.⁵²

Tasarı ile bu uyumsuzluk giderilmek istenmiş ve maddedeki ifade “*istinaf ve itiraz (recours, Beschwerde) başvurusu haricinde*” olarak değiştirilmiştir. Ancak öğretide, maddede “kanun yolları” kavramı yerine “*istinaf ve itiraz*” (*recours, Beschwerde*) kavramlarına yer verilmesinin

⁵² Nicolas Jeandin, Commentaire CPC, art. 70, no: 14.

yargılamanın iadesi bakımından tereddütlere yol açabileceği gerekçe-
siyle bu değişiklik eleştiri konusu yapılmaktadır.⁵³

B-) İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI

CPC m.71/1'e göre, hak ve borçları benzer vakıalar veya hukuki sebeplerden kaynaklanan kişiler birlikte dava açabilecekler ya da bu kişilere karşı birlikte dava açılabilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, davaların farklı yargılama usûllerine tâbi olması durumunda ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olamayacaktır.

CPC m.71/1'de ihtiyari dava arkadaşlığı düzenlenirken, *"aynı mahkemenin görevli olması"*ndan bahsedilmemiştir. Bununla birlikte öğretiler⁵⁴ ve Federal Mahkeme,⁵⁵ her ne kadar kanunda açıkça düzenlen-
mese de ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olabilmesi için aynı mahkemenin görevli olmasını zımnî bir şart olarak kabul etmiştir.

Tasarı'da bu düzenleme, önemli değişiklikler yapılmaksızın yeni-
den formüle edilmiştir. Maddenin yeni hâli şu şekildedir:

*"Birden fazla kişi, şu şartların varlığı hâlinde birlikte dava açabilecekleri
gibi bu kişilere karşı birlikte dava açılabilir:*

*a. hak ve borçların benzer vakıalar veya hukuki sebeplerden kaynaklan-
ması*

b. taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olması

c. aynı mahkemenin görevli olması."

Görüldüğü gibi, ilk cümlede kanun koyucu ihtiyari dava arkadaş-
lığında birden fazla kişinin yer almasına vurgu yapmakla yetinmiş ve
daha sonra bu ilişkinin şartlarını sıralamıştır. İlk şartı oluşturan *"da-
valar arasında bağlantı bulunması"* şartı aynen korunmuştur.⁵⁶ CPC
m.71/2'de yer alan hüküm Tasarı'da ihtiyari dava arkadaşlığının bir

⁵³ Bohnet/Schaller, s. 192.

⁵⁴ Jeandin, Commentaire CPC, art. 71, no.8; Fabienne Hohl, Procédure civile, t.I,
2.éd., Stampfli, 2016, s.163.

⁵⁵ ATF 122 III 129; ATF 138 III 471.

⁵⁶ Federal Mahkeme, buradaki bağlantının geniş şekilde yorumlanarak, usûl ekon-
omisi veya çelişkili kararların önlenmesi bakımından yararlı olması durumunda
ihtiyari dava arkadaşlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz ATF 142
III 581

şartı olarak düzenlenmiş olup, burada da herhangi bir yenilik söz konusu değildir. Maddenin (c) bendinde ise “*aynı mahkemenin görevli olması*” şartı eklenmiş; böylece öğreti ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilen bu hususun Kanuna dahil edilmesi önerilmiştir.

V. DAVA TÜRLERİ

A-) DAVALARIN YIĞILMASI

İsviçre Hukuku’nda davaların yığılmasının şartları CPC m.90’da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aynı dava içinde ileri sürebilmesi için, aynı mahkemenin görevli olması ve bu taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olmaları gerekmektedir.

Davaların yığılması için aranan şartlar, özellikle de taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olması, öğretide eleştiri konusu yapılmış ve bu şartların hafifletilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁷ Bu noktada malvarlığına ilişkin iki talepten biri basitleştirilmiş yargılamaya tâbi veya yalnızca miktarından ötürü özel bir mahkemenin görev alanına dâhil iken, diğerinin genel görevli mahkemede ve yazılı yargılamaya tâbi olması durumunda, davalının korunmasını ve bu nedenle de dava yığılmasının kabul edilmemesini gerektirecek bir neden bulunmadığı ileri sürülmüştür. Federal Mahkeme de 2016 yılına ait bir kararında, iki davanın yalnızca dava konusunun değeri veya miktarı nedeniyle farklı mahkemelerde, farklı yargılama usulüne tâbi olması durumunda bunların dava yığılması şeklinde ileri sürülebileceğine karar vermiştir.⁵⁸

Federal Konsey, öğretideki görüşleri ve Federal Mahkeme’nin kararını göz önüne alarak, Ön Tasarıda CPC m.90’un farklı yargılama usulüne tâbi davaların, davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesini sağlayacak şekilde yeniden yazılmasını önermiştir. Bununla birlikte bu teklife karşı, uygulamada birçok karışıklığa neden olabileceği gerekçesiyle itirazlar ileri sürülmüş; bu nedenle de Federal Konsey sonuçta bu düşünceden vazgeçmiştir.⁵⁹

⁵⁷ François Bohnet, Commentaire CPC, art. 90 no: 9; Hofmann/Lüscher, s. 157-159.

⁵⁸ ATF 142 III 788.

⁵⁹ Message, FF 2020 s. 2648.

CPC m. 90'un yeniden kaleme alınmasından vazgeçilmesi üzerine, Tasarı ile söz konusu maddeye ikinci fıkra eklenmesi kararlaştırılmıştır. Maddeye eklenen hüküm şu şekildedir:

“Görevli mahkeme veya yargılama usulünün yalnızca dava konusunun değerinden ötürü farklı olması durumunda da dava yığılması kabul edilecektir. Farklı yargılama usullerinin uygulanacak olması durumunda davalar, olağan yargılama usulüne göre görülecektir.”

Görüldüğü gibi Tasarı'da yapılan yenilik, Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin kararının kabul edilmesinden ibarettir. Buna göre davaların farklı yargılama usulüne tâbi olmalarının tek nedeni dava konusunun değeri ise, dava yığılması ilişkisi yine oluşacaktır. Ancak bu davaların nitelikleri gereği farklı yargılama usulüne tâbi olmaları durumunda davaların yığılması halî uygulama alanı bulmayacaktır.

B-) TOPLULUK DAVASI

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda kolektif hukuki korumanın sağlanmasına yönelik temel kurum, CPC m.89'da düzenlenen topluluk davasıdır. Söz konusu madde uyarınca dernekler ve statüleri çerçevesinde belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya yetkili olan ulusal veya bölgesel öneme sâhip diğer tüzel kişiler, bu grubun üyelerinin kişiliğine yönelik ihlâllere karşı kendi adlarına dava açabileceklerdir. Bu davada, haksız ihlâlin yasaklanması, devam etmekte ise sona erdirilmesi ve söz konusu fiilin hukuka aykırılığının tespit edilmesi istenebilecektir.

Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren CPC m.89 çerçevesinde herhangi bir topluluk davası açılmaması üzerine, Kanunda yer alan bu düzenlemenin etkinliği ve verimliliği sorgulanmaya başlanmıştır. Bu amaçla Federal Konsey tarafından hazırlanan raporda, bu davada tazminat taleplerinin ileri sürülememesi ve davanın konusunun grubun üyelerinin kişiliğine yönelik ihlâllerle sınırlı tutulmasının, topluluk davasının uygulanabilirliğini olumsuz yönde etkilediği sonucuna varılmıştır.⁶⁰

⁶⁰ *Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives*, Rapport du Conseil fédéral, Bern 2013, s. 26-27.

Ön Tasarı'da, uygulamada henüz hiç başvurulmadığı için âdetâ "ölü doğan" bu kurumun uygulanabilirliğinin artırılması amacıyla önemli değişiklikler teklif edilmiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, CPC m.89'da topluluk davası açılması için gerekli koşulların değiştirilmesi önerilmiştir. Şöyle ki CPC m. 89'da topluluk davasını "*dernekler ve statüleri çerçevesinde belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya yetkili olan ulusal veya bölgesel öneme sâhip diğer tüzel kişiler*" açabilmektedir. Ön Tasarı'da ise gelir elde etme amacı olmayan, statüleri belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya izin veren ve onların menfaatlerini savunmaya yeterli olan tüzel kişilerin topluluk davası açabilecekleri kabul edilmiştir. Böylece Ön Tasarı'da, uygulamada belirsizliklere yol açan "*ulusal veya bölgesel öneme sâhip olma*" kıstası kaldırılmıştır.

Ön Tasarı'da getirilen daha önemli bir değişiklik, CPC m.89a'da "*topluluk tazminat davası*" adıyla yeni bir dava türü ihdas edilmesi ve bazı şartlar çerçevesinde tüzel kişilerin, temsil ettikleri kişi grubunun uğradığı zararın tazmini talebiyle dava açabileceklerinin düzenlenmesidir.⁶¹

Ön Tasarı'da yer alan bu değişiklikler, görüş toplama sürecinde derin görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Genel olarak bakıldığında, görüş bildirenlerin bir kısmı, kolektif hukuki korumanın bir ihtiyaç olması ve fakat yürürlükteki hükümlerin yetersiz kalması gerekçesiyle, Ön Tasarı'nın konuya ilişkin düzenlemelerini olumlu bulmuştur.⁶² Buna karşılık bir diğer görüş ise, Ön Tasarı'nın yeterli yeniliği getirmediğini ileri sürmüştür.⁶³ Üçüncü olarak, bazı görüş sahipleri, düzenlemeleri tamamen reddetmişlerdir.⁶⁴

⁶¹ Ön Tasarı'nın 89a maddesinde düzenlenen topluluk tazminat davasının açılabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır: a-) Grup üyelerinin ihlâl teşkil eden fiil nedeniyle tazminat hakkına sâhip olmaları, b-) Dava sonucunda elde edilecek nihaî kazancın esas olarak bu gruba gitmesi veya yalnızca onların yararı için kullanılması, c-) Grup üyelerinin, yazılı olarak veya bunu kanıtlamaya izin veren başka yazılı bir yolla tüzel kişiye temsil yetkisi vermiş olmaları. Bu durumda tüzel kişi, özellikle ulusal düzeyde aktif veya uluslararası bir öneme sahipse, ilgili hukuk alanında en az beş yıllık deneyimi haizse ya da grup üyelerinin çoğunluğu tarafından dava açmaya yetkili kılınmışsa, tazminat talebinde bulunabilecektir.

⁶² 8 kanton, 4 siyasi parti ve 22 kuruluş olumlu görüş bildirmiştir.

⁶³ Bir siyasi parti ve 10 kuruluşun görüşü bu yöndedir.

⁶⁴ Bir kanton, iki siyasi parti ve 23 kuruluş bu yönde görüş bildirmiştir.

Ön Tasarı'daki somut değişiklikler bakımından da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki, bazı görüş sahipleri, CPC m.89'da yapılan değişikliğin topluluk davası sayısını gereğinden fazla arttırabileceğinden ve bunun sonucunda da açılacak davaların istenen amacı gerçekleştiremeyebileceğinden endişe etmişlerdir.⁶⁵ Kezâ, bu maddeye ilişkin ikinci eleştiri ise "menfaatleri korumaya yeterlilik" kistasının belirsizliklere yol açacak olmasıdır.⁶⁶

Görüş toplama sürecinde konuya ilişkin düşüncelerin fazlasıyla ayrışması üzerine Federal Konsey, konu hakkında daha kapsamlı bir çalışma yapılması gerektiğini belirterek, tüm bu yenilikleri değişiklik paketinden çıkarmıştır.⁶⁷

Tasarı'da ise topluluk davası bakımından tek bir değişiklik getirilmekte ve İsviçre Medeni Usûl Kanunu'na, topluluk davasında dava konusunun değerinin belirlenmesine ilişkin 94a maddesi eklenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, dava bir tüzel kişi tarafından açıldığında ve taraflar dava konusu üzerinde anlaşamadıklarında veya onların ileri sürdükleri miktar açıkça yanlış ise, mahkeme dava konusunun değerini, ilgili grubun her bir üyesinin yararına ve davanın önemine bağlı olarak (haiz bulunduğu takdir yetkisine göre) re'sen belirleyecektir.

Hâlen bir topluluk davasında dava konusunun değeri CPC m.91/2'ye göre tespit edilmektedir. Buna göre davanın konusu belirli bir miktar paranın ödenmesi değilse ve taraflar dava konusunun değeri üzerinde anlaşamazlarsa veya ileri sürdükleri değer açıkça yanlış ise, dava konusunun değerini mahkeme belirlemektedir.

Hâlen yürürlükte olan düzenleme çerçevesinde, dava konusunu belirlerken mahkeme, "ilgili kişilerin kolektif yararı"nı göz önüne alıp dava konusunun değerini oldukça yüksek bir şekilde belirleyebilecek olup, bu da yargılama giderlerinin artmasına neden olabilecektir. Tasarı'da bu durumun önüne geçebilmek adına getirilen yeni düzenlemede, dava konusunun değerini belirlerken mahkemenin, "ilgili grubun her bir üyesinin yararı ile davanın önemi"ni göz önünde bulun-

⁶⁵ *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 21.

⁶⁶ *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 21.

⁶⁷ Bkz <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-78231.html>.

duracağı belirtilmiştir. Böylece mahkeme, grubun üyelerinin kolektif menfaatini veya üyelerin bireysel menfaatlerinin toplamını dikkate alamayacaktır.

VI. YARGILAMA GİDERLERİ

A-) GİDER AVANSI

CPC m.98'e göre mahkeme, davacıdan⁶⁸, tahmin edilen yargılama giderlerinin tamamı kadar bir avans isteyebilecektir.⁶⁹ Yargılama giderlerinin dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmesi durumunda bu giderlerin ödenmeyebileceğini veya uzun bir takip süreci sonucunda alınabileceğini düşünen kanun koyucu, bunun önüne geçmek amacıyla giderlerin önceden avans olarak istenebilmesine imkan sağlamıştır.⁷⁰ Kanunda yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebileceği düzenlense de, kantonlar, kendi iç hukuklarında azami sınırı belirleyebileceklerdir.⁷¹

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun hazırlanma sürecinde oluşturulan Ön Tasarı'da yargılama giderlerinin yarısının avans olarak istenebileceği öngörülmüş idi. Uzmanlar Kurulu, bu oranın kantonlar arasındaki uygulamalar göz önüne alınarak belirlendiğini ve mahkemeye erişim hakkını ihlâl edecek ölçüde yüksek olmadığını belirtmişti.⁷² Bununla birlikte kantonların bu düzenlemenin ek yük getireceği yönündeki eleştirileri nedeniyle bu oran daha sonra yargılama giderlerinin tamamı olarak değiştirilmiştir.

Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise öğretide, yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebilmesini düzenleyen bu hüküm, hukuk devleti ilkesinin gözardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷³ Ön Tasarı'da bu eleştiriler dikkate alınmış ve

⁶⁸ Gider avansı yalnızca davacıdan istenebilecek olup; davalıdan istenmesi mümkün değildir. Bkz Hofmann/Lüscher, s. 95; Jacques Haldy, *Procédure civile suisse*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 219.

⁶⁹ Burada mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmış olup; mahkeme yargılama giderlerini avans olarak istemek zorunda değildir. Bkz Hofmann/Lüscher, s. 95.

⁷⁰ Tappy, *Commentaire CPC*, art. 98 no.3; Nicolas Jeandin/Aude Peyrot, *Précis de procédure civile*, Schulthess, 2015, s.127.

⁷¹ Tappy, *Commentaire CPC*, art. 98 no: 5.

⁷² *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet*, s. 52

⁷³ Hofmann/Lüscher, s.95.

mahkemenin isteyebileceği avans tutarının azami sınırı "(yapılması) tahmin edilen yargılama giderlerinin yarısı" olarak değiştirilmiştir. Ön Tasarı hakkındaki görüş toplama sürecinde değişikliklere ilişkin birçok farklı görüş ileri sürülmüş olup; kantonlar arasında ise yalnızca Zürih Kantonu bu değişikliği desteklerken, 14 kanton açıkça karşı çıkmıştır.⁷⁴

Federal Konsey, Ön Tasarı'daki düzenlemeye karşı ileri sürülen olumsuz görüşlere rağmen, hukuk devleti ilkesini göz önünde bulundurarak istenebilecek gider avansı miktarını sınırlandırma yönündeki tutumunu Tasarı'da da muhafaza etmiştir. Şöyle ki Tasarı'da CPC m.98 şu şekli almaktadır:

"(1) Mahkeme veya uzlaştırmamercii, davacıdan, yapılacak yargılama giderlerinin yarısını avans olarak ödemesini isteyebilir.

(2) Şu hâllerde yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenmesi mümkündür:

a. CPC m.6/4 (c) ve m. 8'de düzenlenen hâllerde;

b. Uzlaştırma sürecinde;

c. CPC m.248 (d)'de düzenlenen geçici korumalar ve m.271, 276, 302 ve 305'de düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar haricinde basit yargılama usûlünde;

d. İtiraz (recours, Beschwerde) yolunda"

⁷⁴ Görüşmelerde bir kanton, beş siyasi parti ve 26 kuruluş Ön Tasarı'daki değişikliği desteklemişlerdir. Hattâ bu görüşte olanların birçoğu, bunun da yeterli olmayacağını belirterek farklı önerilerde bulunmuşlardır. Bunlara örnek olarak, yargılama giderlerine ilişkin bir federal tarife yapılması veya en azından azami sınırın belirlenmesi, kira ve tüketici uyuşmazlıklarının yargılama giderlerinden muaf tutulması, kiracıların açacakları davalarda avans alınmaması, gerçek kişilerin avans ödemekten muaf tutulmaları ve tüzel kişiler bakımından zorunluluk getirilmesi, tarafların yarı yarıya avans yatırmaları gösterilebilir. Değişiklik teklifine ilişkin karşıt görüşlerin başlıca gerekçesi ise, avans olarak verilmeyen yargılama giderlerinin sonradan tahsilinin devlete ek yük getirecek olmasıdır. Bu nedenle değişikliğe karşı çıkan kantonlar, yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebilmesine ilişkin eski düzenlemenin muhafaza edilmesini istemişlerdir. Ayrıca bazı kantonlar, bu düzenleme ile yargılama giderlerini düşük tutan kantonların mağdur olacağını ileri sürmüşlerdir. Bkz *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 8-10, 26-27.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, bir yandan istenebilecek gider avansı miktarını kural olarak düşürmüş, diğer yandan ise Ön Tasarı'ya ilişkin çalışmalarda ileri sürülen karşıt görüşler çerçevesinde bazı durumlarda yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenmesine imkân sağlamıştır. Bununla birlikte öğretide, bu düzenlemenin, devlete, yapılan yargılama giderlerini tahsil etme görevini yükleyeceği gerekçesiyle tatmin edici olmadığı, asıl önemli sorunun kantonların yargılama giderleri tarifeleri arasındaki farklılıklar ile dava konusunun değerinin belirlenme şekli olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁵

B-) YARGILAMA GİDERLERİNİN PAYLAŞTIRILMASI

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 104 vd. maddeleri, yargılama giderlerinin paylaşılmasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan CPC m.106/3 uyarınca birden fazla kişinin davaya taraf veya müdahil⁷⁶ olarak katılması durumunda mahkeme, her birinin yargılama giderlerine ilişkin payını belirleyecektir. Aynı fıkranın ikinci cümlesine göre mahkeme, bu kişilerin müteselsil olarak sorumlu olacaklarına da karar verebilecektir.⁷⁷

Mahkemenin yargılama giderlerinden müteselsil olarak sorumlu olunmasına karar verebilmesi imkânı, uygulamada özellikle ihtiyari dava arkadaşları bakımından sorunlara neden olabilmektedir. Şöyle ki, bu durumda ihtiyari dava arkadaşlarından her biri, varsayımsal olarak, yargılama giderlerinin tamamını ödeme riskiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu risk ise uygulamada dava arkadaşlarının davadan feragat etmelerine yol açabilmektedir.⁷⁸

Tasarı'da, bu sakıncanın giderilebilmesi adına CPC m.106/3'ün şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

⁷⁵ Bohnet/Schaller, s. 206.

⁷⁶ CPC m. 106/3'de yer alan hüküm çerçevesinde bir davaya fer'i müdahil olarak katılan kişi de yargılama giderlerinden sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte öğretide, ancak fer'i müdahil ile yanında katıldığı taraf arasında bir menfaat ortaklığının bulunması durumunda fer'i müdahilin yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Bkz Tappy, Commentaire CPC, art. 106 no. 35; Patrick Stoudmann, Petit Commentaire, art. 106 no. 23. Federal Mahkeme de 2018 tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir. Bkz TF, 4A_480/2014.

⁷⁷ Yargılama giderlerinden müteselsil sorumluluğa mahkeme tarafından açıkça karar verilmiş olmalıdır. Bkz Tappy, Commentaire CPC, art. 106 no: 37.

⁷⁸ Message, FF 2020 s. 2651.

“Birden fazla kişinin davaya taraf veya müdahil olarak katılması durumunda mahkeme, her birinin yargılama giderlerine ilişkin payını katılımlarını göz önünde bulundurarak belirler. Mecburi dava arkadaşlığında mahkeme, dava arkadaşlarının müteselsil sorumlu olmalarına karar verebilir.

Tasarı’da getirilen en önemli değişiklik, mahkemenin yalnızca mecburî dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda yargılama giderlerinden müteselsil sorumluluğa karar verebilecek olmasıdır. Böylece ihtiyari dava arkadaşlığında mahkemenin dava arkadaşlarını yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu tutabilmesi artık mümkün değildir. Bu değişiklik ile, kanun koyucu ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından yukarıda anılan riski engellemek istemiştir.⁷⁹

C-) YARGILAMA GİDERLERİNİN DURUMUNUN AVANSA ETKİSİ

CPC m.111/1 uyarınca yargılama giderleri, taraflarca ödenen avanslardan karşılanacak olup; yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, kalan tutarı ödeyecektir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, diğer tarafın yatırdığı avansı ona ödeyecektir.

Görüldüğü gibi burada kabul edilen sistemde, yargılama giderleri, önceden yatırılmışsa gider avansından karşılanacak olup; bu noktada gider avansının davayı kazanan veya kaybeden tarafça yatırılmış olması fark yaratmamaktadır.⁸⁰ Mahkeme tarafından avans ödenmesine karar verilmemiş olması veya avansın yetersiz kalması durumunda, davanın sonunda yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, ilk aşamada, toplam yargılama gideri ile daha önce yatırılan avans arasındaki farkı ödeyecek, böylece kantonun alacağı sona erecektir. Yargılama giderlerinin davacıya (daha önce avansı yatıran tarafa) yüklenmesi durumunda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Öyle ki, bu durumda davacı, daha önce yatırdığı avansın karşılamadığı kısmı ödemekle yetinecektir. Ancak asıl sorun, davacının davayı kazanması hâlinde ortaya çıkacaktır. Çünkü bu ihtimalde davalı, öncelikle davacının daha önce yatırdığı avansın karşılamadığı kısmı ödeyecektir. Böylece, yukarıda da belirtildiği gibi, kantonun alacağı sona erecek; ancak

⁷⁹ Message, FF 2020 s. 2652.

⁸⁰ Stoussmann, Petit Commentaire, art. 111 no: 2.

davayı kazanan davacı, daha önce yatırdığı avans için alacaklı hâline gelecektir.⁸¹ Bu durumda ise daha önce yatırdığı avansı karşı taraftan alması gerekecek olup; böylece davayı kazanan davacı, davanın başında ödediği avansı elde edememe ya da geç elde etme riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun hazırlanması sırasında bu düzenleme eleştirilere uğramıştır. Şöyle ki Uzmanlar Kurulu, "devletin yargılama giderlerini tahsil riskini, avansı yatırmış olup da yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayan tarafa yükleyemeyeceği" gerekçesiyle düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.⁸² Buna rağmen söz konusu hüküm kantonların talebiyle kanunlaşmış, ancak bundan sonra da eleştirilere uğramıştır.⁸³

Federal Konsey bu eleştirileri göz önüne alarak Ön Tasarı ile, CPC m.111/1'e "*mahkeme bir tarafı (tarafardan birini) yargılama giderlerinden sorumlu tutmazsa, avansı geri verilir. Yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, avansın karşılama tutarı öder.*" hükmünün eklenmesini teklif etmiştir. Bu teklif dört kanton tarafından olumlu bulunmuş olsa da 14 kanton buna karşı çıkmıştır.

Ön Tasarı hakkında ileri sürülen görüşleri değerlendiren Federal Konsey, Tasarı'da CPC m.111/1 ve 2'nin şu şekilde değiştirilmesini önermiştir:

"(1) Yargılama giderleri, m.98/2'de sayılan hâllerde ve avans yatıran tarafın yargılama giderlerinden kısmen sorumlu tutulduğu tüm hâllerde taraflarca yatırılan avanslardan karşılanır. Diğer hâllerde avans geri verilir. Avanslar ile karşılanmayan kısım yargılama giderlerinden sorumlu olan tarafça ödenir.

(2) Yargılama giderlerinden sorumlu olan taraf, diğer tarafın ödediği harçları ve mahkemece geri verilmeyen avanslarını kendisine öder."

Görüldüğü gibi Tasarı'da, yürürlükteki Kanun'da bulunan düzenleme ile Ön Tasarı'daki teklif arasında ılımlı bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte öğretilerde bu düzenlemenin, birçok istisnaya yer verilmiş olması nedeniyle tatmin edici olmadığı ileri sürülmüştür.⁸⁴

⁸¹ Tappy, Commentaire CPC, art. 111 no: 4.

⁸² *Rapport explicatif relatif à la modification du Code de procédure civile, s. 54.*

⁸³ Tappy, Commentaire CPC, art. 111 no: 3-6.

⁸⁴ Bohnet/Schaller, s. 206.

Türk Hukuku'nda da bilindiği üzere HMK m.120/1'de davacının, yargılama harçları ile gider avansını dava açarken mahkeme veznesine yatırması zorunlu kılınmış olup; gider avansının ödenmesi HMK m.114/1(g)'de bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Gider avansının kullanılmayan kısmı, hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iade edilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi⁸⁵ m.5/1).⁸⁶ HMK m.326 uyarınca, kanunda yazılı hâller dışında yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilecek olup; tarafların kısmen haklı olmaları durumunda ise mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranlarına göre paylaşacaktır. Bu durumda özellikle davacının davada tamamen haklı çıkması durumunda, dava açılırken ödediği gider avansını karşı taraftan alması, bunun için de bir tâkip başlatması gerekecektir. Bu noktada, İsviçre'de Uzmanlar Kurulu tarafından da dile getirilen ve "yargılama giderlerinin tahsili riskinin davada haklı çıkan tarafın üzerine bırakılması"nın bir sorun teşkil ettiği yönünde olan eleştirinin altı çizilmelidir.

D-) DELİL TESPİTİNİN ADLİ YARDIM KAPSAMINA DAHİL EDİLMESİ

İsviçre hukukunda adli yardımın ele alındığı CPC m.118'de, adli yardımın hangi giderleri kapsayacağı düzenlenmiş; ancak geçici hukukî korumalar bakımından adli yardıma başvurmanın mümkün olup olmadığı açıklanmamıştır. Uygulamada ise Federal Mahkeme, delil tespiti bakımından adli yardımdan yararlanılamayacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme'ye göre adli yardım, bir hakkı tehdit edilen, ancak yeterli maddî imkâna sâhip olmayan kişinin bu tehdidi bertaraf edebilmesi için kabul edilmiş bir kurumdur. Delil tespitinde, kişinin hakları hususunda herhangi bir karar verilmemekte, yalnızca bir davada yararlanılacak deliller tespit edilmektedir.⁸⁷

⁸⁵ RG, 24.09.2020, S. 31254.

⁸⁶ Gider avansının iadesi, davacı tarafından hesap numarası bildirilmiş ise elektronik ortamda hesaba aktarma suretiyle yapılır. Hesap numarası bildirilmemiş ise, masrafı avanstan karşılanmak suretiyle PTT merkez ve işyerleri vasıtasıyla adreste ödemeli olarak gönderilir (Tarife m. 5/1).

⁸⁷ JdT 2016 II s. 293.

Federal Mahkeme'nin bu kararı öğretide eleştiri konusu yapılmıştır.⁸⁸ Tasarı'da ise kanun koyucu, öğretide ileri sürülen bu eleştirilerin haklı oldukları kanaatinden yola çıkmış ve CPC m.118/2'ye ikinci cümleyi eklemiştir. Söz konusu hükme göre adli yardım, delil tespiti için de söz konusu olabilir. Böylelikle Tasarı'da, Federal Mahkeme'nin benimsediği görüşün aksi kabul edilmiştir.

VII. SÜRELER VE ESKİ HALE GETİRME

A-) GÖREVSİZ VEYA YETKİSİZ MAHKEMEDE YAPILAN İŞLEMLERİN SÜRELERE ETKİSİ

İsviçre hukukunda süreler CPC m.142 vd.'de düzenlenmiştir. CPC m.143/1 uyarınca işlemler, en geç sürenin son günü, mahkemede, İsviçre Posta Teşkilatı'nda, diplomatik temsilcide veya İsviçre konsoloslukunda yapılmalıdır.

Kanundaki bu düzenleme karşısında, yetkisiz veya görevsiz bir mahkemede yapılan işlemin akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Diğer federal yargılama kanunlarının aksine, CPC m.143'de buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık örneğin LTF m.48/3'de, işlemin süresi içinde ve fakat önceki mahkemede veya bir başka federal ya da kantonal mahkemede yapılması durumunda süreye uyulmuş olunacağı şeklinde düzenleme mevcut olup; bu durumda belge derhal Federal Mahkeme'ye gönderilecektir. Benzer düzenlemeler İsviçre Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91/4. maddesi ile İsviçre Borç İçin Takip ve İflâs Kanunu'nun 32/2. maddesinde de yer almaktadır.⁸⁹

Konu ile doğrudan ilişkili bir başka düzenleme ise CPC m.63/1'de bulunmaktadır. Buna göre, dava dilekçesi geri çekilir⁹⁰ veya görev-

⁸⁸ Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, s.226; Alfred Bühler, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, art.122 no.55. Federal Mahkeme'nin bu kararının AİHS m. 6/1'de düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı düşmediği hususunda bkz Valentin Rétornaz, note ATF 141 I 241, RSPC, 2016/1, s. 29.

⁸⁹ CPP m.91/4 uyarınca en geç sürenin son günü işlemin yetkili olmayan bir İsviçre merciine ulaşması durumunda süreye uyulduğu kabul edilecektir. Aynı şekilde LP m.32/2'de de, süresi içinde yetkisiz bir icra veya iflâs dairesine başvurulması hâlinde, süreye uyulmuş olacağı düzenlenmektedir.

⁹⁰ CPC m. 63/1'de kanun koyucu, davadan feragat edilmesine değil, davacının dava

sizlik ya da yetkisizlik nedeniyle kabul edilmezse, geri çekilme veya kabul edilmeme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde yetkili mahkeme veya uzlaştırma merciinde talep yeniden ileri sürülürse, başvuru ilk dilekçenin verildiği tarihte yapılmış sayılacaktır. Öğretide görevsiz veya yetkisiz bir mahkemede yapılan işlemler bakımından CPC m.63/1'in uygulanacağı, ancak işlemin re'sen görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.⁹¹ Buna karşılık öğretide bazı yazarlar, istinaf ve temyiz başvuruları bakımından LTF m.48/3'deki düzenlemenin kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir.⁹²

Uygulamada da Federal Mahkeme, İsviçre Anayasası'nın âdil yargılanma hakkına ilişkin 29/1.maddesine dayanarak, aşırı şekilciliğin İsviçre hukukunda yasaklandığı gerekçesiyle CPC m.143'de herhangi bir düzenleme bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı sonucuna varmış ve LTF m. 48/3'e yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanacağı, bu nedenle de süresi içinde ama yetkisiz bir mahkemeye yöneltilen başvurunun süresi içinde yapılmış sayılacağına karar vermiştir.⁹³ Bununla birlikte öğretide, Federal Mahkeme'nin bu kararı çerçevesinde LTF m.48/3'ün ilk derece yargılamasında uygulanmasının CPC m.63'e ters düşeceği, bu nedenle de bu kararın yalnızca istinaf ve m.319 vd. uyarınca itiraz (*recours, Beschwerde*) başvuruları ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹⁴

Tasarı'da ise Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda CPC'nin "Sürelere uyma" başlıklı 143.maddesine, "1bis" fıkrası eklenmiştir. Buna göre:

dilekçesini "haklı" (*justifié*) olarak geri çekmesi ihtimaline atıfta bulunmaktadır. Burada dava dilekçesinin gerekçeli olarak geri çekilebileceği en önemli durum, açık yetkisizlik bulunmamakla birlikte yetkisizlik şüphesinin olmasıdır. Böyle bir durumda davacı, yetkisizlik kararını beklemek yerine dava dilekçesini geri çekebilecektir. Bern Kanton Mahkemesi, dava şartlarının eksikliği durumunda da davacının dava dilekçesini haklı olarak geri alabileceğine karar vermiştir (OGER BE, 23.03.2016, ZK 15 614, c. 16). Ayrıca bkz Bohnet, Commentaire CPC, art. 63 no: 5-6.

⁹¹ Tappy, Commentaire CPC, art. 143 no. 21-22; Stéphane Abbet, Petit Commentaire, art. 143 no: 12.

⁹² Jeandin, Commentaire CPC, art. 310 no.10; François Bohnet, Procédure civile, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 375 vd.

⁹³ ATF 140 III 636.

⁹⁴ Tappy, Commentaire CPC, art. 143 no.23.

“Süresi içinde ama hataen açıkça yetkisiz bir İsviçre mahkemesine yöneltilen işlemler, süresi içinde yapılmış sayılır. Bir başka İsviçre mahkemesinin açıkça yetkili olması hâlinde, yetkisiz mahkeme bu işlemleri re’sen o mahkemeye gönderir”.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, Federal Mahkeme’nin kararını genelleştirmiş olup; CPC m.143/1bis, görevsiz veya yetkisiz bir mahkeme yapılan tüm işlemler için uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ilk olarak, süresi içinde ama hataen açıkça yetkisiz bir İsviçre mahkemesine yöneltilen işlemler, süresi içinde yapılmış sayılacaktır. Açıkça görevsiz/yetkisiz olan mahkeme, yalnızca, görevli/yetkili mahkeme açıkça belli ise işlemi re’sen ona göndermek zorunda olacaktır. Buna karşılık, görevli/yetkili mahkeme açıkça belli değil ise (örneğin kesin olmayan yetki), açıkça görevsiz/yetkisiz mahkeme işlemi re’sen gönderemeyecek olup; bu durumda CPC m.63 uygulanacaktır.⁹⁵

B-) ESKİ HÂLE GETİRME HAKKINDAKİ KARARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURULAMAMASI

CPC m.149’a göre mahkeme, karşı tarafa kendini ifade etme imkânı tanıyacak ve eski hâle getirme talebi hakkında kesin olarak karar verecektir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu, eski hâle getirme talebi hakkında verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağını kabul etmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, sadece yargılamanın hızlığı (çabukluğu) ilkesine (*principe de célérité*) atıfta bulunulmuş, başka bir açıklamaya da yer verilmemiştir.⁹⁶

Öğretideki ağırlıklı görüş, söz konusu hükmü, eski hâle getirme hakkındaki karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre, CPC m.319, b.2 (b) çerçevesinde,⁹⁷ nihaî karar ile birlikte bu karara karşı da itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabilecektir.⁹⁸ Federal Mahkeme ise, eski

⁹⁵ Abbet, Petit Commentaire, art. 143 no: 14.

⁹⁶ Message FF 2006, s. 6920.

⁹⁷ CPC m.319 b.2 (b)’ye göre, ilk derece mahkemesi kararının telafisi zor bir zarara yol açabilecek olması durumunda itiraza (*recours, Beschwerde*) başvurulabilecektir.

⁹⁸ Niccolò Gozzi, Basel Kommentar, 2^e éd. 2013, art. 149 no: 10-12; Nina Frei, Berner Kommentar, 2012, art. 149 no: 11; Abbet, Petit Commentaire, art. 149 no: 5. Aksi görüş için bkz DennisTappy, Commentaire CPC, art. 149 no: 12-13.

hâle (duruma) getirme⁹⁹ talebinin reddinin, dava veya bir başvuru hakkının kesin kaybına yol açması hâlinde bu karara karşı istinaf veya itiraz (*recours, Beschwerde*) kanun yoluna başvurulabileceğine karar vermiştir.¹⁰⁰

Tasarı'da CPC m. 149 şu şekilde değiştirilmektedir:

“Mahkeme, karşı tarafa kendini ifade etme imkânı tanır ve eski hâle getirme talebi hakkında kesin olarak karar verir; meğerki, eski hale iade talebinin reddi hakkın kesin kaybına yol açsın.”

Değişikliğe ilişkin gerekçede, söz konusu değişiklik ile hükmün Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda yeni bir içeriğe kavuşturulduğu belirtilmiştir.¹⁰¹ Bununla birlikte öğretilde, Tasarı'da yer verilen “hak kaybı” kavramının Federal Mahkeme kararında belirlenen kistası (dava veya başvuru hakkının kaybı) karşılamadığı gibi, bu kavramın içeriğinin de belirsiz olduğu ifade edilerek, önerilen değişiklik eleştirilmiştir.¹⁰²

VIII. İSPAT

A-) DELİLLERİN İKAMESİNDE İŞ BİRLİĞİ BORCU İSTİSNALARINA İŞ YERİ HUKUKÇULARININ DAHİL EDİLMESİ

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 160.maddesinde, tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin ikamesinde iş birliği borcu düzenlenmektedir.¹⁰³ Bu maddenin ilk fıkrasına göre taraflar ve üçüncü kişiler delillerin ikamesinde iş birliği yapmak zorundadırlar. Bu çerçevede özel-

⁹⁹ İsviçre Kanunu'nun Fransızca metninde “ilk duruma geri getirme”, “iade” anlamında “*restitution*”; Almanca metninde ise “eski duruma getirmek”, “düzeltmek”, “onarmak” anlamında “*wiederherstellung*” sözcükleri kullanılmıştır.

¹⁰⁰ ATF 139 III 478.

¹⁰¹ *Message*, FF 2020, s. 2656.

¹⁰² Bohnet/Schaller, s. 194.

¹⁰³ Maddenin Fransızca metninde “borç” (“*obligation*”) terimi kullanılsa da, Federal Mahkeme bunun üçüncü kişiler bakımından bir “ödev” (“*devoir*”) niteliğinde olduğuna, buna aykırı davranılması hâlinde üçüncü kişinin CPC m.167 çerçevesinde cezalandırılabilmesine karar vermiştir. Bkz TF 13.5.14, 5A_22/2014. Taraflar bakımından ise bu bir usûlî görev niteliğinde olup; bunun ihlâlinin başlıca sonucu, uymayan tarafı usûlî olarak dezavantajlı bir konumda bırakmaktır. Şöyle ki, CPC m.164'e göre bir taraf geçerli bir sebep olmaksızın işbirliği yapmayı reddederse, mahkeme, delillerin değerlendirilmesinde bunu göz önüne alacaktır.

likle taraf veya tanık olarak gerçeğe uygun beyanda bulunmak (CPC m.160/1a), elindeki belgeleri ibraz etmek (CPC m.160/1b), şahsı üzerinde inceleme yapılmasına ve malları üzerinde bilirkişi tarafından inceleme yapılmasına katlanmak zorunluluğu bulunmaktadır (CPC m.160/1c). Bunun yanı sıra kanun koyucu, CPC m.163 ve 165’de taraflar ile üçüncü kişilerin iş birliğinde bulunmayı reddedebilecekleri hâlleri düzenlemiştir.

İsviçre’de federal hukuk boyutunda üç tür hukuk mesleği tanınmakta olup; bunlar avukat, noter ve patent danışmanıdır. Bununla birlikte uygulamada, iş sözleşmesi ile çalışmakta olan “iş yeri hukukçuları” (*juristes d’entreprise*)(kurum avukatları) bulunmakta olup; onlara ilişkin düzenlemeler kantonlara göre farklılık gösterebilmektedir.¹⁰⁴

CPC m.160/1 (b)’de kanun koyucu, meslekî sırların korunması düşüncesi ile, yalnızca avukatlar ile patent danışmanları için delillerin ikamesinde iş birliği yapma zorunluluğunun istisnasını öngörmektedir. Buna göre bir taraf veya üçüncü kişinin, kendisini temsile yetkili avukatı veya patent danışmanı ile arasındaki ilişkiye dair belgeler bakımından iş birliği borcu uygulama alanı bulmayacaktır.

Konuya ilişkin olarak Federal Meclis’e bir önerge sunulmuş ve iş yeri hukukçularının meslekî sırlarının korunmasını sağlamak üzere İsviçre Medeni Usul Kanunu’nda yeni bir maddeye yer verilmesi teklif edilmiştir. Federal Konsey ise bu öneriye Ön Tasarı’da yer vererek konuyu tartışmaya sunmuştur. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, iki şartın mevcudiyeti hâlinde, bir işletmenin iç hukukî faaliyeti bakımından iş birliği borcuna tâbi olmayacaklardır. İlk olarak, söz konusu faaliyet bir avukat tarafından gerçekleştirilseydi, bu faaliyetin avukatlık mesleğinin icrasına özgü olduğunun kabul edilebilmesi gerekmektedir. Böylece kanun koyucu, iş birliği borcuna tâbi olmamayı bir avukatın “avukatlık mesleği çerçevesindeki faaliyetleri” ile sınırlandırmak istemiştir.¹⁰⁵ Böylece iş yeri hukukçuları, bunun dışındaki faaliyetleri (sosyal, ticari, siyasi vb.) bakımından iş birliği borcuna tâbi olacaklardır. İkinci olarak ise işletmenin iç hukuk servisini yöneten kişinin kan-

¹⁰⁴ Bununla birlikte işyeri hukukçularına ilişkin federal bir kanun yapma hazırlıkları da mevcut olup, bu husus kantonlar nezdinde yoğun tartışmalara neden olmaktadır.

¹⁰⁵ Rapport explicatif, s. 61.

tonal avukatlık ruhsatına sâhip olması veya ülkesinde avukat olmak için gerekli meslekî şartları sağlaması gerekmektedir. Böylece kanun koyucu, işletmenin iç hukuk servisinin gerekli meslekî yeterliliği haiz olmasını garanti altına almayı ve bu faaliyetin özelliğinin bilinmesinin ve tanınmasının sağlanmasını amaçlamaktadır.¹⁰⁶

Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmeler sırasında bu konu yoğun tartışmalara neden olmuştur. Şöyle ki, sadece üç kanton¹⁰⁷ bu değişikliği olumlu bulmuştur. Bu görüşü savunanlar, iş yeri hukukçularının durumlarındaki belirsizliğin giderilmesi gerektiğini, Anglosakson hukuk sistemi dışındaki birçok ülkede bu yönde değişiklikler yapıldığını ve bunun da İsviçre merkezli işletmeleri yabancı ülkelerdeki işletmelere göre dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü, ayrıca işletmelerin iç işle-yişindeki gizliliğin korunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁸

Buna mukabil, Ön Tasarı'da sunulan teklif yedi kanton tarafından reddedilmiştir. Bu düşüncüyü savunanlara göre yabancı ülkelerdeki düzenlemelerin varlığı değişiklik yapmak için yeterli bir sebep değildir. Ayrıca iş yeri hukukçularının iş sözleşmesi çerçevesinde bağımlılık ilkesine göre çalıştıkları, buna karşılık avukatın bağımsız olduğu gözönüne alınırsa, bunların karşılaştırılmaları doğru da değildir.

İleri sürülen eleştirilere rağmen Federal Konsey, Ön Tasarı'da yer alan hükmü aynen Tasarı'ya almış ve CPC m.160a'da konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmasını teklif etmiştir.

CPC m.160a ile tanınan istisna, CPC m.160/1'de düzenlenen üç bent bakımından da geçerlidir.¹⁰⁹ Bu istisna yönünden CPC m.163 ve m.165'de düzenlenen şartların mevcut olmasına da gerek bulunmamaktadır.¹¹⁰ Ayrıca kanun koyucu, CPC m.160a/2'de "m.160/1 b'de öngörülen istisna, bir işletmenin iç hukuk servisi ile olan belgeler bakımından kıyasen uygulanır" hükmüne yer vermek suretiyle, belgeler bakımından getirilen istisnayı vurgulamak istemiştir.

¹⁰⁶ Rapport explicatif, s. 61.

¹⁰⁷ Bu kantonlar Basel-Stadt, Basel-Landschaft ve Zürih kantonlarıdır. .

¹⁰⁸ *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 35.

¹⁰⁹ Arnaud Nussbaumer, *Petit Commentaire*, art. 160 no: 53.

¹¹⁰ Miguel Oural, "L'[in]effectivité du secret professionnel-Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans les procédures?", *RSDA*, 2019, S. 126, s. 131.

Öğretide, Tasarı ile getirilen yenilik olumlu bir adım olarak nitelendirilse de, bu yeniliğin önemli boşluklar içerdiği ifade edilmektedir.¹¹¹ Şöyle ki, söz konusu değişiklik, olağan şekilde medenî yargıya ilişkin olup, idarî yargı ile ceza yargısı bakımından iş birliği borcunda herhangi bir istisna getirmemektedir.¹¹² İkinci olarak, böyle bir istisnaya yer verilmesi karşısında iş yeri hukukçuları bakımından bir denetim mekanizması kabul edilmemiş olup; düzenleme bu yönüyle de eleştiri konusu yapılmıştır.¹¹³

B-) TANIK, BİLİRKİŞİ VE İSTİCVABA BAŞVURULMASINDA TEKNİK GELİŞMELERDEN YARARLANILMASI

1-) Video-Konferans Aracılığıyla Delillere Başvurma

İsviçre Hukuku'nda ceza yargısında bir tanığın ifadesinin video-konferans yoluyla alınması mümkün iken (CPP m.144), İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca da Federal Konsey, teknolojik gelişmelerin ve evrenselleşmenin hayatın her alanına sirâyet ettiğini ve dev adımlarla geliştiğini göz önüne alarak, tanığın ifadesinin video-konferans yoluyla alınmasını mümkün kılmak istemiştir.¹¹⁴ Bu düşüncelerle Tasarı'ya eklenen CPC m.170a'ya göre:

“Mahkeme bir tanığın ifadesine video-konferans veya benzer teknikler ile başvurabilir. Tanığın dinlenmesi görsel-işitsel bir araç ile kayıt altına alınır”.

Tasarı, video-konferansın uygulama alanını yalnızca tanığın dinlenilmesi ile sınırlı tutmamıştır. Şöyle ki, bilirkişi raporunun sunulması hakkındaki CPC m.187/1 ile isticvap ve tarafların dinlenilme-

¹¹¹ Oural, s. 131; Bohnet/Schaller, s. 209.

¹¹² Oural, s. 131; Bohnet/Schaller, s. 209.

¹¹³ Oural, s. 132. Yazar, Belçika'da 01/03/2000 tarihinde İş Yeri Hukukçuları Enstitüsü'nün kurulduğunu ve bu Enstitü'nün görevlerinden birinin de iş yeri hukukçularının meslek kurallarına uyup uymadıklarının denetimi olduğunu, kezâ İspanya'da iş yeri hukukçularının avukatlar gibi bağımsız görev yaptıklarını ve meslekî sorumluluklarının bulunduğunu belirtmektedir.

¹¹⁴ Video-konferans yöntemi hâlihazırda, 16/04/2020 tarihli Coronavirus ile Bağlantılı Olarak Yargı ve Usul Hukuku Alanında Alınan Önlemler başlıklı Kararnâme ile uygulama alanı bulmuştur. Bu Kararnâme'nin, 31.12.2020 tarihine kadar uygulanacağı öngörülmüş olup; bu tarih 31.12.2021'e uzatılmıştır.

sine ilişkin CPC m.193'de de yukarıdaki düzenlemeye atıf yapılarak video-konferans imkanından buralarda da yararlanılması mümkün kılınmıştır.

Madde ile, mahkemeye bu konuda bir takdir yetkisi tanınmaktadır.¹¹⁵ Ayrıca kantonlar da bu yola başvurulmasına imkân tanıyıp tanımama konusunda serbesttirler.¹¹⁶ Bu durum da öğretide, kantonlar arasında önemli ölçüde farklı uygulamalara sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹¹⁷ Keza öğretide, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, video-konferansa ilişkin teknik özelliklerin (kamera ve mikrofonların yerleşimi, asgari bağlantı hızı, verilerin korunması, bağlantı sorunlarında uygulanacak sonuçlar vb. hususların) federal nitelikte bir yasal düzenleme ile belirlenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.¹¹⁸

2-) Teknik Yollara Başvurulması Halinde Tutanağın Tutulması

Tanıklıkta, CPC m.176/1 uyarınca ifadelerin önemli noktaları tutanağa geçirildikten sonra bu hususlar tanık tarafından okunacak ve imzalanacaktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, tanığın ifadesinin teknik yollarla kayıt altına alınması hâlinde mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Bu durumda kayıtlar dosyaya konulacak ve tutanak ile birlikte muhafaza edilecektir.

Tasarı ile, CPC m.176/3 ilga edilerek, burada yer alan hüküm bazı değişikliklerle CPC m.176a'da ayrı bir madde hâline getirilmiştir. Bu maddeye göre duruşmalar sırasında tanık ifadeleri teknik araçlarla alınmışsa üç kural uygulanacaktır. İlk olarak, bu durumda tutanak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan tutulabilecektir. İkinci olarak, mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Son olarak ise alınan kayıt dosyaya konulacaktır.

¹¹⁵ Mahkemenin bu kararına karşı, telafisi zor bir zarara yol açabilecekse itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabilecektir. Bkz François Bohnet/Sandra Mariot, "La vidéoconférence et le projet de révision du CPC", *RSPC* 2020, s. 183; François Vouilloz, *Petit Commentaire*, art. 170 no:13.

¹¹⁶ *Message*, FF 2020, s. 2656.

¹¹⁷ Bohnet/Schaller, s. 214.

¹¹⁸ Bohnet/Mariot, s. 190.

Tasarı ile getirilen en önemli değişiklik, tutanağın aynı duruşmada tutulma zorunluluğunun kaldırılarak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan tutulmasına imkân sağlanmasıdır.

C-) ÖZEL BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BELGE KAPSAMINA DAHİL EDİLMESİ

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 177.maddesi "belge" kavramını tanımlamaktadır. Buna göre belgeler, ilişkin oldukları vakıaları ispata elverişli yazılar, resimler, plânlar, fotoğraflar, filmler, ses kayıtları, elektronik belgeler ve analog veriler gibi dokümanlardır.

Kanun koyucu, belge kavramını örnekleme yoluyla tanımlamış olup; bu nedenle de belge, yalnızca maddede sayılanlardan ibaret değildir.¹¹⁹ Bu noktada uygulamada en fazla tereddüt uyandıran hususlardan biri, tarafların aldıkları özel bilirkişi (uzman) raporlarının CPC m.177 anlamında belge sayılıp sayılmayacağıdır. Öğretide genel olarak benimsenen görüş, özel bilirkişi raporlarının da CPC m.177'de düzenlenen belge tanımına dâhil olduğu yönündedir.¹²⁰

Federal Mahkeme, özel bilirkişi raporlarının CPC m.183'deki şartları taşımadığı (özellikle uzmanın mahkeme tarafından görevlendirilmediği) için bilirkişi raporu olarak nitelendirilemeyeceğine, aynı zamanda bunun CPC m.177 anlamında belge olarak da kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Federal Mahkeme'ye göre bu raporlar bir delil olarak kabul edilemeyecek, ancak bir taraf beyanı olarak nitelendirilebileceklerdir.¹²¹ Öğretide Federal Mahkeme'nin bu görüşü yoğun şekilde eleştirilmiştir.¹²²

Tasarı'da Federal Mahkeme'nin yaptığı yorumun haklı olmadığı noktasından yola çıkılmış ve CPC m.177'de sayılan belge örnekleri

¹¹⁹ Schweizer, Commentaire CPC, art. 177 no: 1-2; Vouilloz, Petit Commentaire, art. 177 no: 1-3.

¹²⁰ François Vouilloz, "Le témoignage écrit", *RVJ* 2016, s. 353; Andreas Binder/Roman S.Gutzwiller, Das Privatgutachten - eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, *ZZZ* 2013, s. 171 vd. Özel bilirkişi raporunun duruma göre sınırlı ispat gücüne sâhip olacağı veya taraf beyanı olarak değerlendirileceği hususunda bkz. Schweizer, Commentaire CPC, art. 177 no. 4.

¹²¹ ATF 141 III 433; ATF 140 III 24; ATF 139 III 305.

¹²² Francesco Trezzini/François Bohnet, "L'Expertise privée selon l'ATF 141 III 433: Une Preuve imparfaite issue d'un concept imparfait", *RDS* 2017/1, s. 367; Hans Schmid, "Privatgutachten im Zivilprozess", *RSJ* 2016, s. 527 vd.

arasına özel bilirkişi raporları da dâhil edilmiştir. Böylece özel bilirkişi raporlarına açıkça belge niteliği tanınmaktadır. Mahkeme, özel bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirecek olup; bunların ispat gücü, özellikle taraf ile özel bilirkişi arasındaki ilişki, özel bilirkişi raporunun hazırlanma süreci ve özel bilirkişinin uzmanlık alanı ve bu alandaki tanınırlığı ile güvenilirliği göz önünde bulundurularak somut olayın şartlarına göre değişiklik gösterecektir.¹²³

IX. UZLAŞTIRMA (CONCILIATION)

A-) TERİM DEĞİŞİKLİĞİ

İsviçre hukuku'nda CPC m.197 vd.'da uzlaştırma (*conciliation*) düzenlenmektedir. CPC m.210 uyarınca uzlaştırma organı (dairesi), bu maddede sayılan uyuşmazlıklarda¹²⁴ (örneğin miktar veya değeri 5.000.-CHF'i aşmayan malvarlığı uyuşmazlıklarında) taraflara bir hüküm teklifi dahi sunabilecektir. Taraflar, kendilerine yazılı olarak bildirilmesinden itibaren 20 gün içinde itiraz etmezlerse, hüküm teklifi bir karar gibi etki doğurmaya başlayacaktır.¹²⁵ Bu takdirde istinaf ve itiraz (*recours Beschwerde*) kanun yollarına başvurulamayacak, ancak kanunda sayılan sebeplerin varlığı hâlinde yargılamanın iadesi yolu uygulama alanı bulabilecektir.¹²⁶

Tasarı'da getirilen ilk yenilik, uzlaştırma prosedürüne ilişkin kısımda kullanılan "hüküm teklifi" ("*proposition de jugement*") kavramının adının "karar teklifi" ("*proposition de décision*") olarak değiştirilmesidir. Değişikliğin gerekçesi olarak, Kanunda sistematik şekilde "karar" teriminin kullanıldığı, bu nedenle de söz konusu kısımda yer alan "hüküm" kavramının bu tercih ile tutarlılık arz etmediği gösterilmektedir.¹²⁷

İsviçre Medeni Usul Kanunu üzerinde bir inceleme yapıldığında, karar teriminin 177 kez kullanılması karşısında, "hüküm" teriminin ise 14 kez (uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler haricinde dört kez) kul-

¹²³ *Message*, FF 2020, s.2660.

¹²⁴ Bkz aşağıda IX, D.

¹²⁵ Bu karar aynı zamanda itirazın kesin olarak kaldırılmasına başvurulmasını sağlayan belgelerdendir. Bkz Bohnet, art. 211 no. 2.

¹²⁶ Bohnet, *Commentaire CPC*, art. 211 no. 2.

¹²⁷ *Message*, FF 2020, s. 2632-2633.

lanıldığı tespit edilebilecektir. Bu nedenle söz konusu değişikliğin normal olduğu söylenebilir. Bununla birlikte öğretide bir görüş, “hüküm teklifi” kavramının ilk görünüşte şaşırtıcı olmakla birlikte uygulamada yerleştiğini ve uzlaştırma organının (merciinin) diğer kararlarından (CPC m.210) ayırt edilmesini sağladığı için bu değişikliğin yanlış olduğunu ileri sürmüştür.¹²⁸ Bir başka görüş ise burada bir karar veya hükmün söz konusu olmadığını, bu nedenle de değişikliğin tatmin edici olmadığını, bunun yerine “sulh teklifi” (“*proposition de transaction*”) kavramının tercih edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.¹²⁹

B-) UZLAŞTIRMAYA TABİ OLMAYAN DAVALARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 197.maddesi uyarınca, esasa ilişkin yargılamadan (*procédure au fond*) önce uzlaştırma organı (mercii) önünde uzlaştırma (*conciliation*) girişiminde bulunulacaktır. Tarihsel temelleri Fransız hukukunda bulunan bu düzenleme¹³⁰ ile kanun koyucu, uyuşmazlıkların daha hızlı ve daha az masraflı bir şekilde çözülmesini amaçlamıştır.¹³¹

CPC m.197’de “esasa ilişkin yargılama”dan önce uzlaştırmaya başvurulması düzenlenmiştir. Burada yer alan “esasa ilişkin yargılama” kavramı ile, ilk derece mahkemesindeki yargılama kastedilmekte olup; buna göre itiraz (*recours, Beschwerde*) başvuruları bakımından böyle bir girişim söz konusu olmayacaktır.¹³² Ayrıca kanun koyucu, uzlaştırmadan uygulama alanı bakımından CPC m.198 ve 199’da iki önemli düzenlemeye yer vermiştir. Şöyle ki CPC m. 198’de uzlaştırmaya başvurma zorunluluğunun istisnaları 10 bent hâlinde tahdidi bir şekilde sayılmış olup; bu hâllerde uzlaştırma hiçbir şekilde uygu-

¹²⁸ Bohnet/Schaller, s.191.

¹²⁹ Delphine Aeschlimann-Disler, Petit Commentaire, art.210 no. 23.

¹³⁰ Fransız hukukunda davadan önce uzlaştırmaya başvurulması kuralı, ilk olarak 1791 Anayasası’nın 6.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hukuk mahkemeleri, tarafların arabulucular önünde uzlaştırmaya başvurdukları veya davacının davalıya uzlaştırmaya başvurmayı teklif ettiği sâbit olmadıkça hiçbir davaya bakamayacaklardır. 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu’nda da yer alan bu kural, 1958 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bohnet, Commentaire CPC, art.197 no:2.

¹³¹ Message CPC, s. 6860.

¹³² Bohnet, Commentaire CPC, art. 197 no. 14.

lanmamaktadır. CPC m.199’da ise tarafların (ve bazı hallerde yalnızca davacının) uzlaştırmaya başvurulmasından vazgeçebilecekleri düzenlenmiştir.¹³³

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki istatistikler, uzlaştırmmanın İsviçre’de oldukça başarılı sonuçlar verdiğini ortaya koymuştur. Şöyle ki, uzlaştırma prosedürünün tarafların anlaşması ile sonuçlanma oranı, kantonlara göre, %50 - 80 arasında değişmektedir.¹³⁴ Uygulamada elde edilen başarılı sonuçlar üzerine birçok kanton, uzlaştırmmanın istisnalarının daraltılarak kurumun uygulama alanının genişletilmesini talep etmiştir.¹³⁵

Tasarı ile, toplam 10 bentten oluşan bu maddede yer alan dört sebep bakımından bazı değişiklikler yapılmıştır. Burada izlenen amaç, istisnaların daraltılarak uzlaştırmmanın uygulama alanının genişletilmesidir.

CPC m.198/1, b^{bis} bendinde, nafakaya ve çocukların akıbetine ilişkin davalarda, ebeveynlerden biri davanın açılmasından önce çocuk koruma dairesine başvurmuşsa bu davanın uzlaştırmaya tâbi olmayacağı hususu düzenlenmiştir. Maddede yer alan “*ebeveynlerden birinin davanın açılmasından önce çocuk koruma dairesine başvurması*” hali uygulamada tereddütlere ve sorunlara yol açtığı için, Tasarı’da bu ibarenin Kanundan çıkarılarak istisnanın daha sade bir şekilde kaleme alınması teklif edilmektedir. Buna göre, çocuk koruma dairesine başvurulsun ya da başvurulmasın, nafaka ve çocukların durumuna dair diğer sorunlara ilişkin davalarda uzlaştırmaya başvurulmayacaktır.

CPC m.198/1, f. bendine göre, CPC m.5 ve m.6 gereğince kantonların tek bir mahkemeyi görevli kıldığı davalar bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. CPC m.7’de kanun koyucu, sosyal hastalık sigortasının tamamlayıcı sigortalarına ilişkin uyuşmazlıklarda da kantonların bir mahkemenin kanton düzeyinde karar verebilecek tek

¹³³ CPC m. 129/1’e göre dava konusunun değerinin en fazla 100.000 Frank olduğu uyuşmazlıklarda taraflar, uzlaştırmaya başvurulmaması hususunda anlaşabileceklerdir. Keza davalının yerleşim yeri veya merkezinin yabancı bir ülkede olması, davalının oturduğu yerin bilinmemesi ve 24.03.1995 tarihli Eşitlik Hakkında Kanun’dan doğan uyuşmazlıklarda davacı, uzlaştırmaya başvurulmamasına tek taraflı olarak karar verebilecektir.

¹³⁴ *Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile*, s.10-11.

¹³⁵ *Message*, FF 2020, s. 2625.

mahkeme olarak ihdas edilebileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte CPC m.198/1, f.'de yalnızca CPC m.5 ve m.6'ya atıfta bulunduğu için, CPC m.7 bakımından uzlaştırmaya başvurulabilip başvurulamayacağı hususunda uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır. Federal Mahkeme, CPC m.7 ile CPC m.5 ve m.6 arasında kantonlara tanınan yetki hususunda herhangi bir fark bulunmadığına, bu nedenle de CPC m.7'de düzenlenen davalar bakımından da uzlaştırmanın uygulama alanı bulamayacağına karar vermiştir.¹³⁶ Tasarı ile, CPC m.198/1, f.'ye yeni bir istisna eklenmiştir. Buna göre, CPC m.7 gereğince kantonların kantonal düzeyde karar vermek üzere tek bir mahkemeyi görevli olarak belirledikleri davalar (18.03.1994 tarihli Hastalık Sigortasına İlişkin Federal Kanuna göre sosyal hastalık sigortasını tamamlayıcı sigortalara ilişkin) bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Dolayısıyla, Tasarı ile, Federal Mahkeme'nin bu kararındaki görüşün kanunlaştırılması önerilmektedir. Ayrıca Tasarı ile, CPC m.198/1, f.'de CPC m.5 ve m.6 bakımından düzenlenen istisna kaldırılmış, bu düzenlemeye bazı değişikliklerle birlikte CPC m. 199/3'de ayrı bir fıkra olarak yer verilmiştir.

CPC m.198/1 (h)'ye göre mahkemenin davanın açılması için süre vermesi durumunda uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Burada asıl olarak, geçici hukukî korumaların tamamlayıcı merasimi olarak dava açılması kastedilmektedir. Şöyle ki, CPC m.263 uyarınca davadan önce geçici hukukî koruma kararı verilmesi durumunda mahkeme, davanın açılması için süre verecek; bu süre içinde dava açılmaması hâlinde geçici hukukî koruma kararı kalkacaktır. Bununla birlikte, maddede öngörülen istisna, aynı zamanda CC m.837/1 b.3 çerçevesinde yüklenici ve zanaatkârların kanunî ipotek hakkının tescili bakımından da uygulanacaktır. Özellikle bu son durum bakımından uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınmış ve maddedeki istisna, "*mahkemenin davanın açılması için süre vermesi durumunda, bununla bağlı ve bağlantılı davalarda*" ibaresi eklenerek genişletilmiştir.¹³⁷

Tasarı ile CPC m.198/1'de, (i) bendinde, yeni bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre Federal Bröve Mahkemesinde (Federal Patent Mahkemesi) görülen davalar da uzlaştırmanın istisnası olarak düzen-

¹³⁶ ATF 138 III 558.

¹³⁷ Message, FF 2020, s. 2662.

lenmiştir. Yürürlükteki Kanunda böyle bir istisnaya yer verilmemiş olmakla birlikte öğretide, bunun bir unutmadan ibaret olduğu belirtilmiştir.¹³⁸ Tasarı ile bu durum giderilerek istisnalar tamamlanmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere CPC m.198/1, (b)f.'ye göre CPC m.5 ve m.6 gereğince kantonların kantonal düzeyde tek bir mahkemeyi görevli olarak belirledikleri davalar bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Tasarı ile bu hüküm söz konusu bentten çıkarılmış ve bazı değişiklikler ile CPC m.199/3'de ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiştir. Buna göre davacı, CPC m.5/1 (b)b. ile (b)d.-i. arasında, CPC m.6 veya m.8'de düzenlenen davalar ile CPC m 5/1 (b)a. veya (b)c.'de düzenlenen davalarda davanın konusunun değerinin 30.000.- CHF'i geçmesi hâlinde doğrudan mahkemede dava açabilecektir. Görüldüğü gibi, bu davalar zorunlu uzlaştırmanın istisnası olmaktan çıkarılarak, davacıya isterse uzlaştırmaya başvurma, isterse dava açma imkânı tanınmıştır.

C-) UZLAŞTIRMA PROSEDÜRÜNE KATILMAYAN TARAF PARA CEZASI VERİLMESİ

Uzlaştırma sürecinin başarıyla sonuçlanması için tarafların sürece katılmalarının önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, CPC m.204/1'de tarafların uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmak zorunda olduklarını düzenlemiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, tahdidi olarak sayılan bazı hâllerde, tarafların uzlaştırma görüşmesine temsilci aracılığıyla katılabilmeleri de öngörülmüştür.

Uzlaştırma görüşmesine şahsen veya CPC m.204/3'de sayılan hâllerde temsilcisi aracılığıyla katılmamanın sonuçları CPC m.206'da düzenlenmektedir. Buna göre, davacının görüşmeye gelmemesi durumunda başvuru geri alınmış sayılacak ve prosedür konusuz kalacaktır (CPC m.206/1): Davalının gelmemesi durumunda uzlaştırma dairesi, süreç anlaşma ile sonuçlanmamış gibi işlem yapacaktır (CPC m.206/2).¹³⁹ Her iki tarafın da gelmemesi hâlinde ise prosedür konusuz kalacaktır (CPC m.206/3).

¹³⁸ David Rüetschi, Kommentar Patentgerichtsgesetz, Calame/Hess-Blumer/Stieger (éd.), Basel 2013, art. 27 no: 19.

¹³⁹ CPC m.206/2'de kanun koyucu, bu durumda CPC m.209-212 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını öngörmüştür. Buna göre ise uzlaştırma dairesi, davacıya dava açma izni verebilecek (CPC m.209), karar teklifinde bulunabilecek (CPC m.210) ve hatta uyuşmazlık konusunun değerinin 2.000.-CHF'i geçmemesi durumunda davacının talebi üzerine karar verebilecektir (CPC m.212).

Federal Mahkeme, bu sonuçların yanı sıra, görüşmeye katılma zorunluluğuna uyulmamasının CPC m.128 anlamında disiplin para cezasına neden olacağına hükmetmiştir.¹⁴⁰ CPC m.128/1'e göre mahkeme önündeki yargılama sırasında, yargılama kurallarını ihlâl eden veya yargılamanın seyrini etkileyen kişi, en fazla 1.000.-CHF disiplin para cezasına mahkûm edilecektir. Tarafın veya temsilcisinin kötü niyetli hareket etmesi durumunda ise en fazla 2.000.-CHF, tekrarı hâlinde ise en fazla 5.000.-CHF disiplin para cezasına hükmedilebilecektir (CPC m.128/3).

Tasarı'da CPC m.128'dekine benzer bir para cezasının uzlaştırma görüşmesine katılmayan taraf için de düzenlenmesinin uygun olacağı düşüncesinden hareket edilmiş ve CPC m.206'ya yeni bir (dördüncü) fıkra eklenmiştir. Buna göre, uzlaştırma dairesi, görüşmeye katılmayan tarafa en fazla 1.000.-CHF para cezası verebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, CPC m.128'de düzenlenen cezaya hükmedilmesi için, tarafın yargılama kurallarını ihlâl etmesi veya yargılamanın seyrini etkilemesi gerekmektedir. Buna karşılık Tasarı ile getirilen CPC m.206/4 uyarınca, para cezasına hükmedilmesi için tarafın yalnızca görüşmeye gelmemesi yeterli olacaktır.

D-) UZLAŞTIRMA DAİRESİNİN (MERCİİNİN) KARAR TEKLİF ETME YETKİSİNİN GENİŞLETİLMESİ

Uzlaştırma görüşmelerinde bir sonuca varılamaması hâlinde uzlaştırma dairesi, bazı uyuşmazlıklarda taraflara bir karar teklifi sunabilecek ve bu teklifine kısa bir gerekçe de ekleyebilecektir (CPC m.210). Uzlaştırma dairesinin karar teklifi sunabileceği uyuşmazlıklar madde de şu şekilde sayılmıştır:

- 24/03/1995 tarihli Kadın ve Erkek Eşitliği Hakkında Kanun'dan doğan uyuşmazlıklar,
- Kira, konut veya ticari işyeri ya da çiftlik kirası sözleşmelerinden doğup da kira bedelinin gönderilmesine, aşırı kira bedeline, ihtar sürelerine veya kira sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin uyuşmazlıklar,

¹⁴⁰ ATF 141 III 265.

- Uyuşmazlık konusu miktarın 5.000.-CHF'i geçmediği diğer malvarlığı uyuşmazlıkları.

Tasarı'nın gerekçesinde, bu düzenlemenin uygulamada kabul gördüğü ve uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülmesine katkı sağladığı belirtilmektedir. Şöyle ki, 2012 yılında tutulan istatistiklere göre tüm uzlaştırma süreçlerinin %3'ü karar teklifi üzerine sona ermiş olup; bu oran, kurumun daha önceden uygulandığı Aargau kantonunda %8,5'a, Sankt Gallen kantonunda ise %6,2'ye yükselmektedir.¹⁴¹

Uygulamada kısa süre içinde elde edilen bu başarı üzerine CPC m.210/1 (c) hükmü "*uyuşmazlık konusu miktarın 10.000 franc'ı geçmeyen diğer malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar*" şeklinde değiştirilerek uzlaştırma organının karar teklif etme yetkisi Tasarı'da genişletilmektedir.

X. YARGILAMAYA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

A-) YARGILAMANIN DİLİ

Yargılamanın dilini düzenleyen CPC m.129'a göre yargılama, uyuşmazlığın görüldüğü kantonun resmî dilinde yapılacaktır. Birden fazla resmî dili olan kantonlar, bunların yargılamada kullanılmasını düzenleyeceklerdir.

Bu düzenleme, öncelikle, o kantonun resmî dili olmayıp da ülkede konuşulan bir başka dilde yargılama yapılmasını yasaklamaktadır. İkinci olarak ise, yargılamanın İngilizce yapılması, bu düzenleme çerçevesinde mümkün değildir.

Federal Konsey, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde çoğunlukla İngilizcenin kullanıldığı gerçeği karşısında, İsviçre hukukunda yer alan ve özellikle yargılamanın İngilizce yapılmasını yasaklayan bu düzenlemenin fazlasıyla sınırlandırıcı olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle de Tasarı'da CPC m.129'a şu ikinci cümlelerin eklenmesi önerilmiştir:

"Kanton hukukunun öngörmesi hâlinde, tüm tarafların talebi üzerine, bir başka ulusal dil veya İngilizce kullanılacaktır."

¹⁴¹ Message, FF 2020, s.2665-2666.

Söz konusu düzenlemeyle, ilk defa kantonlara, iç hukuklarında konuyu düzenleme yetkisi tanınmış olacaktır. Böylece her kantonun, diğer ulusal dilin veya İngilizce'nin yargılamada kullanılmasına izin verip vermemekte serbest olması sağlanmak istenmiştir.¹⁴² Aynı şekilde kantonlar, bunların kullanımına tüm uyumsuzluklarda izin verebilecekleri gibi, bu kullanımı yalnızca uluslararası nitelikteki uyumsuzluklar ile de sınırlandırabileceklerdir.¹⁴³

Tasarı'da getirilen düzenlemede, tarafların korunması amacıyla, yargılamanın bir başka dilde gerçekleştirilmesi için tarafların bu yönde talepte bulunmaları şart kılınmıştır. Taraflar, yargılamanın başında talepte bulunabilecekleri gibi, önceden yapacakları bir sözleşme ile de bunu kararlaştırabileceklerdir.¹⁴⁴

Bu değişikliğin bir yansıması olarak Federal Mahkeme Kanunu'nun (LTF) 42.maddesine *1bis* fıkrası eklenmektedir. Buna göre medeni yargıda önceki mahkeme önündeki yargılamanın İngilizce yapılmış olması hâlinde, Federal Mahkemeye verilecek dilekçeler İngilizce yazılabilecektir.¹⁴⁵ Bununla birlikte Federal Mahkeme önündeki yargılamada, LTF m.54 uyarınca yine resmî dillerden biri kullanılacak ve Federal Mahkeme kararları da ancak bir resmî dilde yazılabilecektir.

B-) KARŞI DAVA

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 224.maddesi karşı davaya ayrılmıştır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre davalı, cevap dilekçesinde karşı dava açabilecek olup; bunun için, açacağı davanın asıl dava ile aynı yargılama usulüne tâbi olması gerekmektedir.

İki talebin aynı yargılama içinde ele alınarak usûl ekonomisi bakımından büyük öneme sâhip olmasına rağmen, uygulamada karşı davaya çok fazla başvurulmadığı görülmüştür.¹⁴⁶ Bunun en önemli nedenlerinden biri, karşı dava ile asıl davanın aynı yargılama usulüne tâbi olması şartıdır.

¹⁴² *Message*, FF 2020, s. 2654.

¹⁴³ *Message*, FF 2020, s. 2654.

¹⁴⁴ *Message*, FF 2020, s. 2654.

¹⁴⁵ Federal Mahkeme Kanunu'nun 77.maddesine göre tahkim yargılamasında dilekçeler İngilizce yazılabilir.

¹⁴⁶ *Message*, FF 2020, s. 2666.

Öğretide bazı yazarlar, CPC m.224 yorumlanırken davaların niteliklerinin göz önüne alınması gerektiğini, karşı dava ile asıl davanın nitelikleri itibariyle farklı yargılama usulüne tâbi olmaları hâlinde karşı davanın açılmasının mümkün olamayacağını dile getirmişlerdir. Bu yazarlara göre, sadece dava konusunun değeri nedeniyle asıl davanın olağan, karşı davanın ise basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olması durumunda, karşı davanın açılmasının mümkün olduğu kabul edilerek karşı dava da olağan yargılama usulünde görülmelidir.¹⁴⁷

Bu noktada Federal Mahkeme, Kanunda belirtilen değer altında kaldığı için basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olan bir kısmı dava üzerine, olağan yargılama usulüne tâbi olan menfi tespit davasının karşı dava olarak açılabileceğine karar vermiştir.¹⁴⁸

Federal Konsey de Federal Mahkeme'nin bu kararından yola çıkarak, Ön Tasarı'da, aralarında bağlantı olması şartıyla, asıl dava ile karşı davanın aynı yargılama usulüne tâbi olmaları şartının kaldırılmasını önermiştir. Ancak Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde ileri sürülen eleştirileri göz önüne alan Federal Konsey, bu düşünceden vazgeçmiştir. Tasarı'da ise CPC m.224'e 1bis fıkrası eklenmiş; burada Kanun'da aranan aynı yargılama usulüne tâbi olma şartı Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre: "*Karşı dava şu durumlarda da kabul edilir ve asıl dava ile birlikte olağan yargılama usulünde karara bağlanır:*

(a) *Asıl talep olağan yargılama usulüne tâbi iken karşı dava olarak ileri sürülen talebin yalnızca uyuşmazlık konusunun değeri itibariyle basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olması.*

(b) *Karşı davanın (talebin) bir hakkın veya hukuki ilişkinin yokluğunun tespitine ilişkin olup; asıl davanın (talebin) bu hak veya hukukî ilişkiden kaynaklanan iddianın bir kısmına ilişkin olması ve bu nedenle yalnızca dava konusunun değeri nedeniyle basitleştirilmiş yargılamaya tâbi olması."*

Görüldüğü gibi, Tasarı ile (a) bendinde getirilen düzenleme, öğretilerde bazı yazarlar tarafından savunulan görüşün kanunlaştırılmasına yöneliktir. Federal Mahkeme, yukarıda anılan kararında konuya değinmiş, ancak herhangi bir görüş bildirmemiştir. Maddenin (b)

¹⁴⁷ Tappy, Commentaire CPC, art. 224 no.14; Leuenberger, ZK ZPO, art. 243 no.14.

¹⁴⁸ ATF 143 III 506.

bendinde yer verilen düzenleme ise Federal Mahkeme'nin kararının kanunlaştırılması isteğinin bir yansımasıdır. Bununla birlikte öğretide, Tasarı ile yalnızca yargılama usullerinin değer sınırlarından doğan sorunlara çözüm arandığı; oysa önemli olanın, yargılama usulleri arasında bir koordinasyon sağlanması olduğu, bu yönüyle Tasarı'nın Kanunun uygulanabilirliğine katkıda bulunmadığı ileri sürülmektedir.¹⁴⁹

C-) KARARIN İCRASININ DURDURULMASI

İsviçre hukukunda istinaf, hükmün icrasını durdurma etkisini haiz iken, itiraz (*recours, Beschwerde*) bu etkiden yoksundur. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin verdiği bir karara karşı istinafa başvurulması hâlinde, ilk derece mahkemesi kararı kural olarak icraya konulamayacaktır. Buna karşılık söz konusu karara karşı itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulması hâli ise hükmün icrasını kural olarak kendiliğinden durdurmayacaktır.

Kural böyle olmakla birlikte, kanun koyucu ilâmların icrasının etkinliğinin artırılması düşüncesiyle bazı özel düzenlemeler sevk etmiştir. Şöyle ki, CPC m.236/3'e göre kararı veren mahkeme, davayı kazanan tarafın talebi üzerine kararın icrasına yönelik tedbirleri alacaktır. Bu durumda karar derhâl (istinaf beklenmeksizin) ve doğrudan doğruya icra edilebilecektir (CPC m.337/1).

Davayı kaybeden tarafın itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurusu hâlinde itiraz (*recours, Beschwerde*) mahkemesi hükmün icrasını durdurabilecektir (CPC m.325/2). Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin hükmün doğrudan icrasına karar vermesi durumunda ise, hükmün icrası ancak davayı kaybeden tarafça CPC m.337/2 çerçevesinde ve CPC m.341'deki sınırlı nedenlere dayanarak infaz (icra) mahkemesine başvurulmak suretiyle sağlanabilecektir.

Uygulamada her iki durumda da icranın durdurulması kararının geç verilebildiği, bu nedenle de davayı kaybeden tarafın hak kaybına uğradığı örneklerle karşılaşılmaktadır. Tasarı'da ise davayı kaybeden tarafın bu tür tehlikelere karşı korunması amacıyla CPC m.236'ya dördüncü fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra uyarınca, ka-

¹⁴⁹ Bohnet/Schaller, s.202.

rarı veren mahkeme, davayı kaybeden tarafın telafisi zor bir zarara uğrama riski varsa, onun talebi üzerine veya re'sen, hükmün icrasını itiraz (*recours, Beschwerde*) mahkemesinin kararına veya itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvuru süresinin sonuna kadar durdurabilecektir. Eğer gerekli ise mahkeme, geçici korumalara veya teminat gösterilmesine karar verebilecektir.¹⁵⁰

Tasarı'da getirilen bu düzenleme ile, Tasarı'yı hazırlayanlar, davayı kaybeden tarafa ilk derece mahkemesine başvurarak hükmün icrasını durdurma imkânını tanımak suretiyle silâhların eşitliği ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlamışlardır.¹⁵¹

Federal Konsey, aynı sakıncanın nihai karar ile gerekçeli kararın yazılması arasında geçen süre bakımından da söz konusu olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle de Tasarı ile CPC m.239/2 *bis'* de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, telafisi zor bir zarara uğrama riski bulunan taraf, mahkemeden, gerekçeli kararın yazımı için öngörülen süre boyunca, hükmün icrasının durdurulmasını isteyebilir. Eğer gerekli ise mahkeme, geçici korumalara veya teminat gösterilmesine karar verebilir.

XI. MAHKEMENİN ESASA İLİŞKİN KARARI OLMAKSIZIN DAVANIN SONA ERMESİ

A-) BÖLÜM BAŞLIĞININ DEĞİŞTİRİLMESİ

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 241 ve 242.maddelerinde yargılamanın feragat, kabul ve sulh ile sona ermesi halleri düzenlenmektedir. CPC m.241/2'ye göre, sulh, kabul ve feragat hâlinde dava bu işlemler ile doğrudan, yani mahkemenin esas hakkında hüküm vermesine gerek olmaksızın sona erecektir. Bu işlemlerden birinin varlığı hâlinde mahkeme, esas hakkında bir karar vermeyecek; -normal olarak CPC m.104 vd. uyarınca yargılama giderlerinin dağılımını içeren- şekli bir kararla davayı sona erdirecektir (davayı kapatacaktır) (CPC m.241/3).

¹⁵⁰ Tasarı'da yer alan hüküm, Ön Tasarı'ya göre bazı noktalarda farklılık göstermektedir. Şöyle ki, ilk olarak, Ön Tasarı'da hükmün icrasının durdurulmasına yalnızca talep üzerine karar verilebileceği düzenlenmekteydi. Ayrıca Ön Tasarı'da yer alan hükümde yalnızca "hükmün icrasının istisnai olarak durdurulacağı" belirtilmekte olup, buna ilişkin herhangi bir kıstasa yer verilmemişti.

¹⁵¹ *Message*, FF 2020, s. 2668.

Mahkemenin vereceği bu kararın, hukukî niteliği bakımından bir “yargısal karar” olmadığı kabul edilmektedir.¹⁵² Kanun koyucu da bu düşünce ile bölümün başlığını “*Karar olmaksızın yargılamanın sona ermesi*” olarak belirlemiştir. Ancak Federal Konsey, mahkemenin burada yaptığı işlemin “karar” olduğundan hareket etmiş ve bu nedenle de bölümün başlığını “*Esasa ilişkin karar olmaksızın yargılamanın sona ermesi*” şeklinde değiştirmiştir.¹⁵³

B-) DAVANIN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURULMASI

CPC m. 241/2’e göre sulh, kabul ve feragat ile dava sona erecek (“kapanacak”); mahkeme bunun üzerine davanın sona erdiğine karar verecektir.

Kanunda tarafların yaptıkları bu işlemlere karşı istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Maddenin gerekçesinde ise burada bir mahkeme kararı mevcut olmadığı için bunlara karşı istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir.¹⁵⁴ Bununla birlikte CPC m.328/1 uyarınca feragat, kabul veya sulhün geçerli olmadığı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir.

Mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararına karşı kanun yollarına başvurulabilip başvurulamayacağı hususunda da Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada öğretideki ağırlıklı görüş, mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararının bir yargısal karar niteliği taşımadığı için buna karşı kanun yoluna başvurulamaması gerektiği yönündedir.¹⁵⁵ Federal Mahkeme de yargılama giderlerine ilişkin kısmı hariç, bu karara karşı kanun yollarının açık olmadığına karar vermiştir.¹⁵⁶

Federal Konsey’e göre ise öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen ve Federal Mahkeme’nin de benimsediği görüş tatmin edici değildir. Bu

¹⁵² Hohl, t. I, s.399.

¹⁵³ Aynı düşünceyle CPC m.242/2’de de bir değişiklik yapılmıştır.

¹⁵⁴ *Message CPC*, s. 6987.

¹⁵⁵ Laurent Killias, *Berner Kommentar*, art. 241 no: 28; Oberhammer, *Basler Kommentar*, art. 241 no.6.

¹⁵⁶ ATF 139 III 133.

noktada Federal Konsey, şekli eksikliklerin (örneğin tutanakta imzanın bulunmaması), uyuşmazlığın sulhe elverişli olmaması veya sulh sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olması gibi birçok hukuka aykırılığın söz konusu olabileceğini, bu durumlarda mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararının da hukuka aykırı bir temele dayanacağını düşünmektedir. Bu nedenle de Ön Tasarı ile CPC m.241'e dördüncü fıkra eklenerek davanın sona ermesine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde, söz konusu teklife karşı çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştirilerin temel gerekçeleri, yargılamanın yenilenmesine başvuru süresinin daha uzun olduğu, ayrıca bu çerçevede irade sakatlığının aynı mahkeme tarafından inceleneceği, böylece de uygulamada yargılamanın yenilenmesinin bu bakımdan tatmin edici olduğudur.¹⁵⁷ Bununla birlikte Federal Konsey bu düşüncesinden geri adım atmamış ve Tasarı ile CPC m. 241/3'de ikinci cümle olarak aynı düzenlemeye yer vermiştir.

XII. BASİT YARGILAMA

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 248 vd. maddelerinde basit yargılama usulü düzenlenmektedir.

Tasarı ile, basit yargılama usulünün uygulama alanı bakımından dört değişiklik yapılmaktadır.

İlk olarak dernek yapısında eksiklikler bulunması hâlinde alınacak tedbirler (CC m. 69c) basit yargılama usulünün uygulama alanına dâhil edilmiştir.

İkinci olarak, CPC m.250 (c)-6'da düzenlenen "*seçilen organların yokluğu ve üye sayısının yetersiz olması durumunda süre verilmesi*" hâli, "*şirket veya kooperatif yapısında eksiklikler bulunması hâlinde alınacak tedbirler (CO m.731b, 819 ve 908)*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu durum "*denetçilerin atanması ve görevden alınması*"nı da içerdiği için, bu sebebin düzenlendiği 11.bent yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun haricinde aynı maddenin 14. bendinde "*bir şirketin ticaret sicilinden silinmesi (CO m. 938a/2)*"ne yer verilerek bu durum da basit yargılama usulünün uygulama alanına dâhil edilmiştir.

¹⁵⁷ *Synthèse consultation*, s. 42-43.

XIII. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR

CPC m. 266' da bir periyodik medya organına¹⁵⁸ karşı geçici hukukî koruma kararı verilmesinin şartları düzenlenmekte olup; burada kanun koyucu daha sınırlı şartlar belirleme yoluna başvurmuştur. Buna göre; (a) yakın bir ihlâl özellikle önemli bir zarara neden olabilecekse, (b) ihlâl açıkça haklı değilse ve (c) tedbir ölçüsüz değilse, mahkeme geçici hukukî korumaya karar verebilecektir.

CPC m.266'daki düzenleme, aslında CC m.28c'den aynen alınmış¹⁵⁹ olmakla birlikte, iki metin arasında bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; CC m.28c'de ihlâl'in "*mevcut veya yakın*" olması şartı aranmışken, CC m.266'da yalnızca "*ihlâl'in yakın olması*" ibaresine yer verilmiştir. Federal Konsey, bu durumu kanun koyucunun bir hatası olarak değerlendirmiş¹⁶⁰ ve maddedeki ibareyi "*(a) mevcut veya yakın bir ihlâl'in özellikle önemli bir zarara neden olabilecek olması*" şeklinde değiştirmiştir.

XIV. İSTİNAF

A-) KATILMA YOLUYLA İSTİNAF

1-) Katılma Yoluyla İstinaf Başvurusunun Asıl Başvuru Nedeniyle Reddi

CPC m.313'de, katılma yoluyla istinaf başvurusunun reddedilmesi gereken üç hâl düzenlenmektedir Bunlardan biri, "*asil başvurusunun açıkça temelden yoksun bulunması*"dır (CPC m. 313/2 b).

Öğretide, maddede yer alan bu hükmün tutarsız olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü CPC m.312/1'e göre istinaf başvurusu, açıkça, temelden yoksun ise veya dinlenebilir değilse, cevap dilekçesini hazırlaması için karşı tarafa gönderilmeyecektir. Hâl böyle olunca da bu durumda zaten katılma yoluyla istinaf başvurusu mümkün olamayacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁸ Bir medya organı düzenli sayılabilecek aralıklar ile yayın yapıyor ve yayınları aynı kitleye ulaşıyorsa periyodik medya organı olarak nitelendirilebilecektir. Kezâ maddede sözü geçen "medya" kavramı da geniş şekilde değerlendirilecektir. Buna göre, metin, resim veya bunların bileşimiyle halka bilgi yayan her organizma (organisme) medya olarak kabul edilecektir. Bkz Bohnet, Commentaire CPC, art.266 no.5-6; Grégory Bovet/ Pascal Favrod-Coune, Petit Commentaire, art. 266 no: 3-7.

¹⁵⁹ Message, FF 2008, s. 6964.

¹⁶⁰ Message, FF 2020, s. 2672.

¹⁶¹ Jeandin, Commentaire CPC, art. 313 no.10.

Federal Konsey, öğretideki bu görüşü göz önüne almış ve bu durumu kanun koyucunun dikkatsizliğinin bir ürünü şeklinde değerlendirerek Tasarı'da, CPC m.313/2 b'de yer verilen hükmü yürürlükten kaldırmıştır.

2-) Basit Yargılama Usulünde Katılma Yoluyla İstinaf Başvurusu Yapılamaması Kuralına İstisna Tanınması

Basit yargılama usulünde istinafa başvuruyu düzenleyen CPC m.314'ün ilk fıkrasında, istinafa başvuru süresi ve istinafa cevap süresi 10 gün olarak belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise basit yargılama usulüne tâbi olan davalarda katılma yoluyla istinafa başvurulamayacaktır.

Bu düzenleme, özellikle basit yargılama usulüne tâbi olan, evliliğe ilişkin bazı iş ve davalar bakımından [evlilik birliğini koruyucu tedbirler (CPC m.271), boşanma davasında ihtiyati tedbirler (CPC m.276), çocuklara ilişkin bazı davalar (CPC m.302), kayıtlı partönerliğine ilişkin davalar (CPC m.305)] öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştirilere göre, bu davalarda katılma yoluyla istinafın engellenmesi nedeniyle özellikle karmaşık hallerde, stratejik olarak, bağımsız istinaf başvuruları yapılacak olup; bu durum bir yandan iş yükünün çok artmasına, diğer yandan tarafların uzlaşma isteklerinin azalmasına neden olacaktır.¹⁶²

Federal Konsey bu eleştirileri göz önüne almış ve CPC m.314/2'de düzenlenen katılma yoluyla istinafa başvurma yasağına istisna getirilmesini teklif etmiştir. Buna göre, CPC m.271, 276, 302 ve 305'de düzenlenen aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar haricinde katılma yoluyla istinafa başvurulamayacaktır.

Ön Tasarı'da Federal Konsey, basit yargılama usulüne ilişkin davalarda istinafa başvurma süresinin, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından 30 güne çıkarılmasını önermiştir. Ancak Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde, bu öneri, basit yargılama usulüne tâbi davaların uzamasına ve karmaşık bir hâle gelmesine neden olacağı gerekçesiy-

¹⁶² Roland Fankhauser, "Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung", *FamPra.ch* 2004, s.50 vd.

le eleştirilere maruz kalmıştır. ¹⁶³ Bunun üzerine Federal Konsey, bu öneriden geri adım atmış ve Tasarı'da bu değişikliğe yer vermemiştir.

B-) İSTİNAFIN ERTELEYİCİ ETKİSİ

İstinafin erteleyici etkisi kenar başlıklı CPC m.315'in ilk fıkrasına göre istinaf yoluna başvuru, kararın şekli anlamda kesinleşmesini ve icra edilebilirliğini erteleyecektir. Bununla birlikte istinaf mahkemesi, kararın derhâl icra edilmesine izin verebilecektir (CPC m.315/2).¹⁶⁴

CPC m.315/3'de, "*istinaf başvurusunun bir inşaî hükme karşı yapılması durumunda, erteleyici etki bertaraf edilemez*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Böylece kanun koyucu, bir inşaî hükme karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda, istinaf mahkemesinin hükmün derhâl icrasına karar vermesinin önüne geçmiştir. Öğretide hükmün kaleme alınış şeklinin inşaî hükümler bakımından yanlış bir algıya yol açtığı gerekçesiyle eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirilere göre, maddedeki düzenleme, sanki inşaî hükümler aslında icraya elverişli olmalarına karşın bunun kanun tarafından engellendiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Oysa inşaî hükümler zaten nitelikleri gereği icraya elverişli değildirler. ¹⁶⁵ Federal Konsey de bunu göz önüne alarak maddedeki hükmü, "*bir inşaî karar hakkındaki istinaf her zaman erteleyici etkiyi haizdir*" şeklinde değiştirmiştir. Dolayısıyla burada, esasa ilişkin olmayan, yalnızca maddenin lâfzını hedef alan bir değişiklik söz konusudur.

CPC m.315/4'de istinafin erteleyici etkiye sâhip olmadığı kararlar düzenlenmektedir. Buna göre cevap hakkına (CC m. 28g ve 28l)¹⁶⁶ ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin kararlara karşı yapılan istinaf başvurusu, erteleyici etkiyi haiz değildir. Tasarı ile bunlara iki bent daha eklen-

¹⁶³ *Synthèse des résultats de la consultation*, ch. 5.45

¹⁶⁴ Bu durumda mahkeme, gerekli hâllerde geçici hukukî korumalara ve teminat gösterilmesine karar verecektir (CPC m. 315/2 c.2).

¹⁶⁵ *Message*, FF 2020, s. 2679.

¹⁶⁶ CC m.28g'ye göre özellikle basın, radyo ve televizyon olmak üzere periyodik yayınlanan medya organlarında yapılan sunumlardan kişiliği doğrudan etkilenen kişi, cevap hakkına sâhiptir. Cevap hakkı sâhibi, ilgili sunumu öğrenmesinden itibaren 20 gün, en geç sunumun yayınından itibaren üç ay içinde cevap metnini işletmeye göndermek zorundadır (CC m. 28i/1). İşletme, cevap hakkı sâhibini, cevabını ne zaman yayınlayacağı veya bunu neden reddettiği hakkında derhâl bilgilendirir (CC m. 28i/2). İşletme, cevap hakkının icrasını engeller, yayınlamayı reddeder veya gerektiği gibi uygulamazsa cevap hakkı sâhibi mahkemeye başvurabilir (CC m. 28l).

mektedir. Bu bağlamda, CPC m. 315/4'e eklenen (c) ve (d)'ye göre, borçlulara bildirim¹⁶⁷ ve nafakayı (*contribution d'entretien*)¹⁶⁸ garanti altına almak için teminat gösterilmesine ilişkin kararlar bakımından da istinafaın erteleyici etkisi söz konusu olmayacaktır.

C-) İSTİNAFTA YENİ VAKIA VE DELİL İKAMESİ

İstinafta yeni vakia ve delil ileri sürülmesi CPC m.317/1'de düzenlenmektedir. Buna göre yeni vakia ve deliller, gecikmeden ileri sürülmeleri veya tarafın, gerekli özeni göstermesine rağmen ilk derece yargılamasında ileri sürememesi şartıyla göz önüne alınabilecektir.

İlk derece yargılamasına ilişkin olarak da CPC m.229'da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna karşılık, söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkemenin duruşmalar başlayıncaya kadar yeni vakia ve delilleri kabul edebileceği belirtilmektedir.

İki düzenleme arasındaki temel fark, CPC m.229'da (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara ilişkin olarak yer verilen hükümün, istinafa ilişkin CPC m.317/1'de mevcut olmamasıdır. Bu durum karşısında öğretilerdeki ağırlıklı görüş, (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada verilen karara karşı istinafa başvurulması hâlinde CPC m.229'un kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir.¹⁶⁹ Buna karşılık, azınlıkta kalan yazarlar, CPC m.317/1'in lâfzı karşısında böyle bir yorumun mümkün olamayacağını savunmaktadırlar.¹⁷⁰ Federal Mahkeme ise 2012 tarihli bir kararında, iki düzenlemenin uygulama alanının farklı olduğundan hareket etmiş ve istinafta, CPC m.317/1'de,

¹⁶⁷ CC m.132 uyarınca, borçlu nafakayı ödemezse, hâkim, borçlunun borçlularına, ödemelerini alacaklıya yapmaları bildiriminde bulunabilecektir. CC m.177'ye göre eşlerden biri aile birliğinin giderlerine katılma borcunu yerine getirmezse mahkeme, borçlunun borçlularına ödemelerini diğer eşe yapmaları bildiriminde bulunabilecektir. CC m.291'e göre anne ve baba çocuğun bakımını sağlamaktan kaçınırlarsa mahkeme, onların borçlularına ödemelerini çocuğun kanunî temsilcisine yapmaları bildiriminde bulunabilecektir.

¹⁶⁸ İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda "*contribution d'entretien*" (nafaka) kavramı, hem iştirak nafakasını (örneğin CC m. 133) hem de yoksulluk nafakasını (örneğin CC m. 125) içine alacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁶⁹ Nicolas Jeandin, Code de procédure civile commenté, 2011, art.317 no.4; Karl Spühler, Basler Kommentar, 2010, art. 317 no. 7.

¹⁷⁰ Denis Tappy, "Les voies de droit du nouveau code de procédure civile", *JdT*, 2010 III s.139; Hohl, t.II, s.437.

konunun açıkça düzenlendiği, bu nedenle de CPC m.229'un kıyasen uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁷¹

2012 yılından sonra birçok kanton mahkemesi kararında, sınırlı (sosyal) re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ile mutlak re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar arasında ayırım yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu kararlarda, mutlak araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, istinaf aşamasında da duruşmalar başlayıncaya kadar yeni vakıa ve delillerin kabul edileceği bildirilmiştir.¹⁷² Federal Mahkeme de 2018 yılında verdiği bir kararda aynı ayırımı benimsemiştir. Federal Mahkeme'ye göre, mutlak araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından CPC m.317/1'in lâfzı ile sınırlı kalınmamalı, CPC m.229 istinaf incelemesi bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.¹⁷³

Tasarı ile, CPC m.317'de *1bis* fıkrası ihdas edilmiştir. Burada yer verilen hükme göre ise, mahkemenin vakıaları re'sen araştırmak zorunda olduğu hâllerde istinaf mahkemesi, yeni vakıa ve delilleri duruşmalara kadar kabul edecektir. Görüldüğü gibi burada da öğretilerdeki ağırlıklı görüş ile Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin son kararındaki çözüm benimsenmiş olmaktadır.

D-) İSTİNAF VE İTİRAZDA (RECOURS, BESCHWERDE) GEREKÇELİ KARARIN SONRADAN VERİLEBİLMESİ

İsviçre hukuku'nda ilk derece mahkemesinin nihai kararının taraflara bildiri CPC m.239'da düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, kararın yazılı hüküm fıkrasını kısmını sözlü özet bir gerekçe ile birlikte duruşmada veya yazılı hüküm fıkrasını tebliğ suretiyle, yazılı gerekçe olmaksızın taraflara bildirebilir (CPC m.239/1). Kararın taraflara bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde taraflardan biri talep ederse, taraflara kararın yazılı gerekçesi verilecek; gerekçenin talep edilmemesi durumunda ise tarafların istinaf veya temyize başvurmadan vazgeçtikleri kabul edilecektir (CPC m.239/2).

¹⁷¹ ATF 138 III 625.

¹⁷² Basel Kanton Mahkemesi, 24.01.2012, 400 2011 193; Zürih Kanton Mahkemesi, 20.08.2014, LY140011-O. Bu kararlar için bkz *Message*, FF 2020, s. 2680.

¹⁷³ ATF 144 III 349.

İstinaf ve itiraz (*recours, beschwerde*) bakımından ise kanun koyucu özel düzenlemelere yer vermiştir. Şöyle ki, CPC m.318/2'ye göre istinaf mahkemesi, kararını taraflara yazılı bir gerekçe ile bildirecektir. Aynı düzenleme itiraz (*recours, beschwerde*) bakımından da CPC m. 327/5'de yer almaktadır.

Bunların haricinde konuya ilişkin bir başka hüküm Federal Mahkeme Hakkında Kanun (*Loi sur le Tribunal Fédéral*¹⁷⁴-LTF) m.112'dedir.¹⁷⁵ Buna göre, Federal Mahkeme önünde itiraza (*recours, beschwerde*) konu olabilecek kararlar, taraflara yazılı olarak tebliğ edilecektir (LTF m.112/1). Ancak kanton hukukunun kabul etmesi durumunda mahkeme, kararını gerekçesiz olarak tebliğ edebilir. Bu durumda taraflar 30 gün içinde gerekçeli kararın tebliğini talep edebileceklerdir (LTF m.112/2).

CPC m. 239 ile CPC m. 318/2'nin kaleme alınış şekli, öğretide iki farklı görüşün ileri sürülmesine neden olmuştur. Öğretideki ilk görüş, CPC m.318/2'de kararın sonuç kısmının gerekçesiz olarak taraflara bildirilmesini engelleyen bir ibare bulunmadığını, dolayısıyla hüküm sonucu bildirildikten sonra gerekçenin sonradan yazılabileceğini ileri sürmektedir.¹⁷⁶ Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise kararın taraflara yazılı ve gerekçeli olarak bildirilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁷ Federal Mahkeme de, CPC m.318/2'de yer alan düzenlemenin, istinaf mahkemesinin önce kararın sonuç kısmını taraflara bildirdikten sonra gerekçeli kararın yazılmasını engellemediğine karar

¹⁷⁴ RO 2006 1205.

¹⁷⁵ LTF m. 112/1'e göre Federal Mahkeme önünde itiraza (*recours, beschwerde*) konu olabilecek kararlar, taraflara yazılı olarak tebliğ edilecek olup bu kararlar; tarafların talepleri, ileri sürülen vakıalar, sunulan deliller ve dosyadaki belgelerden anlaşılmasında hâlinde tarafların tespitleri, uygulanan hukukî düzenlemeler, hüküm sonucu ile kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağına ilişkin bilgiyi içerecektir. Kanton hukukunun öngörmesi durumunda mahkeme, kararını, gerekçesiz olarak tebliğ edebilecek olup; bu durumda taraflar 30 gün içinde gerekçeli kararın tebliğini talep edebileceklerdir (LTF m. 112/2). Hakkında itiraz (*recours, beschwerde*) yoluna başvuru karar LTF m.112/1'deki özellikleri taşıyorsa Federal Mahkeme, kararı kanton nezdindeki merciye geri gönderip eksikliklerin tamamlanmasını isteyebilir veya kararı bozabilir (LTF m. 112/3). Federal mercilerin Federal Mahkeme'ye itiraz (*recours, beschwerde*) başvurusunda bulunma hakkını haiz olduğu hâllerde, Federal Konsey, hangi kararların federal mercilere tebliğ edileceğini belirleyecektir (LTF m.112/4).

¹⁷⁶ Martin Sterchi, Berner Kommentar, art. 318 no: 19; Christoph Leuenberger, "Die neue Schweizerische ZPO: die Rechtsmittel", *Revue de l'avocat*, 11/2008, s.335 vd.

¹⁷⁷ Haldy, s.15.

vermiştir. Mahkeme'ye göre aksi yorum, yargılama yönetiminin hızlılığı ve hukuk güvenliği ile örtüşmeyecektir.¹⁷⁸

Tasarı ile, Federal Mahkeme'nin bu kararı doğrultusunda CPC m.318/2 ve m.327/5 yürürlükten kaldırılmaktadır. Bu durumda ilk derece yargılamasına ilişkin CPC m.239/1 burada da kıyasen uygulanacaktır. Böylece istinaf mahkemesi, kararın hüküm fıkrası kısmını sözlü özet bir gerekçe ile birlikte duruşmada veya hüküm fıkrasını tebliğ suretiyle, yazılı gerekçe olmaksızın taraflara bildirebilecektir. Böylece CPC m.318/2 ve 327/5'deki düzenlemelerin neden olduğu görüş ayrılıklarına son verilmek istenmiştir. Bunların yanı sıra, biraz önce değindiğimiz LTF m.112/2 ise yürürlüğünü muhafaza etmektedir.¹⁷⁹

XV. MAHKEME KARARLARININ İCRASI

İsviçre hukukunda hangi kararların icra edilebilir nitelikte oldukları CPC m.336'da düzenlenmiştir. Buna göre şekli anlamda kesinleşen ve mahkemenin icrasını durdurmadığı kararlar ile şekli anlamda kesinleşmeyen ancak mahkemenin derhâl icrasına hükmettiği kararlar, icra edilebilir niteliktedir (CPC m.336/1).

Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak uygulamada en fazla tereddüt edilen hususlardan biri, gerekçesiz olarak taraflara bildirilen kararların durumudur. Tasarı ile bu tereddüt ortadan kaldırılmak istenmiş ve bu amaçla CPC m.336/3 sevk edilmiştir. Buna göre, gerekçesiz olarak bildirilen bir karar, buna karşı başvurulacak kanun yolunun erteleyici etkiyi haiz olmaması ve mahkemenin icrasını durdurulmaması hâlinde icra edilebilecektir.

Öğretide ise bu düzenleme, kararın icra edilebilirlik niteliğini kazandığı an bakımından eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilere göre, gerekçe talep etme süresinin sona erdiği günün veya gerekçenin tebliğ edildiği günün esas alınması daha uygun olacaktır.¹⁸⁰

¹⁷⁸ ATF 142 III 695.

¹⁷⁹ Federal Konsey, 2018 yılında Federal Mahkeme Hakkında Kanun'a ilişkin olarak hazırlanan Tasarı'da LTF m.112/2'nin yürürlükten kaldırılmasını teklif etmiş olsa da Federal Meclis'te *Conseil national* bu teklifi reddetmiştir. Bkz *Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)*, FF 2018, s. 4755.

¹⁸⁰ Bohnet/Schaller, s.215.

XVI. TAHKİM

CPC m.372/2, tarafların ayrı talebi hem tahkim hem de devlet yargısında ileri sürmeleri ihtimalini düzenlemektedir. Buna göre, böyle bir durumda ikinci talebin ileri sürüldüğü merci, ilk talebin ileri sürüldüğü mercinin yetki hakkında vereceği karara kadar yargılamayı re'sen erteleyecektir.

Öğretide bu hükmün, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (*Loi fédérale sur le droit international privé-LDIP*) m.186/1 de düzenlenen "*hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi*" kuralı ile çeliştiği ileri sürülmüştür.¹⁸¹ Kezâ CPC m.61/1 (b) uyarınca devlet mahkemesi, ancak tahkim sözleşmesi açıkça geçersiz veya uygulanabilir nitelikte değilse yetkili olduğuna karar verebilecektir.¹⁸²

Tasarı ile, Federal Konsey, bu düzenlemeler arasındaki çelişkileri ortadan kaldırmak için CPC m.372/2'de yer alan hükmün yürürlükten kaldırılmasını teklif etmiştir. Böylece artık hakem heyeti, devlet mahkemesinin tahkim sözleşmesinin açıkça geçersiz olması veya uygulanabilir nitelikte olmaması nedeniyle yetkili olduğuna karar verinceye kadar yargılamayı durdurmak zorunda kalmayacaktır.¹⁸³

SONUÇ

Görüleceği üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundan sadece 9 ay önce yürürlüğe girmiş bulunan ve dolayısıyla 10 yıldır uygulanmakta olan İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda değişiklik yapılması için harekete geçilmiş ve 26/02/2020 tarihli Tasarı hazırlanmıştır. Bu Tasarı'da İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 55 maddesinde değişiklik yapılması önerilmektedir ki, bu öneri Kanun'un %10'dan fazlasına müdahale edildiği anlamına gelmektedir.

Söz konusu değişiklik isteği hiç de şaşırtıcı değildir. Zira "*kanunlar canlı organizmalar gibidir; hükümleri zaman içinde eskiyip ihtiyaçlara cevap veremeyebileceği ya da yeni ihtiyaçları karşılayamayabileceği gibi daha baştan itibaren bazı hükümleri itibariyle tartışmalara sebebiyet verebilir.*"¹⁸⁴ İsviçre

¹⁸¹ Christoph Hurni, Berner Kommentar, art.61 no. 12; Christoph Müller, Zürcher Kommentar, art. 372 no 38.

¹⁸² Message CPC, s. 7005.

¹⁸³ Message, FF 2020, s. 2683.

¹⁸⁴ Selçuk Öztekin/Sema Taşpınar Ayvaz/Serdar Kale, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi", *TBB*, 149, s.77 vd., özellikle s. 92.

Medeni Usul Kanunu da on yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır ve her ne kadar genel değerlendirme olumlu ise de, yapılan bilimsel çalışmalardan ve verilen mahkeme kararlarından anlaşılan odur ki, bazı hükümleri uygulamada ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir.¹⁸⁵

Bu ihtiyaç aslında ülkemizde de gündeme gelmiş ve 22 Temmuz 2020 kabul tarihli 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 47 maddesinde değişiklik yapılmıştır.

İsviçre Tasarı'sına yöneltilen eleştirilerden biri de bu belgenin İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun asıl değiştirilmesi gereken birçok hükümüne hiç dokunmadığı yönündedir. Herhalde bütün değişikliklerin ve değişiklik önerilerinin akıbeti aynıdır. Nitekim ülkemizde de 7251 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin, birkaçı hariç hiç de gerekli olmadığı ileri sürülmüştür.

Bu açıdan bakıldığında takdir kanun koyucunundur ve bu takdir doğrultusunda uygulama yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, band I, Stämpfli, Bern 2012.
- Bohnet François, Procédure civile, 2. Éd., Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philipp/Tappy Denis, Commentaire Romand, Code De Procédure Civile, 2. Éd., Helbing Lichtenhahn, 2018.
- Bohnet François/Dupont Anne Sylvie, 10 ans de Code de procédure civile, Helbing Lichtenhahn, Basel 2020
- Chabloz Isabelle/Dietschy-Martener Patricia/Heinzmann Michel, Petit Commentaire CPC, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- Haldy Jacques, Procédure civile suisse, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civile, 2. éd., Stampfli, 2015.
- Jeandin Nicolas, Code de procédure civile commenté, 2011.
- Jeandin Nicolas/Peyrot Aude, Précis de procédure civile, Schulthess, 2015.
- Rüetschi David, Kommentar Patentgerichtsgesetz, Calame/Hess-Blumer/Stieger (éd.), Basel 2013.
- Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Éd., Helbing Lichtenhahn, Basel 2017.

¹⁸⁵ 10 yıllık uygulamanın genel olarak ve maddeler düzeyinde başarı durumu ve sonuçları hakkında bkz François Bohnet/Anne Sylvie Dupont, 10 ans de Code de procédure civile, Basel 2020.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.Auflage, 2016.

Wuffli Daniel, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015.

Makaleler

Binder Andreas/Gutzwiller Roman S, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, s. 171-176.

Bohnet François/Schaller Julitte, “Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence”, *La Semaine judiciaire- doctrine*, 2020 II, s.189 vd.

Bohnet François/Mariot Sandra, “La vidéoconférence et le projet de révision du CPC”, *RSPC 2020*, s.179-194.

Fankhauser Roland, “Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, *FamPra.ch* 2004, s.50 vd.

Leuenberger Christoph, “Die neue Schweizerische ZPO: die Rechtsmittel”, *Revue de l’avocat*, 11/2008, s.335 vd.

Oural Miguel, “L’[in]effectivité du secret professionnel-Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans lesprocédures?”, *RSDA*, 2019, S. 126, s. 126-134.

Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz Sema/Kale Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi”, *TBB*, 149, s.77 vd

Schmid Hans, “Privatgutachten im Zivilprozess”, *RSJ* 2016, s. 527

Tappy Denis “Les voies de droit du nouveau code de procédure civile”, *JdT*, 2010 III s. 115-164.

Trezzini Francesco/BohnetFrançois, “L’Expertise privée selon l’ATF 141 III 433: Une Preuve imparfaite issue d’un concept imparfait”, *RDS* 2017/1, s. 367-374.

Vouilloz François, “Le témoignage écrit”, *RVJ* 2016, s. 343 vd.

Resmî Belgeler

Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral, Bern 2013

Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF 2018.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l’application du droit), FF 2020.

Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l’applicabilité).

Synthèse des résultats de la procédure de consultation: Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l’applicabilité).

İnternet Kaynakları

<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf>.

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.