

## *Biraz Anı Biraz Hukuk*

*Prof. Dr. Bilge UMAR*

### **GİRİŞ**

Akademik meslekte yetişme dönemini, Profesör, Anabilim Dalı Başkanı ve Dekan oluncaya kadar, (kurucu öğretim üyelerinden olduğum) İzmir DEÜ HF’nde geçiren çok sevgili Hakan Pekcanitez’in de artık “kıdemli hoca” kimliği edinip bir “Armağan” kitabıyla ödüllendirilmesi, benim için de büyük mutluluk vesilesidir.

Doğrusu, yetişme döneminde onun bulunduğu kürsünün başkanı idim ama onun akademik meslekte yetişmesine katkı, istediğim kadar olmadı. Çünkü Fakültemiz 1978’de kurulmuştu ve Hakan Pekcanitez 1979’da asistan olmuştu; Fakültenin o zamanki kimliği ile (sonradan edindiği ve özellikle Hakan’ın Dekanlığı döneminde çok gelişen) bugünkü kimliği arasında dağlar kadar fark vardır. Böyle olunca, onun “demir leblebi gibi” yetişmesini sağlam kazığa bağlamak amacıyla, Doktora yapma çalışmasını Ankara Hukuk Fakültesinde yapmasını istedim. Arkasından, Almanya için bir burs bulduğunda, kürsümüzde yıllar yılı tek başıma çalışmayı göze alarak, Almanya’da kalmasına izin verdim. Döndüğü zamanda ise, ben artık Evren-Doğramacı düzeninin Üniversitesinde çalışmak istemeyerek emekli statüsüne geçenler arasına katılmıştım. Gerçi o yıllarda, Ankara’dan atanan Dekanlarımız, benden “Kürsüde başka kimse olmadığından bütün iş Hakan’ın üzerine yığıldı, dışarıdan sözleşmeli statüsüyle çalışan öğretim üyesi olmayı kabul et, biraz yardımcı ol” ricasında bulduklarında, isteneni yaptım ama, katkı haftanın 5 iş gününden birinde Fakülteye gelip ders vermekten, sonra çıkıp gitmekten ibaret olmuştu.

Şimdiki “Pekcanitez Armağanı’na katkı” yazısında, geçmiş zamandan anılar aktarmayı bu kadarla keserek, böyle bir yazı bakımından beklenir olacağı üzere, birkaç hukuk sorunuyla ilgilenelim.

2011 yılı Ekim’inde yeni HMK metninin önemli bir eksikle yürürlüğe girmesinden bu yana yıllar geçti. Önemli bir eksikle diyorum; çünkü hepimizin bildiği gibi yasanın istinaf yoluyla ilgili kuralları halâ işlerlikte değildir. Geri kalan kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak onbinlerce Yargıtay

kararı çıktı. Bunlardan emsal içtihat işlevinde ve değerinde olacıklara, ilk basımı tükenmek üzere olan HMK Şerhi kitabının ikinci basımında yer vermem gerekeceği için, kitabın yayımlandığı yayınevının yöneticileri, doğrudan doğruya Yargıtaydan alınmış ve büyük çoğunluğu yayınlanmamış karar metinlerini bir CD'ye kayıtlı durumda bana iletiler; Bunların hepsini Fakültemdeki bilgisayarımın printer'inde bastım ve üstüste konunca kuleler oluşturan o basılmış kararlar yığınınındaki bütün kararları okudum; kitabımın yeni basımında anılacak olanlarını ayırdım, ilgili olduğu HMK maddesinin numarasına göre sıraya dizip her birinin mevcut kitap metninde nereye nasıl bir eklenti içinde konacağını yazdım, diğer söyleyişle yeni basımın eklentilerini yazdım ve yayınevına gönderdim. Tabii ki HMK'nun yürürlüğe girmesinden bu yana yeni çıkarılmış yasalar yahut Anayasa Mahkemesi kararları dolayısıyla de metinde değişiklik yapılması gerekiyordu; bu yönden gerekli değişikliklerin de kitapta nereye nasıl işleneceğini yazıp gönderdim. Yeni basımın 2014 yılı içinde gerçekleşmesini bekliyorum.

Gördüğüm kadarı ile Yargıtayımız HMK'daki yeni kuralları doğru yorumlayıp uygulamak yönünden genelde başarılı olmuştur. Doğaldır ki maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının doğru yorumlanıp uygulanması, ancak o kurallar âdil iseler yargıcın yaptığı uygulamayla adaletin gerçekleşmesini sağlayabilir. Demek ki yargıçların, mahkeme kararlarına yansıyan uygulamalarını inceleyip değerlendirirken biz akademisyenlere düşen ikili görev vardır: 1° Yargıcın var olan maddî hukuk ve usul hukuku kurallarını doğru yorumlayıp doğru uygulamış olup olmadığını araştırmak; 2° Bu kuralların doğru yorumlanıp uygulanması, kuralın kendisi yüzünden adaletsiz sonuca yol açabiliyorsa bunu görüp açıklamak, teşhir etmek, kuralı eleştirmek. Akademik meslekte tüm geçmişim boyunca yaptığım gibi şimdi de, yâni yeni HMK'nun uygulanmasını yansıtan içtihatları değerlendirirken de, değerlendirmeyi bu bakış açısından yaptım. Şimdi yeni içtihatların içinde ilginç saydığım birkaç tanesi hakkındaki değerlendirmemi sizinle paylaşacağım.

**Önce, yetki sözleşmeleri konusunda şimdiki HMK düzenlemesine göre çok farklı bir düzenleme benimseyen eski HUMK zamanında yapılmış yetki sözleşmelerinin şimdi de geçerli sayılabiliş sayılmayacakları sorununa değinelim.**

HMK Şerhi'nde (1. bsl., s. 64 sonunda No. 4) bu konuda şunları söylemişim:

Kamu hukukuna ve o arada yargılama usulü hukukuna ilişkin yasa kuralları, yürürlüğe girmelerinden başlayarak uygulanırlar ve özel düzenlemeler farklı çözüm getirmiş değilse, müktesep hak tanımazlar. Dolayısıyla, yeni HMK yetki sözleşmelerinin sadece tâcirler ve kamu tüzel kişileri tarafından, yine bu kategorideki kişilere karşı kullanılabilme üzere, kendi aralarında yapılabileceği ilkesini getirdiğinden; daha önceki zamanda bu çerçevenin dışında kalan kişilerin de sözleşme tarafı olarak yer aldığı sözleşmeler, HMK'nun yürürlüğe girmesinden başlayarak değerlerini yitirmişlerdir.

*Abdurrahim Karşlı* (Medenî Muhakeme Hukuku, 3. bsl., s. 84) karşı görüştedir. Gerekçesi şudur: “Çünkü usulî sözleşmeler, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk sözleşmelerinin tâbi olduğu hükümlere tâbi olup, kanımca bu durum yeni kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler bakımından da geçerlidir”. *Keza Kuru/Arslan/ Yılmaz*, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. bsl., s. 159'da aynı gerekçe ile aynı görüşün savunulduğunu görüyoruz. Oysa:

Maddî hukuk bakımından her olayın, her hukukî fiilin ve her hukuksal işlemin, o arada her maddî hukuk sözleşmesinin, gerçekleştiği/yapıldığı andaki maddî hukukun kalıbına dökülmüş ve sonucunu o kalıba göre belirlemiş olacağı doğrudur. Ama usul hukuku açısından doğacak sonuçlar itibarıyla her olayın, her hukukî fiilin ve her hukuksal işlemin, o arada usule ilişkin etkiler yaratmak amacıyla yapılmış sözleşmelerin, yapıldıkları andaki usul hukukunun kalıbına dökülüp *gelecekte de değişmemek ve geçerli olmak üzere hukuksal sonuç yaratacakları* görüşünü benimsemek olanağı göremiyorum. Sözü uzatmadan şu örnek üzerinde durmakla yetinelim: Bir kimsenin HMK yürürlüğe girmeden önce avukat olmayan bir kişiyle yaptığı “Beni mahkemelerde temsil etmeğe yetkili vekilim olacağım” sözleşmesi ve bu sözleşmeye uygun olarak düzenlettiği vekâletnâme, dâvada temsil konusunda avukatlara tekel tanıyan daha sonraki usul hukukuna rağmen, sonradan da geçerli kalabilir mi? Bir başka yoldan gidelim: Yeni yasanın eskisine göre değişik içerikteki usulî kuralı, eski kural zamanında açılmış bir dâvada bile, tamamlanmış işlemlerin geçerli kalması istisnası bir yana, yâni yeni yapılacak işlemler bakımından, eski usul hukuku kuralını bertaraf ediyor,

## XLVIII

uygulanmaz kılıyor iken, kanunun değil sizin benim gibi iki kişinin, kendi aralarında görülecek dâva için yürürlüğe koyduğu usul hukuku kuralı, onu ortaya atmış sözleşmeyi *geçersiz* sayan yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra dahi bizim aramızdaki dâvalarda mahkemenin uymakla, uygulamakla yükümlü olduğu bir usul kuralı olacak, yasadan etkilenmeyecek, öyle mi? Kişilerin koyduğu kural, devletin yasa ile koyduğu kuraldan daha “muhkem”, daha sarsılmaz olabilir mi?

*Pekcanitez/Atalay/Özokes* de (Medenî Usul Hukuku, 13. bsl., Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 149-150) eleştirdiğimiz görüşün kabul edilmesinin HMK m. 448'deki kural karşısında mümkün olamayacağını, ayrıntılı açıklamayla, vurgulamaktadırlar. Yargıtay içtihadı da (12. HD 17.12.2012, E. 20588 K. 38183) eski HUMK zamanında yapılmış olup şimdiki HMK m. 17 arayışlarını karşılamayan yetki sözleşmesinin yahut şartının geçerli olmayacağı doğrultusundadır: “Tâkibe konu bonoda Fethiye icra dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, tâkip tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6100 sayılı HMK'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir”. Yargıtay görüşü, HMK'nun yürürlüğe girmesinden az önce 25.8.2011'de başlatılmış bir ilâmsız icra tâkibi dolayısıyla 12. HD'nin verdiği 1.11.2012 günlü, E. 13786 K. 31302 sayılı karardan da anlaşılabilir. O karar eski zamanda yapılmış olup, keza HMK henüz yürürlükte değilken başlatılmış, sözünü ettiğimiz tâkip için kullanılmış, m. 17 arayışlarına uymayan yetki sözleşmesine göre işlem yapılmasını doğru bulurken, haklı olarak, yeni yasa m. 448'deki, bu yasa tamamlanmış işlemlere uygulanmaz kuralını gerekçe gösteriyor; böylece anlaşılıyor ki, takip HMK yürürlüğe girdikten sonra eski yetki sözleşmesinde gösterilen yerin icra dairesinde başlatılmış olsaydı, geçersizleşmiş sözleşmeye dayanılarak yetkisiz icra dairesinde tâkibe girişilmiş olacaktı, yetkisizlik itirazı haklı olacak ve itirazın kaldırılması istemi icra mahkemesince kabul edilmemek gerekecekti.

Tarafların ikisinin de tâcir veya kamu tüzel kişisi olmaları şartına uymayan, eskiden yapılmış yetki sözleşmesinin yeni HMK yürürlüğe girdikten sonra dahi değer taşıyacağını savunan meslektaşlarımız, üstelik, bu yetki sözleşmesinde öngörülen yetkili mahkemenin dışında kalan, yasa gereğince görevli sayılmış yer mahkemelerinde dâva açılmayacağını da savunuyorlar (örneğin *Ali Cem Budak*, MİHDER 2012 No.1'deki, HMK'a Göre Yetki Sözleşmesi başlıklı makalesinde s. 18-19). Oysa bu sonuç, söz konusu

meslekdaşlarımızın “eskiden yapılmış olup şimdiki HMK m. 17 arayışlarını karşılamayan yetki sözleşmeleri buna rağmen geçerli kalırlar” görüşünün temel dayanaklarından biri olan, “usulî sözleşmeler, yapılmaları ve geçerlilikleri konusunda maddî hukuk sözleşmeleri ile aynı kurallara tâbidir” savı ile (bu savın kendisini dahi doğru bulmuyorum) “taban tabana” zıd düşmektedir. Çünkü o eski zamanda, *inhisarî (sınırlayıcı)* yetki sözleşmeleri geçerli sayılmıyordu ve bu, HUMK m. 22’deki, yetki sözleşmelerine ilişkin kuralın metninden açıkça anlaşılıyordu. Çünkü o kural, bir yetki sözleşmesinin gösterdiği yerde dava açıldığında mahkemenin, yetkisizlik itirazı yapılsa da, davaya bakmaktan geri duramayacağını söylüyordu ve böylece anlaşılıyordu ki yetki sözleşmesi o kurala göre sadece dâvacıya fazladan seçenek sunucu olabilir, kendi öngördüğü mahkemeye yetki kazandırıcı olabilir; yoksa yasanın yetkili saydığı mahkemelerden birinin, birkaçının veya hepsinin yetkisini kaldırıcı işlevde olamaz. Yargıtay içtihatları da bu doğrultuydu. Demek ki, eski zamanda yapılmış usul işlemlerinin etkisi, maddî hukuka ilişkin sözleşmeler için doğru olduğu üzere, *yapıldıkları zamanın hukukuna göre* belli olacak ise, eski zamanda yapılmış yetki sözleşmesini geçerli saysak bile buna *inhisarî yetki* tanımak, *inhisarî yetkili mahkeme* yaratılmasına cevaz veren *şimdiki yetki sözleşmesi* kuralından bu konu itibarıyla onu yararlandırmak, olacak şey değildir. Çünkü, bir daha söyleyelim, yetki sözleşmesinin yapıldığı eski zamanda, *inhisarî yetki sözleşmesinin caiz olup olmadığı* konusundaki kural şimdikininkin tam tersine idi, böyle sözleşmeler geçersiz sayılıyordu.

**İkinci konu: 1. HD’nin 29.2.2012 günlü, E. 1383 K. 2081 sayılı kararında, HMK m. 125 uygulaması bakımından düştüğü bir yanlışlık**

Karar şöyledir:

Dâvacı, kayden malik olduğu ... taşınmazdaki binayı dâvalının haklı ve geçerli bir nedeni olmaksızın kullandığını ...ileri sürerek, el atmanın önlenmesi, ecrimisil isteğinde bulunmuştur. Dâvalı, dâvanın reddini savunmuştur. ...Getirtilen kayıtlardan, el atıldığı iddia edilen çekişme konusu ... taşınmazın mülkiyetinin, dâvanın devamı sırasında, dâvacı tarafından HF isimli kişiye ...satış yoluyla kayden devredildiği anlaşıl-maktadır. ...6100 sayılı HMK m. 125, ....dâva konusunun dâvacı tara-fından üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde devralan kişinin hukuk gereği dâvacı sıfatı ve buna bağlı olarak dâva tâkip yetkisi kazanacağı

L

ve dâvanın yeni dâvacı ile süreceği esasını getirmiştir. ...Hal böyle olunca, ...HF'ye tebligat yapılarak onun huzuru ile dâvanın görülmesi ondan sonra iddia ve savunma doğrultusunda delillerin toplanarak bir hüküm kurulması için karar bozulmalıdır.

Dikkat edilirse, özel daire, taşınmazın HF'ye temlik edilmesini, doğmuş ve dâvada istem konusu edilmiş ecr-i misil tazminatını isteme hakkının da temlikini kapsar diye yorumluyor. Bunun doğru olduğunu sanmıyorum: "Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır" (BK m. 184 f. I). Zımnen devir diye bir şey olamaz. Bina üzerindeki mülkiyet hakkı ile, ecr-i misil tazminatı isteme hakkının eski mâlikin malvarlığında ayrı birer aktif, ayrı birer hak olarak varlığı kuşku götürmez ve bunlar arasında çözülmeyen bir bağ da yoktur; hak sahibi bunlardan birini devretmeksizin diğerini devredebilir. Demek ki olayda, mülkiyete dayanılarak müdahalenin men'i istemi içeren dâva bölümü ile, ecr-i misil tazminatı istemine ilişkin dâva bölümü ayrılmalı ve birinci dâva için dâvacı sıfatının yeni mâlike geçtiği göz önünde tutularak, o kişi, öncülü (selefi eski malik) yerine dâvayı yürütmeğe çağırılmalı; ecr-i misil tazminatı dâvasını ise tazminat alacağı hakkının sahibi olmuş eski mâlik yürütmeğe devam etmelidir.

#### **Üçüncü konu: Ticarî defterlerin delil olarak kullanılmasına ilişkin bir kararda düşülen hata**

Bir tarafın davadaki hasmı, kendisi lehine isbatta bulunabilmek üzere onun ticarî defterlerini ibraz etmesi yolunda mahkemenin karar vermesini isteyecekse, HMK m. 222'de bulunan f. V uyarınca (yeni TTK m. 83 f. II d, "HMK'nun ...senetlerin ibrazı zorunluluğuna dair olan hükümleri ticarî işlerde de uygulanır" demekle HMK m. 222 f V'e dahi yollama yapmış durumdadır) iddiasını isbat için başka delil kullanmayacağını ve yalnız hasmın defterlerine dayanacağını açıklayarak delillerini hasretmiş olması gerekir. Yargıtay 19. HD, 23.11.2011 günlü, E. 2011/4634 K. 2011/14565 sayılı kararında, bu gereklilik üzerinde durmuştur: "...Mahkemece dâvalı şirketin ticarî defterlerini ibraz etmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. ...Bir tarafın ticarî defterlerinin ibrazının istenebilmesi için iddiada bulunan kişinin TTK m. 83 ve 6100 sayılı HMK m.222 uyarınca münhasıran diğer tarafın defterlerine dayanması gerekir. Dâvacı, dâva açarken dâvalının defterlerine dayanmadığından dâvalının ticarî defterlerini hazır etmediği gerekçesiyle dâvanın kabulüne karar verilmesinde isabet bulunma-

maktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”.

Ancak, o yönleri gözeterek mahkemenin vereceği karar nasıl olmalıydı, Yargıtay Dairesi o konuda görüşünü açıklamamıştır ve açıklamaması da doğrudur, çünkü yargılamayı sonuçlandırıp hükmü vermek ilk derece mahkemesinin işidir. Konuyu inceleyince, yasaya son anda TBMM Adalet Komisyonunca sokuşturulmuş olan ve “her tarafında mum yanan”, m. 222’de, Yargıtayın bozma kararına dayanak olan f. V’i yorumlama tarzı ile, madde başındaki f. I kuralının çelişmesini açıkça görüyoruz. Çünkü f. I, “Mahkeme, ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına *kendiliğinden* veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir” diyor ve mahkemenin bu yetkiyi kullanmasını hiçbir şarta bağlamıyor. Yargıtay ise, f. V’deki, *hasım taraf tacirin ticari defterlerinin ibrazını ister ve tacir ibrazdan kaçınırsa* ibraz isteyen taraf iddiasını isbat etmiş sayılır kuralını getirerek, ibraz etmemenin sanki isticvap’da ihtarlı çağrı yazısına rağmen gelmeyen kişinin gelmeyişi bir ikrar fiksiyonu sayan kuraldaki çözüm doğrultusunda, “defterini ibraz etmeyen tâcir hasım tarafın iddiasının doğruluğunu ikrar etmiş gibi hüküm verilir” çözümünü benimseyen kuralı (HMK m. 222 f. V kuralını) adeta ters kepçe ederek, ibraz isteyen kişi yalnız defterlere dayanacağı demiş olmadıkça defter ibrazını mahkeme *isteyemez*, isteyemeyince de, ibraz etmeyen taraf aleyhine karar veremez diye yorumlamıştır. Aynı maddedeki f. I’ e bir göz atmak bu yorumun haksızlığını ve kanuna aykırılığını apaçık göz önüne serer.