

İçindekiler

KONFERANS-SEMİNER

Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar	3
Yargıtay Birinci Başkanı Ali Alkan Açılış Konuşması	5
Prof. Dr. Ramazan Arslan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler	7
Prof. Dr. Ejder Yılmaz Ticarî Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler	28
Prof. Dr. Ali Cem Budak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler	42
Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi	62
Prof. Dr. Ramazan Arslan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler	67
Prof. Dr. Ejder Yılmaz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İslah Konusunda (HMK m.176-182) Getirdiği Yenilikler	72
Prof. Dr. Ali Cem Budak Belirsiz Alacak Davası	82

Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar Abant, 17 Kasım 2012

Uygulamada yaşanan hukuki sorunlar ile finansal sektörü ve bankacılığı ilgilendiren hukuki konuların değerlendirilmesini teminen Türkiye Bankalar Birliği tarafından TC Yargıtay Başkanlığı işbirliğinde 17 Kasım 2012 tarihinde Abant'ta "Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar" konulu seminer düzenlenmiştir.

Bir kamu tüzel kişisi olan Türkiye Bankalar Birliği Abant seminerlerini Ekim 1998'den bu yana devam ettirmektedir. Geçtiğimiz dönemlerde bankacılığı ilgilendiren çeşitli hukuki konularda seminerler düzenlemiştir; bu seminerlerde Türk Ticaret Kanununun, Borçlar Kanununun, İcra ve İflas Kanununun ve Bankacılık Kanununun güncel konuları tartışılmıştır.

Seminere, Yargıtayımızın yanısıra, TC Adalet Bakanlığı, TC Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, TC Merkez Bankası, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği ve Türkiye Noterler Birliği'nden temsilciler ile bankaların hukukçuları katılmıştır.

Seminerde yapılan açılış konuşması ile sunulan tebliğ konuları ve konuşmacılar sunum sırasına göre aşağıda yer almaktadır:

Açılış Konuşması

Yargıtay Birinci Başkanı Ali Alkan

Prof. Dr. Ramazan Arslan

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Ticarî Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Baki Kuru

Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi

Prof. Dr. Ramazan Arslan

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Islah Konusunda (HMK m.176-182) Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Belirsiz Alacak Davası

Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar Açılış Konuşması

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Ali Alkan:

Değerli Konuklar, Sevgili Meslektaşlarım,

Hepinizi sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

Cumhuriyetimizin kurulması ile birlikte ihtiyaç duyulan temel kanunlar, genelde Batı ülkelerinden tercüme edilmek suretiyle yürürlüğe konulmuştur. Bu yasalarda ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak zaman zaman değişiklikler yapılmışsa da, bunlarda yeterli olmamış, köklü bir değişiklik yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ile birlikte HUMK da yeniden yazılmıştır.

Burada memnuniyetle belirtmek isterim ki diğer temel kanunlarımızla birlikte HMK da başka bir ülkenin kanunundan tercüme edilmemiştir. Ülkemizin koşullarına uygun bir yasa hazırlanması amaçlanmıştır. Bu durum Türkiye'deki hukukçuların ne kadar yetkin olduğunun bir göstergesidir. Bu nedenle kanunun hazırlanmasında emeği geçen herkese teşekkür ediyorum.

Yeni HMK ile yürürlükten kaldırılan HUMK arasında ortak noktalar olduğu gibi farklı düzenlemeler ve yeni hukuki müesseseler bulunmaktadır.

Yeni düzenleme ile;

1. Mal varlığına ilişkin davaların değer ve miktarına bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi kabul edilerek, görevsizlik kararları nedeniyle zaman kaybının önüne geçilmiştir.
2. Hakimin hukuki sorumluluğunda husumetin devlete yöneltilmesi esas getirilmiştir.
3. Yargılama giderlerinin avans olarak alınması müessesesi düzenlenmiştir.
4. Ön inceleme müessesesi getirilerek delillerin toplanması aşamasından sonra, tahkikat aşamasına geçilmesi kabul edilmiştir.
5. Yargılama hukuku bakımından teknik yöntemlerden yararlanmayı sağlayacak imkanlara yer verilmiştir.
6. Disiplinin sağlanması için avukatın duruşmadan çıkarılması müeyyidesi kaldırılmıştır.
7. Yeminin şekli bütün inanç ve değerleri kapsayacak şekilde değiştirilmiştir.
8. Avukatlara, hakimi vasıta kılmadan taraflara veya duruşmaya çağrılan diğer kişilere doğrudan soru sorma hakkı verilmiştir.
9. İlamın işleme konabilmesi için bakiye karar ve ilam harcının yatırılması koşulu kaldırılmıştır.

10. Nizasız yargıyla ilgili ayrıntılı düzenleme getirilmiştir.

11. Tedbir, delil tespiti gibi geçici koruma tedbirlerine karşı kanun yolu açılmıştır.

12. Uygulaması istisna olan sözlü ve seri yargılama usulleri kaldırılmıştır.

Vaktinizi almamak için diğer değişiklikleri saymak istemiyorum.

Yeni HMK 1.10.2011 tarihinden itibaren bir yılı aşkın bir süre uygulanmış, yapılan yargılama sonucu verilen kararların temyiz edilmesi sonucu dava dosyaları Yargıtay'a gelmeye başlamıştır. Her kanunda olduğu gibi HMK'da ilk defa uygulanmaya başlayınca bir kısım tereddütler olacaktır. İşte bu tereddütler akademisyenlerin ve uygulayıcı arkadaşların müzakereleri sonucu giderilecek ve uygulamada birliğin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Sempozyumun bu amacı gerçekleştireceği şüphesizdir.

Sempozyumun başarılı geçmesini diler ve düzenleyen Türkiye Bankalar Birliği, katkıda bulunan akademisyen ve meslektaşlarıma teşekkür eder, saygılar sunarım.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ramazan Arslan*

I-Genel Olarak Geçici Hukuki Koruma

Bir özel hukuk ilişkisini düzenleyen maddi hukuk kuralının tanıdığı hakkı, zamanında ve eksiksiz olarak elde edemeyen kişi, mahkemeden hukuki koruma isteminde (talebinde) bulunur. Kural olarak, asıl (nihai-kesin) hukuki koruma için istemde bulunulur. Bu, asıl (kesin) hukuki koruma isteminin (talebinin) mahkemeye sunulması, dava açılmasıyla olur. Bir davanın açılması, belli usullere ve sürelerle uyularak, belirli usul (yargılama) işlemlerinin yapılmasını ve bir nihai karar verilmesini gerektirir. Bu işlemlerin nasıl ve hangi sürede yapılacağı usul kuralları ile belirlenmiş olması, taraflar ve mahkeme için bir güvence ise de, uzun süre devam edebilecek olan bu süreçte, dava ile ulaşılmak istenen sonucu olumsuz yönde etkilemek isteyen de olabilir; ya da **açılmış bir davanın (yargılamanın) devamı sırasında veya açılması düşünülen davanın açılmasına kadar ve yargılama sürecinde, dava ile ulaşılmak istenen sonuca (amaca) varılmasında güçlükler ortaya çıkabilir ya da dava sonucunda beklenen asıl (nihai-kesin) hukuki korumayı elde edememe olasılığı ortaya çıkabilir.**

İşte, bu olasılıkların ortaya çıkması, geçici hukuki koruma ile önlenir. Başka bir deyişle, **dava ile elde edilmek istenen sonucun davanın başında, hatta dava açılmadan önce güvence altına alınması ihtiyacı doğabilir. Bu ihtiyaç, geçici hukuki koruma (önlemi) ile** (en sık ve yaygın geçici koruma önlemi olarak, ihtiyati tedbirle) **karşılanabilir.** İşte, kanun koyucu, tüm ilgililerin haklarının daha iyi, daha güven verici şekilde korunabilmesi amacıyla, **HMK'nun 389-406. maddelerinde geçici hukuki korumayı (önlemlerini) düzenlenmiştir. Bu kurallar, yürürlükten kalkmış bulunan HUMK'nun konu hakkındaki kuralları ile karşılaştırıldığında, HMK ile aşağıda ele alacağımız bazı önemli değişikliklerin yapıldığı ve yeni kuralların konulduğu görülür¹.**

HMK ile yapılan bu düzenlemelere göre, **geçici hukuki koruma**, karşı tarafın kötü niyetli davranışlarını önlemek, dava sonucunu güvence altına almak ve hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi (hayata geçirilmesi) için başvurulmuş **hukuki ve zorunlu bir çare**; dava sonunda gerçekleşecek olan **asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi**, olarak tanımlanabilir.

Görüldüğü üzere, **geçici hukuki korumanın** (ihtiyati tedbirin), davayı, yani, kesin hukuki koruma talebini **tamamlayıcı bir işlevi vardır²**. Nitekim, geçici hukuki koruma (ihtiyati tedbir ve delil tespiti) dosyası, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, dava dosyasının

* Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Geçici hukuki koruma, Anayasa yargısında yürürlüğün durdurulması; idari yargıda yürütmenin durdurulması (İYUK m.27); ceza yargısında tutuklama ve diğer önlemler olarak (CMK m.100 vd.) görülür. Geçici hukuki koruma konusunda, bkz, Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E., Medenî Usul Hukuku, 23.Baskı, Ankara 2012, s.567-568.

² Bkz, Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medenî Usul Hukuku, 10.Bası, Ankara 2011, s.659, 660 dn.419.

parçasıdır (HMK m.397,IV; 405); geçici hukuki koruma giderleri de yargılama giderlerine dahildir.

Geçici hukuki korumanın en önemlisi, (en yaygın başvurulana) olan ihtiyati tedbir HMK m.389-399'de, sadece deliller bakımından geçici hukuki koruma sağlayan delil tespiti HMK m.400-405'de düzenlenmiştir. **HMK m.406'da işaret edildiği gibi, başka kanunlarda da geçici hukuki koruma örneklerine yer verilmiştir.** Örneğin, TMK m.169; m.195 vd.; 200; İİK m.257-268'de ihtiyati haciz ve İİK m. 179a-179b iflasın ertelenmesi tedbirleri; İİK m.72 menfi tespit davasında takibin durdurulmasına ilişkin tedbir; fikri ve sınai haklar konusundaki ihtiyati tedbirler gibi.

Kuşkusuz, geçici hukuki koruma hakkında özel düzenleme bulunan durumlarda, **özel kurallar** (örneğin, "Geçici önlemler" başlıklı 169'uncu maddesinde yer alan, "Boşanma veya ayrılık davası açılınca **hâkim**, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri **re'sen alır**; kuralı gibi) **uygulanacak (HMK m.406,II), hüküm bulunmayan durumda, HMK'nun konu hakkındaki hükümlerine başvurulacaktır.** Çekişmesiz yargı işlerinde de, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ihtiyati tedbire ilişkin hükümler uygulanacaktır (HMK m.389,II).

Asıl (nihai) hukuki koruma ile geçici hukuki korumanın bazı ortak yönleri bulunmakta ise de, geçici hukuki korumanın farklı özellikleri de vardır. **Bu farkları şu şekilde ifade edebiliriz:**

1. Geçici hukuki koruma, davanın veya olası davanın taraflarınca; çekişmesiz yargıda hukuki sorunun ilgilisi tarafından istenir.
2. Geçici hukuki koruma **talep eden** (isteyen) tarafın dilekçesinde, korunması gereken **hakkın veya malın varlığını** ve bulunduğu yeri, geçici hukuki **koruma sebebini** ve türünü açıkça belirtmesi gerekir. Bu şekilde talepte (istemde) bulunan, isteminin konusunu, istemini hangi olay ve olgular ile delillere dayandığını ve geçici hukuki koruma (tedbir) türünü iyi düşünecek ve talebini somutlaştırmış olacaktır.
3. Mahkeme, bu şekilde bulunulan istem (talep) üzerine, geçici hukuki koruma kararı verebilir. Ancak, kanunlarda (TMK m.169 da olduğu gibi), geçici hukuki koruma kararının re'sen verilebileceği şekilde kural bulunabilir.
4. Talebin incelenmesi basit yargılama usulüne göre (m.316,I/c) yapılır ve ivedilikle karar verilir.
5. İncelemede **hakimin** talebin haklılığı konusunda bir kaniya varması, **istemin haklı olduğunu kuvvetle muhtemel görmesi (yaklaşık ispat) yeterlidir.**

Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, **bir davada** dava sebebi olan olay ve olguların (vakıaların) tam ispatı aranır. Yani **hakim**, HMK'nun ispat ve delillere ilişkin kurallarına göre, tarafların iddia ettikleri vakıalar konusunda **tam bir kaniya ulaşmadan** o vakıayı (olay ve olguyu) doğru kabul edip **karar veremez**; dava sebebini (örneğin, taraflar arasında bir sözleşmenin) varlığı konusunda tam bir kaniya varmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verir.

Ancak, **kanun koyucu**, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği **hakime**, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme olanağı vermektedir. Geçici hukuki koruma hakkındaki kurallar da, **hakimin** tam kanaate varamasa bile, **geçici hukuki koruma koşullarının varlığını kuvvetle muhtemel**

görmesi, bu konuda yaklaşık bir kanaate (yaklaşık ispat) varması durumunda, geçici hukuki koruma istemini (örneğin ihtiyati tedbir istemini) kabul edebilmesine yetki (imkan) vermektedir. Bununla birlikte, yaklaşık ispatla yetinilmesi, ispat kurallarının dışına çıkılacağı ya da koruma (tedbir) isteme koşullarının ispatının gerekmediği anlamına gelmez. Geçici hukuki koruma (örneğin, ihtiyati tedbir) isteminin dayandırıldığı, (iddia edilen) vakianın doğru kabul edilebilmesi için, **ispat yükü kendisine düşenin, iddiasını, HMK'nun delillere ilişkin kuralları çerçevesinde ve yaklaşık ispat ölçüsüne uygun olarak ispat etmesi gerekir.**

Yaklaşık ispat ölçüsüne göre ispat durumunda, **hakim**, iddianın ağırlıklı ihtimal (olasılık) olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, az bir olasılık da olsa, aksinin mümkün olabileceğini de öngörecektir³.

6. Geçici hukuki koruma istemi (talebi) hakkında, karşı taraf dinlenmeden de karar verilmesi mümkündür (m.390,II).

Geçici hukuki korumayı davadan (asıl korumadan) ayıran temel özelliklerden biri, **hukuki dinlenilme hakkının** (m.27) kullanılmasının gösterdiği özelliktir. Bilindiği gibi, hukuki dinlenilme hakkı, bir hukuk devletinde vazgeçilmesi mümkün olmayan temel bir yargısal haktır. Hukuki dinlenilme hakkı, **yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını da içerir.** Bu hak tanınmayarak, taraf teşkili sağlanmadan karar verilmesi Anayasada bulunan "herkesin iddia ve savunma hakkını kullanılabilmesi" ilkesine ve AİHS'nin de düzenlediği "Adil Yargılanma Hakkına" aykırı olacaktır⁴. Bununla birlikte, geçici hukuki koruma istemlerine ivedilikle cevap verilmesi ihtiyacı nedeni ile, bazen, karşı tarafa haber verildiğinde geçici hukuki korumanın etkisini ortadan kaldıracak bir sonucun ortaya çıkabileceği endişesiyle, karşı taraf dinlenmeden de geçici korumaya (örneğin, ihtiyati tedbire) karar verilebilir. Böyle bir durumda, karşı taraf dinlenmeden geçici hukuki korumaya (ihtiyati tedbire) karar verilebilmesi, hukuki dinlenilme hakkından tamamen vazgeçildiği anlamına gelmez. Çünkü, **daha sonra karşı tarafa tanınan itiraz imkanı ile hukuki dinlenilme hakkı gerçekleştirilir.** Yani, bu durumda hukuki dinlenilme hakkından vazgeçilmemekte, hakkın kullanılması, sadece zaman olarak itiraza bağlanmakta ve geçici hukuki koruma kararından sonraya bırakılmaktadır. Uygulamada çoğu zaman karşı taraf dinlenmeden geçici hukuki koruma kararı verilmektedir. Ancak, **hakimin karşı tarafı dinleyip dinlememeye karar verirken, durumun özelliğini de gözetenek, çok iyi değerlendirme yapması gerekir.** Yani, **Hâkim bu konuda takdir yetkisini kullanırken titiz davranmalı, tarafların yararları arasında objektif ve isabetli bir denge kurmaya özen göstermelidir. Başka bir deyişle,** karşı taraf dinlenmeden karar verilmesi daha büyük sakınca yaratacaksa ya da karşı tarafın dinlenmesi ihtiyati tedbirin (geçici korumanın) amacını tehlikeye düşürmeyecekse o zaman karşı tarafı dinlemek gerekir. Bu durumda karşı tarafı dinlememek, onun hukuki dinlenilme hakkını gereği gibi kullandırmamak (sağlamamak) anlamına gelecektir⁵.

7. Geçici hukuki koruma hakkında verilen karar bağlayıcıdır;⁶ uygulanan (m.393) tedbire aykırı davranmanın yaptırımını vardır (m.398).

³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.390 Hükümet Gerekçesi.

⁴ Bkz., HGK 14.12.2011, 21-882/767.

⁵ HMK m.390 Hükümet Gerekçesinden; Yılmaz,E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.1628 dn.11

⁶ Bkz., Umar,B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.1104/4 ve orada anılan 31.3.1993 tarih ve 3/127 sayılı HGK kararı. Bu karara göre, **ihtiyati tedbir alacaklının satış istemesini olanaksız hale getirdiğine göre, sürenin yürümeyeceğini kabul etmek gerekir.** Bkz., ayrıca TBK m.153/6.

II- İhtiyati Tedbir

Bir özel hukuk ilişkisinden doğan **hakkını elde edebilmek için, yetkili ve görevli mahkemeden asıl (nihai-kesin) hukuki korunma isteminde bulunan** (dava açan) **bir kişinin**, bir ihtiyati tedbir kararı almadan davasını açtığı tarihten veya ihtiyati tedbir kararı almasından sonra, süresi içinde, **davasını açtığı tarihten itibaren, dava sonunda verilecek hükmün kesinleşmesine kadar geçecek sürede, dava konusunun istenmediği halde değişikliğe uğraması veya uğratılması söz konusu olabilir. Bu durumda da, dava sonucunda lehine hüküm verilen tarafın hükmü icra ettirmesi, asıl (kesin) hukuki korumadan yararlanması güç veya olanaksız olabilir. Bu olasılıkları önlemek suretiyle, geçici hukuki korumanın sağlanabilmesi için, HMK'nun 389- 399. maddelerinde, ihtiyati tedbire ilişkin kurallar** düzenlenmiştir.

Bu maddelerde yer alan **kurallardan**, ihtiyati tedbirin, sürekli ve kalıcı bir koruma sağlamadığını; hak sahibine mahkemece asıl (kesin ve sürekli) hukuki koruma sağlanıncaya kadar, asıl korumayı etkisiz kılacak risklerin (tehlikelerin) önlenmesinin amaçlandığı anlaşılır.

İhtiyati tedbir, bu işlevleri yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hüküm kesinleşinceye kadar devam eden süreçte, dava konusu üzerinde bazı yeni uyuşmazlıkların çıkmasını önleyici işlevi de olan, geçici bir hukuki korumadır.

HMK'nun "Geçici Hukuki Korumalar" başlıklı Onuncu Kısımın Birinci Bölümü İhtiyati Tedbir başlığını taşımaktadır. 389-399'uncu maddelerin yer aldığı bu bölümde, **ihtiyati tedbirin koşulları** (m.389), **ihtiyati tedbir talebi** (m.390), **ihtiyati tedbir kararı** (m.391), **ihtiyati tedbirde teminat gösterilmesi** (m.392), **ihtiyati tedbir kararının uygulanması** (m.393), **ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz** (m.394), **teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması** (m.395), **durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması** (m.396), **ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler** (m.397), **tedbire muhalefetin cezası** (m.398) ve **haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat** (m.399) konuları düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan, aşağıda inceleyeceğimiz ihtiyati tedbirle ilgili düzenlemelerin, HUMK'nun m.101 ve takip eden maddelerindeki düzenlemelerden ayrılan pek çok hüküm içerdiği görülmektedir.

1- İhtiyati tedbirin koşulları

HUMK'nun 101'inci ve 103'üncü maddeleri hükümlerine göre, ihtiyati tedbir koşullarını daha açık ve belirgin olarak düzenleyen **HMK m.389'da**, bir geçici hukuki koruma türü olarak ihtiyati tedbire karar verilebilmesinin iki koşulu olduğu belirtilmiştir. Bunlar:

- a) **Hakkında ihtiyati tedbir alınacak hakkın varlığı,**
- b) **Bir ihtiyati tedbir nedeninin bulunmasıdır.**

İhtiyati tedbir talebi (istemi) üzerine **mahkemenin**, ihtiyati tedbir **kararı verilebilmesi için varlığı gereken bu temel koşulların** bulunup bulunmadığını çok iyi araştırması ve incelemesi gerekir. Çünkü, **doğru ve yerinde alınmış bir tedbir kararının, mahkemece hükme bağlanacak hakkın elde edilmesini (kesin hukuki koruma) sağlaması ne kadar önemli ise, isabetli olmayan bir ihtiyati tedbir kararının giderilmesi çok zor haksız sonuçlar doğurmaması da o kadar önemlidir.** Aynı şekilde, kanunun, örneğin ihtiyati haciz gibi, başka bir geçici hukuki koruma şeklini (türünü) öngördüğü bir durumda, HMK hükümlerine göre ihtiyati tedbir kararı verilmemesi gerekir. Aksi durumda, bu olasılıkta da, giderilmesi çok zor hukuka aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir.

Taraflar arasında **uyuşmazlık konusu olan hak veya şey** dava konusu yapıldığında, bu hak veya şey, **ihtiyati tedbirin de konusu olur**. HMK m. 389,1'de yer alan "...uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir" şeklinde ifade edilen hüküm, bu anlamdadır.

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesinin ikinci koşulu ise, HMK m.389,1 düzenlenen sebebin varlığıdır. **Kanun, ihtiyati tedbir sebebini**, "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, **hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından** ya da **tamamen imkansız hale geleceğinden** veya **gecikme sebebiyle bir sakıncanın** yahut **ciddi bir zararın doğacağından** endişe edilmesi hallerinde.." var saymaktadır.

İhtiyati tedbir sebebini düzenleyen bu hükümden, **hem** ihtiyati tedbire konu olan **hakkın varlığı hem de ihtiyati tedbir sebebinin bulunduğu konusunda, kanun koyucunun hakime geniş bir takdir yetkisi verdiği anlaşılmaktadır**. Ancak, **hakimin**, ihtiyati tedbir istemini haklı göstermek üzere, **tedbir isteyen tarafından**, somut ve açık olarak gösterilmesi gereken sebeplerden **hangisine/hangilerine dayanarak** ihtiyati tedbir kararı verildiğini; ihtiyati tedbir sebebi kabul edilen hangi somut olay ve olgunun, **hangi delillere göre**, "**yaklaşık ispat ölçüsü**" çerçevesinde, karara dayanak yapıldığını açıklamalı; yani, **kararının Anayasa ve HMK'nun öngördüğü anlamda gerekçeli olması gerekir**.

Kuşkusuz, mahkemenin ihtiyati tedbire karar vermesi için, ihtiyati tedbir sebeplerinin "**tam ispat**" edilmesi gerekmediği gibi, **mevcut durumda (dava konusunda) bir değişmenin, hakkın elde edilmesinde önemli ölçüde bir zorlaşmanın ya da ciddi bir zararın** doğmuş ve tedbir isteminin incelendiği sırada mevcut olması da gerekli değildir. Dava konusu bakımından ortaya çıkabilecek bir riskin (zarar veya tehlikenin) varlığı, bu tehlike veya zararı önlemek amacıyla, ihtiyati tedbir kararı verilmesi için yeterlidir⁷.

Görüldüğü gibi, **HMK'nun 389'uncu maddesinde, açık ve anlaşılır bir ifade ile, genel bir ihtiyati tedbir koşulu ve sebebi bir arada düzenlenmiştir**. Bu hükme göre, görevli ve yetkili mahkemece, ihtiyati tedbir incelememesinin (yargılamasının) gerektirdiği, ispat kurallarına uygun olarak yapılacak inceleme sonucunda, hakkın elde edilmesinin imkansızlaşmasını veya önemli ölçüde zorlaşmasını, gecikmeden dolayı bir sakıncanın ya da ciddi bir zararın doğmasını önleyecek bir tedbire karar verilebilecektir.

2- İhtiyati tedbiri talebi (istemi) ve incelenmesi

a) İstem (Talep)

İhtiyati tedbir talebinin nasıl incelenip karara bağlanacağı üzerinde durmadan önce, talebin nereye ve nasıl yapılacağı ve incelemenin nasıl yapılabileceğini belirlemek gerekir.

Diğer geçici korumalarda olduğu gibi, geçici hukuki korumayı sağlayan önlemlerin (tedbirlerin) en önemlisi olan ihtiyati tedbire de, kanunla düzenlenen istisnalar dışında, talep (istem) üzerine (m.390), mahkeme⁸ karar verir.

⁷ Oysa, HUMK m.101 de, ihtiyati tedbirin "**hal ve şekilleri**" tek tek sayılmıştı. Aslına bakılırsa bu sayım, ihtiyati tedbirin koşullarından daha çok, her bir hak veya şey bakımından ihtiyati tedbirin uygulamasını da kapsar bir düzenlemeyi içermekte idi. Ayrıca HUMK'nun 103'üncü maddesinde de hakime geniş yetki veren genel bir düzenleme yapılmıştı.

⁸ HMK'nun ihtiyati tedbir ve delil tespiti başlıklı 414'üncü maddesine göre, aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem ve hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verir. Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem

HUMK'nun 104'üncü ve 105'inci maddelerine göre, **yeni hükümler içeren HMK m.390**'da, ihtiyati tedbir dilekçesinin içeriği, ihtiyati tedbirin talep edileceği görevli ve yetkili mahkeme, talebin karşı taraf dinlenmeden de karara bağlanabileceği ve tedbir talep edenin ispat yükü düzenlenmektedir.

İhtiyati tedbir talebinin, dava açılmadan önce, ihtiyati tedbir dilekçesi ile; dava açılması sırasında istenen tedbirin ise, dava dilekçesi ile mahkemeye sunulması gerekir. İhtiyati tedbir dilekçesinde **karşı taraf** olarak, kesin hukuki koruma talebi ile açılacak olan (m.397,1) veya açılmış olan davada davalı olarak gösterilecek olan/gösterilen **hasımdır**. Tedbir talebinin kabulü ile üçüncü kişiyi de etkileyen bir karar verilmesi söz konusu olsa bile, o üçüncü kişi hasım (karşı taraf) değildir.

İhtiyati tedbir talebinde (isteminde), bir dilekçede bulunması gereken hususların yanı sıra, ihtiyati tedbir koşullarının (**ihtiyati tedbir talebine temel olan hakkın ve ihtiyati tedbir sebebinin**) varlığının delilleriyle birlikte, **somut ve açık bir biçimde gösterilmesi**; ayrıca, istenilen korumanın ne olduğunun, yani ne tür bir tedbir istendiğinin de açıklanması gerekir. **Somut olarak hakkın ve ihtiyati tedbir sebebinin ne olduğu ortaya konulmadan geçici hukuki koruma isteminde bulunulması durumunda, mahkemenin sağlıklı ve isabetli karar vermesi mümkün olamayacağı gibi, ihtiyati tedbir (geçici hukuki koruma) talep etme hakkı amacı dışına çıkarılıp kötüye kullanılabilir.**

HUMK uygulamasında, bazen, genel ifadelerle talep edilen bir tedbir istemine, mahkemeler yine genel ifadelerle karar vermekte, tedbirin muhatabı aslında haklı olduğu halde, o sırada daha büyük bir zarara engel olmak için karşı tarafla anlaşma yolunu tercih etmek zorunda kalmakta idi. Bu durum ise mahkemeler kullanılarak, karşı tarafın haksız şekilde baskı altına alınması sonucunu doğurmaktaydı.

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunulmasının, bir dava açma olmadığını belirtmek gerekir. Bu olasılıkta, ihtiyati tedbir isteyen ve karşı taraf (aleyhine tedbir kararı verilmesi istenilen) vardır.

Dava dilekçesi ile ihtiyati tedbir isteniliyorsa, bu istemin ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekir. Mahkeme, kural olarak, istem olmadan karar veremez. Kanunlarda düzenlenen özel geçici önlemlerin talep olmadan da alınması söz konusu olabilir. Örneğin, "Geçici Önlemler" başlıklı TMK m.169'a göre, boşanma ve ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, geçici önlemleri re'sen alır.

b) Görevli ve yetkili mahkeme

HMK m.390,1'de, "İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir" hükmü yer almaktadır. **Yani ihtiyati tedbir, davadan önce esas hak hakkında açılacak dava için HMK m.2 ve 4 hükümlerine göre belirlenecek görevli ve HMK m.5-19 hükümlerine göre belirlenecek yetkili mahkemeden istenebilecek; dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir.**

HMK'nun 390'ıncı maddesinin birinci fıkrasına ilişkin Hükûmet Gerekçesindeki ifade ile, hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesinin önüne geçmek için ve geçici hukuki korumaların da niteliğine uygun olarak, ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın

tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6'ncı maddesi de benzer hüküm taşımaktadır. Esasen, HMK'nun 414'üncü maddesinde yer alan hüküm, MTK'nun 6'ncı maddesi hükmü dikkate alınarak düzenlenmiştir.

görüldüğü mahkemeden istenebileceği hususu düzenlenmiştir. **Bu düzenleme ile, ihtiyati tedbirde yetki ve görevle ilgili belirsiz ve kötüye kullanıma açık olan durum, belirli ve tereddüdü ortadan kaldıracak hale gelmiştir⁹.**

Görüldüğü gibi, **HMK m.390,I hükmü**, HUMK m.104,II ve III hükmünden **çok farklıdır. Bu yeni düzenleme ile kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep edilebilecek görevli ve yetkili mahkeme sayısını**, HUMK m.104 hükümlerinin uygulamasındaki kötüye kullanılmaların önüne geçilebilmesi amacıyla **sınırlandırmıştır.**

c) Talebin (istemin) incelenmesi

İhtiyati tedbir isteminin incelenmesi (ihtiyati tedbir yargılaması) basit yargılama usulü kurallarına (m.316-322) göre yapılır (HMK m.316,I/c). Bu usule göre yapılacak incelemede de (yargılamada) karşı tarafın dinlenmesinden sonra karar verilmesi esastır (m.320). Ancak, **m.390;II hükmüne göre, ihtiyati tedbir talebinde bulunanın haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, hakim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.** Yani, **hakimin**, karşı tarafı dinlediği takdirde ihtiyati tedbirle ulaşılmak istenen korumanın sağlanamayacağı ya da karşı tarafın tedbir istemini öğrenmesi halinde tedbirin uygulanmasının mümkün olmayacağı kanısına varmasını gerektiren **haklı nedenler varsa**, tedbir isteyen bu yöndeki istemi üzerine, **hakim, karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati tedbir kararı verebilir.** Bu durumda karşı tarafın savunma (hukuki dinlenilme) hakkının ortadan kalktığı söylenemez; hakkın kullanılmasının ertelenmesi söz konusudur. Zira, Kanun (m.394) kendisine tedbir kararına itiraz hakkı tanımaktadır.

İhtiyati tedbir isteminin incelenmesinde (ihtiyati tedbir yargılamasında) **ihtiyati tedbir isteyen**, tedbir istemine dayanak oluşturan, maddi hukuktan kaynaklanan **hakkının ve ihtiyati tedbir sebebinin varlığını “yaklaşık ispat” (kuvvetle muhtemel) ölçüsünde, HMK’nun ispata ve delillere ilişkin kurallarına (m.187-293) göre, ispatlamak zorundadır.**

3- İhtiyati tedbir talebi hakkında karar

Mahkeme, tedbir yargılaması olarak nitelendirilebilecek olan inceleme sonucunda, ihtiyati tedbir isteminin kabulüne ya da reddine karar verir (**m.391**).

HMK m.391’de, ihtiyati tedbir kararının hem biçimi (şekli durumu) hem de içeriği düzenlenmiştir.

Mahkemenin, ihtiyati tedbir talebinin kabulüne ilişkin kararının, asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmaması gerekir. Yani, ihtiyati tedbir kararının, asıl dava sonucunun öne alınması gibi bir sonuç doğurmaması gerekir. Aksi durumda, geçici hukuki koruma asıl korumanın (davanın) yerine geçirilmiş olur. Bununla birlikte, koşulların varlığı durumunda, **teminat (koruma) amaçlı tedbirden başka, eda (örneğin, tedbir nafakası ödenmesi) veya düzenleme amaçlı tedbire (örneğin, geçici olarak iş ilişkisinin düzenlenmesine) karar verilmesi mümkündür.**

⁹ HUMK m.104,II hükmüne göre, ihtiyati haciz dışında talep edilen **ihtiyati tedbirlerin en az giderle ve en çabuk nerede ifası** mümkün ise ihtiyati tedbire o yer mahkemesi tarafından dahi karar verilebilirdi. Bu hükme göre alınabilen bazı ihtiyati tedbir kararları anılan kötüye kullanıma yol açabiliyordu. HUM K m.104,III hükmü ise, davanın açılmasından sonra her tür ihtiyati tedbire, davayı gören(tahkikatı yapan) hakim tarafından karar verileceği ilkesini ifade ettikten sonra, hakim ihtiyati tedbirin diğer bir yerde daha az giderle ve daha çabuk ifasını mümkün (kabil) görürse, HUMK m.104,III’de hatalı olarak naip tayininden söz edilse de, bu hususta karar verilmek üzere o yer (mahal) hakiminden hukuki yardım (istinabe) talep edebilirdi.

İhtiyati tedbir talebi, olası (muhtemel) alacağın güvenceye almaya yönelik ihtiyati haciz talebi niteliğinde ise, ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekecektir. Çünkü, bu iki geçici hukuki korumanın konusu ve amacı farklı olduğu gibi, bunlar hakkındaki kurallar da (düzenlemeler de) farklıdır. Ancak, belirsiz alacak davasının konusu olan alacak miktarı davadan önce ve davanın başında belli olmadığından, dava açılmadan önce veya dava açılırken, karara bağlanması beklenen alacağın elde edilebilmesine yönelik ihtiyati tedbir istenebilmelidir.

Hakimin ihtiyati tedbir talebi hakkında vereceği, talebin kabulü (tedbir) kararı veya talebin reddi kararı, kararı görevi gereği vermiş olan hakim hakkında bir red sebebi (HMK m.36) olmayacağı açıktır.

a) İhtiyati tedbir kararı verilmesi

Mahkeme, ihtiyati tedbir talebinin incelenmesi (tedbir yargılaması) sonunda, ihtiyati tedbir koşullarının bulunduğu (gerçekleştiği) kanısına varırsa, talebin kabulüne ve ihtiyati tedbire karar verir. HMK m.391'de ihtiyati tedbir kararının (amacını gerçekleştirmek için) ne yönde verilebileceği, örnekleyici bir sayımla belirtilmiş ancak, mahkemenin gerekli tedbirleri alabilmesine bir sınır konulmamıştır¹⁰. Bununla birlikte, tedbir kararının, (örneğin, sadece x tarafından icra dosyasına yatırılan paranın alacaklıya ödenmemesi gibi) açık bir sınırlama getirmesi mümkündür.

Hakimin, ihtiyati tedbir kararı verirken, tarafların yarar dengesini ve tedbirin amacını göz önünde bulundurması gerekli ve zorunludur. Bu nedenle, 391'inci maddenin birinci fıkrasında, **karar verilecek tedbirin, talepte belirtilen sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı önleyecek bir çerçevede olması, bunun dışına çıkmaması şeklinde genel bir ölçüt de konulmuştur.**

İhtiyati tedbir kararının biçimsel içeriği ise m.391,II'de belirtilmiştir. Bu hükme göre,

Tarafların (varsa yasal temsilcisi ve/veya vekilinin) kimlik ve yerleşim yeri ile istemde bulunanın Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; **açık ve somut olarak tedbirin hangi sebebe ve delile dayandığı; açık olarak neyin üzerinde ne tür bir tedbire karar verildiği ve ne tür ve tutarda teminat gösterileceği kararda belirtilecektir.**

Bu (m.391,II) hükümlerle, mahkemenin, tedbire genel ifadelerle ve somut gerekçeler açıklanmadan karar vermesinin, önüne geçilmek istenmiştir. Bu şekilde karar verilmesiyle hem karşı tarafın hakları çiğnenmemiş olacak hem de kararın uygulanmasında sorun (tereddüt) yaşanmayacaktır.

İhtiyati tedbir kararında **mahkeme**, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına (korumaya) alınması veya bir güvenilir kişiye saklanması için verilmesi (yediemine tevdi) ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek **her türlü tedbire karar verebilir.**¹¹

İhtiyati tedbir isteminin kabulü kararına karşı kanun yolu açık değil ise de, Kanun (m.394) tarafından düzenlenmiş koşulların varlığı durumunda karara itiraz edilebilir. İhtiyati tedbir kararına itiraz, yoklukta verilen karara itiraz olabileceği gibi, durum ve koşulların değişmesi nedeniyle itiraz da olabilir.

¹⁰ HMK m.391 Hükûmet Gerekçesinden.

¹¹ İsviçre hukukunda da hakimin (örneğin, İsv. MK m.169) önlemlerin belirlenmesinde geniş takdir yetkisi vardır.

İhtiyati tedbir kararına itiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulması konusu aşağıda incelenecektir.

Yukarıda kısaca değinildiği gibi, kanunlarımızda ihtiyati tedbir kararlarının, teminat (koruma) veya eda yahut düzenleme amaçlı olarak verilebileceğine ilişkin düzenlemeler vardır¹².

Teminat amaçlı ihtiyati tedbirle, dava konusu olan hakkın mahkemece hükme bağlanması sonrasında, hükmün icrası güvence altına alınmak istenir. Örneğin, mülkiyeti uyuşmazlık konusu bir taşınır malın bir güvenilir kişiye teslimi hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesi gibi.

Dava (uyuşmazlık) konusu olan bir hakkın, geçici olarak, mahkemenin verdiği **ihtiyati tedbir kararı ile yerine getirilmesi (ifa edilmesi) söz konusu olabilir.** Örneğin, boşanma davası sırasında tedbir nafakasına karar verilmesinde olduğu gibi. Buradaki ihtiyati tedbir eda amaçlıdır.

Boşanma davası açılınca hakimin, TMK m.169 hükmü uyarınca alacağı geçici önlemler, niteliği itibarıyla geçici hukuki koruma sayılabilirse de, HMK m.389 vd'nda düzenlenen ihtiyati tedbir hükümlerine göre alınmış geçici önlem değildir.

Bununla birlikte, TMK'nda ve diğer kanunlarda (örneğin, İİK'nda) geçici hukuki koruma amaçlı özel kurallar bulunmaktadır. **İhtiyati tedbir koşulları, tedbir talebinin incelenmesi (kararın verilmesi süreci), verilen tedbir kararının etkileri ve tedbirin kendiliğinden kalkması gibi konularda HMK'ya göre farklı (özel) olan bu kuralların öncelikle uygulanacağı açıktır.**

Bu çerçevede, İİK m.72'de düzenlenen ihtiyati tedbire ilişkin kural üzerinde kısaca durmak gerekir. İcra takibi borçlusu tarafından takip alacaklısına karşı açılan menfi tespit (veya istirdat) davasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi ile ilgili bu düzenleme, HMK'nun incelediğimiz kurallarına göre, olağan dışı bir düzenlemedir.¹³ Buna göre, **takipten önce açılan menfi tespit davasında, alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında, ihtiyati tedbir kararı ile takibin durdurulmasına** izin veren kanun koyucu, **takipten sonra açılan davada, takibin durdurulmasına izin vermeyip sadece** gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, **icra veznesine girmiş paranın alacaklıya ödenmesini önleyici tedbir kararı** verilebileceğini belirtmiştir. İİK m.72'de yer alan bu düzenlemenin teminat amaçlı olduğu kadar düzenleme amaçlı olduğu da söylenebilir.

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbir kararı ile, mevcut bir hukuki ilişki hakkında, davanın kesin kararı ortaya çıkıncaya kadar, geçici bir düzenleme yapılır. Boşanma davası devam ederken çocuğun taraflardan birine bırakılmasına karar verilmesinde olduğu gibi.

Bir kez daha vurgulamak gerekirse, hangi tür ihtiyati tedbir kararı verilirse verilsin, karar, geçici hukuki koruma amaçlı olduğu için, nihai kararın (hükmün-kesin korumanın) sonuçlarını doğuracak şekilde verilemez¹⁴.

¹² Bkz, Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., age, s.661.

¹³ Bkz., Umar, B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.1090-1091.

¹⁴ "...Somut olaya bakıldığında; mahkemece, davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi HMK'nun 394/5'e aykırı olup bozmayı gerektirir..." 13 HD'nin 21.03.2012 tarih ve 2615/7420 sayılı kararından.

b) İhtiyati tedbir talebinin reddi kararı

İhtiyati tedbir talebini alan mahkeme, incelemesi (tedbir yargılaması) sonucunda, ihtiyati tedbir koşullarının bulunmadığı kanısına varırsa, ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verecektir (m.391). Mahkeme kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin Anayasa ve HMK hükümlerinin, tedbir talebinin reddi kararları için de uygulanacağına kuşku yoktur.

c) Kanun yolu

İhtiyati tedbir talebinin (isteminin) reddi kararı için kanun yolunun açılması (düzenlenmesi) ile, ihtiyati tedbire ilişkin kuralların sözüne ve özüne uygun olarak uygulanması ve bu geçici korumanın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmış, aynı veya benzer durumda mahkemelerce farklı kararlar verilmesi önlenmek istenmiştir.

Bu (m.391,III) maddede adı geçen kanun yolunun istinaf olduğu, istinaf yoluna başvurulabilen kararlar başlıklı m.341,I' de "İlk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir;" şeklinde ifade edilmektedir. Ancak, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, ihtiyati tedbir isteminin reddi ve ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı, **HMK Geçici madde 3,I uyarınca** kanun yolu olarak temyiz yoluna (Yargıtay'a) başvurulması gerekecektir. Yargıtay'ın bu denetimi temyiz denetimi olarak yapması, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar vermemesi gerekir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin farklı kararı vardır¹⁵.

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı, kanun yoluna başvurma hakkı tanıyan HMK m.391,III hükmü yenidir. Buna göre, İİK'nda düzenlenen ihtiyati hacze paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi halinde kanun yoluna başvurulabilecektir. Bu düzenleme isabetlidir. Zira, ihtiyati tedbir isteminin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulamaması, bu kurumun kötüye kullanılması, farklı mahkemelerce aynı konularda farklı kararların verilmesi gibi bir çok sakıncaya yol açmıştır. **Bu kararlara** (ihtiyati tedbir isteminin reddi ve m.394 üncü maddede düzenlenen ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz hakkında verilen karara) **karşı kanun yolunun açılmasıyla, ihtiyati tedbir konusunda daha isabetli kararların verilmesi ve yeknasaklığın sağlanması** amaçlanmıştır. Ancak, ihtiyati tedbir talebinin incelendiği oturumda (ihtiyati tedbir yargılamasında) iki taraf hazır bulunmuşsa, yani karşı taraf da dinlenmişse, ihtiyati tedbir kararına itiraz imkanı olmadığından (m.394,I), bu karara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır.

Kuşkusuz, kanun yolu denetiminin yapılabilmesi için, **ihtiyati tedbir kararının denetime uygun içerikte ve şekilde (gerekçeli olarak) verilmiş** (HMK m.297-298), usulüne göre **tebliğ edilmiş** ve süresinde **kanun yoluna** (HMK Geçici Madde 3 gereğince temyiz yoluna) **başvurulmuş olması gerekir.** Yargıtay 11.HD'nin bir kararında bu hususlar, isabetli olarak, vurgulanmış¹⁶ ve tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması hakkındaki

¹⁵ Bkz., Karslı, A. Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2011, s.646 dn.1258 ve orada yer alan "...Sonuç: yukarıda açıklanan gerekçe ile....dava dilekçesinde belirtilen ...TL miktarla sınırlı olmak üzere, **ihtiyati tedbir konulmasına**, kararın yerel mahkemesince uygulanmasına.." ifadesini taşıyan, 9.HD'nin 25.10.2011 tarih ve 47825/41222 sayılı kararı.

¹⁶ ...HMK'nun 391/3 maddesi uyarınca ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde kanun yoluna başvurma olanağı getirilmiştir. Ancak temyiz edilen bir kararın Yargıtay tarafından temyiz incelemesinin yapılabilmesi için **öncelikle kararın taraflara usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi ve süresi içerisinde temyiz edilmiş olması gerekmektedir.** Bundan başka, ihtiyati tedbir kararının HMK'nun 391/2 maddesi uyarınca gerekçeli karar şeklinde yazılması gerekmekte olup, esasen Yargıtay denetiminin de gerekçeli karar üzerinden yapılması mümkündür. Anayasa'nın 141. maddesine gör, tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Temyiz edilen kısa karar, bu hususları kapsamadığından, temyiz denetimi mümkün değildir. Bu durumda,

Anayasa'nın 141'inci maddesine yollama yapılarak; incelenen dosyada, “..ihtiyati tedbir kararı talep edilmiş olup, tensip tutanağı ile reddine karar verilmiş, ancak ayrı bir gerekçeli karar yazılmamıştır... teyiz denetimi mümkün değildir... gerekçeli karar yazılmamış olduğundan kararın bozulması gerekmiştir”.. denilmiştir.

Gerekçeli olarak verilmiş ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı yapılan başvuru üzerine, **kanun yolu denetimi, ihtiyati tedbir koşullarının bulunup bulunmadığı konusunda olacaktır**¹⁷. Kanun yoluna başvurulması halinde, ihtiyati tedbirin geçici hukuki koruma özelliğinin gereği olarak, denetim (teyiz) mahkemesinde inceleme öncelikle yapılacak ve verilen karar kesin olacaktır.

4-Teminat gösterilmesi

HMK m.392’de, ihtiyati tedbir talep edenden, kimlerin muhtemel zararlarına karşılık, hangi koşulların varlığı halinde ve ne kapsamda teminat alınacağı veya hangi hallerde ve kimden teminat alınmayacağı hususları düzenlenmiştir. Bu maddede, HUMK’nun 110’uncu maddesi hükmü dili arılaştırılıp, bazı yenilikle yapılarak yeniden düzenlenmiştir.

İhtiyati tedbir istemi incelenirken (ihtiyati tedbir yargılamasında), bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin yeterince incelenmesi için yeterli zamanın olmaması gibi nedenlerle, talebin (ihtiyati tedbir sebebinin bulunduğu iddiasının), yaklaşık ispat ölçüsünde ispatlanmış olmasının yeterli görüldüğü, az da olsa tedbir isteyen haksız olma olasılığı olduğu için, istemde bulunandan teminat alınması gereklidir.

Maddenin birinci fıkrası hükmü uyarınca **teminat, tedbir isteyen haksız çıkması durumunda, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin uğrayacakları olası zararlar için alınacaktır.** Bu teminatın alınması, **kural olarak, zorunludur.** Ancak, tedbir isteyen talebini (istemini), resmi bir belgeye ya da kesin bir delile dayandırmışsa, tedbirde haksız çıkma olasılığı oldukça az olduğundan, ya da durum ve koşullar gerektiriyorsa, **mahkeme, gerekçesini açıkça belirtmek koşulu ile, teminat alınmamasına karar verebilir. Adli yardımdan yararlandıktan da teminat göstermesi istenmez.**

HUMK’nda, Devlet teminattan muaf tutulmuş olmasına karşın, **HMK m.392’de Devletin teminattan muaf olduğuna ilişkin bir hüküm yoktur.** Maddeye ilişkin Hükümet gerekçesine göre, bu değişiklik, özel hukuk ilişkilerinde Devletin kişilerle eşit olduğu anlayışına uygun, hukuk devletinin gereğidir. Ayrıca, bu düzenleme Devletin tedbir talebinde bulunurken “daha sağlıklı düşünmesini” ve Devletin haksız tedbir istediğinin ortaya çıktığı hallerde, kişilerin zararlarını kolaylıkla teminattan alabilmelerini sağlayacaktır. Ayrıca, Devlete karşı dava açılıp alınan hükmün icrasındaki güçlük veya gecikmelerden kişilerin kurtulmasını da sağlayacaktır. Bu gerekçede açıklanan hususların önemli bir kısmı, yaşanan bazı gerçeklerin dile getirilmesi olarak açıklanabilir. Ancak, bir hukuk devletinde bu

mahkemece, ihtiyati tedbir kararının reddine dair karar verilmesi üzerine, HMK’nun 391/2 maddesine uygun olarak, gerekçeli karar yazılmamış olduğundan kararın bozulması gerekmiştir”. 11.HD’nin 30.01.2012 tarih ve 327/1023 sayılı kararından.

¹⁷ “...ihtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından yasanın **390/3 maddesi hükmünde ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, davacının haklılığını ispat konusunda gibi delillere dayanıldığı sabittir.** Öyleyse, mahkemenin ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez. Yerel mahkeme kararının HMK’nın geçici 3/2 maddesi hükmü aracılığı ile HUMK’nun 428. maddesi gereğince bozulmasına...” 1.HD’nin 10.01.2012 tarih ve 436/7 sayılı kararından.

gerekçede ifade edilen hususların gündeme gelmemesi ve Devletten teminat alınmaması gerekir.

Bu nedenlerle teminat alınması, ilke olarak, zorunlu olmasına karşın, teminat alınmamasına karar verilmesi halinde, "takdiren teminat alınmamasına" şeklinde verilecek bir karar, kanuna uygun olmaz; kararın mutlaka gerekçeli olması gerekir.

Aleyhine ihtiyati tedbir talebinde bulunulan (karşı taraf) ve tedbirden etkilenebilecek üçüncü kişilerin yararlarını korumak için teminat alınmakta ise de, teminatın gereğinden uzun süre tutulması da taraflar arasında bulunması (sağlanması) gereken yarar dengesini bozmamalıdır.

Bu nedenle, asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde karşı taraf veya üçüncü kişi tarafından tazminat davası açılmazsa **teminat iade edilir (m.392,I,II)**. **Bu yeni hüküm**, teminatın ne zaman iade edileceği konusundaki tereddüde son vermek amacıyla düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, haksız ihtiyati tedbirden dolayı dava açma zamanasını daha uzun olsa da, teminatın iadesi daha kısa süreye tabi kılınmıştır.

5- İhtiyati tedbir kararının uygulanması

İhtiyati tedbir kararının uygulanması konusunu düzenleyen **HMK m.393 yeni hükümler koymaktadır**. Bu maddede, ihtiyati tedbir kararının **verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde, uygulanmasının talep edilmesinin zorunlu olduğu**, talebin kim (hangi daire) tarafından ve nasıl yerine getirileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

HUMK'nda ihtiyati tedbir kararının uygulanması için bir süre öngörülmemişti.¹⁸ **HMK'nunda ise ihtiyati tedbirin uygulanması ile ilgili, (süre başta olmak üzere), bütün hususlar hakkında düzenleme yapılmıştır**. İhtiyati tedbir, ya var olan durumun korunmasını sağlamak ya da çekişmeli konu hakkında verilecek hükmün yerine getirilmesini güvence altına almak amacı ile alındığından, **geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalması, hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilir; bu durumda, tedbir, amacına aykırı sonuç verebilirdi**.

İhtiyati tedbirin kalkmaması için, süresinde, tedbir kararının uygulanmasının talep edilmesi yeterlidir (m.393,I).

Tedbirin nerede hangi organ tarafından yerine getirileceği m.393,II'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, **ilke olarak**, ihtiyati tedbir, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer **icra dairesi tarafından uygulanır**; mahkeme, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. Bir taşınmazın tapu siciline şerh konulmak suretiyle uygulanacak ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesinde, tedbir kararının mahkeme tarafından tapu idaresine bildirilmesi yeterli olacaktır. İhtiyati tedbirin uygulanmasını isteyen, bunun için gerekli gideri, (örneğin yed-i emin ücretini) ödemek zorundadır. Aksi halde, tedbir kararının uygulanması isteğinden vazgeçmiş sayılır (HMK m.94,II).

İcra dairesi, ihtiyati tedbir kararını uygularken, **kararın aynen yerine getirilmesine dikkat** etmek zorundadır. İhtiyati tedbir kararını uygulayan görevlinin yaptığı işlemlerin, mahkemenin tedbir kararına uygun olmadığı yönündeki şikayet, icra mahkemesine değil,

¹⁸ İİK m.264 de ihtiyati haczi tamamlayan merasim olarak, ihtiyati haczin uygulanmasından itibaren 7 gün içinde takip talebinde bulunmak veya dava açmak zorunluluğu düzenlenmiştir.

kararı veren mahkemeye yapılacaktır.¹⁹ Ancak, İİK m.72 uyarınca, bir icra takibi ile ilgili olarak verilmiş ihtiyati tedbir kararını uygulayan icra dairesinin uygulamasının, mahkemenin verdiği karara uygun olmadığı yönündeki şikayetin ise icra mahkemesine yapılması gerekir.²⁰

HMK m.393,III'de, tedbiri uygulayacak organın bu görevini nasıl yapacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, tedbiri uygulamakla görevli olana, gerektiğinde, zor kullanma yetkisi verilmiştir. Güvenlik güçleri veya köy muhtarından yardım isteyebilir. Kısaca, İİK'nda yer alan haczin uygulanmasına ilişkin kurallara benzer kurallara yer verilmiştir.

HMK m.393,IV'de, tedbirin nasıl uygulandığının bir tutanağa bağlanması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Tutanak düzenlenmesi suretiyle, kararın uygulanmasının HMK hükümlerine ve mahkemenin kararına uygun olup olmadığının denetlenmesi sağlanır. Bu tutanağa, tedbir konusu, bulunduğu yer ve tedbir konusu ile ilgili her türlü iddianın yazılması gerekir. Tedbir tutanağının bir örneği hazır bulunan ilgililere verilir; hazır olmayanlara tebliğ edilir.

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararı ile tedbir kararına itiraz üzerine verilen karar hakkında kanun yoluna başvurulmuş olması, ihtiyati tedbirin uygulanmasını önlemeyeceğinde, tedbirin uygulanmasını mümkün kılmak için, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri, ilgili mahkemeye gönderilir (**m.393,V**).

6- Karara itiraz

HMK'nun 394 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, **karşı taraf** (aleyhine tedbir istenen) **dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir.** İhtiyati tedbir talebi incelenirken (tedbir yargılaması sırasında) dinlenen tarafın, tedbir talebi hakkındaki görüşünü mahkemeye bildirme imkanı olduğu için, tedbire itiraz edemeyeceğinin kabulü gerekir²¹. Maddenin ikinci fıkrası hükmünden de aynı sonuca varılabilir. Olması gereken hukuk bakımından, ihtiyati tedbir talep edenin, talebi kabul edilmiş olmasına rağmen, tedbiri yeterli bulmaması halinde, karara itiraz edebilmesi gerektiği savunulmaktadır.²² Ancak, talep üzerine verilen bir geçici hukuki koruma (ihtiyati tedbir) kararının türünü ve kapsamını belirleyen mahkeme kararının, hukuka uygunluk denetimi dışında, kanun yolu denetimine götürülmesinin uygun olmayacağı kanısındayım.

Mahkemece aksine karar verilmedikçe, itiraz tedbirin uygulanmasını (icrayı) durdurmaz. Başka bir deyişle, itiraz üzerine mahkeme, ihtiyati tedbirin icrası durdurulabilir veya ertelenebilir; yalnız tedbire itiraz, kararın uygulanmasını kendiliğinden durdurmaz.

Karşı taraf dinlenmeden, yani, karşı tarafa hukuki dinlenilme hakkı tanınmadan, verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilmesi, karşı tarafa itiraz imkanının tanınması, hukuki dinlenilme hakkının itiraz çerçevesinde kullanılmasını sağlayacaktır.

¹⁹ Bkz. Yılmaz, E. age, s.1640, dn.17 ; 12 HD 30.09.1999 tarih ve 10287/11357.

²⁰ Bkz., 30.03.2012 tarih ve 2012/12-84/261.

²¹ Ancak, bu maddenin ikinci fıkrasına ilişkin Hükûmet gerekçesine göre, itiraz bakımından, ihtiyati tedbir kararı verilirken duruşma yapılmış veya yapılmamış olması ayırımına gidilmemiştir. Böylece, kendisinin hazır bulunduğu duruşmada dinlenerek karar verilmiş olsa dahi, karşı tarafın itiraz yoluna başvurması mümkündür. Çünkü, itiraz, tedbire karşı başvuru bir hukuki çaredir. Bu çareden, karar verilirken dinlensin veya dinlenmesin karşı tarafı yararlandırmak gerekir. Bu gerekçeyi maddenin lafzı ile bağdaştırmak güçtür.

²² Bkz.,Yılmaz, E. age, s.1643.

HMK m.394,II'de, ihtiyati tedbirin uygulanması sırasında **karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa, uygulanma tutanağının tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin koşullarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir.**

İhtiyati tedbir kararına karşı başvurulmuş bir hukuki çare olan itiraz, kararı veren mahkemeye yapılır. Bu düzenleme ile ihtiyati hacizle paralellik sağlanmıştır.

HMK m.394,III ile ihtiyati haciz kurallarına paralel bir düzenleme yapılarak, **yeni kurallar getirilmiştir.** Buna göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanması nedeniyle yararı açıkça çığnenen (ihlal edilen) üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri (uygulanmasını) öğrenmelerinden itibaren **bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına (m.389) ve teminata** (mahkemenin görev ve yetkisine de olmalı) **itiraz edebilir.** Çünkü, ihtiyati tedbire itiraz hakkı karşı tarafa tanınırken, bu karardan etkilenen üçüncü kişilere itiraz hakkı verilmemesinin haklı gerekçesi olamazdı. **HUMK'nda üçüncü kişileri koruyan bir hüküm yoktu. Bu isabetli düzenlemeye göre** itiraz, kararı veren mahkemeye yapılır ve o mahkeme tarafından incelenip karara bağlanır.

HMK m.394,IV'de, itirazın yapılış ve mahkemenin itirazı inceleme şekli ve itiraz üzerine verilecek karar düzenlenmiştir. Buna göre, itiraz dilekçe ile yapılacak; **itiraz eden itiraz sebeplerini açıkça gösterecek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine ekleyecektir.** Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde gelenleri dinleyerek, hiç biri gelmezse dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verecektir. Çünkü, geçici hukuki korumaya yapılan itirazın kısa sürede incelenip sonuçlandırılması gerekir. **Mahkeme, bu kararı ile tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.**

Maddenin beşinci fıkrası hükmü, yeni olup, ihtiyati hacizdeki hükümlere paralel olarak, **itiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir.** Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

7- Tedbirin teminat karşılığında değiştirilmesi veya kaldırılması

İhtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması, ihtiyati tedbire itiraz yolu ile mümkün olabildiği gibi, aleyhine tedbir kararı verilen kişinin teminat göstermesi suretiyle de olabilir. HMK m.395'de, teminat karşılığı ihtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması düzenlenmektedir. Buna göre:

Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi, mahkemece kabul edilecek **teminatı gösterirse, mahkeme,** duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına **karar verebilir (m.395).**

Teminatın türü HMK m.87 hükmüne göre belirlenir. Teminatın tutarı, tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına göre mahkemece tayin edilir.

HMK m.395 hükmüne dayanılarak yapılan talebin mahkemece incelenip kabul edilmesi üzerine, bu kararın uygulanmasında, (teminatın gösterilmesi ile tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasında) ihtiyati tedbir kararına karşı itiraza ilişkin m.394, III ve IV hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Yani, tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde teminat karşılığında tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını isteyebilirler. Talebi haklı kılan nedenlerin açıklandığı, delillerin de gösterildiği dilekçe ile yapılacak başvuru (talep),

mahkemece, ihtiyati tedbir kararının incelenmesi usulüne göre (taraf lar dinlenerek, mümkün olmazsa dosya üzerinden) incelenip karara bağlanır. Bu karar la tedbir de ğiştirilebilir veya kaldırılabilir.

Bu (m.395) madde hükmüne göre verilen **kararlar**, ihtiyati tedbirin varlığı ve özüyle ilgili olmadığından, haklı olarak, bu kararlara **karşı kanun yolu kabul edilmemiştir**.

8- Tedbirin durum ve koşulların de ğişmesi sebebiyle de ğiştirilmesi ve kaldırılması

HMK'nun 396'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü, HUMK'nun 111'inci maddesinin birinci cümlesi gibidir. Buna göre, durum ve koşulların de ğişt i ği sabit olursa, talep üzerine, **ihtiyati tedbirin de ğiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir.**

İhtiyati tedbirin kaldırılmasında hukuki yararı olan üçüncü kişiler de (m.394,III hükmünün kıyasen uygulanmasıyla) bu konuda talepte bulunabileceklerdir. Talebin şekli ile mahkemenin incelemesi ve kararı, m.394,IV hükmü kıyasen uygulanarak, belirlenecektir.

İhtiyati tedbir, karşı tarafı cezalandırmaya ya da baskı altına almaya de ğil, hakkın korunması amacına hizmet etmesi gereken bir geçici korumadır. Bu nedenle tedbir kararının verilmesinden sonra, tedbirin verilmesini gerekli kılan durum ve koşullarda de ğişiklik olmuşsa, bu de ğişikliğe uygun olarak, talep halinde, gerekçesi ortaya konularak, tedbirin de de ğiştirilmesi ya da kaldırılması gerekir.

Konu, mahkemenin takdirine ba ğlı olduğundan ve hukuki de ğerlendirmeden daha çok, maddi koşullarla ilgili olduğundan, ayrıca, aynı yönde birden çok talepte bulunma olana ğı bulunduğundan, **bu konudaki kararlar hakkında, bu aşamada, kanun yolu kabul edilmemiştir.** İşin esası ile ilgili kanun yoluna başvurulduğunda, bu konudaki kararın da denetlenmesi söz konusu olabilir.

Esasen, ihtiyati tedbirle ilgili olarak, ihtiyati tedbir talebinin reddi ve tedbir kararına itiraz hakkında verilen kararlara karşı, kanun yolunun açılma nedenlerinin başında, ihtiyati tedbirlerle ilgili temel hukuk ve ilke hatalarının önüne ge çme iste ği gelmektedir.

9- İhtiyati tedbiri tamamlayan işlemler

İhtiyati tedbir, bir geçici hukuki koruma olduğundan, hukuki durumun uzun süre askıda kalmaması ve tedbirin karşı taraf üzerinde baskı unsuru olarak kullanılmaması gerekir. Bu nedenle, tedbirin kısa sürede davaya dönüştürülerek, asıl hukuki koruma isteminde bulunulması gerekir.

HUMK'nun ilgili hükmünden farklı²³ ve **yeni olan**, HMK m.397 hükmüne göre, ihtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden, **bu kararın uygulanmasını talep etti ği tarihten itibaren iki hafta içinde** esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir **kendiliğinden kalkar** (m.397,I). Kuşkusuz, ihtiyati tedbirin kalkması dava açma hakkını etkilemez. **İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi**

²³ HUMK m.109'a göre, ihtiyati tedbir kararının kalkmaması için, ihtiyati tedbir uygulanmış olsun veya olmasın kararın verilmesinden itibaren on gün içinde esas hakkında dava açmak gerekiyordu.

belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (m.397,II)²⁴. Ancak, mahkeme, özellikle lehine tedbir kararı verilenin davayı kaybetmesi halinde, bunun aksine, yani, tedbirin esasa ilişkin nihai kararlarla birlikte kaldırılmasına karar verebilir. Nihai karar, usule ilişkin ise, tedbirin kaldırılması kararı verilmeyebilir; hatta görevsizlik veya yetkisizlik kararında olduğu gibi, davanın devamının mümkün olduğu hallerde (HMK m.20), tedbirin kaldırılması kararının verilmemesi gerekir. Davanın açılmamış sayılması durumunda ise tedbir, kalkmış sayılacaktır.

Hakimin, nihai kararın kesinleşmesinden sonra da (örneğin, dava ve tedbir konusu taşınmazın tapuya tesciline kadar) ihtiyati tedbirin devam edeceğine karar vermesi mümkündür; hatta, ihtiyati tedbirle sağlanan geçici hukuki korumanın kesin korumaya dönüşmesi için böyle bir karar verilmesi zorunlu olabilir.

Tedbir kalkmış veya kaldırılmış ise bu husus ilgili yerlere bildirilir (m.397,III). Böylece, tedbirin amacı dışına çıkarak, karşı tarafa (muhatabına) zarar vermesinin önüne geçilmiş olur.

Uygulanmış olan tedbirin, bu şekilde hukuken kalkması üzerine, tedbirin fiilen de kaldırılmasını sağlayacak işlemlerin yapılması, kararı uygulayan icra dairesinden veya yazı işleri müdüründen istenir. Bu konudaki HUMK m. 109 hükmü, HMK m.397'ye alınmamış olsa da, hukuken ortadan kalkmış bulunan ihtiyati tedbirin fiilen de kaldırılmasının tedbiri uygulayandan talep edilmesi doğaldır.

İhtiyati tedbir dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır **(m.397,IV)**. Bu kural, geçici hukuki korumanın, asıl hukuki korumanın güvencesi ve tamamlayıcı bir parçası olduğu ve bu (asıl) korumanın tam olarak gerçekleşmesine katkı yaptığı **düşüncesine uygundur**.

10- Tedbire muhalefet

Mahkemece karara bağlanan ihtiyati tedbirin uygulanmasına engel oluşturabilecek her türlü davranışın önlenmesi gerekir ki, ihtiyati tedbir etkin olabilsin ve tedbirden beklenen yarar sağlanabilsin. Bu amaçla, HMK m.398 hükmü konulmuştur.

Tedbire muhalefetin cezası başlıklı HMK m.398 hükmünün, HUMK'nun 113/A'üncü maddesi hükmüne göre önemli bir farkı yoktur. Bir mahkeme kararı olan tedbire uyulmamasının yaptırımı düzenlenirken cezanın alt sınırı konulmuştur. Yani, maddede, "ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır" şeklinde hüküm konulmuştur. HUMK m.113/A da görevli mahkeme gösterilmemişken, HMK m.398'de görevli ve yetkili mahkeme olarak, ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme belirlenmiştir.

11- Tazminat

Haksız ihtiyati tedbir dolayısıyla zarara uğrayanın, zararının tazmini için tazminat davası açabileceği hakkında, HUMK'nda açık bir düzenleme bulunmamakta idi. Buna rağmen, haksız ihtiyati tedbirin uygulanmasından dolayı zarara uğrayanın, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen haksız fiile ilişkin kurallara göre, tazminat talep edebileceği konusunda, öğretisi ve uygulamada görüş birliği vardı.

²⁴ HUMK m.112'ye göre, mahkeme aksine karar vermedikçe, esas hakkında verilen kararın tefhim veya tebliği ile tedbir kalkmakta idi.

HMK'nun, konuyu düzenleyen, 399'uncu maddesinde, "**lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır** yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise **haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür**" hükmü yer almaktadır. **Kural kısmen yenidir.**

Maddenin lafzından (sözünden), maddede düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu, kurtuluş beyyinesinin de bulunmadığı sonucuna varmak gerekir.

Bu hükümlerle birlikte, ihtiyati tedbirden dolayı **tazminat davasının koşullarını**, TBK m.49 vd'nda düzenlenen haksız fiil hükümlerini de uygulayarak belirlemek gerekir. Buna göre, **ihtiyati tedbir kararının uygulanmış olmasından veya uygulanmamış olsa bile tedbir kararının verilmesinden, zarar doğmuş olmalı, ihtiyati tedbirin haksız olduğu anlaşılmalı, haksız ihtiyati tedbirden zarar doğmalı, bu zararlar haksız tedbir arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.**

İhtiyati tedbir uygulanmış, fakat tedbir kararı alıp uygulatan taraf davayı kaybetmişse, tazmin edilecek zarar, haksız fiilin uygulanmış olması yüzünden uğranılan zarardır. İhtiyati tedbir, teminat gösterilerek kaldırılmış, lehine tedbir kararı verilmiş taraf davada haksız bulunmuşsa, ihtiyati tedbirden zarar görenin isteyebileceği zarar, teminat göstermek zorunda kalmış olmasından dolayı uğradığı zarardır.

Lehine ihtiyati tedbir kararı verilenin tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu, açtığı davanın esastan reddi ile (hakkının bulunmadığına ilişkin hükümlerle) sabit olacaktır. Ancak, hüküm kesinleşmeden, ihtiyati tedbirin haksız olduğu kesin olarak uygulanamaz. Bu nedenle, lehine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan taraf, asıl dava kesin hükümlerle sonuçlanmadan, diğer koşullar mevcut olsa bile, tazminat ödemeye mahkum edilemez.²⁵ Asıl davanın kısmen de olsa kabulüne karar verilmişse, ihtiyati tedbir kararı haksız sayılmamalıdır.

Tedbir kararının kendiliğinden kalkması (m.397,I) veya itiraz üzerine kaldırılması (m.394,IV) halinde, ihtiyati tedbir haksız sayılacak; tazminat sorumluluğunun diğer koşullarının varlığı halinde, m.399 hükümlerine göre dava açılacaktır.

Tazminat talebinde bulunacaklar ise, tedbir kararının alınması ya da uygulanması nedeniyle zarar gören **karşı taraf veya üçüncü kişilerdir**. Ayrıca, tedbir uygulanmamış olsa bile, bu kişiler, tedbirin uygulanmaması ya da kaldırılması için **teminat** göstermişlerse (bundan dolayı uğradıkları zararın tazmini için) tazminat talep edebilirler.

Tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır (m.399,II). Esas hakkında karar verilmediği hallerde doğan zarar için açılacak davada görevli mahkeme, tedbir kararını veren mahkeme olacaktır. Çünkü, her iki olasılıkta da görevli mahkeme aynı kurala (m.390,I) göre belirlenmektedir. İhtiyati tedbir dosyası kendisinde olan mahkemenin tazminat davasında da görevli kılınması isabetlidir.

Tazminat davasının kabulüne karar verilmesi halinde, tazminat davası davacısı, alacağını, (tazminatını) öncelikle tedbir talebinde bulunanın gösterdiği teminattan alır.

Tazminat davası açma hakkı, lehine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olanın haksızlığına ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrar (m.399,III). Madde hükmü konulurken, bu davanın özellikleri dikkate alınmış, TBK m.72' de iki yıl olarak düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi,

²⁵ Bkz., Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, İstanbul 2001, s.4378.

açıkça ve farklı şekilde (bir yıl olarak) düzenlenmiştir. Her iki maddede (HMK 399 ve TBK m.72'de) düzenlenen zamanaşımı süresinin başlangıcı da farklıdır.

Ayrıca, **m.392,II'ye göre, asıl davaya ilişkin kararın kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmazsa teminatın iade edileceğinin de dikkate alınmasında yarar olacaktır.**

III- Delil Tespiti

1- Genel olarak

Delil tespiti, açılması düşünülen bir davada başvurulacağı öngörülen veya açılmış olmasına rağmen henüz delil inceleme safhasına gelinmemiş bir davada, delillerin, bazı koşulların varlığı halinde önceden toplanması ya da güvence altına alınmasıdır. Başka bir deyişle, **delil tespiti, Kanunda (m.400) öngörülen koşulların varlığı durumunda, delillerin önceden toplanmasını, güvence altına alınmasını sağlamak için alınan geçici hukuki koruma önlemidir;** bir tür ihtiyati tedbirdir.

Delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolması yahut ileride toplanmasının daha zor olması söz konusu ise, hukuki yararı korumak amacıyla, delilin önceden tespiti istenebilir.

Yani, **delil tespiti talebi, bir dava değildir; açılacak veya açılmış bir davanın önceden yapılmış işlemidir.** Bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin olan tespit davası ile delil tespiti farklı iki kurumdur. Delil tespitinin konusu, maddi vakıalardır (olay ve olgulardır). Maddi vakıalar ise tek başına tespit davası konusu olmaz (m.106,III).

Tespit davasının dava sebebinin ispatı için başvurulacak bir delilin de tespiti istenebilir. Delil tespiti bir geçici hukuki korumadır. Tespit davasının konusu ise hukuki işlemdir (ilişkidir).

Delil tespiti dava olmadığından, tespitten sonra açılacak dava için yaptırılmış olsa bile ve delil tespiti dosyası sonradan açılan davanın dosyasının parçası sayılmasına rağmen, dava konusu hakkındaki zamanaşımını kesmez.²⁶

Delil tespiti, ihtiyati tedbirden de farklıdır. İhtiyati tedbir, dava konusu hakkında bir geçici hukuki koruma olmasına karşın, delil tespiti davada başvurulması düşünülen delilin önceden tespitini sağlayan geçici hukuki korumadır. Ağır hasta tanığın ifadesinin mahkemece alınıp tutanağa geçirilmesinde olduğu gibi.

2- Delil tespiti koşulları

Delil tespitinin istenebileceği haller **HMK m.400'de** düzenlenmiştir. Buna göre, **taflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan delillerin tespitini isteyebilir.** Dava açılmadan önce ise, ileride dava açacak olan taraf, açacağı davayı somut olarak belirterek, bu davada dava sebebi olarak göstereceği bir vakianın (olay ya da olgunun) ispatını sağlamak amacıyla, keşif yapılması, tanık ifadesinin

²⁶ Bkz., Umar, B., age, s.1123; delil tespitinde görevlendirilmiş olan bilirkişinin davada da bilirkişi görevlendirilebileceği hakkında, s.1124.

alınması ya da bilirkişi incelemesi yaptırılması **gibi işlemlerin** yapılmasını (delil tespitini) talep edebilir (m.400,I)²⁷.

Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen haller dışında, **delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır.** (400,II). Örneğin, derdest veya açılacak davada tanık olarak dinlenecek kişinin ağır hasta olması, delillerin inceleneceği dava safhasına gelinmeden tanıklık yapamayacağından endişe edilen hallerde, tanığın ifadesinin tespit edilmesinde hukuki yarar vardır. Başka bir deyişle, HMK m.400 hükümlerine göre, hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut toplanmasının (elde olmasının) daha zor olacağı durumlarda, delil tespiti isteminin koşulu olan hukuki yararı korumak amacıyla, delil önceden (inceleme sırası gelmemiş delil) toplanır.²⁸

Bu hükümler esas itibarıyla HUMK'nun 368 ve 369'uncu maddeler hükümlerinden farklı değildir. HUMK'nun 368 inci ve 369'uncu maddelerindeki düzenlemeler, delil tespitinin istenebileceği durumlara ilişkin olup, bu maddeler hükümleri **HMK'da tek bir madde (m.400) içinde, iki fıkra olarak düzenlenmiştir.** Yani, bu düzenlemenin HUMK'ndaki düzenlemeden özü itibarıyla bir farkı bulunmamaktadır.

Tespit edilen (toplanan) delile, delil tespiti yaptıran taraf gibi diğer taraf da dayanabilir (m.405). Çünkü delil, davada yapılacak işlemin önceden yapılması suretiyle dosyaya girmiştir; sadece tespit yaptıranın başvurabileceği bir delil değil, mahkemenin değerlendireceği bir delildir.

3- Görevli ve yetkili mahkeme

HMK m.401'de delil tespiti için görevli ve yetkili mahkeme belirtilmiştir. İhtiyati tedbirde görevli ve yetkili mahkemeyi gösteren HUMK m.370'de yer alan hükmün yerine geçmek üzere yapılan bu düzenlemeye göre, **henüz dava açılmamışsa delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden** veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan **şeyin bulunduğu** veya tanık olarak dinlenecek **kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden** istenir.

Bu (**HMK m.401**) madde, (dava açılmamış ise en seri ve en az giderle delilin tespitinin mümkün olduğu mahkeme veya sulh hakimidir; hükmünü taşıyan **HUMK m.370** hükmünden) **farklı olarak, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkemeyi açık bir şekilde belirleyerek, bu hükme uyulmamasının yaptırımını da göstermektedir.** Buna göre, dava açılmadan önce delil tespiti yetkisiz mahkemeden istenirse, yetki itirazında bulunmak suretiyle bu istemin o mahkemece yerine getirilmesi önlenemez. Ancak, yetki itirazı yapılmamışsa veya sonuç alınamamışsa, **esas hakkında açılan davada, delil tespitinin yetkisiz veya görevsiz mahkemede yapıldığı ileri sürülemez (m.401,III).**

Dava açıldıktan sonra yapılan delil tespiti, yalnız davayı gören mahkemeden talep edilebilir; dava açıldıktan sonra, delil tespiti hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir (**m.401,IV**). Başka bir mahkemece yapılan delil tespiti geçersizdir. Ancak, davayı gören mahkemenin koşullarının varlığı halinde, delil tespiti konusunda da istinabe yoluna başvurulabileceği kanısındayım (bkz.,m.197,II)²⁹.

²⁷ Benzer düzenleme, HUMK m.368'de de mevcuttu. 22.03.1976 tarih ve 1/1 sayılı İBK da aynı yöndedir.

²⁸ HMK m.400'e ilişkin Hükümet gerekçesinden.

²⁹ 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca Noterlerin yapacağı **vakia tespitine** ilişkin hükümler saklıdır (HMK m.401,II).

4- Delil tespiti talebi ve karar

HUMK m. 371'inci maddesi hükmüne karşılık düzenlenen **HMK m.402** hükmüne göre, delil tespiti istemi dilekçe³⁰ ile olur. Üç örnek olacak **dilekçede, tespiti istenen vakıa, tanığa veya bilirkişiye sorulması istenen sorular, delil tespitini gerekli kılan nedenler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin adı, soyadı ve adresi (yerleşim yeri) yer alır.** Tespit isteminde bulunan, durum ve koşulların imkan vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa istemi (talebi) geçerli sayılır (**m.402,I**).

Mahkeme tarafından belirlenen, tespit giderleri avans olarak ödenmedikçe ve başvurma ve karar harcı ödenmedikçe sonraki işlemler yapılmaz (**m.402,II**). Davacı, aynı dilekçe ile hem davasını açıp hem de davada başvuracağı delilin tespitini isteyebilir. **Delil tespiti giderlerinin** kime yükletileceği, dava giderleri ile birlikte, yargılama giderlerinin bir kalemi olarak, dava sonunda mahkemece hükme bağlanacaktır.

Mahkeme, delil tespiti koşullarının mevcut olduğuna kanaat getirip, onu kuvvetle muhtemel görüp, delil tespiti talebini haklı bulursa, **mahkemenin vereceği karar, dilekçe ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Bu tebligatta,** ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespit in icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir (**m.402,III**). **HMK m.402,** HUMK m. 371 hükmüne bazı ekler yapılarak, daha açık yazılmış şeklindedir.

Delil tespiti talep edenin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde (**acele hallerde**), karşı tarafa bildirim (tebligat) yapılmadan da delil tespiti yapılabilir (**m.403**). Bu olasılıkta, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve ekleri ile varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. **Karşı taraf** tebliğden itibaren **bir hafta içinde** delil tespiti kararına **itiraz edebilir**³¹. **İtirazın** delili tespit eden mahkemece incelenip karara bağlanması gerekir. Bu şekilde, karşı tarafa hukuki dinlenilme hakkı sağlanmış olur.

Tebliğ ancak dava sırasında yapılabilmişse, itirazın dava sırasında da yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Aksinin kabulü usul ekonomisi ilkesine (m.30) ve hakim in, delili serbestçe takdir edeceği ilkesine (m.198) aykırı olur. Bu olasılıkta da itirazı, davayı gören mahkemenin değerlendirecektir.

Karşı tarafa tebliğ edilmemiş ve karşı tarafın itiraz hakkını kullanma olanağı bulunmadığı tespit olunmuş delil (delil tutanağı), davada delil olarak değerlendirilemez.

Mahkeme delil tespiti talebini haklı bulmazsa, talebin reddine karar verir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz ise de, durum ve koşulların değiştiği gerekçesi ile yeniden delil tespiti istenebilir.

HMK m.404'de, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler (örneğin, HMK m.216-222; 242, 243, 245, 247-265; 266-281, 288-292) uygulanır; hükmü konulmuştur. Bu **kural yenidir.**

³⁰ Bkz., Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E. age, s.582.

³¹ İtiraza uğramış olan delil tespiti raporunun hükme esas alınamayacağını ifade eden Yargıtay 13.HD'nin 01.03.2004 tarih ve 12536/2337 sayılı kararında, "... mahkemece yeniden deliller mevcut ise mahallinde keşif yapılmak suretiyle, değilse dosya üzerinde, tespit raporu da değerlendirilerek taraf ve Yargıtay denetimine açık şekilde bilirkişi raporu alınmalı, sonucuna göre karar verilmelidir..." denilmektedir. Bkz., Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., age, s.679 dn.421.

Delil tespiti dosyasının, asıl dava dosyasının eki sayılacağı ve o dosya ile birleştirileceği, asıl davanın taraflarının her birinin iddia ve savunmasını ispat için bu tutanak ve raporlara dayanabileceği, **m.405’de düzenlenmiştir. Bu maddede yapılan düzenleme, HUMK m.374’den daha kapsamlı bir düzenlemedir.**

IV- Diğer geçici hukuki korumalar (m.406)

Mahkemece, gerekli görülen durumlarda, mal ve haklarla ilgili defter tutulmasına ya da mühürleme işleminin yapılmasına karar verilebileceği, Kanunlardaki ihtiyati haciz, muhafaza tedbirleri gibi geçici hukuki korumalara ilişkin hükümlerin saklı olduğu **m.406’da düzenlenmiştir.** Yeni ve kapsamı geniş bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile, HUMK m.546-552 ve 553-560’da yer alan kuralların bir araya getirilmiş şeklidir; denilebilir.

HMK’nun “Geçici Hukuki Korumalar” başlıklı 10’uncu kısmında yer alan kurallar incelendiğinde, yalnız ihtiyati tedbir talebinin reddi kararı (m.391,III) ile ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz hakkında verilen karara karşı (m.394,V), kanun yoluna başvurulabileceğinin düzenlendiği görülür. Başka bir deyişle, delil tespiti kararına karşı veya delil tespiti talebinin reddi kararı hakkında kanun yoluna başvurulamaz. Delil tespitine ilişkin karar, nihai karar olmadığı için bu düzenleme isabetlidir.

Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ejder Yılmaz*

A) Genel Olarak

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanunundan (TTK) önce yürürlükte bulunan 1956 tarihli 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanununun (eTTK) 82 ilâ 86'ncı maddeleri arasında düzenlenen "Ticari defterlerin ispat kuvveti" hakkındaki hükümler, yeni Türk Ticaret Kanununa alınmamıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel Gerekçesinde¹, "Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan **ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir**. Ticari defterler, doğal olarak, **mahkemenin takdirine bağlı delil** olma niteliklerini korumaktadır" denilmiştir.

6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 222'nci maddesi ile ilgili TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesinde ise, şu ifadeye yer verilmiştir: "... Türk Ticaret Kanununun ticari defterlerle ispat konusunu düzenleyen 82 ilâ 86'nci maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu durum, uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır. Çünkü, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar **senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta** ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında senetle ispat mecburiyetine ilişkin usul hükümleri muhafaza edilmiştir. Bu sebeple, **ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır**. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmiştir. Türk Ticaret Kanununda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin maddeler dil ve sistematik bakımdan zor anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına ilâve edilen bu hüküm, doktrin ve kazai içtihatlarda yapılan tasnif dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının "ticari defter" kavramını değiştiren 64 ve devamındaki maddeler dikkate alınarak "tasdike tâbi olmayan defterler" kavramı metinden çıkarılmış ve "işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler" kavramı metne dahil edilmiştir. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak, **tamamlayıcı yemine** ilişkin düzenlemeler ticari defterlerle **ispat usulünden çıkartılmıştır**".

B) Hukuk Muhakemeleri Kanununun 222'nci Maddesinin Değerlendirilmesi

"Ticari defterlerin ispat kuvveti"ni düzenleyen eTTK m.82-86 hükümleri, kolayca anlaşılır nitelikte değildi. Bu hükümler, öğretilerde ve Yargıtayın elli yılı geçen uygulamasında belli sisteme kavuşturulmuş ve belli ilkeler ortaya çıkmıştı.

* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sayı: 96

Yeni Türk Ticaret Kanununa alınmayan eTTK m.82-86 hükümleri, aşağıda belirtilecek bazı farklılıklar bir yana bırakılırsa, esas itibarıyla, benzeri şekilde HMK m.222 hükmü haline getirilmiş ve daha önce (öğretide ve Yargıtay uygulamasında) kabul edilmiş olan ilkeler bu yeni metinde dikkate alınmıştır.

eTTK m.82-86'da ve şimdi HMK m.222'de yer alan ticari defterlerle ispat konusu, genel olarak HMK tarafından düzenlenen ispat hukuku ve delillerle ilgili kuralları ortadan kaldırmamaktadır. İspat yükü kendisine düşen tacir, diğer bir tacirle, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili bir uyuşmazlıkta, iddia veya savunmasını mutlaka ticari defterler ile ispat etmek zorunda değildir. Bu kendisine tanınmış olan bir haktır. Taraf iddiasını, isterse ticari defterleri ile ispatlar, isterse diğer delillerini sunar, isterse hem ticari defterleri hem de diğer delilleri birlikte kullanır².

I- Defter Yemini Kaldırılmıştır

eTTK m.83, mahkemenin, defter içeriğini **sahibi lehine delil** olarak görmesi halinde, **kanaati kuvvetlendirmek için**, defter sahibine, **o kaydın doğru olduğuna** ve davacının davalıda yerine getirilmesi gereken hakkı bulunduğu dair **yemin vermesi** ile davada hasmın defterine delil olarak dayanılması ve ancak **hasmın defterini ibraz etmemesi** üzerine **iddiasının doğruluğu** hakkında **ibraz talebinde bulunan tarafa yemin vermesini** düzenlemekte idi.

Uygulamada bu yemine, "**defter yemini**" de denilmekte idi³.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı (eski) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda, **kati yemin** (tarafın tarafa teklif ettiği yemin -HUMK m.344-354-) ve **tamamlayıcı yemin** olarak da adlandırılan resen teklif olunan yemin (hâkimin tarafa teklif ettiği yemin) (HUMK m.355-362) **ayırımı** vardı⁴. 6100 sayılı (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, yemin delilini (kesin delil olarak) korumakla birlikte, **tamamlayıcı** (hâkimin tarafa resen teklif ettiği) **yemin müessesesini benimsememiştir**⁵.

HMK m.222'nin gerekçesine göre de; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak tamamlayıcı yemine ilişkin düzenlemeler ticari defterle ispat usulünden çıkartılmıştır".

II) Ticari Defterlerin Delil Değeri

eTTK m.82'nin kenar başlığı, "**kat'i delil**" şeklinde idi. Bu sebeple, şartlarının gerçekleşmesi halinde ticari defterler, ticari davalarda, sahibi lehine veya sahibi aleyhine; (tanık, şahit, bilirkişi, keşif, uzman görüşü gibi) takdirli delil olarak değil, (ikrar, senet, yemin ve kesin delil gibi) hâkimi bağlayan ve o delil çerçevesinde karar vermesini gerektiren **kesin** (kat'i) **delil** olarak anlaşılmakta idi.

² Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1993, s.103; ayrıca bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 2, İstanbul 2001, s.2441.

³ Bkz. bu konuda: Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 1. Baskı, Ankara 1989, s.191-200.

⁴ Yılmaz, Yemin 1. Baskı, s.49 vd, 161 vd.

⁵ "Tamamlayıcı yemine Tasarıda yer verilmemiştir. Takdirli delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, hâkimin kanaatini yemin ile değil, diğer delillerle tamamlanması kabul edilmiştir" (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasa yılı:3, S. Sayısı 393). Ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara 2012, s.42.

HMK m.222'de ise, ticari defterin kesin delil mi, yoksa takdiri delil mi oluşturacağı konusunda (eTTK m.82'deki gibi) açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁶.

Ticari defterlerin sahibi lehine veya sahibi aleyhine delil olması ihtimallerinde, aşağıda görüleceği üzere, HMK m.200 ve devamındaki "senet ve senede karşı senet kurallarını (senede karşı tanık dinletme yasağını)" düzenleyen hükümler gereği, HMK m.222'de ön görülen delil de, eTTK m.83'de açıkça belirtildiği üzere, **kesin delildir**. Nitekim, TTK'nun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında da, "**Ticari davalarda da deliller** ile bunların sunulması 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HMK m.447 hükmü doğrultusunda şimdi **HMK**), **hükümlerine tâbidir**" denilmektedir.

Yeni TTK Tasarısının, eTTK m.82-86 hükümlerinin (yeni) TTK'na alınmama nedenini belirtilen gerekçesinde yer alan; "Ticari defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır" ifadesindeki, "**mahkemenin takdirine bağlı delil**" ibaresi, eğer bilinçli olarak kullanılmış ise, bu görüşe katılmamaktayım.

III- Ticari Defterlerin Ticari Davalarda Delil Oluşturması ve Ticari Defterlerin İbrazı (HMK m.222,1)

HMK'nun 222'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Mahkeme, **ticari davalarda** ticari defterlerin **ibrazına kendiliğinden veya** taraflardan birinin **talebi** üzerine karar verebilir".

Bu hüküm, "hukuki uyuşmazlıklarda ibraz" kenar başlığını taşıyan ve "Ticari uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı gerçek veya tüzel kişi bile olsalar, tarafların **ticari defterlerinin ibrazına, resen** veya taraflardan birinin **istemi üzerine** karar verebilir" diyen, TTK m.83,1 hükmünün tekrarı niteliğindedir.

Bu arada belirtmek gerekirse; TTK m.83,2'ye göre, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HMK m.447 hükmü doğrultusunda şimdi HMK'nun), yargılamayı gerektiren davalarda hazırlık işlemlerine ilişkin hükümleriyle **senetlerin ibrazı zorunluluğuna** dair olan hükümleri ticari işlerde de uygulanır". Bu hüküm de yukarıda (II'de) belirttiğim üzere, TTK m.4,2'de yer alan "**Ticari davalarda da deliller** ile bunların sunulması HMK'nun (şimdi: **HMK'nun**) **hükümlerine tâbidir**" hükmüne paraleldir.

1) "Ticari Davalar"

HMK m.222 hükmü çerçevesinde ticari defterler, kural olarak, **ticari davalarda⁷ delil oluşturabilir**. Bu sebeple, "**ticari dava**"nın ne olduğunu belirlemek gerekir. **Ticari dava** (ve 6635 sayılı Kanun ile TTK m.4'e eklenen ifade sonucunda: "**ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri**") tâbiri, TTK m.4'de (karş. eTTK m.4) tanımlanmıştır. Ticari davaları, mutlak ticari davalar ve nisbi ticari davalar olarak ikiye ayırmak mümkündür⁸.

Mutlak ticari davalar, esas itibarıyla TTK m.4,1'de sayılmıştır. Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; **Türk Ticaret Kanununda** düzenlenen davalar, **ticari davadır** (TTK m.4,1/b).

⁶ Bu durum hakkında bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.690 vd; Abdürrahim Karslı, Medenî Muhakeme Hukuku ders Kitabı, İstanbul 2011, s.524.

⁷ eTTK m.82'de yer alan "**ticari işlerden dolayı** tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında **çıkan ihtilâflar**" ibaresi, öğretilerde eleştirilmekte ve bunun yerine "iki tacir arasındaki **ticari davalar**" ibaresi önerilmekte idi (Reha Poroy, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1977, s.137). HMK m.222,1'in buna uyduğu anlaşılmaktadır

⁸ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012, s.172 vd.

Bunun dışında; her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın (TTK m.4/ başlangıç cümlesi); Türk Medeni Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde (TTK m.4,1/b); Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447 yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde (TTK m.4,1/c); fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta (TTK m.4,1/d); borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde (TTK m.4,1/e); bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde (TTK m.4,1/f) öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları **ticari dava** sayılır.

Mutlak ticari davalar, TTK m.4'de sayılanlardan ibaret değildir. Başka kanunların gösterdiği mutlak ticari davalar da vardır. Örneğin Kooperatifler K. m.99'a göre, "Bu Kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tâcir olup olmadıklarına bakılmaksızın (mutlak) ticari dava sayılır".

Nisbi ticari davalara gelince: TTK'nun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari iş sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır (TTK m.4,1). Bu hükme göre, bir ticari davanın nisbi ticari dava sayılabilmesi için, kural olarak, davanın her **iki tarafının** da **tacir** olması ve dava konusu uyuşmazlığın her iki tarafın da **ticari işletmesiyle ilgili** bulunması gerekir. Bu sebeple, **tarafardan biri tacir değilse** o dava ticari dava olarak nitelendirilemez. Bunun gibi, iki taraf tacir dahi olsa, dava konusu uyuşmazlık taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili değilse, o dava ticari dava değildir.

Havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar da, taraflarının tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın, taraflardan herhangi birinin ticari işletmesi ile ilgili ise, nisbi ticari dava olarak kabul edilir. Bu çerçevede, örneğin bir yazarın eserinin, onun iznini almadan sahnelenmesi sebebiyle tiyatro sahibine karşı açılan dava, taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olduğu için ticaridir. Buna karşılık, bir bilim adamının eserinin üzerine kendi adını koyarak yayımlayan başka bir bilim adamına karşı açtığı dava, tarafların ticari işletmesiyle ilgili olmadığı için ticari dava değildir⁹.

Haksız fiillerden doğan davaların ticari sayılabilmesi için, uyuşmazlık konusu haksız fiilin, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması (ve ticari işletme sahibi bulunmaları sebebiyle iki tarafın da tacir olması) gerekir. Buna karşılık TTK'nda düzenlenmiş bulunan haksız fiillerden (örneğin haksız rekabetten, çatmadan vb) doğan davalar, tarafların sıfatlarına bakılmaksızın mutlak ticari davadır (TTK m.4,1/a)¹⁰.

2) HMK m.222 (eTTK'nun 82-86) Hükümlerinin Uygulanacağı Ticari Davalar

Ticari defterlerin delil olmasına ilişkin hükümler (yeni davalarda: HMK m.222 hükmü; eski davalarda: eTTK m.82-86 hükümleri), **her türlü ticari davada değil**, kural olarak¹¹, **tacirler arasında ve her iki tarafın ticari işletmesi** ile ilgili davalarda uygulanır¹².

⁹ Sabih Arkan, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.103-104.

¹⁰ Arkan, s.105.

¹¹ Örneğin bkz. HMK m.222,5.

¹² Hayri Domaniç, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1976, s.173.

Bunun esas nedeni, anılan hükümlerin uygulanacağı davalarda ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için, “**davanın her iki tarafının da ticari defter tutma yükümlülüğüne tâbi olması**” (başka ifadeyle, tâcir olması veya tâcir sayılması)¹³ ve “**davanın her iki tarafın da ticari defterlerine geçirmesi gereken bir ticari işlemde kaynaklanması**”¹⁴ şartlarının aranmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenlerle, aksine istisnai yasal düzenleme bulunmadıkça (örneğin HMK m.222,5 gibi)¹⁵, iki tarafı veya sadece bir tarafı tacir olmayan ticari davalarda, ticari defterlerin, HMK m.222 (ve eTTK m.82-86) hükümleri anlamında ispat kabiliyeti yoktur¹⁶. Bu davalarda ticari defterler, yalnızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde anlam ifade ederler.

3) “Ticari Defterler” ve “İbraz”

Tacir olmanın sonuçlarından biri de, defter tutma yükümlülüğüdür. (26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunla değişik) TTK m.64’e göre; “Her tacir, **ticari defterleri tutmak** ve defterlerinde, ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak **zorundadır** (Fıkra 1). Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda **saklamakla yükümlüdür** (Fıkra 2; ayrıca bkz. TTK m.82). Fiziki ortamda veya elektronik ortamda tutulan **ticari defterlerin nasıl tutulacağı**, defterlere kayıt zamanı, onay yenileme ile açılış ve kapanış **onaylarının şekli** ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığınca müştereken çıkarılan tebliğle belirlenir” (Fıkra 4).

Hangi tacirin ne gibi defterler tutacağı¹⁷, inceleme konumuzun dışındadır¹⁸. Ancak, HMK m.222 anlamında delil olarak kabul edilecek olan defterlerin, yalnızca **onaya tâbi olan defterler** olduğunu¹⁹ vurgulamak isterim. Bu açıdan eTTK m.82’de yer alan ve HMK m.222’ye alınmayan, “tasdike tâbi olmayan defterler tasdik edilmiş olan ilgili defterlerle birlikte delil olarak kabul olunur” ibaresi, tereddütleri ortadan kaldırır nitelikte idi²⁰.

Öğretiye göre, ticari defterler, kural olarak, **tek başına delil değeri** taşırlar. Başka bir ifadeyle, ticari defterler delil olarak kullanılırken, defterlerdeki kayıtların **dayandığı belgelerin de ayrıca ibrazına gerek yoktur**. Örneğin yevmiye defterine her kaydın dayandığı belgelerin türü ve varsa tarih ve numaraları yazıldığından, yevmiye defterindeki bu kayıt yeterli olup, ayrıca dayanak belgenin ibrazına gerek yoktur. Yine öğretiye göre, belgelerin de ibrazı istenmiş olsaydı, ticari defter tutulmasının ve defterlerle ispat usulünün

¹³ Arkan, s.351-352; Kuru, s.2466-2469.

¹⁴ Arkan, s.352; Kuru, s.2469-2470.

¹⁵ Ayrıca bkz. Domaniç, s.175-178.

¹⁶ Domaniç, s.173.

¹⁷ TTK m.64,3’de, yalnızca “yevmiye defteri, defteri kebir” ve “Envanter defterinin adı geçmektedir. Aynı hükme göre, pay defteri, yönetim kurulu defteri, genel kurul defteri ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de tutulması gerekli defterlerdendir. Bunların da ticarî defter sayılmasının amacı, uygulamada başta ispat konusunda olmak üzere önemli işlevler yüklenen söz konusu defterlere ciddiyet kazandırmak ve onları ticarî defterlere uygulanan (açılış-kapanış onayı gibi kurallara (TTK m.64,3) tâbi kılmaktır (Arkan, s.336-337).

¹⁸ Bu konuda bkz. Arkan, s.333 vd.

¹⁹ Poroy, s.137.

²⁰ Bu konuda ayrıca eTTK m.1465’te şu hüküm de vardı: “Bir tacir işletmesinin mahiyet ve önemini gerektirdiği **bütün defterleri tutmuş olduğu** takdirde, 66’ncı maddenin 1 ilâ 3 numaralı bendinde yazılı defterleri tutmuş olsa bile, **fiilen tutmuş olduğu defterlerin kayıtları**, ancak **aleyhine delil teşkil edebilir**”.

bir anlamı kalmazdı. Kaldı ki, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazı zorunluluğunun aranmamış olması, iddiasını defterleriyle ispatlamak isteyen tacirin hasmını da güç durumda bırakmaz. Zira tacir olması gereken bu kişi de, karşı tarafın defter kayıtlarını kendi defterleri ve elindeki belge ve diğer delillerle çürütmek olanağına sahiptir²¹. Bu görüşe katılmakla birlikte, ticari defterlerin yeterince açık olmaması ve çelişik kayıtlar içermesi halinde, ispat yükü kendisine düşen tarafın, iddiasını ispatlayabilmek için pratik açıdan dayanak belgeleri de sunmak zorunda kalabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim, Yargıtayın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır²².

Bu vesileyle belirtmek gerekirse, “**ibraz**” kelimesi yargılama hukukunda, (genel olarak) “**mahkemeye sunma**” anlamındadır. Oysa ticaret hukukunda ticari “**defterin ibrazı**”, çeşitli düşüncelerle defterin tümünün değil, yalnızca bazı kısımlarının sunulması anlamındadır²³.

Ticari defterlerin **ibrazı** konusundaki açıklamalarımı bitirmeden, m.222,1’de (ve TTK m.83,1’de) yer alan “**mahkeme**, ticari defterlerin ibrazına **kendiliğinden karar verebilir**” ibaresi üzerinde özellikle durmak isterim. Bilindiği üzere, hukuk yargılamasında, “**tarafarla getirilme (hazırlama) ilkesi**” (HMK m.25) geçerlidir ve “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. **Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim kendiliğinden delil de toplayamaz** (HMK m.25)”²⁴.

Ortada, kendiliğinden araştırma ilkesi bulunmadıkça, hâkimin kendiliğinden delil toplayamayacağı dikkate alındığında; özel hukuk (ticaret hukuku) ile ilgili olması hasebiyle HMK m.222,1’deki hüküm, “**tarafarla getirilme ilkesi**”nin istisnası olarak da nitelenemeyeceği kanısındayım.

²¹ Poroy, s.137; Arkan, s.353.

²² “Ticari defterlerinin davacı yararına delil olarak kabul edilebilmesi için, usulüne uygun tasdikın mevcut olması dahi **tek başına yeterli değildir**; defterlerdeki kayıtların **dayanağını oluşturan belgelerin de mevcut olması** ve yine TTK’nun ilgili diğer hükümlerinde aranan öteki koşulların da gerçekleşmiş bulunması şarttır. Bir tacirin ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmadığı için lehine delil olarak kabul edilemediği hallerde dahi, eğer, ileri sürülen alacağın varlığı dayanak belgelerle kanıtlanabiliyorsa, hüküm altına alınması gerekir. Somut olayda davacı, ticari defterler yanında, faturalar ve sevk irsaliyelerine de dayanmış, bunların fotokopilerini dosyaya, asıllarını da inceleme sırasında bilirkişi kuruluna ibraz etmiş; dosyaya sunulan fotokopilerin asıllarına uygun oldukları, 23.9.1999 havale günlü bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Sunulan sevk irsaliyelerinin bir kısmında, irsaliyelere konu malların teslim alındığına dair isim ve imzalar, bir kısmında sadece imzalar mevcuttur. Bazılarında ise “teslim alan” hanesi boş bulunmaktadır. Mahkemece, davacının dayanıp sunduğu bu sevk irsaliyeleri hakkında davalının beyanı sorulmamış; davalı da bu konuda kendiliğinden bir açıklama yapmamıştır. Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, gerektiğinde isticvap yoluna da gidilmek suretiyle, “teslim alan” hanelerinde isimle birlikte imza veya sadece imza bulunan sevk irsaliyeleri tek tek davalıya gösterilip, öncelikle, irsaliye tarihleri itibarıyla, söz konusu hanelerde isimleri yer alan kişilerle kendisi arasında, (imzalarıyla kendisini bağlayacak nitelikte) herhangi bir akdi ilişki bulunup bulunmadığının ve imzaların bu kişilere ait olup olmadığının; sadece imza bulunan irsaliyeler yönünden ise, bu imzaların kimlere ait olduklarının; imza sahiplerini biliyorsa, yine bu kişilerle kendisi arasında anılan şekilde bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının sorulup saptanması, buna ilişkin beyanının tutanağa geçirilip imzalatılması; davacıdan da, aynı konularda beyan ve delillerinin sorulup toplanması, bu yöntemle ulaşılabilecek sonucun, söz konusu malların davalıya teslim edildiğini göstermesi halinde, anılan irsaliyelerin ilişkin bulunduğu faturaların davalıya tebliğ edilip edilmediği hususunun da ayrıca araştırılmasıdır. Eksik incelemeyle yazılı şekilde direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır” (HGK 2.10.2002, 19-753/661).

²³ Bkz. Arkan s.345; Domaniç s.180-183.

²⁴ Bkz. bu konuda: Kuru, s.2021 vd; Aziz Serkan Arslan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s.142 vd.

TTK'nun 83'üncü maddesinin gerekçesinde; bu hükmün, Alman Ticaret Kanununun 258'inci paragrafından yararlanarak kaleme alındığı ve eTTK'nun 80'inci maddesiyle benzer olduğu ifade edilmiştir. TTK m.83,1 hükmünün, Alman TK § 258'den aynen²⁵ alındığı anlaşılmaktadır.

Oysa eTTK m.80 hükmü, "Muhakeme sırasında **muhiik bir menfaatin mevcudiyeti ispat olunur** ve mahkeme ibraz edilmesini sübut bakımından **zaruri addederse** mahkeme re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine ibrazını emredebilir" şeklinde idi. Yani, HMK m.222,1'de (ve TTK m.83,1'de) ifade edildiğinden farklı olarak, hâkimin talebinin **haklı bir menfaatin mevcudiyetinin ispatlanması** ile bağlantısı vardı. Daha isabetli olan bu düzenleme, yargılama hukukundaki anlaşılış bakımından hiç şüphesiz yeni TTK m.83,1 hükmünden farklıdır. HMK m.222,1 ve TTK m.83,1 hükümleri de bu şekilde (eTTK m.80,1'de olduğu gibi) yorumlanmalıdır.

IV) Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olması (HMK m.222,2-3)

Ticari defterler, bazı şartların gerçekleşmesi halinde **sahibi (ve halefleri)** lehine delil olarak kabul edilir. Bu şartlar, Kanunda iki ayrı hüküm (HMK m.222,2-3) halinde düzenlenmiştir.

1- HMK m.222, Fıkra 2 Hükmü

Eski Türk Ticaret Kanunumuzun 82'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesinin şart olduğunu, aksi takdirde defterlerin delil olmaktan çıkacağı (delil olarak kabul edilemeyeceği) düzenlemesi vardı.

HMK m.222,2 hükmü; ticari defterlerin delil olabilmesi şartlarını, eTTK m.82,III hükmü hakkında öğretide ve Yargıtay kararlarında ortaya çıkan görüşleri²⁶ de dikkate alarak, daha kapsamlı ve sistematik bir şekilde ifade etmiştir. Buna göre; "Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre **eksiksiz ve usulüne uygun** olarak **tutulmuş**, açılış ve kapanış **onayları yaptırılmış** ve defter kayıtlarının **birbirini doğrulamış olması şarttır**" (HMK m.222,2).

"Sahibi lehine" ve "sahibi aleyhine" ayırımı yapılmaksızın, "ticari defterlerin **delil olarak kabul edilebilmesi için...**", şeklinde kaleme alınan ikinci fıkradaki bu düzenlemenin, ilk okunuşta, ticari defterin duruma göre, hem "sahibi lehine" hem "sahibi aleyhine delil için geçerli olduğu sonucu çıkartılabilir. Ancak, 222'nci maddenin tümü birlikte değerlendirildiğinde, **ikinci fıkradaki düzenlemenin**, ticari defterin yalnızca **sahibi lehine delil olabilmesinin şartları** olduğu anlaşılmaktadır²⁷. Şöyle ki: öncelikle, HMK m.222'nin üçüncü fıkrasındaki, "ikinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan defter kayıtlarının **sahibi delil olabilmesi için**" ibaresi bizi bu sonuca götürmektedir. Ayrıca, aşağıda (V'te) görüleceği üzere, ticari defterin aleyhe delil olabilmesi (HMK m.222,4) için, başka şartın (durumun) gerçekleşmesi gerekmektedir.

Madde 222,2 hükmünün uygulanması bakımından, hükümdeki "**eksiksiz**" tâbiri, kanımca, davadaki iddiasının ispatı için kendi defterine (sahibi lehine) delil olarak dayanan tacirin tutması gereken defterlerin, mevzuatın (TTK m.4 vb) öngördüğü **sayı ve içerik** (nitelik ve nicelik) bakımından **eksiksizliği** ifade etmektedir.

²⁵ Alman TK §.258,1 hükmü şöyledir: "Im Laufe eines Rechtsstreits **kann das Gericht** auf Antrag oder **von Amts wegen** die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei **anordnen**". Bu hüküm, sözü itibariyle, TTK m.83,1 ve HUMK m.222,1'in tekrarı niteliğindedir.

²⁶ Bkz. örneğin İmregün, s.103.

²⁷ Bkz. Kuru, s.2464.

HMK m.222,2'de yer alan “**defter kayıtlarının birbirini doğrulaması**”, eski TTK m. 82,III'de daha isabetli olarak belirtildiği üzere, “bir (**aynı**) tacirin tuttuğu” defterler anlamındadır; yoksa bu ifade, davadaki iki tarafın defterlerinin karşılıklı olarak birbirini doğrulaması anlamında değildir.

Delil olarak kendi defterine dayanan tacirin defterleri (veya farklı bir ifadeyle: aynı defterdeki kayıtları) birbirini doğrulamıyorsa, örneğin tacirin bir defterinde sattığı malın veresiye satıldığı (parasının henüz tahsil edilmediği), başka defterinde (veya aynı defterin başka bir yerinde) malın bedelinin peşin olarak alındığı yazılı ise defter kayıtlarının birbirini doğruladığı söylenemez; bu yüzden ticari defter, (aşağıda verilecek olan, “malın veresiye mi, peşin mi satıldığı uyumsuzluk konusu olan dava örneği”nde) sahibi lehine delil oluşturmaz.

Özetle, HMK m.222,2 hükmü çerçevesinde: eksik olan, **usulüne uygun** tutulmayan, açılış ve kapanış **onayları** (TTK m.65) bulunmayan ve **birbirini doğrulamayan defterler** (defter kayıtları), **sahibi lehine delil olarak kabul edilemez**.

2- HMK m.222, Fıkra 3 Hükmü

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 222'nci maddesinin üçüncü fıkrası; ticari defterin sahibi (ve halefleri) lehine delil olabilmesi için, m.222,2'de öngörülen şartların yanı sıra; **karşı tarafın**, aynı şartlara (kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şartlarına) uygun olarak tutulmuş **ticari defterlerindeki kayıtların**, bunlara (yani, sahibi lehine olan delil olup olmayacağı değerlendirilen defterdeki kayıtlara) **aykırı olmaması** veya ilgili hususta **hiç bir kayıt içermemesi** yahut **defter kayıtlarının aksinin** senet veya diğer kesin delillerle **ispatlanmamış olması** şartını da aramaktadır²⁸.

Ticari defterin sahibi lehine delil olabilmesi için böyle bir şartın aranmasının nedeni, **bir kişinin kendi lehine yazdığı hususların** (tek başına) **başkası aleyhine delil olamayacağı kuralıdır**. Yani, ispat hukuku kurallarına göre, bir kimse (A), kendi notlarına (kayıtlarına) “Ben, B'den onbin lira alacaklıyım” diye yazarsa, bu husus, tek başına onun (A'nın) lehine (B'nin aleyhine) bir delil olarak kabul edilmez, edilemez.

Yargıtay'ın bir kararında isabetle belirtildiği üzere, TTK'nda senedin sahibi lehine delil kabul edilmesi, bunun istisnasıdır. “Bir kimsenin **kendi düzenlemiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesi, kural olarak mümkün değildir**. Ancak TTK ile bu **kurala bir istisna getirilmiş** ve tacirin tutmuş olduğu defterlerin, **belli şartlar altında kendi lehine kanıt oluşturabileceği** kabul edilmiştir. Defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturması, istisnai bir durum olduğundan, bazı koşullara bağlanmıştır. **Bu şartların tümü gerçekleşmedikçe ticari defterler sahibi lehine delil olma niteliğini haiz olmazlar**. Ticari defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesi için aranan koşullar, TTK'nun 82, 83/1 ve 86. maddelerinde gösterilmiştir²⁹.”

HMK m.222,3'ün son cümlesi, Kanunda belirtilen, “Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki **sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayıramaz**” kuralını koymuştur. Bunun anlamı şudur: İbraz edilen ticari defterlerdeki kayıtlar (kanuna uygun olmak şartıyla) bir bütün teşkil eder ve bu deftere dayanan kimsenin sadece kendi lehine olan kayıttan yararlanıp aleyhine olan kayıttan etkilenmemesi düşünülemez³⁰. Ticari defterin

²⁸ Domaniç, s.187.

²⁹ 9.HD 22.3.2010, 17627/5393.

³⁰ İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, cilt 1, Ankara 1990, s.426-427.

hem sahibi lehine hem de sahibi aleyhine kayıt içermesi hali, aşağıda (V'de) inceleneceği üzere, sahibi aleyhine delil teşkil eder.

Şimdi, HMK madde 222,3'de öngörülen şartın gerçekleşmesi bakımından, orada sayılan ihtimalleri incelemeye geçebiliriz.

Aşağıdaki ihtimallerin kolay anlaşılabilmesi için, somut bir örnekten hareket etmek yarar sağlayacaktır: Örneğin, A'nın B'ye karşı açtığı ticari davada davacı A, davalı B'ye **veresiye** mal sattığını ve onbin liralık alacağını henüz tahsil edemediğini ileri sürmekte; B ise malı **peşin** aldığını ve onbin liralık satım bedelini, malı alırken peşin ödediğini belirterek herhangi bir borcu bulunmadığını ileri sürmektedir (öğretideki bazı tartışmaları bir yana bırakarak, bu davada ispat yükünün A'da olduğunu kabul edelim³¹).

a) Karşı Tarafın Ticari Defterlerindeki Kayıtların Bunlara Aykırı Olması veya Hiçbir Kayıt İçermemesi İhtimali:

Davada kendi ticari defterine dayanan tacirin ticari defterindeki kaydın, onun lehine delil olabilmesi için, bu kaydın karşı tarafın ticari defterindeki kayıtlarla uyumlu olması; diğer bir deyişle, karşı tarafın ticari defterinde de (aynı yönde) kayıt bulunması, bu kaydın, (lehe olup olmayacağı değerlendirilen deftere) **aykırı olmaması** (onunla çelişmemesi) gerekir. Yani somut örnekte, A'nın defterinde malın B'ye veresiye satıldığı yazılı ise, B'nin defterinde de malın (A'dan) veresiye alındığı yazılı ise, iki tarafın ticari defteri de birbiri ile uyumludur. Bunun sonucunda A, iddiasını (malın veresiye satıldığını) ispat etmiş olur.

Buna karşılık, B'nin ticari defterinde, malın (A'dan veresiye olarak değil de) peşin para alındığı yazılı ise (yani, **B'nin ticari defterindeki kayıt**, A'nın ticari defterindeki kayda **aykırı** ise), karşı tarafın ticari defterindeki peşin ödeme kaydının varlığı sebebiyle A, iddiasını (malın veresiye satıldığını) ispat edememiş olur³².

B'nin ticari defterinde malın veresiye mi yoksa peşin mi satın alındığı konusunda **hiçbir kayıt yoksa**, A'nın ticari defterindeki "B'ye on bin liralık veresiye mal satıldığı kaydı" doğrulanmadığı için, A, iddiasını ispat edememiştir.

Vurgulamak adına tekraren de belirtilecek olursa, davada, **karşı tarafın ticari defterinde**, iddia konusu hakkında hiçbir **kayıt bulunmaması** halinde, **kendi lehine kayıt bulunan tarafın ticari defterinin delil değeri yoktur**³³; Çünkü, bir kimsenin tek taraflı beyanı, tek başına, karşı taraf aleyhine delil oluşturmaz.

Bu hükmün uygulanması ve burada varılan sonuç bakımından; yukarda (III,1'de) açıklandığı şekilde davanın her **iki tarafının** da (**tacir** olduklarından) defter tutma yükümlülüklerinin bulunduğu, uyuşmazlığın her iki tarafının da ticari işletmesiyle ilgili olduğundan **deftere geçirmesi gereken ticari işten kaynaklandığı**, B'nin ticari defterlerinin de (HMK m.222,2 çerçevesinde) kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulduğu, açılış ve kapanış onaylarının yaptırıldığı ve ticari defter kayıtlarının birbirini doğrulamakta olduğu şartlarının gerçekleşmesinin gerektiğini tekraren ifade etmek gerekir³⁴.

Yukarıdaki açıklamalar, karşı tarafın (somut örnekte, B'nin) defterinin de mahkemeye ibraz edilmiş bulunmasına bağlıdır. Bunun için de karşı tarafın ticari defterinin ibrazı için talepte bulunulması ve hâkimin bu yönde karar vermesi gerekmektedir. Ancak ticari defterin

³¹ İspat yükü konusunda bkz. Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, İstanbul 1980.

³² Kuru, s. 2456-2457.

³³ Kuru, s. 2456-2457.

³⁴ Bkz. Kuru, s.2466-2473; Arkan s. 351-354.

sahibi lehine delil olmasını düzenleyen HMK m.222,3'de, **karşı tarafın kendi defterini ibraz etmemesi hali** ayrıca (özel olarak) düzenlenmemiştir (karş. HMK m.222,5). Bu nedenle burada bir **boşluk** olduğu söylenebilir³⁵.

Buradaki **boşluğun nasıl doldurulacağı** hakkında akla iki olasılık gelmektedir: Birinci olasılık: Bu konudaki boşluk, TTK m.4,2'de yer alan, "ticari davalarda delillerin sunulması HMK hükümlerine tâbidir" hükmü ile doldurulabilir ve hatta olması gereken hukuk bakımından burada açıkça HMK'nun ilgili hükümlerine yollama yapılabilir. Bu olasılıkta, ibraz edilmeme halinde HMK m.220 çerçevesinde işlemler yapılır ve sonuçta, hâkimin "belgenin içeriği konusunda, diğer tarafın (ibrazı talep eden tarafın) beyanını kabul edip etmeme konusunda takdir hakkını kullanması söz konusu olur. İkinci olasılık: HMK m.222,3'e de, HMK m.222,5 hükmü paralelinde açık bir hüküm konur ve böylece, ibraz etmeme halinde ibrazı talep eden tarafın iddiasını ispat etmiş sayılacağı kabul edilir veya HMK m.222,5'in burada da kıyasen uygulanacağı belirtilerek aynı sonuca varılabilir.

Kanımca, ikinci olasılığın kabulü, m.222'nin bütünlüğü ve ahengi açısından daha uygun olacaktır.

b) Ticari Defter Kayıtlarının Aksinin Senet veya Diğer Kesin Delillerle İspatlanmamış Olması İhtimali:

Yukarıda verilen somut örneklerde A'nın ticari defterindeki kaydın (B'nin defteriyle doğrulanması nedeniyle) onu lehine delil teşkil etmesi halinde, A kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur.

Genel ispat kuralları gereğince bu durumda, B'nin **karşı ispat** faaliyetine girişmesi ve ispat edilen (veya duruma göre ispat edilmiş sayılan) hususun aksini ispat etmesi gündeme gelir. İşte, HMK m.222,3'de belirtilen durum da budur.

Yukarıda (II'de) belirtildiği üzere, şartlarının gerçekleşmesi halinde ticari defter sahibi lehine veya aleyhine **kesin delil** (senet) oluşturduğundan ve somut olayda davalı (B) bakımından kesin delil ortaya çıktığından, m.222,3'e göre, diğer taraf da kendi (karşı) ispatını, senede karşı senetle (HMK m.201) veya diğer kesin deliller (ikrar, yemin, kesin hüküm) ile yerine getirecektir³⁶. Başka bir ifadeyle, bu durumda tanık dinletme yasağı söz konusu olacaktır³⁷.

V) Ticari Defterlerin Sahibi Aleyhine Delil Olması (HMK m.222,4)

Bir kimsenin kendi hazırladığı belgenin veya yazının (tek başına) kendi lehine delil oluşturması mümkün değil ise de, bir kimsenin kendi hazırladığı belgenin veya yazının **tek başına kendi aleyhine delil olarak kullanılması**, usul hukuku kurallarına uygundur ve **normal** olandır³⁸.

Genel olarak, borç senetleri de böyle düzenlenir; borçlu, senedi kendi yazar veya hazırlanmış senedi imzalar ve karşı tarafa verir. Dar anlamda senedin genel olarak kabul

³⁵ **ibraz etmeme** hususu, **eTTK döneminde** öğretilen ve Yargıtay uygulamasında genellikle, TTK'na ve HMK m.222'ye alınmayan ve yemini düzenleyen eTTK m.83 hükmü vesilesiyle ele alınarak ayrıntılı olarak incelenmişti (bkz. örneğin Kuru, s.2474 vd).

³⁶ Domaniç, s.187-188.

³⁷ Bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964; Murat Yavaş, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009.

³⁸ İmregün, s.103.

edilen tarifine göre de, “senet, bir kişinin oluşturduğu ve **kendi aleyhine** delil teşkil eden yazılı belgedir”³⁹

Ticari defterin sahibi aleyhine delil olmasını düzenleyen eski TTK m.84; “Kanuna **uygun olarak veya olmayarak** tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhine delil sayılır. Şu kadar ki, kanuna uygun olan defterlerin sahibi lehine olan kayıtlar dahi aleyhindeki kayıtlar gibi muteber olup bunlar birbirinden ayrılamaz” şeklinde idi.

O dönemde bu hükümden anlaşılan şu idi: “Bir tacirin ticari defterleri kanuna uygun olarak tutulmuşsa, bu defterler tacirin lehine delil olabileceği gibi aynı defter aleyhe de delil olabilir. Daha açık bir tabirle, kanuna uygun olan defterlerdeki leh ve aleyhe kayıtlar bir küle teşkil eder ve birbirinden ayrılamaz. Binaenaleyh, **kanuna uygun bir şekilde düzenlenmemiş** olan ticari defterler münderecatı, ancak sahibi ve kanuni halefleri aleyhine delil olur, lehde delil olamaz. Bu şekilde yani **kanuna aykırı olarak tutulmuş defterlerdeki** sahibi lehine olan kayıtlar nazarı itibare alınamaz, **sırf aleyhteki kayıtlar hesaba katılır**”⁴⁰.

HMK m.222,4 hükmünün de yukarıda belirtilen bu anlaşılış içinde kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Ancak, m.222,4 hükmü, (eTTK m.84’den farklı olarak) “**kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş** olan ticari defterler” tâbiri yerine; “**açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan** ticari defter kayıtları” tâbirini tercih ederek, bunların sahibi aleyhine delil olacağını düzenlemiştir.

HMK m.222,4 hükmündeki “açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan” ibaresi; eTTK m.84’deki “kanuna uygun olmayan” ibaresine oranla, daha dardır. Neden böyle bir ibarenin tercih edildiği, HMK m.222’nin gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Hükmün, eTTK m.84’e konuluş gerekçesi dikkate alındığında, “kanuna uygun olmayan” ibaresinin daha isabetli olduğu kanısındayım.

Kendi defterindeki kaydın onun aleyhine olması demek, **karşı tarafın ispat yükünü yerine getirdiği** anlamına gelir.

Bu durumda da, defteri kendi aleyhine olan tarafın, karşı ispat faaliyeti ile, aleyhine olan ticari kaydın aksini kesin delillerle ispat edebilmesi mümkündür⁴¹.

VI) Ticari Defterine Delil Olarak Dayanılan Karşı Tarafın Ticari Defterlerini İbrazdan Kaçınması (HMK m.222,5)

Davanın taraflarından biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini **ibrazdan kaçınırsa**, ibrazı talep eden taraf iddiasını **ispat etmiş sayılır** (HMK m.222,5).

Bu hükmün, taraflardan birinin delilini, (tacir olan) karşı tarafın ticari defterine **hasretmesi halinde uygulanacağı** kabul edilmektedir. Eğer taraf, delilini karşı tarafın ticari defterine hasretmeyerek, karşı tarafın ticari defterlerinin yanısıra başka delillere de dayanmışsa, HMK m.222,5 hükmü uygulanmaz ve burada genel hükümler (HMK m. 219-220) uygulanır⁴².

³⁹ Kuru, s.2073.

⁴⁰ Doğanay s.427-428 ve orada anılan TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi.

⁴¹ Domaniç s.194-195.

⁴² Kuru, s.2447. “Davacı iddiasını ispat için davalının ticarî defterleri ile birlikte başka delillere de dayanmıştır. TTK’nun 83/2 nci maddesinin **uygulanabilmesi için sadece davalının defterine dayanmak gerekir**” (13.HD 29.9.1987, 3205/4527: Kuru s.2447 dipnot 19).

Hukuk Genel Kurulu'nun 27.09.2006 tarihli ve 19-543/587 sayılı kararına göre: "HUMK'nun 326. maddesine göre, her iki taraf kendi ellerindeki vesikaları (belgeleri) mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Bir davada ispat yükü kendisine ait olan tarafın, başka delillerle birlikte karşı tarafın ticari defterlerine de dayandığı, eş söyleyişle, delillerini **karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği**, dolayısıyla da, uyuşmazlığa TTK'nun **83/2. maddesindeki özel hükmün uygulanamayacağı** durumlarda; karşı tarafın kendi defterlerini mahkemeye **ibraz** etmesi ya da bundan kaçınmasına bağlanması gereken **hukuksal sonuçlar**, HUMK'nun 330. ve ardından gelen maddelerindeki konuya ilişkin **genel düzenlemelere tabidir**. Bu durumda **ticari defterler** de, HUMK'nun 330. ve sonraki maddeleri anlamında "**vesika**" niteliğindedir".

Madde 225,5 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, bu hükmün uygulanabilmesi için her **iki tarafın tacir olması şartı yoktur** (karş. HMK m.222,1-4); **defterine delil olarak dayanılan tarafın tacir olması yeterlidir**. Defterine dayanılan taraf tacir değilse, HMK m.222,5 hükmü uygulanamaz⁴³.

Bu hükmün, esas itibarıyla, "yemin" kenar başlığını taşıyan eTTK m.83,II'den esinlendiği anlaşılmaktadır. eTTK m.83,II hükmü, "Tarafardan biri hasmın defterlerinin münderecatını kabul edeceğini mahkeme huzurunda beyan etmiş iken hasmı ticari defterlerini **ibrazdan imtina ederse**, mahkeme, defterlerin ibrazını istemiş olan tarafa **iddiasının sıhhati hakkında bir yemin verir**" şeklinde idi.

Görüldüğü üzere HMK m.222,5 ibrazdan kaçınma halinde, karşı tarafın ticari defterine dayanan kişi lehine, "**iddiasını ispat etmiş sayılır**" şeklinde önemli bir karine getirmekte ve onu **ispat yükünden kurtarmaktadır**. Buradaki karinenin, aksi ispat edilebilir karine niteliğinde olduğu kanısındayım⁴⁴

Bilindiği üzere, genel olarak hukuk davalarında belgelerin (senetlerin) taraflarca ibrazı, HMK m.219'da ve tarafın belgeyi **ibraz etmemesi** hali ise HMK m.220'de düzenlenmiştir. HMK m.220'ye göre; ibrazı istenen belgenin ibrazı için mahkemece kesin bir **süre verilir** (m.220,1); ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde **bulunmadığına**, özenle aradığı hâlde **bulamadığına** ve nerede olduğunu da **bilmediğine** ilişkin mahkemece **yemin teklif** edilir (m.220,2) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi **ibraz etmez** ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir **mazeret göstermez** ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen **yemini** kabul veya icra **etmezse**, mahkeme, **duruma göre** belgenin içeriği konusunda **diğer tarafın beyanını kabul edebilir** (m.220,3). Görüldüğü gibi, HMK m.220, ibraz etmeme halinde bazı esas ve usuller belirlenmiş ve sonuçta **hâkime takdir hakkı** tanımlanmıştır.

Oysa HMK m.222,5'de, HMK m.220'den farklı bir düzenleme bulunmaktadır ve **HMK m.222,5** hükmü, **HMK m.220'ye oranla özel bir düzenlemedir**. Bu sebeple, HMK m.220 hükmünün, ticari defterin ibraz edilmemesi haline uygulanamaması gerektiği kanısındayım⁴⁵.

Madde 222,5'in uygulanması bakımından hâkimin, ticari defterine dayanılan tacir tarafa defterini ibraz etmesi için, uygun bir süre (gerekli görürse kesin süre) vermesi ve ibraz etmemesinin geçerli bir mazerete dayanmaması halinde talepte bulunan tarafın iddiasının

⁴³ Kuru, s.2449-2450.

⁴⁴ Karineler konusunda bkz.: Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.

⁴⁵ Bkz. Kuru s.2451.

ispat edilmesine karar vermelidir⁴⁶. Bu durumda ispat yükü, defterini ibraz etmeyen tarafa geçer.

Eski Türk Ticaret Kanunu/HMK m.222

E – Ticari defterlerin İspat Kuvveti

HMK: Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması

I - Kati Delil:

Madde 82- Ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan ihtilaflarda ticari defterler aşağıdaki maddelerde gösterilen şartlar dairesinde delil olarak kabul olunur.

Tasdika tabi olmayan defterler ancak 69'uncu madde gereğince tasdika tabi olup da tasdik edilmiş olan ilgili defterlerle birlikte delil olarak kabul olunur.

Bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesi şarttır; aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar.

HMK m.222: (1) Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir.

II - Yemin:

Madde 83- Mahkeme, aşağıdaki hükümler gereğince, defter münderecatını sahibi lehine hükme medar görmüşse kanaatini kuvvetlendirmek için o kaydın doğru olduğuna ve davacının halen davalıda yerine getirilmesi gereken hakkı bulunduğu dair defter sahibine tamamlayıcı bir yemin verir.

Taraflardan biri hasmın ticari defterlerinin münderecatını kabul edeceğini mahkeme huzurunda beyan etmiş iken hasmı ticari defterlerini ibrazdan imtina ederse, mahkeme, defterlerin ibrazını istemiş olan tarafa iddiasının sıhhati hakkında bir yemin verir.

HMK m.222: (5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.

III - Sahibinin Aleyhinde:

Madde 84- Kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır. Şu kadar ki; kanuna uygun olan defterlerde sahibi lehine olan kayıtlar dahi aleyhindeki kayıtlar gibi muteber olup bunlar birbirlerinden ayrılamaz.

HMK m.222: (4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

IV - Sahibinin Lehinde:

Madde 85- Kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun

⁴⁶ İbrazdan kaçınma hakkında bkz. Kuru, s.2450 vd.

surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyid eden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kaydı havi bulunmazsa yahut iddianın dayandığı kaydın aksi, vesika veya diğer muteber delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz.

HMK m.222: (2) Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır.

HMK m.222: (3) İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

V - Diğer Tarafın Aleyhinde:

Madde 86- Taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da diğerininki olmaz veya hiç defteri bulunmaz yahut ibraz etmek istemezse; defterleri muntazam olan tacirin birbirini teyit eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhinde delil olur. Hasım taraf, aleyhinde delil ittihaz olunan kaydın aksini muteber delillerle ispat edebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ali Cem Budak*

I- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev Konusunda Getirdiği Yenilikler

1. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nunda (HUMK) yer alan sulh ve asliye mahkemesi (görev) ayırımının kaldırılması yönündeki görüşler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hazırlık çalışmalarında kabul görmemiştir. HMK, HUMK'ta yer alan görev ayırımı korunmuştur (m. 2, 4).

Hatta, yeni kanunun, görev ayırımının sonuçlarını ağırlaştırdığını söylemek doğru olur. Çünkü, HMK, HUMK m. 7, fıkra 3'te düzenlenen, "Asliye mahkemesinde hükme bağlandıktan sonra, davanın sulh mahkemesinin görevi içinde olduğu ileri sürülerek üst mahkemede itirazda bulunulamaz" şeklindeki hüküm yeni kanuna alınmamıştır. Ayrıca, görevin dava şartları arasında sayılması (HMK m. 114) ile yetinilmemiş; mahkemelerin grevine ilişkin hükümlerin "kamu düzeninden" olduğu da Kanuna eklenmiştir (HMK m. 1).

Bu düzenleme tarzı, olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir. Gerçekten, bir kanun hükmünün kamu düzeninden sayılıp sayılmayacağı ilmi ve kazai içtihatların cevaplama gereken bir soru olup; bu soruya verilecek cevap, kamu düzenine ilişkin anlayış zaman içinde değiştikçe farklılaşabilir. Kanun hükmünün metnine, hükmün kamu düzeninden olduğu şeklinde açıklama ilave edilmesi kanun yapma tekniğine uygun değildir. Kaldı ki, bugünkü kamu düzeni anlayışımıza göre de, örneğin ortaklığın giderilmesiyle ilgili bir davanın asliye hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanmasının Türk kamu düzenini bozduğunu söylemek imkânı olmadığı kanısındayım.

2. HMK'nun görev konusunda yaptığı önemli bir yenilik de, HUMK'ta (m. 8) yer alan "mahkemenin görevinin dava konusunun değer ve miktarına göre belirlenmesi" usulünün kaldırılması; bunun yerine "görevli mahkemenin davanın konusuna göre belirlenmesi" usulünün getirilmesidir. (m.2, m.4) Bu yenilik yapılırken, HUMK'nun dava konusunun değerinin belirlenmesi hakkındaki hükümleri de (m. 2-6) yeni kanuna alınmamıştır. Ancak, dava konusunun değerinin hesaplanmasına ilişkin bu hükümler sadece görev bakımından değil (temyiz sınırının belirlenmesi gibi) başka kanun düzenlemeleri bakımından da gerekli idi. Bu nedenle, mülga HUMK'nun 2 ila 6. maddeleri bugün de, ortaya çıkan kanun boşluğunu doldurmakta kullanılabilecek bir bilgi kaynağı olarak değer taşımaktadır.

3. Mahkemelerin duruşma yapmadan görevsizlik kararı verilebileceğine ilişkin HUMK m. 7, fıkra 1 hükmü de HMK'na alınmamıştır. Ancak, yeni kanunun sisteminde de, ön incelemeyi düzenleyen hükümler, ilk duruşmadan (ön inceleme duruşmasından) önce görevsizlik kararı verilmesine imkân tanımaktadır (bkz. HMK m. 138).

4. HMK'na göre, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın, malvarlığı veya şahıs varlığı haklarına ilişkin her dava asliye hukuk mahkemesinde görülür.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İdari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı bedensel zarara ya da kişinin ölümüne bağlı zararların tazminine ilişkin davaların da asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği hakkındaki (esasen görev değil, yargı yolu konusuyla ilgili) HMK m. 3 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının adli yargı ile idari yargı arasındaki Anayasal görev ayırımına değil, aynı uyumsuzluğa ilişkin olarak hem adli hem de idari yargıda dava açılmasına yol açabilecek yeni düzenlemenin kamu yararına uygun olmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir.²

Bu nedenle, Karayolu Trafik Kanununda yer alan ve trafik kazaları hakkında idare aleyhine açılacak tazminat davalarının adli yargıda (asliye hukuk mahkemelerinde) görüleceği hakkındaki kanun hükmü³ Anayasa'ya aykırı sayılabilecektir.

5. Mahkemelerin görevini dava konusunun miktar veya değerine göre belirlenmesi usulünün terk edilmesiyle, kanımca sulh hukuk mahkemeleri de (örneğin iş mahkemeleri veya fikri ve sınai haklar mahkemeleri gibi) özel mahkemeler haline gelmiştir. HMK m. 4'e göre, mülga HUMK m. 8'deki düzenlemeden farklı olarak (a) kira ilişkisinden doğan her türlü uyumsuzluk ve alacak davalarında⁴ ve (b) aksi belirtilmedikçe (tevdi yeri tayini ve mirasçılık

¹ Bkz. 2012, 35/23 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı.

² Kararın gerekçesinde özetle aşağıdaki açıklamalara yer verilmektedir: " ... aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. / "... iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir." / "... idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. ... Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır." / "... Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem için sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez." " ... aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır." / "... iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir." / "... idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. ... Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır." / "... Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez." *Karş. Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu m. 3 hakkındaki, 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı.*

³ Karayolları Trafik Kanunu'nun 11/01/2011 tarih,6099 sayılı Kanuna değişik 110. maddesi şöyledir: "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır. / Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubasının veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılacağı gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir."

⁴ Kira ilişkisinden doğan uyumsuzluklar ifadesinin taşınır kiralarnı da kapsayıp kapsamadığı konusundaki tartışa için bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 80.

belgesi işleri yanındaki) bütün çekişmesiz yargı işlerinde de (m. 383) sulh mahkemeleri görevlidir.

Ancak, çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunun başka özel mahkemelerin görevinde olduğu (sulh mahkemelerinin görevine girmediği) gözden kaçırılmamalıdır. Bkz. örneğin Aile Mahkemeleri K m. 4; TTK (6335 s. K ile değişik) m. 4.

6. 26.06.2012 tarihinde kabul edilen ve 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki "görev ilişkisi" şeklinde düzenlenmiştir.⁵

II- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yetki Konusunda Getirdiği Yenilikler

1. HMK'nda, mülga HUMK'ta yer alan genel yetki kuralı ile kesin yetki, kamu düzenine ilişkin (kesin olmayan) yetki ve seçimlerlik yetki ayırımı korunmuştur. Buna karşılık, eski kanunun yetki sözleşmeleriyle ilgili sistemi değiştirilerek, yetki sözleşmeleri konusundaki sözleşme özgürlüğü sınırlanmıştır.

2. Genel Yetki Kuralı

Davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkisini düzenleyen genel yetki kuralı HMK m. 6'da yer almakta olup, bu kural HUMK m. 9, f. 1 hükmüyle aynı içeriktedir.

Yakın zamana kadar yargı içtihatlarında davalının yerleşim yerinin karine olarak nüfus kütüğüne kayıtlı olunan yer olduğu kabul edilmekteydi. Daha yeni Yargıtay kararlarında, tereddüt halinde yerleşim yerinin Merkezi Adres Kayıt Sisteminden (Nüfus Müdürlüklerinden) sorulması gerektiği de kabul edilmektedir.⁶

Davalının birden fazla olması haline ilişkin HMK m. 7, mülga HUMK m. 9, f. 2'nin karşılığıdır. HMK m. 7(1)(2. cüm), HUMK'nda olduğu gibi "dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılacağını" öngörmektedir. "Ortak yetkili mahkeme kuralı" şeklinde isimlendirebileceğimiz bu kural, Yargıtay uygulamasında (tespit edebildiğim kadarıyla) yalnızca haksız fiil davaları için uygulanmakta; davalısı birden fazla olan fakat aynı sözleşmeye dayanan davalar bakımından uygulanmamaktadır.

HMK m. 7(1)(2. cüm)'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde ve ilmi içtihatlarda ortak yetkili mahkeme kuralının kesin yetki kuralı olduğu belirtilmiş ise de, bu görüşe katılmıyorum. Çünkü, kanunda bir dava için tek bir yetkili mahkeme gösterilmiş olması -mesela sebepsiz zenginleşme sebebine dayanan davalar yalnızca davalının yerleşim yerinde açılabilir- o mahkemeyi kesin yetkili mahkeme haline getirmez; özellikle bu dava için geçerli bir yetki

⁵ Anılan düzenleme şu şekildedir: "MADDE 2-6102 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin başlığı "2. Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler" şeklinde, birinci fıkrasında yer alan "davalara" ibaresi ise "davalılar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine" şeklinde, üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. / "(3) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır." / "(4) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder."

⁶ Bkz. Merkezi Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği m. 13; 2. HD 04.02.09, 16436/1383, Yılmaz, age, s. 111.

sözleşmesi yapılmasına engel olmaz ve yetki kuralının resen dikkate alınmasını gerektirmez.

Boşanma ve ayrılık davalarında yetki hakkındaki HUMK m. 9, f. 3, aynı düzenleme MK m. 168'de de yer aldığı için, HMK'na alınmamıştır.

Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalar ile ilgili HMK m. 8 HUMK m. 20'nin karşılığıdır. Kanunda sadece bir yerde geçici olarak oturanlara *karşı* açılacak davalardan bahsedilmesine rağmen, hükmün amacına göre yorumlanması ve bir yerde geçici olarak oturanların bizzat açacakları (örneğin m. 16'ya göre açılan) davalarda da bu kuralın uygulanması gerektiği kanısındayım.

Davalının Türkiye'de yerleşim yeri olmaması halinde yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK m.9 mülga HUMK m. 16'nin karşılığıdır (ayrıca bkz. HUMK m. 9, f. 1, c. 2). HMK m. 9, HUMK'da yer alan aşkın yetki halini (dava konusuyla ilgili olmasa bile davalının herhangi bir malının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili sayılması kuralını) içermemektedir.

3. Sözleşmeye Dayanan Davalarda Yetki

Sözleşmeye dayanan davalarda yetkiyi düzenleyen mülga HUMK m. 10 hükmü davanın, akdin ifa yeri yanında "müddeialeh veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla akdin vuku bulunduğu mahal mahkemesinde" de açılabilirliğini öngörmekteydi. Bu hükme karşılık gelen HMK m. 10 ise sadece sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesini yetkili kılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun icra dairelerinin yetkisini düzenleyen 50. maddesinde HMK m. 10 hükmüne paralel bir değişiklik yapılmamıştır. İİK m. 50'ye göre, sözleşmeye dayanan icra takiplerinde sözleşmenin ifa yeri yanında "takibe esas olan akdin yapıldığı yer icra dairesi" de yetkilidir. HUMK'nun "Haczi ihtiyatiden sonra haciz kararının müstenidi olan alacak davası haciz kararını veren mahkemede de ikame olunabilir" şeklindeki HUMK m. 12 hükmü de HMK'na alınmamış olduğundan, İİK m. 50'ye atıf yapan İİK m. 258'e göre, akdin yapıldığı yerde ihtiyati haciz kararı alınabilecek, fakat ihtiyati haczi tamamlayan merasim kapsamında ikame edilecek dava aynı yerde açılmayacaktır.

4. Haksız Fiil Davalarında Yetki

Haksız fiil davalarında yetkiyi düzenleyen HMK m. 16, mülga HUMK m. 21'den farklı olarak, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yanında, zararın meydana geldiği yer, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer, zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerini de yetkili kılmaktadır.

Haksız fiilin unsurlarından biri olan "zarar"ın meydana geldiği yer esasen mülga HUMK m. 21'de anılan "fiilin vuku bulunduğu mahal" kavramına dahil idi. Zararın meydana gelme ihtimalinin olduğu yer mahkemesinin de içtinap davalarında yetkiyi belirlediği kabul edilmelidir. Zarar görenin ("zarar gördüğü iddiasıyla dava açanın" denmeli idi) yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili kılınması ise "beraati zimmet asıldır" ilkesine, daha açık bir ifadeyle henüz haklılığı belli olmayan davacının, davanın başka yerde açılmasını haklı gösterecek bir sebep olmadıkça,⁷ davalının yerleşim yerine giderek dava açması kuralına aykırı bir hükümdür.

⁷ Mesela, ekonomik bakımdan güçsüz olan işçinin korunmasını amaçlayan İş Mahkemeleri Kanunu m. 5.

5. Mirastan Doğan Davalarda Yetki

Yukarıda incelenen ve mülga HUMK m. 9, fıkra 2 ve 3'ün karşılığı olan HMK m.7, mülga HUMK m. 9, fıkra 3'ün aksine, boşanma davalarındaki yetkiye ilişkin hüküm içermemiş; bunun sebebini konunun Medeni Kanun'da (m.168) düzenlenmiş olması dolayısıyla, tekrardan kaçınılması olarak açıklamıştı. Mirastan doğan davalar hakkındaki HMK m.11 hükmü ise, HMK m.7'de benimsenen yöntemin aksine, bu kere mülga HUMK'nda (m.11) yer almayan, fakat Medeni Kanun'da (m.576, fıkra 2'de) yer alan bazı yetki hükümlerine HMK'nda da (tekraren) yer vermektedir.

HMK'na göre, mirasçılara karşı mecburi dava arkadaşı olarak açılan davalar (m.11(1)(b)) yanında ölüme bağlı tasarrufun iptali ve tenkis davaları (MK m.557-574) ile mirasın paylaşılması (MK m.642 vd, 680) ve miras sebebiyle istihkak (MK m.637-639) davaları (m.11(1)(a)) ölenin son yerleşim yeri mahkemesinde açılır.

HMK, Medeni Kanun'un Miras Hukuku Kitabında düzenlenen terekenin borca batık olduğunun tespiti davası (MK m. 605/2, İİK m.68/4) ve terekedeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasının (MK m.644) hangi mahkemede açılması gerektiği konusunda ise açık bir hüküm içermemektedir. Terekedeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasının mirasçılara karşı mecburi dava arkadaşı olarak açılan davalar hakkındaki HMK m.11(1) (b) hükmü kapsamında görülmesi mümkündür.⁸ Terekenin borca batık olduğunun tespiti davası (MK m.605/2, İİK m.68/4) ise HMK m. 6'daki genel yetki kuralına tabi sayılabilir.⁹

HMK, terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davasının terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa orada (m.11(2)) ve mirasçılık belgesinin iptali davalarının ise mirasçılardan her birinin *oturduğu* yer (HUMK m.11, fıkra 3'te ise mirasçılardan her birinin *bulunduğu* mahalden bahsedilmekteydi) mahkemesinde (m.11(3)) de açılabileceğini öngörmektedir.

Kanun tereke ile ilgili davaların, bu davaların en iyi görülebileceği yer olan ölenin son yerleşim yerinde toplanması şeklindeki amacı dikkate alındığında, HMK m.11(2) ve (3)'te seçimlik yetki şeklinde belirlenmiş olan bu yetki kurallarının (HMK m.6'ya değil) aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan ölenin son yerleşim yeri mahkemesine alternatif teşkil ettiğini kabul etmek gerektiği kanısındayım.

6. Taşınmaz Davalarında Yetki

Taşınmaz davaları hakkındaki HMK m.12'nin içerdėđi hükümler, "hapsi hakkı" teriminin "alıkoyma hakkı" (MK m.994, MK m.676) olarak düzeltilmesi dışında, mülga HUMK m.13'ün içerdėđi hükümlerin aynıdır.

Mülga HUMK gibi HMK da ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi ile taşınmaz davalarındaki yetkiyi düzenleyen hükmün uygulama alanının çakıştığı hallerde (örneğin taşınmazla ilgili bir vasiyetin tenfizi davasında) hangi hükme öncelik verilmesi gerektiği konusunda açıklık içermemektedir.

7. Karşı Davada Yetki

Karşı davada yetkiyi düzenleyen HMK m.13 mülga HUMK m.12'nin karşılığı olup, HUMK hükmünden farklı olarak, asıl davaya bakan mahkemenin karşı davaya bakmaya da

⁸ Bkz. Yılmaz, age, s. 147.

⁹ Karş. Yılmaz, age, s. 146.

yetkili olması kuralının “kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâller” ile sınırlı olduğuna da açıklık getirmektedir.

Bu hükme ilişkin madde gerekçesinde, karşı davanın kesin yetki kuralına tabi olduğu hallerde “asıl davanın açıldığı mahkemede değil, kesin yetkili mahkemede açılacağı” ifade edilmiş ise de, asıl dava ile aynı mahkemede görülmeyen davanın karşı dava olarak nitelenmesi (karşı davaya ilişkin hükümlere tabi tutulması) mümkün değildir. Kanımca doğru olan, asıl davanın, karşılık dava ile birlikte karşılık davanın görüleceği kesin yetkili mahkemeye gönderilmesidir.¹⁰

8. Şubeler ve Tüzel Kişilerle İlgili Davalarda Yetki

Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesinin (seçimlik) yetkisini düzenleyen HMK m.14, mülga HUMK m.17'nin karşılığıdır (istisna: iflas davaları - İİK 154).

Ticaret Hukuku mevzuatımızda kapsamı tartışmalı olan şube kavramı, bankalar ve yatırım bankaları bakımından Bankacılık Kanunu'nda (m.3) ayrıca tanımlanmıştır; buna göre “Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyeri” şubedir.

Şubenin bulunduğu yer mahkemesinde açılan davalarda da husumet tüzel kişiye (merkeze) yöneltilir; fakat tebligat şubeye yapılabilir (Teb. K m.12/2).

Mülga HUMK m.17, ikinci cümleinin karşılığı olan HMK m.14(2) “Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir” hükmünü içermektedir. Yargıtay, bu hükmü, HUMK döneminde olduğu gibi, üye veya ortağın tüzel kişiye karşı açılan davalar hakkında da uygulamaktadır.¹¹

9. Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki

Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK m.15 mülga HUMK m.19'un karşılığı olup; mülga kanun hükmünden farklı olarak can sigortalarında yetkili mahkemeyi “sigorta olunan şahsın ikametgâhının bulunduğu mahal mahkemesi” olarak değil “sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın yerleşim yeri mahkemesi” olarak belirlemektedir; bu yetki kuralının kesin yetki kuralıdır.

Sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın ayrı ayrı yerlerde ikamet etmeleri hali kanunda düzenlenmemiştir. Yılmaz, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın birlikte açacakları davalarda bu kişilerden birinin yerleşim yeri mahkemesinin seçilebileceğini; sigortacının açacağı davalarda da yine sigorta ettiren, sigortalı ve lehtardan herhangi bir davalının yerleşim yerin seçilebileceğini ve davalılardan herhangi biri yetki itirazında bulunmadıkça, tefrik kararı verilmeyip davanın bütün davalılar için aynı mahkemede görülmesi gerektiğini belirtmektedir.¹² Kanımca da bu yorum, kanunun zayıf durumda olan sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarı korumak şeklindeki amacına uygundur.

¹⁰ Bkz. ve karşı. mülga HUMK m.5 ve m.481, fıkra 1.

¹¹ 23. HD 17.1.2012, 4052/68, Ali Cem Budak / Tülay Özer, Açıklayıcı Notlarla - Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakkındaki İlk 100 Yargıtay Kararı, Ankara 2012, s. 27-28.

¹² Yılmaz, age, 177.

III-Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yetki Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler¹³

1. Yetki Sözleşmesine İlişkin HMK Hükümlerinin HUMK Hükümleriyle Karşılaştırılması

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) yetki sözleşmesi ile ilgili hükümleri, gerek yetki sözleşmesinin tabi tutulduğu geçerlilik şartları gerekse bu türlü sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçlar bakımından eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) göre farklılıklar göstermektedir.

Farklılıkların ilki yetki sözleşmesinin tarafları (yetki sözleşmesini kimlerin yapabileceği) ile ilgilidir: HUMK, yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından sözleşmenin tarafları konusunda bir sınırlama öngörmemiştir. HMK ise yetki sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için sözleşme taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gereğini aramaktadır (HMK m.17(1) 1. cüm.).

Belirtelim ki, yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen bu sınırlama, yabancı mahkemelerin yetkili kılınmasına ilişkin yetki sözleşmeleri hakkındaki MÖHUK m.31 hükmünde yer almamaktadır. Oysa, tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan tarafın yabancı bir mahkemede dava açmaya veya davalı olarak savunma yapmaya zorlanması, Türkiye'de kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açmaya veya davalı olarak savunma yapmaya zorlanmasına oranla daha sakıncalı bir sonuçtur. Bu nedenle, Anayasa'daki eşitlik ilkesine de aykırı hale gelmiş olan MÖHUK m.31 hükmü değiştirilinceye kadar, HMK m.17 hükmünü milletlerarası yetki sözleşmelerinde de kıyasen (evleviyetle) uygulaması gerektiği kanısındayım.¹⁴

Yine, HMK m.17'de yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen sınırlamanın İİK m.50 atfıyla, icra dairesinin yetkisi hakkında yapılan yetki sözleşmelerine ve bu meyanda, kambiyo senedine dayalı takiplerde, senet üzerinde yer alan yetki şartlarına da uygulanacağı kanısındayım. Yalnız, kanımca, kambiyo senetlerinde yer alan yetki şartının geçerliliği bakımından senedi düzenleyen (veya keşide edenin) tacir veya kamu tüzel kişisi olup olmadığı önem taşımamaktadır. Senet tedavül edeceği için hamilin ve senet borçlularının kimler olacağı önceden bilinemez. Kambiyo senedindeki yetki şartının geçerli sayılıp sayılmayacağı, icra takibi veya davanın açıldığı zamanda, icra takibi veya davanın taraflarının sıfatlarına göre belli olacaktır; senetteki yetki şartı tacir veya kamu tüzel kişisi senet borçlularına karşı geçerli, diğer senet borçluları bakımından geçersizdir.¹⁵

Eski ve yeni usul kanunlarımızın yetki sözleşmesine ilişkin hükümleri arasındaki ikinci önemli farklılık ise yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemenin tek yetkili mahkeme olup olmadığı hakkındadır: HUMK uygulaması dönemindeki kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, taraflar arasında bir yetki sözleşmesi yapılmış olması kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmamakta; başka bir ifade ile, davacı davasını dilerse yetki sözleşmesinde yetkili kılınan mahkemede dilerse de kanunen yetkili olan mahkeme veya

¹³ Bu bölümde yer alan açıklamalar daha önce Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi'nde (Cilt 8, sayı 21, 2012) yayımlanan "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi" başlıklı makalede yer alan açıklamaların özetlenmiş bir halidir.

¹⁴ Karş. Nur Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", İstanbul Barosu Dergisi Cilt 85, sayı 5, Eylül-Ekim 2011, s.131-147, s.134, dipnotu 8.

¹⁵ Bkz. Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, s.244. Karş. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s.67; Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", s.133; Aşık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", s.26. Bu konuda ayrıca bakınız aşağıda yetki sözleşmelerine ilişkin yeni kanun hükümlerinin dava ve takip arkadaşlığı halinde nasıl uygulanması gerektiği hakkındaki açıklamalar.

mahkemelerden birinde açmak konusunda bir seçme hakkına sahip olmakta idi. HMK ise, yetki sözleşmesinin içeriğinden aksi anlaşılmadıkça, yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemenin tek başına yetkili olduğunu, diğer bir deyişle yetki sözleşmesi yapan tarafların artık kanunen yetkili mahkemelerde dava açmak hakkını saklı tutmuş sayılamayacaklarını kabul etmektedir (m. 17(1) 2. cüm.).¹⁶

Ancak, Umar'ın belirttiği üzere, kanunen yetkili mahkemelerin yetkisinin muhafaza edilmek istendiğine ilişkin irade beyanı, yetki sözleşmesinin içeriğinden anlaşılacak kaydıyla, "açıkça" ifade edilmemiş olsa bile geçerlidir.¹⁷ Buna göre, örneğin "bu sözleşme ile ilgili uyuşmazlıklar hakkındaki davalar İstanbul mahkemelerinde de açılabilir" şeklindeki bir yetki şartının kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmadığını kabul etmek doğru olur.

Esasen Yargıtay "yetki sözleşmelerinin aksi anlaşılmadıkça kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmayacağı" yolundaki içtihadını daha önce, milletlerarası (yabancılik unsuru taşıyan) yetki sözleşmeleri bakımından terk etmişti.¹⁸ Ancak, bu içtihat değişikliğinde kabul edilen çözüm şekli kısmen MÖHUK'un yetki sözleşmeleri hakkındaki hükmünün lafzının HUMK m. 22'den farklı olmasıyla da izah edilmekteydi.¹⁹ Şimdi, HMK m. 17(1), 2. cümle hükmü ile "yetki sözleşmesinin içeriğinden aksi anlaşılmadıkça, yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemenin tek başına yetkili olduğu" şeklindeki çözüm tarzı yabancılik unsuru taşımayan yetki sözleşmeleri bakımından da kabul edilmiş olmakta; yabancılik unsuru içeren ve içermeyen yetki sözleşmeleri arasında ortaya çıkan, kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağdaştırılması güç olan içtihat ve düzenleme farklılığı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Her halde, kanunun amacı da dikkate alındığında, yetki sözleşmesi yapma serbestisinin hem tacirlere, hem de (tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın) kamu tüzel kişilerine tanındığı; geçerli bir yetki sözleşmesinin taraflarını iki tacir, iki kamu tüzel kişisi veya bir tacir ile bir kamu tüzel kişisinin oluşturabileceğinden şüphe edilmemelidir.

2. Yetki Sözleşmesine İlişkin HMK Hükümlerinin Olması Gereken Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

Yetki sözleşmelerinin zayıf durumda olanı korumak için sınırlamaya tabi tutulması ilke olarak isabetli ise de,²⁰ Kanun Koyucunun yetki sözleşmesi yapma serbestisini sadece tacirlere ve kamu tüzel kişilerine vermek şeklindeki tercihi, olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir; şöyle ki:

¹⁶ Umar, HMK'nda m. 17(1) 2. cümlede yer alan düzenlemenin yararlı olmadığı; yetki sözleşmesinin, aksi yönde açıklık içermedikçe, kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmayacağı şeklindeki eski Yargıtay içtihadının Mehaz Kanuna (eski Neuchatel Medeni Usul Kanunu'na) da uygun ve daha isabetli olduğu görüşündedir; bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Ankara 2011), s. 62.

¹⁷ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 63.

¹⁸ HGK 6.5.1998, 12-287/325, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Eylül 1998, s. 1059-1065, özellikle s. 1063.

¹⁹ 2675 sayılı (mülga) MÖHUK'un 31. maddesinin 2. cümlesi "Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür" şeklindeydi. Yeni (5718 sayılı) MÖHUK m. 47(1), son cümle hükmü de benzer içerikte olup; "Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür" şeklindedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ezcümle Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 115-116.

²⁰ Baki Kuru/Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi Cilt 85, sayı 5, Eylül-Ekim 2011, s. 3-43, s. 5.

Zamanımızda esnaf işletmesi boyutunu aşan işletmelerin çoğu ticaret şirketi şeklinde faaliyet göstermekte; hatta sınırlı sorumluluktan yararlanmak şeklinde rasyonel ve meşru sebepleri bulunan bu uygulama, tek kişilik ticaret şirketlerinin kurulmasına imkân veren yeni Türk Ticaret Kanunu tarafından da teşvik edilmektedir. Ticaret şirketi şeklinde işletilen bu işletmelerin “sahibi” olan iş adamları, şirket ortağı veya pay sahibi sıfatını taşımakta, ama tacir sıfatını taşımamaktadırlar. Bu durumun küçük ve orta ölçekli işletmeler için olduğu gibi, büyük kurumlar bakımından da geçerli olduğu herkesin bildiği bir gerçektir. Şimdi, HMK m. 17(1) hükmüne göre, ortağı veya pay sahibi olduğu ticaret şirketinin borçları için, çoğu zaman aynı ticaret şirketinin yıllar içindeki birikimini ifade eden şahsi malvarlığını dikkate alarak teminat veren (mesela kefil olan veya ipotek veren) ortağın veya pay sahibinin imzaladığı teminat sözleşmelerinde yer alan yetki şartı da, kanunun lafzına göre, hükümsüz olacak; bu türlü bir yetki şartının geçerli sayılabilmesi, ancak şartları varsa, dürüstlük ilkesine başvurularak mümkün olabilecektir.

Bunun gibi, yine yeni kanunumuza göre, mesela yazıhanesi için bir “plaza katı” kiralayan avukatın veya muayenehanesi için tıbbi cihazlar satın alan hekimin taraf oldukları kira ve satım sözleşmelerindeki yetki şartları da hükümsüz sayılacaktır ki, bu kişilerin sosyal veya iktisadi bakımdan özel bir korumaya muhtaç olduklarını savunmak güçtür ve buna benzer misalleri çoğaltmak mümkündür.

Şu hale göre, tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin yaptıkları bütün yetki sözleşmelerini geçersiz saymak yerine, özel korunmaya muhtaç olan grupları tespit edip, örneğin tüketici işlemleri bakımından tüketiciler, iş ilişkileri bakımından işçiler ve büyüklüğü 100 m²'yi aşmayan konut kiralari bakımından kiracıların yaptıkları yetki sözleşmelerinin geçersiz sayılacağını (daha doğru bir düzenlemeyle, bu kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini) öngören bir kanuni düzenleme kanımca daha yerinde olurdu.

Yine kanımca, tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin yaptıkları bütün yetki sözleşmelerini geçersiz sayan HMK m. 17(1) hükmünün, uyumsuzluğun doğmasından önce yapılan yetki sözleşmeleriyle uyumsuzluğun doğmasından sonra yapılan yetki sözleşmeleri arasında bir ayırım yapmaması da isabetli görülemez. Çünkü, uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra yapılan bir yetki sözleşmesinin, iktisadi bakımdan daha güçlü tarafça karşı tarafa baskıyla veya onun tecrübesizliğinden yararlanarak kabul ettirildiğini varsaymak güçtür. Nitekim, yeni usul kanunumuz da, zayıf durumda olanın korunmasına ilişkin benzer bir durumda usul işleminin geçerliliğini işlemin ne zaman yapılmış olduğuna önem vererek düzenlemekte; kanun yollarından peşinen feragat edilmesini geçersiz saymasına rağmen, ilamın tebliğinden sonra yapılan kanun yollarından feragati geçerli saymaktadır (HMK m. 349(1) ve m. 366; benzer şekilde bkz. İİK m. 20).

Bu özellikler dikkate alınınca, birçok başka hükmün kaleme alınmasında HMK'na kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun yetki sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin, HMK'nun ilgili hükümlerinden daha başarılı olduğu görülmektedir. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun yetki sözleşmeleri hakkındaki 17. maddesi, yetki sözleşmesinin geçerliliğini tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmış olmasına bağlı saymamakta; ancak, aynı kanunun kenar başlığı “kanunen yetkili mahkemelere başvurma hakkından feragat” şeklinde Türkçeye çevrilebilecek olan 35. maddesinde tüketiciler, işçiler ve kiracıları koruyan özel bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, tüketiciler, işçiler ve konut kiralari ile tarımsal hasılat kiralardaki kiracılar, bu sıfatlarıyla girdikleri sözleşme ilişkilerinden doğan davalar bakımından, kanunen yetkili mahkemelere başvurma hakkından peşinen feragat edemezler. Başka bir ifadeyle, bu kişilerin uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce yapmış oldukları yetki sözleşmeleri kendilerine karşı ileri sürülemez.

Görüldüğü üzere, HMK'da olduğu gibi zayıf durumda olanı koruma amacıyla konulmuş İsviçre usul hükümleri birkaç bakımdan bizim kanunumuzdan farklıdır. Öncelikle, hükmün

sağladığı korumadan yararlanacak olan kişiler bizim kanunumuzda olduğu gibi “tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki bütün gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmamış; tüketiciler, işçiler ve kiracılar olarak sayılmıştır. İkinci olarak, bu kişilerin uyuşmazlığın doğmasından önce yaptıkları yetki sözleşmeleri sözleşmenin her iki tarafı bakımından da hükümsüz sayılmamış; sadece, korunmaya muhtaç olan taraf (tüketici, işçi ve kiracı) bakımından hükümsüz sayılmıştır. Üçüncü olarak, uyuşmazlığın doğmasından sonra yapılan yetki sözleşmeleri, daima geçerli sayılmıştır. Çünkü, uyuşmazlığın ortaya çıktığı aşamada korunmaya muhtaç olan tarafın artık daha dikkatli davranacağı açık olduğu gibi, borçlar hukuku sözleşmesinin yapıldığı zamanda (örneğin tüketici kredisini kullanırken, işe girerken veya yeni konuta taşınırken) olduğu gibi, sözleşme ilişkisine girme ihtiyacı ve pazarlık gücünün zayıflığı dolayısıyla baskı altında sayılmayacağı (krediyi zaten kullanmış, işe girmiş veya konuta taşınmış bulunduğu) da bellidir.

Bu farklılıkları dolayısıyla, kanımca, İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun yetki sözleşmeleri hakkındaki 17. maddesinin, olması gereken hukuk bakımından bizim kanunumuza da örnek teşkil etmelidir.

Nihayet belirtelim ki, içinde bulunduğumuz yılın Temmuz ayında yürürlüğe girecek yeni Türk Borçlar Kanunu, taksitle satış sözleşmeleri ile ilgili hükümleri arasında yetki sözleşmelerine (ve tahkime elverişliliğe) ilişkin bir hüküm içermektedir ki, bu yeni hüküm de İsviçre Hukukunun yukarıda özetlediğimiz çözüm tarzına uygundur. Türk Borçlar Kanunu’nun “Yetkili mahkeme ve tahkim” başlıklı 262. maddesine göre:

“Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.”²¹

3. Tarafları tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmelerinin geçersizliğini sadece tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan taraf ileri sürebilir.

Sözleşmelerdeki hükümsüzlük hallerini “kesin hükümsüzlük” ve “iptal edilebilirlik” hallerinden ibaret gören klasik hükümsüzlük teorisi uygulanacak olursa, taraflarından biri tacir veya kamu tüzel kişisi olan, fakat diğer tarafı tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmelerinin her iki taraf bakımından da kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Böyle bir sonucun kanunun amacıyla bağdaştırılmayacağı açıktır. Kanımca, taraflarının sadece biri tacir veya kamu tüzel kişisi olan yetki sözleşmelerinin geçersizliği konusu, modern hükümsüzlük teorisinin uygulanabileceği örnek bir durumdur.²² Böyle bir yetki sözleşmesinin geçersizliğini sadece zayıf durumda bulunduğu için kanunun koruma altına aldığı taraf, yani tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan taraf ileri sürebilir; tacir veya kamu tüzel kişisi olan taraf ileri süremez.

Kanımca, tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan taraf tacir veya kamu tüzel kişisi olan tarafı dava etmek isterse, dilerse yetki sözleşmesini geçersiz sayarak kanunen yetkili

²¹ İsviçre Borçlar Kanunu’nun mülga 226’ncı maddesinin çevirisi olan Türk Borçlar Kanunu m. 262 uyarınca, takip eden (İsviçre BK mülga m. 226m hükmünün karşılığı olan) 263. madde uyarınca tüketici finansmanı amaçlı ödünç sözleşmelerinde de uygulanacaktır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 226/ ve 226m maddeleri hukuk mahkemelerinin yetkisi hakkındaki 2000 ve tüketici kredileri hakkındaki 2001 tarihli kanunlarla yürürlükten kaldırılmış olup; yürürlükten kaldırılma sebepleri benzer içerikteki hükümlerin hukuk mahkemelerinin yetkisi hakkındaki federal kanunun 21. maddesinde de yer almış olmasıdır.

²² Modern hükümsüzlük teorisi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, 4. Bası (İstanbul 2008), s. 588 vd.

mahkemelerde, dilerse de yetki sözleşmesine dayanarak, yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede dava açabilir.²³

4. Yetki Sözleşmesine İlişkin HMK Hükümlerinin Zaman İtibarıyla Uygulanması

a) Yetki Sözleşmesine İlişkin HMK hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması konusunda ortaya çıkan sorunlar ve karşılaştırmalı hukukta durum

Yetki sözleşmesine ilişkin yeni HMK hükümlerinin HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten (1 Ekim 2011) önce yapılmış yetki sözleşmelerine de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda HMK'nun "Zaman bakımından uygulanma" kenar başlıklı 448'nci maddesinde ve geçici maddelerinde açıklık yoktur.

HMK m. 448 HMK hükümlerinin "tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl" uygulanacağını öngörmektedir. Ancak "tamamlanmış işlem" terimi açıklanmaya muhtaçtır. Tartışmakta olduğumuz yetki sözleşmesi konusu bakımından, yetki sözleşmesinin yapılması mı, yetki sözleşmesine göre dava açılması mı, yoksa yetki sözleşmesine göre açılmış davanın hükme bağlanmış ya da kanun yollarından geçerek kesinleşmiş olması mı "tamamlanmış işlem"dir?

Bu belirsizliğe göre, yetki sözleşmeleri hakkındaki hükümlerin zaman bakımından uygulama alanı ile ilgili sorular aşağıdaki gibi karşımıza çıkmaktadır:

- 1) HUMK hükümlerine göre geçerli olup da, HMK m.17- m.18 hükmüne göre (tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmadığı için) geçerli olmayan yetki sözleşmesine dayanılarak, HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce dava açılmış ise, mahkeme HMK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde yetkisini muhafaza edecek midir? Yoksa, bu mahkemenin şimdi yetkisizlik kararı vermesi mi gerekecektir? Bu soruya verilecek cevap bakımından, görülmekte olan davanın ilk derece mahkemesinde mi, kanun yolları aşamasında mı olduğu önem taşımakta mıdır?
- 2) HMK m.17- m.18 hükmüne göre geçerli olmayan, fakat HUMK hükümlerine göre geçerli olan yetki sözleşmeleri geçerliliğini muhafaza etmekte midir? Başka bir ifadeyle bu yetki sözleşmesine dayanılarak, HMK yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde (bugün) dava açılabilir mi?
- 3) HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce yapılan bir yetki sözleşmesi, HMK'nın yürürlükte olduğu dönemde de geçerliliğini muhafaza ediyorsa, bu sözleşmenin sonuçları yetki sözleşmesinin yapıldığı zamanda geçerli olan HUMK'na mı, yoksa yeni HMK hükümlerine mi tabi olacaktır? Özellikle, yetki sözleşmesinin kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldıracağı kuralı, HUMK dönemde yapılmış yetki sözleşmeleri bakımından geçerli midir?

Bu sorulara tek tek cevap vermeden önce belirtelim ki, geçtiğimiz yıllarda başka Avrupa ülkelerinde de yetki sözleşmeleri ile ilgili usul kanunu değişiklikleri yapılmış; bu kanun değişikliklerinde yetki sözleşmelerini düzenleyen yeni kuralların zaman bakımından uygulanma alanı hakkında açık kanun hükümleri konulmuştur.

²³ Bu nedenle, Bolayır'ın tacir olamayan kefilin rücu davasında yetki sözleşmesinde karşılaştırılan mahkemede dava açamayacağı hakkındaki görüşüne ("Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", s.135) katılmıyorum. Umar'ın "işçilerin taraf olacağı yetki sözleşmelerinin tümü geçersizdir" şeklindeki açıklamasının da (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s.65), "işçilerin taraf olduğu yetki sözleşmeleri işçilere karşı ileri sürülemez (fakat, dilerlerse işçiler bu yetki sözleşmelerinde gösterilen yerde işverene dava açabilir)" şeklinde ifade edilmesi kanımca daha doğru olurdu.

Yetki sözleşmelerini düzenleyen yeni kuralların zaman bakımından uygulanma alanını belirlemek konusunda, Avrupa çeşitli kanunlarında birbirinden farklı çözümler benimsenmiştir. Mesela İsviçre’de mahkemelerin yetkisini düzenleyen 2000 tarihli federal kanunda yetki sözleşmeleri, HMK’da olduğuna benzer şekilde, zayıf durumda olan tarafın korumak amacıyla yeni bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu yeni düzenlemenin zaman bakımından uygulama alanını belirleyen ilgili kanun hükümlerinde ise (a) yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalarda mahkemenin yetkili kalmaya devam edeceği ve (b) yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılan yetki sözleşmelerinin geçerliliğinin eski kanun hükümlerine tabi olacağı, açıkça belirtilmiştir. 2011 yılında yürürlüğe giren 2008 tarihli İsviçre Medeni Usul Kanununun m. 404(2) ve m. 406 hükümlerinde de aynı çözüm tarzı benimsenmiştir.

Buna karşılık Alman Medeni Usul Kanununun yetki sözleşmelerini düzenleyen (ve bizim HMK m.17 ve m.18 düzenlemesine de mehzaz teşkil ettiği anlaşılan) 38. maddesinde 1974 yılında yapılan kanun değişikliği, yine açık bir kanun hükmüyle, “geçmişe etkili” kılınmıştır; şöyle ki: 1974 tarihli kanunun zaman bakımından uygulama alanını belirten hükmüne göre 1 Nisan 1974 tarihinden önce açılan davalar bakımından eski kanun zamanından yapılmış olan yetki sözleşmeleri geçerli sayılacak, yani eski kanun zamanında geçerli sayılan yetki sözleşmesine göre açılan davalarda mahkeme yeni kanununun yürürlüğe girmesi sebebiyle yetkisizlik kararı vermeyip, davayı görmeye devam edecektir. Ancak, 1974 tarihinden sonra açılacak davalar bakımından, yetki sözleşmesinin hangi tarihte yapılmış olduğuna bakılmaksızın, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı yeni kanun hükümleri göz önüne alınarak belirlenecektir. Başka bir deyişle, eski kanun zamanında geçerli olarak yapılmış olan yetki sözleşmeleri yeni kanun hükümlerinin geçerlilik şartlarını taşııyorsa, bu yetki sözleşmelerine dayanarak yeni kanun zamanında yeni davalar açılmayacak; daha doğru bir ifadeyle, bu yetki sözleşmelerine göre yeni açılan davalarda davalı yetki itirazında bulunabilecektir.

Karşılaştırmalı hukuktaki bu örnekler yetki sözleşmeleri ile ilgili usul kanununun değişikliklerini zaman bakımından uygulama alanının özel bir düzenlemeye tabi tutulmasına ihtiyaç bulunduğunu; yetki sözleşmelerine ilişkin usul kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını sadece genel hükümlere başvurarak belirlemenin uygun olmadığını göstermektedir. Kanımca; bizim yeni usul kanunumuzda da 17. ve 18. maddelerin zaman bakımından uygulama alanını belirleyen özel kanun hükümlerinin bulunması yararlı olurdu. Bugün dahi yeni kanuna bu konuya açıklık getiren bir geçici madde eklenmesinin yararlı olacaktır.

Böyle bir geçici madde kanuna ekleninceye kadar yetki sözleşmelerine ilişkin yeni hükümlerin zaman bakımından uygulama alanı ile ilgili olarak tespit ettiğimiz sorular kanımca aşağıdaki gibi cevaplanabilir.

b) Yeni HMK hükmüne göre geçerli sayılmayan yetki sözleşmesine dayanılarak, HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda mahkemeler yetkilerini muhafaza etmekte midir?

Bu soruya cevap veren özel kanun hükümlerinin yokluğu karşısında, yeni usul hükümlerinin derhal uygulanması ilkesinin²⁴ bir sonucu olarak, HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce ve eski kanunun geçerli saydığı bir yetki sözleşmesine göre açılmış olan davalarda mahkemenin yeni kanun döneminde de yetkili kalmaya devam edeceği kabul edilebilir.

²⁴ Ezcümle bkz. Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s.18.

Davanın açıldığı tarihte yetkili olan mahkemenin yetkisinin davanın sonuna kadar muhafaza etmesi (perpetuatio fori) yargılama hukukunun temel kurallarından biridir. Her ne kadar 16.6.1958 tarihli ve 21/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı²⁵, taşınmaz davaları bakımından, idari taksimatta meydana gelen değişiklik dolayısıyla taşınmazın başka bir ilçeye sınırlar içine dahil edilmesi durumunda davanın açıldığı mahkemenin dava dosyasının taşınmazın sınırları içine dahil olduğu komşu ilçe mahkemesine göndermesi gerektiğini kabul etmekteyse de²⁶, mahkemenin yetkisinin devamlılığı kuralına getirilen bu istisnanın taşınmaz davalarına ilişkin bir istisna olduğu ve benzer bir çözüm tarzının tartıştığımız yetki sözleşmeleri meselesi bakımından benimsenemeyeceği kanaatindeyim.

Bu bağlamda, HMK'nun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasında "bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz" şeklinde bir hüküm sevk edilmiş olması da tereddütlere yol açabilecektir. Çünkü geçici 1. madde yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri açıkça anarken, yetkiye ilişkin hükümlerden hiç bahsetmemiştir. Bu duruma göre acaba, yeni kanunun yetkiye ilişkin hükümleri kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış davalarda uygulanacağı sonucuna varılabilir mi?

Kanımca bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü, geçici 1. maddenin birinci fıkrası kanun metnine Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında dahil edilmiş olup; ne geçici 1. maddeye ait Adalet Komisyonu gerekçesi²⁷ ne de hükmün amacı kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin olarak kabul ettiği düzenlemenin yetki için uygulanmamasını haklı göstermektedir. Aksine geçici 1. maddenin birinci fıkrasında yargı yolu ve görev için kabul edilmiş olan kuralı kıyasen yetki bakımından da uygulanması, yani yeni kanunun yetkiye ilişkin hükümlerinin de kanun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaması gerektiği kanısındayım.

c) HMK m.17-m.18 hükmüne göre geçerli olmayan, fakat HUMK hükümlerine göre geçerli olarak yapılmış yetki sözleşmeleri geçerliliğini muhafaza etmekte midir?

HMK m.17- m.18 hükmüne göre geçerli olmayan, fakat HUMK hükümlerine göre geçerli olan yetki sözleşmesine dayanılarak, HMK yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde (bugün) dava açılabilir mi? Kanımca, bu soruya da olumlu cevap verilmeli ve eski kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin, eski kanuna göre geçerli iseler bugün dahi geçerliliklerini muhafaza ettiklerini kabul edilmelidir. Çünkü, usul sözleşmelerinin kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuk hükümlerine tabi oldukları genel kabul gören bir

²⁵ RG 1.10.1958, sayı 10021.

²⁶ Bu "yetkili mahkemeye gönderme" kararının niteliği ve ilgili Yargıtay içtihatları için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt 1 (İstanbul, 2001), s.526 vd.

²⁷ Hükmün Adalet Komisyonu Raporunda yer alan gerekçesi şöyledir: "Yargılama usulüne ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi ve uygulanması esastır. Bu kural, yeni düzenlemeler yürürlüğe girdiği sırada derdest bulunan davalar hakkında da uygulanacaktır. Ancak, kural bu olmakla birlikte kanun koyucu derhal yürürlüğe girme esasına istisnalar da getirebilir. Bu çerçevede, göreve ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi, uygulamada birçok dava hakkında görevsizlik kararı verilmesini gerektireceğinden, görevle ilgili hükümlerin uygulanması bakımından istisna getirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Göreve ilişkin hükümlerin kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte derhal uygulanması, davanın esasına girmiş ve dosyayı belli bir aşamaya getirmiş mahkemenin görevsizlik kararı verme zorunluluğunu gerektirecek ve bu durum yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir. Uygulamada yaşanabilecek bu tür gereksiz zaman kayıplarının önüne geçilebilmesi bakımından, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılan davaların o tarihte görevli olan mahkemelerce bakılmasına devam edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin usul ekonomisi bakımından işin niteliğine daha uygun olduğu değerlendirilmiştir." Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı 393.

ilkedir.²⁸ Buna göre, maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunlar eski kanun zamanında, eski kanuna göre geçerli olarak yapılmış olan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmedikleri gibi usul sözleşmelerine ilişkin yeni kanun hükümlerinin dahi eski kanun zamanında yapılmış usul sözleşmelerinin geçerliliğini etkileyemeyeceğini kabul etmek doğru olur.

Başka bir ifade ile maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanuna göre belirleneceği hakkındaki zaman bakımından uygulanma hükümleri²⁹ kıyasen usul sözleşmeleri ve bu meyanda yetki sözleşmeleri için de uygulanmalıdır³⁰.

d) HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce yapılan bir yetki sözleşmesi, HMK'nın yürürlükte olduğu dönemde de geçerliliğini muhafaza ediyorsa, bu sözleşmenin sonuçları yetki sözleşmesinin yapıldığı zamanda geçerli olan HUMK'na mı, yoksa yeni HMK hükümlerine mi tabi olacaktır?³¹

Kanımcıca, eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerinin sonuçları itibariyle eski kanuna mı yoksa yeni kanununa mı tabi oldukları sorusu bakımından da usul sözleşmeleri ile ilgili genel kuraldan ayrılmak için sebep yoktur.

Usul sözleşmeleri kural olarak, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuka tabi olmakla beraber ortaya çıkarttıkları sonuçlar (hükümleri) bakımından usul hukukuna

²⁸ Bkz. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası 1960, s. 152; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası (İstanbul 2000), s. 420; Abdurrahim Karslı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler (İstanbul 2001), s. 239.

²⁹ Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 1(1) - Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1- Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. -Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir.- Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmüş ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanır.

³⁰ Bkz. Kuru/Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", s. 5-6. Aksi görüşler için bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 64; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası (Ankara 2011), s. 128-129; Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", s. 145; Aşık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", s. 44; Taylan Özgür Kiraz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 9; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası (İstanbul 2012), s. 77: Eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerine göre yeni kanun zamanında dava açılıp açılmayacağı sorunu Umar, Pekcanitez/Atalay/Özkes, Kiraz, Aşık ve Bolayır yetki sözleşmesinin "geçerliliği", Karslı ise yetki sözleşmesinin "etkileri" ile ilgili bir sorun olarak tanımlamakta; fakat, yazarlar (burada vardığım sonuçtan farklı olarak) eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerine göre yeni kanun zamanında dava açılmayacağı sonucunda birleşmektedirler.

³¹ Gerek Pekcanitez/Atalay/Özkes gerekse Karslı, eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerine göre yeni kanun zamanında dava açılmayacağı sonucuna vardıkları için, eski kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin sonuçlarının yetki sözleşmesinin yapıldığı zamanda geçerli olan HUMK'na mı, yoksa yeni HMK hükümlerine mi tabi olacağı sorunu ele almamaktadırlar.

kanuna tabidirler.³² Bu kuralın sonucu olarak usul sözleşmelerinin geçerlilikleri ile ilgili olarak “geçmişe etkili olmama” kuralını; etkileri bakımından ise “derhal uygulanma” kuralını uygulamak gerekir ki, buna göre de, HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce yapılan bir yetki sözleşmenin sonuçları yetki sözleşmesinin yapıldığı zamanda geçerli olan HUMK’na değil, yeni HMK hükümlerine mi tabi olacaktır. Özellikle, HMK m. 18’de ifadesini bulmuş olan yetki sözleşmesinin kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıracacağı kuralı, HUMK dönemde yapılmış yetki sözleşmeleri bakımından geçerlidir.³³

İsviçre Federal Mahkemesinin tespit edebildiğim 1993 tarihli bir kararı da bu görüşe uygun olarak verilmiştir. Bu Federal Mahkeme kararında milletlerarası yetki sözleşmelerinin münhasır yetki sözleşmesi sayılması (kanunen yetkili mahkemelerin yetkilerini ortadan kaldırması) ile ilgili bir kanun değişikliğinin hangi tarihte yürürlüğe girileceğini tartışılmıştır. Bu kararda Federal Mahkeme, usul hukuku sözleşmelerinin (tahkim sözleşmeleri ve yetki sözleşmeleri dahil olmak üzere) geçerlilikleri ve etkileri arasında bir ayırım yaparak, bu sözleşmelerin geçerlilikleri bakımından eski kanuna etkileri bakımından ise yeni kanuna tabi olacaklarını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak, Federal Mahkeme milletlerarası yetki sözleşmelerini münhasır yetki sözleşmesi sayılması kuralını getiren kanun değişikliğinin, bu değişikliğin yapıldığı tarihten önce akdedilmiş milletlerarası yetki sözleşmeleri için de geçerli olacağına karar vermiştir.³⁴

Özetlemek gerekirse, kanımca, eski kanun zamanında (1 Ekim 2011’den önce) yapılan yetki sözleşmeleri, tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa da, günümüzde de geçerliliklerini muhafaza etmektedirler (kıyasen, Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve

³² Bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 420; Karanlı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, s. 239.

³³ İsviçre hukukunda benzer şekilde bkz. Osgar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Bası (Bern 2001), s. 56.

³⁴ 27 Nisan 1993 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi (1. Hukuk Dairesi) Kararı, BGE 119 II 177-182. Mahkemelerin yetkisi hakkındaki yeni kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulama alanı hakkında tespit edebildiğim ikinci bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı 1936 tarihlidir. Federal Mahkemenin bu kararı 1935 yılında yapılan bir mevzuat değişikliği hakkındadır. Söz konusu mevzuat değişikliği “konut tasarruf sandığı” adıyla anılan kredi kurumlarının müşterilerine karşı açtığı davalarda yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğunu belirlemektedir. Yapılan değişikliğe göre konut tasarruf sandıklarına müşterileri aleyhine açacakları davaları İsviçre’deki kendi yerleşim yerleri mahkemesinde de açmak imkânı verilmiştir. Karara konu olayda bir konut tasarruf sandığı bu imkândan faydalanarak dava açmış; davalı kredi müşterisi ise, konut tasarruf sandığı ile kredi sözleşmesini imzaladığı tarihte yetkili mahkemeyi belirleyen kuralların farklı olduğunu ve bu sebeple davacıya kendi yerleşim yerinde dava açmak yetkisini veren hükümlerin kendisine açılan davada (geçmişe etkili olarak) uygulanamayacağını ileri sürerek yetki itirazında bulunmuştur. Federal Mahkemeye göre, davalının bu yetki itirazı yerinde değildir. Çünkü, yeni usul hükümleri maddi hukuka ilişkin hakların korunmasında daha mükemmel düzenlemeler getirmiş sayılırlar ve bu hükümlerin geçmişte ortaya çıkmış veya başlamış maddi hukuk ilişkilerine ilişkin uyuşmazlıklarda dahil olmak üzere, derhal uygulanmaları gerekir. Bu nedenle Federal Mahkeme kararına konu olayda kredi sözleşmesinin yapıldığı tarihte mahkemelerin yetkisini düzenleyen usul hükümlerinin farklı olması davalıya bir kazanılmış hak da sağlamaz. Ancak, Federal Mahkeme yeni usul hükümlerinin derhal uygulanmasına ilişkin kuralı böylece ifade ettikten sonra şu açıklamaya da yer vermektedir: “Buna karşılık «Temyiz eden ile davacı arasında bu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıkların temyiz edenin yerleşim yerinde dava edilebileceğine ilişkin bir yetki sözleşmesi mevcut olsa idi [eski kanunun davalı için kazanılmış hak oluşturup oluşturmadığı ile ilgili] bu soruna başka türlü cevap vermek gerekecek miydi?» sorusuna ise şimdilik cevap verilmeyebilir. Çünkü, olayımızda böyle bir sözleşme mevcut değildir” (16 Eylül 1936 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi (1. Hukuk Dairesi) Kararı, BGE 62 II 217-221). Federal Mahkeme böylece, bir yandan usul kurallarının derhal uygulanması ilkesini benimsediğini teyit ederken, diğer yandan da yetki sözleşmeleri bakımından bu kuralın aynen uygulanmayabileceğini ifade etmiş olmakta idi.

Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 1, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 1). Ancak, bu yetki sözleşmelerine dayanarak dava açacak olan kişiler, artık kanunen yetkili mahkemelerle yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemeden herhangi birini seçmek konusunda serbestliğe sahip olmayacaklar; davalarını yetki sözleşmesinde gösterilen yerde açabileceklerdir (m. 17(1) 2. cüm.).

e) Yetki Sözleşmesine ilişkin HMK hükümlerinin dava arkadaşlığı halinde ortaya çıkarttığı sorunlar

Yeni kanun hükümlerimize göre yetki sözleşmeleri ancak tacirler ve kamu tüzel kişilerin tarafından yapıldığında geçerli olduğuna ve yetki sözleşmesi kural olarak kanunen yetki mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırdığına göre, acaba yetki sözleşmesi yapan ve aralarında mecburi dava arkadaşlığı olan davalılardan sadece birinin tacir veya kamu tüzel kişisi olduğu hallerde dava (veya icra takibi) nerede açılacaktır?

Kanımcıca, böyle bir durumda, yetki sözleşmesinin her iki dava arkadaşı bakımından da geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir³⁵. Bir an için yetki sözleşmesinin davalılardan biri için geçerli, diğeri için geçersiz sayılması halinde davacının davasını açacak mahkeme bulamaması gibi bir sonuçla karşılaşması mümkündür. Çünkü yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede dava açıldığında tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan davalı, kanunen yetkili mahkemede dava açıldığında ise tacir veya kamu tüzel kişisi olan davalı yetki itirazında bulunabilecek; bu iki kişinin aynı mahkemede dava edilmesi mecburiyeti dolayısıyla da davacı adeta çözümsüz bir sorunla karşı karşıya kalacaktır. Böyle bir sonucun ise kabul edilemeyeceği açıktır.

Yazımızın başındaki örneğe dönecek olursak, müdürü olduğu şirket için kendi taşınmazının ipotek eden limited şirket ortağına karşı açılacak olan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip (İİK m.149b), kanımcıca, ipotek sözleşmesinde bir yetki şartı bulunsa bile, ancak kanunen yetkili olan icra dairesinde (İİK m.148) açılabilir.

Davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunması halinde ise yetki sözleşmesinin dava arkadaşlarından biri için geçerli diğeri için geçersiz sayılması mümkündür.³⁶ Yukarıdaki örneğe dönecek olursak limited şirket ortağı, şirketinin borcu için ipotek vermiş değil de müteselsil kefil olmuş bulunsaydı, müteselsil kefalet beyanını da içeren sözleşmede yer alan yetki şartı kanunen tacir sayılan limited şirket bakımından geçerli, tacir olmayan şirket müdürü bakımından ise geçersiz sayılabilecektir. Bu durumda hem kefil hem de limited şirket tüzel kişiliğini yetki sözleşmesinde gösterilen yerde dava etmek veya aleyhlerine icra takibi açmak mümkün olmayacak, daha doğru bir ifadeyle, davanın yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede açılması halinde limited şirket müdürünün yetki sözleşmesinin kendisini bağlamadığından bahisle yetki itirazında bulunması mümkün olacaktır.

Bu son örnekte belki davaları ayrı ayrı açtıktan sonra birleştirmelerini talep etmek mümkün olabilecektir. Çünkü, yeni kanun hükümlerimize göre birbirleriyle bağlantılı davalar ayrı mahkemelerde açılmış olsa bile yargılamanın her aşamasında birleştirilebilecek ve birleştirme talebini davalı yapabileceği gibi davacı da yapabilecektir (Bkz. m.166(2) ve karşı HUMK m.45, Fıkra 2).

³⁵ Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", s. 134; aynı yönde Karlı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, s. 244. Ayrıca bkz. Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesi, s. 74; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı (Konya 1991), s. 145.

³⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre Medeni Usul Hukuku, s. 129.

Burada ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından yapılan açıklamalar, takip borçluları arasındaki takip arkadaşlığı bakımından da geçerlidir. Örneğin, kambiyo senetlerine dayalı takipte birlikte takip edilebilecek senet borçlularından (İİK m. 176/b) bazıları tacir, bazıları tacir değil ise, senette yer alan yetki şartı sadece tacir olan senet borçlusu bakımından geçerli olacak; tacir olan ve olmayan senet borçlularını yetki şartında gösterilen yerde birlikte takip etmek mümkün olmayabilecektir.

Nihayet, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi, yetki itirazında da dürüstlük ilkesine uyulması gerektiği hatırdan uzak tutulmamalıdır. Baştaki örnekte, şirket müdürü olan kişi, fiilen ticaret ile meşgul olan ve limited şirketin “sahibi” denebilecek bir “iş adamı” ise, yetki sözleşmesine dayanılarak açılan davada, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak ileri sürdüğü yetki itirazı dürüstlük ilkesine aykırı bulunarak reddedilebilmelidir.

f) Genel işlem şartları içinde yer alan yetki şartlarının geçerliliği

Genel işlem şartları içinde yer alan yetki şartı dürüstlük ilkesine aykırı sonuçlar doğuruyorsa geçerli olmaz,³⁷ genel işlem şartını hazırlayan tarafça, bu yetki şartına dayanılarak kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açılacak olursa, davalı yetki itirazında bulunabilir.

Özellikle tüketicilerin taraf olduğu genel işlem şartlarında yer alan yetki şartı, tüketiciyi yerleşim yeri dışında ve sözleşme ilişkisi ile bağlantısı olmayan bir yerde davasını takip etmek durumunda bırakacak nitelikteyse, böyle bir yetki şartı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi anlamında “haksız şart” sayılır ve tüketici için bağlayıcı olmaz.

Nihayet, genel işlem şartları içinde yer alan yetki şartlarının geçerliliği bakımından 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Borçlar Kanununun “Yazılmamış sayılma” kenar başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrası da dikkate alınmalıdır. Bu kanun hükmüne göre:

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”

Genel işlem şartlarında yer alan ve (dürüstlük ilkesine aykırı olmasa bile) sözleşmeyi düzenleyenin karşısında olan taraf aleyhine olduğu kabul edilebilecek (mesela bu kişinin yerleşim yeri dışındaki bir mahkemeyi yetkili kılan) yetki şartları, bu kanun hükmünün kapsamına girmektedir. Böyle bir yetki şartı, aleyhine olan tarafça göz önüne alınıp açıkça kabul edildiği belgelenmedikçe, geçerli olmayacaktır.³⁸ Buna göre, yeni Borçlar Kanununun

³⁷ Bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 64.

³⁸ Genellikle Yeni Borçlar Kanunu m. 21(1)'de kullanılan “yazılmamış sayılma” kavramının, “sözleşmenin kapsamına dahil olmama” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir; bkz. Atilla Altop, “Genel İşlem Koşulları”, Murat İnceoğlu (derleyen), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (İstanbul 2012), s. 27-44, s. 34; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 21. Bası (İstanbul 2011), s. 75; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 15. Bası (Ankara 2012), s. 115. Kanımca, kanun hükmünün amacı dikkate alınarak, bu halde dahi tek taraflı bağlamazlık sonucunun kabul edilmesi daha uygundur. Çünkü, örneğin genel işlem koşullarında yer alan yetki şartı, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırdığı için, sözleşmenin imzalandığı tarihte “karşı taraf”ın aleyhine olabilir. Buna rağmen, “karşı taraf” yetki şartında gösterilen yerde davayı açmayı tercih etmiş ise, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın bu yetki şartının sözleşme kapsamına dahil olmadığını ileri sürerek yetki itirazında bulunmasına imkân vermek kanunun amacı ile bağdaşmaz.

yürürlüğe gireceği dönemde, genel işlem şartları içinde yer alan yetki şartlarının dikkatten kaçmasını önlemek için daha büyük ve koyu harflerle dizilmesi ve yerine göre ayrıca imza altına alınması gerekli olacaktır. Bu son halde dahi, genel işlem şartlarında yer alan yetki şartlarının geçerlilikleri bakımından dürüstlük ilkesinin denetimine tabi olduklarından kuşku duymamak gerekir.

IV- Görevsizlik ve Yetkisizlik Hakkındaki Usuli Savunmaların İleri Sürülmesi

Mülga HUMK sisteminde olduğu gibi, HMK'nda da görev ve kesin yetki halleri dava şartlarından oldukları için, mahkemenin görevsiz veya kesin yetki kuralı sebebiyle yetkisiz olduğu davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve davanın her aşamasında mahkemece re'sen de araştırılır (m. 114(1)(c) ve (ç), m. 115). HMK m. 138 dava şartlarının (bu meyanda görev ve kesin yetkinin) ön inceleme aşamasında araştırılmasını öngörmekte ise de, bu hüküm bir düzen hükmü niteliğindedir; görevin ve kesin yetkinin davanın daha sonraki aşamalarında araştırılmasına ve görevsizlik ya da kesin yetki kuralı sebebiyle yetkisizlik kararı verilmesine engel değildir.

Mahkemenin yetkisinin kesin yetki esasına göre belirlenmediği hallerde ise, yetki itirazı bir ilk itirazdır. Yetkisizlik ilk itiraz olarak ileri sürülmezse, yetkisiz mahkeme yetkili hale gelir (HMK m. 19, m. 116).

HMK, mülga HUMK zamanındaki Yargıtay içtihatlarına da uygun olarak yetki itirazında bulunan tarafın yetkili mahkemeyi (birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi) bildirmedigi takdirde yetki itirazının dikkate alınmayacağını; mahkemenin yetkisizlik kararında yetkili mahkemenin de gösterileceğini öngörmektedir (m. 19(3) ve (4)).

HUMK m. 193'ün karşılığı olan HMK m. 20 hükmüne göre görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi talep edilmezse davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Bu talep üzerine dosya kendisine gönderilen mahkeme ise, ikinci bir talebe gerek olmaksızın (resen) taraflara davetiye gönderecektir.

V- Çekişmesiz Yargıda Görev ve Yetki

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 383). Yine Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m. 384).

Ancak, çekişmesiz yargıda görev ve yetkiye ilişkin bu kuralların pek çok istisnası olduğuna dikkate edilmelidir.

Örneğin TTK'nun 6335 sayılı Kanunla değişik 5. maddesine göre, kural olarak TTK'nda düzenlenen bütün çekişmesiz yargı işleri asliye ticaret mahkemesinde karara bağlanacaktır. Aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri kural olarak aile mahkemesinde görülür (Aile Mahk. Kn. m. 4); bu kuralın önemli bir istisnası olmak üzere vesayet makamı sulh mahkemesi, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir (Aile Mahk. Kn. m. 4, b. 1). Benzer şekilde diğer özel mahkemeler de, ilgili oldukları maddi hukuk hükümlerinde düzenlenen çekişmesiz yargı işlerinde görevli sayılmalıdır; mesela Kadastro Kn. 25; İş Mahk. Kn. m. 1; Tüketici Kn. m. 23.

Çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkemeyi tayin eden özel kanun hükümleri de çoktur. Örneğin özel kanun hükümleri bazen talepte bulunanın veya ilgilinin yerleşim yeri mahkemesine (mesela ölüm tehlikesi içinde kaybolanın yerleşim yeri (MK m. 32), küçüğün

veya kısıtlının yerleşim yeri (MK m. 411), vakfın yerleşim yeri (Vakıf. Kn. m. 107)); bazen şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesine (mesela pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırması (TTK m. 412)); bazen de miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesine (mesela terekenin korunması ile ilgili önlemlerin alınması (MK. m. 589), vasiyetnamenin açılması (MK m. 596)) yetki vermektedir.³⁹

VI- Geçici Hukuki Koruma Önlemlerinde Görev ve Yetki

HMK m. 390(1) hükmüne göre “İhtiyatî tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak, asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.”

HMK m. 401 (1), (3) ve (4) hükümlerine göre ise “Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir. Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez. Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir.”

Her iki kanun hükmü de, mülga HUMK zamanında karşılaşılan geçici hukuki koruma önlemleri için (kabul kararı alıncaya kadar) birden çok mahkemeye başvurma (forum shopping) uygulamasının önüne geçtiği için kanımca yerindedir.

VII- Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme

HMK m. 410 hükmüne göre, tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde (mesela m. 414, 416, 418) görevli mahkeme Bölge Adliye Mahkemesidir. HMK'nın Bölge Adliye Mahkemesine görev verdiği bu işlerde, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayınca kadar geçecek dönemde hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda Kanunda bir açıklık yoktur.

HUMK hükümleri ise tahkim işlerinde, yerine göre, asliye hukuk (ya da, uyuşmazlık ticari dava niteliğinde ise, asliye ticaret) veya sulh hukuk mahkemelerine görev vermekte idi. Bu durumda, kanımca, HMK'nın Geçici 3. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, HMK'da tahkimle ilgili olarak mahkemelere verilen işlerin, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayınca kadar, dava konusuna göre sulh veya asliye mahkemelerinde görülmesi gerekir (HUMK m. 520, m. 521, m. 532, m. 536).

HMK, tahkim hükümlerinin uygulanmasında yetkili mahkemeyi ise, kural olarak, “tahkim yerindeki mahkeme” şeklinde belirlemiştir. Ancak, Adalet Komisyonu çalışmalarında HMK m. 410 hükmüne aşağıdaki ikinci cümle eklenmiştir: “...Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir.”

Metne sonradan eklenen bu cümle diğer kanun hükümleriyle uyumlu değildir. Kanun'un sistemine göre “tahkim yeri” belirlenmemiş bir tahkim yargılaması olamaz. Tahkim yeri, tahkim sözleşmesinde belirlenmemişse, hakemler tarafından belirlenir (m. 425(1)) ve tahkim yerinin neresi olduğu hakem kararında da belirtilir (m. 436(1)(e)).

³⁹ Çekişmesiz yargı işleri hakkındaki bu türlü özel görev ve yetki kurallarının ayrıntılı bir listesi için bkz. Baki Kuru / Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 85, sayı 5, Eylül-Ekim 2011.

Bu durum karşısında, m. 410(1) (2. cümle) hükmündeki “tahkim yeri belirlenmemiş ise” sözü, kanımca ancak “tahkim yeri *tarafarla* belirlenmemiş ise” şeklinde anlaşılabilir (anlamlandırılabilir). Buna göre, tahkim yeri taraflarla belirlenmiş ise, tahkimde yetkili mahkeme tahkim yeri mahkemesi olacak; tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde ise “davalının Türkiye’deki yerleşim yeri”, “davalının Türkiye’de oturduğu yer” veya “davalının Türkiye’deki işyeri” mahkemelerinden biri yetkili olacaktır.

Gerekçede bir açıklık olmamakla birlikte, madde metninde (“davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesi” şeklinde) yapılan sıralamanın bir öncelik sıralaması olduğu; tahkim yerinin taraflarla belirlenmemiş olduğu hallerde, öncelikle davalının Türkiye’de yerleşim yerindeki mahkemenin; ancak davalının Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması halinde ise, sırasıyla, davalının “oturma yeri” veya “işyeri” mahkemesinin yetkili olacağı kabul edilmelidir (MÖHUK m. 41’e kıyasen). Ancak belirtelim ki, tahkim yerinin Türkiye olduğu ve davalının Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmadığı hallerde, çoğu zaman zaten HMK hükümleri uygulanmayacak; tahkim, yabancılık unsuru taşıdığı için MTK m. 2(2)(a) hükmüne göre MTK’nın uygulama alanına girecektir.

HMK m. 439’da hakem kararının iptali davasının “tahkim yerindeki mahkemede” açılacağı belirtilmiş olup, ilk okunuşun (ve madde gerekçesinde yer alan “ilk derece mahkemesi” ifadesinin) düşündürebileceğinin aksine, burada kastedilen tahkim yeri bakımından yetkili olan bölge adliye mahkemesidir (m. 410).⁴⁰ Ancak, yukarıda belirttiğim gibi HMK’nın Geçici 3. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, HMK’da tahkimle ilgili olarak mahkemelere verilen işlerin, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, dava konusuna göre sulh veya asliye mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kanımca hakem kararlarına karşı iptal davaları da, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, MTK’nın 15. maddesinde de öngörüldüğü gibi, asliye hukuk mahkemesinde görülecektir.

Tahkimde yargılamanın iadesi davası “mahkemede görülür” (m. 443 (2) (2. cümle)). Bu mahkeme, tahkim yeri bakımından yetkili olan bölge adliye mahkemesi olup (m. 410); bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, kanımca, tahkim yerindeki ilk derece mahkemesi olarak anlaşılmalıdır (Geçici madde 3(3)).

⁴⁰ Bkz. Yaşar Karayalçın, “Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda İç Tahkim”, Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007), s. 9 -18, s. 17; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası (Ankara: Yetkin 2011), s. 832.

Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi

Prof. Dr. Baki Kuru*

I- 1965 Yılından (538 Sayılı Kanundan) Önceki Dönemde

Bu dönemde, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, borçlu (icra dairesinde) ödeme emrine itiraz edince, tıpkı genel haciz yolu ile takipteki (İİK m.66) gibi, itiraz ile icra takibi kendiliğinden durmakta idi (eski İİK m.172,I).

O dönemde de, 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 317. maddesinde şu hüküm vardı: “Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tektik ve tatbikına ve vakayi ve hâdisattan haberdar olanların istimaina karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticeyi hükme kadar bir güne muameleye esas ittihaz kılınamaz” (HUMK m.317,c.2).

O dönemde, HUMK m.317 hükmünün, icra takibini etkileyeceği (durduracağı) hakkında hiçbir görüş belirtilmemişti. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, o dönemde, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, borçlu (icra dairesinde) ödeme emrine itiraz edince, tıpkı genel haciz yolu ile takipteki (İİK m.66) gibi, itiraz ile icra takibi kendiliğinden durmakta idi (eski İİK m.172,II).

Kambiyo senedi (özellikle bono) karşılığında borç veren (daha doğrusu veresiye mal satan) tacirler, bu durumdan şikâyetçi idi: sattığımız malın bedelini zamanında alamıyoruz diyorlardı.

II- 1965 Yılından (538 Sayılı Kanundan) Sonraki Dönemde

Bu şikâyetler o kadar çok ve güçlü idi ki, İstanbul Toptancı Tüccarlar Derneğinin ısrarlı talepleri üzerine, Hükümet, İİK’nda değişiklik yapılmasına karar verdi. İki seneden fazla bir çalışma sonucu, 1965 yılında 538 sayılı Kanunla İİK’nda bir çok değişiklik yapıldı (RG 6.3.1965). Bu değişiklikte, İİK’nun 167-176. maddeleri tamamen değişti. En önemli değişiklik şu idi:

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, borca ve **imzaya itiraz**, satıştan başka **icra takip muamelelerini durdurmaz** (İİK m.169 ve m.170,I,c.2).

Borçlu, borçlu olmadığını (özellikle kambiyo senedindeki imzanın sahte olduğunu) ispat için menfi tespit davası açabilir. Fakat, bu menfi tespit davası kendiliğinden icra takibini durdurmaz. İcra takibi, ancak, menfi tespit davasına bakan mahkemenin teminat karşılığında vereceği ihtiyatî tedbir kararı üzerine durdurulabilir (İİK m.72). Bu ise, zordu (yüzde 15 veya yüzde 115 teminat gösterilmesini gerektiriyordu).

Bunun üzerine, İİK’nun 72. maddesine alternatif aranmaya başlandı. Alternatif olarak, kırk yıldan beri uygulanan ve bu kırk yıl içinde icra takiplerinin durdurulması için hiç aklı gelmemiş olan, HUMK’nun 317. maddesi bulundu:

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

Yargıtay uygulamasında, HUMK'nun 317. maddesine göre bir senedin sahteliği iddia olunduğu zaman, o senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilince, o senet hiçbir işleme esas kılınmaz deniyordu. Buna dayanarak Yargıtay, bu halde HUMK'nun 317.maddesine göre icra takibinin kendiliğinden durması gerektiğine karar vermeye başladı.

Ben "Hukuk Muhakemeleri Usulü" başlıklı kitabımın 3. baskısında (1974) Yargıtay'ın bu görüşünü eleştirmişt看:

HUMK m.317'deki "sahtelik davası hukukî mahiyeti itibariyle bir menfi tespit davasıdır. Menfi tespit davasının icra takibine etkisi ise, İİK m.72 hükmü ile düzenlenmiştir, İİK m.72 hükmü, HUMK m.317 hükmüne nazaran hem daha yeni, hem de özel bir hüküm olduğundan, sahtelik davasının icra takibine etkisini de, sadece İİK m.72'ye göre incelemek gerekir"¹.

Ancak, Kitabımın bundan sonraki baskılarında ve 2001 yılında yapılan 6. baskısında bu görüşümü değiştirerek Yargıtay'ın görüşüne katılmışım².

Bu görüş değişikliğinin nedeni, bu konuda yalnız kalmış olmamdı.

Bundan başka, HUMK m.317'ye göre, yalnız sahtelik davasının açılması icra takibini kendiliğinden durdurmaz idi. Hâkim, ilk önce (HUMK m.308'e göre) senetteki imzanın sahte olup olmadığı hakkında iki tarafı dinler, gerektiğinde imzayı inkâr eden tarafı isticvap eder ve senetteki imzanın sahte olup olmadığı hakkında bir kanaat sahibi olmaya çalışır. Hâkim, senetteki imzanın sahte olmadığı kanısına varırsa, o zaman imza hakkında bilirkişi incelemesine de gerek görmez ve dolayısıyla senetteki imzanın inkâr edilmiş olmasının icra takibine hiçbir etkisi olmazdı. Yani bu halde, imza inkarının icra takibine etkisi yalnız İİK m.72'ye göre değerlendirilirdi.

III- HMK döneminde (HMK m.209/1)

HMK m.209/1 hükmüne göre, "adi bir senetteki yazı ve imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz".

Buna göre, borçlu senedin sahte olduğuna dair bir sahtelik davası açarsa veya kendisine karşı açılmış olan alacak davasında senetteki imzayı inkâr ederse, o senet herhangi bir işleme esas alınamayacak, dolayısıyla o senet hakkında yapılmış olan icra takibi kendiliğinden duracaktır.

Bu sonuç, çok ağırdır ve giderek İİK m.68/a, m.72 ve m.170 hükümlerini yok saymaya müncer olur.

Yukardaki nedenle, tekrar 1974 yılında savunduğum görüşüme dönmek istiyorum:

Borçlunun alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için (hukuk mahkemesinde) açtığı tespit davası (HMK m.106/1, m.208/3, m.209/2) da, İİK m.72 anlamında bir menfi tespit davasıdır. Bu nedenle, bu tespit (sahtelik davasının) icra takibine etkisi, (HMK m.209/1 hükmüne değil) İİK m.72 hükmüne tâbidir.

Başka bir deyimle, HMK m.209/1 hükmündeki "adi bir senetteki imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz" hükmü,

¹ Bkz: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ankara 1974 sayfa 395-396.

² Bkz: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı 2001, II. cilt sayfa 2100 ve devamı.

icra takipleri hakkında uygulanmaz. Çünkü, İİK, imzaya itirazı ayrıca düzenlemiştir (bkz: İİK m.68/a ve m.72, m.170).

İİK'nun bu hükümleri, HMK m.209/1 hükmüne oranla özel hüküm niteliğindedir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesine göre de, “daha özel bir kanun olan İİK'ndaki hükümlerin daha genel bir kanun olan HMK ile değiştirildiği söylenemez”³.

İİK'nun imzaya itiraz hakkındaki hükümleri (İİK m.68/a ve m.72, m.170) HMK m.209/1 hükmüne oranla daha özel hüküm niteliğinde olduğundan, HMK m.209/1 hükmü icra ve iflâs takiplerinde kendiliğinden uygulanmaz. Bu halde, âdi bir senetteki imzanın sahte olduğundan bahisle açılan bir sahtelik davası İİK m.72 anlamında menfî tespit davası olduğundan, icra takibi, ancak menfî tespit davasına bakan mahkeme tarafından İİK'nun 72.maddesine göre verilecek bir ihtiyati tedbir kararı ile durdurulabilir. Yoksa mücerret adi senetteki imzanın sahte olduğundan bahisle açılmış olan bir sahtelik davası, HMK m.209/1 hükmüne göre icra takibini kendiliğinden durdurmaz. Ortak Ders Kitabımızda da bu görüşte olduğumuzu belirttik⁴.

Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes'in “İcra ve İflâs Hukuku” isimli kitabının 2010 yılında yayımlanan 8. baskısında şu açıklama vardı: “Şayet açılan menfî tespit davası bir sahtelik davası ise, bu davada bilirkişi ve tanık dinleme aşamasına gelindiğinde, daha önce (İİK) 72.maddenin ikinci fıkrasına göre ihtiyati tedbir kararı verilmemiş olsa bile, takip kendiliğinden duracaktır (HUMK m.317,c.2)”⁵. Aynı kitabın, 9. baskısında ve 10. baskısında (2012), bu açıklamaya yer verilmemiştir (çıkarılmıştır).

Ancak aynı Kitabın 10. baskısının 413. sayfasında, M. Özekes şu açıklamaya yer vermiştir: Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, “itiraz, satıştan başka takip işlemlerini durdurmaz (m.169,c.2; m.170,I). Ancak, özellikle imzaya itirazda ya da senet içindeki bir yazının inkârı söz konusu olduğunda HMK m.209'daki “adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilmeye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz” hükmü mutlaka dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, Yargıtay böyle bir durumda, icra takibinin durdurulması gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır” diyerek, aşağıdaki 12.HD kararını zikretmiştir:

“Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatılmış, 10 örnek ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekili takip dayanağı senetteki imzanın müvekkili tarafından başka bir amaçla atılmış olduğunu, bu imzanın çalışanı tarafından kullanılarak bilgisayar ortamında takip dayanağı bononun oluşturulduğunu belirterek borca itiraz etmiş, takibin iptalini istemiştir. Borçlu icra mahkemesine bu başvurusu dışında İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/592 esas sayılı dosyasıyla menfî tespit davası açmış olup, ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda 6100 Sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilmeye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınmaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, istemin imza itirazı olarak vasıflandırılıp, imza incelemesi yapılarak İİK.nun 170/3. maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta

³ Bkz: 6.HD 7.5.2012, 3005/6787 (YKD 2012/6 s.1103-1104).- bkz. ayrıca: 6.HD 27.3.2012, 1804/4862 (MİHDER 2012/22 s.314-315).

⁴ Bkz: Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 26.baskı, Ankara 2012 s.218, Dipnot 6.

⁵ Bkz: Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Meral Sunguretkin Özkan/ Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2010 s.212.

takibin durdurulması kararı verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir” 12.HD 20.03.2012, 16983/8706 (yayınlanmamıştır)⁶.

Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî Usul Hukuku isimli kitaplarının 13. baskısında da aynı (bana göre karşı) görüşü savunmakta ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 3.5.2012 gün ve 10024/14855 sayılı yeni bir kararını zikretmektedirler; gerekçe olarak, HMK m.209 hükmünün, İİK m.72 karşısında özel hüküm olduğunu belirtmektedirler⁷.

Bu gerekçeye (karşı görüşe) katılmıyorum; çünkü:

Yukarda da belirtildiği gibi, **İİK'nun imzaya itiraz hakkındaki hükümleri** (İİK m.68/a ve m.72, m.170), **HMK m.209/1 hükmüne oranla daha özel hüküm niteliğindedir**. Çünkü, HMK m.209'da imza inkârı genel biçimde düzenlenmiştir. İcra takibinde imza inkârı, İİK'nun özel hükümleri ile ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle, özellikle kambiyo senetlerine mahsus haciz yolundaki imza inkârı ile ilgili İİK m.170 hükmünü, HMK m.209/1 hükmüne oranla genel hüküm saymak, başka bir deyimle HMK m.209 hükmünü, İİK m.72 karşısında özel hüküm saymak ve böylece İİK m.170 hükmünü yok saymak, Pekcanitez/ Atalay/ Özkes'in başka bir nedenle ifade ettikleri gibi, “ticarî hayatta kambiyo senetlerinin kullanımının sonunu getirecek kadar ciddî bir tehlikeyi bünyesinde barındıran hatalı bir kabul tarzı olur”⁸.

Talih Uyar da, Yargıtay'ın HMK'nundan önceki kararlarını zikrederek, aynı kanıda olduğunu bildirmekte, fakat bunun “sakıncalı olduğunu” ifade etmektedir; ancak, bu sakıncanın, yasal bir değişiklik ile giderilebileceğini bildirmektedir⁹.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, daha yeni bir kararında şu açıklamaya yer vermiştir:

“6100 sayılı HMK'nun 209/1. maddesinde; “Adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme tabi tutulamaz” düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddeyi kapsamı itibarı ile ikiye ayırmak gerekir. Bunlardan birincisi senetteki imzanın inkar edilmesi, diğeri ise yazının inkarıdır. - Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibinde, imzaya itiraz, İcra ve İflâs Kanununun 170.maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı takipler yönünden yazının sahteliği iddiası konusunda aynı Kanunda özel bir hüküm mevcut değildir. **İcra ve İflâs Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin**, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. - Buna göre **imzaya itiraz İcra ve İflâs Kanununda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu Kanununun 170.maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 sayılı HMK'nun 209.maddesinin uygulama yeri yoktur**. - Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumu İcra ve İflâs Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 sayılı HMK'nun 209.maddesinin uygulanması gerekecektir. - İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca itiraz satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. - Şu hale göre **kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine**

⁶ Bkz: Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sunguretkin Özkan/ Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2012 s.413.

⁷ Bkz: Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Medenî Usul Hukuku, 13. baskı, Ankara 2012 s.625-627 ve orada s.625 dipnot 10.

⁸ Bkz: Pekcanitez-Atalay-Özkes, Medenî Usul Hukuku 13.baskı, 2012, s.622.

⁹ Bkz: Talih Uyar, Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri sürülerek İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir (İstanbul Barosu Dergisi 2012/2 s.199-207).

konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz. - Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 sayılı HMK'nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK'nun 16/2.maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabiidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, hakim, 6100 sayılı HMK'nun 209/1. maddesini re'sen nazara almalıdır. - Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilinceye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir" (Yargıtay 12.Hukuk Dairesinin 13.12.2012 tarih ve E: 2012/19755, K: 2012/37752 sayılı kararı).

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin yukardaki kararının birinci bölümündeki açıklamalara aynen katılıyorum. Yani, **"İcra ve İflâs Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin,** bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. - Buna göre **imzaya itiraz İcra ve İflâs Kanununda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu Kanunun 170.maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 sayılı HMK'nun 209.maddesinin uygulama yeri yoktur".**

Buna karşılık, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.12.2012 tarihli kararının ikinci bölümündeki şu açıklamaya katılmıyorum: "Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 sayılı HMK'nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez". Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.12.2012 tarihli kararının ikinci bölümündeki yukardaki açıklamaya katılmıyorum. Çünkü, "sahtelik iddiasının imza inkârı dışındaki bir nedene dayanması hali", borçlunun borçlu bulunmadığını iddia etmesidir. Borçlunun "borçlu bulunmadığını ispat için" hukuk mahkemesinde açtığı sahtelik davası, İİK'nun 72. maddesinde düzenlenmiş olan menfî tespit davasıdır. Böyle bir sahtelik davası, icra takibini kendiliğinden durdurmaz (İİK m.72, fıkra 1 ve 2). Buna göre, imzaya itiraz dışındaki nedenlerle açılan menfî tespit (sahtelik) davası da, İcra ve İflâs Kanununun 72. maddesinde özel olarak düzenlendiğine göre, bu dava hakkında İİK'nun 72. maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzaya itiraz dışındaki nedenlerle açılan sahtelik davası hakkında da "genel nitelikte olan 6100 sayılı HMK'nun 209.maddesinin uygulama yeri yoktur".

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ramazan Arslan*

I- Genel Olarak

Bir davada tarafların, talep sonucunu (yani, iddiasını veya savunmasını) dayandırdıkları vakıaların (olay ve olguların) kimin tarafından ispat edileceği, yani ispat yükünün kime düşeceği ile hangi ispat araçlarıyla (hangi delillerle) ispat yükünün yerine getirileceği konuları, medeni usul hukukunun (ispat hukukunun) temel konularındandır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) gibi, ispat araçlarını (delilleri), hakimin takdir yetkisinin bulunmadığı (kesin deliller) ve hakimin serbestçe değerlendirebileceği (takdiri) deliller olarak düzenlemiştir.

Hukuki işlemler hakkındaki **senetle (kesin delille) ispat zorunluluğu** (m.200) ilkesi (ana kuralı) ile **senede karşı tanıkla ispat yasağı** (m.201) ilkesinin katılığını, HMK, m.202 de delil başlangıcı ve m.203'de senetle ispat zorunluluğunun istisnalarını düzenleyerek **yumuşatmaktadır**. Kesin delille (senetle) ispat ana kuralının istisnalarına ilişkin bu düzenlemeler arasında, tarafların istek ve iradelerine dayanan **delil sözleşmesinin** özel ve önemli yeri vardır.

Başka bir deyişle, medeni yargıda, başta HMK olmak üzere **kanunlarla, bir vakıanın** (örneğin, taraflar arasındaki hukuki işlemin) **belli delillerle ispatı düzenlenmişse, kural olarak, o vakıanın başka delille ispatı mümkün değildir (m.189,III)**.

Ancak, bir vakıanın (örneğin hukuki işlemin) belli delille (örneğin senetle) ispatının düzenlendiği kurallar (HMK m.200,201), kamu düzeni kuralı olmadığından, **bu ana kuralın istisnası olarak Kanun (HMK m.193), taraflara, belirleyecekleri bir vakıanın/vakıaların, belirleyecekleri delille/ delillerle ispatı hakkında sözleşme (delil sözleşmesi) yapabilme izni vermektedir**.

Delil sözleşmesi, taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisini düzenleyen bir sözleşmenin bir şartı (maddesi) olarak yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir.

Delil sözleşmesinde, taraflarca belirlenmiş vakıanın/vakıaların ispatında yalnız taraflarca belirlenmiş delil veya delillere başvurulabileceği kararlaştırılmış olabilir. **Bu içerikli delil sözleşmesi, münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilir**.

Taraflar, yaptıkları delil sözleşmesi ile aralarında mevcut olan veya aralarında çıkacağı düşünülen uyuşmazlıkta, belli edecekleri bir vakıanın (örneğin, hukuki işlemin), yalnız belli delil veya delillerle değil **de, kanunun o vakıanın ispatı için kabul ettiği deliller yanında, kararlaştırdıkları delillerle de ispatlanabileceğini kabul edebilirler; yani, münhasır olmayan delil sözleşmesi yapabilirler**.

* Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Hüküm ve sonucunu usul hukuku alanında gösteren delil sözleşmesi ile, bir hukuki işlemin geçerlik koşulu olarak kabul edilmiş yazılı şekil koşulu ortadan kaldırılamaz; ancak ispat koşulu olan yazılı şekil koşulu getirilebilir veya değiştirilebilir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin 26'ncı maddesinde, "**Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler**" şeklinde ifade edilen, **sözleşme özgürlüğü çerçevesi içinde ve yazılı olarak münhasır ya da münhasır olmayan delil sözleşmesi yapabilirler.** Ancak, **kanun, delil sözleşmesi yapma özgürlüğünü, TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin 20'nci vd. ve kesin hükümsüzlük başlıklı 27'nci maddesi hükümleriyle genel olarak; delil sözleşmesi hakkındaki HMK m.193,II hükmü ile, özel olarak sınırlamıştır; yani, sözleşme serbestisinin sınırlarını belirlemiştir.** Bu hükümlere göre;

Delil sözleşmesi genel işlem koşulu şeklinde yapılmışsa, TBK'nun 20-25'inci maddeleri hükümlerinin koyduğu sınırlamalara uyulacaktır. Aksi halde, delil sözleşmesi, genel işlem koşullarına ilişkin Kanun hükümlerine uygun olduğu ölçüde geçerli olacaktır.

TBK'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce de **Türk hukuku tarafından tanınan** (örneğin, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapan 4822 sayılı Kanunla getirilen hükümler) **genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanunu ile ayrıca ve genel hükümler olarak, düzenlenmiştir.**

Türk Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinde,

"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her **birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.**

Genel işlem koşulları ile ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır " hükümleri düzenlenmiştir.

TBK m.21-25'de, genel işlem koşullarına karşı, karşı tarafı korumaya ilişkin hükümler konulmuştur. Bu hükümlere göre;

Karşı tarafın yararına aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında **açıkça bilgi verip, bu koşulların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.** Aksi takdirde **genel işlem koşulu yazılmamış sayılır (TBK m.21).**

Sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümleri dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m.22).

Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, **düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır (m.23).**

Tek yanlı olarak, karşı taraf aleyhine, genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmede **değişiklik yapılması yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır (TBK m.24).**

TBK'nun 25 inci maddesinde düzenlenmiş olan, **genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak (karşı tarafın haklı yararlarını gözetmeden), karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz;** ifadesini taşıyan hükümle, diğer maddelerde yer alan hükümleri de kapsayacak şekilde, **genel işlem koşullarını sözleşmeye koyan (düzenleyen) tarafa karşı, sözleşmenin diğer tarafını koruyan kapsayıcı bir hüküm konulmuştur.**

Kuşkusuz, **genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün, dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşmeye konulup konulmadığına ve karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına, somut olayın özelliğini de gözeterek hakim karar verecektir¹.**

HMK m.193,I de, delil sözleşmesinin, taraflarca, yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanları ile yapılabileceği düzenlenmiş ise de, yazılı olma koşulu, geçerlik koşulu değil (bkz, HMK m.200;II), tarafların sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını düşünerek karar verebilmeleri amacıyla ve ispat koşulu olarak düzenlenmiştir.

HMK m.193'de yer alan delil sözleşmesinin genel işlem koşulu olarak yapılmış olması halinde, bütün sözleşmeler hakkında genel hüküm niteliğinde olan, TBK'nunda 20, 26'ncı ve 27'nci maddelerinde düzenlenen hükümlerin **HMK m.193,II hükmü yanında, delil sözleşmesi hakkında da** uygulanması gerekecektir. Yani, genel işlem koşulu olarak yapılmış delil sözleşmesi (veya koşulu), taraflardan birinin (genel işlem koşulunu sözleşmeye koyan tarafın karşısındaki tarafın) ispat hakkını kullanımını imkansız kılmışsa veya fevkalade güçleştirmişse geçersiz olacaktır. Bu sonuca (kanıya) varabilmek için, TBK'nun anılan hükümleriyle getirilen ölçütlerden yararlanılması gerektiği kanısındayım.

Delil sözleşmesinin, genel işlem koşullarının unsurları olan, taraflardan birinin sözleşme koşullarını çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, tek başına hazırlayıp sözleşmenin diğer tarafına sunması şeklinde değil de, **sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, karşılıklı müzakere ve anlaşma ile yapılmış olması halinde,** delil sözleşmesinin geçerli olup olmadığını belirlerken, TBK'nda düzenlenen genel işlem koşulları değil, TBK'nun 26'ncı ve 27'nci maddeleri ile HMK'nun 193'üncü maddesi hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, delil sözleşmesi ile taraflardan biri için ispat hakkının kullanımının imkansız veya fevkalade güç kullanılır duruma getirilmemiş olması gerekir. Kuşkusuz, sözleşme hükümleri her somut olayda, tarafların durumu da dikkate alınarak, mahkemece değerlendirilecektir.

Başka bir deyişle, **delil sözleşmesinin, taraflarından birinin ispat hakkını kullanabilmesini önleyen veya çok güçleştiren hüküm içermesi durumunda, sözleşme, hukuki dinlenilme hakkına ve adil yargılanma hakkına aykırı olacağından, geçerli sayılmayacaktır (HMK m.193,II).** HUMK'nda bu konuda bir hüküm yoktu. **HMK'nun düzenlediği bu yeni hüküm,** aşağıdaki (II numaralı) başlık altında daha ayrıntılı incelenecektir.

II- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme

Bu (yukarıda açıklanan) ilkelere ve görüşlere uygun olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İspat ve Deliller başlıklı Dördüncü Kısım'da, Genel Hükümlerin düzenlendiği Birinci Bölümde yer alan 193 üncü maddesinde;

¹ Bkz, Kılıçoğlu,A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012,s.110 vd.

(1) Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla **kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri** gibi;

belirli delillerle ispatı öngörülmeleyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.

(2) **Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir;** şeklinde hükümler koymuştur.

Bu maddenin birinci fıkrası hükmü ile (m.193,1 ile), HUMK'nun 287'nci maddesinde yer alan **delil sözleşmesi**, öğreti ve uygulamanın² görüşüne uygun olarak, sınırları ve türleri de belirtilerek, yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin birinci fıkrasında, tarafların, kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların, başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri hükmüne bağlanmıştır. Bu tür delil sözleşmesi **münhasır olmayan delil sözleşmesi** olarak nitelendirilir. Örneğin, senetle (kesin delille) ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin, takdiri delille de **(tanıkla da)** ispat edilebileceği konusunda yapılan delil sözleşmesi, münhasır olmayan bir sözleşmedir.

Bu fıkarda ayrıca, belirli delillerle ispatı öngörülmeleyen vakıaların, sadece belirli delil veya delillerle ispatının kararlaştırılabileceği, kabul edilmiştir. **Hakem-bilirkişi sözleşmesinde olduğu gibi**, içeriği bu şekilde olan bir delil sözleşmesine ise, **münhasır delil sözleşmesi** denir. Örnek vermek gerekirse, bir eser (inşaat) sözleşmesinde, yapılacak inşaatın metrajının ve karşılığı olan paranın nasıl belirleneceği **delil sözleşmesinde (koşulunda)** gösterilirse ve bu delil sözleşmesinde, tarafların seçilecek hakem-bilirkişilerin yapacakları tespiti kabul edecekleri kararlaştırılmışsa³, taraflar arasında münhasır delil sözleşmesi var sayılır.

Tarafların, **münhasır ya da münhasır olmayan delil sözleşmesini**, yazılı olarak veya mahkemede tutulacak tutanağa yazılan imzalı beyanları ile yapılabilecekleri de bu birinci fıkarda düzenlenmiştir. **Delil sözleşmesinin önemi nedeniyle**, (tarafların hüküm ve sonuçlarını düşünmeleri için) **sözleşmenin belirli (yazılı) şekilde yapılabileceği**,

² Bkz., Yılmaz,E. age, s. 1017; 18.3.1959 tarih ve 18/21 sayılı İBK. Bu kararda, "**şahitle ispat yasağı, tarafların menfaatlerini korumak için kabul edilmiş bulunduğu**ndan, bu kimsenin hasmının dinlemek istediği şahitlerin kimler olduğunu öğrenmesinden sonra şahit dinlenmesine rıza göstermiş bulunması halinde, yalan şahitlik tehlikesi ve onun menfaatlerinin halele uğraması ihtimali kalmayacağından dolayı, yazılı delil mukavelesinin yahut böyle bir mukavelenin yapılmış bulunduğuna ilişkin ikrarın ancak şahitlerin öğrenilmesinden sonra yapılmış olması esastır, yani rıza, belli kimselerin şahit olarak dinlenmelerine ilişkin bulunmalıdır..." denilmektedir.

³ Bkz., Kuru B. / Arslan R. / Yılmaz E., age, s.450; "...Sözleşme ekine göre, itiraz muayeneleri sonucunda fiziksel muayenelerde ikinci komisyon kararı kesindir. Şartnamenin bu hükmü ahdin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan HUMK'nın 287. Maddesi, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren MK'nın da 191.(193 olması gerekir)maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Delil sözleşmesi ile taraflar ilk muayeneye itiraz halinde yapılacak ikinci muayenenin sonuçları ile bağlı olduklarını, yani ikinci muayene raporunun kesin delil oluşturacağını önceden kabul etmişlerdir... kararın gerekçesinde sözleşmenin anılan hükümleri değerlendirilmediğinden varılan sonuç hatalı olmuştur."15 HD'nin 16.01.2012 tarih ve 6871/18 sayılı kararından; "...**hakem bilirkişilerin kararlarına karşı da, ancak bu kararın, aşikar olarak gerçek durumdan önemli bir biçimde farklı olduğu takdirde, itiraz edilebilir veya iptalini mahkemeden istenebilir. Hakem bilirkişi raporunun iptali istemi, zarar ve ziyanın bir tür tespiti niteliğindedir. Hakem bilirkişi raporunun mahkemece sadece iptaline** (aslında delil sayılmamasına-delil olarak değerlendirilmemesine demek daha **doğru olurdu) karar verilmesi suretiyle uyuşmazlığın ortada bırakılması doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş**, tarafların iddia ve savunmalarına göre gerçek zararın bilirkişiler aracılığı ile saptanmak sonucuna göre karar vermek gerekir."HGK, 14.6.1995, 11-366/640; Yılmaz, E., age, s.1025-1026 dn.46.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden, zımni delil sözleşmesi yapılamayacağı sonucuna varılabilir. **Ancak, m.200,II hükmü saklıdır.** Bu hükme göre, **senetle ispatı gereken hususlarda, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin düzenleme hatırlatılmak koşulu ile, karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilir.**

Tarafların konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu ve taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, tarafların **delil sözleşmesi** ile, hem kendilerini hem de hakimi bağladıkları açıktır. Bu nedenle, **delil sözleşmesi**, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Ancak, hakimin delil sözleşmesi ile karşılaştırılan delille hüküm vermeye yetecek kanıya ulaşamaması durumunda, ispat yüküne ilişkin kurallara göre, başka delil gösterilmesini istemesi mümkündür.⁴ Çünkü, delil sözleşmesi ile tarafların karşılaştıkları delil (örneğin, hakem-bilirkişi raporu), tarafları ve hakimi bağlıyor olsa da, hakem-bilirkişi uyuşmazlığın çözümünde yargılama işlevinde bulunamaz; hakem bilirkişi görüşünün hüküm vermeye yetecek delil değeri (gücü) olması zorunludur.

HMK m.193 fıkra II, hükmü yenidir. HUMK'nda karşılığı bulunmayan bu fıkroda, delil sözleşmesi yapma özgürlüğünün sınırları belirtilmiştir.⁵

HUMK'nun uygulandığı dönemde, HMK m.193,II 'de yer alan hüküm ile TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümler bulunmadığından, **bu (TBK m.20 vd; HMK m.193, II) hükümlere** göre, geçersiz sayılabilecek bir delil sözleşmesinin, geçerli olduğunun kabul edilmesi mümkündür.⁶

HMK'nun 193'üncü maddesinin ikinci fıkrası gerekçesine göre, delil sözleşmesi, ispat hakkını doğrudan ilgilendirdiğinden bu konudaki sınırların da ortaya konulması gerekir. Özellikle uygulamada zaman zaman güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya güçleştirecek nitelikte onu delil sözleşmesi yapmaya zorladığı görülmektedir. Bu sebeple, taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır. Bu fıkroda, sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırı somutlaştıran, **"ispat hakkının kullanılmasını imkansız kılma veya fevkalade güçleştirme"** ölçütlerini somut sözleşmeye uygularken, hakimin, tarafın, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından olan açıklama ve ispat hakkını ve adil yargılanma hakkını kullanmasına bir sınır getirilip getirilmediğini incelemesi, delil sözleşmesinin ispat hakkını kullanmasını imkansız hale getirdiğini veya fevkalade güçleştirdiğini iddia eden tarafın bu konuda hakimde bir kanaat uyandırması, gerekecektir. Ayrıca, hakimin, TBK'nda düzenlenen genel işlem koşulları karşısında, diğer tarafı korumaya ilişkin hükümler hakkındaki gerekçelerden yararlanması mümkündür.

HMK m.193,II hükmünün niteliğinin, HMK'nun 448'inci maddesi hükmü saklı kalmak üzere, yürürlük tarihinden önce yapılmış delil sözleşmeleri hakkında da uygulanmasını gerekli kıldığı açıktır⁷.

⁴ Bkz., Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.196-197; Yılmaz, E., age, s.1024; 11 HD 6.10.2003, 2660/8892.

⁵ HMK m.193, II hakkındaki Hükümet Gerekçesinden.

⁶ Örneğin, "... taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin maddesi delil sözleşmesi niteliğinde olup, banka defter ve belgelerinin delil olacağı ve kayıtlara herhangi bir nedenle itiraz edilemeyeceği belirtilmiştir. Şu halde, mahkemece davanın kabulü gerekirken..." 13 HD 16.05.2005, 2901/8331 (Yılmaz, E., age, s.1022).

⁷ HGK, 11.4.2012 tarih ve 19-109/290 sayılı kararında, bu konu üzerinde dolaylı olarak durmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Islah Konusunda (HMK m.176-182) Getirdiği Yenilikler

Prof. Dr. Ejder Yılmaz*

A) Genel Olarak

Islah, davacı veya davalının, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağı kapsamındaki usul işlemlerini, karşı tarafın iznine ve hâkimin onayına bağlı olmaksızın, belli kurallar çerçevesinde düzeltmesini sağlayan bir hukuksal çaredir¹.

Bu tanım çerçevesinde, islah ile ilgili olarak, satır başlarıyla şunlar hatırlatılabilir:

Islah yapma hakkı **tarafalara** tanınan bir haktır; davacı da, davalı da islah yoluna gidebilir (m.176,1).

Islah hakkının kullanımı, **karşı tarafın iznine** ve (şartların gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak) **hâkimin onayına tâbi değildir**.

Davada her bir taraf, islah hakkını ancak **bir kez** kullanabilir (m.176,2). Karşı dava hukuken asıl davadan bağımsız olduğundan, islah hakkını, asıl dava için ve karşı dava için ayrı ayrı düşünmek gerekir. Bu sebeple örneğin asıl davanın davacısı (veya davalısı), hem asıl davada hem karşı davada (m.132) islah hakkını (ayrı ayrı -bire kez-) kullanabilir. Keza, ihtiyarî dava arkadaşlığında (m.57) davacı sayısı kadar dava olduğundan ve bunlar birbirinden bağımsız olduğundan (m.58), islah hakkı, her bir dava (her bir davacı ve davalı) için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Islah, **tahkikatın sona ermesine kadar** (m.182) yapılabilir. Yargıtay'ın 04.02.1948 tarihli ve 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına ve buna dayalı yerleşik uygulamasına göre; kazanılmış hakları ihlâl edeceği düşüncesiyle, **bozmadan sonra islah yoluna gidilemez**. Ancak mahkeme, tahkikat yapmadan veya eksik tahkikat yaparak nihaî karar vermişse, (islah hakkının daha önce kullanılarak tüketilmemiş olması kaydıyla) bozmadan sonra islah yapma olanağı vardır².

Islahın konusu, tarafların yapmış oldukları (kendi) **tek taraflı usul işlemleridir** (m.176,1). Örneğin davacı, dava dilekçesini veya daha sonraki usul işlemlerini; davalı da, cevap dilekçesini veya diğer usul işlemlerini islah edebilir. Her türlü usulî taraf işleminin değiştirilmesi (düzeltmesi) için islah gitmeye gerek yoktur. Tarafların usul işlemlerinde yaptıkları **açık yazı ve hesap hataları**, islah gereksizdir, nihaî karar verilinceye kadar **her zaman düzeltilebilir** (m.183/cümle 1); ancak bunun sonucunda yargılama uzamışsa, bu durum, yargılama giderlerinin belirlenmesinde dikkate alınır (m.183/cümle 2).

Islah, **iddianın** (davanın) veya **savunmanın değiştirilmesi yasağının** (m.141,1; m.319) **istisnasıdır** (m.141,2). Davacının veya davalının yapmış olduğu usul işleminde sonradan yapacağı değişiklik, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yolundaki **yasağın**

* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

¹ Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2012, s.52.

² 10.HD 18.01.2010, 1026/61 (Yılmaz, Islah s.512-515).

kapsamına girmiyorsa, ıslaha gitmeye gerek yoktur. Örneğin, çekişmeli yargıda hâkimin kendiliğinden göz önüne alması gereken hususlarda (sözelimi, dava şartları vb) ve çekişmesiz yargıda (m.385,2) ıslaha gerek yoktur.

Türk medenî yargılama hukuku, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yasağı bakımından, Batı ülkeleri hukuklarından ayrılmıştır. İnceleyebildiğim Alman, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya gibi ülkelerin medenî yargılama kanunlarında iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yasağı, bizdeki kadar katı değildir. Örneğin, Alman Medenî Usul Kanununa göre, davanın sebebi (temeli) değiştirilmeksizin, davada vakialarla ve hukukî nedenlerle ilgili açıklamaların tamamlanması veya düzeltilmesi; davada başlangıçtaki sonradan taleplerin genişletilmesi veya sınırlandırılması; davanın başında istenilen talebin yerine, yargılama sırasında meydana gelen değişiklikler sonucunda başka bir talepte bulunulması, dava değiştirme olarak kabul edilmez (Alman ZPO § 264). Ayrıca, dava sırasında tarafın yapmak istenilen bir değişikliği, mahkeme, uyuşmazlığın çözümü yönünden uygun görürse, davanın değiştirilmesi mümkündür (Alman ZPO § 263)³. Başka bir deyişle, davada yapılmak istenilen değişiklik, hâkimin uygun görmesine bağlı olarak her zaman mümkündür.

İncelenebilen **Avrupa ülkelerinin medenî yargılama kanunlarında**, katı bir iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yasağının bulunmaması sebebiyle, bu yasağın istisnası niteliğinde bulunan “**ıslah**” diye bir müessese yoktur. Bu açıdan “ıslah” müessesesinin (bugün için) **bize özgü** olduğu söylenebilir.

Islah müessesesi hukukumuzda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu-muzun kaynağı olan 1925 tarihli Neuchâtel Medenî Yargılama Kanununun (réforme) başlığı altındaki 77-84'üncü maddeleri dolayısıyla girmişti. 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre (Federal) Medenî Yargılama Kanununa kadar, İsviçre'de mevcut 26 kantonun kendine ait medenî yargılama kanunları yürürlükte bulunmakta idi, bu kanunlar, İsviçre Medenî yargılama Kanunu ile birlikte yürürlükten kaldırıldı. Yürürlükten kaldırıldıkları son dönem itibariyle 26 kantondan yalnızca Aargau, Vaud ve Neuchâtel medenî yargılama kanunlarında ıslah (Reform; réforme; riforma) müessesesi vardı⁴.

İsviçre Medenî Yargılama Kanununa (m.227) göre, yargılama sırasında (davada) değiştirilen veya yeni getirilen talep, başlangıçta istenilen talep ile maddî olarak bağlantılı ise davayı değiştirmek mümkündür. Yani, İsviçre'de de (diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi) katı bir iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağı kabul edilmemiştir. Bu yüzden (Avrupa'da, -6100 sayılı HMK hariç- en yeni medenî yargılama kanunu olan) İsviçre Federal Medenî Yargılama Kanunu da, ıslah müessesesini benimsememiştir.

Kanun ıslahı, **kısmen ıslah** (m. 181) ve **tamamen ıslah** (m.180) olarak ikiye ayırmış ve bu ayrıma önemli sonuçlar bağlamıştır.

Islah, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi hakkındaki **yasağın katı uygulanmasından doğan sakıncanın giderilmesini sağlayan bir yoldur.** Islah müessesesi, bu açıdan **usul ekonomisi** (m.30)⁵, “**usulî hakkaniyet**” ve medenî yargılama hukukunun amacı olan “**adaletli karar verme**” ile yakından ilgili bulunduğundan, ıslaha ilişkin kanun hükümleri, bu ilkeler dikkate alınarak yorumlanıp uygulanmalıdır⁶.

³ Bkz. bu konularda: Yılmaz, Islah s. 96-114.

⁴ Bkz. Yılmaz, Islah s.96-101.

⁵ Bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi (A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 57/1,-Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı- Ankara 2008) s.243-274.

⁶ Bkz. ayrıntılı açıklamalar için Yılmaz, Islah s.77-91.

B) Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz (m.176-182), islah müessesesini muhafaza etmiştir. Ancak, islahla ilgili olarak, doğrudan veya dolaylı bazı yeni düzenlemeler kabul edilmiştir.

I- İddia veya Savunmanın Değiştirilmesi Yasağıyla İlgili Yeni Düzenlemeler Sonucunda Getirilen Dolaylı Yenilik:

1086 sayılı (eski) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza göre davacı, **davanın açılması anından** itibaren (davalının rızası olmaksızın) davasını genişletemez veya niteliğini değiştiremezdi HUMK m.185/2 cümle 1); davalı da **cevap dilekçesini davacıya tebliğ** ettirdikten sonra (onun muvafakatı olmaksızın) savunma sebeplerini genişletemez veya değiştiremezdi (HUMK m.202,II). Islah hali, bunların istisnası olarak öngörülmüştü (HUMK m.185/2 cümle 2; HUMK m.202,III). 1086 sayılı Kanunun bu hükümleri çerçevesinde; dava dilekçesinde yanlışlık yaptığını veya dilekçesini eksik düzenlediğini, davasını açtıktan bir gün (hatta bir dakika) sonra fark eden davacının, (iddianın değiştirilmesi yasağı nedeniyle) dava dilekçesini değiştirebilmesi mümkün değildi. Örneğin, dava dilekçesinde karşı tarafın onbin liraya mahkûm edilmesini talep eden davacı, dava dilekçesini verdikten yaptığı hesap sonucunda gerçek alacağıının (onbin lira değil de) onbeş lira olduğunu sonradan fark etse dahi, bunu değiştirme olanağı artık yoktu. Eğer karşı taraf izin vermiyorsa, yapılacak değişiklik için, islah yoluna gitmek zorunluluğu ortaya çıkmakta idi⁷.

Paralel şekilde, cevap dilekçesinde yanlışlık yaptığını veya dilekçesini eksik düzenlediğini, cevap dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirdikten bir gün (hatta bir dakika) sonra fark eden davalının, (savunmanın değiştirilmesi yasağı sebebiyle) cevap dilekçesini artık değiştirebilmesi olanağı bulunmamakta idi. Örneğin, cevap dilekçesinde zamanaşımı def'ini (TBK m.161) ileri sürmeyi unutan davalı, bunu sonradan fark etse dahi, vereceği bir dilekçe (ikinci cevap dilekçesi) ile zamanaşımı def'ini ileri sürmesi mümkün değildi. Karşı taraf izin vermiyorsa, yapılacak değişiklik için, islah yoluna gitmek zorunluluğu ortaya çıkmakta idi. Ancak, aşağıda ayrıca değinileceği üzere, bu konuda islahın mümkün olup olmadığı hususunda tartışmalar vardı.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, **iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yasağını**, yerinde olarak⁸, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa oranla oldukça **daraltmıştır**. Şöyle ki:

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun, (**yazılı yargılama usulü** ile ilgili) "iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi" kenar başlığı taşıyan 141'inci maddesine göre; tarafların, **cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirip genişletebilmeleri mümkün** hale gelmiştir (m.141,1/ birinci yarım cümle). Daha somut bir ifade ile; davacı, dava dilekçesindeki iddiasını (davalının cevap dilekçesine karşı vereceği) cevaba cevap dilekçesinde değiştirip genişletebilir (karş. HUMK m.185,2). Davalı da, cevap dilekçesindeki savunmasını (davacının cevaba cevap -replik-

⁷ Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararıyla iptal edilen HUMK m.87/son cümledeki, "müddei islah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" hükmü nedeni ile, anılan karardan önceki dönemde bu konuda islah yoluna gitmek de mümkün değildi.

⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanununun hazırlanması sırasında ben, daha da öteye giderek, özellikle usul ekonomisi (ve adil yargılanma) ilkesi çerçevesinde, Batı ülkelerindeki örneklerinde olduğu gibi, hâkim tarafından uygun bulunmasına bağlı olarak, tarafların davada her zaman değişiklik yapabilmelerine olanak verilmesini ve buna bağlı olarak katı dava değiştirme yasağının kaldırılmasını önermiştim (bkz. Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı" Üzerine Bazı Notlar, Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, V, Ankara 2006, s.193).

dilekçesine karşı vereceği) ikinci cevap -düplik- dilekçesinde değiştirip genişletebilir (karş. HUMK m. 202,II).

141'inci madde hükmünün gerekçesine göre; "Ön inceleme, yargılamanın önemli bir kesiti olarak, yargılamanın başında bazı hususların çözümlenmesine imkân tanımaktadır. **Yargılama** sürdürülecekse, **ön inceleme oturumunda tutulan tutanak esas alınarak** yargılama yürütülecektir. Bu sebeple, yargılama içerisinde iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesinin nasıl olacağına da bu yeni düzenlemeyle bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulması zorunludur. Madde bu soruya cevap oluştur-maktadır. Birinci fıkra ile, tarafların **karşılıklı dilekçelerini verdikleri aşamada, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan** uyuşmazlığın genel çerçevesi içinde **iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri** kabul edilmiştir. Zira, daha uyuşmazlığın başında, karşı tarafın açıklamasını, iddia ve savunmasını tam olarak görmeden, sağlıklı ve tam bir iddia ve savunma örgüsü kurmak her zaman mümkün ve gerçekçi değildir. **Karşı tarafın beyanına göre, daha önce ortaya konulmayan bir iddia veya savunmayı ileri sürmek zorunlu olabilir.** Ayrıca, yeni düzenlemeyle ön inceleme aşamasında, uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi de gereklidir. Bu hususlar gözetilerek, tarafların, dilekçelerinde rahat, doğru ve sağlıklı bir iddia ve savunma bütünü oluşturmalarını, maddî ve hukukî nitelendirmeleri uyuşmazlığı çözecek doğrulukta ortaya koymalarını sağlamak amacıyla, dilekçelerin verilmesi aşamasında, yani **yargılamanın ilk kesitinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uygulanmayacaktır.** Şüphesiz bu imkân, **sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi** için söz konusudur. İkiser dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir. Yargılamanın ikinci kesiti olan, ön inceleme aşamasında ise bu konuda değişik bir sınırlama getirilmiştir. Ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edilmiştir. Zira, ön inceleme tahkikat için hazırlık aşamasıdır. Bu sebeple, **taraf iddia ve savunmaları açıkça belirli olmalıdır ki,** uyuşmazlık noktaları tam tespit edilerek **tahkikat bunlara göre yürütülebilsin.** Tarafların herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan, iddia ve savunmalarını genişletip değiştirmeleri, bu amacın gerçekleştirilmesini baştan engellemek demektir. Karşı tarafın muvafakati varsa, taraf iddia ve savunmasını değiştirip genişletebilir. Ön inceleme oturumunun yargılama bakımından önemi sebebiyle, tarafların bu oturuma mümkün olduğunca katılmasını sağlamak gereklidir. Bunun için de, **gelen tarafı ödüllendirecek, mazereti olmadan gelmeyen tarafı cezalandıracak bir yol izlenmesi zorunludur.** Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve amacı, tarafların keyfî ve kötüniyetli davranışlarına feda edilmemelidir. Dürüstlük ilkesi de bunu gerektirir. Bu sebeple, her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan biri mazeretsiz gelmez, diğeri gelirse, gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir. Bunun en önemli sonucu, uyuşmazlık noktalarının tespit edildiği ön inceleme oturumunda, gelen tarafın daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır. Bundan sonra yürütülecek tartışmada, gelen taraf kendini daha sağlam bir noktaya yerleştirerek hakkını ararken, karşı taraf daha zayıf konuma gelebilecektir. İslah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının istisnası olduğundan, ikinci fıkrada yapılan düzenleme ile iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda **ıslah hükümleri saklı** tutulmuştur".

Görüldüğü üzere (yazılı yargılama usulü ile ilgili) HMK'nun 141'inci maddesi, yasağın başlangıcını HUMK'ndakinden farklı düzenlemiştir. Buna göre davacı için **yasağın başlangıcı, cevaba cevap** -replik- dilekçesinin; davalı için **2 nci cevap** -düplik- dilekçesinin mahkemeye verilmesidir. Bu bağlamda davacı dava dilekçesinde, örneğin on bin lira talep etmişse, davalının cevap dilekçesinden sonra ona karşı vereceği cevap dilekçesinde talebini onbeş lira olarak değiştirebilir. Paralel şekilde davalı, cevap dilekçesinde sözcülemi zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş olsa dahi, (davacının cevaba

cevap dilekçesine karşı) vereceği ikinci cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunabilir. Çünkü HMK m.141, anılan dilekçelerdeki değişiklikleri yasak kapsamında saymamaktadır.

Basit yargılama usulünde ise, iddianın değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (m. 319). Ancak, ıslah istisnası, basit yargılama usulü bakımından da vardır⁹.

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki m.141'in dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanununun diğer bazı hükümleriyle de yasakta daraltma yapılmıştır. Şöyle ki:

Hukuk Muhakemeleri Kanununun, "**belirsiz alacak ve tespit davası**"¹⁰ kenar başlığını taşıyan 107'nci maddesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda bulunmayan yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre; "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (Fıkra 1). Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, **iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın** davanın başında belirtmiş olduğu **talebini artırabilir** (Fıkra 2)".

Madde 107 hükmünün kabulüne kadar, (eski) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlememesi durumlarında, dava açarken mutlaka bir meblağın belirtilmesi zorunluluğu bulunduğundan davası önce bir kısmî dava açmakta ve kısmî dava görülürken, özellikle bilirkişi raporunun gelmesinden sonra davacı, ıslahla dava konusunu arttırmakta veya ek dava açma yoluna gitmekte idi. Madde 107 hükmü, alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlememesi durumlarında belirsiz alacak davası açma olanağı tanıdığı ve dava sırasında karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, **iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın** davanın başında belirtmiş olduğu **talebini artırmayı mümkün kıldığı için**, daha önceki dönemde olduğu üzere, önce kısmî dava açıp sonra **ıslahla artırma yoluna gidilmesine gerek kalmamaktadır**. Belli durumlarda dava konusunun artırılmasına olanak veren m.107 hükmü bu şekilde, önemli sayıda davada, iddianın genişletilmesi yasağını ortadan kaldırarak yasağı daraltmış olmaktadır.

Öte yandan **Yargıtayın tarafta ıslahla dahi değişikliğe izin vermeyen uygulaması**, çeşitli haksızlıklara yol açtığı gerekçesiyle öğretilde **eleştirilmekte** ve ıslahla taraf değişikliğine izin verilmesi gerektiği belirtilmekte idi¹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, bu eleştirileri de dikkate alarak, tarafta iradî değişiklik ile ilgili önemli bir düzenleme getirmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun "**tarafta iradî değişiklik**" kenar başlığını taşıyan m.124 hükmüne göre, "**Maddî bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi**, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir" (fıkra 3) "Dava dilekçesinde, tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi **kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa**, hâkim karşı tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliğini kabul

⁹ 319'uncu maddenin Gerekçesinde açıkça, "... iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları burada da aynen geçerli olacaktır" denilmektedir.

¹⁰ Bu konuda bkz.: Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri (Bankacılar Dergisi, 2012/80, s.83-104); Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.731-746.

¹¹ Bkz. bu konuda: Ejder Yılmaz, Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti ile İlgili Bir İçtihadî Birleştirme Kararının Düşündürdükleri (Tarafta ıslahla Değişiklik Yapılması Olanağı) (Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, 1989/1-4, s.202-232); Yılmaz, ıslah s.354-401.

edebilir. Bu durumda hâkim, **davanın tarafı olmaktan çıkartılan** ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder” (Fıkra 4).

124'üncü maddenin üç ve dördüncü fıkraları ile ilgili TBMM Adalet Komisyonunun (öğretideki açıklama ve örneklerden¹² de yararlandığı anlaşılan) gerekçesi şöyledir: “Hukukumuzda taraflar bakımından esasen şekli taraf teorisi kabul edilmektedir. Yani, davayı açan davacıdır, kendisine karşı dava açılan ise davalıdır. Dava açıldıktan sonra da sadece dava açanı değil, diğer tarafı da ilgilendiren, mahkemeyi de içine alan bir üçlü ilişki ortaya çıkmakta, uyuşmazlığın çözümü bakımından karşı taraf da söz hakkına sahip bulunmaktadır. Bu sebeple ki, taraf değişikliğinde karşı tarafın rızası da aranmaktadır. Ancak, bu **kuralın çok katı uygulanması**, hem şekli taraf teorisinin özünü zedeleyip, amacı dışında çok katı uygulanması sonucunu doğurarak adeta **yargılama ilişkisini, katı bir forma dönüştürmektedir** hem de yeni ve aslında gereksiz birtakım yargılamalara yol açarak **usul ekonomisi ilkesini de zedelemektedir**. Yargı kararlarında, bazen çerçevesi de geniş tutularak, temsilcide yanılma ya da maddî hatadan kaynaklanan yanılma olarak nitelenen durumlarda, karşı tarafın rızası aranmadan taraf değişikliğine izin verilerek, ortaya çıkan bu sakınca giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak, bu içtihatlar, kanunî düzenleme karşısında sorunu tam olarak çözememekte, sınırlı kalmakta, bazen de kanunî düzenlemeyi zorlamaktadır. Oysa, **taraflar gösterilirken bazen maddî hata sebebiyle bir yanılığa ortaya çıkabilir**; aslında muhatapı belli olan uyuşmazlık, bu hata sebebiyle mevcut olmayan ya da farklı kişiye karşı yürütülebilir. Böyle bir durumda, mutlaka karşı tarafın rızasını aramak, yargılamanın kaderini gerçekte muhatap olmaması gereken bir kişinin rızasına bağlamak anlamına gelebilir ve **yargılama gereksiz yere uzayabilir**, hatta **yeni dava açılması sonucu ortaya çıkabilir**. Bu sebeple, maddî hatadan dolayı muhatapın yanlış gösterilmesi hâlinde, diğer tarafın rızası aranmadan taraf değişikliği kabul edilmiştir. Ayrıca, bazen davacı, tüm özeni göstermiş, tüm araştırmayı yapmış olmasına rağmen dava açacağı kişiyi doğru tespit edememiş olabilir. Nitekim, uygulamada temsilcide yanılma olarak nitelenen durumlarda, bu haklı bir yanılma kabul edilerek, diğer tarafın rızası aranmadan yargılama gerçek muhataba karşı yürütülmektedir. Aynı şekilde, yanılma, diğer tarafın davranış ya da işlemlerinden veya hukukî ilişkinin karmaşık niteliğinden de kaynaklanabilir. Örneğin, holding şeklindeki şirketlerde muhatapın doğru tespitinin tam olarak mümkün olmaması, hukukî ilişkide farklı temsilci ya da vekillerin asıl tarafmış gibi davranması durumlarında, gerçek taraf, verilen cevap ya da yargılama işlemleriyle anlaşılabilir. Keza, kısa süre önce işlem yapılmış ya da sadece vekiliyle muhatap olunmuş bir işlemde sonra muhatapın ölmesi hâlinde, mirasçıları değil, **ölen kişiye dava açılmasında** da benzer bir durum vardır. Böyle durumlarda, tarafın, yargılamayı uzatmak yönünde niyeti olamayacağı gibi bunda hukukî yararı da yoktur. Verilen örneklerdeki gibi, yanlış taraf gösterilmesi dürüstlük kuralına aykırı değilse, ortaya çıkan dava ilişkisi sebebiyle daha üstün bir yarar dikkate alınarak, yargılamaya gerçek tarafla devam etmekte yarar vardır. Böyle bir durumda, karşı tarafın rızası aranmadan hâkimin kabulüyle yeni tarafa karşı davaya devam edilebilecektir. Bu hâllerde hâkimin yapacağı inceleme, sadece hatanın maddî hata olup olmadığı ve taraf değişikliği isteğinin dürüstlük kuralına aykırı bulunup bulunmadığıdır. Dördüncü fıkrada, taraf değişikliğinin ne anlama geldiği ve nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Taraf değişikliği, hem karşı **tarafın yanlış** hem de **eksik gösterilmesini** kapsamaktadır. Eğer bu durum, üçüncü fıkradaki anlamıyla kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim sadece **kabul edilebilir yanılığ**ı araştırarak, bunun dışında **karşı tarafın rızasını aramadan taraf değişikliği talebini kabul edecektir**. Bu şekildeki taraf değişikliğinde, davanın tarafı olmaktan çıkarılan kimse, eğer hatalı şekilde kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet vermemişse, lehine yargılama giderlerine hükmedilecektir. Zira, ortaya çıkan durumdan bir kusuru olmadığı gibi, aslında muhatap olmaması gereken bir yargılamayla uğraşmak durumunda kalmıştır”.

¹² Bkz. yuk dipnot 11’de anılan yerler.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere HMK m.124 hükmü, belli şartlarda tarafta iradî değişikliğe izin vererek, taraf yönünden (**ıslaha dahi ihtiyaç duyulmayacak şekilde**) iddianın değiştirilmesine veya genişletilmesine olanak vererek, yasağı daraltmıştır.

Keza Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, delillerin hasredilmesinden sonra delil değişikliği yapılabilmesi için (karşı tarafın muvafakati yoksa) ıslah yoluna gidilmesi gerekirdi. Oysa HMK m.145, “bir **delilin sonradan ileri sürülmesi**, yargılamayı **geciktirme amacı taşııyorsa** veya süresinde ileri sürülememesi tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, **mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir**” diyerek, sonradan delil gösterme yasağını ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla, sonradan delil gösterme konusunda da ıslaha gitme ihtiyacının azaldığı söylenebilir.

II- Islahın Yapılma Zamanı ve Şekli ile İlgili Yeni Düzenleme (m.177):

Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz (m.84) ıslahın yapılma zamanı bakımından, tahkikata tâbi olan ve olmayan dava ayırımı yapmakta ve tahkikata tâbi davalarda tahkikat bitinceye kadar; tahkikata tâbi olmayanlarda ise, yargılamanın bitimine (hitamına) kadar ıslah yapılabileceğini düzenlemekte idi. Ancak pratik olarak böyle bir ayırımın pek anlamı bulunmamakta idi¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda, tahkikata tâbi olan ve olmayan dava ayırımına yer verilmediğinden ıslah zamanı bakımından böyle bir **ayırım yapılmamış** ve bütün davalar bakımından tahkikat bitinceye kadar ıslah yapılabileceği düzenlenmiştir.

Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 85'inci maddesi, “Islah muayyen celsede diğer taraf hazır olduğu halde yapılabileceği gibi evvelemirde o tarafa tebliğ edilmek şartıyla arzuhal ile de yapılabilir” şeklinde idi.

Bu hüküm, daha açık ve anlaşılır bir şekilde, HMK'nun 177'nci maddesinin 2'nci fıkrasında şu şekilde şer almıştır: “Islah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir”.

III- Islah Sebebiyle Ortaya Çıkan Yargılama Giderlerinin ve Karşı Tarafın Zararlarının Ödenmesi İle İlgili Yenilik (m.178):

Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 86'ncı maddesi, ıslah eden tarafın, ıslah tarihine kadar olan dava giderleriyle diğer taraf için takdir olunacak zarar ve ziyanı **davada mahkûm olmuş gibi derhal** mahkeme veznesine vermeye mecbur olduğunu, aksi halde ıslahın yapılmamış sayılacağını düzenlemekte idi.

Bu düzenlemenin amacı, ıslahla (özellikle tamamen ıslahla) yargılamanın öncesine (hatta başına) gidilebildiği için, o ana kadar yapılan işlemlerin yapılmamış sayılmasından dolayı ortaya çıkan giderlerin ve karşı tarafın zararlarının ıslah eden tarafından karşılanmasıdır. Eski hükümde, her ne kadar ödenecek olan gider ve zararın neden kaynaklandığı açıkça yazılı değilse de, bunun ıslah sonucunda geçersiz hale gelen işlemler nedeniyle olduğu kabul edilmekte idi¹⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz (m.178,1), ödenecek yargılama giderleri ile karşı taraf zararının, “**ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için**” olduğunu açıklığa kavuşturur şekilde kaleme alınmıştır.

¹³ Bkz. Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 1 inci baskı, İstanbul 1982, s.235 vd.

¹⁴ Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt IV, İstanbul 2001, s.3984 vd.

Yeni hüküm (m.178,1) ayrıca, (ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için) yapılan yargılama giderleriyle karşı taraf zararının mahkeme veznesine derhal yatırılması (bkz. HUMK m.86,1) yerine, **hâkimin takdir edeceği teminatı** (m.84 vd) bir hafta içinde, mahkemeye yatırması zorunluluğunu getirmiştir.

Dikkat edilirse, yeni getirilen değişiklikte ayrıca; ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemlerle karşı tarafın uğradığı zararlar dışında **uğrayabileceği zarar da** hükmün kapsamına dahil edilmiş ve ayrıca, süre bakımından eski HUMK m.86'daki "**derhal**" tâbiri yerine "**bir hafta içinde**"¹⁵ tâbiri kullanılmıştır.

Hâkimin yatırılacak olan teminatın miktarını belirlerken, ıslah sonucunda geçersiz hale gelen işlemler bakımından yapacağı tespitin nispeten kolay olduğu söylenebilir. Örneğin yargılama sırasında keşfe gidilmiş ve bunun için çeşitli yargılama giderleri yapılmıştır. Oysa taraflardan birinin ıslah talebi üzerine bu keşif gereksiz ve anlamsız hale gelmiştir (m.172,2). ıslah eden taraf, gereksiz ve anlamsız hale gelen ve karşı tarafça karşılanmış olan bu keşif gideri için teminat vermek zorundadır. Buna mukabil "karşı tarafın uğradığı ve uğrayabileceği zararın belirlenmesi" bazı durumlarda zorluk gösterebilir. Mahkemenin tam bir tespit yapmasının zor olduğu durumlarda mahkeme yaklaşık bir miktar belirlemeli ve ıslah işleminin bir an önce tamamlanmasını sağlamalıdır. Öte yandan, teminatın miktarı belirlenirken, hak arama özgürlüğünün kısıtlanmamasına dikkat edilmelidir.

Yeni HMK m.178,2'de, eski HUMK m.86,11'de olduğu gibi, karşı tarafın zararının fazla veya eksik olduğu tespit edilirse duruma göre bunun tamamlanacağı veya iade edileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun (m.178,1) sözünden, buradaki teminatın yatırılması için, karşı tarafın talebinin gerekmediği, mahkemenin buna kendiliğinden karar vereceği anlaşılmaktadır.

Bu vesileyle belirtmek gerekirse, HMK m.87, davada yatırılacak olan teminat bakımından eski HUMK m.96'ya oranla daha sade bir düzenleme getirmiştir.

IV- ıslahın Etkisi İlgili Yeni Düzenleme (m.179):

ıslahın etkisini ve ıslah yapanın teşmil edeceği noktadan itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılacağını ve ancak bazı işlemlerin, kural olarak (m.179,2-3) geçersiz kılınamayacağını düzenleyen m.179 hükmü, eski HUMK m.87'ye paralel olmakla birlikte, ayrıntıda fark vardır. Şöyle ki:

179'uncu maddenin 2'nci fıkrasına (kural olarak geçersiz kılınamayacak işlemler arasına), eski HUMK m.87/cümle 2'e yer almayan, "**isticvap tutanakları**" (m.174) ile "yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber karşı tarafın yerine getireceğini ıslahtan önce bildirmiş olması koşuluyla **yeminin teklifi, reddi veya iadesi** (m.227)" de eklenmiştir.

Vesileyle belirtmek isterim ki, Kanunun burada (m.179,2) kullandığı "**yeminin reddi**" ibaresi, **fazladır ve hatalıdır**. Çünkü, HUMK m.347-348'de kullanılan yeminin reddi müessesesi, uygulamada "yeminden kaçınma" ile karıştırıldığından, yeminin reddi yerine

¹⁵ Buradaki bir haftalık süre, **kesin süredir**. Çünkü HMK m.94,1 e göre, "Kanunun belirlediği süreler kesindir". Ayrıca, m.90,1 hükmünde, kanunda belirtilen istisnaî durumlar dışında, hâkimin kanunda belirtilen süreleri arttıramaz veya eksiltemez denilmiştir ve m.178'de de istisnaî bir düzenleme bulunmamaktadır (Yılmaz, HMK Şerhi, s.973).

HMK m.229-230'da "**yeminin iadesi**" ibaresi tercih edilerek, **yeminin reddi ibaresi terk edilmiştir**¹⁶.

V- Tamamen İslah Halinde Yapılacak İşlemler Konusundaki Yenilik (m.180):

Eski HUMK m.88, ıslah eden tarafın davasını tamamen (kâmilen) ıslah ettiği ve bunun tebliği tarihinden itibaren üç gün zarfında **yeni bir dava açmadığı** (ikame eylemediği) halde **davasının iptal olunacağı**nı düzenlemekte ve bunun devamı olarak 89'uncu maddede de davasını tamamen ıslah eden davacının iptal tarihinden itibaren üç ay zarfında yeniden dava açmazsa **davasından feragat etmiş sayılacağı** belirtilmekte idi.

Uygulamada çeşitli karışıklıklara neden olan bu hükümler (HUMK m.88-89) öğretilerde eleştirilmekte ve genel olarak, ıslahın amacına uygun olarak yorumlanarak, (HUMK m.88'e göre) iptal olunacak olanın dava değil, ilk dava dilekçesi ve buna bağlı olarak sonradan yapılan işlemler olduğu ve (m.89'a göre) üç ay içinde dava açılmazsa tamamen ıslah edildiği belirtilen davadan feragat edileceği şeklinde anlaşılmakta idi¹⁷.

HMK m.180 hükmü, bu konudaki karışıklıklara son vermek amacıyla, öğretilerde önerildiği şekliyle düzenlenmiştir. Buna göre, davasını tamamen ıslah ettiğini bildiren taraf, bu bildirimden itibaren bir hafta içinde **yeni bir dava dilekçesi** vermek zorundadır. **Aksi halde**, ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve **ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir**.

VI- Kısmen İslah Halinde Yapılacak İşlemler Konusundaki Yenilik (m.181):

Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, kısmen ıslah halinde yapılacak işlemler hakkında herhangi bir hüküm içermemekte idi.

Kısmen ıslah haline yapılacak işlemleri düzenleyen **HMK m.181 hükmü tamamen yenidir**. Buna göre: Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği **usul işlemini yapması** için bir haftalık süre (m.94,1) verilir (m.181/cümle 1) Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, **ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir** (m.181/cümle 2).

Bu hükmün gerekçesi şöyledir: "Bir önceki maddede tamamen ıslah ayrıca düzenlendiğinden, kısmen ıslahın da aynı şekilde düzenlenmesi uygun görülmüştür. Kısmen ıslah yoluna başvuran taraf, ıslah talebiyle birlikte, ıslah etmek istediği işlemi ve ne şekilde ıslah edeceğini de belirtebilir. Bu şekilde ıslah talebiyle birlikte işlem de hemen ıslah edilirse, dava buna göre görülecektir. Ancak, kısmen ıslaha başvurmak isteyen taraf, ıslah talebiyle birlikte ıslah etmek istediği işlemi ve bu işlemi ne şekilde ıslah ettiğini belirtmeyebilir. İşte davanın sürüncemede kalmaması için, bu şekilde kısmen ıslaha başvurup da, ıslah ettiği işlemi belirtmeyen taraf için, yedi günlük bir süre getirilmiştir. Yedi günlük süre içinde ıslah edilen işlem belirtilmezse, ıslah yapılmamış sayılıp, davaya eski şekli ile devam edilir".

VII- Kötüniyetli İslahın Yaptırımı ile İlgili Yenilik (m.182):

Eski HUMK m.90 hükmü, 2008 tarihli ve 5728 sayılı (Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair) Kanunun 11'inci maddesiyle değiştirilmeden önce, "ıslah hakkının mücerret **hasmı izaç ve davayı sürüncemede bırakmak** gibi fena bir maksatla kullanıldığı karinei haliyle ile anlaşılırsa hakim ıslah talebinde bulunan kimseyi diğer tarafın bilumum zarar ve ziyanını tazmin ile mahkum

¹⁶ HMK m.229'un Gerekçesi. Ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012, s.182 dipnot 95.

¹⁷ Yılmaz, İslah 1. baskı, s.281-289; ayrıca bkz. Kuru, s.3992 vd.

ettikten sonra liraya kadar cezayı nakdiye ile de mahkûm edilir” şeklinde idi. Yani, ıslah kötüniyetle yapılsa dahi geçerli kabul edilmekte idi. Bu hükmü, olması gereken hukuk bakımından eleştirmiş ve hükmün, kötüniyetli ıslah işleminin geçersiz sayılması yolunda öneride bulunmuşum¹⁸. 5728 sayılı K. m.11 ile, HUMK m.90, bu yönde değiştirilmiş ve hüküm; “İslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi **kötüniyetli düşüncelerle** yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, **mahkeme ıslahı dikkate almadan karar verir**. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvuranı, **karşı tarafın bütün zararlarını** ödemeye ve lirasına kadar **disiplin para cezasına** mahkûm eder” şekline gelmişti.

HMK m.182 hükmü, HUMK m.90’ın (5728 sayılı K. m.11 ile değişen halini) muhafaza etmiştir.

VIII- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Zamanaşımı Def’inin İslahla İleri Sürülebilmesini İmkân Dahiline Sokmuştur:

Zamanaşımı def’inin ıslahla davaya sokulup sokulmayacağı, hukukumuzda büyük tartışmalara yol açan bir konudur. Öğretideki bazı görüşlerin¹⁹ aksine, Yargıtayın, son zamanlara kadar ki yerleşik uygulaması, genellikle, zamanaşımı def’inin ıslahla ileri sürülemeyeceği yönünde idi²⁰. Bununla birlikte, özellikle son zamanlarda verilen bazı Yargıtay kararlarında ise, zamanaşımının ıslahla davaya sokulmasının mümkün olduğu belirtilmiş²¹; çelişik kararlar nedeniyle Yargıtay nezdinde içtihadı birleştirme aşamasına kadar gelmiş ve haricen bilindiği kadarı ile konu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yasalaşmasına bırakılmıştı.

Zamanaşımının ıslahla ileri sürülüp sürülemeyeceği konusundaki tartışmalar sürerken, HMK’nun ıslahı düzenleyen 176’ncı maddesinin gerekçesi, bu konuda yol gösteren önemli bir ifade içermektedir. Buna göre: “zamanaşımının ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülmeyeceğine dair bazı tereddütler var ise de **zamanaşımı** ilk itiraz olmayıp, **ıslah yolu ile de ileri sürülebileceğinde tereddüt etmemek gerekir**”.

Bilindiği gibi, yorum kuralları açısından kanun koyucunun iradesi de büyük önem arz eder. Yargıtay, ıslahla zamanaşımının ileri sürülebileceği yönünde verdiği bir kararda “...kaldı ki, 6100 sayılı HMK’nun 180’nci (176.) maddesinin gerekçesinde de zaman aşımının ıslah yolu ile ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu durumda mahkeme kararının onanması gerekir” denilmiştir²².

IX- Vekâletnamede Tamamen İslahla İlgili Özel Yetki Aranması Yönündeki Değişiklik (M.74):

Öğretide vekilin tamamen ıslah için vekâletnamesinde özel yetkisinin aranması gerektiği konusunda bazı görüşler²³ bulunmakla birlikte, bu hususta açık bir kanun hükmü yoktu. Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren halleri düzenleyen HMK m.74, **vekâletnamesinde açık özel yetki yoksa vekil, davanın tamamını ıslah yoluna edemez** (karş. eski HUMK m.63) şeklindedir. Bu hükmün aksinden (mefhumu muhalifinden), vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunmasa dahi davayı kısmen ıslah edebileceği anlaşılmaktadır.

¹⁸ Yılmaz, İslah 1. baskı s.292-293.

¹⁹ Örneğin, Kuru s.3967 vd; Yılmaz, İslah s.415 vd.

²⁰ Bkz. Mahmut Bilgen, Öğreti ve Uygulamada İslah, Ankara 2009, s.140 vd.

²¹ Örnekler için bkz. Yılmaz, İslah s.415 vd.

²² 4.HD 3.11.2011, 10614/11538 (Yılmaz, İslah s.449-450).

²³ Kuru s.1300 ve orada anılan dipnot 221; Yılmaz, İslah s.465, 547 vd.

Belirsiz Alacak Davası

Prof. Dr. Ali Cem Budak*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu dava çeşitlerini 105. vd. maddelerinde saymış ve her bir dava çeşidinin tabi oldukları hükümleri ayrı ayrı göstermiştir. Kanundaki “bu dava çeşitleri listesi” hukuki himaye türüne göre yapılan “eda davası - tespit davası - inşai (yenilik doğuran) dava” ayırımına yer verdiği gibi, Türk hukukuna yabancı olmayan kısmi dava, davaların yığılması, terditli dava ve seçimlik dava tanımlarını da içermekte ve bunlara ek olarak iki yeni kavrama, “topluluk davası” ve “belirsiz alacak davası” kavramlarına da yer vermektedir.

Sayılan bu dava çeşitleri içinde belirsiz alacak davası hakkındaki hüküm kanun metnine Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında ilave edilmiştir. Bu hükmün mehazı İsviçre Medeni Usul Kanunu 85. maddesidir.

HMK'nun “belirsiz alacak ve tespit davası” kenar başlıklı 107. maddesi şöyledir:

(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukukî ilişkiyi ve asgarî bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmî eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir.

Bu hükmü kısmi dava ve tespit davasına ilişkin hükümlerle de karşılaştırmak yararlı olacaktır. Kanunun, sırasıyla 106. ve 109. maddelerinde yer alan bu hükümler ise aşağıdaki gibidir.

Tespit davası – m. 106-

- (1) Tespit davası yoluyla, mahkemedен, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.
- (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.
- (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.

Kısmî dava - m. 109-

- (1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- (2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise, kısmî dava açılmaz.
- (3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.

Yukarıdaki kanun hükümlerinin birlikte okunmasından anlaşılacağı üzere belirsiz alacak davasına ilişkin 107. madde, hem tespit davası hakkındaki 106. maddeyle hem de kısmi dava hakkındaki 109. maddeyle ilişkilidir.

Hemen belirtelim ki, 107. maddenin “kısmi eda davası açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir” şeklindeki son fıkrası mehazın metninde yoktur. Bu son fıkra hükmünün 107. maddeye niçin eklendiği ve “eda davası açmanın mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmaz” şeklinde ilmi ve kazai içtihatlarla ittifakla kabul edilen görüşe niçin bir istisna getirilmek istendiği açık değildir. Adalet Komisyonu gerekçesinde yer alan gösterişli ifadeler açıklayıcı olmaktan uzaktır¹. HMK m. 107, son fıkra hükmünün yapılacak bir kanun değişikliği ile yürürlükten kaldırılması gerektiği kanısındayım.

Öte yandan, Kanun’un düzenlemesi karşısında, belirsiz alacak davasının ayrı bir dava çeşidi mi yoksa kısmi davanın özel bir türü mü olduğu dahi belirsizdir. Kısmi dava hakkındaki 109. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise, kısmî dava açılmaz” hükmü² dikkate alınacak olursa miktarı açıkça belirli olan (örneğin, kıymetli evrakta mündemiç veya kambiyo senetlerine bağlanmış) bir alacak için kısmi dava açmanın caiz olmadığı; miktarı “belirsiz” alacaklar için açılacak olan bir kısmi davanın ise belirsiz alacak davasından başka bir şey olmadığı söylenebilir.

Her halde, yapılacak kanun değişiklikleri bakımından 107. maddeyle 109. maddenin uyumlu hale getirilmesi ve belki tek bir kanun hükmü içinde birleştirilmesi uygun olur. Böyle bir kanun değişikliği yapıncaya kadar, gerek HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce gerekse daha sonra kısmi dava olarak açılan davaların ıslah yoluyla belirsiz alacak davasına dönüştürülebileceği kanısındayım.

Kanuna göre belirsiz alacak davası “davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde” açılabilir. Karşılaştırılmalı hukukta, bu tanıma uyan (belirsiz alacak davasının açılabilirdiği) haller üç grup altında toplanmaktadır; bunlar

1. Alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin objektif bakımdan güç veya imkânsız olduğu haller,
2. Alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin, davalının elindeki belge ve bilgilere bağlı olduğu haller,

¹ 107. maddeye ilişkin Komisyon gerekçesinde yer alan aşağıdaki satırlar dikkat çekicidir: “Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, eda davasının açılabilirdiği hallerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir”.

² “Talep konusunun miktarının açıkça belirli” sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olduğu hallerde, Hocam Prof. Dr. Baki Kuru’nun ifade ettiği üzere, İİK m. 67 hükmünde öngörülen icra inkâr tazminatına ilişkin “likit alacak” kavramını tanımlayan Yargıtay içtihatları uygulamaya yol gösterici olabilecektir.

3. Hâkimin takdir yetkisini kullandığı haller

olarak sıralanmaktadır.

Birinci gruptaki alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin objektif bakımdan güç veya imkânsız olduğu hallere özellikle tazminat hesabının güçlük arz ettiği çalışma gücünün kaybı sebebiyle açılmış bedensel zararın tazmini davaları örnek verilebilir.

İkinci gruptaki alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin, davalının elindeki belge ve bilgilere bağlı olduğu haller ise, patent veya marka üzerindeki hakların ihlali dolayısıyla istenilecek tazminat miktarının paten veya marka üzerindeki hakkı ihlal eden tarafın piyasaya sürdüğü mal adedi bilinmeden hesaplanamayacağı haller örnek gösterilebilir.

Gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk ilmi içtihatlarında davacının hâkimin takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını tahmininin güç olduğu (manevi tazminat davaları gibi) davaların da belirsiz alacak davası olarak açılacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bu son görüşe katılmıyorum. Kanımca bu son gruba giren hallerde belirsiz alacak davası açılmaz. Davacı, hâkimin hayat tecrübelerine göre kabul edebileceği neticeyi talep miktarını öngörebilmeli ve mahkemeye “makul” bir talep miktarıyla dava açmalıdır.

Türk ilmi içtihatlarında belirsiz alacak davasının kendi içinde türleri bulunduğu; “eda davası niteliğinde”, “tespit davası niteliğinde” ve “kısmi eda ve külli tespit davası niteliğinde” belirsiz alacak davaları olabileceği belirtilmiştir. 107. maddeye ait Adalet Komisyonu gerekçesinden alındığı anlaşılan bu tasnifin anlamlı olmadığı kanısındayım. Karşılaştırmalı hukukta kabul edildiği üzere, kanımca belirsiz alacak davası niteliği itibarıyla bir eda davasıdır.

Kanunda belirsiz alacak davasının şartları gösterilmiş olmasına rağmen, şartları olmadan belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olan bir davanın akibetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda uygulanması söz konusu olabilecek kanun hükümleri dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesiyle ilgili HMK m.119(1) (ğ), (2) hükümleri ile dava şartı eksiklerinin giderilmesine ilişkin HMK m. 115(2) hükmü olabilir. Her halde, kanımca şartları olmadan açılan belirsiz alacak davası hemen reddedilmemeli; davacıya talebinin belirli hale getirmesi için süre verilmelidir.

Bir davanın belirsiz alacak davası olarak açılması halinde talebin ıslaha veya karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç olmaksızın artırabileceği kanun metninden (m.107(2)) anlaşılabilir. Bu dava türüne, davanın açılmasının maddi hukuka ilişkin sonuçları bakımından da bir sonuç bağlanıp bağlanamayacağı ise tartışmalıdır. Özellikle belirsiz alacak davası açılması halinde zamanaşımının alacağın tamamı bakımından mı, yoksa dava dilekçesinde belirtilen asgari alacak tutarı bakımından mı kesilmiş sayılacağı ve temerrüt faizinin yine alacağı tamam bakımından mı, yoksa sadece dava dilekçesinde belirtilen asgari alacak tutarı bakımından mı işlemeye başlayacağı konularında görüş ayrılıkları vardır.

Kanımca belirsiz alacak davası alacağın sadece dava dilekçesinde gösterilen asgari tutarı bakımından değil, tamamı bakımından zamanaşımını keser. Çünkü zamanaşımının kesilmesi davacının alacağının dava yoluyla ileri sürmesine (irade beyanına) bağlanmış bir hukuki sonuçtur (BK m.157(1)). Belirsiz alacak davası açan alacaklının da alacağının sadece bir kısmının değil tamamını talep ettiği (irade beyanın bu yönde olduğu) açıktır.

Temerrüt faizi bakımından ise, sözleşme (ve borçlunun iyi niyetli olduğu hallerde sebepsiz zenginleşme) hukuki sebebine dayanan alacaklarda, davanın sadece dava dilekçesinde belirtilen asgari tutar bakımından temerrüt faizi işlemesine sebep olacağı; yargılamanın devam ettiği sırada artırılan talep kısmına ilişkin temerrüt faizinin ancak talebin artırıldığı tarihten itibaren işleyeceği kanısındayım. Çünkü temerrüt, tanımı gereği, kural olarak borçlunun ihtarıyla (alacaklının kendisinden ne kadar para talep edildiğini öğrenmesiyle) gerçekleşir (BK m.117(1)); temerrüt faizi de temerrüdün gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Haksız fiil (ve borçlunun kötü niyetli olduğu sebepsiz zenginleşme) hukuki sebebine dayanan davalar bakımından ise, dava belirsiz alacak davası olsa bile temerrüt faizinin haksız fiil (veya sebepsiz zenginleşme) tarihinden itibaren işleyeceğinde tereddüt etmemek gerektiği kanısındayım (BK m.117(2)).

Türk ilmi içtihatlarında belirsiz alacak davası açan davacının, davasının belirsiz alacak davası olduğunu açıkça belirtmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe katılmıyorum. Kanımca, maddi hukuk bakımından olduğu gibi usul hukuku bakımından da hukuki nitelendirme hâkimin görevidir. Dava dilekçesinin içeriğinden davacının belirsiz alacak davası tanımına uygun bir talepte bulunduğu anlaşılıyorsa açılan dava belirsiz alacak davasıdır.

Belirsiz alacak davasında davacının talebinin alacak miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu anda artırması gerekir (HMK m.107(2)). Alacak miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu an, uygulamada çoğu zaman zarar miktarıyla ilgili bilirkişi incelemesinin (bilirkişi raporuna itiraz sürecinin) tamamlandığı an olarak karşımıza çıkacaktır.

Doktrinde ifade edildiğinin aksine manevi tazminat alacakları için kural olarak belirsiz alacak davası açılmayacağı kanısındayım. Çünkü daha önce de ifade ettiğim gibi, sadece hakimin tazminat miktarıyla ilgili kanaatinin ne şekilde oluşacağını tam olarak tahmin edememek belirsiz alacak davası açmaya hak veren bir hukuki menfaat sayılmamalıdır. Ancak manevi tazminatın sebebini oluşturan zararın gelişmekte olduğu (örneğin haksız fiil mağduru davacının tıbbi tedavisinin ne şekilde sonuç vereceğinin tahmin edilemediği) hallerde manevi tazminat davası da belirsiz alacak davası olarak açılabilir.

Uygulamada çok tartışılmış olan işçi alacakları bakımından ise, Çil/Kar tarafından önerilen ölçütün uygun olduğu kanısındayım. İşçi alacaklarının (örneğin fazla çalışma ücretinin alacağının) miktarının belirlenmesinin borçlu işverenin tutumu sebebiyle güç veya imkansız hale gelmiş olduğu olaylarda davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Buna karşılık örneğin bir kamu kurumunda işçi olarak çalışan kişinin açacağı kıdem tazminatı talepli davada benzer bir belirsizlik söz konusu olamayacağından belirsiz alacak davası açılmaz.

Belirsiz alacak davası karşılaştırmalı hukukta yalnızca para alacakları bakımından uygulama alanı bulan bir dava türüdür. Türk hukukunda ise kanun metni böyle bir sınırlama yapılmasını haklı göstermemektedir. Uygulamada ender olarak ortaya çıkabilecek olmasına rağmen konusunu paradan başka şeylerin oluşturduğu alacaklar içinde belirsiz alacak davası açılabileceği kanısındayım.

Belirsiz alacak davası davalıyı korurken davacı bakımından, yargılama masrafları konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır. Çünkü tazminat miktarının belirlenmesinin güçlük arz ettiği durumlarda davacı için geçerli olan güçlük davalı içinde vardır. Davalı alacak miktarını kesin olarak bilseydi HMK m.312 (2) hükmünden yararlanarak davacının talebini davanın ilk duruşmasında kabul edebilecek ve yargılama masraflarını ödemeye mahkum edilmeyecekti. Yine kanunun 326. maddesi davanın kısmen kabulü halinde yargılama giderlerinin paylaşılmasını öngörmektedir ki, belirsiz alacak davası davalının bu kanun

hükmünün korumasından yararlanmasına engel sayılmamalıdır. Kanımca yargılama masrafları bakımından HMK m.312(2) ve m.326(2) hükmünün birlikte uygulanması ile varılabilecek sonuç şudur: Kendisi aleyhine belirsiz alacak davası açılan davalı ilk duruşmada kendi hesap ve tahminine göre davacıya ödemeyi teklif ettiği tutarı bildirebilir. Davacı bu sulh teklifini kabul etmez ve yapılan yargılama neticesinde mahkeme davalıyı sulh için teklif ettiği miktardan daha azını ödemeye mahkum ederse yargılama giderleri davalının üzerinde bırakılmalıdır.

**FİNANSAL İSTİKRAR ve
BANKACILIK DÜZENLEMELERİ
(1990-2010 Türkiye Tecrübesi Işığında)**

Dr. Göksel Tiryaki



