

**KURU/ARSLAN/YILMAZ'IN
"MEDENÎ USUL HUKUKU" DERS KİTABININ
14. (GENİŞLETİLMİŞ) BASIMI ÜZERİNE**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Genel Tanıtma

Prof. Dr.Bâki Kuru hocamızın ilk basımı 1975'de yayınlanan Medenî Usul Hukuku ders kitabının 1983'deki 4. yeni basımından sonra, hocamız tam o sıralarda başında bulunduğu kürsüden ve öğretim üyeliği görevinden ayrıldığı için eski kürsüsünde "hayr-ül halef"leri olan değerli meslekdaşlarımız Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz'ın katkılarıyla, aynı kitap, bir ders kitabı olmasının gerektirdiği ölçüde yenilenip güncelleştirilerek, üç yazar adıyla, yeni baskılar yaptı. Bu ortak yapıt niteliğiyle 14. basımı, 2002'de çıktı. Kitabın Önsöz'ü Temmuz 2002 tarihlidir.

İyi cins kâğıda yapılan son baskı da özenlidir ve bilgisayarda 12 punto Times New Roman fontu kullanılarak dizildiği için (ders kitaplarında genellikle 10 puntoluk daha küçük karakterler kullanılır ve kâğıt az gitsin diye satır aralıkları da dar tutulur) okuyucuya, belki lüks denecek ka-

dar, okuma rahatlığı sağlıyor: 1989 basımı 614 sayfa iken 2002 basımı 976 sayfadır.

Bu yeni basım, 2001'de yapılan bir önceki basımda Kuru hocamızın hiçbir kitabında görülmemiş kadar çok olan dizgi, yazım yanlışlarından arınmayı başarmıştır.

Gerçekten de, bir önceki basımda, her ne kadar önsözde dizgi-baskı düzeltmelerinde emeği geçen araştırma görevlisi genç öğretim üyesi adaylarına teşekkür ihmal edilmemiş ise de, hemen bu "13. basım" ifadesinden başlayarak, pek çok vesileyle onların "notunu kırmak" gerekiyordu:

- a. Gerek dış kapakta gerek iç kapakta kitabın 13. baskısından söz edilirken, yazarların önsözünde "müşterek olarak yapılan onikinci" baskıdan söz edildiğine dikkat etmemiş ve gerekli düzeltmeyi yapmamışlardır.
- b. Kitapta birçok yerde dizgi operatörünün gereksiz ve yanlış olarak "şapka" konmuş î kullanıp "şeklî" yazdığını atlamış, düzeltmemişlerdir (örneğin s. 199: "Yetki sözleşmesinin şekli"; s. 398 ortasında başlık: "Tahkikatın yapılış biçimi (şeklî)"; s. 480 sonunda, şekl-i mahsusa yerine "şeklî mahsusa"; s. 428'de ortada "delil sözleşmesinin şekli" ve onun hemen altındaki başlıkta yine "Delil sözleşmesinin şekli", s. 643 sonunda "bu çözüm şekli,..."
- c. Kitapta s. 107 satır 4'deki 26, 36 olacaktır.
- ç. Kitapta s. 133 satır 4'deki, kalın harflerle yazılmış "dörtmilyon" sayısı "dörtüzmilyon" olacaktır.
- d. Kitapta s. 135 satır 24'teki " taraflarına" sözcüğü, " taraftarlarına" olacaktır.
- e. Kitapta s. 327 dn. 75'deki yollama, s. 326'ya değil s. 324'e olacaktır.
- f. Kitapta s. 337 dn. 82'deki yollama HUMK m. 4 f. I'e değil, m. 3 f. I'e olacaktır.
- g. Kitapta s. 367 sonunda anlamı etkileyen bir dizgi atlaması olmuştur ve "Dâva dilekçesinde mülkiyet tapuya dayandırılmış iken, sonradan, o yere yirmi yıldan fazla bir zamandan beri zil-

- yed olma vakıasına dayandırılmıştır” denecek yerde, altı çizili bölüm, atlanmıştır.
- ğ. Kitapta s. 378 satır 6’da HUMK m. 402’ye yapılan yollama, eski baskılardan kalma olup bu baskıda çıkarılması gerekirken gözden kaçırılmış ve yerinde bırakılmış. Bilindiği gibi o maddenin de içinde bulunduğu m. 398-408, 1985 yılında 3156 sayılı yasa ile ilga edilmiş idi.
- h. Kitapta s. 397 sonunda iki kez HUMK m. 182 f.II’ye yollama yapılmıştır. O madde zaten tek fıkralıdır. Yollama m. 181 f. II’ye yapılacaktı.
1. Kitapta s. 518 satır 5’de yollama yapılan madde, HUMK m. 248 değil m. 284 olacaktır.
- i. Kitapta s. 593’de, eski baskılarda olduğu üzere, HUMK m. 187 bent 3’e yollama var; oysa o bent, 1981 yılında 2494 sayılı yasa ile kaldırılmıştır.
- j. Kitapta s. 627 son satırında de’nin ayrı yazılması yanlıştır.
- k. Kitapta s. 681’de HUMK m. 440 f.III bent 2’ye yapılan yollama, bent 3’e olmalıydı.
- l. Kitapta s. 699’da HUMK m. 410 f. III bent 2’ye yapılan yollama eski baskılardan kalmadır ve m. 410-412, 1985 yılında çıkan 3156 sayılı yasa ile ilga edilmiştir. Şimdi konuyu HUMK m. 82 düzenleyecektir.
- m. Kitapta, s. 723 sonunda, s. 428’e yollama yapılıyor; s. 539 yazılacaktı.
- n. Kitapta s. 730, metnin sonunda “edilebileceğini” denmiş; “edebileceğini” olacaktır.
- o. Kitapta s. 732’de HUMK m. 327 f.III’e yollama var; m. 427 f. III olacaktır.
- ö. Kitapta s. 733 satır 4 başındaki 45 000 000 sayısı 55 000 000 olacaktır.

Bir önceki basımda kendini gösterebilmiş çokça sayıda dizgi yanlısına rağmen, sözünü ettiğimiz ders kitabı her basımı itibariyle her yönden

üstad işidir. Yine de, kuşkusuz, yaptığı binlerce açıklama ve görüş ayrılıkları bulunan pek çok konuda savunduğu görüşlerin istisnasız tümü yönünden diğer bir usul hukukçusunun (benim ya da başkasının) kitapta her söylenene katılacak olması beklenemez; bazı konularda değişik görüşlerin savunulabilmesi doğaldır. Ayrıca üç beş yerde dalgınlığa düşülmüş yâni pek iyi bilinen bir kuralın tersinin her nasılsa söylenebilmiş olması yahut yasalarda yapılan bir değişikliğin atlanmış olması da her hukuk kitabında görülebilecek şeydir.

Ben bu değerli kitabı, önümüzdeki 2002'den beri YTÜ Hukuk Fakültesinde Medenî Usul Hukuku öğretimi için esas almış bulunuyorum, ders kitabı olarak onu kullanmaktayım. Yalnız, orada değinilen konuların kimi için öğrencilere şu ya da bu ölçüde daha geniş bilgi verilmesini doğru görüyor isem; ya da, orada söylenene göre değişik bir görüşü savunuyor isem, kitabın ilgili bölümüne ek yerine geçmek üzere, öğrencilerimize not tutturmaktayım.

II. Benim notlarım

Şimdi, değerli yazarların bundan sonraki baskılarda göz önünde tutacakları ve kendi takdirlerine göre eğer uygun görürlerse az çok esinlenecekleri umuduyla, büyük ustam Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nun sevdiği ve kullandığı deyimle, remarque'larımı arz edeyim.

1. Kitaptaki "Yargısal faaliyet (yargı)" tanımlaması, s. 56

Verilen tanımlama şöyledir:

Maddî anlamda yargı, objektif hukukun (maddî hukuk kurallarının), bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır; meselâ bir dâvanın görülmesi ve karara bağlanması gibi.

- a. Bence tanımlama, değerli hocamız Kuru'nun görüşü aksine yargı işlevi saymadığım "nizasız kaza" denen etkinlikleri (bu konuya birazdan döneceğiz, tartışmasını yapacağız) dışarıda bırakacak bir eklenti getirmekle, öyle yapılmalıdır:

Yargı, kesin hüküm etkisine sahip olacak bir karar verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, objektif hukukun (maddî hukuk kurallarının), bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından

belli bir olaya uygulanması sürecinin yürütülmesidir.

- b. Dikkat edilirse, başta "Maddî anlamda" eklentisine yer vermedim. Çünkü gayrimaddî yahut şeklî anlamda yargı diye bir kavram yoktur, özenle aradığım halde kitapta da böyle bir şeyden söz edildiğini görmedim. Buna karşılık, tanımlamayı "...uygulanmasıdır" diye bitirmedim, "uygulanması sürecinin yürütülmesidir" dedim. Çünkü, başlayan dâva süreci içinde, konuya ilişkin maddî hukuk normunun uygulanmasına sıra gelemeyecek, dâva bir usul hukuku kuralı yüzünden (örneğin, görevsizlik kararı ile) reddedilmiş de olsa, mahkemenin işlem yürütmesi ve red hükmü vermesi elbette ki yargı işlevidir.
- c. Tanımlamadan hemen sonra eklenen, "meselâ bir dâvanın görülmesi ve karara bağlanması gibi" ifadesine de katılamadım; nizasız kaza denilen etkinlikleri yargı işlevi saymadığıma göre, böyle bir "meselâ" olamaz. Yargı işlevi *ancak* bir dâva içinde yerine getirilir.

Burada özellikle vurgulamak isterim ki, yargı, Anayasa hukukuna göre devletin üç temel işlevinden biridir (diğerleri yasama ve yürütme); dolayısıyla medenî yargı örgütü dışındaki bütün yargı kollarının yargı işlevini de kapsar. Diğer söyleyişle, yargı kavramını tanımlarken, her çeşit yargıyı kapsayacak bir tanımlama verilmelidir. Oysa, idare mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin dahi, bir davaya bakıyor olmaksızın yürütmek ve elbette ki objektif hukuku uygulayarak, objektif hukukun kurallarına göre yürütmek zorunda buldukları görevleri vardır. Örneğin, Danıştayın görevlerinden biri, belli makamların birtakım sorunlar karşısında "Şöyle yapılması hukuka uygun olur mu?" sorularını yanıtlamak üzere "istişarî mütalâa" vermektir (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 23 bent e; m. 42 bent e, f). Bu, mahkemelerin bir fetva makamı olmadığı ilkesinin çok önemli istisnasıdır. Şimdi düşünelim: Danıştay, bu işlevini yerine getirirken, soruya yol açmış olaya hukuku uygulayıp, hukukun gereği olarak şöyle yapılması gerekir demiyor mu? Buna bakıp da Danıştayın "istişarî mütalâa" vermesini dahi yargı işlevi mi sayacağız?

Nizasız kaza denen işleri yargı saymadığım için, kitapta s. 60'daki "Medenî yargı da ikiye ayrılır: a. Çekişmeli yargı (nizalı kaza); b. Çekişmesiz yargı (nizasız kaza)." ifadesine katılamıyorum.

2. Kuru Hocamızın "Nizasız Kaza" kitabında da savunduğu, nizasız kaza işlevinin dahi yargı sayılması gerektiği görüşü

Aynı görüş, ders kitabının bu basımında s. 68-71'de özetlenerek tekrarlanıyor. Bu görüşe, şu nedenlerle katılamıyorum:

Kuru hocamız, mahkemelerce yürütülen, "nizasız kaza" diye anılması âdet olmuş işlerin bazı Yargıtay kararlarında, mahkemelerce yürütülen idarî işlevler diye anılmasını eleştiriyor ve bunun doğru olmadığını, mahkemelerin o tür etkinliğinin de "yargı" olduğunu söylüyor (ders kitabında s. 69 sonu-70 başı). Oysa o Yargıtay kararlarındaki nitelendirme, kanımca çok doğrudur. Mahkemelerde yürütülen "nizasız kaza" işlerinin tümü, tıpkı yargıçlara bırakılan, seçimle ilgili birtakım işlerle uğraşmak görevi gibi, yargıçların yansız davranma ilkesi içinde kişilikleri yoğurulmuş insanlar olması yüzünden "bu işlerin yapılmasını yargıçlara bırakalım" denmesiyle onların üstüne yıkılmış düpedüz idarî işler ve işlemlerdir. Bunlar, içerikleri yönünden yargı işinin tümüyle dışında kalan ve aslında pek âlâ birtakım idare görevlilerine bırakılabilecek olan işler, işlemlerdir.

Düşününüz: vasî görevine atanmış bir kimsenin, kısıtlı kişi adına dâva açmasına izin vermek (MK eski metinde m. 405 bent 8, yeni metinde m. 462 bent 8) belli bir olayda objektif hukukun gereğinin ne olduğunu belirleyip ona göre bir çözüm buyurmak mıdır? Bu içerikte bir işleme nasıl olur da yargı işlevi deriz?

Bir kimse, "Ben musevî idim, müslümanlığı seçerek din değiştirdim; ama anam babam adı Moiz koymuşlar, bu musevî adını taşımak istemiyorum, müslüman adı almak istiyorum, Halit adını seçtim, adımın böylece değişmesinin nüfus kütüğüne yazımlanması için mahkemeden karar almam gerekiyormuş, o hükmün verilmesini dilerim" diye dâva açıyor. Ad değiştirmek için yasanın aradığı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek ve gerçekleşmişse "Tescil edile" iznini vermek, ilin Nüfus Müdürü'ne bırakılmaz mıydı? Böyle bir gözden geçirme ve yasal koşulların gerçekleştiğini görünce tescil izni verme işleminin neresi yargı'dır?

Bir diğer örnek: Mirasçılık belgesi istemini incelemek üzere Sulh Hukuk Mahkemesi, nüfus kaydı sureti getirir. Orada, ölüm il mühaberinin (defin belgesinin) ibrazı üzerine düşülen, miras bırakanın öldüğü kaydı vardır ve evli idiyse eşi, mirasçı olabilecek hısımları varsa bu kişiler, nüfus kaydında görünmektedir. Mahkeme bunlara bakarak, nüfus kaydına göre şu kişinin şu günde öldüğü, mirasçılarının da şunlar olduğu anlaşıl-

mıştır dedikten sonra, MK kurallarına göre mirasçılardan her birinin tereke bölüşülmesinde ne kadar pay almaya hakkı bulunduğunu da belirterek, ilâm görünüşünde, bir açıklama belgesi düzenler. Bu işi dahi Nüfus Müdürünün veya onun görevlendireceği, kendi memurlarından birinin yapmasına ne engel vardır ve yapılan işin neresi yargı'dır?

Son bir örneği daha ele almakla yetinelim. Tâcir, tutulması zorunlu ticarî defterlerinden birini (örneğin, işyeri yandığı için) yitirmiştir. Bu durumda, alması gerekli olan "Defterini yitirmiştir" belgesinin verilmesi, Ticaret Mahkemesinin işidir (TTK m. 68 f. IV). O belgeyi verme koşullarının gerçekleştiğine ilişkin kanıtları isteyip inceledikten sonra belgeyi vermek, örneğin yerel karakolun dahi yapabileceği bir iş değil midir? Bunu nasıl yargı işlevi sayarız?

3. Sübjektif hakkın yokluğu durumunda, eldeki iş, nizasız kaza (çekişmesiz yargı) işidir görüşü

Nizasız kaza, çekişmesiz yargı diye bir kaza/yargı türünü, yukarıdaki nedenlerle, kabul edemediğim gibi; sübjektif hakkın yokluğu durumunda eldeki iş "nizasız kaza/çekişmesiz yargı" denen işlerdendir görüşüne de katılamıyorum.

Dâva temelinde bir sübjektif hak bulunmadığı halde açılacak dâvaların, dolayısıyla böyle bir dâvayı görmek üzere yargı işlevinin yerine getirilmesi durumlarının sayısı, hiç de az değildir. En tipik örnek, mülkiyet hakkı sahibi olması veya mülkiyet iddiasında bulunması asla gerekmeyen bir zilyedin, sırf zilyed olduğu için açabildiği, zilyedliği koruyucu geri alma dâvası (menkul dâvası, şimdiki MK m. 982; eski MK m. 895'deki yeddin iadesi/şeyin istirdadı dâvası) ve keza zilyedliğine yapılan saldırının, ihlâlin önlenmesi/giderilmesi dâvasıdır (MK yeni metinde m. 983, eski metinde m. 896).

Değerli hocamızın hak'tan bahsetmek istediği yerlerde hep sübjektif hak terimini kullanması da bana doğru görünmüyor. Bilindiği gibi, Fransızcada hak ve hukuk kavramlarını anlatacak ayrı sözcükler olmayıp droit sözcüğü her iki anlamda kullanıldığından, Fransız hukukçuları, birinci kavramı kastedtiklerini vurgulamak için droit subjectif, ikincisini kastedtikleri yerlerde ise droit objectif terimlerini kullanmaktadırlar (keza her iki kavramın Recht sözcüğüyle ifade edildiği Almanca bakımından benzer durum söz konusudur). İki kavram için ayrı karşılıklara sahip Türkçemizde bu karşılıklara eklentiler takmaya gerek yoktur.

4. Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı devlete karşı açılacak tazminat dâvasında yargı kolu

Yeni MK (m. 1007 f. III), Anayasa m. 129 f. V kuralına uymayan açık bir özel kuralı yakın zamanda yürürlüğe koyduğu için, de lege lata, yargı kolu konusunda duraksamaya yer yoktur (oysa eski metin zamanında, uygulamanın "bu dâvalar hukuk mahkemesinde görülür" çözümünü kabul etmesine rağmen Kuru hocamız o çözümün yasa gereği olmadığını, dâvanın idarî yargıda açılması gerektiğini savunmakta idi; 13. basımda s. 65). Kitabın yeni basımı (s. 65) MK 1007 f.III'deki bu kuralın Anayasa m. 129 f. V hükmü ile çelişmekte olduğunu, Anayasaya aykırı olduğunu söylüyor. Oysa, görevli yargı kolu konusunda yasakoyucumuzun idarî yargı-adli yargı arasındaki ayırımın temel ilkelerine ve Anayasa m. 129 f. V'e ters düşecek içerikle yürürlüğe koyduğu kurallar hayli çoktur (elimizdeki ders kitabında da bunların başlıcaları listeleniyor, s. 62-64. Aslında, idareye karşı idarî işlev ve işlemlerden dolayı açılacak dâvaların tümünü idarî yargıya bırakmak doğru olur ve bizdeki MK m. 1007, İİK m. 5 gibi kurallar genellikle 1920'li yıllar İsviçresinde o dâvaların dahi hep hukuk mahkemelerinde görülmekte ve üstelik haksız fiil kuralları çerçevesinde karara bağlanmakta olması nedeniyle İsviçre'den bize geçebilmiş ilkel kuralların kalıntılarıdır. Ancak, Anayasa m. 129 f. V'in, çiğnenmemesi gereken bir Anayasa Hukuku ilkesi getirdiğini yâni yasakoyucunun oradakine uymayan bir özel kural getirmesinin yasaklanmak istendiğini sanmıyorum. Bu düşüncem, Kuru hocamızın başka bir yapıtında hiç eleştirmeden aktardığı (HMU c. 1, 5. bsl., s. 11 ve orada dn. 36; keza, şimdiki ders kitabında s. 62'de, tarih ve sayı vermeden aynen aktardığı ve dolayısıyla kendisinin de katıldığı) Danıştay kararının açıkça benimsediği görüşe uymaktadır; karar, özetle, "Anayasa idarî dâvaları çözümlenmek yetkisini idarî yargıya bırakmış olmasına rağmen yasa koyucu o tür bir uyuşmazlığın çözülmesini adli yargının görevi içinde sayarak bu yolda kural getirebilir" içeriğindedir.

5. Kamulaştırma bedelinin arttırılması dâvasındaki sistem değişikliği

Bu değişiklik, yeni basımda pek kısaca "kamulaştırma bedelinin tespiti de asliye hukuk mahkemesince yapılır (Kamulaştırma K., m. 10)" değişikliğiyle anlatılmıştır. Konunun önemi dolayısıyla, biraz daha ayrıntılı bilgi verilmeliydi. Gerçekten, RG 5.5.2001, No. 24393'de yayınlanan 24.4.2001 günlü, 4650 sayılı "Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapıl-

ması Hakkında Kanun" ile şimdiki içeriğini alan Kamulaştırma Kanunu m.10 gereğince, artık, kamulaştırmayı yapacak idarenin kendisi, kamulaştırılacak taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde dava açarak, kamulaştırma bedelinin tesbit edilmesini ve bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tesciline hükmolunmasını isteyecektir. Dolayısıyla, yeni sistemde ne idarenin bedel takdir etmesi ne de buna itiraz ederek mahkemeye gitmek mümkündür.

6. Yargı, kişiler lehine yeni hakların doğmasına hizmet etmez, "mahkemenin hükmü ile, davacının iddia ettiği hakkının mevcut olup olmadığı tesbit edilir" görüşü (s. 75)

Önce, istisnasız her dâvada dâva temeli, dâvacının bir sübjektif hakkının varlığı iddiasını içermek gerekmiş gibi ifade kullanılmasını doğru bulmuyorum. Bu bir dalgınlık ürünü olmalıdır. Örneğin az önce sözünü ettiğimiz zilyedlik dâvalarında dâvacı, mal ile ilgili hiçbir hakkının varlığını iddia etmek ihtiyacında değildir; hasmı ile arasındaki herhangi bir sözleşmeden doğmuş şu veya bu hakkının varlığını da iddia etmek ihtiyacında değildir.

Daha önemlisi, bu ifade, inşâî davalar kategorisini gözden kaçırmış, unutmuştur. Değerli hocamız Kuru elbette bilir ki yenilik doğuran hakların bir bölümü ancak dâva yolu ile kullanılır ve hukukî durumdaki yenilik (bu, dâvacı lehine bir hakkın doğması da olabilir) ancak mahkeme hükmünün eseri olur.

Ayrıca, bir edimin yapılmasını istemek içeriğinde hakkı olan kimse- nin, borçlu taraf o edimi yerine getirmeyince açabileceği eda dâvası; eğer istenen edim, alacaklı lehine bir hakkın yaratılması idiyse, o hakkı hükümle yaratacak bir inşâî dâva işlevinde olur. Bunun en tipik örneği şudur: Bir taşınmaza mâlik olmak hakkını satış vaadi gibi bir nedenle kazanmış kim- senin, eğer borçlu mâlik yükümlülüğünü yerine getirmiyor, mülkiyeti ona devretmiyorsa açacağı dava aslında bir eda davasıdır. Ama hukukumuz, bu davada, yükümlü davalının tapuda işlem yapıp mülkiyeti devretmeğe mahkûm edilmesinden ibaret bir hükmün verilmesi yolunu seçmemiştir (öyle yapsaydı, hüküm, İİK m. 30'daki "bir şeyin yapılmasına ilişkin ilâm- ların icrası" yöntemiyle icra edilecekti). Tersine, mahkemenin tescil hük- mü vereceğini buyurmuştur (MK, eski metinde m. 642, yeni metinde m. 716) ve böyle bir hüküm çıkıp kesinleştiğinde dâvacının hüküm nedeniyle

taşınmaza mâlik olması durumunun, daha tescilden evvel dahi gerçekleşmiş bulunacağını belirtmiştir (MK eski metinde m. 633, yeni metinde m. 705 f.II). Görülüyor ki, yargı, hukukun olanak verdiği durumlarda ve hukukun belirlediği süreçler içinde, yeni haklar yaratabilmektedir.

7. Dâva konusu paradan başka şey ise onun değeri üzerinde tarafların açık veya zımnî anlaşması (harç ve görev bakımından) yargıcı bağlar mı sorunu, s. 135-136

Yasada m. 2 f. II'deki "iki taraf kıymetinde uzlaşmazlarsa" deyişine bakıp, açık veya zımnî anlaşma hâkimin re'sen değer araştırması ve tesbiti yapmasını engeller demenin, görev konusunda sözleşme yapılmasına olanak tanımayan yasamız sisteminde bir istisna (Kuru hocamıza göre, bir çelişki) yarattığı doğrudur. Kitapta bu konuda söylenenlerin tümüne katılıyorum. Ne var ki, yasadaki deyiş de yerli yerinde duruyor. Bu deyişi yok saymak; yasa-yı uygulamamak, onu tağyir etmek olur. İster istemez, yasa koyucunun burada bir istisnaya, tutarlı olmayarak, yer verdiğini kabul zorundayız. Gerçekten, yasanın ıslah müessesesiyle dava dilekçesinin kökten değiştirilmesine bile olanak tanımışken, m. 87 son cümlede, istem'in ıslah ile değiştirilip artırılmasını yasaklaması tutarlı istisna mıydı? Değildi ama Anayasa Mahkemesinin oradaki kuralı iptal etmesine kadar ister istemez bu istisna uygulandı.

8. Görevli mahkemenin, birden çok istem varsa bunların değerleri toplamına göre belirleneceği ilkesini açıklamak üzere verilen örneğin genişletilmesi gereği (s. 138)

Kitapta, dâvacının dâvalıya karşı *ayrı hukukî sebeplerden dolayı* var olan iki ayrı alacağı için iki dâva açmaktansa bunları tek dâva ile isteyebileceği (ancak, mahkeme, işlerin daha kolaylıkla yürümesi için gerekli ise, re'sen dahi ayırma kararı verebilir, HUMK m. 46), bunun "objektif dâva birleşmesi" olduğu ve bu halde, görev konusunun, istemlerin değerleri toplamına göre belirleneceği açıklanmıştır. Buna bir ek yapmak doğru olur: dâvacının *aynı hukukî sebep dolayısıyla* dâvacıya karşı iki istem birden (örneğin, haksız yere elde tutulmakta olan malın iadesi ve elde tutma dönemi boyunca dâvacıya verilmiş, verilmekte olan zarar için tazminat ödenmesi istemleri) öne sürmesi mümkün olup da davacı bu istemlerin her ikisini birden aynı dâvada öne sürmüşse, görev konusunu belirlemek için yine istemlerin değerleri toplamına bakılacaktır.

9. Kısmî dava niçin açılır ?

Kitapta, kısmî dâva kavramından ilk kez HUMK m. 4 dolayısıyla (görevli mahkeme konusu dolayısıyla) s. 139'da söz edilmekte, kavramın açıklanması ise s. 341-343'de yapılmaktadır. Orada kavram açıklandıktan sonra, kısmî dâva açmanın niçin câiz olduğu anlatılıyor ve böyle dâvaların açılmasında korunmaya değer hukukî yarar (dâva şartı) bulunabileceği belirtiliyor. Ancak burada biraz daha somut bilgi verilmesi ve niçin bir dâvacının hakkının tümünü isteyebilecek iken sâdece kısmî dâva ile yetinmeyi yeğlemiş olabileceği konusunda öğrencinin aklında belirecek soru işaretinin giderilmesi doğru olur. Sebep, çoğu kez, sondaj yapmaktır ve bu amaçla açılan kısmî dâvalara avukatlar sondaj dâvası demektedirler.

Öğrencilere şu örneği anlatmanın çeşitli yönlerden ilginç ve aydınlatıcı olacağına inanıyorum:

Bir yapı kooperatifine, satış zamanındaki imar hukukuna ve yerel belediyenin belirlediği (şu kadar arazide şu kadar dairesi olan şu kadar apartman yapılabilir" ilkesine göre, 400 dairenin yapılabilmesi üç büyük arsa satılmış idi. Satış bedeli, aradaki anlaşmaya göre, aynî olarak, daire vermekle ödenecekti; yâni kooperatif, orada, "mümkün olan sayıda" (o günkü duruma göre 400 tane) daire yaptıktan sonra, yapılanların dörtte birini satıcılara, arsa alım bedeli yerine kaim olmak üzere verecekti. Geri kalanlar kooperatif ortaklarına dağıtılacaktı. Kooperatif, buna göre, kendilerine daire düşebilecek kadar sayıda ortak aldı yâni ortak sayısını 300'e çıkardı. 400 daireyi yaptı, dörtte birini satıcılara verdi, teslim etti. Kalan 300 daireden hangisinin hangi ortağa verileceği konusunu, yasal gerekliliğe uyarak, noter huzurunda kur'a çektirerek belirledi. Sonra, her bir dairenin özel durumuna göre yâni kaçınca katta olduğuna, önünün deniz manzaralı mı yoksa manzaradan yoksun mu olduğuna vb. ölçütlere bakılarak, bilirkişi eliyle, "Şunun değeri 4 ise bununki 5'tir, ötekininki 3'tür" içeriğinde değer oranları belirlemesi yaptırdı, her bir daireyi alacak ortağa buna göre ayrı oranlarda inşaat ve gider maliyetine katkı payı ödetti. Tam bu aşamadayken yâni ortaklar lehine kat mülkiyetine göre tapu kaydı tesisi işlemi yapılacak iken, yerel belediye bir karar aldı, vaktiyle (inşaat yapılırken) geçerli olan, "Şu kadar yere şu kadar daireyi içeren şu kadar apartman yapılabilir" ilkesini, bundan böyle yapılacak inşaatlarda o kadar yere daha çok dairenin yapılmasına olanak verecek yolda değiştirdi.

Eski satıcılar, bu gelişme üzerine, Kooperatifin kapısına dayandılar. "Sizin, eski duruma göre burada inşaat yapılamıyacak diye bahçe, park

olarak boş bıraktığınız alanlara dahi apartman dikmeniz, 60 daire yapmanız olanağı artık vardır. Bunu yapın, yine dörtte bir daireyi yâni 15 daireyi bize verin. Ama yapmak istemiyorsanız siz bilirsiniz, bize 15 daire hakkımızı (!) nakit olarak ödeyin” dediler. Kooperatif yöneticileri, bu tutum karşısında hayrete düşerek, “Biz sizinle alış veriş ilişkisini tasfiye ettik. Yapılan alım satımın bedelini, sonraki gelişmeler etkileyemez. Beş yıl sonra bir karar daha çıksa, buralarda gökdelen yapılmasına izin verilse, bir daha mı kapımıza gelip haydi gökdelen yapın bize de şu kadar daire verin diyeceksiniz ? Zaten istesek de yeni inşaat yapamayız; bizim işimiz bitti, her ortağımız için daire yapıldı, daireler için kur’a çekildi, müktesep haklar doğdu. Hiçbir ortağın evi önündeki boşluğa yeni inşaat yapamayız yâni bizde böyle bir yetki yok” dediler.

Mirasçılar, çok büyük bir kazanım peşinde oldukları için, elbette ki, mahçubiyete düşüp köşelerine çekilmediler. Ama, böyle bir olayda, “Bizim 15 daire daha almaya ve verilmezse bedelini tazmin ettirmeye hakkımız var” iddiasını mahkemeye kabul ettirmelerinin hiç de beklenir şey olmadığını kendileri de pek iyi biliyorlardı. Oysa, kooperatifi boş yerlerde yeni daireler yapmaya ve kendilerine de böylece 15 daire vermeğe mahkûm ettirme dâvası veya 15 daire bedelini kendilerine ödetme dâvası açmaya kalkıştıkları takdirde, dâva harcının peşin ödenecek bölümü çok yüksek bir rakama vardıktan başka; böyle abes bir dâvanın reddi hâlinde kooperatif avukatı için ödenecek vekâlet ücreti bakımından da durum böyle idi.

İşte böyle, kazanma olasılığı çok zayıf bir dâvayı açacak yerde sondaj dâvası ile şans denenmesi durumunda, yâni “15 daire bedelinin bize tazmin edilmesi hususundaki hakkımızda bakiyeden feragati tazammun etmemek kaydı ile şimdilik 2 daire bedelinin bize ödenmesine hüküm verilmesini dileriz” diye dava açılırsa, bu sondaj davasında, iddia edilen alacağın bütünü istendiği bir dâvaya göre çok daha az peşin harç ödenir ve dâvanın kaybı hâlinde karşı taraf lehine çok daha düşük miktarda Avukatlık ücretine mahkûm edilmek göze alınmış olur. Üstelik, elde edilecek kesin hüküm, bakiye için dâva açmak gerekirse, yeni dâvaya bakacak hâkimi, dâvacıların 15 daire istemeye hakları bulunduğu konusunda bağlayacaktır yâni alacağın geri kalanı için ikinci dâva açılırsa dâvalı bu dâvayı kaybetmeğe mahkûm durumda bulunacaktır, o dâvada sadece, “15 dairenin değeri nedir ve dâvacıların daha ne kadar tazminat istemeğe hakları vardır ?” konusu tartışılıp bilirkişi incelemesiyle belirlenecektir (ayrıca,

gecikme dolayısıyla faiz istemişlerse, ki besbelli isteyeceklerdir, isteyebilecekleri faiz belirlenip hüküm altına alınacaktır).

10. Kira sözleşmesinin bâtil olduğunun tesbiti dâvalarında görev

Kitapta (s. 144 sonu) bu dâvalarda görevli mahkemenin "kiralanan şeyin değerine göre" belirleneceği yazılmış. Oysa, burada yine bir dalgınlık var: Kuru hocamızın HMU kitabında c. I (5. bsl.) s. 1040-1041'de de yazmış bulunduğu üzere, bu konuda görev, dönemlik (yıllık) kiranın miktarına göre belirlenir. Söz konusu ilke, Harçlar Kanunu m. 17'deki ilkeye de paralel düşüyor: "Gayrimenkulün tahliyesi dâvalarında, yazılı mukavele olsun veya olmasın, *bir yıllık kira bedeli üzerinden* karar ve ilâm harcı alınır".

11. Boşanma dâvasında yetkili mahkemeler konusundaki son kuralın (MK m. 168), onunla uyuşmayan HUMK m. 9 f.III'deki kuralı zımmen ilga ettiği

Kitapta s. 167'de ve s. 168 ortasında bu husus gözden kaçırılmış ve her iki kural aynı içerikte imişler, HUMK m. 9 f. III'deki kural hâlâ yürürlükte imiş gibi açıklama verilmiş. Ayrıca, karı-koca'mn kural olarak aynı yerde oturduğu; ikametgahlarının (yeni MK terminolojisi ile, yerleşim yeri'nin) aynı olduğu söylenmiş ve "Böylece, eşlerden birinin açtığı boşanma (ve ayrılık) dâvası aynı zamanda dâvalının ikametgâhındaki mahkemede açılmış olmaktadır" (yâni HUMK m. 9'daki genel ilkeye uyulmuş olmaktadır) denmiş. Pek öyle değil. Çünkü boşanma davası açılması sırasında, *örneklerin ezici çoğunluğunda, eşler ayrı yaşamağa başlamıştır* ve içlerinden biri eski konutta yaşasa bile diğeri oraya dönmek üzere başka bir yere yerleşmiştir, güçlü olasılıkla bu yeni konutunun bulunduğu yerde sürekli olarak yerleşmek amacındadır (orasını ikametgâh edinmiştir). Artık kadının ayrı ikametgâh edinmesi koca iznine, hâkim iznine bağlı olmadığından; erkeğin ise zaten eskiden de böyle ayak bağları olmadığından, ortaya, eşlerin ayrı ayrı ikametgâh edinmesi durumu çıkmış olmaktadır. Bu durumda, dâvacının kendi ikametgâhında dava açması, ancak diğeri eşin eskiden edindiği veya şimdi edindiği ikametgâh da tesadüfen aynı yerde ise, dâvalının ikametgâhında dâva açmak olur.

12. Boşanma davasını eskiden HUMK m. 9 f. III'e göre iki yerden, şimdi MK m. 168 gereğince üç yerden birinde açmak yetkisi bulunan dâvacı bunlardan başka yerde dava açarsa yetkili mahkemeyi göstermek hakkının artık dâvalıda bulunduğu görüşü

Kitapta s. 168 ortasında bu görüş ifade ediliyor. Bunun hiçbir dayanağını göremiyorum; kanımca dâvalı yetkisizlik itirazında bulunurken yetkili mahkemeyi açıklama babında, kendisi bir seçim yapamaz ve dâvacıyı bağlayamaz. "Yetkili mahkeme olabilecekler MK m. 168'e göre benim ikametgahım mahkemesi olarak a, davacının ikametgahı mahkemesi olarak b, son defa 6 ay süreyle birlikte oturduğumuz yerin mahkemesi olarak c ilçesinin mahkemeleri iken bu dava sizin ilçeniz olan e'de açılmıştır, yetkisiz mahkemede açılmıştır" demesi gerekir.

13. Yetkisizlik kararı üzerine dosyanın gönderildiği yeni mahkemenin, o dâvadaki yetki konusu kamu düzenine ilişkin değil idiyse, yetkisizlik kararıyla bağlı olmasının ve kendini yetkisiz saysa bile yeni bir yetkisizlik kararı verememesinin gerekçesi

Bu gerekçe, gerek s. 204'de gerek s. 212'de konuya değinilirken, belirtilmemiş; oysa dikkatli ve kafasını çalıştıran öğrenci elbette gerekçeyi merak edecektir. Onu Kuru hocamız HMU kitabında c. I (5. bsl.) s. 393'de yazmış idi: Yargıç, bu dâvadaki yetki konusu kamu düzenine ilişkin değil idiyse, ilk itiraz öne sürülmedikçe, kendi yetkisizliğini göz önünde tutup yetkisizlik kararı veremez; oysa ilk yetkisizlik kararından sonra HUMK m. 193 uyarınca dosyanın gönderildiği mahkemede *dâvalının ilk itiraz öne sürmesi olanağı yoktur*, o ilk itirazını ilk mahkemede yapmış ve kabul etmiştir.

14. Bir dizgi yanlışı

Kitapta s. 238'de, bir önceki yâni 13. baskıda da tıpatıp aynı yerde (s. 238 satır 3) görülen bir dizgi yanlışı yine gözden kaçmış. Orada parantez içinde (görev itirazını reddeden) deniyor; (görev itirazının reddine karşı çıkan) denmesi gerekirdi.

15. Hasta tanığın evinde ifade alan, nâip hâkim midir ?

Kitapta s. 250'de herhalde dalgınlık ürünü olan bir ifade var: "Hasta veya sakat olan bir tanığı dinlemek (m. 255) için toplu mahkemenin bütün başkan ve üyeleri tanığın bulunduğu yere gitmez; sâdece üyelere biri nâip tâyin edilerek gönderilir. Böylece toplu mahkeme, zaman ve emekten tasarruf eder". Oysa, yollama yapılan m. 255'in pek açık olarak söylediği üzere, "Şahitler *tahkikat hâkimi tarafından* istima olunur. Hasta veya malûl olmasından dolayı mahkemeye gelmiyen şahidi hâkim ikametgâhında dinler". Dolayısıyla, şahidi dinlemek toplu mahkemede hakimler kurulunun işi değildir ki o kurulun içlerinden birini bu iş için nâip tâyin etmesi söz konusu olabilsin. HUMK m. 181 f. I gereğince, tahkikat için nâip olarak yâni tahkikat hâkimi olarak görevlendirilen hâkim, tahkikat işlerini yapar ve o arada tanıkları da o dinler; hem hasta olmayanını hem de hasta olanını.

16. "Dâva" kavramının tanımlanması (s. 263)

Bu tanımlama konusunda da, değerli Kuru hocamdan, izniyle, farklı düşünüyorum. 9-10 Kasım 2002 Eskişehir Anadolu Üniversitesinde yapılan kollokyumda, "Sizde Fransız mürekkebi yalamış eski hocalarımızda görülen ve Alman öğretilerinde asla görülmeyen bazı görüşlere rastlanabiliyor" derken kastedtiğim görüşlerden biri buydu (diğerleri, ikrarın bölünmezliğinde ısrarcılık ve dâva teorisinde "dava hakkı"nın unsurları öğretisindeki anlatım). Sanırım, Prof. Dr. Üstündağ'ın, Kuru hocamıza, "Sizde Postacıoğlu'nun izlerini görüyorum" derken kastedtiği izler arasında bu da vardır.

Kuru hocamıza göre "Dâva, bir başkası (dâvalı) tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (dâvacının) mahkemeden hukukî koruma (hima-ye) istemesidir".

Dâva'yı mahkemeye başvuruya eşitlemekle Kuru hocamız, Fransız öğretisini ve Postacıoğlu'nu izlemiş olmaktadır. Bkz. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bsl., s. 179: "Fertlerin bir hakkın inkârı veya ihlâlî hâlinde kaza kuvvetine müracaatla hakkın himâyesini istemek hususunda hâiz olduğu imkâna dâva hakkı denilmektedir. Bir ferdin bu himayeyi kaza kuvvetinden muayyen bir hasma karşı bilfiil talep etmesi dâvadır". Benim gibi, onun kürsüsünde yetişmiş olan değerli meslekdaşım Üs-

tündağ da, Alman Usul Hukuku mürekkebinin o kadar bol miktarda yalamış olmasına ve Postacıoğlu hocamızın "etkisinde kalmamaya" o kadar özen göstermiş bulunmasına rağmen, onu izliyor: "Dâva, en önemli bir usul muamelesidir. Dâva, taraf usul muamelesidir" (Medenî Yargılama Hukuku, c.I 2. bsl., s. 220). Belgesay (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. bsl., İstanbul 1948, s. 129 vd.: Dâva teorisi), dâva kavramını tanımlamaz. Ergun Önen (Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, İkinci Bölüm: Dâva, s. 543 sonu) dâva ile dâva hakkı'nı eşitler: "Hak asıl şeydir; dâva (dâva hakkı) ise asıl hakkın gerçekleşmesine hizmet eden yardımcı bir unsurdur". Necip Bilge/Mesut Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bsl., Ankara 1978, s. 384, Üstündağ gibi, Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu'nun tanımlamasını veriyorlar: "Dâva ise, belli bir kişiye karşı talep hakkının yargı mercii önünde bilfiil kullanılmasıdır". Sabri Şakir Ansay'ın (Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bsl., Ankara 1960, s. 200) verdiği tanımlama dahi öyledir: "Dâvanın tarifi: Dâva, bir mahkemeden verilecek hükümle hukukî himayenin temini dileğidir".

Bunların tümü, Roma hukukundaki *actio* kavramının etkisiyle verilmiş tanımlamalardır. Roma Hukukunda, herkes vatandaş haklarına sahip olmadıktan başka, İS 4. yüzyıla kadar, vatandaş olanların dahi mahkemelere başvurup dâva açmak içeriğinde genel bir yetkisi yoktu:

"Bugün özel hukuk alanındaki yargılama usulümüz, kamu hukukuna giren ve devletçe üstlenilmiş bir görevdir. Roma'nın klâsik devrinde hukuk yargılamaları usulü böyle bir durumdan, daha, çok uzaktı" (Koschaker/Ayiter, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, DEÜ Hukuk Fakültesi yayını, İzmir 1993, s. 17). "Bu usul [extraordinario cognitio usulü-Umar] gittikçe daha fazla genişledi. ...4. yüzyılda ... Bu suretle, olağanüstü bir nitelik taşıyan hukuk yargılama usulü olağan usul oldu. Onda bugünkü hukuk yargılamaları usulünün bütün yeni fikirleri mevcuttur: Devletin yargıçları vasıtasıyla hüküm verilmesi, gıyabî hüküm, doğrudan doğruya infaz [aynen icra demek istiyor-Umar], kanun yollarına başvurma usulü" (Koschaker/Ayiter, a.g.e., s. 18).

Klâsik dönemde, Anayasa hukukunun sağladığı genel bir "mahkemeye başvurma, dâva açma hakkı" bulunmayan vatandaş, ancak praetor tarafından, kendi olayı için ona bir *actio* (dâva hakkı) tanınmış ise, bunu kullanarak yargıca başvurabiliyordu:

"Romalıların, usul hukukunu harekete geçiren ve hakların himayesini temel alan *actio*'ları vardı. *Actio*'ya, Türkçe karşılığı olarak, kısaca

dâva, veya, daha doğru olarak, dâva hakkı demektediriz. Kelime olarak *actio*, *agere*'den yâni bir faaliyette bulunacak şekilde hareket etmekten gelir [Fransızcada *agir-Umar*]. ...

Romalılar *actio*'yu şu meşhur cümle ile tarif etmekte idiler: *Actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur* = *Actio*, borçlu olunan şeyi, hâkim önünde talep etmek hakkından başka birşey değildir" (Ziya Umur, Roma Hukuku, Umumî Mefhumlar-Hakların Hima-yesi, İstanbul 1970, s. 186).

Oysa, konuya çağdaş hukuk yönünden bakacak olursak, herşeyden önce:

- a. Dâva, bir başvuru değil, başvuru üzerine başlayan ve devletçe, Anayasamıza göre "Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce" yargı işlevinin yürütüldüğü bir işlemler dizisidir. HUMK dahi, dâva sözcüğünü böyle anladığını, örneğin, m. 53'de "dâvaya müdahale", m. 56'da "dâvayı bulunduğu noktadan itibaren tâkip edebilir", m. 66'da "Dâvanın her hâlinde", m. 75 f. III'te "dâvanın her safhasında", m. 187'de "dâvanın bidayetinde", m. 213 f. I'de "dâvanın her aşamasında" demekle ve daha nice madde-sinde bu gibi deyişler kullanmakla, açıkça göstermiştir.
- b. Dâvacının dâva temelinde bir sübjektif hak bulunmak gerek-mez. Örneğin, daha önce sözünü ettiğimiz, sırf zilyedliğe dayanan dâvalarda, dâvacının zilyedliğinin bir hakka dayanıyor ol-ması gerekmez. Zilyedliğinin haklı bir nedene dayandığını ka-nıtlaması dahi gerekmez (bu nedenle, hırsız dahi, Roma huku-kundan beri, zilyedlik dâvalarını açabilir: Koschaker/Ayiter, a.g.e., s.121 satır 5-6). Keza, menfi tesbit dâvalarında, dâvacı herhangi bir hakkının varlığı iddiasında değildir. Ama bu dâva-lar da hiç kuşkusuz dâva'dır.

Kanımca, dâva tanımlamasını şöyle yapmak doğrudur:

Dâva, mahkemenin yargı işlevini yerine getirirken, yargılama usulü hukuku çerçevesinde yürüttüğü işlemler dizisidir.

Nizasız kaza/çekişmesiz yargı denen etkinlikleri yargı işlevi sayma-dığımı daha önce belirtmişim; böyle olunca, yargı işlevinin daima bir dâ-va içinde yerine getirildiği ve her yargı işlevinin bir dâvayı görme biçimin-

de kendini gösterdiği görüşünde bulunduğum kendiliğinden anlaşılır.

Kuru hocamızın, dâva hakkı'ndan (aynı yerde, s. 263) söz ederken, "Bu dâva hakkı, asıl (sübjektif) haktan ayrı bir hak değildir [Demek, Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu hocam gibi oradan esinlenenlerin kabul ettiği üzere, onun bir parçasıdır-Umar]. Bu nedenle dâva hakkı, yalnız başına devredilemez veya haciz edilemez; ancak asıl hak ile birlikte devredilebilir veya haczedilebilir" demesini, böylece dâva hakkını "asıl hakla birlikte haczedilebilen" bir özel hukuk hakkı saymasını doğrusu pek yadırgıyorum.

Dâva hakkı asla hacze konu olamaz ve o özel hukukun tanıdığı bir hak değil Anayasal yetkidir; herhangi bir özel hukuk hakkının içinde bir parça olarak o hakka ve istisnasız bütün özel hukuk haklarında ayrı ayrı onların her birine özgü, her birinin parçası niteliğinde birer dava hakkını çağdaş hukuk tanımaz.

Şimdi biraz da, hak ile yetki arasındaki ayırma değinmemiz gerekecek. Hak, hak sahibinin belli bir çıkarına hizmet etmek üzere o kişinin dilerse kullanması için hukuk tarafından tanınmış ve korunmuş bir yetkiler demetidir. Verdiğimiz bu tanımlama, Velidedeoğlu hocamızın (Türk Medenî Hukuku, Umumî Esaslar, 6. bsl., İstanbul 1959, s. 204) "Hukuk kaideleri şahıslara birtakım salahiyetler tanımış ve bunları müeyyidelenmiştir. İşte şahıslara hukuk tarafından tanınmış olan bu salahiyetlere hak denir" dedikten sonra hak kavramının içeriği konusuna eğilerek ve bu konudaki görüşleri özetleyerek, sonuçta (a.g.e., s. 206) von Tuhr ve Andreas B. Schwarz'ın görüşleri doğrultusunda verdiği "Haklar, hukukan himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olam menfaatlerdir" tanımlamasından esinleniyor.

Hak kavramı incelenirken öğretilerde en çok anılan örnek; usus, abusus, fructus (kullanma, tüketme, ürününü alma) yetkilerini içeren mülkiyet hakkıdır.

Yetki ise, hukukun kişiye tanıdığı, belli fiilî ya da hukuksal sonuçlar yaratabilme konusundaki erk'tir (irade gücüdür). Bu, özel hukukta, ya yetki sahibinin bir hakkına hizmet edebilmesi için tanınır (mâlîkin ürün toplama yetkisi gibi) ve o zaman kullanımı hak sahibinin isteğine tâbidir; ya da, özel hukuk ilişkileri içinde bir görevin yerine getirilme aracı olarak tanınır (vekillik görevini üstlenen kişiye müvekkilin verdiği temsil yetkisi gibi); o zaman onu kullanıp kullanmamak yetki sahibinin isteğine bağlı

değildir, görevin (yükümlülüğün) yerine getirilmesi için gerektiğinde o yetkiyi kullanmak zorundadır.

Kamu hukukunun tanıdığı haklara, yetkilere gelince. Kamu hukukunda vatandaşa ve (vatandaş gerçek kişi durumundaki) tüzel kişilere tanınan haklar, daima, muhatabı devlet olan haklardır, devletin üstlendiği bir işlevin yerine getirilmesi istemini öne sürmek yetkisini ve aynı amaca hizmet edecek (denetleme, şikâyet etme, dilekçe verme gibi) başka yetkileri de içerirler. Örneğin vatandaşın Anayasada tanınmış olan seçme ve seçilme hakkı, ona, hepsi de bu hakka hizmet edecek birçok yetkiler vermektedir. Kamu hukukunun tanıdığı yetkilerin ikinci türü, tıpkı özel hukukta olduğu gibi, bir görev veya yükümlülüğün (ama bu kez, kamu hukukuna ilişkin bir görev veya yükümlülüğün) yerine getirilmesinin aracı olmak üzere tanınmış olanlardır: İcra Müdürüne tanınmış olan, malı haczetme ve ona fiilen el koyma, onu alıp götürme yetkileri gibi.

Roma hukukunu işleyen hukukçu üstatlar, özel hukukun, o arada en çok da Borçlar Hukukunun öğretisinde hayli ileri gitmişlerdi ama o zamanın kamu hukuku ile bugünün kamu hukuku arasında çok büyük fark olduğundan, onların kamu hukuku kurumları ve kavramları üzerine geliştirdiği öğretisi, bizim çağımızın hukukçuları için işe yarar veya hatta bir anlam taşır olmaktan pek uzaktır. Böyle iken, hukuk biliminin ve öğretisinin şimdi ulaştığı gelişmeden henüz çok geride bulunduğu 1600'lü, 1700'lü yıllarda, Avrupa hukuk bilginleri, her konuda, Roma hukukundaki öğretinin geniş ölçüde etkisi altında idiler. Bu etki, Yargılama Usulü hukukçuları arasında, dâva'nın ve dâva hakkı'nın öğretisi bakımından da kendini göstermişti. Şöyle ki:

Az önce değindiğimiz üzere, Roma hukukunda, insanların genel bir "dava hakkı" yâni hangi hakka hizmet için olursa olsun kullanabilecekleri genel bir "dava açma yetkisi" yoktu. İki kişi arasında bir hukuksal ilişkinin ve bu ilişki gereğince de karşılıklı yükümlülüklerin doğduğunu hukukun kabul ettiği hallerde dahi, yükümlülüğün alacaklısı olan kişi, ancak kendisinin durumundakilere praetor tarafından bir actio (yargıç huzurunda eyleme geçme yâni dâva açma yetkisi) tanınmış ise, o dâva hakkına dayanarak dâva açabiliyordu. Dolayısıyla, asıl hakka dayanarak dava açabilmek için, hakkın yanı sıra, bir de actio yetkisine (yâni o hakka özgü "dâva hakkı"na!) ihtiyaç bulunuyordu; bu yönden, actio yetkisi, hakkın tamamlayıcısı idi. İşte bu durumun etkisinde kalan, 1600'lü, 1700'lü yılların Fransız Yargılama Usulü Hukuku bilginleri, özel hukuk hakkının ta-

mamlayıcısı, onun bir parçası olan bir "dava hakkı" kavramını kabul ettiler, işlediler. Bu "dava hakkı"nı, açılacak dâvanın dinlenme şartı sayacak kadar da ileri gittiler. Sözüünü ettiğimiz öğretici, Fransız hukuk öğretisinde ve oradan esinlenmiş Türk hukukçularında (örneğin, değerli hocam, İstanbul Hukuk Fakültesinde yetiştiğim kürsünün başkanı Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nda) hâlâ egemendir.

Dahımızın en kıdemli öğretim üyesi Prof. Belgesay, bu konuda şaşılacak kadar ileri görüşlülük göstermişti. "Dâva hakkı"nın kamu hukukundan doğan genel bir hak olduğunu, bir sübjektif hakkın parçası yahut tamamlayıcısı olmadığını, ortada hak yokken dahi dâva hakkının geçerli olarak kullanılabileceğini, bu takdirde mahkemenin dâvayı "dâva hakkı yoktur" diye değil, iddia olunan maddî hukuk hakkı yoktur diye reddedeceğini hep görmüş, söylemişti (yukarıda anılan yapıtında s. 131)

Kıdemde ikinci öğretim üyesi, Prof. Sabri Şâkir Ansay, Almanca bildiği ve yargılama usulü hukuku dalında Alman öğretisi yapıtlarından yararlanabildiği için, "dâva hakkı maddî hakkın ayrılmaz bir lâzımıdır" (yâni: maddî hukukun sağladığı her hak, onun ayrılmaz parçası olan bir "dâva hakkı" ile donatılmıştır; yahut, tersinden bakışla, "dâva hakkı" ancak maddî hukukun tanıdığı bir hakkın parçası olarak, ona hizmet için kullanılabilir) görüşünü açıkça reddetmiştir (a.g.e., s. 200): "Bir hakkı müdafaa etmek için mahkemede hareket salahiyeti yeni ve ayrı bir haktır; hakların kendileri, dâvalar denen diğer haklarla garanti edilmiştir". Ama, yazarıımız, Fransız öğretisinin etkisinden tümüyle beri kalmış da değildir; aktardığımız sözlerinden hemen önce "*Hak, dâvanın esaslı unsurlarından biri ise de onunla bir değildir*" diyor.

Postacıoğlu hocamız, Fransız öğretisini aynen benimser ve "dâva hakkının unsurları (şartları) arasında birinci sıraya hakkı koyar (a.g.e., s. 186): "Dâva hakkının mevcut olabilmesi için, bir hakkın tanınmadığı veya ihlâl edildiği iddiası bulunmak lâzımdır. Yâni dâva hakkı, bir hakkın mevcudiyetini tazammun eder. Klâsik görüş budur. Bu noktai nazar son zamanlarda modern müelliflerin tenkidine uğramış ve dâva hakkının haktan müstakil olarak mevcut olduğu ileri sürülmüştür. ... Fakat, nokta-i nazarıımıza göre, bu yeni telâkki mes'eleye vuzuh getirmiyor ve halen mahkemelerin kabul ettiği birçok hal tarzlarını izah edemiyor".

Necip Bilge/Mesut Önen (a.g.e., s. 403) Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu'nun görüşünü açıkça reddetmişlerdir: "Özellikle Fransa'da rağbet görmekte olan klâsik nazariyeye göre, yargılama şartları; hak, menfaat, si-

fat ve ehliyet olmak üzere dörttür. Fakat Alman doktrinindeki gelişmelerden de mülhem olmak suretiyle, bu tasnife haklı tenkitler yöneltilmiştir. ...Gerçekten, dava şartlarından birisinin hak olduğu görüşü doğru olamaz. Zira, taraflardan hangisinin haklı olduğu, ancak dâva sonunda belli olacaktır”.

Alman hukuk öğretisi, hayli zaman önceden, kendini bu bağlantılardan kurtarmıştır. Baki Kuru hocamız da, akademik meslekte yetişme döneminde, Fransız “mektebi”nden çok daha fazla Alman “mektebi”nden yararlanmış olmakla, şimdiki konuda bu background’ına uygun anlatım vermesini beklerdim; ama, ikrarın bölünmezliği konusunda olduğu gibi burada da sayın hocamı fazlaca Fransız etkisinde buluyorum; onun, dâva’yı mahkemelerce yürütülen bir süreç olarak değil de kişinin mahkemeye başvurusu diye gösteren tanımını, bir de üstelik, bu başvurunun, sübjektif hakkın ihlâli durumunda yapılmış olması gerektiği yolunda ifadeye yer vermesini doğru sayamıyorum.

17. Kuru hocamızın kitabındaki dâvalı tanımlaması

Bu tanımlama (s. 263) şöyledir: “Dâva, davacının sübjektif hakkını ihlâl eden veya tehlikeye sokan veya dâvacıdan haksız bir talepte bulunan kimseye karşı açılır; bu kimseye dâvalı denir”. Tanımlama, dâva temeli içinde mutlaka bir hak olacağı yolunda yanlış bir başlangıç noktasından hareket ettiği için, elbette, kendisi de yanlış olmaktadır. Eşler arasında şiddetli geçimsizlik nedenine dayanan boşanma dâvasını ele alalım; geçinemeyen eşlerden her biri dâvacı olabilir ve diğeri dâva edebilir; oysa sırf geçinememe (imtizaçsızlık) vakasında hiçbir hak ihlâli yoktur. Tedavisi olamayacak akıl hastalığına uğramış eşe karşı açılan boşanma dâvasında (MK, eski metinde m. 133, yeni metinde m. 165) dâvalı dâvacının hiçbir hakkını çiğnememiştir, çiğnememektedir. Terekenin bölüşülmesinde anlaşamayan mirasçılardan birinin açtığı taksim dâvasında, dâvacının önerdiği biçimde bölüşmeye razı olmayan diğer mirasçıların bir hak ihlâlinde bulunduğunu söyleyemeyiz. Bu tür örneklerin daha yüzlercesi verilebilir.

Bence kitapta şu anlatım bulunmalıydı: “Bir dâva, kimin aleyhine sonuç doğuracak bir hüküm isteniyorsa ona karşı açılır ve dâva açıldıktan sonra bu kimseye, dâva ilişkisi bakımından, dâvalı denir”.

18. Tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından tüzel kişi adına dâva açılmış olması (s. 283)

Değerli Kuru hocamız bu durumda, mahkemenin hemen davayı reddedemeyeceğini ve tüzel kişinin yetkili organı yahut temsilcisi tarafından bu dâvaya icazet verilebilmesi için uygun bir süre tanınması gerektiğini söylüyor. Oysa, kendilerinin HMU c. I (5. bsf.) s. 750 dn. 719'da andığı içtihatlar hep aksi doğrultudadır. Savunulan çözüm için HUMK m. 61'e (ikinci cümleye) kıyas yoluyla dayanılmasının doğru olacağını sanmıyorum. Çünkü orada, kişinin vekil ettiği biri vardır ve duruşmaya o gelmiştir; hatta dâva dilekçesini de bu kişi değil, müvekkilin kendisi imzalamıştır (dikkat edilirse madde, vekâlet deruhde etmesi imkânsız kişinin açtığı dâvadan söz etmiyor; sâdece, duruşmada avukat olmayan birinin vekil sıfatıyla boy göstermesi faraziyesinden söz ediyor). Yâni ortada geçerli bir dâva vardır, üstelik gelen kişi aslında gerçekten vekildir ama "dâvaya vekâlet deruhde etmesi kanunen imkânsız"dır, çünkü Baroya kayıtlı ve kaydı halen süregiden bir avukat değildir. Böyle bir durumda müvekkilin duruşmaya girebilecek bir avukat-vekil göndermeye dâvet olunması mantığa, adalet duygusuna, usul ekonomisine uygun düşer. Ama tüzel kişi adına, onun organı yahut temsilcisi olmayan birinin dâva açmış bulunması faraziyesinde, ortada tüzel kişinin dâvası yoktur ve açılmamış bir dâvaya icazet verilemez.

19. Sıfat (s. 283-287)

Bu konuda da değerli Kuru hocamızı, kal ü belâdan kalma Fransız öğretisinin pek fazla etkisinde sayıyorum.

Kuru hocamız, sıfat'ın bir dava şartı olmadığını haklı olarak belirtiyor (s. 285) ve onun maddî hukukla bağlantısını vurguluyor, "Sıfat, dâva konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir" (s. 284) diyor ama, her dâva mutlaka bir sübjektif hakka dayanmış gibi ifade kullanmasını ve hele hele dâva konusu sübjektif hak dedikten sonra parantez açıp "dava hakkı" demekle, dava temeli hakkı "dâva hakkı"na eşitlemesini pek çok yadırgadığımı söylememe müsaade buyurulsun.

Gerek her dâvanın bir hakka dayanması gerekmediğine, gerek "dava hakkı"nın gerçek niteliğine biraz önce değinmiştik; burada tekrar yapmak gerekmez.

Sıfat, dâvaya yol açmış ilişki içinde şimdiki dâvacı ile dâvalının, şimdi dâvacı ile dâvalı olabilmesine mümkün ve doğru kılan konumlarıdır: (alacağın tesbiti veya ödetilmesi dâvasında) alacaklı-borçlu olmak; (kira bedelinin tesbiti dâvasında) kiralayan-kiracı olmak; (mâlikin istihkak dâvasında) mâlik-gaasıp olmak; (boşanma dâvasında) karı-koca olmak; (haksız fiilden dolayı tazminat dâvasında) mağdur-fâil olmak gibi.

Sıfat, ilke olarak dava temeli hukuksal ilişkinin bir parçası, bir yönüdür. Haksız fiilden dolayı tazminat dâvasında, fâilin dâvalı kişi olmadığı anlaşılırsa, dâva esastan reddolunur ve o kişinin fâil olmadığını belirten bir kesin hüküm çıkmış olur. Dâva asla, "sıfat dava şartıdır, fâil olmayan kişinin bu dâvada sıfatı yoktur, öyleyse dâva şartı eksiktir, dâvanın mesmu olmadığından reddine" içeriğinde usulî bir red kararıyla sonuçlandırılmaz. Ama bu her zaman böyle olmayabilir. Kocasını Almanya'ya çalışmaya gitmiş kadının önüne gelenle zina ettiğini öğrenen câhil kaynananın bir arzuhalciye (üstelik kendini davacı göstererek) yazdırdığı dâva dilekçesini, hâkimin kaleme havale sırasında başı kalabalık olduğu için inceleyemeden havale şerhiyle imzalayıvermiş, harcın ödenmiş ve dilekçenin esas defterine kaydedilmiş yâni kısacası dâvanın açılmış bulunması durumunda, yargıç elbette ki daha ilk duruşmada, esasa hiç girmeden dâvanın reddi kararını verecektir ve elbette ki "Boşanma dâvasını ancak eşler birbirine karşı açabilir, dâvacı ve dâvalı sıfatı münhasıran eşlerde olabilir, kaynananın geline karşı boşanma dâvası açabilecek sıfatı yoktur" diyecektir. Bu hüküm usulî bir red hükmüdür, esas yönünden hiçbir inceleme yapmamıştır ve hiçbir şeyi kesin hükme bağlamamıştır. Keza, alacağın ödetilmesi dâvasında, alacaklının dâva etmek istediği borçlusu Ali Öztürk yerine, dâvacı Avukatı yöre insanları hakkında bilgi eksikliği nedeniyle aynı Ali Öztürk'ün amcaoğlu bir adaşına karşı dâva açmış, tebligat yaptırmışsa, bu durum anlaşılır anlaşılmaz dâvanın sıfat yanlışlığı dolayısıyla reddi gerekir ve o kişinin borçlu olmadığı yolunda bir kesin hüküm de çıkmış olmaz, çünkü zaten o kişiye karşı *bir iddia ve bir talep olmadığı* sâbit olmuştur, dâva bu yüzden reddedilmiştir, dolayısıyla "*iddia ve talebin haksızlığı tesbit edilmiş*" değildir.

Görülüyor ki sıfat, aslında, dâva temelinin bir parçasıdır, ama bazan onun eksikliği bir dâva şartının eksikliği gibi sonuç doğurmaktadır. Böyle olunca, Kuru hocamızın "sıfat, bir defî değildir" açıklamasına elbette katılmakla birlikte, hemen sonraki, "dâvada taraf olarak gözüken kişiler arasında hakkın doğumuna engel olan bir itirazdır" demesini (s. 286) aceleye gelmiş sayıyorum.

Anımsanmalı ki; dâvalıya karşı öne sürülen istemi haklı kılan hukuk kuralının bütün uygulanabilirlik unsurları (bunu, kuralın kendisi belirtir) gerçekleşmiş bulunduğu halde o istemi (örneğin, tazminat) öne sürülemez kılan bir diğer hukuk normunun (hak engelleyici norm ya da hak düşüren norm) devreye girebilmesine, uygulanabilmesine olanak veren vakıa unsurları (bunları da o diğer normun kendisi belirtir; örneğin, meşru müdafaa durumu) bir itiraz temeli oluşturur. Her itiraz, bir "Evet, ama..." savunmasıdır. Oysa, yanlış kişinin dâvacı olması yahut dâvalı gösterilmesi durumunda, dâvadaki dâvalıya karşı istem öne sürmeye hak verebilecek bir kuralın uygulanma unsurları gerçekleşmiş değildir. Örneğin, kadının haksız fiiliyle ortaya çıkan zarar dolayısıyla kocadan tazminat istenebileceğini sanan biri kocayı dâva etse, kocaya karşı istemin (dâvanın) temeli oluşmamıştır. Yoksa, bu temel gerçekleştiği halde bir karşı-norm yüzünden kocanın sorumlu tutulabilmesi engelleniyor değildir. Koca, "Ben fail değilim sen git fâili dâva et" derken bir itiraz öne sürmüyor, inkâr nitelikli bir savunmada bulunuyor.

Sevgili Kuru hocamıza göre, sıfat yokluğunun bir itiraz konusu sayılmasının sonucu şu olur ki, yargıç bu konuda kendiliğinden araştırma yapamaz, ancak dosyadan veya taraf açıklamalarından anlaşıldığı takdirde sıfat yokluğunu göz önünde tutar. Oysa sıfat dava şartı olsa idi yargıcın sıfat konusunu mutlaka re'sen araştırması gerekecekti (s. 286).

Kanımca bu sonuç, zorunlu değildir. Yâni, sıfat konusunda yapılan yanlışlık dosyadan, taraf beyanlarından anlaşılamiyor ise yargıcın bu konuda re'sen araştırma yapmayacak olmasını (kanımca, istediği takdirde yapmasına hiçbir engel yoktur) açıklamak için, "Sıfat yokluğu bir itiraz konusudur" gerekçesine sarılmamız hiç gerekmez. Dâvaya ehliyet'in dâva şartlarından olduğu hiç kuşku götürmez; ama yargıç asla her dâvacıdan, akıl yeteneklerinin yerinde olduğu konusunda belge getirmesini istemez; bu yetenek yerinde mi değil mi araştırmasına re'sen ve mutlaka girmesi gerekmez. Çünkü, eskilerin deyimiyle "zâhirî hâl" in gösterdiği durumu kanıtlanmış hükmünde tutmak, câizdir.

20. Kira tesbiti dâvası denen dâvanın gerçekte inşâî dâva olduğu

Kuru hocamız buna değinmiyor, tam tersine o dâvaları tesbit dâvasının örneği diye anıyor (s. 326). Oysa bu dâva, kiralayanın kira bedeli alacağı miktarını değiştiren bir hüküm (dolayısıyla, yeni bir hukuksal duru-

mu yaratan bir hüküm, inşaî hüküm) elde etmek üzere açılır (böyle: Mesut Önen, İnşâî Dâva, Ankara 1981, s. 109-113, özellikle s. 111 ortası; keza orada s. 109 dn. 52'de anılan Aybay, Tunçomağ, Sivrihisarlı, Alangoya; "inşâî dâva değil tesbit dâvası" görüşünde, Kuru'nun yanı sıra Postacıoğlu, Üstündağ). Eğer bir tesbit dâvası karşısında bulunsa idik, tesbit hükmü hangi dönemin kira bedeli hakkında idiyse, o dönem başından beri hükmdeki miktarın ödenmesi gerektiğini, dolayısıyla zamanı belli bir ödeme yükümlülüğü varken o tarihi geçirmekle kiracının kendiliğinden temerrüt durumuna düştüğünü ve ödemediği kısım (eski kirayı geçen kısım) için o tarihten başlayarak faiz ödeyeceğini kabul etmeliydik; oysa Yargıtayımız, bu sonucu asla kabul etmiyor ve fark için faiz yürümesini, ancak farka hükmeden kararın kesinleşmesiyle başlatıyor (son bir örnek olarak YKD 2001 No. 2 s. 193'deki 19.12.2000 günlü 6. HD kararı).

21. Islahla müddeabihin arttırılması yasağı, HUMK m. 87 son cümle

Bu kural Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir; iptal kararının tanıtılması yine elinizdeki dergide bir başka yazıda yapılmaktadır. Kuru hocamız olsun, kürsüsündeki hayr ül halefleri Prof. Dr. Arslan ve Prof. Dr. Yılmaz meslekdaşlarımız olsun, yasalardaki değişiklikleri ve mahkeme içtihatlarını taramakta çok titizdirler; böyle iken, Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarihli olup 4.11.2000'de RG'de yayınlanmış bulunan iptal kararının, ders kitabının 2001'de yapılmış olan 13. basımında ilgili yerde (s. 365, 369 ve s. 667) yer almaması ve kural iptal edilmemiş gibi bilgi verilmesi nasıl olabildiği, anlayamadım. Herhalde kitap, basımında uzun süre bekledi. Ortak kitabın son (2002'de yapılmış, 14.) basımında gerekli düzeltmeler yapılmıştır (s. 367, 371, 669).

22. Kefilin tartışma defî

Kitapta (s. 378) yine Fransız öğretisine ve ondan esinlenen eski öğretilere uygun olarak, defî'lere örnek olmak üzere "kefilin tartışma defî" (BK 486) gösteriliyor. Oysa, yeni öğreti, adî kefillikte alacaklının kefile başvurabilmesi, ondan istemde bulunabilmesi için öncelikle asıl borçluya başvurmuş ve ona karşı girişilen kovuşturmanın semeresiz kalmış olması gereği yasa tarafından arandığına göre, bu gerekliliğin kefile karşı açılacak dâvada dâva temelinin bir parçası olduğunu, onun gerçekleştiği konu-

sunda yargıcın kendiliğinden isbat bekleyeceğini, dolayısıyla bu eksikliğin göz önünde tutulmasının (Roma hukukunda olduğunun tersine) ancak bu içerikte bir defa öne sürülürse mümkün olabilmesi diye bir durum bulunmadığını çoktan tesbit etmiştir (S. Giovanoli, Berner Kommentar zur Bürgschaftsrecht, Bern 1942, OR 495 açıklamasında No. 9). Benim de bu konuyu işleyen, "Une exception de la discussion n'existe pas en droit Turco-Suisse" (=İsviçre-Türk hukukunda kefilin defa hakkı diye bir hak yoktur) başlıklı bir makalem Schweizerische Juristen-Zeitung'da yayınlanmıştı (Yıl 1974 No. 4, s. 81-84).

23. Dâva temeli sözleşmenin yasal geçerlilik koşulu olarak belli bir şekil öngörülmüşken buna uyulmaksızın yapılmış bulunduğu olgusuna dayanan savunmanın niteliği

Kitapta (s. 379 satır 3-5) savunulan görüşe bakılırsa bu, hakkın (dâvacının dayandığı, sözleşme sayesinde doğmuş hakkın) doğumunu engelleyen bir olayın öne sürülmesidir ve dolayısıyla bir itiraz temelidir. Oysa burada, sözleşme vardır diyebilmek için varlığı gerekli bir olgunun yokluğu, dolayısıyla dâvacının dâva temelini bir eksikliği karşısındayız. Diğer deyişle, yasanın istediği bütün kurucu olgular varken onlarla aynı sırada yahut daha önce ortaya çıkmakla onların hukuksal sonuç doğurmasını engelleyen bir olgu (tarafardan birinde fiil ehliyetinin yokluğu gibi) karşısında değiliz. Yasanın aradığı kurucu olgulardan birinin yokluğu söz konusudur. Yargıç, dâva temelini bütün öğelerinin varlığı için kendiliğinden isbat bekleyeceği, isteyeceği ve dolayısıyla kendiliğinden gördüğü eksikliği göz önünde tutacağı, "Dava temeli eksiktir, istem hüküm altına alınmaz" diyebilmek için o konuda savunma öne sürülmesini beklemeyeceği cihetle, örneğin kefillik sözleşmesinin, yasal geçerlilik koşulu olan yazılı biçime uyulmaksızın yapıldığını ve dolayısıyla yasa gözünde ortada bir kefillik sözleşmesi bulunmadığını da kendiliğinden göz önüne alır. Söylenen olgu (yazılı biçime uyulmaması) bu nedenle bir itiraz temeli değildir, dâvalının bunu öne sürmesi dâva temelini yokluğuna işaret etmekten yâni inkâr türünde savunma yapmaktan ibarettir. Halbuki bu bir itiraz konusu olsaydı, yargıcın o olguyu göz önünde tutarak dâvayı sonuçlandırması (reddetmesi) için ya olgunun dâvalı tarafından öne sürülmesi ya da hiç olmazsa usulüne göre dosyaya girmiş yazılardan yargıcın bunu anlıyor olması gerekirdi. Örneğin, dava dilekçesine ek olarak hiçbir belge sunulmamış iken dâvalının verdiği cevap lâyihasında bu kişi, (konunun hukuk gö-

zündeki önemini bilmediği için) kefillik sözleşmesinin yazıyla mı sözleşme yapıldığına değinmeksizin, "Evet ben Rüstem'in borcuna kefil oldum, o da ödeyemedi, doğrudur, ama benim şimdi bunu hemen ödeyecek gücüm yok, ben de o yüzden ödeyemiyorum, mahkeme bildiği gibi yapsın, adalete sığınırım" içeriğinde bir yanıt vermişse, yargıcın acaba bir itiraz temeli var mı diye araştırma yapmağa kalkması, böyle bir savunma olanağını hatırlatabilecek hallerde bulunması yasak olduğundan (HUMK m. 75), hâkim, -sözleşme yazıya bağlanmış mıydı diye sorgu sual edemeyecek idi.

Sözleşme için geçerlilik koşulu olarak aranan biçime uyulmuş bulunmasının o sözleşmeye dayanan dâvada dâva temelinden bir parça olduğu, benim Doçentlik tezimde (İsbat Yükü, İstanbul 1968, s. 63-65) ve bunun Prof. Dr. Ejder Yılmaz tarafından hazırlanan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında (İstanbul 1980, s. 100-102) vurgulanmış idi. Dolayısıyla, ders kitabının yazarlarından olan değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Yılmaz'ın burada hiç değilse bir dipnotunda, itiraz görüşüne itiraz etmesini beklerdik.

24. Dâva içindeki ikrarın hukuksal niteliği

Kitapta (s. 435) yine (ikrar, delillerin kraliçesidir diyen) kal ü belâdan kalma Fransız öğretisine ve bu öğretilen etkilenmiş eski "müellif"lerin nitelemesine uygun olarak, ikrar kesin deliller arasında sayılıyor. Oysa ikrar, *isbat gerekliliğini HUMK m. 238 gereğince ortadan kaldıran bir taraf usul işlemidir*. Böyle olunca, ikrar edilen olgu isbat edilmiş gibi bir durum ortaya çıkar; işte bu yüzden mahkeme içi ikrar pratik bakımdan bir kesin delil işlevini görür. Mahkeme dışı yazılı ya da sözlü ikrar ise, elbette ki usul işlemi değildir; ikrar edilen olgunun gerçekliğini gösteren bir delildir, ancak bu işlevde olabilmesi önce kendisinin kanıtlanmasına bağlıdır. Mahkeme dışı *yazılı* ikrarın yapıldığı o yazıda görülür ve söz konusu yazı, en azından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Buna karşılık mahkeme dışında yazılı ya da sözlü bir ikrarın yapıldığının ikrar sahibinden çıkmış olmayan yazılı kanıtla yahut sözlü kanıtla isbatına girişilmesi durumunda, ortada ne senet ne de yazılı delil başlangıcı vardır; senetle kanıtlanmanın arandığı hallerde bu tür kanıt sunmak işe yaramaz.

Mahkeme içi ikrarın kanıt değil, taraf usul işlemi olduğu benim Doçentlik tezimde ve bunun değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz tarafından hazırlanan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında vurgu-

lanmış idi. Burada da ders kitabının yazarlarından olan Yılmaz'ın hiç değilse bir dipnotunda "ikrar delildir" nitelemesine karşı çıkması veya bu nitelemenin tartışma götürdüğünü belirtmesi beklenirdi.

Kitaptaki, ikrarla ilgili diğer bazı açıklamalara da katılamıyorum:

İkrar, "bir tarafın, diğer tarafın *ileri sürdüğü* bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesi" diye tanımlanıyor. Oysa, "ileri sürdüğü" yerine, "dayanağı olabilecek" demek gerekir. Çünkü, örneğin dâvacının dâva dilekçesinde dayandığı hukukî sebebi yazmış ama onun yaşamda somut biçimde gerçekleşmesi anlamına gelen olguları belirtmemiş olmasına rağmen, dâvalı cevap yazısında somut olaylara girmiş ve gerçekleşenleri anlatıp kabullenmiş ise, ortada ikrar vardır. Dâvalı hiç cevap yazısı göndermediği, duruşmalara da gelmediği halde, dâvalı onun için itiraz niteliğinde savunma dayanağı olabilecek somut olayları kendiliğinden dâva dilekçesinde yahut duruşmada anlatmış ise, yine ortada ikrar vardır.

İkrar, bunu yapanın tek taraflı açık bir *irade beyanı* ile olur deniyor (s. 437). Burada en açık biçimde, Fransız öğretisinin Türkiye temsilcisi değerli hocamız Prof. Dr. Postacıoğlu'nun iz ve etkisini görüyoruz; onun yapıtından bir bölüm aktaralım:

İkrar basit olmayıp, onun, mukir aleyhine tazammun ettiği hukukî neticeleri bertaraf edecek mâhiyette vasıflarla veya vakıalarla birlikte [örneğin, "Bu parayı borç olarak gerçekten aldım" dedikten sonra, "Ama borcumu ödedim" eklentisiyle-Umar] beyan edilmesi hâlinde, ne dereceye kadar ihticaca sâlih olacağı bir meseledir. Bu tarzda bir ikrar, *hasmî had-dizâtında isbat külfetinden vâreste tutmak iradesini tazammun etmemektedir* [vurguyu ben koydum-Umar]. Bineanaleyh, ikrarı mukirin iradesine uygun olarak tefsir etmek ve böyle bir ikrar muvacehesinde isbat külfetine yer değiştirmemek lâzımdır (Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bsl., İÜ HF yayını, İstanbul 1975, s. 555).

Özel hukuktaki hukuksal işlemlerin tersine, yargılama hukukunda ki usulî işlemler yalnız beyanla yapılır, *iç iradenin hangi hukuksal sonuç doğrultusunda olduğunu açıkça veya zımnen gösterecek bir irade beyanı* ile yapılmaz. Gerek yargıç bir "mahkemenin usul işlemi"ni yaparken, gerekse taraflardan herhangi biri bir "taraf usul işlemi"ni yaparken, bu işlemin yapılmış sayılmasına yargılama usulü hukuku gözünde yetecek sözlü ya da yazılı beyan yeter; iç iradesinin hukuksal sonuç açısından hangi doğrultuda bulunduğu, örneğin yapılan işlemle doğacak hukuksal sonuç-

ları bilip bilmediği, biliyorsa isteyip istemediği hiç önem taşımaz; o sonuçlar mutlaka doğar.

Diğer yandan, özel hukukta, beyanın hangi içerikte olduğu konusunda karşı tarafın özel bilgisinin varlığı, beyanın lâfzî olarak değil bu bilgi ışığında yorumlanmasını ve hukuksal sonuç doğurmasını gerektirir. Örneğin geri kalmış bir yurt yöresinde eski alışkanlıkla kilodan herkes okka diye söz ediyorsa, 1000 okka zeytinyağının şu bedel üzerinden alım satımına ilişkin mutabakat, 1000 kilo zeytinyağının alım satımı sözleşmesini doğurur. Oysa, usul hukuku işlemlerini doğuran beyanlar bakımından böyle haller söz konusu değildir.

İşte bu nedenlerle, "ikrar bunu yapanın *irade beyanı ile olur*" denmesini doğru bulamıyorum. İkrar, bunu yapanın açıklamasıdır, irade beyanı değil. Gerçekten, HUMK m. 238'e göre, dâva temelinin yahut savunma temelinin bir parçası niteliğindeki belli bir olgunun varlığı hakkında yapılan açıklama, "Olgunun varlığı taraflar arasında tartışmasızdır" denmesini haklı kılıyorsa, söz konusu olgunun gerçekleştiğinin kanıtlanması artık gerekmez; yasa kuralı böyledir. Görülüyor ki, olgunun varlığı hakkında *açıklama* yapılması yetiyor, şu ya da bu doğrultuda bir *iradenin beyanı* asla aranmıyor.

Bu söylenenler dahi, gerek benim İHFM'de (1964 sayı 1-2, s. 244-263) yayınlanmış "Muhtevası ve hukukî mahiyeti bakımından ikrar kavramı" adlı makalemde, gerek Doçentlik tezimde, gerek bunun Prof. Dr. Ejder Yılmaz eliyle yapılan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında (s. 193 başı) vurgulanmış idi. Dolayısıyla, yine ders kitabında ilgili yerde değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Yılmaz'dan bir dipnotu beklerdik.

25. Sulh müzakeresi sırasında yapılan ikrar

Kitapta s. 440 satır 10-11'de, bu ikrarın geçerli olmayacağını söyleyen HUMK m. 236 f. III'e yollama var. Gerçekten, hukukumuz boşanma dâvalarında bir ön aşama olarak sulh girişiminin ve müzakeresinin yapılmasını ararken, HUMK m. 497 f. II bu sonuca yol açıyordu. Ama bu konudaki kurallar 1963 yılında kaldırılmıştır, m. 497 f. II de kalkmıştır. Boşanma dâvası dışında kalan dâvalarda da, yargıcın veya taraflardan birinin önerisi üzerine dâva içinde bir "sulh müzakeresi" yapılabilir ama, bu sırada gerçekleşen ikrarın usulen tutanağa geçirilmesini, imzalatılmasını engelleyecek yahut bu duruma rağmen geçerli olmamasını gerektirecek hiç-

bir yasa kuralı bilmiyorum. Böylece, kitapta s. 440 satır 10-11'e hiç yer verilmemek gerekir.

26. Bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceği görüşü

Kitapta, Fransız hukukunda, oradaki çok sakıncalı bir yasa kuralı gereğince ister istemez benimsenen çözümün saçmalıklarını hiç değilse biraz hafifletmek için o kuralın uygulanmasını böylece sınırlamak isteyen öğretiyeye ve sözü geçen öğretiden esinlenmiş, Fransız "mektebinden" hocalarımızın görüşüne uygun yolda, üstelik Yargıtayımızın (haklı olarak) kabul etmemesine rağmen, bu görüş savunuluyor (s. 443). Buna katılmaya niçin olanak göremediğimi önce Schweizerische Juristen-Zeitung'da (1966, No. 10, s.149-155) yayınlanan "La divisibilité de l'aveu" (=İkrarın bölünebilirliği) başlıklı makalemde, sonra Doçentlik tezim İsbat Yükü kitabında, uzun uzadıya anlatmıştım. Aynı açıklamalar, elbette, İsbat Yüğü'nün 1980'de Prof. Dr. Ejder Yılmaz eliyle yapılan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında da yer aldı.

27. Senet üzerine

Kitapta s. 445'de senedin tanımlaması veriliyor: "Senet, bir kimse- nin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir". Bu tanımlama, yazılı delil başlangıcına da uyar. Yalnız senedi kapsayacak bir tanımlama vermek için, tanımlamayı şöyle yapmak doğru olur: "Senet, bir kimsenin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve *belli bir olayın isbatı bakımından duraksamasız olarak* kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir".

Tıpatıp aynı yazılı belge, belli bir olay iddiasının isbatı bakımından senet; diğer belli bir olay iddiasının isbatı bakımından yazılı delil başlangıcı, daha da başka bir olay iddiasının isbatı bakımından hiç işe yaramaz olabilir. Bunun da senet kavramı işlenirken vurgulanmasında yarar vardır.

28. İhtiyatî tedbir kavramı, s. 703

Değerli hocamız Kuru, ihtiyatî tedbirin yalnızca mal davalarında uygulanacak olmadığını elbette ki bilir; böyle iken, ihtiyatî tedbir kavramını tanımlarken "dâvacının dâvayı kazanması hâlinde *dava konusu mala ka-*

vuşmasını daha dâva sırasında (hatta dâvadan önce) emniyet (güvence) altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyatî tedbirler denir" diye bir tanımlama vermiş olmasını, bunu yazarken aklının bir yerlere takılmış durumda olmasına bağlıyorum. Doğru bir tanımlamanın şöyle olması gerektiğini kendilerinin de kabul edeceği inancındayım: "Medenî Usul Hukuku'ndaki ihtiyatî tedbirler, ortaya çıkacak gelişmeler nedeniyle dâvacının dâvayı kazanmasının tamamen ya da kısmen yararsız hâle gelmesini yahut dâvacının haksız bir zarara uğramasını engellemek amacını güden önlemlerdir".

29. Dâvaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin yaptır- dığı delil tesbiti

Kitapta, böyle bir delil tesbiti için, mutlak ifadeyle "...geçersizdir (hükme esas tutulamaz)" deniyor. Kuru hocamızın HMU kitabında (c. III, 4. bsl., s. 3146-3147) konu daha ayrıntılı olarak ve Yargıtay kararlarına yer verilerek incelenmiştir.

Orada 4 Yargıtay kararı anılıyor. Birincisi (1963 tarihli bir HGK kararı), dâva Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte iken Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi eliyle yapılan delil tesbiti için, Kuru hocamız gibi, "usulsüz olduğundan, hükme esas tutulamaz" demektedir.

İkinci karar (HGK'nun daha eski, 1953 tarihli bir kararı) daha esnek; dâvaya bakan mahkemenin, diğer bir mahkemede yaptırılmış delil tesbitini nazara almamasında "kanuna aykırı cihet bulunmadığını" söylemekle, dâvaya bakan yargıcın bu konuda takdir hakkı bulunduğunu ifade eder gibidir (ve bence, doğru çözüm budur).

Üçüncü karar (icra-ıflâs işlerine bakan 12. HD'nin 1979 tarihli bir kararı), aslında delil tesbiti'ne ilişkin değildir. Olayda, alacaklı bonoya dayanan adı icra tâkibi yapmış, borçlu senetteki imzasını inkâr ederek tâkiye itirazda bulunmuştur. İcra Tetkik Mercii imzaya ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda ara kararı vermişken, Mercii önündeki dâvalı tâkip borçlusu, bir Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla (sözde delil tesbiti olarak) Adlî Tıp Meclisi Fizik Şubesi Müdürü'ne bilirkişi incelemesi yaptırmış ve ondan aldığı "imza sahtedir" raporunu Mercii'e sunmuş; Mercii kendisi inceleme yapmaktan vazgeçmiş, bu raporu kabul edip ona dayanarak itirazın kaldırılması dâvasını reddetmiştir. Karar temyiz edildiğinde, 12. HD, HUMK m. 370 gereğince delil tesbiti yaptırmada yetkinin ve görevin dâvaya bakan mahkemede olduğuna işaret ederek, "başka mahkeme-

ce yapılan tetkikat sonunda verilen rapora istinaden karar verilmesi isabet-sizdir" gerekçesiyle, kararı bozmuştur. Bu da dâvaya bakan yargıca takdir yetkisi tanımayan bir Yargıtay kararı gibi görünüyor, ancak dikkat etmeli ki olayda gördüğümüz pek tırmalayıcı özellik, delil tesbiti HUMK m. 369 gereğince yalnız ve yalnız "şimdiden zabıt ve tesbit olunmazsa ileride za-yı olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan deliller" in tesbiti için gidilebilecek bir yol iken ve olayda asla böyle bir durum söz konusu olmayıp sadece imza incelemesi yaptırmak söz konusu iken, üste-lik davaya bakan mahkeme bunu yaptırmak üzere iken, başka mahkeme-nin atadığı bir bilirkişiden alınmış raporun getirilip dâvaya bakan yargıcın önüne konmuş olmasıdır. Burada delil tesbiti yoktur, çünkü Türkiyede bi-lirkişi gereği kadar hatta belki gereğinden çok sayıda vardır; başka mah-kemeye başvurup alelacele bilirkişi tâyin ettirmenin gereği yoktur; yapı-lan işlem delil tesbiti değildir, bilirkişi incelemesinin haricen yaptırılması-dır. Böyle bir münasebetsizliğe itibar etmek konusunda dâvaya bakan mahkemeye takdir hakkı tanınması düşünülemez.

Kuru hocamızın HMU kitabında andığı dördüncü karar (12. HD'nin 1975 tarihli bir kararı) ise yine özel ögeler içeren bir olaylar dizisiyle ilgi-lidir ve bu kez, Kuru hocamızın katılmadığı esnek çözümü benimsemiştir. Olayda tâkip alacaklısı, itirazın kaldırılması istemiyle merci'e girmişti. Bu sırada dâvalı tâkip borçlusunu, mahkemeye başvurup delil tesbiti istedi ve oradan aldığı kararla bilirkişi incelemesi yapıldı (ne hakkında, belirtil-miyor; herhalde yine tâkip dayanağı senedin altındaki imzanın sahteliği hakkında). Tâkip borçlusunu, böylece aldığı bilirkişi raporunu Tetkik Mer-cii'ne sundu. Ne karar çıktı, kim temyiz etti, belirtilmiyor. Ama, Yargıtay Dairesi şöyle demiş: Tâkip borçlusunun mahkemeye başvurup menfi tes-bit dâvası açmak hakkı bulunduğuna göre, borçlu o davayı açmadan önce mahkemeden delil tesbiti isteyebilir. Öyleyse ne mahkemenin bu delil tes-biti istemini kabul etmesinde yasaya aykırılık vardır ne de inceleme so-nunda çıkan bilirkişi raporunun kanıt olarak Merci'e ibraz edilmesinde. Kuru hocamız, HMU kitabında, bu kararı yanlış buluyor ve alınan bilirki-şi raporu ancak ileride mahkemede açılacak dâvada ibraz edilebilir, Mer-ci önündeki itirazın kaldırılması dâvasında delil tesbiti yaptırmak yalnız-ca Merci'in işidir, başka yerden alınma delil tesbiti kararıyla sağlanan bi-lirkişi raporları Merci'de değer taşımaz diyor. Ben de bir başka gerekçe ile bu sonuca katılıyorum: Türkiyede yeterince bilirkişi vardır ve birdenbire azaltırması beklenemez. Dolayısıyla, yok olması tehlikesi karşısında bu-lunmadığımız bir belgedeki imza sahte midir değil midir konusunda; ya-

hut da, örneğin yerli yerinde duran bir tarlada, tapuda belirtilen sınırlara göre yüzölçümü hesaplandığında bu yüzölçümü tapu kütüğünde gösterilen miktarda mı çıkacak yoksa fazla çıkıp da tapudaki miktar kaydının buna göre ve mâlik lehine arttırılması mı gerekecek gibi konularda delil tesbiti prosedürü içinde zamansız bilirkişi incelemesi yaptırmak yasaya (HUMK m. 369) aykırıdır, bu bilirkişi incelemesinin bilirkişiyi kahvehanede görüp ondan ricada bulunmakla yaptırılan bilirkişi incelemesinden hiçbir farkı yoktur ve işte bu nedenle o bilirkişi raporuna hiçbir prosedürde (ileride açılacak dâvada, daha önce bilirkişi incelemesini yaptırmış mahkemede bile!) itibar edilmesi hukuka uygun düşemez; böyle bir bilirkişi raporunu hükme esas tutmak yasayı çiğnemek olur.

Ama şimdi biz, asıl konumuza dönelim. Gerçekten delil tesbitinin yapılabileceği bir durumda bu tesbitin dâva içinde ibraz edilip incelenmesine sıra gelmeden veya tam sıra gelmişken durumun (kanunda da istendiği üzere) haklı gösterdiği bir aceleyle delil tesbiti yapılması istenmiş ama bu istem dâvaya bakan mahkemeye değil başka mahkemeye iletilmişse ve gerçekten delil tesbiti yapılmışsa (böyle diyorum, çünkü -yok olma veya değişme tehlikesi altında bulunan bir nesnenin bilirkişi tarafından incelenmesi durumları dışında- bilirkişi raporu alınmasını hiçbir halde yasadaki anlamda delil tesbiti saymıyorum), böylece tesbit edilen delile dayanarak, dâvaya bakan mahkeme, hüküm verebilecek midir? Gördük ki, Kuru hocamız, dâvaya bakan mahkemenin o dâvayla ilgili delil tesbiti yaptırmak yetki ve görevi münhasırdır (hasren tanınmıştır) diyor ve bu gerekçeyle, kural çiğnenerek başka mahkemenin delil tesbiti kararı üzerine yapılan delil tesbitinin, dâvaya bakan mahkemece hükme esas tutulamayacağı savunuyor. Yargıtay kararları ise, yine gördük ki, bu konuda istikrar bulmuş değildir.

Bence, bütün sınırlayıcı kurallar dar yorumlanmalıdır ilkesi uyarınca, delil takdirinde yargııcı kısıtlayacak kurallar, varlıklarının tartışılmaz olduğu durumlarda, olabildiğince dar yorumlanmalı; sınırlayıcı bir kuralın var olup olmadığının kuşkulu bulunduğu durumlarda ise kuralın var olmadığının kabulü esas tutulmalıdır. İncelediğimiz konu bakımından da durum böyledir. Bir yandan HUMK m. 240, yargıcın delil takdirinde (yâni, a. Neyin kanıt sayılabiliş sayılamayacağına takdirinde; b. Delilin isbat gücünün, hükme dayanak olabilip olamayacağına takdirinde) serbest olduğunu söylüyor; bir yandan da HUMK m. 370, delil tesbiti işini yaptırmak konusunda dâva açıldıktan sonra inhisarî yetkili olarak dâvaya bakan mah-

kemeyi tanıyor. İkinci kuralın çiğnenmesine yol açmanın, bazı sakıncalar yaratabileceğini yâni delil tesbitini bir "tanıdık yargıç" eliyle yönlendirmek hevesine yol açabileceğini kabul ederim. Ama, yetkisiz yargıcın yaptırdığı delil tesbitiyle elde edilip dâvaya bakan mahkemenin önüne getirilen delili mutlaka usulünce getirilmiş delil diye dosyaya koyup değerlendirmek gerekir demeyip, bunu usulünce getirilmiş delil sayıp saymamak konusunda, dâvaya bakan yargıca takdir hakkı tanınırsa, sakınca asgarîye iner. Oysa, bunu dahi kabul etmeyip o delile değer verilmesini kesin biçimde yasaklanmış sayarsak, kamu vicdanını da, hükmü verecek (dâvaya bakan) yargıcın vicdanını da pek yaralayacak haller ortaya çıkabilir.

Bir örnek vereyim. A'nın İzmir'de görülmekte olan dâvasında tek kanıtı, Ş'nin tanıklığı olacaktır; dâva henüz "lâyihalar teatisi" aşamasındadır. A, telefonla gelen bir haberdan, Ş'nin bir trafik kazası geçirdiğini ve Akhisar Devlet Hastahanesi'nde yattığını öğrenir. Hemen oraya gider; Ş'nin çok ağır yaralı olduğunu, henüz bilinci yerinde olmakla ve konuşabilmekle birlikte, kurtuluş umudunun bulunmadığını, belki saatlerinin sayılı olduğunu öğrenir. İzmir'e dönüp dâvaya bakan mahkemeden delil tesbiti kararını ve Akhisar Mahkemesine hitab eden, niyabet yoluyla tanık ifadesi alma kararını çıkartması, Akhisar'a dönüp işleme koydurması için gerekli zaman içinde Ş belki ölmüş olacaktır. Hemen Akhisar Mahkemesine başvurur, durumu açıklar ve Akhisar yargıcı, kuşkusuz HUMK m. 370 kuralını bildiği halde, vicdanının sesini dinler, delil tesbiti istemini kâbullenip hemen tutanak kâtibiyile birlikte hastahanenin âcil servis bölümüne gider, son saatlerini yaşayan Ş'nin ifadesini alıp tutanağa geçirir. Tutanak sureti A'ya verilir. Ertesi gün Ş ölür; A cenazenin kaldırılması sonrasında İzmir'e döner ve tutanağı, asıl dâva dosyasına konmak üzere, mahkemeye verir. Şimdi soralım: hangi yargıç, böyle bir olayda, "delil tesbitinin tek yetkili ve görevlisi bendim, bu delil tesbitine ve tutanağa itibar etmem" der? Unutmayalım ki ortada bir delil tesbiti yokken, yargıç yokken, A hastahane de Ş'yi hekimler ve hastabakıcılar önünde konuşturup onlara imzalatıldığı bir tutanak düzenletmiş olsaydı, bu tutanak hiç kuşkusuz HUMK m. 240 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir takdirî delil niteliğinde idi. Şimdi, yargıcın düzenlediği, ifade verenin, yargıcın ve tutanak kâtibinin imzaladığı belgeyi bu nitelikte saymayıp "reddi vâciptir" demek, vicdana sığacak çözüm değildir kanısındayım.

30. Usulî kazanılmış hakkın istisnaları

Konu kitapta s. 757-758'de (HMU c. IV, 4. bsl., s. 3426-3442'de yapıldığının tersine) pek kısa anlatılmış; büyük kitapta a, b, ç'deki istisnaların (c yok) 1, 2, 3 diye pek özetlenmiş biçimde anlatılmasıyla yetinilmiş ve büyük kitapta c, d, e, f, g, h, j, k, m, n, o, ö, p, r, s, t'dekilere değinilmemiş. Gerçi ders kitabında, "...usulî müktesep hak müessesesinin ... bazı istisnaları vardır. Bu istisnalara bazı misaller:" denmesi ihmal edilmiş ama, "...pek çok istisnası vardır. HMU kitabında ayrıntılı olarak incelenen bu istisnalara örnek olarak yalnız üçünü belirtelim" denseydi daha yerinde olacaktı.

31. Yargıtayın, mahkeme kararını değiştirerek ve düzelterek onaması

Büyük kitapta (c. IV, 4. bsl., s. 3399'da metnin sonu) belli birtakım durumlar için "Yargıtay özel dairesinin, düzelterek onama yoluna gitmeyip, kararı bozmak suretiyle mahallî mahkemeye direnme yolunu açık tutması gerekir" denmiştir ki bu kısacık ifade, Yargıtayın "mahkeme kararını değiştirerek ve düzelterek onuyorum" diye verdiği kararlar sözde bir onama kararı olduğu ve mahkeme bu yüzden eski kararında direnemediği için, zaman zaman, çok ağır durumlara yol açılabildiğini yeterince vurgulamıyor. Ders kitabında ilgili yerde ise (s. 762-763) sakıncaya o kadar cık işaret dahi bulunmuyor. Diğer yandan, hakkında "düzelterek onama" kararı verilen hüküm, Sulh Hukuk Mahkemesi hükmü idiyse, Yargıtay dairesinin kararına karşı karar düzeltme yoluna da gidilemeyeceğinden (HUMK m. 440 f. III bent 2), özel dairesinin kararında yanlış çözüm verilmesi olasılığının "vehamet" derecesi daha da artmaktadır. Yargıtayın bu yetkiyi kullanmasını daha özenle hazırlanmış yeni kurallarla düzenlemek yerinde olacaktır.

32. Ceza Mahkemesinden çıkmış mahkûmiyet kararının, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıni saptamak bakımından, hukuk mahkemesindeki tazminat dâvasında bağlayıcı olup olmayacağı

Konu, BK m. 53'de düzenlenmemiştir. Ders kitabındaki (s. 811) açıklamaya göre, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı, "kusur [? "fiil" denecekti-Umar] ile zarar arasında uygun illiyet bağıinin mevcut olup ol-

madığı hususunda da kesin delil teşkil etmez. Çünkü, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında kusur ve zarar unsuru kesin biçimde [=hukuk mahkemesini bağlar yolda; bkz. BK m. 53-Umar] tesbit edilmiş değildir". Büyük kitapta (HMU c. IV, 4. bsl., s. 3596) söylenen de aynen budur ve bundan ibarettir. Burada bir yanlışlık var sanıyorum:

Aranacak olan, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığıdır. Çünkü "Fâil, fiilin tahmin etmediği ve tahmin edemediği neticelerinden dahi mes'uldür" (von Tuhr, Edege çevirisi c. I s. 85); "Bir kimseyi tazminat ile ödevli tutabilmek için, zarar gören kimsenin aleyhindeki hukuk durumunun diğer kimsenin *davranışının* (hareket tarzının) sonucu (neticesi) olması gerekir" (Oser/Schönenberger, BK Şerhi, Seçkin'in Türkçe çevirisinde m. 41 not 76, s. 381); "Sorumluluğun dördüncü şartı, *hukuka aykırı fiil* ile zarar arasında bir illiyet (sebebiyet) bağının bulunmasıdır (Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. bsl., s. 459). Uygun illiyet bağı yoksa, fâile isnad edilen fiil bakımından fâil kusurlu mudur değil midir konusunu incelemenin hiç gereği yoktur ve zaten fiilde kusurluluk, ancak fiil sonucunda ortaya bir zarar çıkmışsa var olabilir; bir kimsenin, zarara yol açmamış fiilini kusurlu fiil saymanın hukuk bakımından anlamı hiç yoktur.

Böyle olunca, ceza mahkemesi kararı kusurun varlığını saptamak bakımından hukuk mahkemesindeki tazminat dâvasında bağlayıcı olmuyor diye, bu sebeple, onun (ceza mahkemesi kararının) fâilin fiili ile zarar arasında yaptığı uygun illiyet bağı saptamasının dahi hukuk mahkemesinde bağlayıcı olmayacağını söylemek, dayanaksız kalır. Diğer söyleyişle, tazminat dâvasında aranacak olan, kusur ile zarar arasında bir illiyet bağı olsaydı; ceza mahkemesi kararı kusur konusunda bağlayıcı olmayınca elbette, kusur ile zarar arasında uygun illiyet bağını saptamak bakımından da bağlayıcı olamaz diyecektik. Ama aranacak olan, fâilin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağıdır ve ceza mahkemesinin kararı, hem failin fiilinin yapıldığını tesbit bakımından hem de onun fâil tarafından yapıldığını tesbit bakımından hukuk mahkemesinde kesin delil oluşturur; bunu Kuru hocamız da aynen kabul eder (büyük kitapta c. IV, 4. bsl., s. 3593. Orada andığı, 1981 tarihli HGK kararı dahi hiç duraksamasız bu doğrultudadır, üstelik orada "Ceza mahkemesinin maddî *sebebiyet ilgisini tesbit eden* kesinleşmiş hükmünün hukuk hâkimini bağlamasına BK m. 53 de engel değildir" deniyor).

Diğer yandan, fiilin varlığını ve onun, hukuk mahkemesi önündeki tazminat dâvasında dâvalı durumunda bulunan kişinin fiili olduğunu saptayan ceza mahkemesi kararı ile bağlı olan hukuk mahkemesi, şimdi fâilin

tazminat sorumluluğuna, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı yönünden kulp takabilsin de, "Ben bu konuda ceza mahkemesi kararıyla bağlı değilim, konuyu kendim inceledim, aradaki bağı yok veya gevşek gördüm, tazminat dâvasının reddine" diye karar verebilsin; bu, olmayacak bir çelişkidir. Devletin mahkemeleri fiil ile zararlı sonuç arasında illiyeti, fâ ile ceza verecek, onu hapse koyacak kadar "var" saysın da onu tazminat ödemeye mahkûm etmeye yetmeyecek kadar "yok/yetersiz" saysın; yasa koyucu hukuk mahkemesi hâkimine böyle bir hüküm verme olanağını tanımak istemiş olabilir mi ?

33. Yargılamanın iadesinde ceza mahkemesi kararının "kesin delil teşkil etmesi"

Ders kitabında s. 813'de ve büyük kitapta c. IV, 4. bsl., s. 364'de bu deyiş var. O bölümde konu, "Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisi" olduğu için böyle bir ifade kullanılmıştır. Oysa Kuru hocamız da bilir ki, HUMK m. 445'deki (şimdiki metnini 1981 yılında 2494 sayılı yasanın getirdiği değişiklikle alan) son fıkra, HUMK m. 445 bent 4, 5, 6'daki sebeplerle yargılamanın iadesi *dâvası* açıldıkta (karş. HUMK m. 449: "iade-i muhakeme *dâvası*") yeniden yargılama isteminin haklı olduğunu kanıtlamak için *delil* olarak ceza mahkemesinden çıkmış, sahteciliği vb.'ni tesbit eden mahkûmiyet hükmünün sunulmasını arıyor değildir. Tersine, sözünü ettiğimiz fıkraya göre, HUMK m. 445'in o bentlerine dayanarak yargılamanın iadesinin *istenebilmesi*, "bu sebeplerin kesinleşmiş bir *ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına* bağlıdır". Yâni burada, tıpkı İİK m. 277'deki iptal dâvasını açabilmek için tâkip alacaklısının bir aciz belgesi elde etmiş ve bunu ibraz ediyor olması gereği gibi, özel bir *dâva şartı* öngörülmüştür: *Ceza mahkemesi kararı ibraz edilmeksizin iade-i muhakeme dâvası açılmaz. Ceza ilâmı, delil olarak sunulmamaktadır, dolayısıyla kesin delil teşkil etmesinden söz etmek de doğru değildir.*

III. Sonuç

Kuru hocamızın ve değerli meslekdaşlarımızın ortak yapıtının bu son basımıyla ilgili gözlem ve düşüncelerimden başlıcalarını aktardım. Bunlar, ders kitabı olarak gerçekten pek yüksek düzeyi, üstün nitelikleri bulunan yapıtın daha sonraki basımında göz önünde tutulurlarsa, Medenî Usul Hukuku öğretisine böylece katkıda bulunmuş olmak, beni mutlu edecektir.