

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
KISALTMALAR.....	I
KAYNAKÇA.....	III
ÖZET.....	VI
ABSTRACT.....	VII
GİRİŞ.....	1
§1-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMANIN TANIMI.....	5
§2-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMANIN UNSURLARI	5
A-USUL KURALLARINA UYULMAMASI GEREKİR	5
I-DELİLLER KONUSUNDA.....	6
1-TÜM DELİLLERİN TOPLANMAMASI (DELİLLERİN TÜKETİLMEMESİ)	6
2- DELİLLER ARASINDA ÇELİŞKİNİN GİDERİLMEMESİ.....	9
3-TOPLANAN DELİLLER İRDELENMEDEN HÜKÜM KURULMASI.....	10
4-YANLIŞ DELİLE BAŞVURULMASI.....	16
5-DELİL HAKKININ İLGİLİ TARAFA HATIRLATILMAMASI	18
6-İSPAT YÜKÜ KONUSUNDA HATA YAPILMASI	20
II-DAVAYA SONVEREN TARAF USUL İŞLEMLERİNDE.....	22
III-DAVA ŞARTLARINDA	29
IV-SÜRELERDE.....	49
V-DAVA ARKADAŞLIĞINDA	51
VI-DELİL TESPİTİNDE.....	55
VII-KARŞILIK DAVADA.....	56
VIII-HADİSE VE BEKLETİCİ SORUNDA.....	57
IX-DAVAYA MÜDAHELE VE İHBARDA	63
X-İSTİCVAPTA	65
XI-BİRLEŞTİRMEDE	68
XII-İSTİNABEDE	71
XIII-ISLAHDA.....	73
XIV-TAHKİMDE.....	75
B-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA ÖNEMLİ USULE AYKIRILIĞA NEDEN OLMALIDIR	78
C-EKSİK İNCELEME USUL EKONOMİSİNİ İHLAL ETMELİDİR	80
D-EKSİK İNCELEME TARAF VEYA TOPLUM YARARLARINA ZARAR VERMELİDİR	81
E-MADDİ HUKUK KURALLARINA UYULMAMASI GEREKİR	82
§3-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASININ NEDENLERİ	84
A-DAVA SAYISININ VE DOSYALARININ ÇOK OLMASI.....	84
B-HUKUK HAKİMLERİN GEREKEN ÖZENİ GÖSTERMEMESİ	85
C-HUKUK HAKİMLERİNİN YETKİLERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ	87
D-TARAFLARIN VEYA VEKİLLERİNİN TUTUMLARI.....	88
E-YARGITAY KARARLARINDA DURUM.....	90
§4-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASINA KARŞI HALEN YÜRÜRLÜKTE OLAN MEVZUATIMIZA GÖRE KANUN YOLLARI.....	94
A- TEMYİZ.....	95
B- KARAR DÜZELTME.....	98
C- KANUN YARARINA BOZMA	99
D- YARGILAMANIN YENİLENMESİ.....	103
§5-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASINA KARŞI İSTİNAF MAHKEMELERİ FAALİYETE GEÇTİĞİNDE BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI	105

A- İSTİNAF.....	106
B- TEMYİZ.....	109
C- KANUN YARARINA BOZMA	110
D- YARGILAMANIN YENİLENMESİ.....	110
SONUÇ.....	111

GİRİŞ

Maddi anlamda yargılama faaliyeti genel olarak objektif hukuk kurallarının bağımsız mahkemelerce, somut olaya uygulanarak bir karar verilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹. Böyle bir yargılama faaliyetini kabul eden her hukuk sisteminde, taraflarca ileri sürülen maddi vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediklerini tespit etmek ve bunlara dayanarak doğru bir karar verebilmek amaçtır². Yargılamanın amacı, yargılamanın yürüyüş şekli, taraflara ve hakime düşen görevlerin ve yetkilerin neler olduğunun tespiti açısından da önemlidir. Yargılamanın amacının belirlenmesinden sonra, kanun koyucular, belirledikleri amaçtan hareket ederek, hukuk yargılaması düzenini kurmaktadır³.

Günümüzde hukuk yargılamasının amacı konusunda farklı görüşler olmakla⁴ birlikte amacın “adaletli karar vermek” olduğu kabul edilmektedir. Kararın adaletli olması ise, kararın taraflar arasındaki uyumsuzluğu, tarafları tatmin eder biçimde ortadan kaldırılmasının yanında toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması demektir. Bunun için kararın maddi gerçekleri yansıtması ve yapılan yargılamanın ucuz, basit ve çabuk bir yargılama olması gerekir⁵.

Hukuk yargılama düzenimize hakim olan ilkelerden en önemlileri olan “dava malzemesinin taraflarca hazırlanması” ve “tarafların dava üzerinde tasarruf edilebilmesi” ilkelerinin sonucu olarak; her şeyden önce, hukuk hakimi, iki taraftan birinin istemi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve çözümleremez (m.72); kanunun gösterdiği istisnalar dışında hukuk hakimi, her iki tarafı dinlemedikçe veya iddia ve savunmaları bildirmeleri için usule uygun olarak onları çağırmadıkça hüküm veremez (m.73). Yine hukuk hakimi, ilgili kanunlarda belirtilen istisnalar dışında iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlıdır (m.74). İki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia nedenlerini kendiliğinden göz önüne alamaz ve onları taraflara hatırlatacak davranışlarda da bulunamaz (m.75/I); ancak belirsiz ve çelişik gördüğü iddia veya savunma hakkında açıklama isteyebilmesi imkanı vardır (m.75/II).

¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.56.

² Alangoya-Vakıaların ve Delillerin Toplanması; Yılmaz-İslah s.2; Tercan s.39.

³ Yılmaz-İslah s.4; Alangoya-Vakıaların ve Delillerin Toplanması s.84.

⁴ Bkz:örneğin Schönke-Rechtsschutzberüfnis s.13; Gaul s.46-47 haklı olarak usul hukukunun amacının yalnızca özel hakları veya yalnızca objektif hukuk düzenini korumak olduğu yolundaki görüşlere değinmekte ve bunların birbiriyle çatışan ilkeler olmadığını ve dolayısıyla her ikisinin bir arada düşünülmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. (Yılmaz-İslah s.6’dan naklen).

⁵ Yılmaz-İslah s.7; Tercan s.41.

Belirtilen kanun hükümlerine göre hukuk yargılama düzeninde dava üzerinde ağırlıklı bir biçimde tarafların egemen olduğu açıkça görülür. Bu nedenle hukuk hakimi davanın yanlış açıldığı veya davalının savunmasının yanlış olduğunun farkına varsa bile, bunları düzeltmez⁶. Bununla birlikte, medeni yargılama hukukunun tarihi gelişimi göstermektedir ki, yargılamanın, adaletli karar verilmesi amacına ulaşılabilmesi için, tarafların yanında hakime de, ayrıca bir takım yetkilerin verilmesi gereklidir. Nitekim, bu amaçla, hakime çeşitli yetkiler verilmiştir. Örneğin, hakimin tarafları çağırıp onları belirli konularda dinlemesi, onlara soru sorması, tarafların isticvabı, keşif yapılması, bilirkişiye başvurulmasına karar verilmesi, bazı hallerde yemin teklif etmesi gibi hususlar hep bu amaca hizmet etmektedir. Belirtmek gerekir ki, hakimin gerektiğinde kendiliğinden başvurabildiği bu yollarla, yeni bir dava malzemesi oluşturulmamakta, davaya yeni vakıalar sokulmamakta, taraflarca ileri sürülen tartışmalı vakıaların gerçek olup olmadığı araştırılmaktadır⁷.

Hukuk hakimleri önüne gelmiş uyuşmazlığı çözümlenmekle yükümlüdürler. Hakimlerin yargılama sırasında hiç hata yapmadan, usul kurallarının amaçlarına, adalete, maddi ve hukuki duruma uygun, çabuk ve ucuz bir şekilde davayı sonuçlandırmaları gerekir⁸.

Adaletin dağıtımı, yetkisi, kimin elinde bulunursa bulunsun, o kişinin yanılabilmesi her zaman bir olasılık olarak vardır ve karar ne kadar adil olursa olsun, hakkında yargılama yapılanların bu adaletten şüphe etmeleri mümkündür. Diğer bir ifadeyle verilen kararın bir üst mercide denetlenmesini sağlamak önemli bir ihtiyaçtır ve bu usul verilen kararın doğruluğunun adaletli olduğunun sağlamasını yapar. Bu ise şüpheleri yok etmeye ve kişilerin toplumun adalet anlayışının perçinlenmesine yarar⁹. İlk derece adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kararların hukukilik denetimi yürürlükteki mevzuatımıza göre Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Yargıtay, temyiz incelemesi sırasında iki tarafın temyiz dilekçesinde ve cevap layihasında ileri sürdükleri bütün itiraz ve savunmaları dikkate alarak, vereceği kararda her temyiz ve savunma nedeninin, ne için ret veya kabul edildiğini gerekçesiyle bildirir. Yargıtay'ın kararı,

⁶ Yılmaz-İslah s.14; Tercan s.42.

⁷ Tercan s.43.

⁸ Akcan s.1.

⁹ Yılmaz-İstinaf s.16.

temyiz incelemesinden sonra, onama, değiştirerek ve düzelterek onama veya bozma kararı olacaktır¹⁰.

Yargıtay tarafından bozulan kararların büyük bir çoğunluğunda ilk derece mahkemesinin “eksik inceleme”¹¹, “eksik araştırma ve soruşturma”¹², “eksik soruşturma”¹³, “noksan inceleme”¹⁴, “eksik tahkikat”¹⁵ ve “noksan soruşturma”¹⁶ nedeni ile hüküm kurduğu ve araştırmanın ve incelemenin hüküm kurmaya yetmediği belirtilerek ilk derece mahkemelerinin kararları bozulmaktadır. Bu konuda Yargıtay kararlarında kavram birliği yoktur. İncelememizi “eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurma” şeklinde ele aldık.

Bu çalışmamızda, Yargıtay’ın belirtilen gerekçeler ile yaptığı bozma kararlarının usul hukukunun hangi kurumlarında olduğu üzerinde durulmuş ve ilgili kurumlar kısaca açıklandıktan sonra Yargıtay’ın bu kurumlara yönelik eksik inceleme

¹⁰ Akcan s.190.

¹¹ “Hal böyle olunca, yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, ondan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken **eksik inceleme** ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir” Yargıtay 1. HD 28.04.2004 tarih ve 4475/4963 E K sayılı kararı: CORPUS; “Bir kimsenin vatandaşlığı konusunda tereddüt bulunması halinde bunu belirleme yetkisi İçişleri Bakanlığına aittir(TVK.m.39). O halde Raiba mirasçısı Namık ve çocuklarının miras bırakanın ölüm tarihindeki vatandaşlık durumu (Y.2.H.D.'nin 29.9.2003, 10530-12257) kuşkuya yer bırakmayacak biçimde İçişleri Bakanlığından sorulup belirlenmeli ve bozma kararında da açıklandığı üzere cevap geldiğinde tanık beyanları birlikte değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken **eksik inceleme** ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD 21.06.2004 tarih ve 7055/8121 E K sayılı kararı: CORPUS; “Yapılan keşifte suyun debisi tespit edilmekle birlikte, öteden beri köylünün bu sudan yararlanarak suladığı arazi miktarı kayıtlara dayalı olarak belirlenmemiş, davalı köyün uyumsuzluğa konu sudan sadece içme suyu ihtiyacı için yararlandığı saptanmış olmakla birlikte içme suyu ihtiyacının kullanma suyu ihtiyacına göre öncelikli olduğu gözetilmemiş, davalı köyün nüfusu ve bu nüfusa göre zorunlu içme suyu ihtiyacı da resmen araştırılmamıştır. **Eksik inceleme**ye dayalı olarak hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. HD 04.05.2004 tarih ve 3539/4583 E K sayılı kararı: YKD, 2004/8 s. 1202.

¹² “Hal böyle olunca; öncelikle açılan pencere ve yapılan balkonun, komşu parsel sahibine ne gibi bir zarar verdiğinin saptanması, bir zarar doğmuşsa bunun katlanılması gereken ve hoşgörü sınırlarını aşan bir niteliği bulunup bulunmadığının konunun uzmanı bilirkişiler aracılığıyla araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, **eksik araştırma ve soruşturma** ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir” Yargıtay 1. HD 15.01.2003 tarih ve 14298/269 E K sayılı kararı: YKD 2003/7 s.1034.

¹³ “Borçlu sanığın 9.4.2001 tarihli mal beyanı dilekçesinde belirttiği maaşının haczedilebilir kısmı ile eşyalarının takip konusu borcu karşılayıp karşılamadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken böyle bir araştırma yapılmadan yazılı biçimde **eksik soruşturma** ile sanığın beraatine karar verilmesi kanuna aykırı olup..” Yargıtay 16.HD 29.03.2002 tarih ve 2454/2419 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁴ “Mahkemece, olayın iş kazası olmaması nedeni ile Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu belirtilerek görevsizlik kararı verilmişse de bu sonuca **noksan inceleme** ve araştırma ile varıldığından, karar usul ve kanuna aykırı olmuştur.” Yargıtay 21. HD 02.04.2002 tarih ve 1275/2713 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁵ Bkz:Yargıtay 2.HD 04.03.1996 tarih ve 1465/2011 E K sayılı kararı:Kanun 1996/9 s.1516-1517.

¹⁶ “Bu durumda dava dilekçesi davalıya usulüne uygun şekilde tebliğ edilmeden, taraf teşkili sağlanmadan sonuca gidilmiş, **noksan soruşturma**yla karar verilmiştir.” Yargıtay HGK 28.05.2003 tarih 1-388/372 E K sayılı kararı CORPUS.

ve araştırma nedeni ile bozma kararlarından örnekler verilmeye çalışılmıştır. Ancak Yargıtay'ın belirtilen gerekçelerle bozma kararlarının çok olması ve hepsinin çalışmamıza alınması mümkün olmadığından, sadece örnek olarak bazı Yargıtay kararları verilmeye çalışılmıştır.

Konunun kapsamını genişletmemek amacıyla, yalnızca hukuk hakimlerinin eksik inceleme ve araştırma ile hüküm vermesine değindik. Ceza hakimlerinin de verdiği kararlar da aynı gerekçeler ile bozulmaktadır¹⁷

Çalışmamızdaki amaç, hukuk hakimlerinin¹⁸ eksik inceleme, araştırma, noksan inceleme ve soruşturma ile karar vermemeleri ve bu nedenle yargılamanın uzamasını önlemektir. Ayrıca adaletin bir an önce neticelenmesi için kürsüde görev yapan hukuk hakimlerinin özenli davranmalarına dikkat çekebilmektir.

¹⁷ Bkz:Yargıtay 9.CD 20.04.2004 tarih ve 707/1451 E K sayılı kararı:YKD 2005/2 s.305; Yargıtay 10.CD 28.06.2004 tarih ve 6786/7718 E K sayılı kararı:YKD 2005/2 s.311; Yargıtay 3.CD 18.04.2005 tarih ve 7782/3010 E K sayılı kararı:YKD 2005/5 s.1151;Yargıtay 7.CD 07.04.2004 tarih ve 1652/3025 E K sayılı kararı:YKD/7 s.961; Yargıtay 5.CD 29.09.2004 tarih ve 5496/6199 E K sayılı kararı:YKD 5005/5 s.789; Yargıtay 1.CD 20.09.2006 tarih ve 3791/3655 E K sayılı kararı:Terazi 2006/3 s.139.

¹⁸ Hukuk hakimleri kavramına, genel mahkemeler yanında özel mahkemelerde görev yapan hukuk hakimleri de dahildir.

§1-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMANIN TANIMI

Eksik inceleme ve araştırmanın bilimsel ve yargısal kaynaklarda tanımı yoktur. Bu konuda şu tanımı yapmak mümkündür: Eksik inceleme ve araştırma; görülmekte olan davada, maddi ve usul hukukuna ilişkin kurallara hiç veya gereği gibi uyulmadan hüküm kurulması ve bu hükmün toplum veya taraf yararlarına zarar vermesi olarak tanımlanabilir.

Eksik inceleme ve araştırma; Yargıtay tarafından, davanın kabul edilmesi gerekirken reddedilmesi veya reddedilmesi gerekirken kabul edilmesi gerekçesiyle yaptığı bozma kararları dışında, bozma kararlarının çoğunda kullanılabilir. Hem maddi hukuka ilişkin, hem usul hukukuna ilişkin bozma kararlarının önemli bir bölümünde eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulmasının bozma nedeni sayıldığı görülmektedir.

§2-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMANIN UNSURLARI

Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi durumunda hangi hallerde bozma nedeni olacağı konusunda öğretisi ve yargı kararlarında somut ölçütler yoktur. Aşağıda belirtilen şekilde bozma nedeni olabilecek, eksik inceleme ve araştırmanın unsurlarını belirtmek mümkündür.

A-USUL KURALLARINA UYULMAMASI GEREKİR

Usul kuralları, usule ilişkin kanunlar ile maddi hukuka ilişkin kanunlarda yer alır. Usul kuralları, yalnızca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer almaz. Belirtilen kanun yanında, özel mahkemelerin kuruluş ve işleyişine ilişkin kanunlarda da usule ilişkin kurallar mevcuttur. Örneğin, Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ve İş Mahkemeleri Kanunu gibi. Bunlar yanında, maddi hukuka ilişkin kanunlarda da usulle ilgili kuralları görmek mümkündür. Örneğin Türk Medeni Kanununun m. 6,7, 25, 29, 30, 33, 89, 103,119,160,167-170, 177,181-182 gibi. Yine Borçlar Kanununun m.39, 42, 53, 73, 190; Türk Ticaret Kanunu m.4,5, 180 gibi hükümlerde usul kuralları yer almaktadır. Usul kurallarına uyulmaması durumlarını aşağıdaki başlıklarda örnek niteliğinde vermek mümkündür.

I-DELİLLER KONUSUNDA

1-TÜM DELİLLERİN TOPLANMAMASI (DELİLLERİN TÜKETİLMEMESİ)

Delil listesinde bulunan iddia ve savunma ile ilgili delillerin hepsi toplanmalıdır¹⁹. Tarafların usulüne uygun olarak bildirdikleri delil listelerinde bulunan deliller toplanmalı²⁰, araştırılmalı ve delillerin hepsi bir araya getirilerek incelenmelidir, yani delil listesinde bulunan deliller tüketilmelidir²¹.

Yeterli bir araştırma ve soruşturma sonucu toplanacak tüm delillerin birlikte tartışılarak, ortaya çıkacak sonuca göre hüküm verilmesi gerekmektedir²². Örneğin tarafların tanık listesinde bulunan tanığın görülmekte olan davada dinlenmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı, tanık ile ispatı mümkün olan bir hususta tanık dinletilmesi talep edilmiş ise tarafın tanık dinlenilmesi yönündeki talebi kabul edilmelidir. Aksi halde verilecek karar eksik inceleme ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Tanık dinlenmesi gerekirken, tanık dinlenmeden; tarafların gösterdiği tanıkların dinlenip dinlenmeyeceği araştırılmadan karar verilmesi eksik incelemedir²³. Taraflar arasında tanık ile ispatı mümkün olan bir uyumsuzluğun olması durumunda (özellikle yakın akrabalar arasında) tarafların gösterdikleri tanıkların dinlenilmesinden sonra hüküm kurulmalıdır.

Taşınmaza ilişkin uyumsuzluklarda, tanıkların taşınmazın bulunduğu yerde dinlenmesi usule uygun kararların verilmesi açısından daha isabetli olacaktır²⁴. Tanıkların taşınmazın başında dinlenmesi gerekirken, dinlenmemesi eksik incelemedir²⁵. Taraflardan birinin tanıkların yerinde dinlenmesini talep etmesine

¹⁹ Akcan s.260.

²⁰ "...taraf delilleri toplanmadan, tapularının uygulandığı kadastro parselleri belirlenmeden, **eksik inceleme** ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddi doğru değildir." Yargıtay 1 HD. 06.12.2001 tarih ve 11529/13529 E K sayılı kararı: CORPUS.

²¹ Yıldırım-Deliller s.99 vd.

²² Akcan s.260.

²³ Akcan s.262.

²⁴ Akcan s.264; Kuru-El Kitabı, s.491; Bilge/Önen s.534; Berkin s.837.

²⁵ "Tüm bu açıklamalar gözönünde tutularak dava konusu taşınmazın hangi sebeple tespit dışı bırakıldığına Kadastro Müdürlüğünden sorulması, tespit dışı bırakılma tarihindeki niteliğinin araştırılması, o tarihteki niteliğine göre taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla edinilecek yerlerden olup olmadığının gözönünde tutulması, yerel bilirkişi ve tanıkların yöntemine uygun bir biçimde çağrılarak HUMUK.nun 259. maddesi hükmü uyarınca dava konusu taşınmazın başında yeniden dinlenerek, taşınmazın tarım arazisi ve bataklık olan bölümlerinin ayrı ayrı belirlenip fen elemanı tarafından krokisine işaret edilmesi, taşınmazın doğu kesimi üzerindeki köyün zilyetliğinin

rağmen görevli mahkemenin görevsiz mahkemeye istinabe talebi yazarak tanıkların duruşmada dinlenilmesini yeterli görerek hüküm kurması eksik incelemedir.

Tarafların tanık listesinde bulunan tanıkların usulüne uygun olarak dinlenilmesi zorunludur. Tanık listesinde bulunan tanıkların bir kısmından veya tamamından tanık listesini gösteren taraf vazgeçmeden tanık listesinde bulunan tanıklar dinlenilmeden hüküm kurulması eksik incelemedir²⁶.

Türk Medeni Kanununun 124. maddesine göre 16 yaşını doldurmuş erkek ve kadının olağanüstü bir durumda ve çok önemli bir sebebin varlığı halinde hakim tarafından evlenmesine izin verilebileceği düzenlenmektedir. Kanunda öngörülen olağanüstü bir durumun olup olmadığı ve çok önemli bir sebebin varlığının tespiti için hakim tanık dinlemek ve diğer delilleri toplamak zorundadır. Bu hususun gözetilmemesi eksik incelemedir²⁷.

Yemin deliline başvurulması gerekirken yemin ettirilmeden karar verilmemeli; yemin teklif hakkı kullanılmadan, teklif edilen yemin diğer tarafa eda ettirilmeden; tanığa yemin ettirileceği açıklanmasına rağmen, yemin ettirilmeden karar verilmemelidir²⁸.

Taşınmaz davalarında, keşif usule uygun olarak taşınmazın bulunduğu yerde yapılmalı²⁹; usulüne uygun olarak yapılan keşiften sonra bilirkişilerden rapor alınmalı³⁰; tanıklar taşınmazın başında keşif sırasında dinlenilmeli³¹; daha önce yapılan keşifte

1980'li yıllarda başladığı tanıklar tarafından ifade edildiğine göre, bu husus üzerinde yeniden durulması, ayrıca taşınmazın bir bölümü bataklık ise 5516 sayılı Kanuna göre böyle bir yerin zilyetlik yolu ile veya ihya yolu ile kazanılamayacağı gözönünde tutulması, tüm deliller toplanıp birlikte değerlendirildikten sonra uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekirken, **eksik inceleme** ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir." Yargıtay 8. HD 23.11.1995 tarih ve 2899/12688 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁶ Bkz: Yargıtay 2. HD 27.03.2003 tarih ve 3343/4391 E K sayılı kararı:CORPUS.

²⁷ Yargıtay 2.HD 01.04.2003 tarih ve 3372/4675 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁸ Akcan s.277.

²⁹ "...hal böyle olunca, çekişmeli yerde ziraat yüksek mühendisi ve gerekirse jeolog bilirkişi huzuruyla keşif yapılarak dava konusu yerin tapuya tescilinin olanaklı olup olmadığına bilimsel içerikle raporla saptanması hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; **noksan soruşturma**yla yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir." Yargıtay 1. HD 11.03.2002 tarih ve 1968/3105 E K sayılı kararı:CORPUS.

³⁰ "...Bunun içinde zararın niteliği, kapsamı ve ne surette giderileceği yönünde tarafların tüm delilleri toplandıktan, gerektiğinde yerinde keşif yapıldıktan sonra uzman bilirkişilerden bilim ve tekniğe uygun gerekçeli rapor alınması zorunludur." Yargıtay 1. HD 04.03.2004 tarih ve 1115/2261 E K sayılı kararı:CORPUS.

³¹ "...somut olaya gelince; getirtilen çap kaydına göre, 99 parsel sayılı çekişmeli taşınmaza dava dışı kişilerle birlikte tarafların paylı mülkiyet üzere malik oldukları sabittir. Ne var ki, mahkemece taraflardan tanık listesi istenmemiş, tanıklar keşif yerinde dinlenmemiş, taşınmazı kimin veya kimlerin, ne şekilde tasarruf ettikleri araştırılmamış ve taraf beyanlarıyla yetinilerek sonuca gidilmiştir..." Yargıtay 1. HD 18.02.2004 tarih ve 935/1251 E K sayılı kararı:CORPUS.

davanın gereği gibi aydınlanmadığı kanaatine varılırsa yeniden keşif yapılmalı; keşif kararı usulüne uygun olarak verilmeli ve keşif günü ile keşif saati de taraflara bildirilmelidir. Belirtilen hususlar gözetilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır.

Yetersiz bir keşfe dayanarak, hüküm verilmesi usule aykırıdır³². Özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hakimın bilirkişiye başvurmadan kendi bilgisi dahilinde keşif yaparak hüküm vermesi; mahallinde keşif yapılmaması; tanıkların ve bilirkişilerin arazi başında dinlenmeden mahkeme binası içindeki ifadelerine göre hüküm verilmesi; keşfe gelmeyen tarafın delillerinin incelenmemesi; uzman olmayan bilirkişi huzurunda keşfin yapılması; delillerin hep birlikte takdir edilmemesi, bilirkişinin açıklamasının yetersiz ve gerekçesiz olmasına rağmen, bu şekildeki yetersiz ve gerekçesiz olan keşfe dayanılarak hüküm verilmesi usule aykırıdır (m.428/II). Yetersiz bir keşfe dayanılarak hüküm verilmesi eksik inceleme ile hüküm verilmesidir. Eksik incelemeye dayanan ve adaletli olmayan usule aykırılıklar önemli usule aykırılık olup bozma nedenidir³³.

Tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin delillerin toplanmaması, araştırılmaması, incelenmemesi, delillerin bir arada değerlendirilmemesi eksik incelemedir³⁴. Yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın delil listelerinde bulunan iddia ve savunmayı güçlendirmeye yönelik tüm deliller tüketilmeden ve toplanan bu deliller usulünce irdelenmeden hüküm kurulmamalıdır. Aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır³⁵.

³² Örneğin, gerektiği halde tapu kayıtlarının getirilmemesi, plan, harita ve krokinin hiç düzenlenmemesi, düzenlenmesine rağmen mahalli bilirkişilerin sözlerine uygun olmaması veya yanlış veya yetersiz olması; çizilen krokinin bilirkişilerin keşfi izlemesine yeterli olmaması; bilirkişinin düzenlemiş olduğu plan, harita ve krokinin harita tekniğine uygun olarak düzenlenmemesi veya uygulama sonuçlarını açıklıkla gösterecek biçimde düzenlenmemesi; krokinin dava konusu yeri göstermemesi; uzman olmayan sanat okulu öğrencisine kroki yaptırılması; keşifte hukuken geçerli olmayan belgelere dayanılması; keşifle ilgili olarak bilirkişiye başvurulması gerekirken başvurulmaması; keşifte taşınmaz malikinin kimler olduğunun ve hisse miktarının belirlenmemesi; bilirkişi seçimindeki usulsüzlük; çevreyi iyi bilmeyen tarafsız olmayan kişilerin bilirkişi seçilmesi gibi (Akcan s.162).

³³ Akcan s.162.

³⁴ Akcan s.260.

³⁵ “İddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanması, zilyetliğinin MK.nun 713/2. maddesindeki koşullar altında geçip geçmediğinin araştırılıp belirlenmesi, bu şekilde tasarruf edilen bir taşınmazın anılan maddenin ikinci fıkrası karşısında hukuki değerini yitirip yitirmediğini, ayrıca davacının kademeli olarak ileri sürmüş bulunduğunu ikinci sebep karşısında davalıların miras bırakanın payını iktisap edilip edilmediğinin mahkemece tartışılıp değerlendirilmesi, ondan sonra uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir. **Eksik inceleme**ye dayanılarak yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” Yargıtay 8. HD 16.04.2002 tarih ve 9353/3220 E K sayılı kararı: CORPUS.

2- DELİLLER ARASINDA ÇELİŞKİNİN GİDERİLMEMESİ

Hukuk hakiminin, dosya arasında bulunan deliller arasında çelişki bulunması durumunda deliller arasındaki çelişkiyi gidermeden hüküm kurması eksik inceleme ve araştırmadır.

Tanıkla ispatı mümkün olan davalarda tarafların tanık listesinde bulunan tanıklar dinlendikten sonra tanık beyanları arasında çelişki var ise, bu çelişki gerekirse yüzleştirme yapılarak giderilmeli çelişki giderilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır³⁶.

Dinlenen yerel bilirkişi ve tanık beyanları ile bilirkişiden alınan rapor arasında çelişkinin bulunması halinde; çelişki giderilmeden hüküm kurulmasını³⁷; aynı şekilde Yargıtay hizmet tespiti davalarında, bordro tanıkları ile komşu işyeri tanıklarının beyanları arasında çelişkinin bulunması halinde tanık beyanları arasındaki çelişki giderilmeden hüküm kurulmasını hükmün eksik inceleme ve araştırma ile kurulduğu gerekçesiyle bozmaktadır³⁸.

Tarafların delil listesinde bulunan veya mahkemece kendiliğinden istenilen yazılı belgeler arasında çelişki bulunması halinde de, bu çelişki giderilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır.

Toplanan deliller arasındaki çelişkinin giderilmemesi, uyumsuzluğun sağlıklı ve hukuki bir çözüme ulaşmasına engel olacağından; bu şekilde usule aykırı olarak eksik inceleme ve araştırma ile verilen karar hatalı olacaktır.

³⁶ “..mahkemece yapılacak iş öncelikle tanıkların beyanları arasında çelişki giderilmeli tarafların emsaller yönünden delil ve karşı delilleri istenilip getirilmeli, gerektiğinde doğrudan araştırılmalı, bunlar uzman bilirkişi aracılığı yerinde yapılmalı, uygulama sonucu dava konusu taşınmaz mal ile üstün ve eksik yönleri değere etki edecek tüm faktörleri belirlenmeli, alınacak raporda gerekçeli ve dayanakları gösterilerek açıklattırılmalı ve hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. **Eksik inceleme** dayalı ilk derece mahkemesinin direnme kararı bozulmalıdır.” Yargıtay HGK 11.10.2000 tarih, 6-1193/1247 E K sayılı kararı: CORPUS. Aynı şekilde Bkz: Yargıtay HGK 26.04.2000 tarih, 7-804/813 E K sayılı kararı: CORPUS

³⁷ “...dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık beyanları arasında çelişki bulunmaktadır. Mahalli bilirkişi ve bir kısım tanıklar müdahilin zilyetliğinin icara dayandığını, müdahil davacı tanıkları ise bu yerin müdahil davacıya babadan kaldığını ve zilyetliğinin 50 yıla aşkın olduğunu beyan etmişlerdir. Bu durumda sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için; bilirkişi ve tanıklar tekrar arazi başında dinlenmeli, beyanlar arasında çelişkinin giderilmesine çalışılmalı, 50 yıllık zilyetliğin icar yolu ile sürdürülüş nedenleri üzerinde durulmalı, icar yoluyla zilyetliğin başlangıç tarihi muntazam bir şekilde icar karşılığının müdahil davacı tarafından ödenip ödenmediğinin, ödenmiş ise kime ödendiğinin, ödenmiyorsa hangi tarihten beri ödenmediği sorulmalı, gerekirse yüzleştirme yapılarak kesin bir sonuca varılmalıdır. **Eksik inceleme** ile hüküm kurulamaz.” Yargıtay 16. HD 13.10.2003 tarih ve 9088/8977 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁸ Bkz:Yargıtay 10. HD 21.03.2005 tarih ve 13250/2948 E K sayılı kararı: MEŞE.

3-TOPLANAN DELİLLER İRDELENMEDEN HÜKÜM KURULMASI

Yeterli bir araştırma ve soruşturma sonucu toplanacak tüm delillerin birlikte tartışılarak, ortaya çıkacak sonuca göre hüküm verilmesi gerekmektedir³⁹. Örneğin tarafların tanık listesinde bulunan tanığın görülmekte olan davada, dinlenme unsurlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tanık ile ispatı mümkün olan bir hususta tanık dinletilmesi talep edilmiş ise, tarafın tanık dinlenilmesi yönündeki talebi kabul edilmelidir.

Hukuk hakimi tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar hakkında gerekçeli olarak karar vermelidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388.maddesine göre, hakim kararını yazarken, tarafların iddia ve savunmalarını ve aralarında ihtilafli olan konuları belirledikten sonra, gösterdikleri delilleri, bu delillerin neden diğerine üstün tutulduğunu gerekçesi ile yazmak zorundadır. Tarafa hiç savunma hakkı tanınmamasıyla; onun dinlenmesine rağmen ileri sürdüğü hususlar ve bildirdiği delillere hiç değer verilmemesi arasında fark yoktur⁴⁰.

Vakıyı ileri süren kimseye yönelik olarak yapılmayan ikrarın hükme esas alınması; yetkisiz veya görevsiz bir mahkemede yapılmış ve yan delillerle ispat edilmiş ikrarın hükümde esas alınmaması; usulüne uygun olarak yapılmayan mahkeme içi ikrarın hükme esas alınması eksik inceleme ve araştırmadır.

Mahkemece verilecek karar, toplanan delillerin ret veya kabul edilen yönlerini dayanaklarını içerir şekilde gerekçeli ve Yargıtay denetimine elverişli şekilde olmalıdır⁴¹. Hakim vardığı sonucu gerekçelendirir ise halen yürürlükteki mevzuatımıza göre denetim mekanizması olan Yargıtay tarafından denetlenebilmesi mümkün hale gelir. Gerekçeli karar verme zorunluluğu delillerin değerlendirilmesinin bir parçasıdır. Denetimin yapılabilmesi için kararın gerekçeli olması; kararda, iddia ve savunmaya ilişkin ileri sürülen delillerin değerlendirilmesi gerekir. Hakim tanıklığı, bilirkişi raporunu, keşif sonucunu, özel hüküm sebeplerini serbestçe değerlendirir; gerekçe göstermek suretiyle reddedebilir. Bir delilin gerekçe gösterilmeden reddi eksik inceleme ve araştırma olacağından bozma nedenidir⁴².

³⁹ Akcan s.260.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.248.

⁴¹ Bkz:Yargıtay 13 HD 06.04.1995 tarih ve 145/3339 E K sayılı kararı: YKD 1195/6 s.911 vd.

⁴² Akcan s.86.

Senedin altındaki imzanın, imza sahibi tarafından kabul edilmesi durumunda senet imza sahibi aleyhine kesin delil teşkil eder (m.296/2)⁴³. Ancak imza sahibi olduğu iddia olunan kişi senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerse bu durumda mahkemece sahtelik iddiası hususunda bir karar verilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır⁴⁴.

Görülmekte olan bir davada resmi senedin sahte olduğunun iddia olunması halinde buna sahtelik iddiası denir (m.314). Senet ile ilgili sahtelik iddiasının olması halinde bu konuda mahkemenin gerekli araştırmayı yapmaması eksik inceleme ve araştırmadır⁴⁵. Sahtelik iddiası, resmi senedi düzenleyen veya onaylayan noterin veya resmi kişinin haksız fiil işlediği demek olduğundan tanık ile ispat edilir (m.293/2)⁴⁶. Tanık deliline başvurulmaması usule aykırıdır.

Taraflardan her biri, davada, dayandığı bütün belgeleri dizi pusulası ile birlikte mahkeme kalemine verir. Bunlardan hakim tarafından o dava için incelemeye değer görülen belgeler dava dosyasına konur, diğer belgeler senedi verene geri verilir (m.242/1)⁴⁷. Mahkemeye bu şekilde verilen senede dayanan taraf karşı tarafın rızası olmaksızın bu senede dayanmaktan vazgeçemez (m.307). Buna uyulmaması eksik inceleme ve araştırma ile hüküm verilmesidir⁴⁸.

⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.359.

⁴⁴ "Mahkeme ret gerekçesini davalı tarafından dosyaya ibraz edilen yazılı belgeye dayandırmıştır. Davacı, bu belgelerin düzmece olduğunu ileri sürmüştür. Davalı bu belgede imzaları bulunan şahısları tanık olarak göstermiş ancak mahkemece dinlenmemiştir. Belgelerin doğru olup olmadığının belirlenebilmesi için davalı tarafından gösterilen tanıkların dinlenmesi gerekir. Bu tanıklar dinlenmeden **eksik inceleme** ile davalının sunduğu belgelere değer verilerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. HD 06.11.2003 tarih ve 6457/18829 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁴⁵ "Bilindiği ve HUMK.nun 275. maddesinde ifade edildiği üzere özel ve teknik bilgiler ile belirlenebilecek konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur. İmzada sahtekarlık iddiasının özel bilgiyi gerektiren bir hususa ilişkin bulunduğu da kuşkusuzdur. İmzanın kendisine aidiyeti açık ve kesin olarak saptanamayan kimse o imza ile bağlı tutulamaz. Bu konuda kuşku ve duraksamaya yer bırakmamak için hükme yeterli bir soruşturma yapılmalıdır. Bugünkü teknik olanaklar bunu sağlayacak durumdadır. Her ne kadar dosyada 17/10/1986 tarihini taşıyan bir uzman bilirkişi raporu mevcut ise de anılan rapor sağlıklı bir sonuca ulaşılmasını sağlayacak içerikte değildir. O halde mahkemece, davacının dosyada bulunanların dışında "Medarı tatbik" olabilecek başkaca imzalarının olup olmadığını araştırılması, varsa o imzaları taşıyan belgelerin getirilmesi 02/10/1980 tarihli resmi sözleşmenin (akit tablosunun) da aslının konulması ve ondan sonra dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek 02/10/1980 tarihli sözleşmedeki imzanın davacının elinden çıkıp çıkmadığını belirleyecek olan mütalaanın alınması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken **noksan soruşturma**yla.." Yargıtay 1.HD 19.02.1987 tarih ve 14607/1196 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁴⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s.369.

⁴⁷ Kuru-Usul c.II s.2184.

⁴⁸ "Davacı delil olarak Asliye Ceza Mahkemesinde açılan davaya dayanmıştır. Davacının bu yazılı delilden karşı tarafın muvafakati olmadan vazgeçmesi sonuç doğurmaz (HUMK m.307). Ceza dosyası celp edilip delillerin hep birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden **eksik tahkikatla**

Hukukumuzda senet delilinin önemi çok büyüktür. Çünkü hukuki işlemler kural olarak yalnız senet (kesin delil) ile ispat edilebilir; tanık (takdiri delil) ile ispat edilemez. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.288 de öngörülen miktardan fazla olan hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar (m.290), kural olarak yalnız senet (kesin delil) ile ispat edilebilir.

Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri, yalnız hukuk mahkemelerinde değil, hukuk davaları ile ilgili işlerde ceza mahkemelerinde de uygulanır⁴⁹.

Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri 469 YTL'yi lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir (m.288/1)⁵⁰.

Maddede açıkça belirtildiği üzere senetle ispat zorunluluğu sadece hukuki işlemler içindir. Hukuki fiillerin senetle ispat edilmesine imkan yoktur, yani hukuki fiiller takdiri deliller ile ispat olunabilir. Örneğin ispat sınırı olan 469 YTL'den fazla değeri olan bir malın alıcıya teslim edildiği takdiri delil ile ispat olunamaz⁵¹.

Yargıtay tapusuz taşınmazların başkasına devrinin özel bir şekle tabi olmadığı gerekçesiyle buna ilişkin satış ve devrin her türlü delil ile ispat edilebileceği görüşündedir⁵².

Usul hukukunda senet geçerlilik şartı değil ispat şartıdır. Taşınmazların devrinin özel bir şekle bağlı olmasından maksat geçerlilik şartıdır. Bu nedenle satış

hüküm tesisi doğru görülmemiştir” Yargıtay 2. HD 04.03.1996 tarih ve 1465/2011 E K sayılı kararı: Kanun 1996/9 s.1516-1517.

⁴⁹ “İmzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazıldığı veya yazdırıldığı iddiasıyla Türk Ceza Kanunu'nun 509. maddesine dayanılarak şikayet üzerine açılan ceza davasında sanığa yüklenen bu eylemin Usul Muhakemeleri Kanunu'nun cevaz verdiği ayırık durumlar dışında tanıkla ispat edilemeyeceğine karar verildi” Yargıtay İBK 24.03.1989 tarih ve 1988/2 E 1989/2 K sayılı kararı, YKD 1990/4 s.480 vd).

⁵⁰ 21.07.2004 tarihli 5219 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle 40 milyonluk sınır dört yüz milyon liraya çıkartılmıştır. Bu miktar her yıl Ek madde 4'e göre 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi gereğince her yıl Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacaktır. Yeniden değerlendirme oranında belirlenecek miktar belirlenirken 10 YTL'yi aşmayan kısım dikkate alınmayacaktır. Bu ispat sınırı kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 21.07.2004 tarihinden sonraki hukuki işlemler hakkında uygulanacaktır. 2007 yılı için yukarıda belirtilen şekilde hesap edilen ispat sınırı 469 YTL'dir.

⁵¹ “..Davalı alıcı da, tutara göre, satım parasını ödemediğini yazılı kanıtla kanıtlayabilir” Yargıtay 13. HD 16.04.1981 tarih ve 2086/2875 E K sayılı kararı: Kuru-Usul c.II s.2209.

⁵² “Tapuda kaydı bulunmayan, taşınmazların satışı tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir” Yargıtay 17. HD 05.03.1996 tarih ve 1059/115 E K sayılı kararı: Kanun 1996/4 s.655-656; Aynı şekilde başka örnek için Yargıtay HGK 119.03.1982 tarih ve 8-379/288 E K sayılı kararı: Düzceer s.368-369.

sözleşmesinden kaynaklanan bu hususta çıkacak bir uyuşmazlığın 469 YTL'lik ispat sınırından fazla olması durumunda kesin delillerle ispat olunması gerekir⁵³.

Borçlunun temerrüdü için çekilen ihtar hukuki sonuç doğurmaya yönelik olduğundan ihtarın da kesin delillerle ispat edilmesi gereklidir⁵⁴. Öğretide bir kısım yazarlar ise borçlunun temerrüdü için çekilen ihtarın hukuki işlem olmadığından tanıkla ispat olunabileceği görüşündedir⁵⁵. Yargıtay ise borçlunun temerrüdü için çekilen ihtarın hukuki işlem olduğundan tanık ile ispat olunamayacağı görüşündedir⁵⁶. Bizce de borçlunun temerrüdü için çekilen ihtar hukuki sonuç elde etmek amacı ile yapıldığı için kesin delillerle ispat edilmelidir.

Buna karşın senede bağlı olan her çeşit iddianın aksi yine senet ile ispat olunabilir (m.290).Taraflar arasında ispat sınırı olan 469 YTL'den daha az bir hukuki işlem için senet düzenlenmişse bunun aksini ispat etmek yine senetle olacaktır.

Olaya ve oluşa uygun olmayan yetersiz tanık beyanları ile yetinilerek hüküm kurulmamalıdır⁵⁷. Tanığın beyanı alınırken dinlendiği husus ile ilgili açıklayıcı doyurucu bilgilerin alınması zorunludur⁵⁸. Dinlenen tanık beyanları arasında çelişki olması durumunda tanık beyanları arasındaki çelişki gerekirse yüzleştirme de yapılarak giderilmeden hüküm kurulmamalıdır⁵⁹. Dinlenen tanık beyanları ile alınan bilirkişi raporu arasında çelişkinin bulunması durumunda bu çelişki giderilmeden hüküm kurulmamalıdır. Çelişki giderilmeden hüküm kurulması eksik araştırmadır⁶⁰.

⁵³ Aynı görüşte; Kuru-Usul c.II s.2213; Düzceer s.418.

⁵⁴ Aynı görüşte, Tunçamoğ s.137; Bilge, s 82; Kuru-Usul c.II s.1552.

⁵⁵ Bkz. Postacıoğlu s.574; Arkan s.144.

⁵⁶ “.. satıcıya ayıp ihbarının yapıldığına ilişkin tanık beyanının yeterli kabul edilerek karar verilmesi isabetsizdir..” Yargıtay 19. HD 17.05.1994 tarih, 4214/5084 E K sayılı kararı: Ertekin/Karataş s.649-650.

⁵⁷ “...**eksik inceleme** ile yetersiz bilirkişi raporu ve tanık anlatımlarına dayanılarak yazılı biçimde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay HGK 16.06.1999 tarih, 10-511/519 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁵⁸ “...tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahede kağıtları, film grafilerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur...” Yargıtay 1. HD 23.01.2003 tarih ve 346/851 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁵⁹ “Toplanan bilgi ve belgelere göre somut olayda davalının 1993 yılından ağaçların kesildiği 1994 yılına kadar bahçe bekçiliği yaptığı, ağaçların kesildiği 1994 yılından sonra köpeklere yem verdiği, davalının bazı ev hizmetlerinde çalıştığı, davalının bahçesinin parsellenerek satışında zaman zaman müşteri getirdiği, anlaşılmaktadır. 1994 yılından sonra, bütün bu hizmetlerin yerine getirilmesi için tam gün bir hizmetin gerekmediği dikkate alınarak, bu konudaki tanık anlatımları yeterli bulunmadığından mahkemece tanıkların yeniden celbi ile yüzleştirme yapılması, yukarıda yazılı ilkeler doğrultusunda bilirkişi vasıtasıyla davacının çalışmalarının belirlenmesi sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Yargıtay HGK 12.03.2003 tarih ve 21-143/159 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁶⁰ “3402 sayılı K.K.nun 17. maddesi hükmünde öngörüldüğü biçimde imar ve ihya edip etmediği araştırılmalı, bu konuda yerel bilirkişi ve tanıklardan açıklamalı olaylara dayalı bilgi alınmalı,

Tarafların göstermiş olduğu yazılı belgelerin altındaki imza ile ilgili olarak sahtecilik iddiasının araştırılmaması ve yazı ve imza incelemesi yaptırılmadan hüküm kurulması noksan soruşturmadır; taşınmaz hukukuna ilişkin davalarında yöreyi iyi bilen tarafsız ve yaşlı kişilerden seçilecek mahalli bilirkişilerin taşınmazın başında dinlenilmemesi eksik incelemedir⁶¹.

Bilirkişi raporuna taraflarca itiraz edilmesi üzerine mahkemece tarafların itirazlarını giderir şekilde yeniden bilirkişiden ek rapor alınmaması eksik inceleme ve araştırmadır⁶². Mahkemece önceden rapor alınan bilirkişi heyetinden yeniden ek rapor alınması hususunda ara kararı kurulmasına karşın, sadece bilirkişi heyetinde görev yapan bir bilirkişiden ek rapor alınarak hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır⁶³. Mahkemece, mahiyeti itibariyle kanaat verici nitelikte olmayan⁶⁴, alınan raporlar arasında ki oluşan çelişki giderilmeden⁶⁵, konusunda uzman olmayan

konusunda uzman teknik bilirkişi keşifte hazır bulundurulmak suretiyle taşınmazını türü ve niteliği hakkında bilimsel esasları içeren gerekçeli rapor alınmalı, özellikle komşu parsel tutanakları, varsa dayanak kayıtları getirtilmek suretiyle yerine uygulanmalı, komşu parsellere revizyon gören kayıtların nizalı taşınmazı ne şekilde sınırlar gösterdiği belirlenmeli, böylece teknik bilirkişiye keşfi izleme bilirkişi ve tanık sözlerini denetlemeye imkan verecek biçimde komşu taşınmazları da gösterir kroki tanzim ettirilmeli, ayrıca tesbit bilirkişileri de çağrılmak suretiyle taşınmazın çalılık ve taşlık olup olmadığı konusunda düşünceleri sorulmalı, tesbit bilirkişilerin sözleri ile duruşma aşamasında dinlenecek tanık ve bilirkişi sözleri çeliştiği takdirde bu çelişki giderilmeli ve ondan sonra toplanan ve toplanacak deliller hep birlikte değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu konularda yanılıya düşülerek *eksik araştırma* ile yazılı biçimde hüküm kurulması” Yargıtay 7. HD 09.05.2003 tarih ve 900/1617 E K sayılı kararı: YKD 2003/7 s.1054.

⁶¹ “...dosya öteki yönlerden de keşfe hazır hale geldikten sonra yöreyi iyi bilen yaşlı ve yansız yerel 3 bilirkişi aracılığı ile uygulama yapılması, kayıtlardaki her sınır yerel bilirkişilerden sorulup arazi üzerinde tespit edilmesi gerektiğinde sınırlar hakkında açıklayıcı doyurucu bilgiler alınması, bilinmeyen sınırlar yönünden taraflara tanık dinletme olanağının sağlanması, komşu taşınmaz kayıtlarında aynı şekilde uygulanarak yerel bilirkişi ve tanık sözlerinin denetlenmesi gerekir...” Yargıtay 1.HD 06.12.2001 tarih ve 11529/13529 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁶² Bkz: Yargıtay 11 HD 07.05.1992 tarih ve 12979/2257 E K sayılı kararı: Özkan s.74.

⁶³ Bkz: Yargıtay 15 HD 21.12.1993 tarih ve 1/5450 E K sayılı kararı: Özkan s.77.

⁶⁴ “İlk derece mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davacı tarafından bildirilen tek emsalin ne şekilde değerlendirildiği, nasıl bir karşılaştırma yapıldığı bunun sonucunda hangi kanaate varıldığı konusunda herhangi bir açıklama ve değerlendirme yapılmamıştır. Sadece gösterilen emsalin niteliklerinin belirtilmesiyle yetinilen, dayanakları gösterilmeyen bilirkişi raporunun, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, özellikle denetime elverişli bulunmadığı açıktır. Kaldı ki, dava dilekçesinde taşınmazın yakınında bulunan başka tesislerden bahsedildiği halde bu taşınmazlar emsal olarak alınmamıştır. O halde, mahkemece yapılması gereken iş yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetiyle keşif yapılarak, benzeri iş yerlerinin kira sözleşmeleri de getirtilmek suretiyle yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda denetime uygun ayrı bir bilirkişi raporu elde edilmek suretiyle, davaya konu dönem kira parasının saptanmasından ibarettir. ... *eksik incelemeyle* verilmiş olan önceki kararda direnilmesi usule ve kanuna aykırıdır” Yargıtay HGK 26.05.2004 tarih, 3-299/315 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁶⁵ “... Adli Tıp Kurumunun bu konuda son merci olmadığı gözetilerek raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiğinin düşünülmemesi...” Yargıtay 19. HD 29.06.1992 tarih, 2162/2986 E K sayılı kararı: Erdemir c.II, s.1194.

bilirkişilere yaptırılan inceleme sonucu alınan rapor ile⁶⁶ hüküm verilmesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Her ne kadar Borçlar Kanunu 53. madde gereğince ceza hakiminin kusura ilişkin kararı ile hukuk hakimi bağlı değil ise de; ceza hakiminin kararına dayanak yaptığı maddi olaylarla hukuk hakimi bağlıdır. Yani aynı olaya ilişkin ceza davasında alınan bilirkişi raporu ile hukuk mahkemesinde alınan bilirkişi raporu arasında çelişkinin bulunması halinde çelişki giderilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır⁶⁷.

Mahkemece kanunun açıkça belirttiği haller ile özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde usulüne uygun olarak seçilecek konusunda uzman, olaya ve oluşa uygun olarak düzenlenen bilirkişi raporları hükme esas alınmalıdır.

Özel ve teknik konularda, uzman bilirkişiye başvurulması gerekirken, başvurulmadan karar verilmesi; uzman olmayan bilirkişinin görüşüne dayanılarak karar verilmesi; yetersiz soyut, çelişkili, varsayıma dayalı ve gerekçesiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm verilmesi, bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeden hüküm verilmesi; diğer delillere başvurulmadan sadece bilirkişi raporuna göre karar verilmesi; özel ve teknik konularda bilirkişi raporuna aykırı karar verilmesi eksik inceleme ve araştırmadır. Hukuk mahkemesince bilirkişi hususunda belirtilen eksiklikler giderilmeden hüküm verilmemelidir.

Dosya içerisinde bulunan tüm deliller verilen nihai kararda irdelenmeli, neden o delile itibar edildiği, hükme esas alındığı yada neden itibar edilmediği ve hükme esas alınmadığı irdelenmelidir. Dosya içerisinde bulunan delillerden biri veya bir kaçının verilen nihai kararda irdelenmemesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın delil listelerinde bulunan iddia ve savunmayı güçlendirmeye yönelik tüm deliller usulünce irdelenmeden hüküm

⁶⁶ “Öte yandan, raporu düzenleyen bilirkişiler İnşaat Yüksek Mühendisi, Elektronik Yüksek Mühendisi ve Elektronik-Haberleşme Mühendisi olup, deprem konusunda uzmanlıkları bulunmadığından bilirkişilerin ehliyetli olduğundan söz edilerek bu raporun hükme esas alınmış olması isabetsizdir. Mahkemece yapılacak iş, deprem konusunda uzman Jeofizikçi, Jeolog ve İnşaat Mühendislerinden oluşan bilirkişi heyetine kazı yapılmaksızın olay yeri gösterilmek, dosyadaki tüm yazışmalar, tutanaklar, krokiler, fotoğraflar, su ve telefon şebekesi güzergahları, deprem fay hatları da gözönünde tutulmak suretiyle detaylı bir rapor düzenlemelerini sağlamak, oluşacak çelişkileri gidermek ve sonucuna göre bir karar vermektir ... **eksik inceleme** ile...” Yargıtay HGK 24.03.2004 tarih, 11-172/151 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁶⁷ Bkz: Yargıtay 17. HD 24.05.2004 gün ve 4521/6488 E K sayılı kararı: MEŞE.

kurulmamalıdır aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır⁶⁸.

4-YANLIŞ DELİLE BAŞVURULMASI

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere itibar edilerek ve ispat kurallarında yanılığa düşülerek hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır. Kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delil değerlendirilirse kişilik hakkı tekrar ihlal edilmiş olacaktır ki, bu sefer bu ihlal mahkeme tarafından yapılmış olacaktır. Bu ise bir hukuk devleti için kabul edilemez. Öncelikle kişilik haklarının özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektuplarının delil olarak kabul edilmesi eksik inceleme ve araştırmadır⁶⁹.

Tanığın hukuka aykırı şekilde evinin gizlice dinlenmesi suretiyle öğrenilen beyanlarının hükme esas alınması eksik inceleme ve araştırmadır⁷⁰ (Anayasa m.38/6).

Kanuna aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı ve Anayasa m.38/6 da belirtilen kural esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu esas alınmalıdır. Gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır⁷¹.

⁶⁸ “İddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanması, zilyetliğinin MK.nun 713/2.maddesindeki koşullar altında geçip geçmediğinin araştırılıp belirlenmesi, bu şekilde tasarruf edilen bir taşınmazın anılan maddenin ikinci fıkrası karşısında hukuki değerini yitirip yitirmediğini, ayrıca davacının kademeli olarak ileri sürmüş bulunduğunu ikinci sebep karşısında davalıların miras bırakanın payını iktisap edilip edilmediğinin mahkemece tartışılıp değerlendirilmesi, ondan sonra uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir. **Eksik inceleme**ye dayanılarak yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” Yargıtay 8. HD 16.04.2002 tarih ve 9353/3220 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.390.

⁷⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.390.

⁷¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.391.

İkrar, bir tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesidir⁷². Davalı davacının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebileceği gibi, davacı da davalının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebilir⁷³. Usulüne uygun olarak yapılmış bir ikrar beyanına kesin delil değerinin verilmemesi veya usulüne uygun olarak yapılmamış bir ikrar beyanının kesin delil olarak kabul edilerek hükme esas alınması eksik inceleme ve araştırmadır.

Senetle ispatı zorunlu olan davalarda diğer takdiri delillere itibar edilerek hüküm kurulması; kanunda belirtildiği şekilde senet niteliği taşımayan bir belgeye dayanılarak hüküm kurulması, takdiri delille ispatı mümkün olan bir davanın senetle ispatlanması gerektiği gerekçesiyle davanın reddedilmesi eksik inceleme ve araştırmadır⁷⁴.

Taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hakim tarafından delillerini bildirmesi için verilen süre içinde ancak bir kez tanık listesi verilebilir. Tanık listesinde gösterilmeyen kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez⁷⁵ (m. 274, m.378). İkinci tanık listesi verme yasağı, kamu düzenine ilişkindir. Çünkü bu yasağın, yargılamanın sürüncemede bırakılmasını önlemek ve mahkemelerin işini azaltmak amacıyla konulmuştur. Bu nedenle karşı taraf ikinci tanık listesi verilmesine muvafakat etse bile, mahkeme ikinci tanık listesindeki tanıkları dinleyemez⁷⁶.

Somut olayda, o olayla ilgili delillere başvurulmalı, yanlış delile başvurulmamalıdır. Aksi hal eksik inceleme ve araştırma nedeni ve bir bozma (temyiz) nedenidir.

⁷² Kuru-Usul c.II s.2038; Kuru/Arslan/Yılmaz s.341; Pekcantez/Atalay/Özekes s.360.

⁷³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.351.

⁷⁴ “Bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksadı ile icra edilen bilcümle tasarrufatın zamanı vukuundaki miktar veya kıymeti 5000 (bu miktar 2007 yılı için 469 YTL’dir) kuruşu geçtiği takdirde, yazılı suretle tespit olunmak lazım geleceği HUMK’nun 288. maddesi buyruğudur. Yasanın açık hükmü ve bu husustaki Yargıtay İçtihadı Birleşme Kararı hilafına vaki uyuşmazlığın hallinde tanık dinlenmesi ve bunların beyanlarına dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir” Yargıtay 15. HD 04.11.1974 tarih ve 1043/1439 E K sayılı kararı: Karahasan-Tazminat s.1188.

⁷⁵ “Hak düşürücü süre hakkında tanık listesi verilip tanıklar dinletildikten sonra ikinci bir tanık listesi verilemez” Yargıtay 6. HD 03.02.1964 tarih , 465/491 E K sayılı kararı: Karahasan-Borçlar s.936; Ancak Tanık listesinde yer alan tüm tanıkların ölmüş olması, hepsinin birden çekinmiş olmaları halinde, tanık listesi geçersiz ise, başka vakıalar için, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikinci bir tanık listesi verilmelidir (Kuru-Usul c.III s.2590).

⁷⁶ “Usul Muhakemeleri Kanununun 274. maddesi gereğince taraflar muvafakat etse bile listede belirtilen tanıklar dışındakiler dinlenemez. Usul Muhakemeleri Kanununun emir edici hükmüne aykırı olarak dinlenenlerin beyanı hükme esas alınamaz” Yargıtay 2. HD 15.06.1998 tarih, 6429/7580 E K sayılı kararı: Gençcan s.1559.

5-DELİL HAKKININ İLGİLİ TARAF TA HATIRLATILMAMASI

Delil hakkının ilgili tarafa hatırlatılmaması eksik inceleme ve arařtırmadır⁷⁷. Senet alınmasının imkansız olduğu bazı hallerde, değeri ispat sınırından fazla olan hukuki işlemlerin takdiri delil ile ispat edilebileceği istisna olarak kabul edilmiştir (m.292-294). Senet alınmamasındaki bu imkansızlık maddi bir imkansızlık olabileceği (m.293/3), manevi bir imkansızlık da olabilir (m.293/1).

Senetle ispatın zorunlu olmadığı hallerde hakim in ispat yükü kendisine düşen tarafa delil olarak tanık dinletme hakkı hatırlatmalıdır⁷⁸. Yazılı delil başlangıcı teşkil eden bir belgenin dosya arasında bulunması; hukuki işlemlerle ilgili yörede senet düzenlenmemesinin teamül olması hallerinde; hakim ispat yükü düşen tarafa tanık dinletme imkanını hatırlatmalıdır⁷⁹. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 292, 293 ve 294. maddelerde senetle ispat kuralına getirilen istisnai hallerin varlığı durumunda hukuk hakimi taraflara tanık dinletme imkanını hatırlatmadan hüküm kurmamalıdır⁸⁰.

⁷⁷ “Somut olayda davacının iddiasına karşı davalıların yaptığı savunma ile davaya konu edilen ve saldırı teşkil eden sözlerin, davalılarca söylenip söylenmediği hüküm kuracak düzeyde bir netlik kazanamamıştır. Bu konuda önemli bir kanıt olan tanık da dinlenmemiştir. Her ne kadar taraflarca tanık listesi verilmemiş ise de, davacının kanıtları arasında “vs deliller” demek suretiyle, tanıklarında delil olarak sunulabileceği kabul etmek gerekir. Özellikle somut olayın durumu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 75. maddesi de dayanak yapılmak suretiyle bu yola başvurmayı gerekli kılmaktadır. Öte yandan dava basın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı olup, bir kamu görevlisinin görevini yöntemine uygun yapmadığı olgusuna dayanmaktadır. Böyle bir yayın ve olgu taraflarla birlikte özellikle kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Çünkü bunda yararı vardır. Kamu yararının bulunduğu hallerde de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 75/III maddesi uyarınca hareket edilmesi zorunludur.-Açıklanan bu ilkeler gözetildiğinde somut olaydaki duruma göre, mahkemece yapılacak iş, özellikle davacıdan varsa tanıkların bildirilmesini istemesi gerekir” Yargıtay 4.HD 10.12.1998 tarih ve 7013/10038 E K sayılı kararı:Karahasan-Tazminat s.1180.

⁷⁸ “Davacı, dava dilekçesinde dayandığı tanıkları açıkça sıralamıştır. Yanların gelin-kayınpeder olduklarında bir uyuşmazlık yoktur. O nedenle olayda tanık dinlenmesi HUMK md.293/I gereğindedir. Bir davada, hakim, çekişmeli konuları belirleyip tanıt yükünün yanlardan hangisine düştüğünü açıklayarak kanıt gösterilmesi ve toplanması olanağı sağlamakla yükümlüdür. Somut olayda, davacı dava dilekçesinde apaçık tanık kanıtına dayandığına göre kendisinden tanık çizelgesi istenmesi ve gösterildiğinde dinlenmeleri ve ondan sonra davalı tanıklarının sözleri ile davacı tanıklarının sözlerinin değerlendirilmesi (md 240) ve böylece varılacak uygun sonuç çerçevesinde uyuşmazlığın çözüme bağlanması gerekir. Üstelik dava dilekçesinde (sair her türlü kanıt) dendiği için, duruma göre davacıya ant hakkının kullanılması olanağı bulunduğu da gözetilmelidir” Yargıtay 13.HD 13.10.1981 tarih ve 5901/6337 E K sayılı kararı:Karahasan –Borçlar s.1167.

⁷⁹ “... iddianın tamamen ispatına kafi olmamakla beraber bunun vukuuna karine teşkil edebilecek, HUMK’un 292. maddesinde yer alan yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı aşıkardır. Anılan belgenin,yazılı delil başlangıcı kabul edilmesi halinde de iddianın tanık dinlenmek dahil yan delillerle kanıtlanmasına imkan tanınması gerekeceği açıktır. Bu itibarla yukarıda belirtilen esaslar dairesinde araştırma yapılması, yan delillerin ve tanık beyanlarının birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir” Yargıtay HGK 13.10.1993 tarih ve 13-391/569 E K sayılı kararı: TBBB 1994/4 s.587-589.

⁸⁰ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının davalıya ait buğday mahsulünün biçer döverle biçilmesi ücretinden kaynaklanmıştır. Davalı akti ilişkiyi inkar etmiş olup, davacı da yazılı bir sözleşme

Davacı dava dilekçesinde, davalı ise cevap dilekçesinde “sair deliller”, “her türlü deliller” veya “kanuni deliller” gibi genel bir deyim kullanılması halinde Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre bu durumda hakim iddia ettiği vakıayı yemin dışındaki deliller ile ispat edemeyen tarafa hakim yemin teklif etme hakkının bulunduğunu hatırlatması gerekir⁸¹. Ancak öğretide, 3156 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre, davacı dava dilekçesinde, davalı ise cevap dilekçesinde yemin deliline dayandığını bildirmek zorunda olduğundan mahkeme ancak dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde açıkça yemin deliline dayanılması halinde yemin teklif etme hakkının mahkemece hatırlatılması gerektiği savunulmaktadır⁸².

Kanımızca mahkemenin, daha önce “sair deliller” gibi genel bir ifadenin kullanılmış olup olmadığına bakmaksızın, iddiasını veya savunmasını başka delillerle

yapıldığını ileri sürmemiştir. Bu durumda mahkemece, HUMK.’nın 293/4 maddesi uyarınca yörede buğday biçimi işlerinde senet düzenlenmesi hususunda bir teamül bulunup bulunmadığı hususunun ilgili Oda Başkanlığından sorularak senet düzenlenmesi hakkında bir teamül yoksa taraf şahitlerinin dinlenerek davanın sonuçlandırılması gerekirken, *eksik incelemeyle* davanın husumet nedeniyle reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” Yargıtay 5. HD 24.02.2003 tarih ve 366/870 E K sayılı kararı: CORPUS; “Beyaz imza alınıp verilmesi hallerinde taraflar arasında karşılıklı ve kuvvetli emniyete dayanan bir münasabetin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir münasabet bulunmasa beyaz imza alınıp verilmesi düşünülemez. Bu durumda beyaz imza verenin diğerinden beyaz imza aldığı gösteren bir belge istemesi işin mahiyeti bakımından söz konusu edilemez. Kaldı ki, iddia bir taraftan davacının suistimal edilen emniyeti dolayısıyla hile iddiasına da dayanmaktadır. Her iki bakımdan da davacının olayda şahit dinletmesi Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununun 293. maddesinin 4. ve 5. bentlerine de uygundur. Bu durumda mahkemece yapılacak işlem tanık sözlerini değerlendirmek suretiyle davacının kıdem ve kötüniyet tazminat isteklerinde haklı olup olmadığını belirlemekten ibarettir. *Eksik incelemeyle* karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 9. HD 13.10.200 tarih ve 13464/18865 E K sayılı kararı: YKD 2001/7, s.1011.

⁸¹ “Somut olayda, davacı ödeme savunmasına ilişkin yazılı delil sunamamıştır. Yukarıda açıklanan yasal ilke ve kurallar karşısında, tanık dinlenmesine usulen olanak bulunmadığından, dinlenen davacı tanıklarının beyanları da delil olarak kabul edilemez. Ancak, dava dilekçesinde "vs deliller" sözüyle, yemin deliline de dayanılmış olduğundan, davacılar, dava konusu senet bedelinin ödendiğine ilişkin iddia bakımından davalıya yemin teklif etme haklarının bulunduğu hatırlatılarak, ortaya çıkacak uygun hukuksal sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekir.” Yargıtay HGK, 02.04.2003 tarih,19-261/266 E K sayılı kararı: CORPUS; “Davacı kapıdan satış hukuki ilişkisinin ispatı konusunda yazılı bir belge ibraz edemediğine göre, bunun varlığı kabul edilemez. Ne var ki dava dilekçesinde vs. delil demek suretiyle yemin deliline de dayanmıştır. Bu delil davacıya hatırlatılmalı, bunun sonucuna göre ilişkinin kapıdan satış niteliğinde olup olmadığı saptanmalıdır.” Yargıtay HGK, 15.05.2002 tarih,13-375/406 E K sayılı kararı: CORPUS; “Her ne kadar Prof. Dr. Baki Kuru'ya göre 3156 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle HUMK.nun 179/3.maddesindeki; "davacı dava dilekçesinde delillerinin nelerden ibaret olduğunu yazmalıdır" tümcesi karşısında davacının açıkça yemin deliline de dayandığını bildirmek zorunda olduğu, ancak bu halde mahkemenin yemin teklif etme hakkını hatırlatması gerekeceği belirtilmiş ve bu görüş bazı karşı oy yazılarında da benimsenmiş ise de, (Bkz. Prof. Dr. Baki Kuru-Usul Muhakemeleri Usulü Cilt III. Sh.2498-2499, 6.Baskı, İst.2001), Yargıtay’ın yerleşmiş Kararlarında; dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde "sair deliller", " her türlü deliller" veya " kanuni deliller" gibi genel bir deyim kullanılmış ise, mahkemenin yemin deliline de dayanıldığının kabulü ile ispat yükü kendisine düşen tarafa yemin teklif etme hakkını hatırlatması gerektiği hususu açıkça vurgulanmaktadır.” Yargıtay HGK, 27.02.2002 tarih, 3-131/114 E K sayılı kararı: CORPUS;

⁸² Bkz:Kuru-Usul c.III s.2498.

ispat edememiş olan ispat yükü kendisine düşen tarafa mahkemece yemin teklif etme yetkisinin hatırlatılması uygun olur⁸³.

Delil hakkının ilgili tarafa hatırlatılması usul kurallarına uygun olanıdır. Aksi hal eksik inceleme ve araştırma ile hüküm verilmesidir.

6-İSPAT YÜKÜ KONUSUNDA HATA YAPILMASI

İspat yükünün kime ait olduğu hususu, usul hukukunda son derece önemlidir. Çünkü hakim, olayın ispat edilememiş olması halinde ispat yükü kuralına dayanarak, ispat yükü üzerine düşen tarafın aleyhine karar verecektir. Zira, belirsiz kalan vakıa, gerçekleşmemiş kabul edilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bu konuda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Türk Medeni Kanununun 6. maddesinde “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” denilmektedir. İspat yükü tarafların davadaki konumları ile değil, iddia ettikleri vakıalarla ilgili bir husustur⁸⁴. Hakim davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşır; buna ispat yükü denir⁸⁵.

Her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur. Çünkü hakim, ilk önce tarafların gösterdikleri delilleri incelemekle yükümlüdür⁸⁶. Buna karşılık gösterilen delillerin hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemesi halinde, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır ve ispat yükü bu hal için önemlidir⁸⁷. Bu halde, hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tespit etmesi ve o taraftan uyuşmazlık konusu vakıayı ispat etmesini istemesi gerekir. Hakimin ispat yükünün düştüğü tarafı tespit ederken hata etmesi eksik inceleme ve araştırmadır⁸⁸.

⁸³ Aynı görüşte: Başgül, s.298-299; Postacıoğlu, s.640; Üstündağ s.579, Berkin s.194; Bilge/Önen s.595; Alangoya-Usul I s.165.

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes s.372-373; Kuru/Arslan/Yılmaz s.421;Berkin s.727; Alangoya-Usul I s.265.

⁸⁵ Kuru-Usul c.II s.1972.

⁸⁶ Kuru-Usul c.II s.1972; Alangoya- Usul I s.265.

⁸⁷ Kuru-Usul c.II s.1973; Alangoya-Usul I s.265.

⁸⁸ “...ispat külfetinin tayininde hataya düşülerek **eksik inceleme** ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 19. HD 14.11.2005 gün ve 1540/11144 E K sayılı kararı:MEŞE; “Davacı, dava dilekçesinde dayandığı tanıkları açıkça sıralamıştır. Yanların gelin-kayınpeder olduklarında bir uyuşmazlık yoktur. O nedenle olayda tanık dinlenmesi md.293/I gereğindedir. Bir davada, hakim, çekişmeli konuları belirleyip tanıt yükünün yanlardan hangisine düştüğünü açıklayarak kanıt gösterilmesi ve toplanması olanağı sağlamakla yükümlüdür. Somut olayda, davacı dava dilekçesinde açık tanık kanıtına dayandığına göre kendisinden tanık çizelgesi istenmesi ve gösterildiğinde

İspat yükü kendisine düşmeyen taraf ispat yükünün kendisine düştüğünü varsayarak diğer tarafa yemin teklif ederse, diğer taraf yemini eda etmiş olsa bile, bu yemin geçersizdir, yani kesin delil teşkil etmez⁸⁹. Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, diğerine yemin teklif ederse, mahkemece ispat yükünün kendisine düşmediğini, bu nedenle yemin teklif etmesine gerek bulunmadığını o tarafa açıkça bildirmesi gerekir. Buna rağmen yemin teklifinde kararlı olduğunu bildirmesi halinde ve diğer taraf da bu teklifi kabul ettiği takdirde yemini eda ettirerek davayı sonuca bağlaması gerekir⁹⁰. Mahkeme ispat yükü kendisine düşmeyen tarafa yemin teklif etme hakkı bulunduğunu hatırlatır ve o taraf bunun üzerine yemin teklif ederse, böyle bir yemin de geçersizdir⁹¹ bu şekilde teklif edilen yemine dayanılarak kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma nedeni ile kurulmuş olacaktır.

Borçlar Kanununun 392. maddesi hükmü uyarınca vekil, müvekkilinin isteği üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve vekillik nedeniyle her ne ad altında olursa olsun, almış olduğu şeyi, müvekkile vermeğe mecburdur. Müvekkilin vekil aleyhine açtığı davada vekil tarafından yapılan ödeme savunmasında ispat yükünün müvekkilde olduğunu kabul ederek ispat yükünde hataya düşmek eksik inceleme ve araştırmadır⁹².

Dava dilekçesinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen davaya cevap vermeyen ve duruşmalara da katılmayan davalı davanın tamamını inkar etmiş olduğundan davacının davasını ispat etmesinin gerektiğinin gözetilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır⁹³.

dinlenmeleri ve ondan sonra davalı tanıklarının sözleri ile davacı tanıklarının sözlerinin değerlendirilmesi (md 240) ve böylece varılacak uygun sonuç çerçevesinde uyuşmazlığın çözüme bağlanması gerekir. Üstelik dava dilekçesinde (sair her türlü kanıt) dendiği için, duruma göre davacıya and hakkının kullanılması olanağı bulunduğu da gözetilmelidir” Yargıtay 13.HD 13.10.1981 tarih ve 5901/6337 E K sayılı kararı:Karahasan-Borçlar s.1167.

⁸⁹ “Dava konusu altınlarını davalıların alıkoyup vermedikleri ileri sürüldüğüne göre davacının bu iddiasını ispat etmesi gerekir. İspat yükü düşmeyen davalının bu külfetin kendisine ait olduğunu sanarak davacıya yemin teklif etmesi suretiyle eda edilen yemin, hukuki sonuç doğurmaz.” Yargıtay 2. HD 25.04.1989 tarih, 1032/4127 E K sayılı kararı: YKD, 1989/12 s.1543.

⁹⁰ Yılmaz-Yemin s.102 vd, Kuru-Usul c.III s.2487.

⁹¹ “Kendisine ispat külfeti düşmeyen tarafın mahkemenin zorlaması üzerine karşı tarafa and teklif etmesi ispat külfetini üzerine alması anlamında kabul edilemez” Yargıtay 13. HD 11.3.1999 tarih, 4529/4883 E K sayılı kararı: ABD 1999/2-3 s.329-330.

⁹² Bkz:Yargıtay 13. HD 28.11.1978 tarih ve 4874/5034 E K sayılı kararı: YKD 1979/9 s.1328.

⁹³ Bkz:Yargıtay 4.HD 26.04.1988 tarih ve 1126/4397 E K sayılı kararı:Karahasan-Borçlar s.1164; Yargıtay 4.HD 04.02.1988 tarih ve 8499/1141 E K sayılı kararı:Karahasan-Borçlar s.1165.

II-DAVAYA SONVEREN TARAF USUL İŞLEMLERİNDE

Çekişmeli yargıda kural olarak “tasarruf ilkesi” geçerlidir. Yani taraflar dava konusu üzerinde kural olarak serbestçe tasarrufta bulunabilirler⁹⁴. Tarafların dava konusu üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle davayı sona erdirdiği usul işlemleri feragat, kabul ve sulh olmak üzere üçe ayrılır. Bu usul işlemleri hüküm gibi sonuç doğurur hükmün yerine geçerler. Bu işlemler davayı kendiliğinden son verir ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler⁹⁵.

Usulüne uygun olarak yapılmış feragat, kabul ve sulhe rağmen davanın esastan çözülmemesi veya usulüne uygun olarak yapılmamış bir feragat, kabul ve sulh gerekçesiyle davanın esastan çözümlenmesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Davadan feragat, iki taraftan birinin (davacının) talep sonucundan vazgeçmesidir (m.91). Bu durumda davadan feragat eden davacı, bununla dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde istemiş olduğu haktan tamamen veya kısmen vazgeçer (m.91).

Davayı kabul davalının davacının talep sonucuna muvafakat etmesidir (m.92). Davayı kabul eden davalı bununla davacının talep sonucu bölümünde istemiş olduğu hakkın bir bölümünü veya tamamını kabul eder

Sulh ise; görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir⁹⁶. Genellikle, davacı talep sonucunun bir kısmından feragat eder ve davalı da davacının talep sonucunun kalan kısmını kabul eder yani davacının kısmi feragatı ve davalının kısmi kabulünün sonucunda taraflar arasında sulh anlaşması kurulur⁹⁷.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ayrı bir kurum olarak sulh müessesesini düzenlememiştir⁹⁸. Ancak hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda⁹⁹ hem de diğer

⁹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s.490; Alangoya Usul I s.373.

⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.456.

⁹⁶ Kuru-Usul c.IV s.3742.

⁹⁷ “Sulh görülmekte olan bir davada tarafların icap ve kabulleriyle oluşan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile taraflar dava konusu uyuşmazlığa bir fedakarlık ve özveri göstererek son verirler. Genellikle, davacı talep sonucunun bir bölümünden feragat ederek ve davalı da davacının talep sonucunun kalan bölümünü kabul etmek suretiyle Sulh sözleşmesi hukuken vücut bulur. En önemlisi bunun sonucunda uyuşmazlık ortadan kaldırılmış sayılır” Yargıtay 13 HD 14.05.1992 tarih, 1626/4564 E K sayılı kararı: Erdemir c.I s.752.

⁹⁸ “Usul Kanununda, feragat ve kabulde olduğu gibi başlı başına bir sulh müessesesi yoktur. Sulh tarafların uyuşmazlığa yol açan konuda uyuşmaları, bir anlaşmaya varmalarındır ki bir akitir” Yargıtay HGK 10.11.1965 tarih, 6-757/412 E K sayılı kararı: RKD 1966/8 s.145-147.

⁹⁹ Bkz:Örneğin HUMK m.63, 151, 213 gibi.

bazı kanunlarda sulh'tan sözedilmektedir¹⁰⁰. Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarisının 145. maddesinde düzenlenen ön inceleme oturumunda hakimin tarafları sulhe davet ederek oturumu bir defaya mahsus erteleyeceği ve tarafların sulh olmaları halinde yargılamanın sona ereceği öngörülmektedir.

Sulh sözleşmesinin meydana gelmesi için tarafların şarta bağlı olarak öne sürdükleri kısmi feragat ve kısmi kabul iradelerinin belli bir konuda birleşmesi gerekir¹⁰¹.

Davadan feragat, davacının davayı kabul ise davalının mahkemeye¹⁰² hitaben yapacağı tek taraflı açık bir irade beyanı¹⁰³ ile olur. Feragat ve kabulün geçerli olması için bunların diğer taraf ve mahkeme tarafından kabul edilmemelerine gerek yoktur¹⁰⁴.

Davadan feragat, davayı geri almadan farklıdır. Davayı geri almada davacı talep sonucundan vazgeçmemekte sadece davasını geri almakta ve onu ileride tekrar açabilme hakkını saklı tutmaktadır. Oysa feragatta, davacı dava konusu yapmış olduğu haktan feragat etmektedir. Davacı, feragat etmiş olduğu davayı tekrar açamaz; açarsa davalının kesin hüküm itirazı ile karşılaşır ve açılan dava reddedilir. Ayrıca davadan feragat davalının rızasına bağlı bulunmadığı halde davayı davacının geri alabilmesi için

¹⁰⁰ Bkz:Örneğin İİK m.38, 226; TMK m.429,462,593; TK m.165, 219, 310; BK 191,388 gibi.

¹⁰¹ “Sulh sözleşmesi o sözleşme ile ilgili bulunan tarafların arasında meydana gelmiş uyuşmazlığın, taraflardan her birinin bazı haklarından fedakarlıkta bulunup, uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları hususundaki irade açıklamalarının birleşmesidir” Yargıtay 4. HD17.10.1968 tarih, 7229/7478 E K sayılı kararı: Renda/Onursan s.793-794.

¹⁰² “Kocanın, zina sebebiyle yapılmakta olan ceza yargılaması sırasında şikayetinden vazgeçmiş olması, davalıyı cezadan kurtarmayı amaçlamaktadır. Hukuk Mahkemesinde davadan feragat edilmediğine göre yalnızca bu olgu davalının af edildiğini göstermez. Tarafların delillerinin toplanması ve hasıl olacak sonuca karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden *eksik inceleme* ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD 26.02.1999 tarih, 13744/1614 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁰³ “..tehdit ve zorlamaya dayalı feragat dilekçesine itibar edilmeksizin işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken *eksik inceleme* ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir” Yargıtay 10. HD 24.03.2003 tarih, 2575/3760 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁰⁴ Kuru-Usul c.IV s.3546; Alangoya-Usul I s.373.

davalının rızası¹⁰⁵ gereklidir¹⁰⁶. Davalı davanın geri alınmasına rıza göstermezse davaya devam edilmelidir¹⁰⁷.

Davadan davacı asil veya vekaletnamesinde açıkça feragat özel yetkisi verilmiş vekil tarafından feragat edilebilir¹⁰⁸. Aynı şekilde davayı davalı asil ve kabul özel yetkisi olan vekil kabul edebilir.

Dava açıldıktan sonra hüküm kesinleşinceye kadar davaya son veren usul işlemleri yerine getirilebilir. Henüz açılmamış ileride açılması muhtemel olan bir davadan feragat söz konusu olamaz¹⁰⁹. Hüküm kesinleştikten sonra davadan feragat edilemez ; dava kabul edilemez¹¹⁰ ve sulh olunamaz.

Davadan feragat ve davayı kabul ile dava konusu uyuşmazlık ve bununla ilgili dava esastan sona ereceğinden şarta bağlı feragat ve kabul geçerli değildir.

Davadan feragat ve davayı kabul şekle tabidir (m.93). Kanunun öngördüğü şekil, geçerlilik şartıdır¹¹¹. Davadan feragat ve davayı kabul yargılama sırasında davacının davadan feragat ettiğini; davalının da davayı kabul ettiğini bildirmesi üzerine duruşma tutanağına davacının veya davalının bu yöndeki beyanı geçirilerek tutanağın bu bölümü davacıya veya davalıya imzalatılır. Feragat ve kabul beyanının davacıya veya davalıya okunduğunun ve ondan sonra imza ettirildiğinin¹¹² de tutanağa yazılması

¹⁰⁵ “Davacı vekilince ... geri alındığını bildirmiş karşı taraf vekilinin aynı tarihli dilekçesiyle davanın geri alınmasına muvafakat edildiği belirtilmiştir. – ’un 185/1 maddesinde düzenlenen davayı takipten sarfınazar etme veya bir başka adlandırılmayla davayı geri alma bildirimini ile davanın takibinden vazgeçilmekte, davayı ileride yeniden açma hakkı saklı tutulmaktadır” Yargıtay 11.HD 26.06.1998 tarih, 1339/4105 E K sayılı kararı: Batıder 1998/XIX/3 s.213-214.

¹⁰⁶ Kuru-Usul c.IV s.3547.

¹⁰⁷ “MK m.639’a göre açılan tescil davasında, “davacı vekili, yargılamanın 17.10.1980 tarihli 13. oturumunda, taşınmazın sınırlamaya tabi tutulduğunu, orman kadastro komisyonu veya itiraz üzerine ilgili mahkeme tarafından verilecek karar uyarınca orman sınırları dışına çıkarılması halinde, ayrıca tescil davası açma hakları saklı kalmak koşuluyla davadan vazgeçtiğini bildirmiştir. Davalı Hazine vekili feragata diyeceği olmadığını, ancak şartlı feragatı kabul etmediğini beyan etmiştir. Bu durumda davacı vekilinin beyanının ’un 185/1 maddesi uyarınca davayı takipten sarfı nazar (davayı geri alma) niteliğinde olduğu nazara alınmak, Hazine vekilinin buna muvafakatı bulunmadığı göz önünde tutularak davaya devam olunmak gerekir” Yargıtay 8.HD 25.05.1981 tarih, 5839/6003 E K sayılı kararı: YKD 1981/9 s.1143.

¹⁰⁸ “... Vekilin davadan feragat edebilmesi için, vekaletnamesinde açık bir feragat yetkisinin bulunması gerekir” Yargıtay 3. HD 18.11.1996 tarih, 10416/11437 E K sayılı kararı: YKD 1997/1 s.24-25.

¹⁰⁹ Kuru-Usul c.IV s.3562; Alangoya-Usul I s.376.

¹¹⁰ “Hüküm iptal edilmedikçe kesin hüküm niteliğini korur. Olayda iptali gerektiren bir durum yoktur. Feragat ise hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Olayda boşanma kararı kesinleşmiş ve iptal de edilmemiş olduğu için, davacının davadan vazgeçmesi hukuki sonuç doğurmaz” Yargıtay 2. HD, 20.04.1976 tarih, 2130/3148 E K sayılı kararı: YKD 1977/2 s.176-177.

¹¹¹ Kuru-Usul c.IV s.3606.

¹¹² “HUMK’nun 151. maddesinin son fıkrası hükmüne göre davalının davayı kabul ettiğine dair beyanı tutanağa geçirilip okunduktan sonra kendisine imzalatılması gerekir. Olayda bu işlem yapılmamış

zorunludur¹¹³. Bu şartlara uygun olmayan duruşma sırasında yapılan feragat ve kabul geçersizdir¹¹⁴.

Davacı duruşma sırasında mahkemeye vereceği bir dilekçe ile de davasından feragat edebilir bu durumda feragat ile ilişkin beyanın ayrıca duruşma tutanağına geçirilmesine gerek yoktur sadece feragat ile ilişkin dilekçenin davacı veya vekili tarafından verildiğinin duruşma tutanağına geçirilmesi yeterlidir. Aynı şekilde davalı tarafından da duruşma sırasında davayı kabul ettiğine dair verilen dilekçenin davalı tarafından verildiğinin duruşma tutanağına geçirilmesi yeterlidir.

Davacı, duruşma dışında davasından feragat ettiğine ilişkin dilekçeyi mahkemeye bildirebilir (m.93). Bu durumda hakim tarafından dilekçe dosyasına havale edilirken dilekçe altındaki imzanın davacıya ait olduğunun tespit edildiğine dair açıklamanın yer alması gerekir¹¹⁵. Aynı usul kabul beyanı için de geçerlidir.

Kanundaki istisnalar dışında usulüne uygun olarak davacı tarafından yapılmış bir feragat veya davalı tarafından yapılmış kabul beyanı ile dava sona erer ve kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur (m.95/1).

Örneğin boşanma davalarında kabul hukuki sonuç doğurmaz¹¹⁶. Ancak evlilik birliği en az bir yıl sürmüşse kanunda öngörülen diğer şartların da varlığı halinde hakim

olduğuna göre kanunen geçerli bir kabul de mevcut değildir..” Yargıtay 5. HD 27.12.1977 tarih 7659/8678 E K sayılı kararı: YKD 1978/4 s.548-549.

¹¹³ Kuru-Usul c.IV s.3607.

¹¹⁴ “Mahkemece, davacının feragatine dayanılarak hüküm tesis edilmiştir. Ancak, davacının feragat beyanı, m.151 hükmü uyarınca okunup onaylandığı tutanağa yazılmamıştır. Bu şekildeki tutanak feragati tevsik etmez” Yargıtay 7. HD 19.03.1976 tarih, 2813/4352 E K sayılı kararı: Ozanalp c.II, s.939.

¹¹⁵ “... Davacıya aidiyeti kesin şekilde tespit olunmadan ve geçerli bir feragat bulunup bulunmadığı araştırılmadan davanın feragat sebebiyle reddedilmesi..” Yargıtay 2. HD 22.02.1973 tarih, 934/1053 E K sayılı kararı: RKD 1973/12 s.483-484.

¹¹⁶ “Boşanma davalarında kabul hukuki sonuç doğurmaz (MK 150/3). Onun için tarafların boşanma konusunda anlaşmaları hüküm ifade etmez. Öyle ise,tarafların delilleri toplanıp uygun sonuç uyarınca karar verilmesi zorunludur..” Yargıtay 2. HD 15.11.1983 tarih, 9189/8713 E K sayılı kararı: RG, 10.12.1983 tarihli sayı s.18-19.

tarafından kabul nedeni ile boşanma kararı verilmelidir¹¹⁷. Babalık ve nesep gibi kamu düzenini ilgilendiren konularda kabul hukuki sonuç doğurmaz (m. 92-95)¹¹⁸.

Davacı feragat beyanından davalı da kabul beyanından dönemez. Ancak feragat veya kabulün iradeyi sakatlayan haller (hata, hile, ikrah) sonucu beyan edildiğini ileri süren taraf feragat veya kabulün feshi davası açabilir¹¹⁹. Davadan iradeyi sakatlayan bir nedenden dolayı feragat ettiğini veya davayı iradeyi sakatlayan bir nedenden dolayı kabul ettiğini iddia eden tarafın bu husustaki iddiasının araştırılmadan hüküm kurulması eksik incelemedir¹²⁰. İradeyi sakatlayan nedenlerden biri nedeni ile sulh olduğunu iddia eden taraf sulh feshi davası açabilir.

İradeyi sakatlayan bir hal nedeniyle feragat, kabul ve sulhun feshi davasının açılması durumunda bu dava mahkemece bekletici sorun yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Görevsiz mahkemeye karşı yapılan kabul ve feragat beyanı da geçerlidir¹²¹.

Ceza mahkemesinde görülmekte olan bir kamu davası sırasında katılanın özel hukuka ilişkin haklarının sanık tarafından kabul edilmesi durumunda da usulüne uygun

¹¹⁷ “Evlilik en az bir yıl sürmüşse bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanmaya karar verilebilmesi için hakim bizzat tarafları dinleyerek iradenin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi şarttır. Bu irade açıklamasının bizzat hakim huzurunda yapılması zorunludur. Vekaletnamesinde yetkisi olsa dahi vekilin beyanı boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz” Yargıtay 2. HD 13.02.1992 tarih, 1456/1636 E K sayılı kararı: İKİD 1993/386, s.9300.

¹¹⁸ “... Nesebin reddi ve babalık gibi konular, kamu düzenine ilişkin bulunduğu için, bu tür davalarda sırf karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemez...” Yargıtay 2. HD 01.02.1983 tarih, 535/584/ E K sayılı kararı: YKD 1983/8 s.1152.

¹¹⁹ Bkz. Postacıoğlu s.481-482; Bilge/Önen s.353; Kuru-Usul c.IV s.3647.

¹²⁰ “Davacı Şerife Uzun vekili .. Gereni mevkiindeki taşınmazın Şerife’ye verileceği yolunda izlenim ve kanaat uyandırılarak kayıtsız ve koşulsuz Şerife’nin davasından feragatı sağlanmıştır. Davacı vekili ise bu olguyu kandırılma olarak nitelemiş davacının bu nedenle feragatin geçersiz olduğunu öne sürmüştür. Hal böyle olunca davacı Şerife Uzun’un öne sürdüğü nedenler feragattan dönmeyi haklı gösteren hukuksal nedenlerdir. Mahkemece 06.12.1993 günlü sözleşme içeriğinde sözü edilen Gereni mevkiindeki taşınmazın davacı Şerife Uzun’a gerçekten verilip verilmediğinin araştırılması, verilmiş ise davacının feragatına değer verilerek ..” Yargıtay 7. HD 04.06.1996 tarih ve 2289/5611 E K sayılı kararı: Kılıç s.1244; “HUMK’nun 91 ve müteakip maddelerinde yer alıp yine bu maddelerde sözü edilen hukuki sonuçları doğuracak olan feragatin öncelikle geçerlilik koşulunu taşınması gerekir. Davacı 23.03.1973 gününde mahkemeye verdiği dilekçesinde ve vekilinin daha sonraki açıklamalarında, diğer tarafın hata, hile ve ikrahı ile elinden 08.02.1973 günlü feragat dilekçesinin alındığını, feragatin serbest bir irade mahsulü olmadığını ileri sürmüş bulunmasına göre hükmünü feragata dayandıracak (davayı feragat nedeniyle reddedecek) olan mahkemenin, bu iddia karşısında feragatin geçerli olup olmadığını **araştırması** icab eder” Yargıtay 14.HD 14.01.1975 tarih ve 3708/183 E K sayılı kararı:YKD 1975/6 s.107 vd.

¹²¹ “HUMK’nun 92. maddesine göre kabul, davalının,davacının netice-i talebini (talep sonucunu) kabul etmesidir. Olayımızda olduğu gibi, görevli olmayan tapulama mahkemesindeki kabul de ilgilileri bağlar” Yargıtay HGK 26.01.1983 tarih, 8-752/40 E K sayılı kararı: YKD 1983/10, s.1433.

olarak verilmiş bir kabul beyanı vardır¹²². Aynı şekilde ceza mahkemesinde görülmekte olan bir kamu davasında katılanın özel hukuka ilişkin haklarından vazgeçtiğini bildirmesi üzerine bu hususun tutanağa geçirilip altının katılan tarafından imzalanması halinde de usule uygun olarak verilmiş bir feragat beyanı vardır.

Taraflar mahkeme önünde sulh olmak istediklerini yargılamayı yürütmekte olan hakime bildirdiklerinde hakim tarafların bu husustaki beyanlarını duruşma tutanağına yazdırır. Tutanağın bu bölümü taraflara imza ettirilir; ayrıca duruşma tutanağına okunduktan sonra imza ettirildiğinin de yazılması gerekir (m.151)¹²³.

Taraflar mahkeme dışında yapmış oldukları yazılı sulh sözleşmesini mahkemeye vererek sulh olduklarını bildirmeleri halinde tarafların sulh olduklarına ilişkin yazılı belgeyi ibraz ettikleri tutanağa yazılır (m.151/2). Ancak sulh sözleşmesinin içeriğinin ayrıca tutanağa geçirilmesine gerek yoktur. Çünkü duruşma tutanağının eki niteliğinde olan bu belgenin içeriği de tutanak hükmündedir (m.151/3; m.156). Bu durumda taraflar arasında mahkeme dışında yapılmış sulh sözleşmesi duruşma sırasında yüksek sesle okunmalı, okunduğu duruşma tutanağına yazılmalı ve ondan sonra tutanağın bu kısmı taraflara veya bu hususta vekaletnamelerinde açıkça yetkisi bulunan vekillere imza ettirilmelidir. Usulüne uygun olarak yapılmış bir sulh sözleşmesi ile dava sona erer.

Şarta bağlı olarak feragat ve kabul yapılamaz iken; şarta bağlı sulh olunabilir. Mahkemece şarta bağlı olarak hüküm kurulamayacağından tarafların şarta bağlı sulh sözleşmesinin varlığı halinde “karar verilmesine yer olmadığına”¹²⁴ karar verilmelidir¹²⁵.

¹²² “Davaya katılan Orman İdaresi 228 lira tazminat isteğinde bulunmuş sanık, ilk oturumda kabul etmemesine rağmen ... müdahilin isteği olan tazminatın tamamını aynen kabul ettiğini, ödeyeceğini beyan etmiştir.- Kişisel hakka ilişkin olması nedeni ile hususi hukuk hükümlerinin uygulanması gereken bu kabil hallerde müdahilin talebinin davalı yani sanık tarafından kabulü kesin sonuç doğurur ve kabulün bir ceza ve amme davasında cereyan etmesi buna etkili olamaz” Yargıtay CGK 26.11.1973 tarih 3-401/739 E K sayılı kararı: Kayganacıoğlu c.II s.766.

¹²³ “Mahkemece taraflar arasındaki keşifteki, sulha binaen karar verilmiş ise de HUMK’na göre keşif raporunda tarafların beyanlarının okunduğu yazılı olmadığından bu sulhun geçerli olmadığı” Yargıtay 8. HD 30.06.1972 tarih ve 2691/3533 E K sayılı kararı, Karahasan-Borçlar s.67.

¹²⁴ “Somut olayda, sulh anlaşması geçerli ve kesinleşmiştir. Ancak ödeme koşuluna bağlı olarak yapılmış olması nedeniyle esas hakkında karar verme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemenin koşullu sulhun yerine getirilmesine olanak sağlamak için “karar verilmesine yer olmadığına” biçiminde bir kararla davayı sonuçlandırması gerekirken yargılamayı sürdürmesi yerinde değildir” Yargıtay 19 HD16.12.1996 tarih, 2413/11258 E K sayılı kararı: Erdemir c.I s.753-754.

¹²⁵ Kuru-Usul c.IV s.3759.

Şarta bağı olan sulh ve böyle bir sulh üzerine mahkemenin vereceği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü taraflar arasındaki uyuşmazlık esastan çözülmüş değildir. Buna karşılık şarta bağı olmayan sulh ve böyle bir sulh üzerine verilen mahkeme kararı, maddi anlamda kesin hüküm (m.237) teşkil eder¹²⁶.

Hukuk hakimi yargılama sırasında tarafların duruşma sırasında sulh olacaklarına ilişkin beyanlarını usulüne uygun olarak duruşma tutanağına yazmalı, duruşma dışında ise taraflar arasında düzenlenen sulh sözleşmesine ilişkin belgeyi duruşma tutanağına taraflar arasında sulh olduklarına ilişkin yazılı belge düzenlendiği şeklinde yazmalı ve yazılı sulh sözleşmesini yüksek sesle duruşma sırasında okuyarak, tutanağın bu kısmını taraflara imza ettirmeli, taraflar arasında düzenlenen sulh sözleşmesinin şarta bağı olup olmadığına dikkat etmeli, taraflar arasında şarta bağı olarak sulh sözleşmesi yapılmış ise taraflar arasındaki uyuşmazlık ile ilgili “karar verilmesine yer olmadığına” karar vermeli, tarafların sulh oldukları dava konusunun üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlardan olduğuna özellikle dikkat ederek yargılamayı sona erdirmelidir. Aksi halde verilecek hüküm eksik inceleme ve araştırma sonucu kurulacak ve hatalı olacaktır.

Hukuk hakimi, davayı sona erdiren usul işlemlerinin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını, bu usul işlemleri vekil tarafından yapılmış ise vekilin vekaletnamesinde açıkça feragat, kabul ve sulh etme yetkisinin bulunup bulunmadığını, feragat ve kabulün kayıtsız ve şartsız olup olmadığını, feragat ve kabul edenin feragat ve kabul yetkisinin bulunup bulunmadığına, feragat ve kabule konu davanın feragat ve kabul nedeniyle sona eren davalardan olup olmadığına, davacının davasının kısmi feragat olup olmadığına, davacının davadan feragat etmesi halinde öncelikle taraf teşkilinin sağlanıp sağlanmadığına bakmalıdır. Aksi halde verilecek hüküm eksik inceleme ve araştırma ile verilmiş olacağından bir bozma nedeni oluşturabilecektir.

¹²⁶ “... yargıç tarafından duruşma zaptına geçirilmek ve taraflara imza ettirilmek suretiyle tevsih olunan bu sulh, HUMUK'nun 95'inci maddesi uyarınca feragat ve kabul gibi kesin hükmün hukuki neticelerini hasil eder” Yargıtay HGK 02.01.1946 tarih, 1-7/1 E K sayılı kararı: Ömerbaş/Çetintaş c.I s.364-365.

III-DAVA ŞARTLARINDA

Dava şartları gerçekleşmeden bir davanın esası incelenemez; davanın incelenip karara bağlanabilmesi, dava şartlarının varlığı veya yokluğuna bağlıdır¹²⁷. Dava şartları kamu düzenine ilişkindir ve yargılamanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden gözetilmelidir¹²⁸.

Hakim, daha davanın başında, dava şartlarının mevcut bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. Bir dava şartının bulunmadığını tespit etmesi halinde işin esasına girmeden davayı usul yönünden reddetmelidir¹²⁹. Ancak bu yön ihmal edilmiş ve işin esasına girilmiş olması halinde, dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmişse artık davanın usulden reddedilmeyip esastan karara bağlanması gerekir¹³⁰. Örneğin velayet altındaki küçüğün kendi açmış olduğu davanın görülmesi sırasında, dava şartı yokluğundan dava reddedilmeden önce küçüğün reşit olması halinde, davanın dava ehliyeti yokluğundan dolayı reddine karar verilemez.

Dava şartları kamu düzenine ilişkin bulunduğundan davanın her aşamasında hakim tarafından görevinin gereği, kendiliğinden göz önünde tutulması öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹³¹. Taraflar da, davanın her aşamasında dava şartlarının noksan olduğunu ileri sürebilirler. Mahkeme daha sonra dikkate alabilirse de,

¹²⁷Pekcanitez/Atalay/Özekes s.269; Akcan s.105; Üstündağ s.313; Kuru/Arslan/Yılmaz s.251; Kuru-El Kitabı s.298.

¹²⁸“ Müdahilin, tesbitten sonra doğan hakka ilişkin tapu dışı satıma dayanarak davaya katıldığı ve mahkemece müdahil hakkında esastan hüküm kurulduğu anlaşılmıştır. 3402 sayılı Kanunun 26/d maddesi uyarınca, tesbitten sonra doğan haklara ilişkin uyuşmazlıklara bakma görevi Genel Mahkemelere aittir. Bunun tek istisnası, anılan Kanunun 40. maddesinde belirtilen tesbitten sonra tapu ile satın alma durumudur. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olup, bu hususun kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Müdahilin istemi yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.” Yargıtay 16. HD 22.01.1996 tarih ve 70/1 E K sayılı kararı: YKD 1996/11, s. 1767 vd.

¹²⁹ İcazet verilerek noksan olan dava şartının tamamlanması mümkün ise, mahkeme önce icazet verilebilecek kişiye bunun için bir süre vermesi, bu süre içinde icazet verilmezse, ancak o zaman davayı dava şartı yokluğundan reddetmesi usule uygun olacaktır. Kuru-Usul c.II s.901.

¹³⁰Kuru/Arslan/Yılmaz s.258; Postacıoğlu s.204-205; “.. dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmişse artık davanın usulden reddedilmeyip esastan tetkikle çözüme ulaştırılması gerekir..” Yargıtay HGK 31.05.1995 tarih ve 14-371/566 E K sayılı kararı: TBBD 1995/4 s. 616 vd.

¹³¹Yılmaz-İslah s.64,135; Akcan s.106; Üstündağ s.313; bkz: Yargıtay 16. HD 22.01.1996 tarih ve 70/1 E K sayılı kararı: YKD 1996/11, s. 1767 vd; Yargıtay 16. HD 12.09.1991 tarih ve 8929/11272 E K sayılı kararı: YKD 1992/2 s.248.

zaman kaybını önlemek amacıyla, davanın başında dava şartlarının bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmalıdır¹³².

Her ne kadar öğretide bazı yazarlar ve Yargıtay tarafından taraf sıfatının (husumetin) dava şartı olduğu kabul edilmekte ise de¹³³; taraf sıfatı dava şartı değildir. Çünkü, davalı veya davacı olma hususu usul hukuku değil, maddi hukuk sorunudur¹³⁴.

Bazı yazarlar taraf sıfatının dava şartı olmayıp itiraz olduğu görüşündedirler¹³⁵. Çünkü bir kimsenin hak sahibi veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu durumda ise dava esastan ret veya kabul edilir. Oysa dava şartları davanın esasına girilmesini engelleyen niteliktedir bu nedenle taraf sıfatının itiraz olduğunu ileri sürmektedirler¹³⁶.

Yargıtay'da taraf sıfatının dava şartı olduğunu ve mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹³⁷. Yargıtay'a göre husumet eksikliği maddi hukuka ilişkin değil usul hukukuna ilişkin bir eksiklik¹³⁸.

¹³² Akcan s.107; Yılmaz-İslah s.135; Kuru/Arslan/Yılmaz s.306.

¹³³ Kılıç s.1265; Önen s.150; Berkin s.359; Bilge/Önen s.411; Postacıoğlu 229; "Anayasa'nın 129/5 mad. hükmüne nazaran, memurlar ile diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. Giderek anılan maddede "yetkilerini kullanırken" deyimini uygulamada "görevlerini yaparken" biçiminde yorumlanmaktadır. Bu yönde Orman Genel Müdürlüğünde Orman Muhafaza Memuru olan davalılar Mevlüt ve Mustafa'nın zararlandırıcı sigorta olayının vukuu tarihi itibarıyla memur statüsünde bulunup bulunmadığı araştırılmalı, memur statüsünde bulunması ve görevini ifa ederken kusuru ile sigorta olayının vuku bulmasının anlaşılması karşısında, husumet konusunun dava şartlarından olması ve mahkemece resen gözönünde tutulması ilkesine göre haklarındaki davanın husumetten reddedilmesi gerekir. Mahkemece açıklanan konuda *araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ve araştırma* ile hüküm kurulmuş olması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir." Yargıtay 10. HD 24.03.2003 tarih ve 2832/2513 E K sayılı kararı: CORPUS; "Husumetin kamu düzeni ile ilgili olduğu kuşkusuzdur. O halde hazinenin davaya çağrılarak taraf koşulu oluşturulmadan verilen karar isabetsizdir." Yargıtay 7. HD 01.07.2003 tarih ve 137/2291 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹³⁴ Akcan s.107; Kuru/Arslan/Yılmaz s.231-233; Üstündağ s.301; Kuru-El Kitabı s.267.

¹³⁵ Bkz:Kuru/Arslan/Yılmaz s.231;Kuru-Usul s.757; Üstündağ s.301; Kuru-El Kitabı s.267; Akcan s.107.

¹³⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s.232; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.190.

¹³⁷ "Anayasa'nın 129/5 mad. hükmüne nazaran, memurlar ile diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. Giderek anılan maddede "yetkilerini kullanırken" deyimini uygulamada "görevlerini yaparken" biçiminde yorumlanmaktadır. Bu yönde Orman Genel Müdürlüğünde Orman Muhafaza Memuru olan davalılar Mevlüt ve Mustafa'nın zararlandırıcı sigorta olayının vukuu tarihi itibarıyla memur statüsünde bulunup bulunmadığı araştırılmalı, memur statüsünde bulunması ve görevini ifa ederken kusuru ile sigorta olayının vuku bulmasının anlaşılması karşısında, husumet konusunun dava şartlarından olması ve mahkemece resen gözönünde tutulması ilkesine göre haklarındaki davanın husumetten reddedilmesi gerekir. Mahkemece açıklanan konuda *araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ve araştırma* ile hüküm kurulmuş olması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir." Yargıtay 10. HD 24.03.2003 tarih ve 2832/2513 E K sayılı kararı: CORPUS; "Husumetin kamu düzeni ile ilgili olduğu kuşkusuzdur. O halde hazinenin davaya çağrılarak taraf koşulu oluşturulmadan verilen karar isabetsizdir." Yargıtay 7. HD 01.07.2003 tarih ve 137/2291 E K sayılı kararı: CORPUS.

Taraflardan birinin taraf sıfatı itirazının incelenmemesi¹³⁹; taraf sıfatı yöneltilmesi mümkün bulunmayan bir kişiye taraf sıfatı yöneltilip davaya dahil edilerek hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır¹⁴⁰.

Hukuk mahkemesi açılan bir davada; davacının davacı olma sıfatı dava konusu hakkın sahibine ait olduğundan yine davalının davalı olma sıfatı dava konusu hakkın yükümlüsüne ait olduğundan, davacının ve davalının gerçekten taraf sıfatına sahip olup olmadıkları öncelikle incelenmelidir¹⁴¹. Çocuk tarafından soybağının reddi davası çocuğun ana ve babasına karşı açılır (TMK m.286/2). Bu şekilde çocuğun ana ve babasına karşı açtığı soybağının reddi davasında küçük çocuğa kayyım tayin ettirilip taraf sıfatının ona yöneltilmelidir¹⁴². Aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

¹³⁸ “Taşınmazın tahdit dışında kaldığı 1995 yılı ile dava tarihi arasında imar ihya ve zilyetlikle kazanmayı sağlayan 20 yıllık süre geçmemiştir. Hemen belirtilmelidir ki, kural olarak usule ilişkin (özellikle husumette noksanlık, taraf teşkili gibi) bozma kararları yalnızca bu konuya hasredilir. İşin esasına yönelik incelenmenin ise “...şimdilik incelenmesine yer olmadığına...” sözcükleri kullanılarak bundan sonra verilecek karara bırakılır.-Öyle ise Dairenin ilk bozmasının yalnızca usule hasren yapıldığı, baş taraftaki ifadenin maddi bir yanılığdan ileri geldiği kabul edilmelidir.-Bilindiği üzere usul kuralları kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olup, bozmada yapılan maddi yanılığ taraflar yararına usuli kazanılmış hak oluşturamaz.” Yargıtay HGK 13.03.2002 tarih ve 8-183/187 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹³⁹ “Davacı, kooperatife ait inşaatta işçi olarak çalışmakta iken iş kazası geçirdiğini iddia ederek maddi ve manevi tazminat isteği ile davalı aleyhine bu davayı açmıştır. Davalı kendisinin kooperatif başkanı olduğunu ve inşaatın müteahhit tarafından yapıldığı şahsen sorumluluğunu gerektiren bir durumda bulunmadığını bildirerek husumet itirazında bulunmuştur. Bu husumet itirazı üzerinde durulup gerekli araştırma ve inceleme yapılmak gerekirken bu yolda yeterli bir araştırma yapılmadan ve davalının şahsi sorumluluğunu gerektirici hukuki dayanaklarda gösterilmeden davalının şahsi sorumluluğu yoluna gidilmiş olmasına isabet görülmemiştir. O halde **noksan inceleme ile** verilen karar bozulmalıdır.” Yargıtay 9.HD 14.03.1985 tarih ve 12665/2585 E K sayılı kararı:MEŞE.

¹⁴⁰ Diğer taraftan, çalışıldığı iddia olunan apartman işyerinin 4 daire ve 1 dükkandan oluşan 5 bağımsız bölümden ibaret olduğu, halbuki 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 34. maddesi hükmü gereğince, bağımsız bölümü 8’den daha az olan apartmanlarda, yönetici atanması zorunluluğunun bulunmadığı ve bu gibi hallerde de, mevcut ise apartman yöneticisine husumet yöneltilmesine yasaca cevaz bulunmadığı gözönünde tutularak, işveren olarak apartmanın bağımsız bölüm maliklerinin tümüne husumet yöneltilmesinin gerektiği de açıktır.... açıklanan maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın, **noksan inceleme ve araştırma** hüküm kurulması” Yargıtay 10. HD 14.04.1992 tarih ve 12320/4251 E K sayılı kararı:MEŞE.

¹⁴¹ “Şu halde mahkemece yapılacak iş, TEDAŞ’ın Ağrı ilinde yöntemine uygun müessese oluşturup oluşturmadığı araştırılarak, müessese varsa davanın husumetten reddine karar vermektir. Bu yön gözetilmeksizin **eksik inceleme** ile yazılı biçimde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4. HD 19.03.2001 tarih ve 11879/2626 E K sayılı kararı: CORPUS; “...Dosyaya konulan salt iki bağımsız bölüme ilişkin tapu senedi içeriğinden dava konusu edilen apartmanda kat mülkiyetinin kurulmuş olduğu anlaşılmakta ise de, ana taşınmazın tüm bağımsız bölümlerini gösteren tapu kayıtları getirtilip davalı A’nın kat maliki olup olmadığı yöntemince saptanmadan adı geçen vekilinin beyanına dayanılarak **eksik inceleme sonucu** bu kişi yönünden davanın pasif husumet ehliyeti yokluğundan reddine karar verilmesi doğru değildir” Yargıtay 18.HD 14.03.2005 tarih ve 10340/2184 E K sayılı kararı:MEŞE.

¹⁴² “Türk Medeni Kanununun 286. maddesi uyarınca soybağının reddi davası ana ve çocuğa karşı açılır. Küçüklere Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince kayyım tayin ettirilmesi, husumetin kayyımına yöneltilmesi, gösterdiği takdirde delillerin toplanması gerekirken küçüklere kayyım tayin

Türk mahkemelerinde açılmaması gereken davanın, açılması halinde yargı hakkı bulunmadığı için dava esasa girilmeden dava şartı yokluğundan reddedilmelidir¹⁴³. Yargı teşkilatı içinde tüm uyuşmazlıklar aynı yargı içinde çözülmezler, farklı yargı kolları düzenlenmiştir. Her uyuşmazlık kendisine ait yargı koluna giren yargı yerinde çözümlenmelidir. Bir dava, ait olduğu yargı kolundan başka bir yargı koluna ait mahkemede açılırsa, bu aykırılığı hakim kendiliğinden gözetebileceği gibi taraflardan birisinin bu hususta yapacağı bir itiraz üzerine de yargı yolu itirazını inceleyebilir¹⁴⁴.

Davanın açılmış bulunduğu hukuk veya idare mahkemesinin yargı yolunun caiz olmadığına ilişkin karar verebilmesi için tarafların yargı yoluna itiraz etmiş olmaları gerekli değildir¹⁴⁵.

Görev, belirli bir davaya o yerdeki hüküm mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirtir. Bir dava ancak görevli mahkemede incelenebilir. Görevli olmayan mahkemeye açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilmelidir. Mahkemenin görevi kamu düzenine ilişkindir ve mahkemece yargılamanın her aşamasında görevli olup olmadığı gözetilmelidir¹⁴⁶. Görevli olmayan bir mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekirken davayı esastan veya usulden sonuçlandırması eksik inceleme ve araştırmadır.

Malvarlığı hukukundan doğan davalarda görev, kural olarak dava konusu mal veya hakkın miktar veya değerine göre belirlenir (m.1)¹⁴⁷. Buna göre kural olarak 5910

ettirilmeden *eksik inceleme* ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD 05.04.2004 tarih ve 3243/4223 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.252; Kuru-Usul s.882; Önen s.149; Akcan s.107.

¹⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.85.

¹⁴⁵ Akcan s.108; Alangoaya-Usul I s.171.

¹⁴⁶ Akcan s.110; Kuru/Arslan/Yılmaz s.253; Üstündağ s.287; Kuru-El Kitabı s.302;“Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup yargılamanın her safhasında kendiliğinden nazar alınır. Usul Muhakemeleri Kanununun 8/7.madde ve fıkrası gereğince mirasçılık belgesi verilmesi görevi sulh hukuk mahkemelerine aittir. İstisnai olarak 3402 sayılı kanunun 25.maddesi gereğince kadastroya veya kadastro ile ilgili verasete ait uyumsuzlukları çözme görevi kadastro mahkemelerine de verilmiştir. Yargıtay 2. HD 01.02.1996 tarih 14125/1120 E K sayılı kararı: CORPUS; Akcan s.110.

¹⁴⁷ “Dava Türk Kanunu Medenisi'nin 541. maddesine dayanmaktadır. Bu davada görev vasiyetnameye konu taşınmazların değerine göre belirlenecektir. O halde mahkemece yapılacak iş öncelikle vasiyetnameyi celbetmek, eğer taşınmazlar muayyen mal vasiyeti ile davacıya kazandırılmış ise taşınmaz değerlerini belirlemek, varsa peşin harç noksanını ikmal ettirmek sonucuna göre karar vermek vasiyetname, mirasçı nasbı ile ilgili ise, şimdiki gibi karar vermektir (TKM. md.538) ibarettir. Bu yön gözetilmeden *eksik inceleme ve araştırma* ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD 07.06.2002 tarih ve 6502/7661 E K sayılı kararı: CORPUS; Malvarlığını ilgilendiren davalarda görev 21.07.2004 tarihli 5219 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle 100 milyonluk sınır 5000 YTL'ye çıkartılmıştır. 2007 yılı için bu miktar 5910 YTL'dir.

YTLyi geçmeyen davalar için sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. 5910 YTL'yi geçen davalar için de asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Mal varlığı hukukundan doğan uyuşmazlıklarda hakim dava konusunun değeri hususunda şüpheye düştüğünde veya taraflardan birinin bu konuda talepte bulunması üzerine hakimın dava konusunun değerini uzman bir bilirkişi aracılığıyla tespit ettikten sonra görev hususunda karar vermemesi eksik inceleme ve araştırmadır¹⁴⁸. Mahkemece görev ve yetki sorunlarının birleşmesi halinde öncelikle görev sorunu usule uygun olarak çözümlenmelidir. Görev sorunu çözümlenmeden mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi eksik incelemedir.

Tapu kaydı bulunmayan bir yerde taşınmaz aynına ilişkin olarak genel mahkemelerde dava açıldıktan sonra taşınmazın bulunduğu yerde kadastro çalışması yapıp taşınmaz hakkında kadastro tutanağı düzenlendikten sonra taşınmaz aynına ilişkin genel mahkemelere açılan davalarla ilgili olarak görevsizlik kararı verilmelidir¹⁴⁹. Bu husus gözetilmeden hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır¹⁵⁰.

Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre kat mülkiyeti, ancak tek parsel üzerindeki yapı veya yapılarda tesis edilebilir. Bu husus dikkate alındığında birkaç parsel üzerindeki binalarda bağımsız bölüm maliki olan kişilerin bir araya gelerek yönetici seçmeleri kanunen mümkün değildir. Ancak, bu gibi hallerde yönetim planı birden çok parsel üzerindeki binalarda da kat mülkiyeti hükümlerine benzer bir yönetimin oluşmasını öngörüyorsa bu yönetim planı bir sözleşme niteliğini de taşıdığı

¹⁴⁸ "...-O halde mahkemece yapılacak iş; feshi istenilen satış ve işletme sözleşmesine konu otobüsün 1/3 ünün dava tarihi itibarıyla değerini bilirkişi marifetiyle saptamak ve varılacak uygun sonuç dairesinde önce görev sorununu çözümlenmekten ibarettir. **Eksik inceleme** ile yetkisizlik kararı verilmesi.." Yargıtay 3. HD 04.02.2002 tarih ve 586/1089 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁴⁹ "Davacılar tarafından davalı aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesine açılan elatmanın önlenmesi davası bölgeye kadastro girmesi nedeniyle Kadastro Mahkemesine gönderilmiştir. Dosyada dava konusu taşınmaz hakkında düzenlenen kadastro tutanağı bulunmamaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 26/4. maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu birlikte kadastronun başlaması genel mahkemelerin görevsizlik kararı vermesini gerektirmez. Genel mahkemelerce görevsizlik kararı verilebilmesi için davaya konu taşınmaz hakkında tutanağın düzenlenmesi zorunludur. Hal böyle olunca mahallinde keşif yapılarak çekişmeli taşınmaz hakkında tutanak düzenlenip düzenlenmediği saptanmalı, tutanak düzenlenmiş ise Kadastro Mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek uyuşmazlık esasın çözümlenmeli, tutanak düzenlenmemiş ise genel mahkemenin görevli olduğu düşünülerek görevsizlik kararı verilmelidir. Görev hususu kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. **Eksik inceleme** ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi.." Yargıtay 16. HD 12.09.1991 tarih ve 8929/11272 E K sayılı kararı: YKD 1992/2 s.248.

¹⁵⁰ "Görev, kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden resen gözetilmelidir. Bu hususun gözardı edilmesi mutlak bozma nedenidir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilerek dosyanın görevli kadastro mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay 20. HD 12.06.2000 tarih ve 5201/5575 E K sayılı kararı: YKD 2000/10 s.1586.

için taraflar arasında geçerli ise de, bu gibi uyuşmazlıklar Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre ve ihtilaf Kat Mülkiyeti Kanununun ek 1. maddesi kapsamında bulunmadığı için sulh mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemesinde çözümlenmelidir¹⁵¹.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereği; işçi ile işveren arasında, hizmet ilişkisinden doğan bu uyuşmazlığın çözüm yeri iş mahkemeleridir¹⁵². Bu husus gözetilmeksizin iş mahkemesinin görevine girmeyen bir davanın iş mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması eksik araştırma ve incelemedir.

İşsizlik sigortası primlerinin iadesine ilişkin davalarda uyuşmazlığın çözüm yeri iş mahkemeleridir. Bu husus gözetilmeden görevsizlik kararı verilmesi eksik araştırma, inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile verileceğinden hatalı olacaktır¹⁵³.

Davalı cevap dilekçesinde davacı ile aralarında tahkim sözleşmesinin olduğunu bildirmiş ve buna ilişkin sözleşmeyi de dosyaya sunmuş ise mahkemece tahkim sözleşmesinin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının araştırılmasından sonra tahkim sözleşmesinin usulüne uygun olarak yapıldığı sonucuna ulaşılması durumunda görevsizlik kararı verilmelidir

Hukuk hakimi açılan bir davada öncelikle dava şartı olup görev hususunda inceleme yapmalı, yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda mahkemesinin görevli olmadığı sonucuna varırsa usulüne uygun olarak görevsizlik kararı vermelidir. Aksi halde görev dava şartlarından olduğundan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 7/son

¹⁵¹ “Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre kat mülkiyeti, ancak tek parsel üzerindeki yapı veya yapılarda tesis edilebilir. Bu husus dikkate alındığında birkaç parsel üzerindeki binalarda bağımsız bölüm maliki olan kişilerin biraraya gelerek yönetici seçmelerine kanuni olanak bulunmamaktadır. Ancak, bu gibi hallerde yönetim planı birden çok parsel üzerindeki binalarda da kat mülkiyeti hükümlerine benzer bir yönetimin oluşmasını öngörüyorsa bu yönetim planı bir sözleşme niteliğini de taşıdığı için taraflar arasında geçerli ise de, bu gibi uyuşmazlıklar Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre ve ihtilaf Kat Mülkiyeti Kanununun ek 1. maddesi kapsamında bulunmadığı için Sulh Mahkemesinde değil, Asliye Hukuk Mahkemesinde çözümlenmelidir.” Yargıtay 18. HD 30.10.1995 tarih ve 9623/10843 E K sayılı kararı: YKD 1996/3 s.439.

¹⁵² “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereği; işçi ile işveren arasında, hizmet ilişkisinden doğan bu uyuşmazlığın çözüm yeri iş mahkemeleridir.-Mahkemece işin esasına girilerek; öncelikle işçinin ve işverenin anılan Kanunlar kapsamına giren kişilerden olup olmadığı, işverenin bu konuları çerçevesinde tasarruf kesintisi stopajını yapıp yapmadığı, kendi payını da katarak dava konusu edilen dönemler itibarıyla Ziraat Bankasına yatırıp yatırmadığı, Sosyal Sigortalar Kurumunun bu konuyu takip edip etmediği, etmiş ise ne gibi işlemler yaptığı araştırılmalı, işçinin İsteddiği ve ödenmesi gereken miktar kanuni merciden sorulmalı ve yapılacak bu araştırma sonucuna göre 4853 sayılı Kanuna göre hüküm kurulması gerekirken, açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin **eksik araştırma ve inceleme** ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 10. HD 02.12.2003 tarih ve 7791/8808 E K sayılı kararı: YKD 2004/7 s.1059.

¹⁵³ Yargıtay 10. HD 13.12.2005 tarih ve 13010/13186 E K sayılı kararı: MEŞE.

maddede sayılan istisna hariç olmak üzere verilecek karar eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

Kamu düzenine ilişkin yetki dava şartlarındandır¹⁵⁴ ve hakim tarafından yargılamanın tüm aşamalarında kendiliğinden gözetilmelidir. Kanunun açıkça belirttiği kamu düzenine ilişkin yetki hallerine aykırı olarak kendisini yetkili olarak görerek karar veren mahkemenin kararı eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Bir davaya hangi yerdeki görevli hüküm mahkemesi tarafından bakılacağını belirleyen kurallara yetki kuralları denir. Kural olarak yetki kuralları kamu düzenine ilişkin değildir. Bazı yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları hakim tarafından kendiliğinden gözetilmez. Ancak taraflar ilk itiraz olarak ileri sürebilirler¹⁵⁵. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde taraflardan birinin usule uygun olarak mahkemenin yetkisiz olduğunu ilk itiraz olarak bildirmesine rağmen mahkemenin bu hususta olumlu yada olumsuz bir karar vermemesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Taraflar yetki sözleşmesi ile kesin yetkili mahkemenin yetkisini kaldıramayacakları gibi, kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. Kesin yetki itirazı ilk itiraz değildir. Her zaman yapılabilir, mahkeme de yetkisizliğini her zaman kendiliğinden gözetir. Kesin yetki dava şartıdır¹⁵⁶.

Mahkemece, yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde gerek tarafların bu hususta yapacakları talep; gerekse kendiliğinden yapacağı inceleme ile mahkemenin yetkisiz olduğuna kanaat getirmesi halinde yetkili mahkemeyi tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit etmeli ve usulüne uygun olarak yetkisizlik kararı vermelidir¹⁵⁷. Aksi halde kamu düzenine ilişkin yetki dava şartı olduğundan ve temyiz incelemesi sırasında temyiz mercii tarafından bu yönde temyiz olmasa bile kendiliğinden inceleneceğinden, bu yön gözetilmeden verilen karar eksik inceleme ve araştırma ile kurulacaktır ve hatalı olacaktır.

¹⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s.161; Kuru-El Kitabı s182; Bilge/Önen s.204; Berki s.9; Postacıoğlu s.168; Berkin s.315; Akcan s.114; Alangoya-Usul I s.171.

¹⁵⁵ Alangoya-Usul I s.83 vd.

¹⁵⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s.161.

¹⁵⁷ Bu halde yetki itirazında bulunan tarafın yetkili mahkemeyi göstermesine gerek yoktur. Çünkü bu durumda mahkeme kendiliğinden de yetkisizlik kararı verebileceğinden, yetkili mahkemeyi kendisi araştırıp bulacaktır (Akcan s.115).

Bir davada, davacı ve davalı olmak üzere daima iki taraf vardır. Davacı veya davalı tarafta birden fazla kimse bulunabilirse de, davada ikiden fazla tarafın bulunması imkansızdır. Yani dava iki taraf sistemine göre kurulmuştur¹⁵⁸. Bir davada birbirleri ile uyuşmazlık içinde olan iki taraf yoksa o zaman dava değil çekişmesiz yargı işi söz konusudur¹⁵⁹. Buna göre tarafların (davacı ve davalının) başka başka kişiler olması gerekir. Hiç kimse kendine karşı dava açamaz. Bunun gibi, bir tüzel kişinin şubesi bağlı olduğu tüzel kişiye karşı veya aynı tüzel kişinin başka bir şubesine karşı dava açamaz¹⁶⁰.

Dava sırasında taraflar aynı kişi haline gelirse dava sona erer. Örneğin dava sırasında davacı ölür ve tek mirasçı olarak davalıyı bırakırsa (veya davalı ölür ve tek mirasçı olarak davacıyı bırakırsa) veya davacı ve davalı şirketler birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurulursa (TK m 146 vd) dava son bulur¹⁶¹.

Taraf davada açıkça kimliği yazılmak suretiyle gösterilir. Kim olduğu bilinmeyen kişiye karşı dava açılmaz. Mahkemenin de bu tür kimliği açık olmayan bir tarafı araştırmak mükellefiyeti yoktur. Yine tarafın adı, soyadı ve adresinin açıkça belirtilmiş olması gerekir. Aksi halde dava reddedilir¹⁶².

Taraf mahkemeden hukuki korunma talep eden ve kendisine karşı korunma talep edilen kişidir. Bir kimse, dava dilekçesinde bir talepte bulunmakla davacı, davalı olarak gösterilmekle ve kendisine dava dilekçesi tebliğ edilmekle de davalı olur¹⁶³.

Mahkemece dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen kişilere dava dilekçesi, tebligat hükümleri uyarınca usulen tebliğ edilmeden davanın esası hakkında bir karar verilemez. Taraf teşkili dava şartıdır¹⁶⁴.

Kural olarak her davada duruşma yapılması zorunludur. Yani hakim duruşma yapmadan tarafları usulüne uygun biçimde duruşmaya çağırmadan hüküm veremez (m.73)¹⁶⁵. Kanunun istisna tuttuğu bazı hallerde istemin evrak üzerinden karara

¹⁵⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.216; Kuru-El Kitabı s.238; Ansay s.106; Alangoya Usul I s.99.

¹⁵⁹ Akcan s.115; Kuru/Arslan/Yılmaz s.216.

¹⁶⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s.216; Ansay s.106; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.184; Alangoya-Usul I s.99.

¹⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.216; Kuru-El Kitabı s.238; Ansay s.106.

¹⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes s.184.

¹⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.184.

¹⁶⁴ Akcan s.115.

¹⁶⁵ Dava hukuki nitelikçe, grevin kanunsuz olduğunun tespitine ilişkindir. Mahkemece duruşma yapılmamış, evrak üzerinde istek gibi hüküm tesis edilmiştir. HUMK'un 73. maddesine göre, "kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanunu şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez". Grevin kanunsuz olduğunun tespitine ilişkin dava, sözü edilen istisnalar arasında yer almamaktadır. Yargıtay 9. H.D.

bağlanması mümkündür¹⁶⁶. Örneğin, ihtiyati tedbir (m 105/2), delillerin tespiti (m 372), ve ihtiyati haciz (İİK m 258/2) kararlarını duruşma yapılmadan yani karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilir.

Vekil aracılığı ile takip edilen davada vekilin istifa etmesi durumunda mahkemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.68 uyarınca vekilin istifasının asile bildirerek taraf teşkilini sağlamaması eksik inceleme ve araştırmadır¹⁶⁷.

Taraf teşkili sağlanırken taraflara gönderilecek davetiyelere mahkemece belirlenen günde duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde yargılamaya yokluklarında devam edileceği şerhi yazılmalıdır¹⁶⁸. Bu durumda taraflardan biri çağrıldığı duruşmaya gelmezse ve gelen taraf davayı takip edeceğini bildirirse yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir. Duruşmaya gelmemiş olan tarafa gönderilen davetiyede gelmediği takdirde yargılamaya yokluğunda devam edileceği ihtarı yoksa tahkikata o tarafın yokluğunda devam edilemez. Gelmeyen tarafa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.213/2'ye uygun bir meşruhatlı davetiye ile bundan sonraki duruşma gününün bildirilmesi gerekir.

16.01.1968 gün ve 11608/374 E K sayılı kararı: Orhaner, c. II. S.691, aynı şekilde Yargıtay 9. H.D. 18.12.1967 gün ve 8866/12518 E K sayılı kararı: Çenberci, s.158.

¹⁶⁶ Örneğin, "1-Davacı, dilekçesinde ihtiyati tedbir ve kanuni rehin hakkı tanınmasını istemiştir. Davacının ihtiyati tedbir istemini evrak üzerinde karara bağlaması mümkündür. Bu nedenle, davacının ihtiyati tedbire yaptığı itirazın reddi kararı doğrudur. 2-Davalının kanunu rehinin tanınmasına ilişkin temyizine gelince; davacı, akaryakıt bedeli ödenmediğinden bahisle TK'nın 1235/7 ve 1236. maddeleri uyarınca gemi üzerinde rehin hakkı tanınmasını istemiş, mahkemece, yeterli araştırma yapılmadan ve deliller toplanmadan **eksik inceleme** ile tedbir kararı gibi evrak üzerinde, davacı yararına rehin hakkı kurulmasına karar verilmiştir. Kanuni rehin hakkının tanınması isteminde, diğer tarafa tebligat yapılmadan ve savunması alınmadan alacağın tahsilini sağlar biçimde karar verilemez. Mahkemece yapılacak iş, dosyanın esasa kaydı ile taraflara usulüne uygun tebligat yapılarak duruşma açılması, işin esasına girilerek, tarafların delillerinin toplanması, alacağın saptanması, yanlar arasındaki hukuki ilişkinin davacıya gemi ve teferruatı üzerinde rehin hakkı verip vermediğinin incelenmesi, gerekirse uzman bilirkişi görüşüne başvurulmak suretiyle deliller değerlendirilerek hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, **eksik inceleme** ile tedbiren karar oluşturulması doğru görülmemiş ve kararın bu yönden bozulması gerekmiştir" Yargıtay 11. H.D. 24.03.1997 gün ve 9106/1953 E K sayılı kararı: YKD 1997/6 s.935-936.

¹⁶⁷ Bkz: Yargıtay 10.HD 30.12.2004 tarih ve 9217/12690 E K sayılı kararı: YKD 2005/10 s.1638.

¹⁶⁸ "Dava dilekçesinin tebliğine rağmen duruşmaya gelmeyen davalı davayı inkar etmiş sayılacağından davacının delilleri toplanıp değerlendirildikten sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece davetiyeye rağmen duruşmaya gelmeyen davalıya bu defa meşruhatlı davetiye çıkarılarak gelmediği takdirde davayı kabul etmiş sayılacağı ihtar edilmiş ve davalının gelmemesi üzerine de başkaca tahkikat yapılmadan davanın kabulüne karar verilmiştir. HUMK'umda böyle bir ihtar ve ihtara icabet edilmemesi halinde davanın kabul edileceği yolunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 230. maddesi hakim tarafından isticvap etmek üzere duruşmaya davet edilebileceğini hükme bağlamışsa da isticvap konusu vakalara yönelik olup davete rağmen gelmeyen taraf isticvaba konu vakaları ancak ihtar etmiş sayılacağı cihetle bu yasal çerçeve dışına çıkılarak isticvap konusu hususların ne olduğu kendisine bildirilmeyen davalının duruşmaya gelmemesi nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir" Yargıtay 18. H.D. 04.06.1996 gün ve 4869/5704 E/K sayılı kararı, Kanun 1996/7.1260.

Taraflar usulüne uygun biçimde meşruhatlı davetiye ile duruşmaya çağrılmazsa, savunma hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmış olur. Bu ise, hem Anayasanın 36, hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.73 hükmüne aykırı düşer ve taraf teşkili sağlanmadan verilen hüküm yalnız bu nedenle bozulur¹⁶⁹. Çünkü taraf teşkili dava şartıdır¹⁷⁰ ve mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilmelidir¹⁷¹. Yani taraf teşkili sağlanmadan hüküm kurulması mutlak temyiz nedeni ve eksik incelemedir.

Taraf teşkilinin usulüne uygun olarak yapılmaması¹⁷²; taraf teşkili yapılmadan savunma hakkını kısıtlar şekilde karar verilmesi¹⁷³; yargılama sırasında taraflardan birinin ölümü üzerine ölen tarafın kanuni mirasçılarının davaya usule uygun olarak katılmaları sağlanılmadan hüküm kurulması¹⁷⁴, usule uygun olmayan tebliğ işlemlerine dayanarak taraf teşkilinin sağlandığı gerekçesiyle¹⁷⁵ hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır.

¹⁶⁹ “Dava sırasında, ortaklığının adi ortaklık olduğu ve davalıların dışında da ortakları bulunduğu anlaşılmış olup, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, husumetin ortaklığın tüm ortaklarına yöneltilmesi gerekir. Mahkemece, ortaklığın diğer ortaklarının tesbitiyle husumetin onlara da yöneltilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiği düşünülmeden hüküm kurulması hatalıdır” Yargıtay 13. H.D. 08.04.2002 1647/796 E K sayılı kararı: CORPUS; “Paylaşma davaları paylı ve elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi mallarda paydaşlar ya da ortaklar arasındaki hukuki ilişkini sona erdiren, birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Davanın bu özelliği ve HUMK.nun 569/2. maddesi uyarınca tüm ilgililerin davada yer almaları gerekir.-Olayımızda, taşınmazda ortak olan Hatice davada taraf değildir. Adı geçen sağ ise kendisinin, ölü ise mirasçılık belgesi uyarınca belirlenecek mirasçılarının davada yer alması, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde **eksik inceleme** ile karar verilmesi hatalı olmuştur” Yargıtay 6 H.D. 26.02.2004 tarih 1037/1151 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷⁰ “...Bu durumda şirket ortaklarının kimlik ve adresleri ticaret sicili ve ilgili diğer yerlerden soruşturulup tesbit edildikten sonra 73. Maddesi uyarınca kendilerine dava dilekçesi ve davetiyenin Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine uygun şekilde tebliğ edilmesi suretiyle davaya katılmaları temin edildikten ve böylece taraf teşkili sağlandıktan sonra yargılamaya devam edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken **eksik araştırma ve inceleme** ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 21.HD 05.05.2003 tarih ve 3106/4207 E K sayılı kararı:MEŞE.

¹⁷¹ “ 6831 Sayılı Kanununun 3373 Sayılı Kanun ile değişik 11. maddesi gereğince altı aylık askı ilanı süresi içinde açılan orman sınırlamasına ve 2/B madde uygulamasına itiraz davalarında kadastro mahkemeleri görevlidir. Bunun yanı sıra, tapu iptal tescil davasında da genel mahkemeler görevlidir. Görev ve taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilmelidir” Yargıtay 20. H.D. 05.04.2001 gün ve 2197/2736 E K sayılı kararı: CORPUS; “Hal böyle olunca, öncelikle taraf teşkili açısından usuli işlemlerin yerine getirilmesi ondan sonra yukarıda değinilen ilkeler ve kanun hükümleri çerçevesinde araştırma yapılarak soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, iddia ve savunma doğrultusundaki tüm delillerin birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken **eksik incelemeyle** yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay. 1. H.D. 26.02.2004 gün ve 1037/1151 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷² Bkz:Yargıtay 1.HD 07.04.2004 tarih ve 3490/3889 E K sayılı kararı: CORPUS; Yargıtay 4.HD 17.09.2001 tarih ve 8271/8056 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷³ Bkz:Yargıtay 3.HD 20.04.2000 tarih ve 3558/3764 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷⁴ Bkz: Yargıtay 6.HD 20.09.2001 tarih ve 5984/6810 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷⁵ “... Davalılardan S... A.Ş adına gönderilen dava dilekçesine ilişkin tebliğ mazbatasının altında bu davalının yeni adresi yazılı olduğu halde bu adrese yeni tebliğ işlemi icra edilmeden 7201 sayılı

Taraf ehliyeti, davada taraf olabilme yeteneğidir. Buna göre medeni haklardan istifade ehliyeti bulunan; yani yaş, fikri ve bedeni gelişme, hukuki muamelelere katılamama gibi hususlar göz önünde tutulmaksızın her gerçek kişi ile her tüzel kişi davada taraf ehliyetine sahiptir¹⁷⁶.

Yalnız gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti vardır yani, gerçek ve tüzel kişiler, hakların ve borçların sahibi olabilir ve bu nedenle haklarının korunması için dava açabilirler ve borçlarından dolayı kendilerine dava açılabilir¹⁷⁷.

Her gerçek kişinin yaşadığı sürece taraf ehliyeti vardır. Taraf ehliyeti çocuğun sağ olarak bütünüyle doğduğu anda başlar (TMK m.8). Cenin, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak taraf ehliyetine sahiptir (m.38, TMK m.28/2). Cenine tayin edilen kayyım ceninin kanuni temsilcisi sıfatıyla cenin adına dava açabilir. Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer (TMK m.28/1).

Dava tarihinden önce ölmüş olan kişinin taraf ehliyeti bulunmadığından ölmüş olan bir kişi hakkında açılan dava sonucunda mahkemece verilen eksik inceleme ve araştırma ile verilen karar yok hükmüdür¹⁷⁸. İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca dava tarihinden önce ölmüş olan bir kişiye karşı dava açılmış olması halinde mahkemenin davalının taraf ehliyetinin bulunmadığını yani davalının dava tarihinden önce ölmüş olduğunu öğrenmesi durumunda taraf ehliyeti dava şartı olduğundan davayı kendiliğinden reddetmesi gerekir¹⁷⁹.

Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, ölen kişinin taraf ehliyeti son bulur (TMK m.28/1). Bu nedenle davaya ölen tarafa karşı veya onun

Tebliğat Kanunu'nun 35.maddesine göre davacının bildirdiği önceki adrese yapılan tebliğle yetinilmiş ve taraf teşkili yöntemince sağlanmadan dava görülmüştür. Mahkemece, karardan sonra davalılarca davacı ortak vekili dava dilekçesi tebliğ edilip taraf teşkili sağlanmak, davalılardan tüm kanıtları sorulup toplanarak, taraf kanıtları değerlendirilip gerekirse yeni bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşacak sonuca göre uyumsuzluğun çözümü gereğini sağlamak için usulüne uygun olmayan tebliğ işlemlerine dayalı olarak taraf teşkili sağlanmadan **eksik inceleme ile** verilen kararın bozulması icap etmiştir.” Yargıtay 11. HD 03.12.1999 tarih ve 7000/9915 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁷⁶ Ayrıntılı Bilgi için Bkz:Öztañ, s.40; Özsunay, s.25.

¹⁷⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s.217.

¹⁷⁸ Akcan s.117.

¹⁷⁹ “Ölen bir kimse hakkında açılan davaya bakılmasına, davacı tarafın isteği üzerine mirasçılardan duruşmaya davalı olarak çağrılmalarına, yahut ıslah yolu ile, kendilerinin davalı sayılmasına mevzuatımız yer vermemiştir. Bu nedenlerle mirasçılar hakkında ayrı bir dava açılması zorunludur. Temel kural budur. Hak aramak durumunda bulunan davacının, davasını açarken davalı olarak gösterdiği kimsenin hayatta olup olmadığını özenle **araştırması** ödevidir” Yargıtay İBK 04.05.1978 tarih ve 4/5 E K sayılı kararı: RG 01.06.1978 tarihli sayı 44-45; Alangoya Usul I s.100.

tarafından devam edilmesine imkan yoktur¹⁸⁰. Bu husus gözetilmeden dava sırasında ölen kişiye taraf ehliyeti verilerek hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır.

Yalnız öleni ilgilendiren yani mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin davalar tarafın ölümü ile konusuz kalır. Bu davalara ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilmesi mümkün değildir. Örneğin, boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesi durumunda dava konusuz kalacağından, bu durumda davanın konusuz kaldığından reddine karar verilecektir¹⁸¹.

Yalnız ölen tarafı ilgilendirmeyen yani mirasçıları da ilgilendiren mirasçıların malvarlığı haklarını etkileyen davalar, tarafın ölümü ile konusuz kalmaz. Bu davalara ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilir. Bu durumda ölenin mirasçıları davayı mecburi dava arkadaşı olarak takip ederler¹⁸².

Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m.48). Bu nedenle taraf ehliyetine de sahiptirler (m.38).

Hukuk hakimi, açılan bir davada tarafların taraf ehliyetinin olup olmadıklarını kendiliğinden araştırmalıdır. Yapılan araştırma sonucunda taraflardan birinin taraf ehliyetine sahip olmaması durumunda davanın reddine karar verilmelidir¹⁸³. Çünkü taraf ehliyeti dava şartlarından ve mahkemece kendiliğinden gözetilmesi zorunludur¹⁸⁴. Davada taraflardan birini temsil eden ile temsil edilen kişi arasında menfaat çatışmasının olması durumunda mahkemece bu husus kendiliğinden

¹⁸⁰ Akcan s.117.

¹⁸¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.220; Kuru-El Kitabı s.241 vd.

¹⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz s.220; Kuru-El Kitabı s.241 vd.

¹⁸³ “Dava konusu taşınmazın müşterek maliklerinden Şefik B. dosya içinde bulunan veraset ilamına göre davanın açıldığı tarihten önce 2.9.1997 tarihinde öldüğü anlaşılmıştır. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 1.6.1978 tarih 4/5 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ölmüş kişiye karşı açılmış olan davaya, o kişinin mirasçılarına tebligat yapılmak veya davaya dahil edilmek suretiyle devam edilemez. Bu yön kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, ölmüş kişiye karşı açılmış davanın dava şartının (taraf ehliyetinin) bulunmamasından dolayı reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçe ile kabul kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 14. HD 02.04.2002 tarih ve 2291/2449 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁸⁴ “Dava ve taraf ehliyeti, kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Babaya nispeti, babalık hükmü ile veya tanıma ile taayyün eder. Çocuk, evlilik içinde doğan çocuk gibi ana ve babanın velayeti altında değildir. Babalık hükmü ile yada ayrı bir dava ile veya kendiliğinden velayetin düzenlenmesi zorunludur (MK. 298). Evvelce nafakaya hükmedilmiş olması sonucu değiştirmez. Bu nafaka talebi içerisinde velayetin düzenlenmesi isteği de mevcuttur. O halde mahkemece yapılacak iş, babalıkla ilgili dosyayı veya karar örneğini getirmek, velayetin düzenlenmediğinin anlaşılması halinde öncelikle velayeti düzenlemek ve bilahare uygun bir nafakaya hükmetmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden *eksik inceleme* ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD 11.03.1993 tarih ve 1568/2435 E K sayılı kararı: CORPUS.

gözetilmeli ve menfaat çatışmasını giderecek işlemler kendiliğinden yapılmalıdır¹⁸⁵. Hukuk hakimi, davada taraf ehliyeti olmayan bir kişi olduğu halde karar vermemelidir. Öncelikle tarafların, taraf ehliyeti olup olmadığı hususu araştırılmalı taraf ehliyetlerinin bulunması durumunda davanın esası hakkında bir karar vermelidir. Aksi halde verilecek karar eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

Davanın taraflarının dava ehliyetlerinin olması dava şartlarındandır. Tarafların dava ehliyetlerinin olup olmadığının hakim tarafından yargılamanın tüm aşamalarında kendiliğinden araştırılması zorunludur¹⁸⁶. Bunun gözetilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır. Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir¹⁸⁷.

Dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyeti olan fiil ehliyetinin usul hukukundaki görünümüdür (m.38). Buna göre bir kimsenin kendi fiil ve hareketleriyle, kendi isteği ile hak iktisap etmesi, bu hakları değiştirmesi veya ortadan kaldırması, borç altına girmesi, onları değiştirmesi veya ortadan kaldırması kısacası kendi fiilleriyle hak kazanabilmesi ve borç altına girebilmesine¹⁸⁸ dava ehliyeti denir. Ayırtım gücüne sahip ve reşit olan; yani, kısıtlı olmayan her gerçek kişi tam dava ehliyetine sahiptir. Bu nedenle kendileri dava açabilirler ve takip edebilirler¹⁸⁹. Dava tarihinde reşit olan bir kişi adına, babası velayeten dava açamaz. Davanın reşit çocuk veya onun yetkili kıldığı bir vekil tarafından açılması gerekir.

¹⁸⁵ “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her safhasında hakim tarafından kendiliğinden nazara alınır. Davada evlat edinen vasi ile evlatlık arasında yarar çatışması vardır. Küçüğe kayıym tayin ettirilip davaya dahil ettirilmesi, varsa göstereceği delillerin toplanıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik hasımla ve kanuna aykırı olarak davaya devamla...” Yargıtay 2. HD 10.06.2004 tarih ve 6534/7627 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁸⁶ Üstündağ s.291; Önen s.150; Bilge/Önen s.405; Akcan s.121.

¹⁸⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s.224.

¹⁸⁸ Öztan s.51; Oğuzman/Seliçi s.26.

¹⁸⁹ “1- Ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kanunda gösterilen ayrıntı durumlar saklı kalmak üzere, yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması o işlemi geçerli kılmaz.-2- Vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil eden sözleşme ile bağlı sayılamaz.-Hal böyle olunca öncelikle dosyanın adli tıp kurumuna gönderilerek temlik işlemde kullanılan vekaletnamenin düzenlendiği (13.5.1996/ 3526 yevmiye nolu) tarihte Şerife Ş.’in hukuki ehliyete sahip olup olmadığının raporla saptanması, ehliyetsizliğin saptanması halinde davanın kabul edilmesi aksi halde vekaletin kötüye kullanılmasına ilişkin yukarıda değinilen ilkeleri karşılar kapsamda soruşturmanın tamamlanması ve ondan sonra bir hüküm kurulması gerekirken *eksik inceleme* ile yetinilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 1. HD 29.01.2002 tarih ve 14055/976 E K sayılı kararı: CORPUS.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar (TMK m. 16). Yani ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar sınırlı olarak dava ehliyetine sahiptirler.

Yabancı tüzel kişiler de, Türk mahkemelerinde açacakları davalar ve kendilerine karşı açılacak davalarda taraf ehliyetine sahiptir. Yabancı tüzel kişinin tabi olduğu ülke hukukuna göre tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı araştırılmadan dava ehliyeti hususunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi eksik inceleme ve araştırmadır¹⁹⁰.

Taraflardan birinin diğer tarafın dava ehliyetinin olmadığı veya ortadan kalktığı hususundaki itirazının değerlendirilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır¹⁹¹. Hukuk hakimi görülmekte olan bir davada tarafların dava ehliyetlerinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmalıdır. Taraflardan birinin duruşmalar sırasında mahkemece gözlemlenen davranışlarının normal insanlardan beklenen davranışlardan olmadığına gözlemlenmesi durumunda veya dosyaya taraflardan birinin ayırtım gücünü etkileyecek bir rahatsızlığının olduğu hususunda belge ibraz edilmesi durumunda, mahkeme tarafın ayırtım gücünün tam olup olmadığı hususunda gerekli işlemleri yapmak durumundadır¹⁹². Çünkü dava ehliyeti dava şartlarındandır. Hukuk hakimi davada, dava ehliyeti olmayan bir kişi olduğu halde karar vermemelidir, öncelikle tarafların, dava ehliyeti olup olmadığı hususu araştırılmalı dava ehliyetlerinin

¹⁹⁰ "...Somut olayda, davacı olan Şefkat Rahibeleri Hayır Kurumunun tüzel kişiliğe ve dava ehliyetine sahip olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır. O halde mahkemece bu hususun kanıtlanması için davacıya mehil verilmesi ve deliller celpedilmek suretiyle yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, **eksik inceleme ve yanlış değerlendirme** sonucunda yazılı şekilde davanın reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir" Bkz:Yargıtay 3.HD 18.03.2004 tarih ve 1854/2374 E K sayılı kararı:MEŞE

¹⁹¹ Akcan s.122; "...Davalı vekili 19.1.1988 tarihli dilekçesiyle davacılarından S.Ö.'nün şirkete ait hisselerini devrettiğini binnetice dava ehliyeti kalmadığını öne sürdüğü halde bu husus üzerinde durulup **gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan** onun hakkında da hüküm tesis edilmiş olması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 11. HD 13.12.1988 tarih ve 4113/7656 E K sayılı kararı:MEŞE.

¹⁹² "Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) gözönünde tutulur. Davada davalı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delil ile doğrulanmış bulunmasına göre mahkemece yapılacak iş, Türk Medeni Kanununun 405 ve Usul Muhakemeleri Kanununun 42.maddeleri uyarınca davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön mesele sayılması, gerekirse Türk Medeni Kanununun 462/8. maddesi uyarınca işlem yapılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir.Bu yön gözönünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay 2. HD 25.04.2004 tarih ve 5758/6600 E K sayılı kararı: CORPUS.

bulunması durumunda davanın esası hakkında bir karar vermelidir¹⁹³. Aksi halde verilecek karar eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

Vekil aracılığı ile yürütülen davalarda, vekilin vekalet ehliyeti bulunmadığı halde hüküm verilmesi eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Türk hukukunda bir davanın takibi için davayı avukat aracılığı ile takip etme zorunluluğu yoktur. Bu nedenle dava ehliyeti olan herkes davayı kendisi açabilir ve takip edebilir. Vekil tutmak Türk hukukunda ihtiyaridir¹⁹⁴. Ancak vekil aracılığıyla yürütülen davalarda, vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması ve geçerli bir vekaletnamesinin bulunması ve bunun mahkemeye verilmesi dava şartıdır¹⁹⁵. Kendisine temsil yetkisi verilen kişiye vekil denir¹⁹⁶. Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır (AK m.2).

Taraflardan biri davayı vekil aracılığı ile takip etmek isterse yalnız belirli kişileri kural olarak avukatları vekil tutabilir. Vekil, taraflar dışında üçüncü bir kişidir. Bir davada, taraflardan biri diğer tarafın vekili olamaz¹⁹⁷. Buna karşılık bir taraftaki dava arkadaşlarından biri, diğer dava arkadaşlarının vekili olabilir.

¹⁹³ “Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve kanun maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında bir kimsenin ehliyetinin tesbitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibariyle ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda, tarafların gösterecekleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahede kağıtları, film grafigerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar .HUMK'nun 286 maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mutaaalası" hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.-Hele ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli tıp kurumundan her iki taraf için rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Medeni Kanununun 409/2 maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür.” Yargıtay 1. HD 23.01.2003 tarih ve 346/851 E K sayılı kararı: CORPUS.

¹⁹⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısının 77. maddesinde “Dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemeleri ile, değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere, davasını ancak bir avukat aracılığıyla açıp yürütebilir ve kendisi aleyhine açılan davayı takip edebilir.” hükmü yer aldığından tasarıdaki düzenlemenin kanunlaşması halinde hukuk usulünde belirtilen davalarda zorunlu vekillik uygulaması getirilmektedir.

¹⁹⁵ Akcan s.65.

¹⁹⁶ Yılmaz-Sözlük s.981.

¹⁹⁷ Kuru-Usul c.II. s.1231.

Vekilin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması gerekir. Örneğin, vesayet altında bulunan vekil mahkemede müvekkilini temsil edemez¹⁹⁸. Avukatlık Kanununun 61. maddesine göre baroda yazılı avukat olmayan kişiler vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmaz¹⁹⁹.

Davaya vekalet ehliyeti olmayan bir kişi örneğin avukat olmayan bir kişi vekil sıfatıyla dava açarsa o kişinin geçerli bir dava vekaletnamesi bulunsa bile davaya vekalet ehliyeti olmadığından mahkeme davayı esasa girmeden dava şartı yokluğundan reddetmekle yükümlüdür. Ancak mahkemenin davayı reddetmeden önce, davaya vekalet ehliyeti olmayan kişi tarafından adına dava açılmış olan davacıya, bu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Bu durumda davacı davaya icazet verirse davaya devam edilir²⁰⁰. Davacı iki şekilde icazet verebilir ya gelip davayı kendisi takip eder ya da vekalet ehliyetini taşıyan bir avukata usulüne uygun geçerli bir vekaletname vererek davada kendisini temsil ettirir²⁰¹. Davacı davaya vekalet ehliyeti olmayan vekili tarafından açılmış davaya icazet vermezse mahkeme davayı esasa girmeden dava şartı olan davaya vekalet ehliyeti yokluğundan reddeder²⁰².

Vekil, vekaletnamenin aslını veya onanmış örneğini, dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye vermekle yükümlüdür. Aksi halde, yargılama ile ilgili hiçbir görev yapamaz. Vekaletnamenin sonradan ibraz edilmesi bozma nedeni değildir. Vekaletnamesini vermeyen, vekaletin aslı veya örneği dosyada bulunmayan vekilin (vekillerin) açtığı davaya bakılması, yaptıkları usul işlemlerinin kabul edilmesi, vekil olduğunu söyleyen kişinin yetkili vekil olup olmadığı mahkemece araştırılmaması, bu şekildeki bir vekilin açtığı davada uyuşmazlığın esasının incelenmesi veya vekaletnamenin temyiz aşamasında verilmesi bozma nedenidir. Vekaletnamenin olmamasını taraflardan her biri ileri sürebileceği gibi, mahkemece de kendiliğinden göz önüne alınır. Mahkemenin usulüne uygun olarak verilmiş bir vekaletnamenin bulunup

¹⁹⁸ Bkz: 6. H.D. 28.09.1961 gün ve 5803/5143 E K sayılı kararı: Malatyahoğlu/Ertaş s.252.

¹⁹⁹ 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesi gereğince, mahkeme hakem, veya yargı yetkisini haiz diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak yalnız baroda yazılı avukatlara ait olmasına, HUMK'un 61. maddesinde ise davaya vekalet deruhte etmesine kanunen imkan bulunmayan vekilin mahkemeye kabul olunamayacağına hükme bağlanmış bulunmasına bu nedenle kiracı olan davacının kat maliki Yakup adına dava açamayacağına" Yargıtay HGK 25.06.1986 gün ve 5/319-690 E K sayılı kararı: YKD 1987/12 s1753-1755.

²⁰⁰ Kuru-Usul s.1247.

²⁰¹ "Her ne kadar dava, Hazineyi temsile yetkisi olmayan milli emlak memuru tarafından açılmışsa da Hazine avukatı duruşmaya gelip davacı olduğunu beyan etmiş, dava onun huzuruyla görülüp hükme bağlanmıştır. Bu durumda olayda m. 445/8 deki şartlar gerçekleşmemiştir" Yargıtay 7. H.D. 20.11.1969 gün ve 4678/7731 E K sayılı kararı: Ozanalp s.582.

²⁰² Kuru/Arslan/Yılmaz s.237; Postacıoğlu s.320.

bulunmadığını araştırmadan davaya devam ederek uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi bozma nedenidir²⁰³.

Kesin hüküm bulunan bir konuda, mahkemenin bu yönün doğruluğunu yeniden araştırma ve inceleme konusu yapması usul kurallarına uygun değildir²⁰⁴. Kesin hüküm niteliğini almış bir uyuşmazlıkla ilgili yeniden karar verilmesi eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Hukuk mahkemesince verilen nihai karara karşı artık normal kanun yolları olan temyiz ve karar düzeltme yollarından herhangi birine artık başvuru imkanı kalmamışsa verilen karar artık kesin hükmüdür. Şekli anlamda kesin hükmün amacı, bir davanın sona ermesine hizmet etmektir²⁰⁵. Şekli anlamda kesinleşen karara karşı artık normal kanun yollarına başvurulamaz. Bütün kanuni yollar kapandıktan ve verilen hüküm kesinleştikten sonra, aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesi, toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kazanılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabilceği endişesine neden olur. Çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verir. Bu itibarla, tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan Devletin iştiraki, hakimin tarafsız araştırması ve iradesi ile kurulan, tüm kanuni yollardan geçmek suretiyle; diğer bir anlatımla şekli yönüyle de kesinleşen önceki hükmün korunmasında kamunun büyük yararı bulunmaktadır²⁰⁶.

Taraflar arasında konusu, tarafları ve sebepleri aynı olan ilk dava usule ilişkin bir eksiklik nedeniyle sona erer. Yani taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözmez ise ilk hüküm taraflar arasında kesin hüküm teşkil etmez.

Kesin hükümden sonra meydana gelen vakıalara dayanarak aynı taraflar arasında ve aynı konuda yeni bir dava açılması halinde iki davanın sebepleri aynı olmadığından birinci dava ikinci dava için kesin hüküm teşkil etmeyecektir²⁰⁷.

Kesin hükme bağlanmış bir davadan sonra, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanarak açılan yeni davanın kesin hükümden dolayı reddedilebilmesi için, eski dava ile yeni davanın taraflarının aynı kişiler olması gerekir²⁰⁸.

²⁰³ Akcan s.123-124.

²⁰⁴ Akcan s.124-125.

²⁰⁵ Gürdoğan s.16-18.

²⁰⁶ Bkz: Yargıtay 1. HD 09.04.2001 tarih ve 3741/4242 E K sayılı kararı: YKD 2002/1 s.17.

²⁰⁷ Kuru-Usul c. V. S.5011.

²⁰⁸ Kuru-El Kitabı s.880; Postacıoğlu s.679.

Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkeme ve Yargıtay'da davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir²⁰⁹. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da ileri sürülebilir. Bu bakımdan usuli kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan bir kesiminde nazara alınmamış olması, diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez²¹⁰.

Kesin hükme bağlanmış bir davanın tekrar mahkeme önüne getirilmesi kamu düzenine aykırıdır. Kesin hüküm niteliğini kazanmış bir kararla ilgili olarak yeniden yargılama yapılması hukuki istikrarı bozacağından kamu düzenini ilgilendirir²¹¹.

Yargılamanın tarafları arasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 237. madde anlamında kesin hüküm teşkil eden bir mahkeme kararının varlığı halinde mahkemece dava kesin hüküm nedeni ile reddedilmelidir. Tarafların kesin hüküm itirazında bulunmaları halinde mahkemece bu hususta mutlaka araştırma yapması ve buna ilişkin olumlu veya olumsuz bir karar vermesi gerekir. Tarafların kesin hüküm itirazı araştırılmadan ve taraflar arasında kesin hüküm teşkil eden bir karara rağmen davanın esastan sonuçlandırılması eksik inceleme ve araştırmadır.

Davacının, bir davayı açmakta hukuki yararı bulunmalıdır. Buna hukuki korunma ihtiyacı da denir²¹². Dava açmakta hukuki yararı olmayan birinin açtığı davanın esastan çözümlenmesi eksik inceleme ve araştırma inceleme ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Davacının dava hakkına sahip olması, dava açabilmesi için yeterli değildir. Bundan başka, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir. Yani dava hakkı, hukuki yarar ile sınırlıdır²¹³. Dava açmakta hukuki yararı olmayan kişi, mahkemeleri gereksiz yere uğraştıramaz²¹⁴.

²⁰⁹ Yılmaz-İslah s.288; Kuru-El Kitabı s.892; Akcan s.125.

²¹⁰ Kuru-Usul c.II s.1364.

²¹¹ Akcan s.127; Kuru/Arslan/Yılmaz s.254; Kuru-El Kitabı s.893.

²¹² Kuru-Usul c.II s.1364.

²¹³ "Davacının davayı açmakta hukuki yararı olmalıdır. Buna hukuki korunma ihtiyacı da denir. Yani, davacının hukuki korunma istemesinde, korunmaya değer yararı bulunmalıdır. Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarında, hukuki yarar, dava şartı kabul edilmiş, mahkemelerin dava şartlarını öncelikle ve kendiliğinden incelemekle görevli oldukları vurgulanmıştır" Yargıtay HGK 10.11.1999 tarih ve 1-937/946 E K sayılı kararı: İKİD 2001/481 s.27 vd.

²¹⁴ Kuru-Usul c.II s.1364.

Hukuki yararın dava şartı olduğu kanunda açıkça yazmamakla birlikte öğretide²¹⁵ ve Yargıtay'ın süreklilik kazanmış içtihatlarında²¹⁶ hukuki yararın dava şartı olduğu kabul edilmektedir. Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 119/1-h maddesinde hukuki yarar dava şartları arasında sayılmıştır.

Davacının dava açmaktaki yararı, hukuki olmalıdır ve hukuki yararın korunmaya değer olması gerekir. Örneğin dava edilen alacak miktarının çok az olması halinde de, davacının dava açmakta korunmaya değer hukuki yararı kural olarak vardır²¹⁷. Ancak bir alacağın küçük parçalara bölünerek her parça için ayrı dava açılmasında korunmaya değer bir hukuki yarar yoktur. Hukukumuzda kısmi dava açmak mümkün ise de (m.4), alacağın bir bölümünün dava edilmesinde, davacının korunmaya değer hukuki yararının bulunması gerekir.

Hukuki yarar dava açıldığı anda var olmalıdır, dava tarihinden daha sonraki bir tarihte doğması muhtemel bir yarar davanın açılması için yeterli değildir²¹⁸.

Davacı tarafından davalı aleyhine yapılan icra takibinde davalı takibe konu miktarın bir kısmının haklı olduğunu belirterek kısmi itirazda bulunması halinde davacının itirazın iptali davası açarken icra takibine konu tüm alacak üzerinden iptal davası açmasında hukuki yararı yoktur²¹⁹.

İş mahkemesine açılan hizmet tespiti davasında, iş veren tarafından tespiti istenilen sürelerden bir kısmı için Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirimde bulunulmuş ve bu süre ile ilgili primler kuruma yatırılmış ise bu süreler yönünden işçinin dava açmakta hukuki yararı yoktur²²⁰.

²¹⁵ Bkz. Kuru-Usul c.II s.1364; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.271; Üstündağ s.277; Postacıoğlu s.195.

²¹⁶ “Hukuki, yarar, dava şartıdır. Mahkeme dava şartlarını kendiliğinden incelemekle görevlidir” Yargıtay HGK 10.01.1968 tarih ve 8-1083/3 E K sayılı kararı: ABD 1968/1 s.81.

²¹⁷ Kuru-Usul c.II s.1366.

²¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.271; Kuru/Arslan/Yılmaz s.255; Postacıoğlu s.203.

²¹⁹ “Davacı banka, dava dışı borçlu Abdülgani Y.e kullandırılan krediye davalının kefil olduğunu gerekçe göstererek hakkında icra takibi yapmıştır. Takibe karşı davalı, kefaletinin 10.000.000.TL olduğunu belirterek kısmi itirazda bulunmuş ve bu itiraz üzerine davacı banka tüm takip tutarı üzerinden itirazın iptali davası açmış ise de, itiraza uğramayan ve hakkında takip devam eden kısım için davacının dava açmakta hukuki yararı yoktur. Öte yandan, taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinin 2.maddesinde alacağın ne şekilde muaccel olacağı kararlaştırılmıştır. BK.nun 491.maddesine göre, alacağın muaccel hale gelmesi için borçluya ihtarname tebliği gerekli ise kefil hakkında takip için ihtarname gerekir ise de, 16.4.1996 tarihli ihtarnamede borcun daha evvel muaccel olduğundan söz edildiğine göre, mahkemece borcun kendiliğinden muaccel olup, olmadığı araştırılmadan ve kendiliğinden muaccel olmuş ise, kefile ihtar gerekmediği gözden kaçırılarak *eksik inceleme* ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 19. HD 08.02.2002 tarih ve 4381/941 E K sayılı kararı: CORPUS.

²²⁰ “Yine bu döneme ilişkin olarak, davacı ile birlikte çalışanlar işyeri bordrolarından saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Görülmekte olan bir davada iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek konular için ayrı bir dava açmakta davacının hukuki yarar yoktur²²¹. Bu husus gözetilmeden görülmekte olan bir davada ileri sürülebilecek iddialarla ilgili dava açmakta hukuki yararı bulunmayan tarafın, açtığı davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmemesi eksik incelemedir.

Bir suçtan zarar gören kişi sanığa karşı açılmış olan kamu davasına katılarak şahsi haklarını isteyebilir (CMK 237)²²². Suçtan zarar gören kişi ceza mahkemesinde sanık hakkında açılmış kamu davasına katılıp kişisel haklarına ilişkin talepte bulunmuşsa artık mağdurun hukuk mahkemesinde aynı sebeplere ilişkin yeni bir tazminat davası açmasında hukuki yararı yoktur²²³. Ancak ceza davasına katılan suçtan zarar gören kişi ceza davasında kişisel haklarına ilişkin istemde bulunmaz ise ceza yargılaması devam ederken hukuk mahkemesinde tazminat davası açmasında hukuki yararı vardır. Ceza yargılaması sonucunda ceza mahkemesince davanın daha fazla uzamaması için katılanın kişisel hak talebi ile ilgili “hukuk mahkemesinde dava açmakta muhtariyetine” şeklinde verilen hükümden sonra da suçtan zarar gören kişinin hukuk mahkemesinde tazminat davası açmasında hukuki yararı vardır.

Dava şartları, dava açılmasından hükmün verilmesine kadar varolmalıdır. Davanın açıldığı anda var olan bir dava şartı sonradan kalkarsa; dava o zaman, esastan değil dava şartı yokluğundan reddedilmelidir²²⁴.

Mahkeme dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden gözetmelidir ve bu hususta gerekli incelemeyi yapmalıdır. Çünkü davanın esasına girilebilmesi için dava şartlarından olan hukuki yararın olması zorunludur, tarafın hukuki yararı olmadan

Giderek işe giriş bildirgesinin varlığı halinde, davacının 11.6.1985 tarihinde işi girdiğinin kabulü yerindedir. Ayrıca, işveren tarafından ibraz olunan 4 aylık sigorta prim bordrolarının Kurum kayıtlarına intikal edip etmediği primlerin ödenip ödenmediği araştırılmalı ve bu çevrede Kurum’a bildirilen çalışma sürelerine ilişkin istemde hukuki yarar yokluğundan bahisle reddedilmelidir.- Mahkemece, belirtilen maddi ve hukuki esaslar gözönünde tutulmadan **eksik araştırma ve inceleme** ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 10. HD 10.09.1996 tarih ve 7554/6607 E K sayılı kararı: YKD 1996/11 s.1741 vd.

²²¹ “..Bu olayda davacının hukuksal yararının bulunmadığı açıktır. Çünkü davacının açtığı tescil davası sırasında davalının delil olarak ibraz ettiği bu belgenin geçerli olup olmadığı incelenebilir. Açılmış veya açılacak olan bir davada iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek konular için ayrı dava açmada hukuksal yarar yoktur” Yargıtay 13. HD 11.11.1981 tarih ve 6067/7157 E K sayılı kararı: Kanun 1984/2 s.281 vd.

²²² 5271 sayılı CMK’nın 237. maddesinde açıkça suçtan zarar görenlerin kişisel haklarını ceza mahkemesinde isteyebileceklerine ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte maddenin gerekçesinde “Kamu davasına katılanlar kişisel haklarını da isteyebilecekler; yani kişisel hak isteminde bulunabileceklerdir.” Denilmek suretiyle 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK uyarınca da ceza davasında kişisel hak isteminin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

²²³ Bkz. Yargıtay HGK 01.07.1953 tarih ve 3-89-88 E K sayılı kararı: Ömerbaş/Çetintaş c.1 s.370 vd.

²²⁴ Kuru-Usul c.II s.1391.

dava açmış olmasına rağmen; hukuk hakimi tarafından, dava şartları incelenirken davayı açan tarafın korunmaya değer hukuki yararının bulunduğu tespit edilmesi durumunda açılmış bulunan dava, dava şartı yokluğundan reddedilmemelidir²²⁵. Eksik olan dava şartı mahkemece verilecek uygun bir sürede giderilebilecek ise mahkemece önce bu süre verilerek eksik olan dava şartı giderilmeye çalışılmalıdır. Eğer verilecek uygun sürede dava şartı yerine getirilemezse o zaman dava şartı yokluğundan reddedilmelidir²²⁶. Tüm bu hususlar gözetilerek hüküm kurulmalıdır. Aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulmuş olacaktır.

IV-SÜRELERDE

Davaya ilişkin işlemlerin kanunun öngördüğü süreler içerisinde yapılmaması veya yapıldığı halde yapılmamış sayılması eksik inceleme ve araştırmadır.

Davaların kısa zamanda sonuçlandırılması, adaletin bir an önce tecellisi için, taraflarca veya mahkemelerce yapılması gereken bir kısım adli işlemler sürelerle bağlanmıştır. Bu sürelerin bazılarını kanun bizzat belirlerken bir kısmını işin özelliğine, tarafların durumlarına göre belirlemesi için hakime bırakmıştır. Kanuni süreler kanunda açıkça belirtilen ayrıcalıklar dışında kesindir. Bu nedenle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 159. maddesinde açıkça belirtildiği üzere kanunun belirlediği süreler hakim tarafından azaltılıp çoğaltılamaz. Bir kanuni süre içinde yapılması gereken işlem o süre içinde yapılmazsa örneğin hüküm süresi içinde temyiz edilmezse o hak düşer. Bir işlemin kanuni süre içinde yapılıp yapılmadığı mahkemece kendiliğinden gözetilir ve bu süreler hak düşürücü sürelerdir²²⁷.

Kanunun açıkça belirttiği bazı kanuni süreler kesin değildir. Hakim bu gibi istisna hallerde kanuni süreleri kanunun verdiği yetki dahilinde azaltıp çoğaltabilir (m.159). Örneğin, hakim cevap süresini uzatabilir (m.195).

Buna karşın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 163. maddesine göre hakimin belirlediği süreler ise kural olarak kesin değildir. Örneğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun m. 217/II ve m 415/II de olduğu gibi. Bundan başka, hakim de bir işlemin belli bir süre içinde yapılması için örneğin delil gösterilmesi için bir tarafa süre verebilir işte bu hallerde, süreler hakim tarafından belirlenmektedir.

²²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.272.

²²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.273.

²²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.167; Kuru/Arslan/Yılmaz s.680.

Hakimin belirlediği süreyi henüz dolmadan azaltıp çoğaltacağı gibi, süre geçtikten sonra da tarafın isteği üzerine yeni bir süre tanıma yoluna da gidilebilir. Bu taktirde verilen ikinci süre kesindir²²⁸. Ancak, hakim kendi belirlediği sürenin kesin olduğuna da karar verebilir. Kesin sürenin belirlenmesi halinde, karşı taraf yararına usulü kazanılmış hak doğacaktır.

İster kanun, isterse hakim tarafından belirlenmiş olsun kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen bir işlemin bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesi mümkün değildir. Böylece kesin sürenin kaçırılması; o delile veya hakka dayanamamak gibi ağır sonuçları birlikte getirmekte, bazen davanın kaybedilmesine dahi neden olmaktadır. Bu itibarla geciken adaletin de bir adaletsizlik olduğu düşüncesinden hareketle davaların yok yere uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek üzere konan kesin süre kuralı, kanunun amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır. Öncelikle, kesin süreye ilişkin ara kararı her türlü yanlış anlaşılmayı önleyecek biçimde açık ve eksiksiz yazılmalı, yapılacak işler teker teker belirtilmelidir²²⁹. Hakimin, süreyi belirlerken tarafların özel durumlarını nazara alması²³⁰ ve hakimin verdiği kesin sürenin olayın özelliklerine uygun olması gerekir²³¹. Yani verilen süre yeterli, emredilen işler, gerekli ve yapılabilir nitelik taşımalı, ayrıca hakim süreye uyulmamasının sonuçlarını açıkça anlatmalı, tarafları uyarmalıdır. Hakın yok olması gibi ağır bir yaptırıma bağlanan verilen sürenin hukuki sonuç doğurabilmesi için yapılması gereken işlemler ve ne kadarlık sürede yapılacağı açık ve tam olarak belirtilmesi gerektiği bunların yapılmaması halinde hangi yaptırımların uygulanacağı taraflara açıkça anlatılmalıdır. Öte yandan, kesin süre tarafların yanında hakimi de bağlayacağından uyulmaması halinde gereği hakim tarafından hemen yerine

²²⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.681; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.168; "... ilk sürenin kesin olduğu belirtilmemişse ilgili tarafa ikinci süre verilir. Bu ikinci süre kesindir. Kendisine belli bir işlemi yapması için süre verilen taraf bu ikinci sürede belirtilen işlemi mutlaka yapmalıdır. Sürenin bitiminden sonra belirtilen işlemin yapılması mümkün değildir. Şayet yapılmamış ise taraf bu konudaki hakkını kaybeder ve karşı taraf lehine mütesep hak doğar.." Yargıtay 12. H.D. 14.02.2000 tarih ve 1400/2257 E K sayılı kararı: Kuru-Usul c.V. s.5448

²²⁹ "Mahkemece verilen mehillerin açık ve kesin olması, ayrıca tarafların yapması gereken hususların onlar tarafından yerine getirilebilecek durumda bulunması zorunludur..." Yargıtay 2. H.D. 03.06.1985 tarih ve 5200/5444 sayılı kararı, İBD,1985/7-9, s.770-771

²³⁰ Bkz: Yargıtay HGK 28.02.1968 gün ve 1/922-116 E K sayılı kararı: ABD 1968/3, s.494

²³¹ "Davalı 17.6.2002 günlü dilekçesinde Yunus, Dudu ve Metin'i tanık olarak göstermiştir. Bunlardan Dudu ve Metin dinlenmiştir. Davacı tanık olarak gösterilen Yunus'un dinlenmesinden vazgeçmemiştir. Mahkemece bu tanığın 17.6.2002 günlü oturumda hazır edilmesi için davalıya verilen kesin süre kanuna aykırıdır. Sözü edilen tanık Usul Muhakemeleri Yasasının 253 ve müteakip maddeleri uyarınca dinlenmesi delillerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. *Eksik inceleme* ile hüküm kurulması yerinde değildir." Yargıtay 2. H.D. 27.03.2003 gün ve 3343/4391 E K sayılı kararı: CORPUS.

getirilmelidir²³². Aksi halde verilen karar eksik inceleme ve araştırma nedeniyle verileceği için bozma nedeni olabilecektir.

Kesin süreden amaç davanın süratle sonuçlandırılmasıdır. Hakim tarafından usulüne uygun olarak verilen kesin sürede delil listesini bildirmeyen tarafın takip eden ilk duruşmada tanıklarını hazır etmesi halinde hazır edilen tanıklar dinlenilmelidir²³³.

Taraflara süre verilmeden hüküm verilmesi eksik incelemedir. Mahkeme tarafından yapılacak işin mahiyetine uygun olarak taraflara gerekli sürenin verilmesi gerekir. Hak düşürücü süreler kamu düzenine ilişkindir bu süreler hakim tarafından kendiliğinden gözetilmelidir²³⁴. Hak düşürücü süre içinde yapılmayan işlemlerin delil gücü yoktur. Kesin süre içinde yerine getirilmeyen bir işlemin bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesi hukuken mümkün değildir²³⁵. Hak düşürücü süre dolduktan sonra davanın süre yönünden reddine karar verilmemesi eksik incelemedir²³⁶. Kesin süre ile son bulan hakkın yeniden kullanılması unsurlarının varlığında ancak eski hale getirme ile mümkündür. Taraflardan birinin hak düşürücü sürenin dolduğu iddiasının araştırılmaması eksik inceleme ve araştırmadır.

Usule uygun, olayın özelliğine göre yeterli olmayan ve sürenin yerine getirilmemesinin sonuçları açıkça bildirilmeden hakim tarafından kesin süre tayin edilmesi; kanun tarafından tayin edilen kesin sürelerin süresinde gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır.

V-DAVA ARKADAŞLIĞINDA

Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde dava arkadaşlarının hepsinin davaya dahil edilmemeleri halinde verilecek karar eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden noksan olacaktır.

²³² Akcan s.282.

²³³ Bkz:Yargıtay 2. H.D. 24.03.2003 gün ve 2404/3655 E K sayılı kararı: CORPUS.

²³⁴ Akcan s.281.

²³⁵ “..Kamulaştırma Kanununun 22. maddesinde öngörülen 3 aylık süre hak düşürücü bir süredir, bu süre içerisinde bedeli yatırmayan malikin geri almaktan kaçındığı kabul edilmelidir. Paranın yıllar sonra yatırılması karşısında idarenin taşınmazın mal sahiplerine geri verilmesi konusunda Tapu Sicil Müdürlüğüne yazı yazması hukuki sonuç doğurmaz. Yok olan süreyi yeniden canlandırmaz” Yargıtay 7. HD 26.09.1995 tarih ve 6909/9751 E K sayılı kararı: Malkoç s.332.

²³⁶ “..3402 sayılı Yasanın 12/3. maddesi hükmü uyarınca 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle reddine karar verilmesi husus da düşünülmeden **eksik inceleme** ve dosya kapsamına uymayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması isabetsiz ve temyiz itirazları yerinde görüldüğünden” Yargıtay 8. HD 21.06.1999 tarih ve 4673/5804 E K sayılı kararı: YKD 2000/5 s.701.

Bir davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır. Gerek davacı gerekse davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkündür bu halde dava arkadaşlığı söz konusudur²³⁷. Dava arkadaşlığı mecburi dava arkadaşlığı ve ihtiyari dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılır.

Maddi hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılmasını veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kılmış olduğu hallerde mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur²³⁸. Mecburi dava arkadaşlığının amacı tek bir hüküm elde edilmesidir. Mecburi dava ortaklığı hallerinde davalar arasındaki bağ bunların tek başlarına açılabilmesine imkan vermeyecek kadar sıkıdır²³⁹.

Bazı hallerde, birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde, kanun gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmıştır. Bu halde şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Örneğin, hacizdeki iptal davasının, borçluya ve borçlu ile hukuki işlem yapan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kişilere karşı birlikte açılması gerekir. Burada dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkı değildir, davalılar kanundan doğan (şekli) bir zorunluluktan dolayı dava arkadaşı durumundadır²⁴⁰.

Dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortak olup da bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken hallerde, dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburidir²⁴¹. Örneğin elbirliği mülkiyet²⁴² ile kira sözleşmesinde birden fazla kiralayan veya kiracı bulunması halinde maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur²⁴³.

²³⁷ Alangoya-Dava Ortaklığı s.37; Ulukapı s.44 vd; Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 63-66 maddeleri arasında dava arkadaşlığı ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

²³⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.459; Alangoya-Dava Ortaklığı s.92.

²³⁹ Alangoya-Dava Ortaklığı s.95.

²⁴⁰ Tercan s.184; Kuru/Arslan/Yılmaz s.460; Kuru-Usul c.III s.2404-2406.

²⁴¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.459.

²⁴² “Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.) biçiminde açıklanmıştır. Elbirliği (İştirak) halinde mülkiyetin bu özelliği itibarıyla ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Şayet kanun veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse, ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunluluğu vardır.” Yargıtay 1. HD 29.04.2004 tarih ve 4185/5025 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁴³ “Kira sözleşmesinin aslı getirilmek suretiyle iki kiralayanın varlığının tesbiti halinde bunlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan davayı birlikte açmaları gerektiği düşünülmelidir” Yargıtay 3. HD 09.06.2003 tarih ve 7277/7131 E K sayılı kararı: CORPUS; “Kira sözleşmelerinde, kefil sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan şahsa husumet yöneltilep onun hakkında dava açılması mümkün olmadığı gibi

Bazı hallerde birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde, kanun gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmıştır. Bu husus gözetilmeden mecburi dava arkadaşının davaya dahil edilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır²⁴⁴. Bu hallerde dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir hüküm verilmesi zorunlu değildir örneğin yaş, ad, soyadı ve diğer nüfus kayıt düzeltme davalarının ilgililerin hepsine ve nüfus memuruna karşı açılması zorunludur (Nüfus Hizmetleri Kanunu m.36)

Davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunması halinde birlikte dava açmak ve davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunması halinde ise bunlara karşı birlikte dava açılması zorunludur²⁴⁵.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarının açtıkları veya bunlara karşı açılan dava tek bir davadır bu nedenle mecburi dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadırlar. Mecburi dava arkadaşları usul işlemlerini hep birlikte yerine getirmelidirler²⁴⁶. Örneğin hep birlikte davadan feragat edebilirler yine hep birlikte davayı kabul edebilirler yine hep birlikte yemin edebilirler²⁴⁷.

kiracının birden fazla olması halinde de yalnız biri aleyhine değil, hepsi aleyhine dava açılması gerekir.-Olayda; Davalı olarak gösterilen Sedat'ın sözleşmede kiracı olarak adı geçen Serdar ile aynı kişi olup olmadığı araştırılmamıştır. Aynı kişi değilse birden fazla kiracı olması karşısında yalnız biri aleyhine dava açılmasının mümkün olmadığı düşünülmemesi; aynı kişi ise bir yıl süreli sözleşmede kefil olup olmadığı savunması üzerinde durulup hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken **eksik inceleme** ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.” Yargıtay 6. HD 04.03.2002 tarih ve 1096/1205 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁴⁴ “Dava, orman olarak Hazine adına tescil edilen taşınmazın tapusunun iptaline ilişkindir. Ormanların çıplak mülkiyeti Hazineye, intifa hakkı Orman İdaresi'ne aittir. Bu tür davaların Hazine ile Orman idaresi aleyhine açılması zorunludur. Bir başka anlatımla, Hazine ile Orman idaresi arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Husumetin yaygınlaştırılması suretiyle Orman idaresinin de davaya katılması sağlanarak usulen taraf teşkil edildikten sonra davanın görülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. ... **eksik inceleme** ile” Yargıtay 16. HD 08.06.1999 tarih ve 1715/2177 E K sayılı kararı: YKD 2000/8 s.1249.

²⁴⁵ “Dava konusu olan hak, birden fazla kişi arasında ortak olupta bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken hallerde dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburidir. Diğer bir ifadeyle bir hakkın birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılmasının (veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasının) zorunlu olduğu hallerde, bu hak dava konusu edildiği zaman o hakla ilgili birden fazla kişi zorunlu dava arkadaşı durumundadır. Dava arkadaşlığının hangi hallerde mecburi olduğu maddi hukuka göre belirlenir. Zorunlu dava arkadaşlığında; dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkı olduğundan, davada birlikte hareket etmek durumundadırlar. Mahkeme ise, dava sonunda zorunlu dava arkadaşlarının hepsi hakkında aynı ve tek bir karar verir. Maddi hukukla belirlenen zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlar; iştirak halinde mülkiyet birden fazla kiralayan veya kiracının bulunması hali, kat mülkiyeti, bazı hallerde müşterek mülkiyet, sözleşmenin bir tarafında birden fazla kişi bulunması olarak gösterilir. Zorunlu dava arkadaşlığında dava konusu olan hak tekdir. Yani dava arkadaşı sayısı kadar müddeabih yoktur.” Yargıtay 14. HD 28.04.2003 tarih ve 2541/3377 E K sayılı kararı: YKD 2003/9, s.1400 vd.

²⁴⁶ “.....HUMK'nun 94/2 maddesi gereğince davalı, ilk oturumda davayı kabul ederse ve hal ve durumu ile kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet vermemiş ise yargılama giderlerine mahkum edilemez.

Şekli bakımından mecburi dava arkadaşları davada birlikte hareket etmek zorunda değildirler ve mahkeme de bütün dava arkadaşları hakkında aynı şekilde karar vermek zorunda değildir²⁴⁸.

Birlikte dava açma hakkına sahip olanlar davalarını birlikte açmak zorunda değildirler. Bu kişilerden her biri ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi isterlerse birlikte de dava açabilirler bu durumda ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. İhtiyari dava arkadaşlığının amacı uygun istikamette kararlar verilmesini gerektirecek derecede aralarında irtibat bulunan davalarda aksi istikamette kararlar verilmesini önlemektir. İhtiyari dava arkadaşlığı dava konusu hak veya borcun ortak olması, ortak işlem, davanın aynı sebepten doğmuş olması hallerinde söz konusu olabilir. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısınca dava vardır.İhtiyari dava arkadaşları yargılama süresince birlikte hareket etmek zorunda değildirler. Örneğin dava arkadaşlarından herhangi biri diğerlerine sormadan davadan feragat edebilir²⁴⁹.

Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde mahkemece bu kişilere tebligat çıkartılarak davada taraf teşkili yapıldıktan sonra uyuşmazlığın esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda deliller toplanarak karar verilmemesi eksik incelemedir²⁵⁰. Bu durumda zorunlu dava arkadaşına çıkartılacak davetiyenin usulüne uygun olması gerekir. Usulüne uygun olarak çıkartılmayan bir davetiyeye ile hüküm verilmesi doğru değildir²⁵¹.

Hukuk hakimi açılan davada mecburi dava arkadaşlığını tespit etmesi halinde taraf teşkilini usule uygun olarak sağlamalıdır yine mahkemece dava arkadaşlığının

Davalı Burhan A. ilk oturumda davayı kabul ettiğini bildirmiş ise de, dava konusu taşınmazda davalılar iştirak halinde maliktirler ve mecburi dava arkadaşlarıdır. Kabul beyanının hüküm ifade edebilmesi için iştirakçilerin tümünün davayı kabul etmesi gerekir, bir tanesinin kabul beyanı hukuksal sonuç doğurmaz...” Yargıtay 14.HD 18.06.2002 tarih ve 4451/4779 E K sayılı kararı:MEŞE.

²⁴⁷ Yılmaz-Yemin s.66; Alangoya-Dava Ortaklığı s.89 vd.

²⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.463.

²⁴⁹ Alangoya-Dava Ortaklığı s.89; Tercan s.185; Alangoya-Usul I s.122; Üstündağ s.361; Kuru-Usul c.III s.2422 vd.

²⁵⁰ “6183 sayılı Kanununun 25. maddesinde bu Kanuna dayalı iptal davalarında kimlerin hasım gösterileceği açıklanmış olup, buna göre borçludan satın alan 3. kişiler sonradan dava konusu araçları başka kişilere devretmiş olduklarından anılan madde hükmü gereğince bu kişilerle mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu yerde hasmın ayrıca dava edilmesine yer olmayıp, mahkemece bu kişilere de tebligat çıkartılmak suretiyle davada taraf teşkili yapıldıktan sonra işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda kanıtlar toplanarak oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, **noksan inceleme** sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 15. HD 21.10.1991 tarih ve 4234/4949 E K sayılı kararı: YKD 1992/3 s.405.

²⁵¹ Ulukapı s.168 vd.

zorunlu olmadığı hallerde bir tarafa mecburi dava arkadaşlığı sıfatı verilmemelidir aksi halde verilecek karar eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden hatalı olacaktır.

VI-DELİL TESPİTİNDE

Delillerin tespiti, ilerde açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, bazı şartlar altında zamanında önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir müessesedir²⁵².

Delillerin tespiti talebi ayrı bir dava değildir; bilakis açılacak veya açılmış davaya bağlı bir işlemdir. Yani delil tespiti dosyası esas dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir (m.374)²⁵³. Esas dava dosyasının eki niteliğinde olan delil tespitine ilişkin dosyanın mahkemesinden getirilerek incelenmeden hüküm kurulması eksik incelemedir²⁵⁴. Yine sadece tespit ve tedbir isteğine ilişkin dilekçenin dava niteliğini taşımadığı gözetilmeden dava dilekçesi olarak kabul edilerek esas hakkında karar verilmesi eksik incelemedir²⁵⁵.

Delil tespiti isteyen tarafın haklarını korumak için zorunluluk varsa veya acele hallerde, istisna olarak mahkeme, karşı tarafa tebligat yapmadan (karşı tarafın yokluğunda) da delil tespiti yapabilir. Bu durumda delil tespiti tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir suretinin derhal karşı tarafa tebliğ edilmesi zorunludur (m.372/II)²⁵⁶. Karşı tarafın yokluğunda yapılan delil tespiti sonucunda bilirkişiden alınan rapora, karşı tarafın itiraz etmesi durumunda mahkemece yeniden rapor alınmalıdır. itiraza uğrayan ve tek yanlı alınan tespit raporu ile karar verilmesi eksik

²⁵² Kuru-Usul c.IV s.4426; Alangoya-Usul I s.328; “Görülmekte olan bir davada tetkikine henüz sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açılacak bir davada ileri sürülebilecek bir hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer kanıtlarla tespiti mahkemeden istenebilir (m.368-370). Diğer taraftan delillerin tespiti, usul hukuku açısından bir dava değil, bir çeşit ihtiyati tedbirdir. Burada amaç, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delillerin kaybolmasını önlemektir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü; 1982-cilt III-sh.3140-3144). Bu nedenle delil tespiti yargı hakkı sahasında kalan bir işlemdir. Mahkemelerce yapılmadıkça geçerli bir delil tespiti işleminden söz edilemez.” Yargıtay 4.HD 31.10.1985 tarih ve 7199/8880 E K sayılı kararı: ABD 1986/1 s.62-64.

²⁵³ Kuru-Usul c.IV s.4448;Alangoya-Usul I s.329;Kuru/Arslan/Yılmaz s.567.

²⁵⁴ “Delil tespiti evrakı HUMK’nun 374. maddesi buyruğuna göre esas dava dosyasının eklerindedir. Bu dosya ilgili mahkemeden getirilip incelenmeden yazılı biçimde ve **noksan tahkikatla** karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 15.HD 15.10.1976 tarih ve 1220/2085 E K sayılı kararı:YKD 1977/8 s.1130-1131; “... Öte yandan delil tespiti dosyasının da resen getirilmesi zorunludur. O halde eksik inceleme ile ispat edilemediğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır” Yargıtay HGK 20.06.1990 tarih ve 4-297/385 E K sayılı kararı:Kuru-Usul c.IV s.4458.

²⁵⁵ Bkz:Yargıtay HGK 17.11.1976 tarih ve 1-1016/2916 E K sayılı kararı: Olgaç s.982.

²⁵⁶ Kuru-Usul c.IV s.4448.

incelemedir²⁵⁷. Hakim delil tespiti yolu ile alınmış olan bilirkişi raporuna esas davada yapılan itirazı ciddi bulursa veya kendiliğinden o bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan hüküm kurmamalıdır²⁵⁸. Delil tespiti yolu ile alınmış iki bilirkişi raporu arasında çelişkinin bulunması halinde bu çelişki giderilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır²⁵⁹.

VII-KARŞILIK DAVADA

Açılmış olan bir davada, davalının, aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına karşılık dava denir²⁶⁰.

Karşılık davanın bütün delillerinin, asıl dava ile birlikte incelenmesinden sonra karar verilmesi gerekir. Bütün deliller incelenmeden karşılık davanın reddine karar verilmesi eksik incelemedir²⁶¹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değişik 8. maddesinin II/1 nolu bendine göre "... kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tespit davaları, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalar dava konusu olan şeyin değerine bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesinde görülür." Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8. maddesinin açık hükmü karşısında davalı tarafından; kira alacağı ve tahliye davasına karşılık olarak açılan davanın, asıl dava ile birlikte ele alınarak değerlendirilip, sonucuna göre karar verilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır²⁶².

Karşılık dava süresinde açılmadığında, davacının bunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8, 207 ve 208. maddelerinde belirtildiği üzere ilk İtiraz

²⁵⁷ "Davalı davaya karşı cevabında raporu kabul etmediğini ve zararın iddia edilen kadar olmadığını ileri sürerek zarar tutarına itiraz etmiştir. Zarara uğrayan kişi zarar ve miktarını ispat zorunluluğundadır. Davalı açıklıkla delil raporunu kabul ettiğini söylemediğine göre, mahkemece davalının huzuru ile inceleme yapıp gerçek zararın tespit edilmesi gerekir idi. Davalının bu husustaki açık itirazı gözetilmeksizin gıyapta yapılan ve davalıya tebliğ edilmeyen bilirkişinin verdiği rapor esas alınarak hüküm kurulması **eksik inceleme**ye dayandığından bozmayı gerektirir" Yargıtay 4.HD 05.02.1981 tarih ve 13587/1001 E K sayılı kararı:İKİD 1981/251 s.694-695 (Kuru-Usul c.IV s.4450'den naklen); "Davaya dayanak yapılan ve Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan tespit dosyası içinde bulunan rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiştir. Öyle ise, itiraza uğrayan ve tek yanlı alınan tespit raporu ile karar verilmesi yanlıştır. Bu durumda Mahkemece, yeniden bilirkişi raporu alınarak sonucuna uygun bir karar kurulması gerekirken **eksik inceleme** ile yazılı biçimde karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır" Yargıtay 13.HD 19.01.1984 tarih ve 8391/246 E K sayılı kararı:Yasa 1985/8 s.1171 vd; Aynı şekilde Bkz:Yargıtay 4.HD 07.12.1993 tarih ve 12356/14295 E K sayılı kararı:YKD 1994/4 s.564-565.

²⁵⁸ Kuru-Usul c.IV s.4471.

²⁵⁹ Bkz:Yargıtay 4.HD 29.03.1974 tarih ve 16241/1567 E K sayılı kararı:ABD 1974/5 s.958-959.

²⁶⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s.512; Kuru-Usul c.IV s.3889; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.318.

²⁶¹ Akcan s.288.

²⁶² Bkz:Yargıtay 6.HD 25.09.2001 tarih ve 5481/7013 E K sayılı kararı:YKD 2002/3 s.375.

olarak ileri sürmemesi halinde o davanın da incelenmesi gerekir. İlk itiraza uğramayan karşılık davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle incelenmemesi eksik incelemedir²⁶³.

Takas için ayrı bir dava açılmasına gerek yoktur. Takas, borçlunun (davalının) takas etme iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir (BK m.122/1). Bu nedenle, davalının karşılık alacağını takas etmesi için mutlaka bir karşılık dava açması zorunlu değildir²⁶⁴. Davalı, karşılık dava açmadan sadece takas savunmasında bulunmakla yetinebilir²⁶⁵.

Hukuk Usulü Muhakemeleri 8/1. maddeye göre 2007 yılı itibariyle miktar veya değeri 5910 YTL'yi geçmeyen davalara bakmak görevi Sulh Hukuk Mahkemesine aittir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 5. maddesine göre, karşılık davanın değeri, asıl davanın değerinden fazla ise, mahkemenin görevi, karşılık davanın değerine göre belirlenir. Bu durumda Sulh Mahkemesi asıl dava ile karşılık davayı ayırarak, asıl davaya kendisi bakıp, yalnız karşılık davayı Asliye Mahkemesine göndermekle yetinemez. Sulh Mahkemesi her iki dava hakkında da görevsizlik karar vererek, her iki davayı da Asliye Hukuk Mahkemesine gönderir ve asıl dava ile karşılık dava Asliye Mahkemesinde görülür²⁶⁶. Bunun gözetilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Karşılık dava müstakil bir davadır. Bu nedenle karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir. Davalının karşılık davayı da içeren cevap dilekçesi harç alınmadan işleme tabi tutulmamalıdır. Mahkemece, karşılık davanın harçları ödetilmeden karşılık davaya bakılarak karar verilmesi eksik incelemedir²⁶⁷.

VIII-HADİSE VE BEKLETİCİ SORUNDA

Görülmekte olan bir davaya ilişkin olup, davanın incelenip karara bağlanmasından önce çözülmesi gereken sorunlara hadise denir²⁶⁸.

²⁶³ Bkz:Yargıtay 19.HD 11.10.2004 tarih ve 1823/9922 E K sayılı kararı:MEŞE.

²⁶⁴ "... HUMK'nun 204. maddesinde takas ve mahsup isteminin karşılık dava olarak da ileri sürüleceği belirtilmiştir. Ne var ki, davalı bu yasa hükmünün kendisine tanıdığı hakkı kullanmıyarak def'i yoluyla böyle bir istemde bulunabilir. Gerçekten takasa ilişkin iradenin yöneltmesiyle,buna bağlı hukuksal sonuçlar doğmuş olur. Üstelik BK'nun 118. maddesiyle de çekişmeli alacak için takas ileri sürülebileceği açıkça belirtilmiş ve anılan yasa hükmünün 1. fıkrasında takasın varlığı çok belirgin olarak kabul edilmiştir. Davalı aynı ilişkiden kaynaklanan tazminat alacağı bulunduğunu ileri sürüp takasa yönelik olarak iradesini açıkladığından mahkemenin bu def'i üzerinde durup, gereken inceleme ve soruşturmayı yaparak ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermesi zorunludur" Yargıtay 15. HD 29.02.1980 tarih ve 393/501 E K sayılı kararı:YKD/12 s.1628-1629.

²⁶⁵ Kuru-Usul c.IV s.3895.

²⁶⁶ Bkz:Yargıtay 3.HD 12.06.2003 tarih ve 7388/73566 E K sayılı kararı:MEŞE.

²⁶⁷ Bkz:Yargıtay 14.HD 13.11.2001 tarih ve 6941/7847 E K sayılı kararı:MEŞE.

²⁶⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.444; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda hadise olarak düzenlenen kurum Adalet Bakanlığınca hazırlanan HMK tasarısında ön sorun olarak düzenlenmiştir (HMK Tasarısı m.167).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.187 de düzenlenen ilk itirazlar birer hadisedir. Mahkemeye ilk itiraz olarak ileri sürülen bir talep değerlendirilip bu hususta bir karar verilmeden önce dosyanın esası hakkında inceleme yapıp karar verilmesi eksik inceleme ve araştırmadır. Örneğin kamu düzenine ilişkin yetki halleri dışındaki yetki itirazları ilk itirazdır²⁶⁹ ve cevap süresi içerisinde mahkemenin yetkisiz olduğu ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir²⁷⁰. Süresinde mahkemenin yetkisiz olduğu ileri sürülmez ise daha sonra ileri sürülecek yetki itirazı reddedilmelidir²⁷¹. Örneğin derdestlik itirazı da ilk itirazdır ve bu hususta yapılacak ilk itiraz hadise olarak çözülüp bir karar verilmeden davanın esası hakkında karar verilmemelidir²⁷². Örneğin davalı zamanaşımı savunmasında bulunulması halinde bu durumun da öncelikle hadise olarak ele alınıp çözülmesi zorunludur²⁷³.

Davanın her safhasında hadiseler doğabilir²⁷⁴. Hadiseler, ayrı birer dava olmayıp asıl dava üzerine aşılınmış küçük davacıklar niteliğindedir²⁷⁵. Örneğin

²⁶⁹ “Taşınır mala ilişkin istihkak davalarında kanunca kesin yetki kuralı öngörülmediğinden yetki itirazı ilk itiraz olarak ve en geç ilk oturumda davanın esasına girilinceye kadar ileri sürülebilir. Somut olayda yetkisizlik itirazı olmadığı gibi kesin yetki kuralı da söz konusu olmadığından, kendiliğinden yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 21. HD 25.02.1003 tarih ve 104/1296 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁷⁰ “Yetki itirazı ilk itirazlardan olup, "hadise" prosedürü içinde incelenir. Buna göre, yetki itirazı mahkemeye gelmeden yazılı olarak ileri sürülebileceğinden davalının yetki itirazının incelendiği oturumda bulunma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, davalı gelme dahi yetki itirazını öncelikle ve esasa girilmeden önce inceleyip, sonuçlandırır. Yetki itirazının reddine karar verilmiş ise, bu kararın oturumda bulunmayan davalıya tebliği gerekir. Bu suretle mahkeme hem yetki itirazına ilişkin kararını davalıya bildirmiş hemde esasa ilişkin yargılamanın yapılacağı oturuma davalıyı davet etmiş olur” Yargıtay 11. HD 20.10.2003 tarih ve 6127/9589 E K sayılı kararı.

²⁷¹ “Davalı, kanuni cevap süresi geçtikten sonra yetki itirazında bulunması halinde itirazın süre aşımı bakımından reddi zorunludur.” Yargıtay 2. HD 23.09.1974 tarih ve 5330/5161 E K sayılı kararı: YKD, 1975/2, s.85.

²⁷² “..Olayda; derdestlik itirazı, öncelikle ve esasa girilmeden önce sonuçlandırılmamış, itiraz konusunda herhangi bir karar verilmeden, davanın esasına girilmiş ve mahkeme esas hakkındaki nihai hükmünde, “...davalının derdestlik itirazının kabul edilmediğini...” belirtmiştir. Başka bir ifade ile derdestlik itirazı konusunda bir karar verilmeden, doğrudan davanın esasına girilmiş ve esas hakkında karar oluşturulmuştur. Derdestlik itirazı konusunda bir karar verilip kendisine tebliğ edilmesini bekleyen davalı da, bu beklenti ile duruşmaya gelmemiş, savunma hakkından yoksun bırakılmıştır. Mahkemece, derdestlik itirazı konusunda zamanında (HUMK.196) karar verilmeyerek davalının savunma yapma ve delillerini gösterme olanağından yoksun bırakılması usul ve kanuna aykırıdır...” Yargıtay 2. HD 13.03.2003 tarih ve 2312/3455 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁷³ “743 Sayılı Medeni Kanununun 580. maddesi; kendisine belli bir şey vasiyet edilen kişinin açacağı istihkak davasının, kazandırmanın (teberrunun) kendisine bildirildiği günden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Davalı zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Bu yönün öncelikle hadise şeklinde incelenmesi olumlu olumsuz karara bağlaması gerekir.” Yargıtay 2. HD 15.03.2002 tarih ve 2073/3723 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁷⁴ “Ön sorun veya ara sorun olarak nitelendirilebilecek olan ve görülen bir davaya ilişkin olup da davanın nihai biçimde karara bağlanmasından önce çözümünü gereken sorunlara "hadise" denilmektedir. İlk itirazlar, kanıt gösterilen belgenin sahteliği savı, eski hale getirme gibi ortaya çıkabilecek ve ayrı bir dava konusu olmayıp, asıl davaya bağlı ikincil dava veya davacık niteliği taşıyan hadiseler yargılamanın her evresinde ortaya çıkabilir. Öncelikle hadiselerin incelenip karara bağlanması, daha sonra davaya devamlı davanın esasının çözümü gerekir. Bekletici sorun ise, görülmekte olan bir

tarafından biri görülmekte olan bir davaya konu belgedeki imzanın kendisine ait olmadığını iddia etmesi halinde mahkemenin öncelikle bu hususta oluşan hadiseyi ele alıp çözdükten sonra yargılamaya devam etmelidir²⁷⁶ Mahkemenin ilk önce bu hadiseleri inceleyip karara bağlaması, ondan sonra davaya devam ederek esas hakkında karar vermesi gerekir.

Hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir dava sırasında oluşan ve öğretide ve Yargıtay Kararlarında ön sorun olarak adlandırılan hadisenin çıkması halinde mahkemenin öncelikle hadiseye ilişkin taleplerin usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığını, süresinde olup olmadığını incelemesi bu hususlar incelendikten sonra hadiseye ilişkin talebin duruşma arasında dilekçe ile istenilmesi halinde talebin kabule şayan görülmesi durumunda karşı tarafa beyanda bulunmak için dilekçenin örneğini göndermesi ve gerekirse tarafların bu konuda gösterecekleri delilleri de topladıktan sonra karar vermesi gereklidir. Aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

Bir davada bekletici sorun yapılması gerekirken yapılmaması halinde de eksik inceleme ve araştırma söz konusu olacaktır.

Bir davadaki asıl sorun hakkında karar verilebilmesi için daha önce çözülmesi gereken bir sorunun, başka bir mahkeme tarafından başka bir davada karara bağlanması gereken hallerde asıl davaya bakan mahkemenin diğer davanın sonucunu beklemesine bekletici sorun denir²⁷⁷. Hukuk mahkemesi görülmekte olan asıl davanın karara bağlanması için başka bir hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davayı²⁷⁸, idari

davayı doğrudan ilgilendiren bir konunun derdest başka bir davada görülmesi halinde, davanın karara bağlanması için o dava sonucunun beklenmesi zorunluluğunu veya gereğini ifade eder. Artık böyle bir olgunun ortaya çıkması halinde başka bir derdest davaya konu ikincil (tali) bir sorun kabul edilip "hadise" olarak çözülemez." Yargıtay 11 HD 21.03.2002 tarih ve 10547/2556 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁷⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s.445.

²⁷⁶ "Davalı Meral, miras taksim sözleşmesindeki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmüştür. Mahkemece bu itirazın hadise şeklinde incelenmesi ve hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. (HUMK md. 222/225) Açıklanan husus üzerinde durulmadan **eksik inceleme** ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır" Yargıtay 2. HD 02.02.1999 tarih ve 13579/478 E K sayılı kararı: YKD, 1999/7, s.905.

²⁷⁷ Kuru-USul c.III, s.3210; Kuru/Arslan/Yılmaz s.447; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 167-169. maddelerinde ön sorun ve bekletici sorun düzenlemesine yer verilmiştir.

²⁷⁸ "Ankara 4. Ticaret Mahkemesinin 2002/731 esasında kayıtlı dava; bu dava konusunu ilgilendirmektedir.Ticaret Mahkemesindeki davanın bekletici sorun yapılması, taraflardan delilleri sorulup gösterdikleri takdirde bu deliller toplanmadan **eksik incelemeyle** yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay 2. HD 28.04.2003 tarih, 5071/6157 E K sayılı kararı: CORPUS.

yargı yerinde görülmekte olan bir davayı²⁷⁹ yine ceza mahkemesinde yargılaması devam etmekte olan bir davayı²⁸⁰ yine görülmekte olan hukuk davasını etkileyecek idari bir işlemin sonuçlanmasını²⁸¹ bekletici sorun yapabilir.

Kural olarak mahkemenin bekletici sorun yapması ihtiyaridir ancak kanunda açıkça belirtilen bazı istisna hallerde hukuk mahkemesinin bekletici sorun yapması zorunludur. Bir davaya bakmakta olan hukuk mahkemesi o davada uygulanacak bir kanunun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bularak somut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırı gördüğü ve somut olayda uygulanma ihtimali bulunan hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar davayı geri bırakır ve bekletici sorun yapar (Anayasa m.152)²⁸².

İki yargı yolu arasında olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlığının çıkması ve uyuşmazlığın giderilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulması halinde Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 18/1 maddesi uyarınca görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesince bir karar verilinceye kadar bu husus bekletici sorun yapılmak zorundadır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre Uyuşmazlık Mahkemesi 6 ay içinde bir karar vermezse dava görülmeye devam edilir. Dava sonuçlanmadan Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kararın verilmesi halinde mahkeme Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği karar doğrultusunda işlem tesis etmek durumundadır (UMK m.18).

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 41/1 maddesi uyarınca Hukuk mahkemesi bakmakta olduğu bir davanın taraflarından birinin Türk vatandaşı olup olmadığı hususunda tereddüde düşerse bu hususu İçişleri Bakanlığından soracaktır. İçişleri Bakanlığı mahkemenin bu talebine en geç bir ay içinde cevap vermek

²⁷⁹ “..Daniştay'da bu konuda dava açıldığının anlaşılması halinde, açılan dava sonucunun bu davaya etkili bulunması nedeniyle beklenmesi gerekirken *eksik incelemeye* dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” Yargıtay 15. HD 16.03.1978 tarih, 543/514 E K sayılı kararı: Kanun 1978/6, s.1087-1088.

²⁸⁰ “.. Davacı hakka Orman Kanunu hükümlerine muhalif hareketten dolayı ceza mahkemesinde devam ettiği anlaşılan davanın mahkumiyetle neticelenmesi halinde, hukuk mahkemesi iş bu mahkumiyet kararı ile mukayyet kalacağından ceza davasının neticesine intizar edilmesi hususuna işaret eden özel daire bozma ilamına uyulmak lazım gelirken..” Yargıtay HGK 10.04.1957 tarih, 4-33/27 E K sayılı kararı: Ömerbaş/Çetintaş c.III s.181-182.

²⁸¹ “Davacı 506 sayılı Kanun'un 75/8. maddesinde söylenen kurala uygun olarak süresinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nun tehlike sınıf ve derecesinde yaptığı değişikliğe karşı çalışma Bakanlığı'na başvurmuştur. Bu idari işlemi mahkemenin bekletici sorun sayıp, sonucunu beklemeden yazılı şekilde karar vermesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir. .. *eksik inceleme* ile..” Yargıtay 10. HD 26.02.2004 tarih, 5158/1356 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz s.449-450.

zorundadır. İçişleri Bakanlığının mahkemenin talebi üzerine taraflardan birinin Türk vatandaşı olup olmadığı hususunda verdiği karar mahkeme tarafından taraflara tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ilgililerin İçişleri Bakanlığının bu kararına karşı Danıştay'a başvurmak olanağı vardır. İlgililer tarafından bir aylık süre içerisinde Danıştay'a başvurulması halinde hukuk mahkemesi Danıştay tarafından bu hususta karar verilmeye kadar bekletici sorun yapmak zorundadır. Danıştay belirtilen kararını 3 ay içinde vermek zorundadır (TVK m.41).

Borçlu miras bırakanına ait bir alacak için takip edilmekte olup da terekenin borca batık olduğunu ileri sürerse itirazın kesin kaldırılması talebini inceleyen icra tetkik merci, terekenin borca batık olduğunun tespiti davası açması için borçluya uygun bir süre verir (İİK m.68/4). Borçlu bu süre içinde terekenin borca batık olduğunun tespiti için dava açarsa, icra tetkik mercii, bu tespit davasının sonuçlanmasına kadar itirazın kaldırılması hakkındaki incelemesini bekletici sorun yapar²⁸³.

Hakemlerin baktıkları bir davada tahkikat sırasında ceza kovuşturmasına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi ileri sürülürse²⁸⁴, hakemler, ceza mahkemesince bu hususta bir karar verilmeye kadar tahkikatı erteler²⁸⁵. Hakemlerde görülmekte olan davanın davalısı, bu davanın hakemlerin görevine girmediğinin tespiti için hukuk mahkemesinde bir dava (m.519) açarsa, hakemler, hukuk mahkemesindeki tespit davasının sonuçlanmasını kendi baktıkları dava için bekletici sorun yaparlar²⁸⁶.

Kanununda açıkça belirtilen yukarıda sayılan hallerin dışındaki haller de hukuk mahkemesi başka bir mahkemede görülmekte olan davayı bakmakta olduğu dava için bekletici sorun yapmak zorunda değildir. Ancak belirli şartların varlığı halinde hukuk mahkemesi başka bir mahkemede görülen bir davayı bekletici sorun yapabilir²⁸⁷.

Hukuk mahkemesi ceza mahkemesinde görülmekte olan bir davayı da koşulların bulunması halinde bekletici sorun yapabilir. Ancak hukuk mahkemesinin

²⁸³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.450.

²⁸⁴ "Olayda sahtecilik ileri sürülmüş, evrak arasında bulunan savcılık yazısı da bunu doğrulamıştır. HUMK'un 528. maddesi tahkikat esnasında, ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse ceza mahkemesince bu bapta karar verilmeye kadar tahkikat tehir olunur ve tahkim müddeti cereyan etmez hükmünü koymuştur. O halde, bu iddianın sonucu beklenerek neticesine göre bir karar verilmek gerekir" Yargıtay 9. HD 14.09.1967, 7429/7811 Orhaner c.II s.445.

²⁸⁵ Kuru-Usul c.III s.3217.

²⁸⁶ "Davalı, hakem kuruluna sunulmuş bulunan uyuşmazlığın hakem kurulunun görevi dışında kaldığını iddia ve bu hususta mahkemeye dava açtığını beyan etmiştir. HUMK m.519'a dayanılarak açılmış bu dava hakem kuruluna açılmış davada bekletici sorun teşkil eder" Yargıtay 9.HD. 13.07.1968 tarih, 8067/10124 E K sayılı kararı: İşveren 1968/VI/11 s.19.

²⁸⁷ Kuru-Usul c.III s.3219.

ceza mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapması halinde, ceza mahkemesinin bu konuda vereceği kararı peşinen kabul etmiş olacağından, bekletici sorun yapılan sorun yapılan ceza davası hakkında verilen karar, hukuk davasında kesin delil teşkil eder²⁸⁸.

Görülmekte olan bir davanın sonuçlanmasının bekletici sorun yapılabilmesi için bekletici sorun yapılacak davanın başka bir mahkemede görülmekte olması ve iki dava arasında bağlantı bulunması gerekir. Bu durumda hukuk hakiminin vereceği karar diğer mahkemede görülmekte olan davanın sonucundan etkilenecekse²⁸⁹ hukuk hakimi diğer mahkemede görülen davayı kendi davası için bekletici sorun yapabilir²⁹⁰.

Yargıtay pek çok kararında kanunda açıkça sayılan hallerden olmasa bile bir davanın sonucunun görülmekte olan davayı etkileyeceğinin zorunlu olması halinde hukuk mahkemesince bekletici sorun yapılmasının zaruri olduğu gerekçesiyle hukuk mahkemelerinin kararlarını bozmaktadır²⁹¹.

Hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davada hukuk hakimi; kanunun istisnai hallerde kabul ettiği zorunlu bekletici sorun yapması gereken hallerde bu hususa riayet etmeden karar vermemelidir. Yine hukuk hakimi bir başka hukuk mahkemesinde, idari yargı yerinde, ceza mahkemesinde görülmekte olan davaları²⁹² ile henüz sonuçlanmayan ve sonucu hukuk mahkemesinde görülmekte olan davayı etkileyeceği

²⁸⁸ Kuru-Usul c.V s.5153.

²⁸⁹ "... Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesinden oluştuğu takdirde, Ankara, 2. İş Mahkemesinde açıldığı bildirilen sözleşmenin haksız olarak feshedildiğinin tespiti hakkındaki dava sonucunun, bu dava konusuna etkisi açıktır. İş mahkemesinde açılmış olan dava olumlu şekilde sonuçlanırsa, bu davanın reddi gerekeceğinden, bu davanın sonradan açılan dava sonuçlanıncaya kadar ertelenmesi gerekir. Bu yönler gözden uzak tutularak **noksan inceleme** ile .." Yargıtay 15. HD 27.12.1978 tarih, 2431/2506 E K sayılı kararı: Kanun 1979/5 s.728-729.

²⁹⁰ "Dava, Hazineye, ait gayrimenkulu fuzulen işgal ettiğinden 960 lira ecrimislin faiziyle birlikte tahsili istemine dairedir. Davalı işgal tazminatı istenilen yer için Asliye Hukuk Mahkemesine tescil davası açtığını savunmuştur. Bu yönün araştırılması, dava açılmış ise sonucunun beklenmesi gerekirken, **eksik soruşturma** ile hüküm tesisi isabetsizdir" Yargıtay 3. HD 22.02.1971 tarih, 868/633 E K sayılı kararı: Arıkan s.182.

²⁹¹ Bkz:Yargıtay 20. HD 05.04.2001 tarih 2197/2736 E K sayılı kararı: CORPUS; Yargıtay 6. HD 10.11.1975 tarih, 6818/6935 E K sayılı kararı: Karahasan-Borçlar s.301-302, Yargıtay 5.HD 28.02.1972 tarih, 1767/1534 E K sayılı kararı: Arcak s.1199.

²⁹² "...Resmi evrakta sahtekarlık suçundan ...2.Ağır Ceza mahkemesinde ... dava açılmıştır.- Mahkemece, her iki dava dosyasının getirtilerek incelendiği, derdest oldukları belirtilmiştir. Ancak, bu davalar sonucunda verilecek kararlar, temyiz incelemesine konu satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davasının sonucunu da etkileyebileceğinden, bu iki dava dosyası bekletici mesele (ön mesele) sayılmalı ve neticelenmeleri beklenmeli, bunu takiben varılacak sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır. Belirtilen husus gözetilmeksizin **eksik inceleme**..." Yargıtay 14.HD 15.04.2004 tarih ve 6878/447 E K sayılı kararı:MEŞE.

muhakkak olan idari işlemi bekletici sorun yapmadan karar vermesi eksik inceleme ve araştırmadır²⁹³.

IX-DAVAYA MÜDAHELE VE İHBARDA

Görülmekte olan bir davada taraflardan birisinin, kendisine yardım etmek üzere davaya müdahalesini veya kendisini davada temsil etmesini sağlamak amacıyla üçüncü kişiye davayı duyurmasına, davanın ihbarı denir. Davanın ihbarı, tarafın davayı kaybetmesi halinde üçüncü bir kişiye rücu hakkı olduğu veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceği hallerde söz konusu olur (m.49/1)²⁹⁴.

Usul hukukumuzda sadece davanın tarafları ile ilgili olarak hüküm verilmesi mümkün olup davaya katılması için ihbarda bulunulan ancak davaya katılmayan kişiyi ilgilendirir şekilde hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır²⁹⁵.

Davayı ancak taraflardan biri ihbar edebilir. Taraflardan birinin talebi olmadıkça, mahkeme, kendiliğinden davayı üçüncü kişiye ihbar edemez²⁹⁶. Yargıtay 1.HD bir olayda mahkemenin üçüncü kişiye davayı kendiliğinden ihbar etmemesini eksik inceleme ve araştırma olarak değerlendirmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁹⁷. Yargıtay 1. HD'nin bu kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.49'a açıkça aykırı olduğu kanısındayım. Yargıtay 11. HD daha yeni tarihli bir kararında davanın ihbarının mahkemenin değil tarafların yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir²⁹⁸.

Medeni usul hukuku sistemimizde dava iki taraf sistemine göre kurulmuştur. Davanın tarafları, davacı ve davalıdır. Davacı veya davalı yanında dava arkadaşı olarak birden fazla kişi yer alsa da, üçüncü bir taraf yoktur. Ancak bazı hallerde verilen hüküm üçüncü kişileri etkileyebilmektedir. Dava sonunda verilecek hükümden etkilenecek

²⁹³ "... Bu davalılar vekilinin süresi geçtikten sonra yaptığı yukarıda özetlenen savunma 45/1 inci madde hükmü uyarınca değerlendirilmesi koşulları oluşmuşsa iş bu davanın kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi, aksi halde o davada belirlenen veya belirlenecek kusur oranının işbu dava için güçlü delil sayılabileceği gözetilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu savunma üzerinde durulmadan **eksik inceleme**ye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 11. HD 05.05.2003 tarih ve 1283/4478 E K sayılı kararı: CORPUS.

²⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.211; Kuru/Arslan/Yılmaz s.485; Kuru-Usul c.IV s.3516.

²⁹⁵ "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 49 vd.maddeleri uyarınca davanın ihbar edildiği Ahmet Ç. mirasçılarının üçüncü şahıs konumunda olup, usulün 53.maddesi uyarınca davaya müdahale etmedikleri, 57.maddesi uyarınca da sadece davanın tarafları hakkında karar verilmesi gerektiği dikkate alınarak ihbar olunan Ahmet Ç. mirasçıları aleyhine hüküm kurulmaması gerekirken **eksik inceleme ve yanlış değerlendirme** sonucu yazılı şekilde Ahmet Ç. mirasçılarının da müşterek müteselsil sorumluluklarına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" Yargıtay 10. HD 29.04.2002 tarih ve 1585/3524 E K sayılı kararı:MEŞE.

²⁹⁶ Kuru-Usul c.IV s.3523.

²⁹⁷ Bkz:Yargıtay 1.HD 04.05.1979 tarih ve 6142/6014 E K sayılı kararı:Kuru-Usul c.IV s.3524.

²⁹⁸ Bkz:Yargıtay 11.HD 08.02.1991 tarih ve 593/719 E K sayılı kararı:Erdemir-I s.565.

üçüncü kişiye kendi yararını koruması için taraflar yanında davaya katılması imkanı tanınmıştır²⁹⁹.

Üçüncü kişilerin dava sonunda verilen hükümden etkilenmesi halinde onların davada bir üçüncü taraf olarak yer alması mümkün değilse de kendi haklarını korumak için fer'i müdahil olarak davaya katılmaları kabul edilmiştir. Fer'i müdahale, üçüncü kişiye, görülmekte olan bir davaya, davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında katılma olanağı veren bir kurumdur³⁰⁰.

Mahkeme tarafından kurulan hükümda aleyhine hüküm kurulmayan fer'i müdahilin tek başına hükmü temyiz etme hakkının bulunmadığının gözetilmemesi eksik incelemedir³⁰¹. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.57 hükmüne aykırı olarak, fer'i müdahil hakkında da hüküm verilmişse, fer'i müdahil, sadece hükmün kendisine ilişkin bölümünü temyiz edebilir³⁰².

Asli müdahale, görülmekte olan bir davada, üçüncü bir kişinin dava konusu şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia ederek, bu davanın taraflarına karşı dava açmasıdır³⁰³. Tanımdan da anlaşılacağı üzere davaya asli müdahalede bulunan kimse, o davaya, taraflardan biri lehine veya onun yanında katılmamakta, eski davanın taraflarına karşı, ondan tümüyle bağımsız, yeni bir dava açmış olmaktadır³⁰⁴. Her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda asli müdahaleye yer verilmemiş ise de gerek öğretilerde gerekse uygulamada asli müdahalenin varlığı kabul edilmektedir³⁰⁵. Davaya katılmakta hukuki yararı bulunan müdahilin davaya katılmak için dilekçe vermesi halinde; mahkemece müdahale talebinin kabulüne karar verilmeli; gerekli dava harcının alınarak davaya asli müdahil ile birlikte devam edilmeli, asli müdahilin iddiası ve ibraz edeceği deliller de incelenerek karar verilmelidir. Bunun gözetilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır³⁰⁶.

²⁹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.203; Kuru-Usul c.IV s.3451; Üstündağ s.375; Tercan s.186.

³⁰⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.204; Kuru/Arslan/Yılmaz s.478; Alangoya -Usul I s.133;Tercan s.187.

³⁰¹ Bkz:Yargıtay 9.HD 17.02.2004 tarih ve 14131/2579 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁰² Kuru-Usul c.IV s.3478; "Her ne kadar (fer'i) müdahilin hükmü tek başına temyiz hakkı yok ise de, kendisi hakkında bir hüküm verilmiş ve hakkında dava olmamasına rağmen yükümlülük altına sokulmuş veya verilen hüküm aleyhine bir sonuç doğurmuş ise hükmü tek başına temyiz edebileceğine göre.." Yargıtay HGK 07.12.1983 tarih ve 14-463-1263 E K sayılı kararı:İBD 1984/7-9 s.552-553.

³⁰³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.216; Kuru/Arslan/Yılmaz s.482; Kuru-Usul c.IV s.3491; Tercan s.187.

³⁰⁴ Tercan s.187.

³⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s.481; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.216; Tercan s.187; Kuru-Usul c.IV s.3491; Bkz:Yargıtay HGK 01.04.1987 tarih ve 11-143/259 E K sayılı kararı:Yasa 1987/7 s.1063-1067; Yargıtay 15.HD 17.11.1986 tarih ve 492/3844 E K sayılı kararı:YKD 1987/4 s.591-592; Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 71. maddesinde asli müdahale kurumuna yer verilmiştir.

³⁰⁶ Bkz: Yargıtay HGK 01.04.1987 tarih ve 11-143/259 E K sayılı kararı:Yasa 1987/7 s.1063-1067.

Aslında asli müdahale davası açması gereken bir kişi, fer'i müdahale talebinde bulunursa, mahkemenin, müdahalenin niteliğinin asli müdahale olduğunu bildirerek asli müdahilden asli müdahale davası için ayrı harç yatırmasını istemesi gerekir³⁰⁷. Yargılama sırasında asli müdahale talebinde bulunulması halinde bu hususta olumlu yada olumsuz bir karar verilmemesi ve "bu hususta karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi eksik inceleme ve araştırmadır³⁰⁸.

X-İSTİCVAPTA

İsticvabın usulüne uygun olarak yerine getirilmemesi, taraflardan birinin diğer tarafın isticvabını talep etmesi üzerine bu hususta olumlu yada olumsuz bir karar verilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır. İsticvap bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir veya birkaç vakıa hakkında mahkeme tarafından sorguya çekilmesi demektir³⁰⁹. İsticvap teknik bir terimdir ve ancak kanunda öngörülen şekilde tarafın sorguya çekilmesi halidir.

Tarafların ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.230-235'e göre dinlenilmeleri halinde isticvaptır. Bunun dışında tarafların hakim tarafından dinlenilmeleri hali isticvap değil sadece tarafların dinlenilmesidir³¹⁰. Dava konusuna, bir

³⁰⁷ Kuru-Usul c.IV s.3510; "...Müdahale isteyeninin başvuru dilekçesinin içeriğinden, dava konusu taşınmazda, taraflar dışında müstakil hak talep ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda isteğin asli müdahale olarak değerlendirilmesi gerekir. Asli müdahale istekleri ise ancak bütün şartları taşıyan bir dava dilekçesi ile talep edilip, harcın tamamlanması ile değer kazanabilir. Harcı yatırılmayan asli müdahale dilekçesindeki talepler incelenemez ve harç tamamlanmadıkça da bir işlem yapılamaz..." Yargıtay HGK 06.12.1989 tarih ve 5-552/636 E K sayılı kararı:İKİD 1990/352 s.7159-7160.

³⁰⁸ Bkz: Yargıtay 06.02.1981 tarih ve 1098/1057 E K sayılı kararı:YKD 1981/4 s.445 vd.

³⁰⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.336; Tercan s.49.

³¹⁰ "HUMK'nun 230 ve müteakip maddelerinde düzenlenen isticvap ile HUMK.nun 213. ve 75/2. maddesinde gösterilen hakimin müphem gördüğü hususların aydınlatılması için tarafları dinlemesi hallerinin birbirine karıştırılmaması gerekir. İsticvap bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa hakkında sorguya çekilmesidir. HUMK.nun 230. maddesinde "Tahkikat hakimi iki taraftan her birini resen veya talep üzerine isticvap edebilir denildikten sonra 234. maddesinde de, isticvap için çağrılmasına karar verilen tarafa geçerli bir özürü olmaksızın gelmediği veya tertip olunan soruları cevaplandırmadığı takdirde sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılacağı çıkarılacak davetiyeye yazılır. Çağrılan taraf gelmez veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde mahkemece sorulan vakıaları ikrar etmiş sayar" hükmüne yer verilmiştir. Oysa, somut olayda davacının ileri sürüşleri de gözetildiğinde istenilen HUMK.nun 213. veya 75/2. maddelerinde öngörülen biçimde hakimin müphem gördüğü hususların aydınlatılması amacı ile davalının dinlenilmesidir. Hal böyle iken davacının 12/05/1992 tarihli dilekçesinde belirttiği hususlarda, davalının isticvap edilmesini istemesi ve mahkemenin de isticvap davetiyesi adı altında davetiyeye çıkarılması bu durumu değiştirmez. Bu kabulün doğal sonucu olarak da HUMK.nun 234. maddesinin uygulama olanağı bulunmadığı aşikardır. Kaldı ki, davalıya daha önce usulüne uygun davetiyeye tebliğ edilmediği de açıktır. Böyle olunca Tebligat Kanununun 35. maddesine göre yapılan tebligat da geçerli sayılamaz. Davalıya çıkarılan davetiyeye gelmediği takdirde dava konusu çekin çalıntı çek olduğunun kabul edilmiş sayılacağı yazılması da doğru değildir. Zira suç teşkil eden konuda kişi isticvap edilemez, yemin verilemez." Yargıtay HGK 26.06.1996 tarih ve 11-385/508 E K sayılı kararı: CORPUS; Tercan s.77 vd.; Üstündağ s.758; Kuru/Arslan/Yılmaz s.417.

diğer yönü ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri talep sonucuna ilişkin olarak taraflardan sorulmayı gerektirecek herhangi bir belirsizlik, eksiklik yahut çelişki varsa; hakimin bunları gidermek için başvurmasına gerek yoktur. Hukuk hakimi ilgili tarafı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.75/II ve III'e göre tarafların dinlenmesi olarak, her zaman ve herhangi bir şekilde uymadan çağırır ve gerekli bilgileri onlardan alabilir. Buna göre dava konusuna ilişkin olarak isticvaba başvurulmamalıdır³¹¹. İsticvaba Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında da yer verilmiş ve tasarının 173-179. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İsticvap taraflarca hazırlama ilkesine tabi olan davalarda uygulanır. Buna karşılık kendiliğinden araştırma ilkesine tabi olan davalarda, isticvap hükümleri uygulanmaz. Çünkü tarafların ikrarı hakimi bağlamaz. Bu nedenle kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.230-235 hükümlerine göre değil, m.213 ve m.75/II hükmüne göre dinlenir³¹².

Bir taraf ancak kendisi aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebilir. Kendi lehine olan vakıalar için isticvap edilemez. Hakim bir tarafın isticvabına bizzat veya talep üzerine karar verebilir (m.230/I). Hakim diğer tarafın isticvap edilmesi talebini kabul etmek zorunda değildir ancak gerekli görürse isticvap kararını verir³¹³. İsticvap davetiyesi bizzat isticvap edilecek kişiye usulüne uygun olarak tebliğ edilmelidir bu hususta vekile yapılacak tebliğ geçerli değildir³¹⁴.

İsticvap olunacak kişi mahcur ise veya on altı yaşından küçük ise hakimin takdirine göre ya kendisi veya kanuni temsilcisi isticvap olunur (m.231)³¹⁵. İsticvap olunacak taraf bir tüzel kişi ise tüzel kişinin kanuni temsilcisi isticvap olunur (m.231).

Her ne kadar Yargıtay bazı kararlarında taraflardan birisinin delil listesinde bulunan tanıkların dinlenilmesini de isticvap olarak nitelendirmiş ve tanıkların bilgi ve belgelerinin isticvap suretiyle dinlenilmemelerini eksik inceleme ve araştırma ile hüküm

³¹¹“Mahkemece, dava konusu belgenin yazılı beyine başlangıcı olarak kabul edilip, davacının alacağını ispat yönünden ileri sürdüğü delillerin toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken ve isticvabın maddi vakıalara yönelik yapılabileceği, netice-i talebe yönelik isticvap davetiyesi çıkartılmayacağı gözetilmeden, davalı şirket yetkililerinin isticvaba icabet etmediğinden bahisle davanın kabulünde isabet görülmemiştir” Yargıtay 19. HD 25.09.1996 tarih ve 6576/8284 E K sayılı kararı:Erdemir s.1001-1002; Tercan s.113.

³¹² Kuru/Arslan/Yılmaz s.336.

³¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.337.

³¹⁴ Kuru-Usul c.II s.1346;Yılmaz/Çağlar s.441-442; Erdemir s.999; Tercan s.234.

³¹⁵ Tercan s.155; “İsticvap edilecek kimsenin küçük veya mahcur olmaması şart değil ise de temyiz kudretini haiz bulunması şarttır” Belgesay s.59.

kurulamayacağı için bozma nedeni yapmış ise de³¹⁶; bir davada ancak taraflar isticvap olunabileceğinden³¹⁷ Yargıtay'ın tanıkların isticvap olunarak ile dinlenileceği yönündeki değerlendirmesine katılmıyoruz.

İsticvap olunacak taraf mahkemeye isticvap davetiyesi ile çağrılır. Davetiyeye kabul edilebilir bir özrü bulunmaksızın gelmediği veya geldiğinde sorulacak sorulara yanıt vermediği takdirde sorulan vakıaları kabul etmiş sayılacağı açıklaması yazılmalıdır (m.234)³¹⁸.

İsticvap olunacak tarafın mahkemenin yargı çevresinin dışında olması halinde istinabe yolu ile isticvabının yapılması mümkündür (m.232). Ancak istinabe mahkemesinin taraf isticvabını usulüne uygun olarak yapması durumunda isticvabın kanunda öngörülen hukuki sonuçları doğar³¹⁹.

İsticvap sırasında diğer taraf ve vekili ile isticvap olunan kişinin vekili hazır bulunabilir. Zabıt katibinin isticvap sırasında hazır bulunması zorunludur (m.233)³²⁰. Hakim tarafından sorulan sorulara isticvap olunan taraf tarafından verilen cevaplara ilişkin tutanak tutulur ve bu tutanak okunduktan sonra hakim, zabıt katibi ve isticvap olunan kişi tarafından imzalanır.

Adi belgeye dayanılarak yapılan icra takibinde belgeden dolayı borcun olmadığı beyan edildiğinde hukuk hakimi tarafından takip dayanağı belge sureti çıkarılarak içeriği ve altındaki imzanın kendisine ait olup olmadığı yönünden, borcu olmadığını iddia eden tarafa meşruhatlı isticvap davetiyesi çıkarılmalı imzasını inkar etmesi halinde, başka amaçlarla atılmış diğer kurumlardaki uygulamaya elverişli imzaları ile mahkemece alınacak imzalarıyla birlikte senet aslının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 308 ve sonraki maddelerine göre bilirkişi incelemesi

³¹⁶Bkz:Yargıtay 2.HD 02.05.1994 tarih ve 3590/4488 E K sayılı kararı:MEŞE; Yargıtay 21.HD 06.02.2003 tarih ve 294/854 E K sayılı kararı:MEŞE; Yargıtay 21.HD 01.04.2002 tarih ve 489/2661E K sayılı kararı:MEŞE.

³¹⁷ Tercan s.138.

³¹⁸ “.. çıkarılan isticvap davetiyesi HUMK’un 230 ve devamı maddelerindeki koşulları içermemektedir..” Yargıtay 18 HD 04.06.1996 tarih, 4869/5704 E K sayılı kararı: Kanun 1996/7, s.1260; Tercan s.231.

³¹⁹ “Olayda davalının isticvap edilmesi için bulunduğu yer mahkemesine istinabe yazılmış (HUMK m.232), fakat istinabe olunan mahkeme, yukarıda (HUMK m.234’te) açıklanan biçimde işlem yapmamış, sadece bozma ilamının örneğini tebliğ etmekle yetinmiş, M davete uymadığı için evrak davayı gören mahkemeye geri gönderilmiştir. Usulün 234. maddesine uygun bir işlem yapılmadığı halde..” Yargıtay 2. HD 15.02.1977 tarih, 1174/1322 E K sayılı kararı: Kuru-Usul Hukuku, c.II, s.1962; Tercan s.268.

³²⁰ Tercan s.276; Postacıoğlu s.566.

yaptırılıp ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmelidir. Bu husus gözetilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır³²¹.

Davaya cevap vermeyen ve duruşmalara da katılmayan davalı hakkında açılan tahliye davasında davalı tüm davayı inkar etmiş sayılacağından, davalı isticvap edilmeden hüküm kurulması eksik inceleme ve araştırmadır³²².

İspat yükünü taşıyan taraf, iddiasını ispat etmek için karşı tarafın isticvabını isteyebilir³²³. İspat yükü kendisine düşen tarafın bu yöndeki talebi ile ilgili olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır. İsticvap davetiyesi usulüne uygun olarak çıkartılmalıdır³²⁴. Tarafların dayanağı olan vakıyalardan birinin adi senet olması halinde senedi düzenlediği iddia olunan tarafa usulüne uygun olarak isticvap davetiyesi gönderilmeli³²⁵ ve usulüne uygun olarak yerine getirilen isticvap hükme esas alınmalıdır. Belirtilen hususların gözetilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır.

XI-BİRLEŞTİRMEDE

Birleştirilmelerinde hukuki yarar olan ve birleştirilmeleri usul ekonomisine uygun olan davaların birleştirilmemesi veya birleştirilmelerinde hukuki yarar olmayan davaların birleştirilmeleri halinde adaletli sonuca varılamamış ise verilen kararlar eksik inceleme ve araştırma ile verileceğinden hatalı olacaktır.

Ayrı ayrı açılmış olan iki dava arasında bağlantı varsa, bu iki dava birleştirilebilir (m.45, m.48). Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek olması halinde iki dava arasında bağlantı varsayılır (m.45/III).

³²¹ Bkz:Yargıtay 12.HD 25.03.2003 tarih ve 1892/3447 E K sayılı karar:MEŞE.

³²² Bkz:Yargıtay 13.HD 28.09.1990 tarih ve 2467/3619 E K sayılı kararı:Erdemir s.1000; Yargıtay 6.HD 13.10.1997 tarih ve 7615/7914 E K sayılı kararı:MEŞE.

³²³ Tercan s.199.

³²⁴ “..Davacı taraf encümen kararından başka delil ikame edemediğine göre en azından isticvap (soru) davetiyesi çıkarılıp kiracı olup olmadığı, kiracı ise 3151 Sayılı Kanundan önceki kira miktarı ve ödeme şartlarının davalıdan sorulması, çıkarılacak soru davetiyesine gelip de sorulan konularda cevap vermediği takdirde kabul etmiş sayılacağı yazılması ve bunun sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken **eksik inceleme** ile davanın reddedilmesi hatalı görülmüş ve kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 6. HD 22.12.1988 tarih ve 14801/20312 E K sayılı kararı: CORPUS.

³²⁵ “..Çekin belirli bir tarihten önce tahsil edilemeyeceğine ilişkin sözleşme İİK'nun 168. maddesindeki mehil anlamındadır. Bu yoldaki itirazın kabul edilebilmesi için imhal itirazının resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı gerekir. Bu nitelikte olmayan adi şekilde düzenlenen protokoldeki imza hakkında alacaklı isticvap edilerek oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yargılama sırasında alacaklıdan bu protokoldeki imzaya karşı diyeceği sorulmadan **eksik inceleme** ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD 04.03.2003 tarih ve 3209/4118 E K sayılı kararı: YKD 2003/7 s.1092 vd.

İki dava arasında birlikte tahkikat yapılmasını ve tek bir hüküm verilmesini haklı gösterecek derecede haklı nedenlerin bulunması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 43/II ve 45/III maddesinde sayılan hallerin dışında da davaların birleştirilmesine karar verilebilecektir³²⁶.

Mahkemenin aralarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun m. 43 veya m.45/III anlamında bağlantı bulunmayan davaları birlikte incelemesi ve yargılama sonunda bunları karara bağlaması birleştirilen davalar arasında bağlantı bulunmaması tek başına bozma nedeni oluşturmaz. Bu usule aykırılık, basit usule aykırılıktır. Fakat, davaların birleştirilmesi, doğru bir sonuca varılmasını önlemiş, davayı ve incelemeyi yetersiz, karışık hale getirmişse; davaların birleştirilmemesi gerekirken, birlikte görülmesi sonucu etkileyen usule aykırılık olduğundan bir temyiz nedenidir³²⁷. Bu halde, davaların birleştirilmesi sonucu eksik inceleme ve araştırma ile hüküm verildiğinden adalete uygun olmayan bir kararın verilmesine yol açmış ve davanın uzamasına neden olmuştur. Eksik inceleme ve araştırma ile verilen kararlar adalete ve usul ekonomisine aykırıdır ve bozma nedenidir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanununun 5. maddesi ile gereken yerlerde aynı düzeyde, aynı sıfat ve görevle birden fazla mahkeme kurulmasına imkan tanınmıştır. Bu nedenle bir yerde birden fazla asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi bulunabilir. Bunlar tamamen aynı düzeyde mahkemeler olup hiçbir zaman asliye birinci veya ikinci hukuk mahkemesine hitaben dava açılmamaktadır³²⁸. Dava doğrudan doğruya asliye hukuk mahkemesine hitaben açılmakta ancak iş bölümü esasına göre dosyalar bu mahkemelere dağıtılmaktadır. Bu mahkemelerin hepsi görevli oldukları davaların tümüne bakmaya yetkilidirler ve aralarında hiçbir zaman görev ilişkisi mevcut değildir. Bu nedenlerle bir yargı çevresinde aynı düzeyde aynı sıfat ve görevle kurulmuş bulunan mahkemeler davaların birleştirilmesi açısından aynı mahkeme sayılır³²⁹. Bu nedenle açılan bir davadan sonra ikinci kez aynı düzeyde olan mahkemede açılan davada davanın birleştirilmesi gerektiği ilk itiraz olarak ileri sürülmemiş olsa bile davaların birleştirilmesine bir engel bulunmamaktadır.

³²⁶ Aynı görüşte: Kuru-Usul, c.III, s.3412; Postacıoğlu, s.294; Bilge/Önen s.260; Üstündağ s.136.

³²⁷ Postacıoğlu s.285 vd; Ansay s.209 vd; Kuru/Arslan/Yılmaz s.361 vd; Akcan s.146.

³²⁸ “Bir yargı çevresi içinde kurulmuş bulunan aynı düzeyde birden fazla mahkeme davaların birleştirilmesi açısından aynı mahkeme sayılır.” Yargıtay HGK 03.10.2001 tarih ve 14-929/679 E K sayılı kararı: CORPUS.

³²⁹ Bkz:Yargıtay İBK 14.02.1992 tarih ve 3/2 E K sayılı kararı: RG 01.05.1992 tarihli sayı s.5 vd.

Tarafların ilk itiraz olarak aynı farklı mahkemelerde görülmekte olan davalar ile açılan dava arasında hukuki ve fiili irtibat bulunduğunu ileri sürmelerine rağmen mahkemece her iki davanın birleştirilme şartlarının bulunup bulunmadığının; birleştirme şartları bulunmuyor ise bekletici sorun yapılması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmemesi eksik inceleme ve araştırmadır³³⁰.

Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında birleştirme ilk itirazlar arasında sayılmamış ve davanın her aşamasında aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmelerinin mümkün olduğu düzenlenmiştir (HMK m.170).

Aynı mahkemede görülmekte olan davalardan biri hakkında verilecek kararın diğer dava dosyasını çok yakından etkilemesi durumunda mahkemece birleştirme kararı verilmesi gerekir³³¹.

Farklı mahkemelerde veya aynı mahkemede açılan davaların birleştirilmesi halinde birleşen dosyanın duruşma gününden tarafların haberdar olmaması Anayasa ile güvence altına alınmış savunma hakkını kısıtlayacaktır³³².

Hukuk mahkemesine açılan bir davada ilk itiraz olarak daha önce başka düzeyde bir mahkeme veya yargı çevresi farklı bir mahkemede açılan bir dava arasında bağlantı olduğunun iddia edilmesi halinde; mahkemece bağlantılı olduğu ileri sürülen dava dosyası tetkik ve iade edilmek üzere istenilmeli incelenen dava dosyası ile yargılamasını yaptığı dava dosyası arasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.43

³³⁰ “Somut davada, davacı sigortanın, Türk Ticaret Kanunu 1301. maddesi hükmü uyarınca davahılar aleyhine açtığı rücu davasında, mümeyyiz davalılar vekili, yanıt dilekçesinde, müvekkillerince araç hasarına ilişkin olarak işbu davadan önce dava açıldığı iki dava arasında bağlantı bulunduğunu savunarak birleştirme talebinde bulunmuştur. İşbu dava Adana Asliye 1 nci Hukuk Mahkemesi'ne açıldığına göre, mahkemece, yanıt dilekçesindeki savunmanın HUMK'nun 45/1 nci madde hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi, koşulları oluşmuşsa o davanın işbu dava üzerinde birleştirilmesi, aksi halde o davada belirlenen ve kesinleşen veya kesinleşecek kusur oranının işbu dava için güçlü delil sayılabileceği gözetilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, savunmanın açıklanan bu yönü üzerinde durulmadan, **eksik incelemeye** dayalı olarak hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır” Yargıtay 11.HD 10.11.2003 tarih ve 3735/10644 E K sayılı kararı: CORPUS.

³³¹ “Davalılar vekilinin süresi geçtikten sonra yaptığı savunması, HUMK 45/1 nci madde hükmü uyarınca değerlendirilmesi koşulları oluşmuşsa işbu davanın kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi, aksi halde o davada belirlenen veya belirlenecek kusur oranının işbu dava için güçlü delil sayılabileceği gözetilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu savunma üzerinde durulmadan, **eksik incelemeye** dayalı olarak hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 11. HD 05.05.2003 tarih ve 12283/4478 E K sayılı kararı: CORPUS.

³³² “Birleştirilen davalar aynı yargılama süreci içinde bağımsız olarak görülmeye devam ettiğine göre, tarafların hazır olduğu oturumda verilen birleştirme kararlarında, birleştirilen davanın duruşma günü oturum sırasında taraflara bildirilerek, duruşmadan haberdar edilmeleri sağlanmalıdır. Taraflardan birinin yokluğunda birleştirme kararı verildiğinde ise; gideri hazır olan taraftan alınarak birleştirme kararı ile birlikte duruşma günü karşı tarafa tebliğ edilmelidir.” Yargıtay 14. HD 08.03.2002 tarih ve 1259/1660 E K sayılı kararı: CORPUS.

veya 45. madde anlamında bağlantı olduğu kanaatine varılması durumunda birleştirme kararı verilmeli ve birleşen dosyanın duruşma gününden dosyanın tarafları haberdar edilmelidir.

Aynı mahkemede görülmekte olan davalar arasında bağlantı bulunması ve verilecek kararların birbirini yakından etkileyecek olması halinde mahkemece birleştirme kararı verilmelidir. Aralarında hukuki ve fiili irtibat bulunmayan birlikte görülmesinde hukuki yarar olmayan davaların birleştirilerek görülmesi usul ekonomisi ile bağdaşmamaktadır. Hukuk hakimi açıklanan hususları gözeterek davalar arasında bağlantı bulunması halinde usulüne uygun olarak birleştirme kararı vermeli; aralarında bağlantı bulunmayan davalarda ise birleştirme kararı vermemelidir.

XII-İSTİNABEDE

Dava sırasında mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan delillerin istinabe suretiyle hiç veya yeterince toplanmaması eksik inceleme ve araştırmadır.

Her mahkemenin yargı yetkisi onun yargı çevresi ile sınırlıdır yani mahkeme yargı yetkisini ancak kendi yargı çevresi içinde kullanabilir. Bir davada mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapılması gerekirse, davaya bakan mahkeme, o işlemin yapılması için başka bir mahkemeden yardım ister buna istinabe denir³³³. Uygulamada istinabe yerine talimat ifadesi daha çok kullanılmaktadır.

Davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan kişinin beyanının alınması veya şeyin mahkemeye kadar getirilmesi imkansız, çok güç veya önemli zaman kaybına ve gider yapılmasına neden olacak ise istinabe yoluna başvurulmalıdır³³⁴.

İstinabe eden mahkeme, istinabe olunan mahkemeye bir istinabe talebi gönderir. İstinabe eden mahkeme istinabe talebi ile birlikte istinabe yolu ile yapılması istediği işlemler için giderleri istinabe olunan mahkemeye göndermelidir (Harçlar K.m.35). Yine istinabe talebinde yapılması istenilen işlem açıkça belirtilmelidir.

³³³ Kuru/Arslan/Yılmaz s.202.

³³⁴ "Bu durumda gerektiğinde Ankara veya İstanbul mahkemelerine talimat yazılarak konusunda uzman bilirkişi kurulundan hükmüne uyulan bozma ilamı doğrultusunda rapor alınıp uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken **eksik inceleme** ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, alacağın likit (hesap edilebilir) olduğu gözetilmeden davacının inkar tazminatı isteminin reddi de kabul şekli ile isabetsizdir". Yargıtay 19. HD 18.03.2002 tarih ve 1169/1896 E K sayılı kararı: CORPUS.

İstinabe olunan mahkeme istinabe eden mahkeme tarafından istenilen hususlar kendi yargı çevresinde ise ve görevine giren bir hususta istenilmiş ise işlemi yapmak zorundadır. Örneğin tanığı çağırıp usulüne uygun olarak dinlemek ve usulüne uygun olarak tutulacak istinabe tutanağını istinabe eden mahkemeye göndermek zorundadır.

Genel olarak uluslararası usul hukukunda istinabe, mahkemenin görmekte olduğu bir davada nihaî karara varabilmek için fiilî ve hukukî engeller nedeniyle yapamayacağı usulî işlemleri (örneğin, dava taraflarının veya tanıkların dinlenmesi, bilirkişi incelemesi, keşif yapılması veya bir belgenin incelenmesi) yabancı bir devletin yetkili makamına yaptırmasıdır³³⁵. Uluslararası ilişkilerde istinabe adlî (hukukî) yardım kavramı içinde ele alınmaktadır. Hukuki konularda uluslar arası adli yardımlarda uyulması gereken prensipler Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün 63 nolu genelgesi ile düzenlenmiştir.

Buna göre kural olarak, yabancı ülkelerden istinabe talep edilmesi ve yabancı ülkelerde bulunanlara tebligat yapılabilmesi için öncelikle o devlet ile Türkiye arasında ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme olup olmadığına bakılır. Eğer bir anlaşma veya sözleşme varsa³³⁶ tebligat veya istinabe söz konusu anlaşma veya sözleşme hükümlerine göre yerine getirilir³³⁷. İstinabe olunacak ülke ile Türkiye arasında bu konuda bir

³³⁵ “Mahkemece yapılacak iş; ülkemiz ile davacının gösterdiği tanıkların bulunduğu Norveç'in 23/02/1972 ve 23/05/1972 tarihli resmi gazetelerde yayımlanan Usulüne dair Lahey sözleşmesine katıldıklarını da dikkate alıp sözleşmenin 8. ila 16. maddeleri çerçevesinde, tanıkların istinabe yolu ile dinlenmelerine karar verilerek (HUMK md. 257) bir istinabe isteği düzenlenmesi, tanıklara sorulacak suallerin belirlenmesi (HUMK md. 267), tarafların tanık dinleme sırasında hazır bulunma istemleri olup olmadığının (HUMK md. 257 Usulüne dair sözleşme madde 11/2) açıklanması, tercümelerin tanık ücretleri ve diğer muhtemel giderlerin açıkça tespiti ve bu giderleri karşılamak üzere davacıya makul sayılacak bir sürenin verilmesi, yazılacak talimatın sonucunun beklenmesi, delillerin birlikte değerlendirilip, hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. **Eksik inceleme** ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD 26.02.1998 tarih ve 13772/1608 E K sayılı kararı: CORPUS.

³³⁶ “Hal böyle olunca, mahkemece Arnavutluk Hükümeti'nden adli yardım istenerek, getirilecek onaylı belge asılları ve dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak ve hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, belge fotokopileri ile yetinilerek **eksik inceleme** ve yanılığılı düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay HGK 24.03.2004 tarih ve 2-184/166 E K sayılı kararı: CORPUS.

³³⁷ “Mahkemece 24/03/1998, 30/04/1998 tarihli oturumlarda tanıkların dinlenmesi için (bakanlıkça istenen şekilde talimat evrakının ikmaline) şeklinde ara kararı tesis edilmiş, anılan ara kararlarında, tanık ücretleri belirtilmemiş, miktarı, maliyeti açıklamamış ve tercüme giderlerinden sözedilmemiştir. Bu nitelikteki ara kararları yukarıda açıklanan ilkelere bağdaşmadığından davacının tanık dinletme hakkından mahrum kaldığı düşünülemez. Açıklanan sebeple de 02/06/1998 günlü oturumda alınan tanık dinletme talebinin reddine şeklindeki ara kararı isabetsizdir.-Mahkemece yapılacak iş; ülkemiz ile davacının gösterdiği tanıkların bulunduğu Norveç'in 23/02/1972 ve 23/05/1972 tarihli resmi gazetelerde yayımlanan Usulüne dair Lahey sözleşmesine katıldıklarını da dikkate alıp sözleşmenin 8. ila 16. maddeleri çerçevesinde, tanıkların istinabe yolu ile dinlenmelerine karar verilerek (HUMK md. 257) bir istinabe isteği düzenlenmesi, tanıklara sorulacak suallerin belirlenmesi (HUMK md. 267), tarafların tanık dinleme sırasında hazır bulunma istemleri olup olmadığının (HUMK md. 257 Usulüne dair sözleşme madde 11/2) açıklanması, tercümelerin tanık ücretleri ve diğer muhtemel giderlerin

anlaşma veya sözleşme yoksa, istinabe karşılıklılık esasları çerçevesinde uluslararası adlî yardımlaşma kurallarına göre yerine getirilir. Yabancı ülke yetkili makamlarına gönderilecek istinabe talebine esas olmak üzere, yapılması istenen işlemlerin belirtildiği, ilgili adlî makamın imza ve mührünü taşıyan bir istinabe talep yazısı düzenlenecektir. Söz konusu talep yazısında, ayrıca davacı ve davalı ile dinlenecek tanıkların isim ve adresleri, kısaca davanın konusu, tanıklara sorulacak sorular ile istinabe konusu diğer hususlar maddeler halinde belirtilecektir. Talep yazısı ile eklenecek evrakın Türkçe aslı veya onaylı örnekleri ile birlikte, gönderilecek yabancı devletin dilinde yapılmış tercümelerinin ikişer takım halinde hazırlanarak Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderilmesi gerekmektedir.

Hukuk hakimi bakmakta olduğu bir dava ile ilgili olarak istinabeye (hukuki yardım) ihtiyaç duyması durumunda eğer istinabe olunacak ülkemiz sınırları içinde bulunan bir mahkeme ise usulüne uygun olarak düzenleyeceği istinabe evrakı ile hangi hususlarda istinabe olunan mahkemeden hukuki yardım talep ettiğini yazmalı ayrıca istinabe için gerekli masrafları istinabe olunan mahkemeye göndermelidir. Eğer istinabe olunacak mahkeme ülkemiz sınırları içinde değil ise istinabe olunacak ülke ile ülkemiz arasında hukuki yardıma ilişkin ikili veya çok taraflı uluslar arası anlaşma olup olmadığı araştırılmalı, anlaşmanın olması durumunda uluslar arası anlaşmanın belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde o ülkenin adli makamlarından hukuki yardım talep etmelidir. Eğer ülkemiz ile istinabe olunacak ülke arasında hukuki yardıma ilişkin ikili veya çok taraflı uluslar arası anlaşma yoksa bu durumda yukarıda belirtildiği üzere uluslar arası adli yardım için öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde hukuki yardım talebinde bulunmalıdır. Aksi halde kurulacak hüküm eksik inceleme ve araştırma ile kurulacağından hatalı olacaktır.

XIII-ISLAHDA

Tarafların, yargılamadaki usul işlemlerini tamamen veya kısmen düzeltmelerine ıslah denir (m.83)³³⁸.

açıkça tespiti ve bu giderleri karşılamak üzere davacıya makul sayılacak bir sürenin verilmesi, yazılacak talimatın sonucunun beklenmesi, delillerin birlikte değerlendirilip, hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. *Eksik inceleme* ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay HD 13752/1608 E K sayılı kararı: CORPUS.

³³⁸ Yılmaz-Islah s.26; Berkin s.145; Üstündağ s.454.

Medeni usul hukukumuzda iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı olduğundan iddia ve savunmanın karşı tarafın muvafakati olmadan değiştirilmesine ıslah imkan sağlamaktadır³³⁹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 85. maddesi gereğince diğer tarafın yokluğunda yapılan ıslahın yazılı olarak karşı tarafa tebliği gerekir³⁴⁰. Mahkemece, yoklukta yapılan ıslah işleminin davalı tarafa tebliği işlemi yapılmadan ıslah talebine göre inceleme yapılarak karar verilmesi usule aykırıdır³⁴¹.

Yargıtay tahliye davasında; "İhtiyaç sebebinin önce market işletmeciliği olarak bildirilip sonra emlakçılık yapılacağı şeklinde değiştirilmesinin ihtiyacın samimi olmadığı şeklinde değerlendirilemeyeceği gibi bu beyan değişikliğinin de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen "ıslah" müessesesi ile bir ilgisi yoktur. Davacının boşta olması ihtiyacına karine teşkil eder. Kiralananın yapacağı işe uygun olduğu belirlendiği takdirde ihtiyacın varlığının kabulü ile kiralananın tahliyesine karar³⁴²..." verilmemesini haklı olarak eksik inceleme kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Davasını tamamen ıslah etmiş olan davacı, ıslah dilekçesinde aynı zamanda ıslah ettiği işlemi açıkça belirtmişse³⁴³; davacının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.88'e göre üç gün içinde ikinci bir dava dilekçesi vermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır³⁴⁴.

Tamamen ıslah edilen dava eski davanın devamı niteliğinde olmasına rağmen görevli mahkeme davanın ıslah edilen şekline göre belirlenir. Yani, dava ıslah edilen

³³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.345; Kuru/Arslan/Yılmaz s.520.

³⁴⁰ Yılmaz-İslah s.252; Kuru-Usul c.IV s.3984.

³⁴¹ "Mahkemece de satış vaadi sözleşmesinin gabin sebebiyle iptaline karar verilmiştir. Ne var ki son oturumda davalı taraf duruşmaya gelmemiş ve ıslah talebine karşı diyeceği sorulmadığı gibi, davalı tarafa ıslah dilekçesi tebliğ edilmemiştir. H.U.M.K'nun 85.maddesi gereğince ıslah, muayyen celsede diğer taraf hazır olduğu halde yapılabileceği gibi evveleminde o tarafa tebliğ edilmek şartıyla arzuhal ile de yapılabilir. Mahkemece Usulün bu buyurucu kuralı gözetilmeden davanın ıslahı diğer tarafa tebliğ edilip savunmaya hazır halde bulundurulmadan ıslah talebinin kabulüyle bu yolda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" Yargıtay 13.HD 06.11.1990 tarih ve 1800/7103 E K sayılı kararı:Erdemir I s.699; Aynı şekilde Bkz:Yargıtay 9.HD 11.10.2004 tarih ve 17068/22817 E K sayılı kararı:MEŞE; Yargıtay 11.HD 16.09.2004 tarih ve 13644/8352 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁴² Bkz:Yargıtay 6.HD 15.06.1998 tarih 5205/5257 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁴³ Yılmaz-İslah s.283; Kuru-Usul c.IV s.3995 vd.

³⁴⁴ "...Davacı 1.9.1988 günlü dilekçe ile satış ilişkisine dayalı olarak açtığı davasını bu kez verdiği 27.2.1990 günlü dilekçe ile vekalet ilişkisini benimseyerek tamamen ıslah etmiştir. Bu dilekçe usul hükümlerine göre ıslah isteminin yanında tüm dava dilekçesine ilişkin unsurları da içermektedir. Diğer bir anlatımla ıslaha ilişkin yeni dava dilekçesi ile istemi birlikte yapılmıştır. Usul yasamızda ıslah iradesi ile ıslaha ilişkin dava dilekçesinin birlikte yapılmasını engelleyici bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda usulüne uygun dava ıslah edilmiş olduğuna göre davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır" Yargıtay 13.HD 05.03.1992 tarih ve 323/2053 E K sayılı kararı:İBD 1997/1-3 s.194.

yeni şekline göre başka bir mahkemenin görevine girmekte ise, mahkeme görevsizlik kararı vermek zorundadır³⁴⁵. Yargıtay davacının asliye hukuk mahkemesine açmış olduğu iptal ve tescil davasını tamamen ıslah ederek ortaklığın giderilmesi davasını dönüştürmesi halinde asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermemesini usul ve kanuna aykırı bularak bozma nedeni saymıştır³⁴⁶.

XIV-TAHKİMDE

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir³⁴⁷. Uyuşmazlığın çözümlenmesi kendilerine bırakılan bu özel kişilere de hakem denir. Hakemlerin kendilerine havale edilen davayı görmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur. Fakat, taraflar uyuşmazlığı onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından sanki bir mahkeme olmuştur. Bu nedenle hakemlere “hakem mahkemesi” de denilmektedir³⁴⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ihtiyari tahkimin unsurlarıdır ve taraflar hakeme başvurmaya mecbur değildirler. Ancak taraflar anlaşarak bir davayı hakemlere gördürebilirler.

Bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak mecburidir bu duruma mecburi tahkim denir. Hangi hallerde tahkimin zorunlu olduğu kanunlarda açıkça belirtilmiştir örneğin 3533 sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle idare edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin tamamı Devlete veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim yolu ile Halli hakkında kanunda düzenlenen tahkime göre belirtilen kurumlar arasında uyuşmazlık çıkması halinde o yerin en kıdemli hukuk hakimin hakem sıfatı ile uyuşmazlığı çözmesi zorunludur³⁴⁹.

³⁴⁵ Kuru-Usul c.IV s.4001 vd;

³⁴⁶ Bkz:Yargıtay 1.HD 23.01.1976 tarih ve 332/622 E K sayılı kararı:Karahasan-Borçlar s.295-296.

³⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s.724.

³⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s.724.

³⁴⁹ “3533 sayılı Kanunun 1. maddesine göre genel, katma ve özel bütçelerle yönetilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adalet mahkemelerinin görevi içinde bulunanlar o kanunda yazılı tahkim usulüne göre çözümlenir. Mahkemece tarafların durumları gözetilerek sözü edilen kanun buyruğu uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmek gerekirken işin esasının incelenmiş olması bozmayı gerektirir” Yargıtay 4. HD 10.04.2003 tarih ve 33376/4484 E K sayılı kararı: CORPUS.

Kanunda açıkça uyuşmazlığın mecburi tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almaması durumunda taraflar tahkim sözleşmesi düzenleyerek uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini kararlaştırabilirler (m.516).

Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalı ve sözleşmeye konu hususlar tarafların iradelerine tabi olan hususlar olmalıdır. Yani tarafların feragat, kabul ve sulh yolu üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hallerde tahkim mümkündür³⁵⁰. Örneğin velayet davalarında tahkim mümkün değildir. Yine tahkim sözleşmesinde uyuşmazlık belirli olmalıdır³⁵¹. Hangi uyuşmazlık için tahkim sözleşmesi yapıldığı sözleşmede belirlenmelidir³⁵².

Taraflar usulüne uygun olarak yaptıkları tahkim sözleşmesi sonucunda tahkim sözleşmesine konu olan hususta uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde genel mahkemelere değil tahkim yoluna gitmek zorundadırlar. Ancak buna rağmen davacı tarafından genel mahkemelere dava açılmışsa mahkeme tarafından taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi gerekir gerekçesi ile kendiliğinden görevsizlik kararı verilemez. Çünkü tahkim dava şartı değildir. Davalı tarafından ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkeme “uyuşmazlığın çözümlenmesinin hakeme ait olduğu” gerekçesiyle dava dilekçesini reddedecektir³⁵³. Bu karar nihai bir karar olduğundan temyiz yolu açıktır³⁵⁴.

³⁵⁰ “Görevi düzenleyen kanun hükümleri kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkemece doğrudan gözetilmesi gerekir. Tüm açıklananların ışığı altında Mahkemece yapılacak iş taşınmazın tapu kaydı, vakıfname getirilmeli vakfın mazbut vakıf olup olmadığı gerekirse uzman bilirkişi görüşü de alınarak belirlenmeli mazbut vakıf olduğu belirlendiğinde davaya tahkim suretiyle bakılmayacağından işin esası hakkında karar verilmeli aksi takdirde şimdiki gibi karar verilmelidir. Mahkemece **eksik inceleme** sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve kanuna aykırıdır. Bozma nedenidir.” Yargıtay 13. HD 07.03.1995 tarih ve 2175/2174 E K sayılı kararı: CORPUS.

³⁵¹ “Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan "M.....'in teklif şartları geçerlidir." Meşruhatının altında davacının imzası bulunmamaktadır. Ayrıca sadece bu ibare tahkim koşulunun varlığına ilişkin irade birliğini ortaya koymayacağından, tahkim itirazının kabul edilmemesi isabetlidir.” Yargıtay 19. HD 24.01.2002 tarih ve 4789/476 E K sayılı kararı: CORPUS.

³⁵² “Öte yandan yönetim planına konulan tahkim koşulu, ileride çıkacak tüm çekişmeleri kapsamaktadır. Oysa tahkimin belirli çekişmeleri kapsamaması, yani konusunun belirli ve sınırlı olması gerekir. Dayanılan tahkim sözleşmesi bu koşulu taşımadığından hukuki bir sonuç doğurmaz.” Yargıtay 5. HD 23.01.1989 tarih ve 9902/831 E K sayılı kararı: CORPUS.

³⁵³ “TK'nun 1110/1.maddesi uyarınca, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konişmento esastır. Dosyada mevcut 25.11.1999 tarihli üç adet konişmentoda yer alan taşıma mukavelesi ek şartlarına göre, bu sözleşmeden doğan her türlü ihtilafın Rusya Sanayi ve Ticaret Odasındaki Denizcilik Komisyonunda çözümleneceğini belirtilmiş olup, gönderilen konişmentoyu ciro ile alıp, bunu ibrazla yükü teslim almada kullandığı anda, konişmentonun şartları ile de bağlanmış olur, tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin 3.şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konişmentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edemez, konişmentoda yer alan tahkim şartı böylece gönderileni bağlayacağı gibi, TK'nun 1361. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlar. Mahkemece, kararın gerekçesinde Çarter Party'e atıf bulunmadığı belirtilmiş ise de, dosyada mevcut Çarter Party'nin

Hukuk mahkemesine açılan bir davada mahkemece yapılan ilk incelemede davanın mecburi tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiği kanaatine ulaşırsa dosyanın kanunda açıkça belirtildiği hallerde zorunlu hakeme gönderilmek üzere görevsizlik kararı vermelidir³⁵⁵. Yine açılan bir davada ilk itiraz olarak davalı tarafından tahkim itirazının ileri sürülmesi halinde mahkemece öncelikle tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, var ise sözleşmenin tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hususta yapıp yapmadıkları ve tahkim sözleşmesinin usulüne uygun olup olmadığı incelemeli ve tahkim sözleşmesinin usulüne uygun olarak yapıldığı ve tahkim sözleşmesine konu hususların tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olduğu kanaatine varırsa tahkim şartı gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar vermelidir³⁵⁶. Tüm bu hususlar gözetilmeden karar verilmesi eksik inceleme ile verileceğinden hatalı olacaktır.

12.4.2000 tarihini taşıyıp, davaya konu uyumsuzlukla bir ilgisinin saptanamamış olması karşısında, konişmentoda yer alan tahkim şartı uyarınca, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve hatalı gerekçe ile işin esasına girilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD 06.05.2002 tarih ve 216/4357 E K sayılı kararı: CORPUS; “Davacı taraf, iş bu davadan önce Kadıköy 3.Asliye Ticaret Mahkemesi’nde derdest olan 1998/500 esas sayılı dava dosyasında aynı maddi ve hukuki vakıalara dayanarak kısmi dava açmış olup, davalı vekilince, davaya verilen yanıtta tahkim itirazında bulunulmamıştır. Huzurdaki temyize konu davada ileri sürülen maddi ve hukuki vakıalarda aynı nitelikte olup, kısmi dava dışı bırakılan bakiye alacağa ilişkindir. Davalı tarafça HUMK.nun 45/2 ve 187/5.maddeleri uyarınca ilk itirazda bulunularak birleştirme istenmediğine göre, ilk dava, ek dava açısından bekletici sorun oluşturur. Zira kısmi davada verilecek karar ek dava için kesin hüküm veya kesin delil teşkil edecektir. Bu değerlendirmenin öteki sonucu da, kısmi davada ileri sürülmeyen ilk itirazlar, ek davada davacı yararına usulü kazanılmış hak teşkil edecektir. Davalı, kısmi davada tahkim itirazında bulunmadığına göre ek dava için bu husus davacı yararına usulü kazanılmış hak oluşturmuştur. Bu durumda davalı tarafın tahkim itirazının reddine karar vermek gerekir iken yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. HD 13.09.1999 tarih ve 5412/6635 E K sayılı kararı: CORPUS.

³⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s.728.

³⁵⁵ “Mahkemece, tarafların sıfatı ile 3533 Sayılı Kanunun 1 ve 4. maddeleri hükümleri dikkate alınarak uyumsuzluğun hakemde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 3.HD 05.04.2004 tarih ve 2678/3180 E K sayılı kararı: CORPUS.

³⁵⁶ “Dava konusu olayda da, davalı taşıyan konişmentodaki tahkim şartına dayanarak davanın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiğini, mahkemeye itirazını bildirmiş, davacı taraf ise buna karşı müvekkilinin sadece gönderilen sıfatını değil, ayrıca taşıyan sıfatını da taşıdığını ve taraflar arasında düzenlenen navlun sözleşmesinde bu yolda bir tahkim şartı bulunmadığını açıklayarak buna ilişkin belgelerini mahkemeye ibraz etmiş bulunmaktadır.-Bu durum karşısında mahkemece, davacının bu yöndeki açıklama ve iddiası, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde incelenip değerlendirilmeden, sadece konişmentodaki tahkim şartına dayanılarak görevsizlik kararı verilmesi *noksan inceleme*ye dayalı olmakla, kararın bozulması gerekmiştir” Yargıtay 11 HD 06.05.1999 tarih ve 8975/3722 E K sayılı kararı: CORPUS.

B-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA ÖNEMLİ USULE AYKIRILIĞA NEDEN OLMALIDIR

İlk derece mahkemesince verilen kararda önemli usul ihlalinin yapılmış olması bozma nedenidir. Önemli usule aykırılıklar, toplum veya tarafların yararlarını zedeleyen aykırılıklardır. Kararın adalete uygun olmaması halinde de, verilen kararlar önemli usule aykırılıkları içerir. Eksik inceleme ve araştırma ile verilen karar adalete uygun değil ise bu kararda da önemli usule aykırılıklar söz konusudur.

Bir karar, usule aykırılığı yapısında barındırmasına rağmen, adalete uygun ise basit usule aykırılıklardan söz edilebilir. Karar, eksik inceleme ve araştırma ile verilmesine rağmen sonuçta adalete uygun ise, basit usule aykırılıklar söz konusudur. Basit usule aykırılıklarda yeniden yargılama yapılmasında herhangi bir yarar olmadığından verilen karar onanmalıdır (m. 428/II)³⁵⁷.

Mahkemenin usulüne uygun olarak oluşmamış olması, kararın çekinmesi gereken veya hakkında ret talebi kabul edilmiş olan bir hakim tarafından verilmiş olması, vekil, kanuni mümessil sıfatı olmayan kişiler huzuruyla davaya bakılmış ve hüküm verilmiş olması, sebep mevcut olmadığı halde yargılamanın gizli veya açık yapılmış olması, duruşma tutanaklarının ve kararın hakim veya zabıt katibi tarafından imza edilmemiş olması, hükmün gerekçesiz olması, mahkemece tarafların iddia ve savunma haklarının ihlali, dava şartlarının bulunmaması, tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan dava ile ilgili birbirine çelişik kararlar verilmesi mutlak temyiz sebebi oluşturan usule aykırılıklardır. Belirtilen hususlarda eksiklik olması durumunda yapılan usule aykırılığın kararı mutlaka etkilediği kabul edilmekte ve karar bozulmaktadır. Çünkü buradaki temyiz nedenleri ağır usule aykırılık içerirler. Kamu düzenine ilişkindirler. Her zaman göz önüne alınırlar. Burada yapılan usule aykırılık hiçbir şekilde mazur görülemez, iyileştirilemez ve bu ihlallerden vazgeçilemez. Bu hallerde, ilgili usul kuralının yanlış uygulanması ile hüküm arasında bir illiyet bağının var olduğu farzedilerek hüküm bozulur³⁵⁸.

Önemli usule aykırılık oluşturan nisbi temyiz sebeplerine gelince; mutlak temyiz nedenleri dışındaki hallerde, usul kurallarına aykırılığın temyiz nedeni oluşturabilmesi için, usule aykırılığın verilen kararı değiştirebilecek nitelikte olması gerekir (m.428/II). Yani, usule aykırılık olmasaydı, karar başka türlü olacak idi ise, bu

³⁵⁷ Akcan s.165.

³⁵⁸ Akcan s.52 vd.

hal temyiz nedeni olarak kabul edilebilir ki bunlara nispi temyiz nedenleri denir³⁵⁹. Eksik inceleme ve araştırma ile nispi temyiz sebebi oluşturan önemli usule aykırılıklara; gerekli olduğu halde bilirkişi incelemesi yaptırılmadan hüküm verilmiş olması³⁶⁰; mahkemenin aralarında bağlantı bulunmayan davaların birleştirilmesine karar vermesi üzerine, davaları birlikte inceleyip hükme bağlayarak, davaların daha iyi incelenmesini önlemesi³⁶¹; iki tarafın da duruşmaya gelmemesine rağmen, tarafların yokluğunda yargılamaya devam edilerek davanın hükme bağlanması³⁶², istinabe konusu işlemin yapılacağı duruşma günü ve saati taraflara bildirilmeden, onların yokluğunda yapılmış olması; istinabeye başvurulmasında davalı vekili çağrılmadan tanığın ifadesinin alınması; yetki itirazının incelenmemesi; tarafların yokluğunda keşif yapılması; davalının yokluğunda yargılamaya devam edilerek tanık dilenmesi örnek gösterilebilir.

Yargıtay sonucu etkileyen usul hatalarının varlığı halinde diğer temyiz nedenlerinin incelenmesine gerek olmadığını bu nedenle yeniden yargılama yapılmasını ve yapılan usul yanlışlığının giderilerek yeniden hüküm kurulmasını kabul etmektedir³⁶³.

Eksik inceleme ve araştırma ile basit usule aykırılık sonucu doğuran kararlara davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin davanın reddine karar vermiş olması; mahkemenin davaların ayrılması veya birleştirme talebinin reddi kararının yanlış

³⁵⁹ Akcan s.132.

³⁶⁰ "...Davacı davasında muvazaa iddiasına dayanmış, davalı ise takibinin gerçek bir alacağın teminat altına alınması amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür. Bu durumda ispat külfetinin davalıda olduğu ve davalının alacağının gerçek bir hukuki ilişkiye dayandığını sonradan düzenlenmesi mümkün olmayan ve birbirini doğrulayan delillerle ispatlaması gerektiği gözetilerek, taraflara iddia ve savunmaları ile ilgili delillerini ibraz olanağı sağlanmalı; yapılan ödemelerden sonra davalının takibinin hangi miktar borç için devam ettiği konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. **Eksik incelemeyle** yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmüştür." Yargıtay 19.HD 08.07.2004 tarih ve 6717/8139 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁶¹ Bkz:Yargıtay 10.HD 25.05.1992 tarih ve 1457/5869 E K sayılı kararı:YKD 1992/12 s.1872-1873.

³⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz s.532; Ulukapı s.174; Kuru-El Kitabı s.668; Kuru-Usul c.V s.4546-4547;Yargıtay 11.HD 12.06.1989 tarih ve 6244/3426 E K sayılı kararı:İKİD 1989/347 s.6830-6831 (Akcan s.154'den naklen)

³⁶³ "1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, ad ve soyadı davaları ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde görülür. Bu, kanunla belirlenmiş özel bir yetki hükmü olduğu cihetle resen dikkate alınır. -Davacı, avukata verdiği Mudanya Noterliği'nce düzenlenen 01.09.2004 gün ve 8257 yevmiye numaralı vekaletnamede ikametgah adresini Osmangazi-Bursa olarak belirtmiş olduğuna göre Mudanya Asliye Hukuk Mahkemesi yetkili değildir. -Bu durumda davaya Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılacağından davanın yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm tesisi doğru görülmüştür. -SONUÇ : Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin..." Yargıtay 18.HD 29.03.2005 tarih ve 1878/2939 E K sayılı kararı:MEŞE.

olmasına rağmen hükmün diğer yönlerden doğru olması; birleştirilen davalar hakkında bağlantı olmamasına rağmen verilen hükmün doğru olması örnek gösterilebilir.³⁶⁴

Kararda, toplum veya taraf yararları zedelenmemiş ise, basit usule aykırılıklar dolayısıyla kararın bozulmasında bir hukuki yarar yoktur³⁶⁵. Öğreti ve Yargıtay kararlarında da, hükmün sonucunu etkilemeyen usule aykırılıkların bozma nedeni olarak görülmesinde bir yararın olmadığı kabul edilmektedir³⁶⁶.

C-EKSİK İNCELEME USUL EKONOMİSİNİ İHLAL ETMELİDİR

Hukuk yargılamasının amacı olan “adaletli karar”, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıran ve böylece toplumsal barışı sağlayan karardır. Böyle bir karara; ucuz, basit, çabuk varan ve usulüne uygun olarak yapılan yargılama, adil bir yargılamadır. Diğer bir anlatımla, ancak böyle bir yargılama usul ekonomisi ilkesine uygun bir yargılamadır ve usul ekonomisi hukuk yargılamasının amacının gereklerine hizmet eder³⁶⁷. Hukuk yargılamasının amacına uygun olan bir yargılama ile taraflar arasındaki uyuşmazlık maddi gerçekliğe uygun olarak ortadan kaldırılmalı ve boş yere yeni davalar açılmasına engel olunmalıdır. Kamu yararı da bunu zorunlu kılmaktadır³⁶⁸.

Eksik inceleme ve araştırma ile verilen karar usul ekonomisini ihlal etmişse bozma nedenidir. Mahkemelerin adaletli karar vermelerinde maddi ve hukuki duruma uygun, çabuk ve ucuz bir şekilde davayı sonuçlandırmaları önemli rol oynar³⁶⁹. Çiğnenen veya çiğnenmesi mümkün bulunan hakkın, en az giderle en kısa sürede en az

³⁶⁴ Kuru-El Kitabı s.780-781; Akcan s.166; Kuru/Arslan/Yılmaz s.584.

³⁶⁵ “Kamulaştırmasız elatma nedeniyle tazminat davası ile kamulaştırma bedelinin artırılması davası, ayrı ayrı uygulama usulüne tabi davalar olmakla, birlikte açılmaz. Ancak HUMK’nun 428/son maddesi uyarınca bu kurala aykırı hareket edilmesinin bozma nedeni teşkil etmesi için esasa etkili olması gerekir. Dava dosyasında esasa etkili bir husus mevcut olmadığından davaların birlikte açılmış yargılamanın da birlikte yapılmış olması bozma sebebi sayılmamıştır” Yargıtay 5. HD 21.09.1992 tarih ve 15056/19529 E K sayılı kararı:1993/1 s.25-26; “Hükmün sonucunu etkilemeyen usul yanlışlıkları bozma sebebi sayılmaz (HUMK m.428/son). Aksi halde, sırf şekle dayalı ve hükmü değiştirmeyen usul yanlışlığı yüzünden kararın bozulması uyuşmazlıkları uzatmaktan başka işe yaramaz. İşte kanun koyucu bu amaçla, yararsız uzatmaları önlemek için bu tür usul eksikliğini bozma sebebi kabul etmemiştir. Yapıldığı ileri sürülen usul yanlışlığı, son oturumda davacıya söz verilmeden duruşmanın bitirilmiş olmasından ibarettir. Az önce belirtildiği üzere, bu eksiklik olmasa idi, temyize konu olandan başka bir hüküm verilmesi mümkün olacak idi ise, bu takdirde, usul yanlışlığı sebebiyle hükmün bozulması gerekir. Oysa, dosyadaki deliller ve özellikle Adli Tıp Meclisi’nin doyurucu ve ayrıntılı raporu karşısında muhbir tarafa son oturumda söz verilmiş olsa idi bile, isteğin reddi gerekeceği için bu yöne değinen temyiz isteği yerinde değildir” Yargıtay 2.HD 22.04.1982 tarih ve 2092/3666 E K sayılı kararı:YKD 1983/1 s.36-37.

³⁶⁶ Arslan s.181; Üstündağ s.839; Karafakih s.258; Yargıtay 4. HD 20.12.1979 gün ve 11191/14355 E K sayılı kararı: YKD 1981/3 s.291.

³⁶⁷ Yılmaz-İslah s.45.

³⁶⁸ Yılmaz-İslah s.48.

³⁶⁹ Akcan s.289.

zorlukla sağlanmasına ilişkin ilkeye usul ekonomisi denir (m.77)³⁷⁰. Davaların, sonuçta elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıracak kadar uzaması sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmaz

İslah ile iddianın ve savunmanın genişletilmesi mümkün iken, hakimin usul ekonomisine aykırı olarak ıslah ile iddia ve savunmanın genişletilmesine izin vermemesi eksik inceleme ve araştırmadır.

Usulüne uygun olarak yapılmış davaya son veren usul işlemi olmasına rağmen, davaya son verilmemesi usul ekonomisine aykırıdır ve eksik inceleme ve araştırmadır.

Bilirkişi seçilirken konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmaması usul ekonomisine aykırıdır. Hakim, bilirkişiye giderken bu ilkeyi gözönünde bulundurmalı ve gereksiz masraf yapılmamasına özen göstermelidir. Bilirkişi kuruluna seçilecek olanların sayısında ve bilirkişi seçiminde gerekli özen yeni bilirkişilere başvurulmasını önleyecektir³⁷¹. Belirtilen ilkeler gözetilmeden bilirkişiden rapor alındıktan sonra alınan raporun olaya ve oluşa uygun olmaması ve hüküm kurmaya yeterli olmaması durumunda yeniden rapor alınması zorunlu olduğundan bu usul ekonomisine aykırı olacaktır.

Bekletici sorun yapılması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile bekletici sorun yapılmaması usul ekonomisine aykırıdır³⁷².

Davalar arasında hukuki ve fiili irtibatın bulunması halinde davaların eksik inceleme ve araştırma ile birleştirilmemesi veya aralarında bağlantı olmayan davaların eksik inceleme ve araştırma ile birleştirilerek sağlıklı olmayan çözüme ulaşılmaya çalışılması usul ekonomisine aykırıdır.

D-EKSİK İNCELEME TARAF VEYA TOPLUM YARARLARINA ZARAR VERMELİDİR

Hukuk yargılamasının amacı adaletli (doğru) karar vermektir³⁷³. Adaleti, herkesin hakkını tanıma; karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge olarak tanımlayabiliriz³⁷⁴.

³⁷⁰ Yılmaz-İslah s.47.

³⁷¹ Yılmaz-Bilirkişilik s.19

³⁷² Akcan s.299.

³⁷³ Yılmaz-İslah s.6 vd.

³⁷⁴ Yılmaz-Sözlük s.24.

Adaletli karar, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıran ve sonuçta toplumsal barışı sağlayan karardır. Yani, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıran ve böylece toplumsal barışı sağlayan kararın ucuz, basit, çabuk, usulüne uygun olarak verilmesi adil bir yargılama olacaktır³⁷⁵. Hukuk yargılamasının amacına uygun bir yargılama ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın maddi gerçekliğe uygun olarak ortadan kaldırılması ve gereksiz yere yeni davaların açılmasına engel olunmasını sağlar³⁷⁶. Yargılamanın objektif hukuka, maddi gerçekliğe ulaşmayı amaçladığı asla gözden uzak tutulmamalıdır. Mahkemece verilen karar adil ve maddi gerçeklere uygun olmalıdır. Hakim kararlarında hayatın normal akışını ve içinde bulunduğu toplumun ekonomik ve kültürel niteliklerini de düşünerek tarafların yararlarını hak ve nesafet ölçüleri içinde bağdaştırmak durumundadır³⁷⁷.

Mahkemece verilecek kararlarda kişilerin ve toplumun adalet duygularının tatmin edilmesi gerekir. Eksik inceleme ve araştırma ile kişilerin ve toplumun adalet duygularını tatmin etmeyen kararların bozulması gerekir.

Eksik inceleme ve araştırma ile verilen hatalı kararların bozulmaması sonucu taraflar arasında kesin hüküm niteliğini kazanması, bunların ortadan kaldırılması tarafların adalet duygularını zedeler ve toplumda hukuki istikrar, barış ve güvenlik sağlanamaz³⁷⁸.

Mahkeme kararlarının, doğru, maddi gerçeği yansıtıcı nitelikte olması gerekir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için avukatların, hakimlerin ve halen yürürlükte olan mevzuatımıza göre denetim mercii olan Yargıtay'ın gerekli özeni göstermesi gerekir.

Eksik inceleme ve araştırma ile toplumun ve tarafların adalet duygularını tatmin etmeyecek şekilde verilen mahkeme kararları Yargıtay tarafından bozulmaktadır.

E-MADDİ HUKUK KURALLARINA UYULMAMASI GEREKİR

Hukuk kuralının yanlış uygulanması, uygulanması gereken kuralın hiç yada gereği gibi doğru bir şekilde uygulanmaması, hukuk kurallarına aykırılık oluşturacağından temyizde denetimi gerekecektir. Hatalı kanun uygulaması, bu hukuk kuralının soyut kanuni unsurların hatalı şekilde ele alınması, yorumlanması tespit edilen somut vakıalara, uygulanması gereken bir normun kanuni unsurlarının hiç uygulanmaması veya uygulanmaması gereken bir normun kanuni unsurlarının

³⁷⁵ Akcan s.245.

³⁷⁶ Yılmaz-Islah s.6; Yılmaz-Adalet s.57.

³⁷⁷ Akcan s.245.

³⁷⁸ Akcan s.245.

uygulanması, kabul edilen maddi iddialar ile dosyanın içeriğinin birbirine aykırı biçimde ortaya çıkabilir³⁷⁹.

Ülkemizde henüz istinaf mahkemeleri faaliyete geçmediğinden, halen ilk derece mahkemesince verilen kararların hukuka uygunluk denetimini yapan Yargıtay Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428/V'te belirtilen "meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi" hükmünü gerekçe göstererek delilleri üst derece mahkemesi gibi incelemektedir³⁸⁰.

Maddi hukuka ilişkin bir hukuk kuralının yanlış uygulanmış olması halinde, bu yanlış uygulanma ile verilen karar arasında illiyet bağıını belirlemek kolaydır. Bu hususta güçlük ortaya çıkmamaktadır. Maddi hukuka ilişkin aykırılıklarda illiyet bağıının varlığını gerekçeden çıkarmak mümkündür. Gerekçeden kararın verilmesinde rol oynayan ve olaya uygulanan maddi hukuka ilişkin kurallar ile, doğru bir sonuca ulaşıp ulaşılamayacağını belirleyebiliriz. Örneğin, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu veya Ticaret Kanununa ilişkin bir hukuk kuralının yanlış uygulanması durumunda bu yanlış uygulama ile verilen karar arasındaki illiyet bağıını belirlemek zor değildir. Mahkemenin davranışı, verilen kararın yanlış veya eksik olmasına yol açmış ise, bu bir bozma nedenidir. Kanunun doğru uygulanması durumunda, karar başka türlü olmakta ise illiyet bağıının varlığı kabul edilir³⁸¹. Kanunun ve taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması maddi hukuka ilişkin temyiz sebebidir (m.428/I)³⁸². Maddi hukuk kuralının yanlış uygulanması kararı mutlaka etkileyecektir³⁸³.

Bu konuda şu örnekleri verebiliriz:

Yargıtay kamulaştırılan taşınmazın amacına uygun olarak kullanılmaması nedeniyle geri alımına ilişkin olarak açılan davada; kamulaştırma bedelinin kesinleşme tarihinden itibaren 5 yıl içinde kamulaştırma amacına uygun işlem yapıp yapılmadığı hususu araştırılmadan eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulmasının usul ve kanuna uygun olmadığını kabul etmektedir³⁸⁴.

³⁷⁹ Akcan s.30.

³⁸⁰ Bkz:Yargıtay HGK 17.05.1967 tarih ve 8-277/257 E K sayılı kararı:RKD 1967/6 s.94 vd. (Akcan s.32'den naklen).

³⁸¹ Akcan s.48.

³⁸² Alongoya-Usul II s.39.

³⁸³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.495; Akcan s.48. Kuru-Usul c.V s.4536.

³⁸⁴ Bkz:Yargıtay 5.HD 24.01.2006 tarih ve 14298/269 E K sayılı kararı:MEŞE.

İş kazalarında hukuk hakiminin işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili kazanın meydana geldiği iş kolunda uzman bilirkişiden kusur oranını tespit eder şekilde rapor almadan hüküm kurması eksik inceleme ve araştırmadır³⁸⁵.

Taraflardan birinin aralarındaki sözleşmenin niteliği hususundaki savunmasının araştırılmaması eksik inceleme ve araştırmadır³⁸⁶. Tarafların arasındaki hukuki ilişkinin sağlıklı bir şekilde tespit edilmesi uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından son derece önemlidir. Bu nedenle hukuk hakimi gerek tarafların sözlü olarak, gerekse yazılı olarak bildirdikleri davanın diğer tarafı ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği ile ilgili beyanlarını irdelemeden hüküm kurmamalıdır.

Eksik inceleme ve araştırma ile maddi hukuka ilişkin bir kararın uygulanmaması, yanlış uygulanması veya eksik uygulanması nispi temyiz nedeni oluşturacağından bozma nedenidir.

§3-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASININ NEDENLERİ

A-DAVA SAYISININ VE DOSYALARININ ÇOK OLMASI

Hukuk hakimleri tarafından eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulmasının pek çok nedeni vardır. Bunların başında iş çokluğu ve hakim sayısının azlığı gelir³⁸⁷. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre 31.12.2004 tarihi itibarıyla hukuk mahkemelerindeki toplam dava sayısı 2.116.746; ceza mahkemelerinde ki 2.888.958 toplam 5.005.704'dür³⁸⁸. Halen kürsüde görev yapan bir hakime düşen dava sayısı ise yaklaşık 1500 dür. İş yükünün çok az olduğu bölgelerde görev yapan hakimlerin daha az sayıda işe baktıkları gözetildiğinde iş yoğunluğunun fazla olduğu yerlerde hukuk hakimleri Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği yıllık bakılması gereken dava sayısının neredeyse on katı davaya bakmaktadırlar. Bu nedenle hukuk hakimleri iş yoğunluğunun fazla olduğu yerlerde duruşmaya hazırlık tutanağı düzenledikten sonra duruşmaya hazırlık tutanağında yazdıkları ara kararlarını takip ederek duruşmalara çıkmak zorunda kalmaktadırlar.

³⁸⁵ Bkz:Yargıtay 10. HD 10.02.2005 tarih ve 11599/1019 E K sayılı kararı: MEŞE.

³⁸⁶ "...Bu savunma karşısında DSİ Genel Müdürlüğü ile anılan şirket arasında eser sözleşmesi olup olmadığının saptanması yönünden anılan sözleşme celbedilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken *eksik inceleme ve araştırma ile...*" Yargıtay 17.HD 28.12.2004 tarih ve 6630/14253 E K sayılı kararı:MEŞE.

³⁸⁷ Yılmaz-Adalet s.66.

³⁸⁸ www.adli-sicil.gov.tr/ISTATIST.HTM.

Bugün hakim sayısındaki azlık ve iş yükünün fazlalığı nedeniyle hakimlerin meslek içi eğitimleri yapılamamaktadır. Zira, böyle bir eğitimin yapılması halinde, hakimler düzenlenen kurslara katılmak durumunda olacaklarından, işlerinin başından ayrılacaklardır. Oysa onların yerine yargılamayı kesintisiz sürdürecektir “ikame hakimlerimiz” bulunmamaktadır. Meslek içi eğitim, hakimlerimiz için, çağdaş hukuku takip etmeleri ve bilgilerini yenileme ve tazelemeleri için şarttır³⁸⁹.

Kürsüde görev yapan hakimlerin en azından iki katına çıkartılması gerektiğine inanıyoruz. Bunun sağlanması halinde bir hakim halen bakmak durumunda kaldığı davanın yarısına bakacaktır. Bugün 1000-1500 davaya bakan hakimin, her uyuşmazlık üzerinde yeterince hazırlanabildiğinden söz etmek pek mümkün değildir. Bu nedenle hukuk hakimlerince verilen kararların bir çoğu eksik inceleme ve araştırma sonucu verilmekte ve adaletin gerçekleşmesi gecikmektedir. Dava sayısının makul düzeylere indirilmesinin sağlanması halinde verilecek adalet hizmeti bugüne oranla daha sağlıklı olacaktır³⁹⁰.

B-HUKUK HAKİMLERİN GEREKEN ÖZENİ GÖSTERMEMESİ

Özel hukuk yargılamasında; olay ve vakıalarla ilgili delilleri getirme tarafların görevidir. Bu nedenle hukuk hakimleri hukuk davalarında pasif durumdadırlar. Buna karşılık tarafların sunduğu delilleri, olaylara ve nesnelere ilişkin anlatımlarını ve somut görünümelerini uzman kişilerin açıklamalarını, yetkilerini kullanarak hukuki sonucu belirlemek hukuk hakiminin görevidir³⁹¹. Hukuk hakimleri çözmekle yükümlü oldukları uyuşmazlıklarla ilgili olarak tarafların ve toplumun adalet duygularını tatmin eder şekilde karar vermek için gerekli özeni göstermelidirler. Unutkanlık, umursamazlık, özensizlik, sonucu ya da bilinçli olarak delillerin hiç veya yeterince toplanmadan karar verilmesi tarafların ve toplumun adalet duygularını zedeleyecektir.

Delillerin değerlendirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.240 gereğince kural olarak hakime aittir. Alman öğretisi ve yüksek mahkeme uygulamasında “hakimin kanıtları değerlendirme ilkesinin bilirkişilere bırakılmasının hakim yetkili olduğu ve asli görevini oluşturan hüküm verme eyleminin bilirkişilere devredilmiş sayılacağı özellikle vurgulanmaktadır³⁹². Hukuk hakimi delillerin değerlendirilmesini yaparken tanık ve tarafların açıklamaları, her türlü belge ve diğer

³⁸⁹ Yılmaz-Adalet s.68.

³⁹⁰ Yılmaz-Adalet s.67.

³⁹¹ Aşçıoğlu s.147.

³⁹² Aşçıoğlu s.150.

yardımcı araçlar ve bilirkişilerden elde ettiği teknik bilgileri değerlendirerek vakıaları belirlemelidir³⁹³.

Uygulamada hukuk hakimleri iş yoğunluğunun fazla olması nedeniyle dava dosyasındaki tüm delillerin değerlendirilmesini tarafsızlıklarını ve hakkaniyet kavramını tehlikeye sokacak derecede bilirkişilere bırakmakta ve bilirkişi görüşünün alınması gereken konularda bilirkişiden alınan raporu dosyadaki diğer bilgi ve belgeler ile denetlenmemekte ve bilirkişinin görüşlerini kararlara olduğu gibi gerekçe yapmaktadırlar³⁹⁴.

Yine uygulamada hakimler, dava dilekçesinin kendilerine intikalinden hemen sonra tensip kararı vererek tarafları duruşmaya davet etmekte ve bunun için yazılı yargılama yöntemi bakımından “dilekçelerin tebliği” aşamasını dahi beklememektedirler. Oysa, önce dilekçelerin karşılıklı tebliğinin bitirilmesi, hakim bunları inceleyip değerlendirmesi ve bundan sonra tarafların duruşmaya çağrılmaları, pek çok açıdan daha pratik ve davaların uzamasını engelleyecek ve tarafları yada vekillerini (çoğu kez gözlemlendiği üzere) “boşyere” mahkemelere gidip gelme zahmetinden de alıkoyacak bir yöntemdir. Bu arada hakim davanın usule ilişkin yönlerini de (örneğin, dava şartlarını, zamanaşımının bulunup bulunmadığını vb) incelemiş olacağından dava hakkında çok kısa zamanda karar verebilme imkanı elde etmiş olacaktır³⁹⁵.

Hukuk yargılamasında da insan unsuru çok önemlidir. Unutulmamalıdır ki, en iyi kanunlar kötü hukukçunun elinde en kötü kanun; en kötü kanunlar iyi hukukçunun elinde en iyi kanunlar haline gelir. Bu nedenle hukuk hakimleri dava hakkında tam bilgi sahibi olmadan duruşma günü tayin etmemeye özen göstermelidir³⁹⁶. Hakim davaya iyi bir şekilde hazırlanmalı tarafların hangi konularda çekişme içinde bulduklarını,

³⁹³ “Trafik kaza raporunda davacı aracının sürücüsünün kavşağa kontrolsüz ve hızlı girdiği tespit edildiği gibi, davalı tanıkları da davacının aracının hızlı gittiğini ifade etmişlerdir. Bilirkişi raporunda, davacı aracının hızı tartışılmadan davacı aracının yolun sağına kaçmasına rağmen sol ön kısmından çarpıldığı kabul edilerek tüm kusurun davalıda olduğu bildirilmiştir. Yetersiz rapora dayanılarak hüküm kurulması bozmayı gerektirir” Yargıtay 4.HD 11.10.1983 tarih ve 762/8311 E K sayılı kararı:Aşçıoğlu s.153.

³⁹⁴ “Resimlerden ve tanık beyanlarından davacının kontrolsüz kavşağın üçte birini geçtikten sonra çarpışmanın meydana geldiği anlaşılmasına rağmen; bu husus bilirkişi raporunda tartışılmamıştır. Diğer taraftan araçların olay anında hızlarının olaya etkisi üzerinde de durulmamıştır. Çarpışma şekli, meydana gelen hasarların kapsamı davalının aracının hız sınırının üstünde bulunduğunu gösterir niteliktedir. Davalının olaydan dört beş saat sonra alınan raporda, hafif derecede alkollü olduğunun tespit edilmesi onun, olay sırasında oldukça alkol almış olduğunun kanıtıdır. Davalının bu halinin kazaya etkisi incelenmemiştir. Görülüyor ki, davacıya %75 davalıya %25 kusur veren bilirkişi raporu hüküm vermeye yeterli değildir” Yargıtay 4.HD 29.12.1983 tarih ve 9355/10504 E K sayılı kararı:Aşçıoğlu s.153.

³⁹⁵ Yılmaz-Adalet s.69.

³⁹⁶ Akcan s.355.

hangilerinde uyuştuklarını belirlemelidir. Çekişmesiz hususlarda, araştırmaya gerek olmadığından; araştırmanın daha çok çekişmeli konulara yöneltilmesi gerekir. Hukuk hakiminin esasa girmeden önce davanın başında, dava şartlarını kendiliğinden incelemesi, bunlardan birinin olmadığı kanısına varırsa davayı esasa girmeden reddetmesi gerekir. Hukuk hakiminin genel mahkemede görülmekte olan ve hüküm verilebilecek bir aşamaya gelmiş bir davada, dava şartlarından birinin olmadığını farkederek davanın reddine karar vermesi adalete ve usul ekonomisine aykırı olur ve o zamana kadar boş yere uğraşmış olur³⁹⁷. Bu şekildeki kararlar ise, kamu vicdanını ve adalet duygularını rencide edeceğinden hukuk hakimlerinin yargılamanın tüm aşamalarında gerekli özeni göstermeleri ve eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurmamaları gerekir.

Hukuk hakimleri delillerin toplanmasında, değerlendirilmesinde ve irdelenmesinde gerekli özeni göstermelidir. Örneğin tarafların delil listesinde bulunan tanıkların dinlenilmemesi, çözümlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hususta uzman olmayan bilirkişiden rapor alınması eksik inceleme ve araştırmadır. Halen yürürlükte olan mevzuatımıza göre nispi temyiz sebebi oluşturur. Belirtilen bozma sebebi hukuk hakiminin özensiz davranışı sonucu gerçekleştiğinden uyuşmazlık makul sürede ve en az giderle çözülemeyecektir.

Usul işlemlerinin kural olarak belirli şekillere uygun olarak yapılması gerekir. Bu kurallara uyulmaması işlemin geçerliliğini etkileyebilecektir³⁹⁸. Hukuk hakimleri dava dilekçesinin havale edilmesinden dosyanın kesinleşmesine kadar usul hukukunun ve maddi hukukun kendisine yüklediği sorumlulukları eksiksiz yerine getirmeli ve uyuşmazlığın makul sürede, en az giderle, hakkaniyete ve adalete uygun bir şekilde çözümlenmesi için gerekli olan özeni göstermelidir.

C-HUKUK HAKİMLERİNİN YETKİLERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Mesleğe başlayan hakimlere iş ve kadro durumu gözetilerek atandığı yerde uygun görülen mahkemeye bakmak müstemir yetkisi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca verilir.

2802 sayılı kanunun 36.maddesine göre hizmet gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgilinin talebine göre adli yargıda hakim olarak görev yapan bir kişinin adli yargıda Cumhuriyet Savcısı olarak görevlendirilebileceği düzenlemesi yer

³⁹⁷ Akcan s.303.

³⁹⁸ Akcan s.179.

almaktadır. Yine adli yargıda hukuk hakimi olarak görev yapan hakimin hizmet gerekleri, teşkilatın ihtiyaçları ve ilgilinin talebi üzerine yetkisinin ceza hakimi olarak değiştirilmesi mümkündür.

Hukuk hakimlerinin yetkilerinin tayin dönemlerinde sürekli değişmesi; hukuk ve ceza yargılamasının tamamen farklı usul ve esaslar içermesi nedeniyle, yargılamanın uzamasına neden olmakta ve eksik inceleme ile verilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Hukuk hakimlerinin adaletli bir karar vermeleri için davaya iyi hazırlanmaları ve uyuşmazlıkla ilgili bütün usul ve esaslardan haberdar olmaları gerekir. Her tayin döneminde yetkisi değişen bir hakimin tamamen farklı usul ve esaslar içeren ceza ve hukuk yargılaması ile ilgili olarak kendini geliştirmesi, değişen mevzuatı, öğreti ve uygulamayı takip edebilmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından verilen kararlar eksik inceleme ve araştırma sonucu verildiğinden tarafların ve toplumun adalet duygularını zedelemektedir. Hakimlerin tayinleri hazırlanırken sadece ilgililerin talepleri ile kadro durumu gözetilmemeli aynı zamanda hakimlerin önceki görev yerinde çalıştığı yetkide gözetilerek tayin karnameleri hazırlanmalıdır. Hakimlerinin yetkilerinin hizmet gerekleri ve ilgilinin talebi üzerine değiştirilmesi halinde verilen yetki ile ilgili olarak meslek içi eğitim verilmelidir.

D-TARAFLARIN VEYA VEKİLLERİNİN TUTUMLARI

Medeni yargılama hukukunda, eşit bireyler arasında, özel hukuktan doğan menfaat uyuşmazlıkları söz konusudur. Yani, bireyler arası eşit menfaat çatışması vardır. Bu uyuşmazlığa temel teşkil olayları, en iyi bilenlerin başında, hiç şüphesiz taraflar gelmektedir. O nedenle, uyuşmazlığa temel teşkil eden vakıaların ve onların delillerinin toplanmasında taraflara ağırlık vermek, işin niteliği gereğidir. Taraflar, genellikle kendi lehine, karşı taraf aleyhine olabilecek vakıaları mahkemeye bildirirler. Bu yolla, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan dava malzemesi, yine uyuşmazlığa neden olan olayları, en iyi bilen kimseler olarak taraflarca, mahkeme önüne getirilmiş olur. Gerçekten, dava malzemesinin toplanmasında taraflara, hakime oranla daha fazla yetki tanınması, davanın amacı olan maddi gerçeğe ulaşabilmek açısından yararlıdır; taraflar gerçeğin bulunmasında hakime yardımcı olabilirler ve olmalıdırlar. Hakimin dava konusu olayın tarihi gelişimini bilememesi ve mevcut iş yükü de dikkate alındığında söz konusu amaca hizmeti, taraflara oranla daha sınırlı olur³⁹⁹.

³⁹⁹ Alangoya-Delillerin Toplanması s.79-88.

Kanun, kural olarak tarafların usuli yükümlülüklerini belirtmemiş, çoğu zaman onların yargılamadaki davranışlarını sınırlamayı serbesti tanımıştır. Taraflar iddia ve savunmalarını doğru ve eksiksiz olarak ve vakıaların doğruluğu hakkında getirecekleri delilleri de mahkemeye sunmalıdırlar⁴⁰⁰.

Medeni kanunda⁴⁰¹ yer alan dürüstlük ilkesi genel bir hukuk ilkesi olup usul hukukunda da geçerlidir. Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, ahlaka ve örf adet kurallarına uygun davranma olarak açıklanabilir. Devletin yargı organları önünde yapılan yargılamanın temel kurallara uygun olması tabiidir. Bu mücadele her şeyin serbest olduğu bir yarış gibi görülemez. Özellikle usul kurallarının bir çoğunun emredici nitelikte olması, bu kuralların dürüstlük kuralına aykırı kullanılmaması sonucunu doğurur. Adil bir yargılama ve yine maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak davada dürüstlük temel kuralının korunması ile mümkün olur. Yine davaların sürüncemede bırakılmaması için de bu dürüstlük kuralının uygulanması gerekir. Dürüstlük kuralına uymak taraflar açısından bir yükümlülüktür⁴⁰². Taraflar davanın açılmasından bitirilmesine kadar üzerlerine düşeni yapmalıdır. Taraflara iddia ileri sürmek mahkemeye çıkmak, davasını savunmak ve ispatlamak gibi yükümlülükler yüklenmiştir. Taraflar, usul kurallarına uygun davranmalı, adaletin gerçekleşmesi için sorumluluğunun gereklerini yerine getirmeli, davaların uzamaması, doğru ve usule uygun kararların verilebilmesi için; kendilerine düşen ödevin bilincinde olmalıdır. Davada taraftan istenen, objektif ölçüde gerçeği sunmasıdır. Kötüniyetli kişi, somut olayda iddiasına uygunluk gösterdiği takdirde gerçekleri verebilir. Taraf, kendisi için, haksız bir kararın verilmemesine çalışmamalıdır. Usule uygun kararın verilmesi için gerekli özenin içinde olmalıdır⁴⁰³. Tarafların davayı geciktirmek, hakimin yanlış, eksik inceleme ve araştırma ile karar vermesini ve kararın Yargıtay'dan bozulmasını sağlamak için usulün kendilerine tanıdığı hakları kötüye kullanmaları dürüstlük kuralına aykırıdır.

Tarafların ve toplumun adalet duygularının bir an önce tatmin edilmesi amacıyla tarafların ve vekillerinin mahkemeye yardımcı olmaları gerekir. Tarafların veya vekillerinin; davaların sayısı ve niteliği itibariyle olağanüstü iş yükü altında çalışmak durumunda kalan hukuk hakimlerinin taleplerini incelemeyebileceğini

⁴⁰⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.264.

⁴⁰¹ Her ne kadar 'ta dürüstlük kuralına ayrıca ve açıkça yer verilmemiş ise de Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında özel yargılama usulüne hakim olan ilkeler sayılırken dürüstlük ilkesine de yer verilmiştir (HMK Tasarısı m.35).

⁴⁰² Pekcanitez/Atalay/Özekes s.264-265; Arslan s.78.

⁴⁰³ Akcan s.2-3.

düşünerek dosyanın bozulmasını sağlamak kastıyla hareket etmeleri dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Talepleri ile ilgili olumlu yada olumsuz bir karar verilmemesi halinde tarafların veya vekillerinin hukuk hakimlerini duruşma sırasında veya duruşma arasında yazılı dilekçe ile durumdan haberdar etmeleri eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmemesini sağlayacaktır.

E-YARGITAY KARARLARINDA DURUM

Halen yürürlükte olan mevzuatımızda Yargıtay kararlarının şeklinin nasıl olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle her daire kendine özgü bozma kararı şablonları oluşturmuş ve benzer eksiklikleri içeren ilk derece mahkemesi kararlarında aynı şablon kararlarını kullanmaktadır. Dolayısıyla her dairenin bozma kararında farklı bağlantı kavramları kullanılmaktadır.

Yargıtay bozma kararları incelendiğinde; bir kısmının dosyadaki bilgi ve belgelere göre davanın kabul edilmesi gerekirken reddedilmesi⁴⁰⁴ veya reddedilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmesi⁴⁰⁵ gerekçesiyledir. Bunun dışındaki Yargıtay bozma kararlarının hemen hepsi hukuk hakimlerinin eksik inceleme, araştırma, soruşturma ve yanlışlı değerlendirme ile karar vermesi nedeniyledir.

Yargıtay bazı kararlarında ilk derece mahkemesince mutlak temyiz sebebi oluşturan usule aykırılıkların bulunması halinde ilk derece mahkemesinin kararını “usul ve yasaya” aykırı hüküm kurulamayacağı gerekçesi ile bozarken; bazı kararlarında ise bu hususu “eksik inceleme ve araştırma” olarak niteleyerek bozma kararı vermektedir.

Usul ve kanuna aykırı hüküm kurulamayacağı bağlantı kavramı ile bozma kararına örnekler:

Görev, kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden resen gözetilmelidir. Bu hususun gözardı edilmesi mutlak bozma nedenidir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilerek dosyanın görevli kadastro

⁴⁰⁴ “...Hal böyle olunca, değinilen hükümle belirlenen olguların eldeki dava bakımından güçlü delil teşkil ettiği gözetilmek suretiyle,davanın kabul edilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir” Yargıtay 1.HD 17.12.2003 tarih ve 13238/13710 E K sayılı kararı:MEŞE;Aynı şekilde Bkz:Yargıtay 4.HD 13.05.2003 tarih ve 1647/6244 E K sayılı kararı:MEŞE;

⁴⁰⁵ “Hal böyle olunca,davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan ve hukuki dayanağı bulunmayan gerekçelerle davanın kabul edilmiş olması doğru değildir” Yargıtay 1.HD 04.12.2004 tarih ve 4789/6405 E K sayılı kararı:MEŞE; Aynı şekilde Bkz:Yargıtay 1.HD 17.05.2005 tarih ve 4476/6185 E K sayılı kararı:MEŞE;Yargıtay 6.HD 26.02.2004 tarih ve 989/1144 E K sayılı kararı:MEŞE;Yargıtay 11.HD 11.05.2006 tarih ve 5440/5560 E K sayılı kararı:TERAZİ 2006/3 s.134-135..

mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı biçimde hüküm kurulması **usul ve kanuna** aykırıdır⁴⁰⁶.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) gözönünde tutulur. Davada davalı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delil ile doğrulanmış bulunmasına göre mahkemece yapılacak iş, Türk Medeni Kanununun 405 ve Usul Muhakemeleri Kanununun 42.maddeleri uyarınca davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön mesele sayılması, gerekirse Türk Medeni Kanununun 462/8. maddesi uyarınca işlem yapılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir. Bu yön gözönünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında karar verilmesi **usul ve kanuna** aykırıdır⁴⁰⁷.

Eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulamayacağı bağlantı kavramı ile bozma kararına örnekler:

Davacılar tarafından davalı aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesine açılan elatmanın önlenmesi davası bölgeye kadastro girmesi nedeniyle Kadastro Mahkemesine gönderilmiştir. Dosyada dava konusu taşınmaz hakkında düzenlenen kadastro tutanağı bulunmamaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 26/4. maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu birlikte kadastronun başlaması genel mahkemelerin görevsizlik kararı vermesini gerektirmez. Genel mahkemelerce görevsizlik kararı verilebilmesi için davaya konu taşınmaz hakkında tutanağın düzenlenmesi zorunludur. Hal böyle olunca mahallinde keşif yapılarak çekişmeli taşınmaz hakkında tutanak düzenlenip düzenlenmediği saptanmalı, tutanak düzenlenmiş ise Kadastro Mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek uyumsuzluk esastan çözümlenmeli, tutanak düzenlenmemiş ise genel mahkemenin görevli olduğu düşünülerek görevsizlik kararı verilmelidir. Görev hususu kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. **Eksik inceleme** ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi⁴⁰⁸...

Paylaşma davaları paylı ve elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi mallarda paydaşlar ya da ortaklar arasındaki hukuki ilişkini sona erdiren, birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Davanın bu özelliği ve .nun 569/2. maddesi uyarınca tüm ilgililerin davada yer almaları gerekir.-Olayımızda, taşınmazda ortak olan Hatice davada taraf değildir.

⁴⁰⁶ Bkz: Yargıtay 20. HD 12.06.2000 tarih ve 5201/5575 E K sayılı kararı: YKD 2000/10 s.1586.

⁴⁰⁷ Bkz: Yargıtay 2. HD 25.04.2004 tarih ve 5758/6600 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁴⁰⁸ Bkz: Yargıtay 16. HD 12.09.1991 tarih ve 8929/11272 E K sayılı kararı: YKD 1992/2 s.248.

*Adı geçen sağ ise kendisinin, ölü ise mirasçılık belgesi uyarınca belirlenecek mirasçılarının davada yer alması, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde **eksik inceleme** ile karar verilmesi hatalı olmuştur⁴⁰⁹.*

Her ne kadar Yargıtay tarafından mutlak temyiz nedenlerine ilişkin bozma kararlarında kullanılan farklı bağlantı kavramlarının sonuca etkisi yok ise de; bozma kararlarında yeknesaklığı sağlamak amacıyla ilk derece mahkemesince yeterince inceleme yapılmaması nedeniyle mutlak temyiz nedeni olan husus ortaya çıktığından “eksik inceleme” bağlantı kavramının kullanılmasının uygun olacağı kanısındayız.

Yargıtay mutlak temyiz sebebi sayılmayan bazı bozma kararlarında; ilk derece mahkemesince “eksik inceleme ve araştırma” ile hüküm kurulmuş olmasına rağmen bu bağlantı kavramlarını kullanmamaktadır.

Örnekler:

Bu durumda, mahkemece yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, taraflar arasındaki temel ilişki olan taşıma ilişkisinde davacının edimini yerine getirip getirmediği hususunda ispat yükünün davacı da olduğu gözetilmek, davacıya ispat olanağı sağlamak ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, yerinde bulunmayan yazılı gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir⁴¹⁰.

Türk Medeni Yasasının 39. maddesinde “Mahkeme kararı olmadıkça kişisel durum sicilinin hiçbir kaydına düzeltme yapılamayacağı...” yine 1587 sayılı Nüfus Yasasının 11. maddesinde “kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça Nüfus Kütüklerinin hiçbir kaydının düzeltilemeyeceği...” belirtilmiş olmakla, nüfusa işlenen kızlık soyadının silinmesi ancak mahkeme kararı ile mümkün olacağından davacının göstereceği deliller toplanıp hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, olaya uygun düşmeyen gerekçeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir⁴¹¹.

Bu durumda mahkemece, davalıların borcun takas-mahsup yolu ile ödendiğine ilişkin savunması “18.5.1999 tarihli sözleşme geçersiz olduğundan” yerinde görülmemeyerek davacı bankanın icra takip tarihi itibariyle davalı borçlu ve kefilden alacaklı olduğu miktarın bilirkişi marifetiyle tespiti ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir⁴¹².

⁴⁰⁹ Bkz: Yargıtay 6 H.D. 26.02.2004 tarih 1037/1151 E K sayılı kararı: CORPUS.

⁴¹⁰ Bkz: Yargıtay 11.HD 05.05.2005 tarih ve 7832/4738 E K sayılı kararı:YKD 2005/8 s.1234-1236.

⁴¹¹ Bkz: Yargıtay 18.HD 17.02.2004 tarih ve 10149/960 E K sayılı kararı:YKD 2005/8 s.1259-1260.

⁴¹² Bkz: Yargıtay 19.HD 25.10.2004 tarih ve 602/10593 E K sayılı kararı:YKD 2005/8 s.1266-1268.

Yargıtay dosyadaki delillerin hüküm kurmaya yeterli olmadığı düşüncesinde olduğu bozma kararlarının önemli bir kısmında “eksik inceleme ve araştırma” bağlantı kavramlarını kullanarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmaktadır.

Örnekler:

*Mahkemece, evlat edinmenin diğer çocukları dinlenmeden, evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri değerlendirilmeden, evlat edinmenin bu çocukların yararlarını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedeleyip zedelemeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan **eksik inceleme ile hüküm kurulması** usul ve yasaya aykırıdır⁴¹³.*

*İşverenin, işyerini en iyi şekilde yürütebilmek için yönetim yapılanmasını değiştirmesi yönetim hakkı ile ilgilidir. Bunun için işyerinin zarar edip etmemesi sonuca etkili değildir. İşverenin yönetim hakkını kötüye kullandığı, örneğin işçi çıkarmak için yeniden yapılanmaya gittiği iddia edilmedikçe Hakim işverenin bu hakkına müdahale edemez. -Somut olayda böyle bir iddia ve kanıt mevcut değildir. Davacının grup yöneticiliğini yaptığı bölüm kapatıldığından, burada önemli olan feshin son çare olma ilkesi gereği davacıya sıfat ve kıdemine uygun başka bir iş verme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Dinlenen davalı tanıkları davacıya Ankara'daki işyerinde iş verme olanağının bulunmadığını açıklamışlardır. İstanbul merkez işyerinde davacıya verilebilecek bir görev olduğu ve davacının yerine yeni eleman alındığı da iddia edilmemiştir. Davacıya bu hususlar sorulmalı bu yönde delilleri mevcutsa toplanmalı, feshin son çare olma ilkesine uyulup uyulmadığı saptanmalı sonucuna göre karar verilmelidir. - **Eksik inceleme** ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır⁴¹⁴.*

*Davalı, dava konusu zararı doğuran olayda davacıların desteğinin de kusurlu olduğunu savunmuştur. Dava dosyasındaki delil ve belgelerden, dava konusu olayla ilgili olarak açılmış bir ceza davasının olduğu ve orada yapılmış olan bilirkişi incelemelerinde ölene kusur yüklendiği anlaşılmaktadır. O halde ceza dosyası da getirilip incelenmek ve gerekirse yeniden bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle, olayda davacıların desteğinin bölüştük kusuru bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve bunların sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yerel mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan **eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir**⁴¹⁵*

Kanımızca tarafların delil listesinde bulunan delillerin bir kısmının veya tamamının toplanmaması, toplanan deliller arasındaki çelişkinin giderilmemesi,

⁴¹³ Bkz: Yargıtay 2.HD 17.05.2006 tarih ve 1222/7699 E K sayılı kararı:MEŞE.

⁴¹⁴ Bkz: Yargıtay 9.HD 10.05.2005 tarih ve 3901/16151 E K sayılı kararı:MEŞE.

⁴¹⁵ Yargıtay 4.HD 09.05.2005 tarih ve 15593/5059 E K sayılı kararı:(Yayımlanmamıştır)

gerekçeli kararda delillerin irdelenmemesi, mutlak temyiz sebebi oluşturmeyen usul işlemlerinin usul kanunumuza uygun olarak yapılmaması hallerinde de bozma kararlarında yeknesaklığı sağlamak amacıyla eksikliğin niteliğine göre “eksik inceleme” veya “eksik araştırma” bağlantı kavramlarından biri veya ikisi birlikte kullanılmalıdır.

§4-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASINA KARŞI HALEN YÜRÜRLÜKTE OLAN MEVZUATIMIZA GÖRE KANUN YOLLARI

Kanun yolu davanın taraflarına ilk derece mahkeme kararının yeniden incelenmesi ve gerekiyorsa değiştirilmesi için tanınmış bir başvuru yoludur. “Kanun yolu kavramından, bir yargısal kararın, her şeyden önce bir hükmün daha üst bir mahkemede kontrol ettirilebilmesi için taraflara verilmiş bir usuli imkan anlaşılmalıdır.”⁴¹⁶ İlk derece mahkeme kararlarının yanlış olma ihtimali her zaman mümkün olduğundan hemen her hukuk sisteminde kanun yolu müessesesi kabul edilmiştir. Kanun yoluna müracaatla hüküm veren ilk derece mahkeme kararının kesinleşmesi önleneceğinden kanun yoluna müracaat imkanı da sonsuz değildir. Ayrıca kesinleşmiş ilk derece mahkeme kararlarına karşı kabul edilen kanun yolu da vardır.

Kanun yolları, ilk derece mahkemesince verilen kararların sonucunun denetimini sağlayan bir araç olması yanında, hukuka bağlı bir devlette, en doğru kararın alınmasında da önemli bir rol oynamaktadır⁴¹⁷. Hukuk devletinin özelliği gereği, yargılamanın açıklığı ve verilen kararlara karşı kanun yollarının kabul edilmesi sonucu yargılamanın başından sonuna kadar, hukuk kurallarının öngördüğü biçimde yapılması gerekmektedir⁴¹⁸. Mahkemeler karar verirken yanlışlık yapmaları mümkün olabileceğinden verilen kararların bir üst merci tarafından denetlenmesi amacıyla usul kanunlarınınca öngörülen kanun yollarına başvurulmaktadır⁴¹⁹.

Kanun yollarının genel amacı, adaletin gerçekleştirilmesini sağlamak, toplumda barışı, vatandaşlara devletin varlığını hissettiren ve toplumda barışı sağlayan adalete önem vermektir⁴²⁰. Adaletin, kişilerin kanunlar karşısında eşitliği sağlanmadan ve onların haklarına saygı duyulmadan, benzer nitelikteki olaylarda verilen kararların sonuç itibarıyla eşitliği olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Kanun önünde

⁴¹⁶ Üstündağ s.816.

⁴¹⁷ Akcan s.8.

⁴¹⁸ Akcan s.8.

⁴¹⁹ Arslan s.735; Üstündağ s.816; Yılmaz-Hukuk Davaları s.131; Kuru/Arslan/Yılmaz s.572.

⁴²⁰ Akcan s.9.

eşitlik ilkesini zedelemekten ve adalet duygusunun incitilmesinden, sarsılmasından kaçınmak için verilen kararların denetimini sağlamak amacıyla üst mahkemeler kurulmuştur⁴²¹.

Hukuk sistemimizde halen yürürlükte olan mevzuata göre nihai kararlar için kabul edilmiş kanun yoluna müracaat imkanı dört tanedir: 1-Temyiz, 2-Karar Düzeltme 3-Yargılamanın iadesi 4-Kanun Yararına Temyiz.

A- TEMYİZ

Halen yürürlükteki mevzuatımıza göre hukuk hakimi tarafından eksik inceleme ve araştırma ile verilen kararlara karşı hukuki yararı ihlal edilen taraflarca başvurulması öngörülen olağan kanun yollarından ilki temyizdir. Temyiz olağan kanun yollarından birisidir. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmak istenildiğinde yürürlükteki mevzuata göre öncelikle temyiz yoluna başvurulmalıdır⁴²². Yargıtay ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hem hukuka hem de olaylara uygunluğunu denetlemektedir⁴²³. İlk derece mahkemesi taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmektedir. Temyiz incelemesinde ise, ilk derece mahkemesinin bu uyuşmazlık hakkında verdiği kararın hukuka ve kanuna uygunluk denetimi yapılır; yoksa istinaf mahkemelerinde yapıldığı gibi yeniden bir inceleme yapılarak karar verilmez⁴²⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesi gereğince istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun temyize ilişkin hükümlerini düzenleyen 427 ve devamı maddeleri uygulanmaya devam olunacaktır.

Kural olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen bütün nihai kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Ancak Kanun koyucu Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak ve mahkemelerdeki yargılama faaliyetlerini hızlandırmak amacıyla ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararların bir kısmının temyiz edilemeyeceğini kabul etmiştir (m.427)⁴²⁵. Miktar veya değeri kesinlik sınırını geçmeyen menkul mal ve alacak

⁴²¹ Akcan s.9.

⁴²² 26.09.2004 tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun ile hukukumuzda giren Bölge Adliye Mahkemeleri kurulduğunda ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmak istenildiğinde öncelikli kanun yolu istinaf olacaktır.

⁴²³ Yılmaz-İstinaf s.39.

⁴²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.493.

⁴²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s.577; Kuru-Usul c.V s.4599 vd.

davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir (m.427/II)⁴²⁶. Temyiz sınırı 2007 yılı için 1178 YTL'dir. Yani 1178 YTL'ye kadar olan menkul ve alacağa ilişkin davalarda verilen kararlar kesindir. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda 1178 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl isteminin kabul edilmeyen bölümü 1178 YTL'yi geçmeyen taraf, temyiz yoluna başvuramaz. Bazı kararların özel kanun hükümleri gereğince temyiz edilemeyecekleri öngörülmüştür. Örneğin, iş bölümü itirazının kabulü üzerine verilen gönderme kararları nihai karar olmasına karşılık, temyiz edilemez (TK m.5/III). İlk derece mahkemesince verilen geçici nitelikteki kararlar temyiz edilemezler. Örneğin ihtiyati tedbir kararları temyiz edilemezler. Yine delil tespiti kararı temyiz edilemez⁴²⁷. Mahkemelerin idari nitelikteki işlerine ilişkin kararları da temyiz edilemez⁴²⁸.

“Hakimlerin, kaza (yargı) görevinden başka, değişik Yasalarla verilmiş “idari” nitelikte görevleri vardır, örneğin Hakimler Yasasına göre toplu çalışan mahkemelerin başkanlarının, üyeleri, yardımcıları ve stajyerler üzerinde denetlemeleri ile, vesayet dairesi hakimlerinin vasiler üzerindeki hesap işlemlerine ilişkin Medeni Yasanın öngördüğü denetleme görevleri bu niteliktedir.. Bu görevler “kaza” ödevi dışında birer idare görevidir... bu kararlara karşı Usulün 427. maddesi hükmünce temyiz yoluna başvurulamaz. Temyiz yoluna ancak dava sonunda verilen veya özel kanunlarında temyiz edilebileceği yazılı olan yahutta niteliğinden temyiz edilebileceği anlaşılan kazai kararlara karşı başvulabilir...”⁴²⁹.

Ara kararları yalnız başına temyiz edilemezler ancak asıl karar ile birlikte temyiz edilebilirler⁴³⁰.

“...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. maddesinde, mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Mahkemenin davadan el çekmesini gerektiren ve yargılamaya son veren gerek esas ve gerekse usul ile ilgili bütün kararlar nihai karardır. Bunun karşıt anlamında mahkemenin davadan el çekmesini veya yargılamaya son verilmesini gerektirmeyen, muhakemenin devamını temin eden kararların nihai vasfı

⁴²⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s.577; Kuru-Usul c.V s.4599.

⁴²⁷ Kuru-Usul c.V s.4526.

⁴²⁸ Kuru-Usul c.V s.4529.

⁴²⁹ Yargıtay 4. HD 18.12.1970 tarih ve 9397/9458 E K sayılı kararı:RKD 1972/2 s.98-99.

⁴³⁰ Kuru-Usul c.V s.4531; Üstündağ s.826; Kuru/Arslan/Yılmaz s.578.

bulunmadığından müstakilen temyiz edilemez; ancak asıl hükümlerle birlikte temyize konu edilebilir.”⁴³¹

Bilirkişi ret talebinin kabulüne veya reddine ilişkin karar ara kararı olduğundan yalnız başına temyiz edilemez. Görev itirazının, ilk itirazların ve hakim reddi talebinin reddi kararları ara kararı olduğundan tek başına temyiz edilemez ancak hüküm ile birlikte temyiz edilebilirler⁴³².

Mahkemece verilen nihai kararlara karşı sadece davanın taraf veya tarafları temyize başvurabilirler⁴³³. İlk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmesi ile kararın maddi ve usul hükümlerine uygun olarak verilir ve vermediği denetlenmektedir⁴³⁴. Temyiz yolunda, ilk derece mahkemesince incelenen vakıalar yeniden inceleme konusu yapılmaz ve temyiz yolu sırasında yeni vakıalar ileri sürülemez. Ancak hükümden sonra ortaya çıkan ve hükmü etkileyecek olan vakıalar temyiz aşaması sırasında ileri sürülebilir⁴³⁵. Temyiz incelemesi sırasında sadece ilk derece mahkemesinin kararı hukuka uygunluk bakımından inceleme konusu yapılır⁴³⁶. Temyizde ilk derece mahkemesinin kararı incelenerek ilk derece mahkemesine bildirilmiş olan vakıaların usulüne uygun biçimde incelenip incelenmediği, özellikle o vakıalara hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenir⁴³⁷.

Temyizin amacı; öncelikle hukuk kurallarının tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasını sağlayarak uygulamada birliği ve hukuk hakimlerinin adaletli karar vermelerini sağlamaktır⁴³⁸. Yani Yargıtay’ın temyiz incelemesi sırasındaki işlevi hukukun, tüm ülkede, aynı şekilde uygulanmasını ve gelişmesini sağlamaktır⁴³⁹. İlk derece mahkemesince verilen kararın hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olan Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi ile hukuk kurallarının tüm ülkede aynı şekilde uygulanması sağlanmakta ve bu şekilde tarafların ve vatandaşların adalet hizmetine olan güvenleri sağlamaktadır.

İstinaf mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 427 ve devamı maddelerinde düzenlenen temyize ilişkin hükümler

⁴³¹ Bkz: Yargıtay 19.HD 25.09.1992 tarih ve 81103/4477 E K sayılı kararı: Kuru-İcra §73 dipnot.

⁴³² Kuru-Usul c.V s.4531.

⁴³³ Akcan s.15.

⁴³⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s.580 vd; Üstündağ s.832

⁴³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s.577.

⁴³⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s.577; Kuru-El Kitabı s.767; Bilge/Önen s.643; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.493.

⁴³⁷ Akcan s.25.

⁴³⁸ Üstündağ s.817; Öztekin s.63; Akcan s.16; Kuru/Arslan/Yılmaz s.576.

⁴³⁹ Yılmaz-Adalet s.71.

uygulanmaya devam edecektir (Geçici m.2). Mutlak temyiz sebebi oluşturan usule aykırılıklar dışında bir usul hukuku kuralının eksik inceleme ve araştırma sonucu yanlış uygulanmış olmasının temyiz sebebi teşkil edebilmesi için hukukun bu yanlış uygulanmasının verilen kararı değiştirebilecek nitelikte olması gerekir. Yani, o usul hukuku kuralı yanlış uygulanmasaydı karar başka türlü olacak idi ise, bu hal temyiz sebebi olarak kabul edilebilir⁴⁴⁰.

Mutlak temyiz nedenlerinin varlığında illiyet bağının varlığı araştırılmaz. Nispi temyiz nedenlerinde, verilen kararın önemli usule aykırılıklar içerdiği gerekçesiyle bozulabilmesi ve usule aykırılığın önemli olduğunun kabul edilebilmesi için illiyet bağının araştırılması gerekmektedir⁴⁴¹

B- KARAR DÜZELTME

Hukuk hakiminin eksik inceleme ve araştırma sonucu verdiği ve Yargıtay tarafından temyiz aşamasında görülemeyen kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilecektir.

Örnekler:

“...Alacaklı vekilinin icra takibine dayanak yaptığı belgeleri takip talebine ekleyip icra dosyasına ibraz ettiği halde, bunların ödeme emri ekinde borçluya tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. İİK.nun 58/3. maddesi gereğince alacak bir belgeye dayanmakta ise, belgenin aslının veya alacaklı yahut mümessilli tarafından tasdik edilmiş borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi anında icra dairesine tevdi mecburidir. Ayrıca, Hukuk Genel Kurulunun 02.02.2000 tarih ve 2000/12-50 esas ve 2000/47 karar sayılı İlamında da açıklandığı üzere İİK.nun 61/1. maddesi 2. cümlesi gereğince takip bir belgeye dayanıyor ise onaylı bir örneğinin ödeme emri ile birlikte borçluya gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır. O halde, ödeme emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken *eksik inceleme* ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. Mahkeme kararı açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.”⁴⁴²

“Mahkemece, karara dayanak yapılan bilirkişi raporları yukarıdaki ilkelere göre düzenlenmemiştir. Mahkemece bu kurallara uygun olarak yeniden alınacak rapor

⁴⁴⁰ Kuru-Usul c.V s.4546; Kuru/Arslan/Yılmaz s.583; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.497; Akcan s.43.

⁴⁴¹ Kuru-Usul c.V s.4546; Akcan s.46-47.

⁴⁴² Bkz:Yargıtay 12.HD 24.06.2005 tarih ve 10464/13717 E K sayılı kararı:MEŞE.

doğrultusunda karar verilmesi gerekirken, *eksik inceleme* ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

Bu nedenle kararın bozulması gerekirken onandığı anlaşıldığından borçlu vekilinin karar düzeltme talebi yerinde görülmüştür.”⁴⁴³

Karar düzeltme Yargıtay’ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararlarına karşı tanınmış olan normal bir kanun yoludur. Karar düzeltme yolu Yargıtay’ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmesini sağlayan kendine özgü bir kanun yoludur⁴⁴⁴. Yargıtay tarafından verilen bütün kararlara karşı kanun yolu açık değildir.

5326 sayılı kanunun 20. maddesi ile hukukumuzda temyiz aşamasından sonra yer alan ve olağan kanun yollarından olan karar olan karar düzeltme kurumu yürürlükten kaldırılmıştır. 5326 ayılı kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa eklenen Geçici 2. madde gereğince istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun temyize ve karar düzeltmeye ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam edileceğinden ilk derece mahkemesince eksik inceleme ve araştırma ile verilmiş ancak Yargıtay tarafından temyiz incelemesi sırasında değerlendirilmemiş olan kararların denetimi bu kanun yolu ile sağlanacaktır.

C- KANUN YARARINA BOZMA

İlk derece mahkemelerince eksik inceleme ve araştırma ile verilen ancak kanun yolu incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı öngörülen kanun yolu kanun yararına temyizdir.

1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 16’ncı maddesi ile “kanun yararına temyiz” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429’uncu maddesinde yeniden düzenlenmiş ve önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Kanun yararına temyiz hukuk mahkemelerinin kesin kararlarına karşı başvurulabilecek istisnaî ve kendine özgü bir temyiz yoludur⁴⁴⁵. Hukuk mahkemesince verilen hukuka aykırı bir karar, temyizi kabil olmadığı için veya temyizi kabil olduğu hâlde taraflarca temyiz edilmediği için kesinleşmiş olabilir. İşte bu hâlde hukukun yanlış uygulandığını tespit edip mahkemelerin bundan sonraki benzer olaylarda aynı

⁴⁴³ Bkz: Yargıtay 12.HD 10.02.2005 tarih ve 207/2426 E K sayılı kararı:MEŞE.

⁴⁴⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s.604.

⁴⁴⁵ Yılmaz-Olağanüstü Temyiz, s.50 vd.

yanlışı yapmalarını önlemek için, bu gibi hükümler Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına temyizi üzerine Yargıtay tarafından incelenir. Yargıtay hukukun yanlışı uygulandığı kanısına varırsa hükmü kanun yararına bozar (m. 427, VI). Batı hukuk sistemlerinde ise “kanun yararına bozma” şeklinde bir müessesese -Fransa dışında⁴⁴⁶- mevcut değildir. Sorun, mahkemeler silsilesi içinde giderilmekte, idare hiçbir şekilde bu sürece karıştırılmamaktadır⁴⁴⁷.

Kanun yararına temyizın amacı kesin hükmü etkilemeksizin Yargıtay incelemesinden geçmemiş olan kararın yanlışı olduğunun açıkça duyurulması ve bu yanlışıların tekrarlanmasını önlemek için mahkemelerin uyarılmasıdır⁴⁴⁸. Bu amaçla da kanun yararına bozma kararının bir örneği Adalet Bakanlığına gönderilir ve Bakanlıkça Resmî Gazete’de yayınlanır (m. 427, son). Kanun yararına bozma hükmün hukukî sonuçlarını kaldırmaz (m. 427, VII).

Eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi ve bu kararın temyiz edilmeden kesinleşmesi halinde bu karar kanun yararına temyiz sebebi oluşturur⁴⁴⁹.

Öğretide, kanun yararına temyiz edilecek kararların maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararların hukuka aykırılıklarının daha sonra düzeltilmesi mümkün olduğundan, bu kararlar hakkında kanun yararına temyiz yoluna gidilemez⁴⁵⁰. Daha açık bir anlatımla Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşen veya temyizi mümkün olmadığı için verildiği anda kesin olan kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmiyorsa, haklarında kanun yararına temyiz yolu kapalıdır. Bu fikre göre, kanun yararına temyize başvurulabilmesinin ön şartı, kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesidir. Maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri için haklarında kanun yararına temyize başvurulamayan kararların en tipik örneği icra mahkemesinin takip hukukuna ilişkin olarak verdikleri kararlardır. Yargıtay da öğretilde kabul gören bu

⁴⁴⁶ Yılmaz-Olağanüstü Temyiz, s.23.

⁴⁴⁷ Ünal s.99.

⁴⁴⁸ Ünal s.99; Nalbantoğlu s.125-131.

⁴⁴⁹ “Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanununun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek *eksik inceleme* ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve kanuna aykırıdır.-SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Usul Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere bozulmasına..” Yargıtay 2. HD 29.09.2005 tarih ve 10528/13106 E K sayılı kararı: RG 14.11.2005 tarihli sayı.

⁴⁵⁰ Kuru-Usul c.V s.4847.

görüŖe uygun olarak, ihalenin feshi ve istihkak davalarına iliŖkin hükümlerde olduğu gibi icra mahkemesinin takip hukukuna iliŖkin sınırlı inceleme usulü ile değil, normal bir hukuk mahkemesine benzer Ŗekilde her türlü delili inceleme yetkisine sahip olarak baktığı davalar sonucu verilen hükümlerin kanun yararına temyiz edilebileceğine, diğerlerinin ise kanun yararına temyiz edilemeyeceğine karar vermiŖtir⁴⁵¹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında "Yargıtay'ca incelenmeksizin kesinleŖmiŖ hükümler"den maksat maddî anlamda kesin hüküm değil, Ŗeklî anlamda kesin hükümdür. Daha açık bir anlatımla o hükme karŖı olağan kanun yollarına baŖvurulmasına imkân bulunmaması ifade edilmek istenmiŖtir. Kanun yararına temyiz amacı, kararın yanlıŖ olduğunun açıkça duyurulması ve bu yanlıŖların tekrarlanmasını önlemek için mahkemelerin uyarılması olduğundan, maddî anlamda kesin hüküm teŖkil etmeyen hükümlerin de kanun yararına temyiz edilebilmesi, bu müessesenin amacına uygun düşer. Kanun yararına temyiz sonucunda verilen bozma kararı hükmün hukukî sonuçlarını kaldırmayacağından, maddî anlamda kesin hüküm teŖkil etmeyen kesin hükümler açasından da bu görüş bir sakınca doğurmayacaktır⁴⁵². Nitekim Yargıtay, pek çok çekiŖmesiz yargı iŖinde, bu tür kararların maddî anlamda kesin hüküm teŖkil etmemesini kanun yararına bozma açasından bir engel olarak görmemiŖtir⁴⁵³.

5236 sayılı Kanununun 16'ncı maddesiyle deđiŖik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429'uncu maddesinin 1'nci fıkrasında "İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlarla, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleŖmiŖ bulunan kararlara karŖı" kanun yararına

⁴⁵¹ "Kanun yararına temyiz yolu, ancak kesin Ŗekilde verilen veya Yargıtayca incelenmeksizin kesinleŖen hükümler için söz konusudur. Takip hukuku ile ilgili tetkik mercii (icra mahkemesi) kararları esas hak ve taraflar yönünden kesin hüküm teŖkil etmez. Zira, icra takibi belli safhalardan geçerek kesinleŖmiŖ ve sonucu alınmiŖ olsa bile, itiraz etmemiŖ veya itirazı kaldırılmıŖ borçlu, alacağı itiraza uğramıŖ veya itirazın kaldırılması için tetkik merciiine gelmemiŖ alacaklı, dava açma yoluna gidebilir. Bu itibarla icra tetkik merciiinin takip hukukuna iliŖkin kararları aleyhine "yargılamanın iadesi" istenemeyeceği gibi "kanun yararına temyiz yoluna" da baŖvurulamaz. Tâbiî ki icra tetkik merciiinin mahkeme hüviyetinde olarak dava biçiminde baktığı ve bu itibarla kesin hüküm niteliğini iktisap eden "istihkak davaları", "ihalenin feshi isteği" sonunda verdiği hükümler ve "cezaya iliŖkin hükümleri" bundan müstesnadır." Yargıtay 12 HD 03.11.1977 tarih ve 9191/9125 E K sayılı kararı: Uyar s.424-425.

⁴⁵² Yılmaz-Olağanüstü Temyiz s.77.

⁴⁵³ "Bir kadının bu süre içerisinde iki kez doğum yapmasının tıbben mümkün olmadığı açık olup, hakim, nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken bu kayıtların diğerleri ile çeliŖik olmamasına özen göstermeli, böyle bir sonucu doğuracak kararlar vermemelidir. Mahkemece bu husus dikkate alınmaksızın yazılı Ŗekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır.-Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Cumhuriyet BaŖsavcılıđının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK.'nun 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına bozulmasına.." Yargıtay 2. HD 27.09.2005 tarih ve 11246/13986 E K sayılı kararı: RG 14.11.2005 tarihli sayısı.

temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu ifade olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasını vurgulaması nedeniyle şekli anlamda kesinliğin, kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmesi için yeterli olduğu görüşünü desteklemektedir. Kanun koyucu ayrıca kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesini aramamıştır⁴⁵⁴.

Mahkemelerden verilen nihaî kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir (m. 427, I c.1). Ancak bu kural mutlak olmayıp, birçok istisnâî hâlde verilen hükümler temyiz edilemezler. Bu nitelikteki hükümler verildikleri andan itibaren kanundan dolayı kesindirler. Temyizi kabil olmadıkları için verildikleri anda kesin olan hükümler hakkında ise, sadece kanun yararına temyize başvurulabilir (m. 427, VI).

Temyiz edilmeleri mümkün olduğu hâlde, taraflarca süresi içerisinde temyiz edilmedikleri için kesinleşen hükümler de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz edilebilir (m. 427, VI). Kesinleşmemiş hükümler için kanun yararına temyiz yoluna başvurulamaz⁴⁵⁵. Temyiz edilmesine rağmen esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın talebin reddi hâlinde hüküm, Yargıtay incelemesinden geçmiş sayılamayacağından kanun yararına temyize gidilebilir. Örneğin temyizi mümkün olmayan bir hüküm temyiz edilirse ya da temyizi mümkün olduğu hâlde temyiz süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurulmuşsa, Yargıtay'ın vereceği temyiz talebinin reddi kararı o nihaî kararın Yargıtay tarafından incelendiği anlamına gelmez. Çünkü Yargıtay sadece dosyanın temyizen incelenmesinin mümkün olmaması nedeniyle temyiz isteğini reddetmiştir. Esasa ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Bu nedenle de o hüküm kanun yararına temyiz edilebilir⁴⁵⁶.

Kanun yararına temyiz edilmiş olan hüküm, temyiz isteğinin Yargıtay tarafından yerinde görülmesi üzerine kanun yararına bozular (m. 427, VII). Kanun yararına bozma kararı hükmün hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmayacağından (m. 427, VII c. 2) mahkeme, bu bozma kararı üzerine hiçbir işlem yapamaz⁴⁵⁷. Yani taraflar kanun yararına bozma kararından yararlanamazlar⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Saldırım s.35 vd.

⁴⁵⁵ Saldırım s.37.

⁴⁵⁶ Saldırım s.37.

⁴⁵⁷“Kanun yararına bozma yapılması hâlinde yeniden duruşma yapılarak dava görülüp hükme bağlanamaz. Zira kanun yararına bozmanın hükmün hukukî sonuçlarını kaldırmayacağına dair olan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 427’nci maddesinin 4’üncü (şimdiki 7’nci) fıkrası buna engeldir. Mahkemece bundan zuhul ile davanın yeniden görülüp karara bağlanması usul ve kanuna aykırıdır. Hükmün açıklanan nedenle bozulmasına ...” Yargıtay 6.HD, 11.10.1977 tarih ve 6529/6430 E K sayılı kararı:YKD 1978/2, s. 207.

⁴⁵⁸ Kuru-Usul c.V, s.4849.

Hükmün hukukî sonuçlarını kaldırmayan, hâkimlere hukuku öğretme amacı dışında bir işlevi olmayan kanun yararına temyiz müessesesi kaldırılmalıdır. Kanun yararına temyiz kararlarından daha önemli olan Yargıtay kararlarının tamamı yayınlanmazken veya bunlara sistematik olarak ulaşma imkânı yokken, nispeten daha önemsiz sayılabilecek kararların hâkimlere hukuku öğretmek için yayınlanması amacıyla kanun yararına temyiz yolunun kabul edilmesinin bir anlamı yoktur⁴⁵⁹.

Bu müessesenin olmaması hâkimler hakkında disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmez. Ayrıca kararı temyiz etmeyen tarafın bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Tarafların temyiz etmemeleri nedeniyle kesinleşen veya verildikleri andan itibaren kesin olan hükümler için adlî bir denetim sistemi gerekli görülüyorsa, bu sistemin idarenin müdahalesi olmaksızın işleminin yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olacağı görüşüne biz de katılmaktayız.

Farklı konularda verilen kanun yararına bozma sayısının fazlalığını bir ölçüde anlamak mümkündür. Fakat aynı konuda verilen kanun yararına bozma kararlarının çokluğu dikkate alındığında⁴⁶⁰ bu müessesenin fayda getirmediği kolaylıkla anlaşılabilir.

D- YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Kanunun sınırlı olarak saydığı bazı ağır yargılama yanlışlıklarından dolayı kesin hükmün tekrar gözden geçirilmesine ve aynı dava hakkında yeni bir hüküm verilmesini mümkün kılan olağanüstü kanun yoluna yargılamanın iadesi denir⁴⁶¹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 445. maddede sınırlı olarak sayılan yargılamanın iadesi hallerinden vekil ve temsilci olmayan kişiler huzuru ile davanın görülüp hükme bağlanmış olması, davaya bakması yasak olan bir hakim tarafından davaya bakılmış ve hüküm verilmiş olması ve tarafları, sebebi ve konusu aynı olan dava hakkında birbirine aykırı olarak verilmiş kesin hükmün bulunması hallerinde verilen hüküm eksik inceleme ile araştırma sonucu verilip kesinleşmiş olduğundan bu şekilde kesinleşen bir hükme karşı da yargılamanın iadesi yoluna başvurulmalıdır.

Vekil ve mümessil olmayan kimseler huzuru ile davanın görülmüş ve hükme bağlanmış olması halinde bir tarafın kanunlara uygun bir biçimde temsil edilmemiş

⁴⁵⁹ Saldırım s.39.

⁴⁶⁰ Yılmaz-Olağanüstü Temyiz, s.35.

⁴⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.604; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.517.

olması söz konusudur⁴⁶². İradeyi sakatlayan haller ile alınmış vekaletnameye dayanılarak verilen hükümde yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmalıdır⁴⁶³. Yargıtay “... kararın verildiği davada kendisinin taraf olmadığını, başka bir şahsın kendi nüfus kaydını kullandığını ileri sürdüğüne göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 445 maddelerinin 8. bendi hükmünün uygulama alanı bulduğu...”nu kabul etmiştir⁴⁶⁴. Ancak Yargıtay usulüne uygun olmayan vekaletnameye rağmen müvekkilin vekil ile birlikte duruşmalara devam etmiş olması halinde bunun yargılamanın iadesi sebebi olmayacağını kabul etmektedir⁴⁶⁵.

Davayı görmekten çekinmek zorunda olan hakimin davayı görüp karara bağlaması yargılamanın iadesi sebebidir. Hukuk hakiminin çekinme hakkını kullanmayarak karar vermesi eksik inceleme ve araştırma ile hüküm vermesi olarak kabul edilmeli ve yargılamanın iadesi yolu ile verilen hukuka aykırı kararın ortadan kaldırılması sağlanılmalıdır.

Tarafları, sebebi ve konusu aynı olan dava hakkında birbirine aykırı iki kesin hükmün bulunması yargılamanın iadesi sebebidir (m.445/X). Maddi anlamda bir kesin hüküm oluşmasına rağmen aynı dava aynı veya başka bir mahkeme tarafından görülmüş ve birinciye aykırılık teşkil eden bir hükme bağlanmış ve bu hüküm de kesinleşmişse bu yargılamanın iadesi sebebi olacaktır ikinci hükmün verildiği davada, mahkemenin kesinleşen hükümden haberdar olmaması gerekir. Bu hususun ileri sürülmesine rağmen bunun reddedilerek kesinleşmesi durumunda artık yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacaktır⁴⁶⁶. Yargıtay da bir kararında “HUMK’un 445/10 maddesine dayanarak, mahkemenin iadesi talebinin kabulü için ikinci hükmü veren mahkemenin, birinci hükümden (kesin hükümden) haberdar olmaması lazımdır. Eğer ikinci dava

⁴⁶² Alangoya-Usul II s.111.

⁴⁶³ “Yasal kurallara uygun olmayan temsil yargılamanın iadesi nedeni olacağına göre, hiç temsil edilememesi ve yargılama dışında tutulmak suretiyle yoklukta hüküm alma da yargılamanın iadesi sebebi sayılabilmelidir” Yargıtay 2.HD 11.03.1996 tarih ve 1763/2367 E K sayılı kararı: Yasa 1997/3 s.296.

⁴⁶⁴ Alangoya-Usul II s.111.

⁴⁶⁵ “bir kimsenin şahsen hazır bulunmadığı bir dava sebebiyle hakkının halele uğramasını önlemektir. Vekille müvekkilin söz birliği ederek ve özellikle vekilin kabulüne dayanılarak vekalet sözleşmesinin iptali hakkında mahkemeden hüküm alınmış olması da... Muhakemenin iadesini gerektirmez” Yargıtay 2.HD 10.07.1972 tarih ve 5981/5777 E K sayılı kararı:Erdemir II s.1849; “Gerçi HUMK’un 445. maddesi hükmüne göre “vekil ve mümessil olmayan kimseler huzuruyla davanın rüyet ve hükmedilmiş olması” bir yargılamanın iadesi sebebidir. Fakat ne var ki her hüküm gibi bu hükmün de amacına göre yorumlanması gerekir. Genel olarak 445. maddeye dayanarak yargılamanın iadesini istemek hakkı, o hükmün ihlalden zarar gören tarafa aittir; yoksa bu ihlalden zarar görmeyen tarafın anılan maddeden yararlanma yetkisi yoktur. Yargıtay 9. HD 24.06.1968 tarih ve 4411/9053 E K sayılı kararı:Erdemir II s.1849 vd.

⁴⁶⁶ Alangoya Usul II s.116; Postacioğlu s.639.

sırasında olayda kesin hüküm olduğu ileri sürülmüş ve gerek hüküm mahkemesi ve gerekse Yargıtay bu itirazı ikinci davaya etkili saymamışlarsa, yargılamanın iadesi istenemez. Zira HUMK'nun 428/3. maddesi gereğince bu husustaki itiraz temyiz sebebi olur”⁴⁶⁷ diyerek bunu kabul etmiştir.

§5-EKSİK İNCELEME VE ARAŞTIRMA İLE HÜKÜM KURULMASINA KARŞI İSTİNAF MAHKEMELERİ FAALİYETE GEÇTİĞİNDE BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

Adaletin dağıtımı yetkisi, kimin elinde bulunursa bulunsun, o kişinin yanılabilmesi her zaman bir olasılık olarak vardır veya karar ne kadar adaletli olursa olsun, hakkında yargılama yapılanların adaletten şüphe etmeleri en doğal haklarıdır. Diğer bir ifadeyle, verilen kararın bir üst mercide denetlenmesini sağlamak, önemli bir ihtiyaçtır ve bu yöntem, verilen kararın doğruluğunun adaletli olduğunun sağlamasını yapmaya yarar. Bu ise, şüpheleri yok etmeye ve kişilerin/toplumun adalet anlayışının perçinlenmesine yarar. 01.06.2007 tarihinden itibaren kurulması öngörülen Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde ülkemizde ilk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, hukuka ve usule uygunluğunu denetlemek görevini sağlamak üzere üç kademe sistemine geçilecektir. 5235 sayılı Bölge Adliye Mahkemeleri Kanununun genel gerekçesinde istinaf mahkemelerinin neden kurulmasına dair şu açıklama yer almaktadır: “Yargılama süreci bir sistemdir. Bu sistem uyuşmazlık ve çekişme hakkında verilecek hüküm kesinleşinceye kadar birden çok evreleri kapsamaktadır. Yargılamanın bu özelliği,temelde, gerçeğe ulaşarak adli hataları önlemek amacına dayanır. Evrelerden birisi “kanun yolu” adı verilen “denetim muhakemesi”dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır”

⁴⁶⁷ Bkz:Yargıtay 8 HD 17.10.1968 tarih ve 4790/5175 E K sayılı kararı: Arslan s.142.

A- İSTİNAF

İlk derece mahkemesi tarafından eksik inceleme ve araştırma ile verilen kararlara 01.06.2007 tarihinde kurulması öngörülen istinaf mahkemelerine başvurulabilecektir.

İstinaf yeniden başlamak, sözün başlangıcı ve söz başı anlamlarına gelen Arapça kökenli bir kelimedir⁴⁶⁸. Bir kanun yolu olarak istinaf ilk derece mahkemesinden verilen hükmün bir üst mahkemeye başvurarak feshini isteme anlamına gelmektedir. İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararların hem maddi mesele hem de hukuki yönünden denetlenmesi anlamına gelmektedir⁴⁶⁹. Kısaca belirtmek gerekirse istinaf yargılamasını yapacak makam maddi meselenin tespitinde hata bulursa ilk derece mahkemesinin verdiği hükümle bağlı olmaksızın davaya yeni baştan başlayacak, delillerle yüz yüze gelecek ve böylece maddi olayın tanımlanmasını da bizzat yapacaktır. Buna bağlı olarak, maddi olaya uygulanacak hukuki normları tespit edecek ve uygulayacaktır. Yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararının usul ve kanuna ve maddi olaylara uygun olduğunu tespit ederse, istinaf davasını redderek ilk derece mahkemesinin kararını onayacaktır. Eğer ilk derece mahkemesi kararının usul ve kanuna ve maddi vakalara uygun olmadığını tespit ederse ilk derece mahkemesinin hükmünü ıslah ederek yargılamayı bizzat yapacak ve doğru kararı yine kendisi verecektir⁴⁷⁰.

Yukarıda da arz edildiği gibi maddi ve hukuki meselenin bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi şeklinde kabul edilen kanun yolu muhakemesi istinaftır. Bu durumda istinaf kanun yolunun temyiz mahkemesinden ayrılan en bariz özelliğinin delillerle aracısız temas edilerek esas hakkında karar vermenin mümkün olmasıdır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun ile istinaf kurumu hukuk sistemimize girmiş ve buna paralel olarak 5326 sayılı kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 426/A-426/U maddeleri arasında istinaf yargılamasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 426/A maddesine göre İlk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Miktar veya değeri 1178 YTL'yi geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Alacağın

⁴⁶⁸ Develioğlu, s.522.

⁴⁶⁹ Yılmaz-İstinaf s.21.

⁴⁷⁰ 5235 sayılı Kanunun Genel Gereğesinden.

bir kısmının dava edilmiş olması durumunda bir milyar liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl isteminin kabul edilmeyen bölümü 1178 YTL geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz. İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da istinaf mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihaî kararlarına karşı istinaf mahkemelerine başvurulabilecektir.

İstinaf Kanun yoluna başvuru süresi kural olarak 15 gündür ancak 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kurumları hakkında otuz gündür (m.426/E).

Kanun koyucu bazı hallerde istinaf mahkemesinin duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebileceğini düzenlemiştir (426/M). Duruşma yapılmadan karar verilebilecek haller iki grupta düzenlenmiştir. Bunlardan birinci grup, aleyhine istinaf yoluna başvurulmuş olan ilk derece mahkemesi kararında tespit edilen usule ilişkin eksikliklerdir. Ağır usul hatası olarak nitelenebilecek bu hallerden birinin varlığı halinde, istinaf mahkemesi işin esasını incelemeyen ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verir⁴⁷¹. Bu haller şunlardır: Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması; ileri sürülen haklı red istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması; ilk derece mahkemesinin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması; taraf ehliyeti, dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kişiler önünde davaya bakılıp karar verilmiş olması; ilk derece mahkemesince taraflar davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması (HUMK m. 426/M bent I, 1-6 numaralı alt bentler). Belirtmek gerekir ki, delil toplanması ve incelenmesi son derece yetersiz bir biçimde gerçekleştirilmişse, artık dosya ilk derece mahkemesine gönderilemeyecektir⁴⁷².

Yukarıda sözü edilen ilk altı alt-bentte sayılan hallerde “yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, bazı önemli ve klâsik usuli hata veya eksikliklerin

⁴⁷¹ Konuralp s.9.

⁴⁷² Yıldırım-İstinaf s. 131;Yılmaz-İstinaf s.74.

mevcudiyeti halinde üst mahkemeye, duruşma yapmadan dosyayı davayı yeniden görmesi için ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır⁴⁷³.

Maddenin birinci fıkrasında ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sırasında usule ilişkin hataların istinaf incelemesi sırasında dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda anlaşılması halinde kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmesi düzenlenmektedir

Duruşma yapılmadan görülebilecek işlerin ikinci grubu ise;

- İstinaf yolu sırasında İncelenen kararın usul ve kanuna uygun olduğunun anlaşılması durumunda istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilecek ve ilk derece mahkemesinin kararı onanacaktır.

- İlk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda toplanan deliller yönünden eksiklik bulunmamakla birlikte uygulanan kanun maddelerinde hatanın olması durumunda istinaf mahkemesi kararı düzelterek onayacaktır(m.426/M-II-2).

- İstinaf yoluna başvuru kararındaki eksiklikler duruşma yapılmaksızın giderilebilecek eksiklikler ise yine istinaf mahkemesi duruşma yapmadan dosyanın esası hakkında karar verecektir (m.426/M-II-3).

- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 426/M maddesi dışındaki hallerde istinaf mahkemesinde inceleme duruşmalı olarak yapılacaktır.

Halen yürürlükte olan mevzuatımıza göre ilk derece mahkemelerince verilen kararların hukuka uygunluk denetimini yapmakla görevli Yargıtay Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 426/M de sayılan eksikliklerin bulunması durumunda kurulan hükmü eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulamayacağı gerekçesi ile bozmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 426/M'de sayılan bazı önemli ve klasik usul eksikliklerinin bulunması durumunda kanun koyucu istinaf mahkemesine duruşma yapmadan davayı yeniden görmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanımıştır

01.06.2007 tarihinde kurulup faaliyete geçmesi öngörülen istinaf mahkemeleri faaliyete geçtiklerinde ilk derece mahkemeleri tarafından eksik inceleme ve araştırma ile verilen kararları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.426/E uyarınca istinaf sebebi kabul edeceklerdir.

⁴⁷³ Tasarı m. 426/M gerekçesinden; ayrıca bkz. Özetk s. 110.

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin eksik inceleme ve araştırma sonucu verdiği karar, toplum veya tarafların hukuki yararlarını ihlal etmemişse bu durumda istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onayacak veya düzelterek onama kararı verecektir (m.426/M).

B- TEMYİZ

Temyizin amacı; öncelikle hukuk kurallarının tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasını sağlayarak uygulamada birliğini ve hukuk hakimlerinin adaletli karar vermelerini sağlamaktır⁴⁷⁴. Yani Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasındaki işlevi hukukun, tüm ülkede, aynı şekilde uygulanmasını ve gelişmesini sağlamaktır⁴⁷⁵. Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen kararlar, istinaf mahkemelerince ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtayca sadece hukuka uygunluk bakımından incelenecek ve Yargıtay, bir içtihat mahkemesi işlevini yerine getirecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 427. maddeye göre: İstinaf (bölge adliye) mahkemelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Görüldüğü üzere ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı doğrudan temyiz yoluna gidilemez. Ancak hakem kararlarına karşı doğrudan temyiz yoluna gidilebilir. Çünkü hakem kararlarına karşı istinaf yoluna gidilmesi tahkim yargılamasının niteliği ile bağdaşmayacağından bu kararlara karşı doğrudan temyiz yolu kabul edilmiştir⁴⁷⁶.

Temyiz edilebilen istinaf mahkemesi kararları ile hakem kararlarının hangi hallerde kısmen veya tamamen bozulacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.437.de düzenlenmiştir. Eski düzenlemeden farklı olarak 437'de "Hukukun"⁴⁷⁷ yanlış uygulanmış olması temyiz sebebi olarak kabul edilmek suretiyle temyiz sınıırı genişletilmiştir.

Yargıtay, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmadan kabul edilmemesi, karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması durumunda temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozabilir. Bozma sebebi nispi nitelikte ise, tespit edilen bozma sebebinin hükmü etkilemesi gerekir. Nitekim karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerinin

⁴⁷⁴ Üstündağ s.817; Özbek s.63; Akcan s.16; Kuru/Arslan/Yılmaz s.576.

⁴⁷⁵ Yılmaz-Adalet s.71.

⁴⁷⁶ Yılmaz-İstinaf s.84.

⁴⁷⁷ Eski m.428/I'de "Kanunun" kelimesi vardı.

mevcut olması halinde bunların bozma sebebi sayılabilmesi için, ayrıca hükmün sonucunu etkilemiş olmaları gerekmektedir. Buna karşılık, dava şartlarının bulunmaması veya taraflardan birinin iddiasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, bu bozma sebepleri mutlak bozma sebebi olup, ayrıca hükmün sonucunu etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekli değildir. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış ise hükmün sonucunu etkileyecektir⁴⁷⁸

İstinaf mahkemeleri ve hakem kararlarının eksik inceleme, eksik araştırma, eksik soruşturma, noksan inceleme ve noksan soruşturma ile verilmesi halinde karardaki eksikliğin 437/I-II-III maddede sayılan mutlak bozma sebeplerinden olması durumunda kararın bozulmasına karar verecektir. Mutlak bozma sebepleri dışındaki eksiklik ve hatanın ancak karara etki etmesi halinde bozma sebebi sayacaktır (m.437/IV).

C- KANUN YARARINA BOZMA

İstinaf mahkemeleri yürürlüğe girdiğinde de; ilk derece mahkemelerinin ve istinaf mahkemeleri hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlarla, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı başvurulabilecek olağanüstü kanun yolu kanun yararına bozmadır⁴⁷⁹.

D- YARGILAMANIN YENİLENMESİ

İstinaf mahkemeleri faaliyete geçtiğinde de kanunda sınırlı olarak sayılan bazı ağır yargılama yanlışlıklarından dolayı kesin hükmün tekrar gözden geçirilmesi ve aynı dava hakkında yeni bir hüküm kurulmasına imkan tanıyan olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesine başvurulabilecektir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Yılmaz-İstinaf s.87.

⁴⁷⁹ Yukarıda bu hususta ayrıntılı açıklama yaptığımızdan sadece atıf yapmakla yetiniyoruz: bkz: §4 C

⁴⁸⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s.604; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.517; Yukarıda bu hususta ayrıntılı açıklama yaptığımızdan sadece atıf yapmakla yetiniyoruz:bkz: §4 D

SONUÇ

İlk derece hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı hukukilik denetimi yapılırken, hukukilik denetimini yapan merci (İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar Yargıtay tarafından bu inceleme yapılacaktır) olan Yargıtay, temyiz sebeplerini yerinde görürse hüküm mahkemesinin kararını tamamen veya kısmen bozar. Yargıtay temyiz incelemesinde tarafların bildirmiş oldukları temyiz sebepleri ile bağlı değildir Temyiz talebinin dinlenebilmesi için temyiz edilen karar verilirken hukukun yanlış uygulandığını bildirmek yeterlidir. Hukukun yanlış uygulanıp uygulanmadığı, yanlış uygulanmış ise hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiğini tespit etmek kanunu kendiliğinden uygulamakla yükümlü olan Yargıtay'ın görevidir. Yani Yargıtay'ın kendiliğinden yapacağı inceleme ile de bulunduğu hukuka aykırılıklar nedeni ile ilk derece mahkemesi hükmünü bozabilir.

İlk derece mahkemesi tarafından öncelikle usulüne uygun olarak açılmış bir davanın olup olmadığını, açılan davada dava şartlarının olup olmadığını incelemeli daha sonra tarafların usulüne uygun olarak bildirdikleri delilleri toplamalı ve delilleri değerlendirmeli, yargılama sırasında tarafların tüm talepleri ile ilgili olarak olumlu veya olumsuz bir karar verdikten sonra oluşacak vicdani kanaatine göre yargılamayı sonuçlandırmalıdır. Hakim yargılamanın başından sonuna kadar usul kurallarına uygun olarak yargılamaya yön vermelidir.

Yeterli (gerekli) soruşturma, inceleme ve değerlendirme yapılmadan eksik inceleme ile hüküm verilmemesi gerekir. Hiçbir araştırma, soruşturma ve inceleme yapılmadan uyuşmazlık çözülmemelidir. Eksik inceleme ile adil bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bu durumda verilecek karar hatalı olacaktır. Temyiz mercii olan Yargıtay tarafından bozulan kararların büyük bir kısmı mahkemelerin eksik inceleme, eksik araştırma, noksan soruşturma, noksan inceleme ve noksan araştırma gerekçeleri ile bozulmaktadır. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını eksik inceleme ve araştırma nedeni ile bozarken; hangi hususların araştırılması gerektiğini de bozma ilamında göstererek ilk derece mahkemesine yol da göstermektedir.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar, eksik inceleme ile verilmiş olmasına rağmen verilen karar adalete uygun ise bozulmamalıdır. Sadece basit usule aykırılık dolayısı ile kararın bozulması adalet duygusunu tatmin etmediği gibi usul

ekonomisine de uygun değildir. Yine basit usulü eksiklikler nedeni ile ilk derece mahkemesi tarafından kurulan hüküm düzeltilerek onanması mümkün ise usul ekonomisi gözetilerek bu hüküm düzeltilerek onanmalıdır.

İlk derece mahkemelerince verilen kararların eksik inceleme ve araştırma ve soruşturma nedeniyle bozulmasını önlemek amacıyla eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesinin nedenleri sorgulanmalıdır.

Hukuk hakimlerince eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesinin en önemli nedeni mevcut iş yükü ile hukuk hakimlerinin sayısının orantısızlığıdır. Hukuk yargılamasının amacı olan doğru ve adaletli karar verilmesini sağlamak için hukuk hakimlerinin sayısı artırılmalıdır. Yine iş sayısının çok az olduğu ve büyük yerleşim yerlerine yakın 3-4 ve 5. bölgelerde bulunan adliyeler kapatılarak burada görev yapan hakimlerden de yararlanılmalıdır. Hukuk hakimlerinin meslek içi eğitimlerine önem verilmeli kanuni düzenlemeler ve üst mahkemelerin kararları ile ilgili olarak belli aralıklarla meslek içi eğitime tabi tutulmalıdırlar.

Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesinin diğer bir nedeni de hukuk hakimlerinin iş yoğunluğunun fazla olmasını da gerekçe göstermek suretiyle özensiz davranmalarıdır. Hukuk yargılamasında da insan unsuru çok önemlidir. Unutulmamalıdır ki, en iyi kanunlar kötü hukukçunun elinde en kötü kanun; en kötü kanunlar iyi hukukçunun elinde en iyi kanunlar haline gelir. Bu nedenle hukuk hakimleri dava hakkında tam bilgi sahibi olmadan duruşma günü tayin etmemeye özen göstermelidir. Hakim davaya iyi bir şekilde hazırlanmalı tarafların hangi konularda çekişme içinde bulduklarını, hangilerinde uyuştuklarını belirlemelidir. Hukuk hakimleri dava dilekçesinin havale edilmesinden dosyanın kesinleşmesine kadar usul hukukunun ve maddi hukukun kendisine yüklediği sorumlulukları eksiksiz yerine getirmeli ve uyuşmazlığın makul sürede, en az giderle, hakkaniyete ve adalete uygun bir şekilde çözümlenmesi için gerekli olan özeni göstermelidir.

Tarafların ve toplumun adalet duygularının bir an önce tatmin edilmesi amacıyla tarafların ve vekillerinin mahkemeye yardımcı olmaları gerekir. Tarafların veya vekillerinin; davaların sayısı ve niteliği itibarıyla olağanüstü iş yükü altında çalışmak durumunda kalan hukuk hakimlerinin taleplerini incelemeyebileceğini düşünerek dosyanın bozulmasını sağlamak kastıyla hareket etmeleri dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

Kürsüde görev yapan hakimlerin dolayısıyla hukuk hakimlerinin en önemli sorunlarından biri de; ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuka uygunluk

denetimini yapan Yargıtay kararlarına en kısa zamanda ve geniş kapsamlı olarak sahip olamamalarıdır. Bu sorunu gidermek için Adalet Bakanlığınca içtihat programları hazırlayan bir yazılım firması ile anlaşma yapılmış. İçtihat programları hakim ve savcılara dağıtılmıştır. Bundan sonra hakim ve savcılar Yargıtay içtihatlarına daha kısa zamanda ve sistematik olarak ulaşabileceklerdir. Bu uygulamanın hukuk kurallarının ülkemizin her yerinde aynı şekilde uygulanmasına katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.