

HUKUK DAVALARINDA TAHKİKATIN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN KURALLAR

Av. Orhan YILMAZ (*)

I — GENEL DÜŞÜNCELER :

Mahkemeler önlerine getirilen bir hukuk davasında neleri tahkik edecekler? Tahkikatı nasıl ve ne şekilde yürüteceklerdir? Tahkikatın yürütülmesinde de bir sıra ve nizam var mıdır? Tahkikatın yürütülmesinde bir takım kurallar vardır. Davalar bu kurallara göre hareket edilirse daha çabuk neticeye ulaşılır. Şimdi bunların neler olduğunu görelim.

II — TAHKİKATIN YÜRÜTÜLMESİNDEKİ KURALLAR :

1 — Tahkikatı Davanın Çözümüne Etkili Olan İhtilâflı Olaylara Göre Yürütülmesi :

Hâkim, mahkemeye usulüne uygun olarak arzedilen olaylardan DAVANIN ÇÖZÜMÜNE ETKİLİ OLAN OLAYLARDAN İHTİLÂFLI OLANLARI İLE İHTİLÂFSİZ OLANLARINI AYIRT ETMESİ İÇİN İHTİYAÇ VARDIR. Davaların kısa bir zamanda çözümlenebilmesi için böyle bir kurala ihtiyaç vardır. Usul Kanununda bu kuralın dayanağı vardır. Şöyleki, HUMK.nun 216. maddesinde (.....Tahkikat hâkimini iki taraf veya vekillerini isticvap eder. İKİ TARAFIN MUTABIK KALDIKLARI CİHETLERİ TESBİT VE İHTİLÂFLI OLANLARI TEFRİK EDECEĞİ) kabul edilmiştir. O halde hâkim bu işi nasıl yapacaktır? Hâkim bu işi iki şekilde yapabilir. Birinci HUMK.nun 216. maddesinde belirtildiği üzere TARAFLARIN İSTİCVABI SURETİLE YAPAR. Başka bir deyişle tarafların karşılıklı açıklamalarını karşılaştırmak suretile yapar. İkincisi ise dava dilekçesi ile cevap dilekçesini incelemek ve karşılaştırmak suretile yapar. Yargıtayın içtihatları da bu yöndedir. Şöyleki, 15.HD. 1.7.1976 gün ve 1283/2754 sayılı içtihadında (1 — Taraflar arasında bir eser sözleşmesi kurulduğundan mahkemece çözülmesi gereken bir uyuşmazlık yoktur. Buna karşılık YAPILAN İŞİN KAPSAMI İLE METREKARESİ YÖNÜNDEN BELİRLENEN PARA İÇİN YANLAR

(*) Konya Barosu Avukatlarından.

ARASINDA UYUŞMAZLIK VARDIR. Öte yandan DAVALININ ESER PARASININ TÛMÜNÛ ÖDEYİP ÖDEMEDİĞİ YÖNÜNDEN DE DURUM BÖYLEDİR. Davacı, metrekaresi 80 lira üzerinden hesap edileceğini iddia ettiğine göre isbat yükü kendine düşer. Oysa toplanan kanıtlarla iddia bu yönden gerçekleşmemiştir. Bilirkişi Ünal'ın düzenlediği raporda, davacının yaptığı işin kapsamı açıklanmıştır. Davacı metrekaresinin 80 liradan hesap edileceğini isbat edemediğine göre 70 liradan hesap yapılarak sonuca ulaşmak gerekir. Bilirkişi Ünal'ın raporu ile metrekaresi 70 liradan işin toplam değeri 62.323.10 lira olarak belirlenmiştir. Böylece, davacının hak kazandığı iş parası tutarı 62.323.10 lira olduğu saptanmıştır. Dava dilekçesinde 33.700 liranın davalı tarafından ödendiği ikrar ve kabul edilmiştir. Davalı ise bunun dışında bir ödemede bulunduğu usulen isbat etmiş değildir. Öyleyse, bilirkişinin belirlediği TÛM İŞ PARASI 62.323.10 LİRADAN 33.700 LİRANIN DÜŞÛLMESİNDEN SONRA ARTA KALAN 28.523 LİRANIN ÖDETİLMESİNE KARAR VERİLMESİ gerekirken bu yönün gözden kaçırılması usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına) karar vermiştir (1). Bu şekil de bir tahkikat yapılması davaların kısa bir zamanda hükme bağlanması için zorunludur. Çünkü, ihtilâfsız olan olayların isbatına gerek kalmaz. Şu halde TARAFLARIN UYUŞTUKLARI OLAYLARIN DOĞRU OLDUĞU KABUL EDİLECEKTİR. Bununla beraber bir davada münazaalı olan her olay kanıtlanacak mıdır? Bu soruya HUMK.nun 238. maddesi cevap vermektedir. Şöyleki, sözü geçen maddede (Delil, davanın halline tesir eden münazaalı hususları isbat için ikame olunacağı, maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususların münazaalı sayılmayacağı) kabul edilmiştir. Usulün bu hükmüne göre DAVANIN ÇÖZÜMÜNE ETKİLİ OLAN MÛNAZAALI OLAYLARIN KANITLANMASI İCAP EDER. Bir olay münazaalı olsa dahi davanın çözümüne etkili değilse kanıtlanması gerekmez. Aksi hareket tarzı davaların uzamasına, fuzuli gider sarfına ve zaman israfına neden olur. Yargıtayın içtihatları da bu merkezdedir. Şöyleki, 4. HD. 7.6.1957 gün ve 1012/3829 sayılı içtihadında (Mahkeme, her şeyden önce DAVA DİLEKÇESİNDEKİ ESASLAR İLE CEVAP DİLEKÇESİNDEKİ ESASLARI GÖZÖNÜNDE TUTARAK ÜZERİNDE UYUŞMAZLIK BULUNAN VE BULUNMAYAN VAKIALARI TESBİT ETMEK VE ÜZERİNDE UYUŞMAZLIK BULUNAN VAKIALAR ARASINDAN VERİLECEK HÛKÛM ÜZERİNDE TESİRİ BULUNACAK OLANLARI AYIRT EDİP BUNLAR HAKKINDA DELİL TOPLAMAKLA

(1) Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, s. 248-49.

MÜKELLEFTİR. Bu davada, davalı cevap dilekçesinde taraflar arasında adi ortaklık olduğunu, fakat bu ortaklığın tek taraflı olarak feshedilmiş olduğunu ortaya atmıştır. **BÖYLECE ORTAKLIK VAKIASINDA TARAFLAR ARASINDA BİR UYUŞMAZLIK YOKTUR.** Davacı taraf, dava dilekçesinde istediği alacağın hangi tarihe ilişkin olduğunu bildirmiş değildir. Mahkemenin bu durum karşısında davacıya alacağın ilişkin olduğu tarihleri ve nasıl bir hesap sonunda meydana geldiğini, hesabın bütün dökümlerile beraber cetvel halinde açıklattırıldıktan sonra davalı tarafın her kalem üzerinde ne diyeceğini sorması ve **DAVALININ KABUL ETMEDİĞİ KALEMLER HAKKINDA DELİL TOPLANMASI** gerekir... Mahkeme bu esaslara uygun şekilde tahkikat yapıp karar verilmemiş olması usul ve kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir (2). Bundan başka HGK. 15.9.1965 gün ve E. 3/187, K. 314 sayılı içtihadında da (...Duruşmaya gelen **DAVALIYA DAVA DİLEKÇESİ OKUNARAK DAVAYA KARŞI SAVUNMASININ NEDEN İBARET OLDUĞU SORULMADAN İHTİLÂFLI VAKIALAR TESBİT EDİLMEYEN, BUNLARDAN SABİT OLAN VEYA OLMAYAN KISIMLAR BELİRTİLMEYEN** pancar şefliğinden gelen kâğıtlardan başka delili olmadığını söyleyen davacının and vermeğe zorlanması suretile davalının ant içmesiyle işin çözümlenmesi usule aykırı olduğundan direnme kararının bozulmasına) karar vermiştir (3). Bunun gibi Yargıtay TD. 10.9.1954 gün ve 5882/6180 sayılı içtihadında da (...Davacıya taraflar arasındaki **AKTİN HUKUKİ MAHİYETİNİN MAHKEMECE USULÜN 76/I. HÜKMÜNCE RESEN TAYİNİNE MEDAR OLMAK ÜZERE TARAFLAR ARASINDAKİ DAVAYA ESAS AKTİN ŞARTLARI AÇIKLATTIRILDIKTAN SONRA GEREK AKİT ŞARTLARI, GEREKSE DAVACININ ALACAĞINDA ESAS OLARAK İDDİA ETTİĞİ KALEMLER HAKKINDA TEKER TEKER DAVALIDAN CEVAP ALINDIKTAN SONRA ÜZERİNDE UYUŞMAZLIK BULUNDUĞU ANLAŞILACAK VE BU HUKUKİ BAKIMDAN DAVANIN HALLİNDE TESİR EDECEK CİHETLER HAKKINDA TARAFLARIN DELİLLERİ TOPLANIP TAKDİR EDİLDİKTEN SONRA MEYDANA ÇIKACAK NETİCEYE GÖRE KARAR VERİLMESİ GEREKTİĞİNDEN ...hükmün bozulmasına) karar vermiştir (4). Hâkim, davanın çözümüne etkili olan nizalı olayla-**

(2) ÖZTÜRK, Fahrettin - ERULUÇ, Osman - AKÇOLLU, Adil - ŞENTÜRK, Ali: Temyiz Mahkemesi 4.HD. Emsal Kararları, s. 445.

(3) İKİD, C-2, s. 1469-70, No. 1447.

(4) EDGÜ, Dr. Ekrem - ARVAS, Necmettin: Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi Emsal Kararları, s. 245-46.

rın doğruluğu hakkında kesin bir kanaate sahip olmak zorundadır. Bir olayın varlığı, yokluğu, şu veya bu şekilde olduğu hakkında verilen bir hükme ŞENİYET (GERÇEKLİK) HÜKMÜ (Jugement de réalité) denir (5). Bilindiği üzere bir davanın neticesi tarafların iddia ve savunmasını dayandırdıkları olayların isbat edilmesine bağlıdır. Çünkü, KANITLANMAYAN BİR İDDİA VEYA SAVUNMA YOK HÜKMÜNDEDİR. Dava, bir iddia ve karşılık bir savunma ve buna karşılık teşkil eden yeni bir iddia ve savunma ileri sürülerek suretile bir taraftan diğer tarafa atılan bir mekiğin gidip gelmesi şeklinde devam eder. Nasıl bir kumaş bu şekilde dokunup biterse, bir davada tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları olaylar tahkik edilip bitirildikten sonra hükme bağlanır. Tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları olayların isbat edilmesi veya edilememesi, mekiğin nerede duracağını, başka bir deyişle davayı kimin kazanacağını tayin eder. Demekki bir davanın kazanılması veya kaybedilmesi, münazaalı olayların kanıtlanmasına bağlıdır. İsbat, davanın çözümüne etkili nizalı olayların gerçekliği hakkında kanaat uyandırmak için girişilen ikna ameliyesidir (6). Kanıtlama ameliyesinde başvuru vasıtalarına delil denir. Hâkim, kanıtlardan edindiği kanaate göre o olayın iddia edildiği şekilde olduğunu ya kabul eder veya etmez. Bu bir gerçeklik hükmüdür. Hâkim bu suretle HUKUKU UYGULAYACAĞI MALZEMEYİ TESBİT ETMİŞ OLUR. Bundan sonra tesbit ettiği ve sabit gördüğü olayı tavsif ederek olaya uygun gelen kanun maddesine göre hükmünü verir.

2 — TAHKİKATI DAVAYI SONUÇLANDIRICI OLAYLARA GÖRE YÜRÜTÜLMESİ :

Mahkemeler önlerine getirilen bir davada tahkikata hangi olaydan başlamalıdır? Bu konu davaların kısa bir zamanda çözümlenmesi bakımından önemlidir. Nasılki, bir komutan savaşı kazanması için düşman kuvvetlerine hücum edeceği hedef ve noktaları tesbit ettikten sonra ona göre hücum etmesi lâzım ise, bir davayı gören hâkim veya bir davayı yürüten avukat, davayı kısa bir zamanda sonuçlandırabilmesi için davada ilk önce hücum edeceği olayları bilmesi ve tahkikatı o noktalar üzerinde toplaması gerekir. Nasılki, bir komutan düşman kuvvetlerine hücum edeceği nokta ve hedefleri tesbit ede-

(5) GÜRDOĞAN, Dr. Burhan: Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1956/3, s. 263.

(6) UMAR, Prof. Dr. Bilge - YILMAZ, Doç. Dr. Ejder: İsbat Yüğü, 2B, s. 2, Dipnotu: 5.

bilmesi için keşif yaptırması gerekir ise bir hâkim veya avukatta bir davada tahkikatı teksif edeceği olayları tayin ve tesbit edebilmesi için her şeyden önce tarafların uyduştukları ve uyuşamadıkları olayları tayin ve tesbit etmesi icap eder. Bununla beraber davanın çözümüne etkili olan münazaalı olayların tahkikinde de bir sıra gözetilmeli midir. Biz bu soruya evet diyeceğiz. Şöyleki, her davada öyle olaylar vardır ki, o olayın çözümlenmesi halinde diğer münazaalı olayların tahkikine lüzum kalmaksızın dava karara bağlanabilir. Biz şahsen bu nevi OLAYLARA DAVAYI SONUÇLANDIRICI OLAY diyoruz (7). HUMK.nunda bu görüşün dayanağı vardır. Şöyleki, HUMK.nun 221. maddesinde (iki tarafın esas dava hakkında ileri süreceği BÜTÜN İTİRAZ VE SAVUNMALAR BİRLİKTE İNCELENİR. Şu kadar ki, sorgu yargıcı (8) YARGILAMAYI BASİTLEŞTİRMEK VEYA KISALTMAK İÇİN KENDİLİĞİNDEN VEYA İKİ TARAFTAN BİRİNİN İSTEMİNE DAYANARAK SORUŞTURMANIN HER DURUMUNDA SÖZ KONUSU İTİRAZLAR VEYA SAVUNMALARDAN BİRİNİ VEYA BİR KISMINI DİĞERİNDEN ÖNCE HÜKMEDİLMESİNE KARAR VEREBİLECEĞİ) kabul edilmiştir. Bu maddeye göre mahkeme, kural olarak bütün itiraz ve savunmaları hep birlikte incelemesi gerekir. Ancak yargılamayı basitleştirmek veya kısaltmak için kendiliğinden veya iki taraftan birinin istemine dayanarak itiraz ve savunmalardan birini veya bir kısmını diğerlerinden önce inceleyip karara bağlayabilir. Bu kural gerek usule ve gerekse esasa ilişkin itiraz ve savunmalarda da uygulanır. Örnek olarak görev, yetki ve kesinleşmiş hüküm itirazı halinde mahkemenin ilk önce görev itirazını inceleyerek karara bağlaması icap eder. Yargıtayın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Şöyleki, 2. HD. 20.10.1980 gün ve 5599/5422 sayılı içtihadında (...Olayda mahkemenin resen nazara alması gereken görev konusu ile davalının iptidai itiraz olarak ileri sürdüğü yetki hususu bir arada ortaya çıktığına göre bunlardan hangisinin önce inceleneceği üzerinde dur-

(7) Bu konuda benzer görüş için Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nun Medeni Usul Hukuku Dersleri (5B) adlı eserinin 436-37. sayfelerine bk.

(8) Sayın Dr. Ejder Yılmaz, sadeleştirilmiş metinlerle notlu HUMK. ve ilgili mevzuat adlı eserinin III. safifesinde 221. maddeyi sadeleştirirken tahkikat Hâkimini sorgu hâkimi olarak sadeleştirmiştir. Uygulamada sorgu hâkimi daha ziyade CMU. de ilk tahkikatı yapan hâkimi ifade etmektedir. Biz şahsen HUMK.na göre tahkikata memur tayin edilen hâkime soruşturma hâkimi denmesine taraftarız. Sayın Senai Olguç da Emsal İçtihatlarla HUMK. adlı eserinin 680. safifesinde 221. maddeyi sadeleştirirken tahkikat hâkimi terimini Soruşturma Hâkimi olarak sadeleştirmiştir ki, bizce daha doğrudur. Çünkü, soruşturma hâkimi terimi sorgu hâkimi terimine göre daha kapsamlı bir anlamı vardır.

mak gerekir. HUMK.nun 191. MADDESİNDE İTİRAZATI İPTİDAİYE HAKKINDA ESAS DAVAYI RUYETE SELÂHİYATTAR HÂKİM TARAFINDAN KARAR VERİLECEĞİ HÜKMÜ YER ALMIŞTIR. Yetki itirazı, iptidai itirazlardandır. Maddedeki SELÂHİYATTAR MAHKEMEDEN MAKSAT, GÖREVLİ MAHKEMEDİR. O halde ÖNCE VAZİFE KONUSUNUN İNCELENMESİ İCAP EDECEĞİNE) karar vermiştir ki, karar isabetli ve usul hükümlerine uygundur (9). Akıl ve mantık kurallarına göre bu gibi hallerde önce görev itirazının incelenerek karara bağlanması gerekir. Çünkü, mahkeme görevli değilse yetki itirazının karara bağlanmasına gerek kalmaz. Yargıtay 2.HD.nin 29.4.1974 gün ve 2489/2545 sayılı içtihadında bu doğrultudadır (10). Bunun gibi kesinleşmiş hüküm itirazının da diğer itirazlardan önce incelenip karara bağlanması gerekir. Çünkü, kesinleşmiş hüküm itirazı gerçekleştiği takdirde esasa girmeksizin davanın reddi gerekir. Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki, 14. HD. 25.9.1984 gün ve 3427/5538 sayılı içtihadında (.....Davalılar kesin hüküm itirazında bulunmuş, ayrıca Ümmü'nün ehliyeti haiz olmadığını ve zamanaşımının gerçekleştiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Uyuşmazlığın çözümünde İLK ÖNCE KESİN HÜKÜM İTİRAZININ İNCELENMESİ VE İTİRAZ VARİT OLDUĞU TAKDİRDE DAVANIN REDDİ GEREKECEĞİNİN DÜŞÜNÜLMEMİŞ..... olduğundan hükmün bozulmasına) karar vermiştir (11). Şu halde kesinleşmiş hüküm, hak düşürücü süre ve zamanaşımı itirazlarının birlikte yapılması halinde bu itirazların ilk önce incelenip karara bağlanması icap eder. Bu konuda Yargıtay'ın 9.10.1946 gün ve 6/12 sayılı bir içtihadı birleştirme kararı da vardır. Sözü geçen içtihadta (Davada ileri sürülen sebeplerin mahiyetine göre ZAMANAŞIMI VEYA HAK DÜŞÜREN SÜRELERE DAYANARAK SAVUNMA YAPMAK TARAF HAKKIDIR. BU YOLDA BİR SAVUNMAYI HÂKİMİN ÖNCE İNCELEMESİ HUMK.NUN 77 VE 221. MADDELERİNİN BEYAN VE İŞARETİ VECHİLE DOĞRU VE GEREKLİ OLDUĞUNA) karar vermiştir (12). Bu nevi itirazlar varit görüldüğü takdirde davanın red edilmesi icap eder. Meseleyi esas bakımından incelememiz ve konuyu aydınlığa çıkarmamız gerekir. Şöyleki, her hukuk kaidesi başka bir deyişle kanun maddesi iki kısımdır: Birinci kısımda UNSURLAR, ŞARTLAR gösterilmiştir. İkinci kısımda ise NETİCE BAŞKA BİR DEYİŞLE VERİLECEK HÜKÜM BELİRTİLMİŞTİR. Şim-

(9) BAŞAKLAR, Emin: Nafaka Davaları, s. 126, No. 273.

(10) Yargıtay Kararlar Dergisi, 1977, s. 1074.

(11) Yargıtay Kararlar Dergisi, 1985, s. 552-54.

(12) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C-3, s. 419-548.

di bu kurala göre gabine dayanan bir davayı inceleme konusu edelim, Borçlar Kanununun 21. maddesindeki gabinin unsurlarını belirtelim. Bu unsurlar şunlardır: 1 — ORTADA BİR AKİT OLMALIDIR. Maddede bu cihete BİR AKİTTE terimiyle ifade edilmiştir. Çünkü, bir taraflı işlemlerde gabin olmaz. 2 — İVAZLAR ARASINDA AÇIK NİSBETSİZLİK BULUNMALIDIR. Bu gabinin objektif unsurudur. 3 — MUTAZARRIRIN MÜZAYAKA VEYA HİFFET VEYA TECRÜBESİZLİĞİ OLMALI. Bu gabinin subjektif unsurudur. 4 — FAİLİN MUTAZARRIRIN BU HALLERİNDEN İSTİFADE SURETİLE OLMALIDIR. Bu da gabinin ahlaka aykırılığını gösteren bir unsurdur. 5 — MUTAZARRIR BİR SENE İÇİNDE AKTİ FESHETTİĞİNİ BEYAN ETMELİDİR. Buradaki süre hak düşürücü süredir (13). Gabinde en önemli unsur ivazlar arasındaki açık nisbetsizliktir. İşte bu nedenle bu nevi davalarda tahkikat objektif unsur olan ivazlar arasındaki açık nisbetsizlik unsuru üzerinde teksif edilmelidir. Çünkü, bu unsur sabit olmazsa diğer unsurların incelenmesine gerek kalmayabilir. Yargıtayın görüşü de bu merkezdedir. Şöyleki, I.HD. 28.12.1974 gün ve 1255/1974 sayılı içtihadında (.....OBJEKTİF UNSURUN GERÇEKLEŞMEDİĞİ HALLERDE GENELLİKLE SÜBJEKTİF UNSURUN ARAŞTIRILMASI GEREKSİZ KALABİLİR. Ancak ivazlar arasında açık bir fark mevcut ise bu halin nedenleri araştırılmak, subjektif unsurlarla ilgili deliller, tarafların durumları ve olayın özellikleri gözden uzak tutulmadan titizlik ve duyarlıkla incelenmek suretile bir sonuca ulaşılabilir. GABİN İDDİASINA DAYANAN DAVALARDA OBJEKTİF UNSURUN ÖNCELİKLE VE HER HALDE İNCELEME KONUSU YAPILMASI, İVAZLAR ARASINDA AÇIK BİR FARKIN MEVCUT OLDUĞU ANLAŞILDIKTAN SONRA SÜBJEKTİF UNSURA İLİŞKİN BULUNAN DELİLLERİ YUKARIDA AÇIKLANAN ŞEKİLDE DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKLİDİR. BU ESAS VE SIRAYA RİAYET EDİLMİYEN HALLERDE YANLIŞ TAKDİR EDİLMESİ NEDENİYLE İSABETSİZ SONUÇLARA GİDİLMESİ İHTİMALİ BULUNDUĞUNUN UNUTULMAMASI GEREKTİĞİNE) karar vermiştir (14). Bundan başka I.HD. 27.12.1974 gün ve 10791/12751 sayılı içtihadında da (.....BU TÜR -GABİN- UYUŞMAZLIKLARDA İLK VE TEMEL UNSUR KARŞILIKLI İVAZLAR ARASINDA AÇIK NİSBETSİZLİK BULUNMASI OLDUĞUNA) işaret et-

(13) SAYMEN, Ord. Prof. Dr. Ferit Hakkı-ELBİR, Doç. Dr. Halit Kemal-OĞUZMAN, As. M. Kemal: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 1 — Borçlar Hukuku, s. 64.

(14) Yargıtay Kararları Dergisi, 1977/8, s. 42-45.

miştir (15). Hukuki işlerde böyle olduğu gibi cezai işlerde de durum aynıdır. Şöyleki, ceza davasında suçun sanık tarafından işlendiği iddiasında mahkeme, tahkikatı İLK ÖNCE FİİLİN SÜBUTU NOKTASINA TEKSİF ETMELİDİR. Çünkü, sanığa isnat edilen fiil sabit değilse sanık beraet ettirilmelidir. Sanığa isnat edilen fiil sabit ise diğer unsurlara göre suçun ne olduğunun ve hangi safhada kaldığının araştırılması icap eder (16). Bir davada, davayı sonuçlandırıcı unsurların tayin ve tesbit edilerek tahkikatın o unsurlara teksif edilmesinin kurallara bağlanması güç olmakla beraber bu konuda hâkimin hukuk bilgisi ve kültürü ve yeteneğinin önemli rolü olacağı inkâr edilemez.

3 — TAHKİKATI TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN UNSURLARINA GÖRE YÜRÜTÜLMESİ :

Kanunlar hak ve borçları mücerret olarak bir takım unsur olaylara bağlamış ve bu unsur olaylar bir hâdisede gerçekleşmesi halinde bir takım hak ve borçların doğacağını kabul etmiştir. Unsur vakıa terimini Sayın Doç. Dr. Bilge Umar İsbat Yükü adlı eserinin II. sahifesinde kullanmıştır. Bizde bu terimi uygun bulduğumdan aynen kullanıyorum. Nasılki Roma hukukunda davacı iddiasını haklı göstermek için bir actio bulmak zorunda ise bu günde bir davacı davasını kazanmak için iddiasını bir kanun maddesine dayandırmak zorundadır. Roma hukukunun bu görüşünün tesirlerini bu günkü HUMK.nun 179/1. maddesinde rastlamaktayız. Şöyleki, HUMK.nun 179/1. maddesinde DAVACININ DAVA DİLEKÇESİNDE HUKUKİ SEBEPLERİN GÖSTERİLMESİNİ istemektedir. Şu halde kanun maddesindeki unsur-olayları nasıl tayin ve tesbit edeceğiz? Bilindiği üzere her kanun maddesi iki kısımdan ibarettir. Birinci kısım UNSUR-OLAYLARI, İkinci kısım ise NETİCEYİ BAŞKA BİR DEYİŞLE VERİLECEK HÜKMÜ GÖSTERİR (17). Gerek hukuki ve gerekse cezai işlerde de durum aynıdır. Nasılki, su (H₂O) iki hacim hidrojen bir hacim oksijenden ibaret ise suçlar da bir takım unsurlardan ibarettir. Nasılki, unsurlardan biri bulunmadığı takdirde su meydana gelemezse, unsurlardan biri bulunmadığı takdirde suç da teşekkül edemez (18).

(15) Yargıtay Kararları Dergisi, 1977/5, s. 618-23.

(16) YILMAZ, Orhan: Köylünün istifadesine terk ve tahsis edilmiş gayrimenkulleri zapt ve tasarruf etmek suçları, Adalet Dergisi, 1958/9-10, s. 528-29.

(17) HİRŞ, Ord. Prof. Dr. E: Pratik Hukukta Metod, 2B. s. 54.

(18) U unsur teriminin çeşitli anlamları için Prof. Dr. Nurullah Kunter'in Suçun Unsurları Nazariyesi adlı eserine bk.

Yargıtay bir olayda bu cihete temas etmiştir. Şöyleki, 1.HD. 24.11.1976 gün ve 10536/11572 sayılı içtihadında (.....Borçlar Kanununun 21. maddesinde sözü geçen aşırı yararlanma -gabinin- koşulları, unsurları açıkca belirtilmiştir. Yasada kesinlikle açıklanan bu koşullardan birinin var olmadığı hallerde gabinen söz etmek olanağı yoktur. a — ...Karşılıklı ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik göze çarpan ve batan açık bir dengesizlik varsa gabinin objektif unsuru gerçekleşmiş olur. Olayda objektif unsur gerçekleşmiştir. b — Sübjektif unsur sayılan haller ise tecrübesizlik, müzayaka ve hiffetten ibarettir. Olayda müzayaka hali ile bu halden yararlanma unsuru gerçekleşmemiştir. Bu unsurun varlığı sabit olmadığından gabin nedenine dayanan davanın kabul edilmesinin mümkün olmadığına) karar vermiştir (19). Yargıtay 1.HD.nin 27.12.1976 gün ve 10791/12751 sayılı içtihadı da bu doğrultudadır (20). Unsur kuramının bir takım pratik yararları vardır. Şöyleki, uygulamada karşımıza çıkacak hukuki ihtilâfların çözümlenmesinde unsur-olaylar mahkemenin tahkik edeceği konuları göstermesi bakımından önemli olduğundan tahkikatta kolaylık sağlar. Maddedeki unsur-olayları tayin ve tesbit edebilmek için şu şekilde hareket edilmelidir. Bilindiği üzere kanun maddeleri kelime ve cümlelerden oluşmaktadır. Madde metni dil kurallarına göre incelendiğinde hangi kısmın unsur, hangi kısmın netice-hüküm olduğu kolayca tayin ve tesbit edilebilir. Şu halde madde metnindeki unsur-olaylar ile netice-hüküm dil kurallarına göre tesbit edilmeğe çalışılacaktır. Bu iş yapılırken hukukun genel kurallarından, ilmi eserlerden ve kazai içtihatlardan yararlanmak gerekir. Bu konuda bir iki örnek üzerinde duralım. Borçlar Kanununun 56. maddesinde (Bir hayvan tarafından yapılan zararı, O HAYVANI KİMİN İDARESİNDE İSE O TAZMİNE MECBURDUR) der. Maddede sözü geçen hayvan tabirine mikroplar da girer mi? İdareden maksat nedir? Bunun gibi Borçlar Kanununun 58. maddesinde bina ve imal edilen şeylerden söz edilir. Neler binadır? Köprü yıkılsa ve bundan zarar görenler tazminat isteyebilirler mi? Şehir elektrik tesisatı imal olunan şey mefhumuna dahil midir? Bundan başka kanunda kullanılan tabirlerin mana ve içeriğini bize ilmi eserler verebilir (21). Konu üzerinde açıklamalarımıza devam edelim. Borçlar Kanununun 21. maddesinde aynen (Bir akitte ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde eğer gabin mutazarrırın müza-

(19) Yargıtay Kararları Dergisi, 1977/5, s. 616-17.

(20) Yargıtay Kararları Dergisi, 1977/5, s. 618-23.

(21) HİRŞ, Ord. Prof. Dr. E.: age. s. 75.

yaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş ise mutazarrır bir sene zarfında akti feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir) demektedir. Maddede akit dendiğine göre BİRİNCİ UNSUR AKİTTİR. Maddede sözü edilen akit, karşılıklı edimleri içeren bir akitir. Bir taraflı hukuki işlemler ile ivazsız akitlerde gabinden söz edilemez (22). Çünkü, bu nevi hukuki işlemlerde karşılıklı ivaz söz konusu değildir. Maddede AÇIK BİR NİSBETSİZLİK DENDİĞİNE GÖRE İKİNCİ UNSUR İVAZLAR ARASINDA AÇIK BİR NİSBETSİZLİK bulunmasıdır. Burada söz konusu edilen edimler arasındaki açık bir nisbetsizliktir. Hâkim, ivazları keşif ve bilirkişi marifetiyle tayin ve tesbit ettirdikten sonra ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik olup olmadığını kendisinin takdir etmesi gerekir. Çünkü, bu konu hukuki bir meseledir (23). Öğretide bu unsura objektif unsur denmektedir. Maddede gabin mutazarrırın MÜZAYAKA HALİNDE BULUNMASINDAN VEYA HİFFETİNDEN YAHUT TECRÜBESİZLİĞİNDEN denmesine göre ÜÇÜNCÜ UNSUR ZARARLININ MÜZAYAKA HALİNDE BULUNMASI (DARDA KALMASI) VEYA HİFFET (DÜŞÜNCESİZLİĞİ) YAHUT TECRÜBESİZLİĞİ (TOYLUĞU) olmalıdır (24). Bu hallerden birinin bulunması yeterlidir. Çünkü, bu haller veya yahut kelimeleriyle belirtilmiştir. Öğretide bu unsura sübjektif unsur denmektedir. Maddede sayılan BU HALLERDEN İSTİFADE SURETİYLE denmesine göre DÖRDÜNCÜ UNSUR FAİLİN ZARARLININ BU HALLERDEN İSTİFADE EDEREK HAKSIZ BİR MENFAAT SAĞLAMASIDIR. Bu unsur da ahlaka aykırılık teşkil etmektedir. Maddede MUTAZARRİR BİR SENE ZARFINDA denmesine göre BEŞİNCİ UNSUR ZARAR GÖRENİN BİR SENE İÇİNDE AKTİ FESHETTİĞİNİ BEYAN ETMESİDİR. Burada söz konusu edilen süre hak düşürücü bir süredir. Gabinin unsurları bu şekilde tayin ve tesbit edildikten sonra tahkikatı bu unsurlara göre yapmak gerekir (25). Yapılan tahkikat sonunda bu unsurlardan biri bulunmadığı takdirde gabinden söz edilemez. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir. Şöyleki, 1.HD. 3.5.1979 gün ve 3824/5938 sayılı içtihadında (.....Uyumsuzluğa sağlıklı bir çözüm getirilebilmesi için OLAYDA GABİNİ OLUŞTURAN YASAL ÖGELERİN VAR OLUP OLMADIĞININ SAP-

(22) ARSEBUK, Ord. Prof. A. Esat: Borçlar Hukuku, C-1, s. 169.

(23) SAYMEN-ELBİR-OĞUZMAN: age. s. 64.

(24) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türkçeleştirilmiş metinlerle birlikte Borçlar Kanunu, 3B., s. 580-81.

(25) SAYMEN-ELBİR-OĞUZMAN: age., s. 64.

TANMASININ GEREKLİ OLDUĞUNA) karar vermiştir (26). Bundan başka 1.HD. 26.4.1979 gün ve 2670/5555 sayılı içtihadında da (GABİNİN OLUŞABİLMESİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN BELİRLİ ÖGELERİN KESİNLİKLE GERÇEKLEŞMESİNİN GEREKLİ OLDUĞUNA) karar vermiştir (27). Yargıtay içtihatlarına ve şu açıklamalarımıza göre mahkeme, bir gabin davasını görürken tahkikatı kanundaki unsur-olaylara göre yürütecektir. Mahkeme, tahkikatı yaparkende ilk önce İVAZLAR ARASINDA AÇIK BİR NİSBETSİZLİK OLUP OLMADIĞINA dikkat edecektir. Bu unsur sabit görüldüğü takdirde diğer unsur-olayları tahkik ederek vardığı sonuç ve kanaatına göre hükmünü verecektir. Yargıtayın görüşü de bu merkezdedir. Şöyleki, 4.HD. 16.1.1961 gün ve 1334/30 sayılı içtihadında (Bir sözleşmede GABİN VARDIR DENEBİLMEK İÇİN DİĞER UNSURLARDAN BAŞKA İVAZLAR ARASINDAKİ AÇIK NİSBETSİZLİK, ZARARA UĞRAYANIN MÜZAYAKA HALİNDE BULUNMASINDAN, HİFFETİNDEN VEYA TEDBİRSİZLİĞİNDEN İSTİFADE OLUNMASI DA ŞARTTIR. Sadece ivazlar arasındaki açık nisbetsizlik bulunması sözleşmenin gabinle illetli olduğu manasına gelmez. O halde akitte gabin bulunduğunu iddia eden davacıya BU AKTİN HİFFETLE TECRÜBESİZLİĞİNDEN FAYDALANARAK MEYDANA GELDİĞİNE İLİŞKİN DELİLLERİ SORULMAK VE BUNLARIN TOPLANIP İNCELENMESİNDEN SONRA SONUCUNA GÖRE KARAR VERİLMESİ gerekirken eksik soruşturma sonunda karar verilmesinin kanuna aykırı olduğuna) karar vermiştir (28).

Bunun gibi Borçlar Kanununun 410. maddesinde (Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatına ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa mecbur olduğu) kabul edilmiştir. Şimdi bu maddedeki unsur-olayları inceleyelim. Her ne kadar babın başlığı VEKÂLETİ OLMADAN BAŞKASI NAMINA TASARRUF terimi kullanılmış ve madde metninde de TASARRUFTA BULUNAN KİMSE denmiş ise de bu babda düzenlenen müessese VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDİR (29). Öğreti de bu babın VEKİLLİKSİZ İŞ GÖRME olduğu belirtilmiştir (30).

(26) Yargıtay Kararları Dergisi, 1979/8, s. 1119-21.

(27) Yargıtay Kararları Dergisi, 1979/8, s. 1117-18.

(28) Son İçtihatlar Dergisi, 1961, s. 4896-97.

(29) Geniş bilgi için Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Vekâletsiz İş Görme adlı eserine bk.

(30) VELİDEDEOĞLU, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet: Türkçeleştirilmiş metinleriyle birlikte Borçlar Kanunu, 3B., s. 808-809.

Bu maddeye göre **BİRİNCİ UNSUR BİR İŞİN GÖRÜLMESİDİR.** Bu unsura maddede tasarrufta bulunan kimse (İş gören kimse) sözlerle işaret edilmiştir. İnsanların her iradi fiil ve hareketi ve killiksiz iş görmenin konusu olabilir (31). Yargıtay da bir olayda bu konuya temas etmiştir. Şöyleki, 13.HD. 24.4.1978 gün ve 954/1909 sayılı içtihadında (Davalının davacıya sattığı makinenin haczi üzerine haczin kaldırılması için icra dairesine 2549.10 lira para yatırmıştır. Bu paranın kim tarafından yatırıldığı yolunda takip dosyasında bir bilgi yoktur. Ancak, davalının adı yazılı makbuz aslı davacının elindedir ve onun tarafından ibraz edilmiştir. Davalının, hacizden davacının haberi olduğunu ileri sürmesine ve 2549.10 liralık makbuzun davacının elinde bulunuş nedeni hakkında da her hangi bir beyanı ve bu yolda bir açıklaması bulunmamasına göre **DAVACI, BU MİKTARI VEKÂLETİ OLMADAN BAŞKASI HESABINA TASARRUF HÜKÜMLERİ UYARINCA İSTEMEKTE HAKLI OLDUĞUNU)** kabul etmiştir (32). İkinci unsur **GÖRÜLEN İŞİN BAŞKASINA AİT OLMASIDIR.** Madde bu unsura **BAŞKASININ** kelimesile temas etmiştir. Doğal olarak görülen işin başkasına ait olmasıdır. Ancak bu suretle iş gören tarafından görülen iş, başka bir kişinin hukuki alanında tesir husule getirir. **ÜÇÜNCÜ UNSUR, İŞİN GÖRÜLMESİ İÇİN VEKÂLET İLİŞKİSİNİN BULUNMASIDIR.** Maddede bu unsura **VEKÂLETİN OLMADAN** kelimesiyle işaret edilmiştir. Ortada işin yapılması için mezuniyet varsa vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanamaz. **DÖRDÜNCÜ UNSUR, İŞİN İRADİ OLARAK İŞ SAHİBİNİN YARARINA YAPILMIŞ OLMASIDIR.** Maddede bu unsura **İŞ SAHİBİNİN MENFAATINA VE TAHMİN OLUNAN MAKSADINA** ibaresile işaret edilmiştir (33). Bu maddede netice-hüküm gösterilmemiş, ancak vekâletsiz iş görmenin unsurları gösterilmiştir. Netice ise bu babın 411, 413 ve 414. maddelerinde gösterilmiştir. Bu netice ise **İŞ GÖRME, İŞ SAHİBİNİN YARARINA YAPILMIŞ İSE HALİN İCABINA GÖRE İŞ GÖRENİN ZARURİ VE FAYDALI BÜTÜN MASRAFLARINI FAİZİYLE BİRLİKTE TAZMİNE MECBUR TUTULMUŞTUR.** Böyle bir yararın var olup olmadığının tayini objektif ölçülere göre hâkime ait bir görevdir (34). Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki,

(31) BİLGE, Prof. Dr. Necip: Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), s. 282.

(32) Yargıtay Kararları Dergisi, 1978/10, s. 1683-84.

(33) TANDOĞAN, Prof. Dr. Haluk: age., s. 74, 95, BİLGE, Prof. Dr. Necip: age., s. 282-83, OLGAÇ, Senai: Türk Borçlar Kanunu, C-3, s. 1683-84.

(34) GÖKTÜRK, Prof. Dr. Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku Aktin Muhtelif Nevileri, s. 524-25.

4.HD. 12.5.1951 gün ve 287/3809 sayılı içtihadında (Borçlar Kanununun 413. maddesinde vekâleti olmadan başkası namına tasarruf sebebiyle iş sahibinin menfaati için yapılmış olan işte yapan kimsenin HAL İCABINA GÖRE ZARURİ VE FAYDALI BULUNAN MASRAFLARINI FAİZİYLE TALEP EDEBİLECEĞİ AÇIKLANMIŞ BULUNMASINA binaen iddia olunan MASRAFLARIN FAYDALI VE ZARURİ OLUP OLMADIĞININ VE EVİN ESKİ DURUMUNA NAZARAN YAPILAN TAMİRAT KIYMETİNİN HAKİKİ MİKTARININ BİLİRKİŞİ MARİFETİYLE TESBİTİ İCAP EDECEĞİNE) karar vermiştir (35). Bundan başka 13.HD. 29.6.1974 gün ve 1782/1974 sayılı içtihadında da (Bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda bulunduğu BİR TAŞINMAZDAKİ BİR KISIM PAYLARI KENDİ MALİ İMİŞ GİBİ KİRAYA VERİP PARALARINI ALMASI NEDENİYLE HAK SAHİBİ O KİMSEDEN PAYINA DÜŞEN KİRALARIN ALINMASI İÇİN AÇACAĞI DAVADA BİR VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME İLİŞKİSİ BULUNDUĞUNDAN BORÇLAR KANUNUNUN 414. MADDESİ HÜKMÜ UYGULANIR. Davalının bu yeri kiraya verip parasını alması davanın açılması için yeterli olduğuna) karar vermiştir (36).

Mülkiyete dayanan müdahalenin önlenmesi davalarının hukuki dayanağı Medeni Kanunun 618. maddesidir. Bu madde aynen şöyledir: Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir. Haksız olarak o şeye vaziyet eden herhangi bir kimseye karşı istihkak davası ikame ve her nevi müdahaleyi men eder, der. Bu maddenin birinci cümlesine göre BİRİNCİ UNSUR, MÜLKİYET HAKKININ VARLIĞIDIR. Madde de bu unsur BİR ŞEYE MALİK OLAN kelimeleriyle ifade edilmiştir. Dava hakkının mevcut olabilmesi için dava açanın YA BİR HAKKI VEYA HUKUKEN KORUNMAĞA DEĞER BİR MENFAATI BULUNMASI icap eder. Maddedeki unsura göre davacının evvel emirde mülkiyet hakkını isbat etmesi gerekir. Bilindiği üzere taşınmazların mülkiyeti Tapu kaydı ile bu kıymette olan belgelerle isbat olunur. Tapu kayıtları mülkiyeti isbata yarayan belgeler olmakla beraber mahkemeler sadece bu belgelere göre hüküm veremezler. Veremezler, çünkü, tapu kayıtları ihtilâf vukuunda ancak arazide uygun geldiği yer üzerindeki mülkiyet hakkı isbat edilmiş olur. Bu nedenle taşınmazlara ilişkin davalarda keşif yapmak zorunluğu meydana çıkar. Yerinde yapılacak keşifte tapu kaydının

(35) ÖZTÜRK, Fahrettin-KAZANCI, Sadi: Borçlar Kanunu ve Borç Hükümü Taşınan Kanunlar, C-2., s. 793.

(36) Yargıtay Kararları Dergisi, 1976/12, s. 1681-82.

dava konusu yere uygulanması gerekir. Dava konusu yere tapu kaydı uygun geldiği takdirde o yer üzerindeki mülkiyet hakkı isbat edilmiş olur. Demekki tapu kayıtları tam bir delil olmayıp ancak bir takım tahkik işlemlerinden sonra tam bir delil olabilme niteliğini kazanmaktadır. Maddeye göre İKİNCİ UNSUR, MÜLKİYET HAKKININ İHLÂL EDİLMİŞ OLMASIDIR. Bu unsur maddede HAKSIZ OLARAK O ŞEYE VAZİYET EDEN HERHANGİ BİR KİMSEYE KARŞI İSTİHKAK DAVASI İKAME VE HER NEVİ MÜDAHALEYİ MEN EDER kelimeleriyle ifade edilmiştir (37). Müdahalenin önlenmesi davalarında tapu kaydının dava konusu yere

4 — TAHKİKATIN TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMASINA GÖRE YÜRÜTÜLMESİ :

Mahkemelere dava açan her kişi ortaya bir iddia atmak zorundadır. Çünkü, HUMK.nun 75. maddesi gereğince (Hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi (yani olayı) veya iddia sebeplerini veya savunma vasıtalarını resen gözönüne alamaz ve onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz. Bu hükme göre iddia ve savunmalarını tarafların ileri sürmesi gerekir. Bilindiği üzere davacı, iddia sebeplerini dava dilekçesiyle ileri sürer. İşte bu nedenle HUMK. 179. maddesinde davacının dava dilekçesinde İDDİASININ DAYANAĞI OLAN HAK DOĞURAN OLAYLARI GÖSTERMEK ZORUNDADIR. İddianın dayanağı olan olaylar tahkikata esas olacağından davacının bu olayları isbat etmesi gerekir. Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki, 5.HD. 5.2.1952 gün ve 6130/479 sayılı içtihadında (Dava dilekçesinde yazılı vakialardan dolayı müdahalenin önlenmesi istendiğine göre BU VAKIALARIN USULEN TAHKİK VE TESPİTİ LÂZİM GELDİĞİ gibi VAKIALAR GEREKLİ ŞEKİLDE VAZİH OLMADIĞI GÖRÜLÜRSE DAVACIDAN İZAHAT ALINMAK VE ONA GÖRE TAHKİK İŞLEMİ YAPILMASI GEREKTİĞİNE) karar vermiştir (39).

Dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı aleyhine açılmış bulunan davanın haksız olduğu kanısında ise cevap dilekçesiyle DAVANIN REDDİNİ GEREKTİREN OLAYLARI GÖSTEREREK uygun gelmesi yeterli değildir. Davalının bu yere müdahale ve tecavüz ettiğinin isbat edilmesi icap eder (38).

(37) KARAHASAN, Mustafa Reşit: Gayrimenkul Hukuk Davaları, s. 28.

(38) Geniş Bilgi için Hukukta Keşif adlı eserimize bk.

(39) Develi Sulh Hukuk Mahkemesinin 24.1.1951 gün ve 350/2 sayılı kararına ait dosya.

DAVANIN REDDİNİ İSTER. Davalı davanın reddini gösteren olayları HUMK.nun 202. maddesi gereğince cevap dilekçesinde gösterir. Bu şekilde olayların ileri sürülmesi bir savunmadır.

Usul Kanunu hükümlerine göre İDDİA VE SAVUNMALARIN TEKSİFİ BİR SURETTE HEP BİRLİKTE İLERİ SÜRÜLMESİ GEREKİR. (HUMK. m. 179/1, 187, 202, 211, 221, 242, 479, 486). Davaların kısa bir zamanda çözümlenebilmesi için böyle bir kuralın kabulünde zorunluk vardır. Gerçekten iddia ve savunmalar parça parça mahkemeye arz edilirse davalar uzar. Bununla beraber HUMK. nun 221. maddesi gereğince teksifi bir surette mahkemeye arzedilen iddia ve savunmalardan birinin karara bağlanması diğerlerinin tahkikine lüzum kalmayacaksa veya yargılamayı basitleştirecek ise bunları diğerlerinden önce incelenmesi ve karara bağlanması gerekir. Bu görüş cümlesinden olmak üzere usule ilişkin savunma vasıtası olarak görev ve yetki itirazı ileri sürülmüş ise mahkeme bu itirazları hep birlikte mi? yoksa birini diğerine tercihan inceleyerek karara mı bağlamalıdır? Böyle bir durum karşısında mahkemenin ilk önce görev itirazını inceleyerek karar bağlaması icap eder. Çünkü, mahkeme davayı görmeğe görevli değilse yetki itirazının karara bağlanmasına lüzum kalmaz. Şu nedenleki, yetki itirazını inceleyip karara bağlamak görevli mahkemeye aittir. Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki, 2.HD. 3.5.1976 gün ve 247/451 sayılı (40), Aynı dairesinin 29.4.1974 gün ve 2489/2545 sayılı (41), Ticaret Dairesinin 1.6.1964 gün ve 2495/1996 sayılı (42) ve 6.HD.nin 1.7.1974 gün ve 2966/3208 sayılı içtihatlarında (Görev ve yetki itirazının birlikte incelenmesi söz konusu olan hallerde ÖNCE GÖREY UYUŞMAZLIĞI ÇÖZÜLÜR. Yetki anlaşmazlığı ise görevli mahkemede karara bağlanması icap edeceğine) karar vermiştir (43). Yargıtayın içtihatları isabetli ve usul hükümlerine uygundur. Şöyleki, HUMK.nun 191. maddesine göre ilk itirazlar hakkında esas davaya bakmağa görevli hâkim tarafından karar verilir.

Bunun gibi hem yetki, hem de irtibat itirazı ileri sürülmüş ise mahkemenin ilk önce yetki itirazını inceleyip karara bağlaması gerekir. Çünkü, yetki itirazı kabul edildiği takdirde irtibat itirazının incelenip karara bağlanmasına gerek kalmaz. Çünkü, irtibat itirazını inceleyip karara bağlamak HUMK.nun 192. maddesine göre yet-

(40) OLGAÇ, Senai: Emsal İçtihatlarla HUMK., s. 597, No: 1.

(41) OLGAÇ, Senai: Emsal İçtihatlarla HUMK., s. 597, No: 2.

(42) ERSOY, Rıfat: age., 1976, s. 451.

(43) OGAÇ, Senai: Görev ve Yetki, s. 69, No. 229.

kili mahkemeye aittir. Yargıtayın kararı da bu merkezdedir. Şöyleki, 2.HD. 4.10.1971 gün ve 5808/5562 sayılı içtihadında (Davalı hem yetki, hem de irtibat ilk itirazında bulunmuşsa, MAHKEMENİN ÖNCE YETKİ İTİRAZINI İNCELEMESİ gerekir. Yetki itirazı kabul edilirse, irtibat itirazını incelemek yetkili mahkemeye aittir. Mahkeme, yetki itirazını red ederse o zaman irtibat itirazını incelemesi gerekeceğine) karar vermiştir (44).

Bir davada husumet itirazı ileri sürüldüğü takdirde her şeyden önce bu itirazın incelenip karara bağlanması icap eder. Böyle bir itiraz karşısında mahkeme davanın esasına giremez. Çünkü, her davanın gerçek hasım huzurunda görülüp karara bağlanması iktiza eder. Hasım olmayan bir kimse ile davanın esasının çözümlenmesine gerek olmadığı gibi bir fayda da sağlamaz. Yargıtayın içtihatları da bu merkezdedir. Şöyleki, HGK. 17.5.1972 gün ve E. 2/628, K. 329 sayılı içtihadında (Uygulamada kısaca husumet itirazı kelimesiyle anılan bir davada taraf olma ehliyeti usul hukukunun önemli konularındandır. Davada TARAF OLMA EHLİYETİ, ANCAK BİR HAKKIN HAMİLİNE TANINABİLİR. Taraflardan birine karşı tarafın HUSUMET EHLİYETİNE İTİRAZ ETMESİ HALİNDE DAVANIN ESASINA GEÇİLMEYEN HUSUMET YÖNÜNÜN İNCELENEREK KARARA BAĞLANMASININ GEREKLİ OLDUĞUNA) karar vermiştir (45). Bundan başka 1.HD. 12.3.1954 gün ve 4663/2314 sayılı içtihadında da (Müşterek sınırı tecavüz ettiği iddia olunan bina davacının gayrimenkulüne hem hudut olan bir gayrimenkule inşa olunmuştur. Bina zeminin mütemmim cüzünü teşkil etmesi ve binanın inşası bitmiş olması itibarıyla KOMŞU GAYRIMENKULÜN BÖYLE BİR DAVADA HUSUMET TEVECCÜH ETMEDİĞİ KABUL EDİLEN BİR DAVANIN ESASINI HALLETMEDE FAİDE YOKTUR. HUSUMET BAKIMINDAN DAVANIN REDDİNİN İSABETLİ OLDUĞUNA) karar vermiştir (46). Yargıtayın bu içtihatları isabetli ve usul hükümlerine uygundur. Çünkü, bir davada davalı kendisine husumet teveccüh etmeyeceğini ileri sürdüğü zaman KENDİSİNİN DAVALI OLABİLME EHLİYETİNİ HAİZ OLMADIĞINI DEĞİL, AKSİNE DAVANIN KONUSU OLAN İHTİLÂFTA HASIM OLAMAYACAĞINI İLERİ SÜRÜMÜŞ OLMAKTADIR. Bu görüş açısından AKİTTEN DOĞAN İHTİLÂFLARDA HUSUMET AKİTLERE TEVECCÜH EDER. AKTİN

(44) OLGAÇ, Senai: Emsal İçtihatlarla HUMK., s. 599-600, No. 1.

(45) İlm iöve Kazai İçtihatlar Dergisi, C-6, s. 1366-67, No. 1151.

(46) OLGAÇ, Senai: İlm i ve Kazai İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, C-2, s. 281, No. 808.

DIŞINDAKİLERE HUSUMET TEVECCÜH ETMEZ. Bunun gibi veli ve vekil sıfatıyla yapılan akitlerde **HUSUMET VEKİL VEYA VELİYE DEĞİL, ASİLE TEVECCÜH EDER.** Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki, HGK. 18.11.1970 gün ve E. 3/454, K. 626 sayılı içtihadında (.....Tapudan getirtilen akit tablosu örneğinde, inşaat ve irtifak hakkı sözleşmelerinde, davalı Mustafa Erten'in hissedarlar adına vekâleten ve velâyeten hareket ederek sözleşmeleri imzaladığı yazılıdır. Davalı, sözü geçen sözleşmeleri kendi adına değil, velisi veya vekili olduğu kişiler adına imzalamış bulunduğu göre **DAVA DİLEKÇESİNDE ASIL DAVALILAR GÖSTERİLMELİ VE BUNDAN SONRA DAVALILAR ADINA VEKİL VEYA VELİ OLAN KİŞİNİN ADI YAZILMALIDIR.** Gerek dava dilekçesinde, gerekse ihtarnamelerde Mustafa Erten doğrudan doğruya davalı gösterilmiştir. Taşınmaz malı satan kişilerin vekili velisi bulunan Mustafa Erten bu davada hasım olamayacağından bu nedenle davanın reddinin doğru olduğuna) karar vermiştir (47).

Muhkem kazıye itirazı ileri sürüldüğünde mahkeme her şeyden önce bu itirazı karara bağlamak zorundadır. Çünkü, mahkeme, muhkem kazıye itirazını varit gördüğü takdirde davayı bu noktadan red etmesi gerekir. Bundan başka esastan hükme bağlanmış bir davanın tekrar görülmesi kabûl edilemez. Mahkemeler fuzuli işgal edilmiş olur. Bu bakımdan muhkem kazıye itirazı kamu düzeniyle ilgili olduğu için mahkeme tarafından resen gözönüne alınması icap eder. Yargıtayın itirazı da bu merkezdedir. Şöyleki, 14. HD. 25.9.1984 gün ve 3427/5538 sayılı içtihadında (.....Uyuşmazlığın çözümünde ilk önce (KESİN) HÜKÜM İTİRAZININ İNCELENMESİ VE İTİRAZ VARİT OLDUĞU TAKDİRDE DAVANIN REDDİ GEREKECEĞİNİN DÜŞÜNÜLMEMESİ..... nedeniyle hükmün bozulmasına) karar vermiştir (48). Şu noktaya işaret edelim ki, muhkem kazıye itirazı taşınmaza ilişkin olduğu takdirde, **İLÂMDA GÖSTERİLEN YER İLE DAVA KONUSU YERİN AYNI YER OLDUĞUNUN KEŞFEN TESBİT EDİLMESİ GEREKİR.** Keşfin verdiği sonuca göre itiraz karara bağlanır. Yargıtayın görüşü de böyledir. Şöyleki, 7. HD. 9.4.1970 gün ve 472/2152 sayılı içtihadında (Davalı belediye kesin hükmün (49) varlığına dayanmıştır. Gerçek-

(47) İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, C-6, s. 1368-69, No. 1152.

(48) Yargıtay Kararları Dergisi, 1985, s. 552-54.

(49) Türk Hukuk Lügatında (s. 196) Kazıye-i Muhkeme, kesin hüküm olarak türkçeleştirilmiştir. Biz şahsen, kesin hükmün Kazıye-i Muhkeme veya Muhkem Kazıye karşılığı olarak kullanılmasını doğru bulmuyoruz. Şu nedenle, Kazıye-i Muhkemenin fransızca karşılığı chose jugée'dir ki, bunun

ten kesin hükmün varlığı tesbit edildiği davanın esasına girilmesi mümkün değildir. Davalı defini (50) isbat etmekle yükümlüdür. O halde isbat yükümlülüğü davalı belediyeye düşünce keşif masrafını da davalı belediyenin yatırması gerekir. MAHKEME İLK KEZ KESİN HÜKMÜ ARAŞTIRMAKLA DAVALININ BU DEFİ DAVANIN ESASINA GİRİLMESİNİ ÖNLEYİCİ BİR SAVUNMADIR. Bu nedenle davacıdan esas hakkında delil istenmesi usul hükümlerine aykırı düşer. Mahkemece bu yönler gözönünde tutularak işlem yapılması gerekirken davacıya keşif masrafı yükletilmesini isabetsiz olduğuna) karar vermiştir (51).

Bir davada savunma olarak hak düşürücü süre itirazı ile zamanaşımı defi ileri sürülürse mahkemenin bu nevi itiraz ve defi öncelikle inceleyerek karara bağlamak zorunluğundadır. Bilindiği üzere hak düşürücü süre adından da anlaşılacağı üzere hakkı düşüren bir süredir. Hak olmayan yerde de dava hakkı olamaz. Hiç bir kimse devlet kuvvetlerinden olan kaza organlarını fuzulen israf edemez. Bu itiraz kamu düzeniyle ilgili olduğu için mahkemenin taraflarca bu itiraz ileri sürülmesi dahi resen gözönüne alarak tahakkuku halinde davanın red edilmesi icab eder. Zamanaşımı definde ise hak değil, dava edebilme hakkı düşer. Hak tabii bir borç olarak devam eder. Bu konuda bir dava açılınca karşı taraf zamanaşımı definde bulunabilir. Mahkeme, zamanaşımını öğrense bile resen gözönüne alamaz. Zamanaşımına uğramış bir borç tabii bir borç olarak devam ettiği için zamanaşımı definin usulüne uygun olarak ileri sürülmesi icab eder. Bu konuda Borçlar Kanununun 140. maddesinde açık hüküm vardır.

Senede dayanan bir davada senetteki imzanın murise ait olmadığı ve murisin senedin tanzimi sırasında ehliyeti bulunmadığı itirazın ileri sürülürse mahkemenin, hangi itirazı öncelikle incelemesi karara bağlaması gerekir. Akıl ve mantık kurallarına göre İLK ÖNCE SENEDİN MURİSE AİT OLUP OLMADIĞI İTİRAZINI inceleyerek karara bağlaması gerekir. Çünkü, senetteki imzanın mu-

tam karşılığı hükmedilmiş şeydir. HUMK.nun 427. maddesinde söz konusu edilen Kat'i hüküm terimi vardır ki, bunun Fransızcası Jugement definitif (T.H. lügatı, s. 196, 456) dir ki, bunun tam karşılığı da kesin hükümdür. Fransızcasında olduğu gibi her iki terimi birbirinden ayırmak için Kaziye-i Muhkeme karşılığı olarak KESİNLEŞMİŞ HÜKÜM, veya SAĞLAM HÜKÜM, KAT'İ HÜKÜM KARŞILIĞI olarak da KESİN HÜKÜM mesini tercih ediyoruz.

(50) Kesinleşmiş hüküm defi değil itiraz nedenidir.

(51) GÜRSEL, Mustafa: Şehir Kadastrosu Davaları, s. 93, No. 99.

rise ait olmadığı sabit görülürse, ehliyetsizlik itirazının incelenmesine gerek kalmaz. Senedin murise ait olduğu sabit olursa o zaman ehliyetsizlik itirazının tahkik edilerek karara bağlanması icap eder. Yargıtayda bir olayda görüşünü bu şekilde açıklamıştır. Şöyleki, HGK. 4.3.1959 gün ve E. 1/6, K. 7 sayılı içtihadında (Senetteki imzanın murise ait olmadığı ve esasen murisin hukuki ehliyeti haiz bulunmadığı ileri sürüldüğü takdirde EVVELA İMZANIN MURİSE AİT OLUP OLMADIĞININ TAHKİK EDİLMESİ VE İMZANIN MURİSE AİDİYETİNİN TAHAKKUKU HALİNDE DE EHLİYETSİZLİK İDDİASININ İNCELENMESİ İCAP EDECEĞİNE) karar vermiştir (52).

Taşınmaz üzerinde mahsül ihtilâflarında mülkiyet ihtilâfı da varsa evvel emirde MÜLKİYET İHTİLÂFININ ÇÖZÜLMESİ gerekir. Çünkü, mahsül arzın bütünleyici parçası olduğundan ve mülkiyet hakkı sahibine ait olacağından İLK ÖNCE MÜLKİYET İHTİLÂFININ KARARA BAĞLANMASI gerekir. Mülkiyet ihtilâfı hakkında ayrı bir dava açılmış ise her iki davanın birleştirilmesi veya o davanın neticesinin beklenmesi iktiza eder. Yargıtayın içtihatları da bu doğrultudadır (53).

5 — TAHKİKATI YARGITAYIN YOL GÖSTERMESİNE GÖRE YÜRÜTÜLMESİ :

Uygulamada Yargıtay bir çok içtihatlarında soruşturmanın yürütülmesi hakkında emsal teşkil edecek kararları vardır. Yargıtay kararları düzenli bir şekilde toplanmamış isede mevcut olanak oranında bu nevi içtihatları arayıp bulmak ve yararlanmak zorunluğudur. Yargıtay, Orman veya mer'a alanı içindeki yer üzerinde kişiler arasında çıkan zilyedlikten doğmuş ihtilâflarda dava konusu yerin orman veya mer'a olduğundan bahisle dava red edilemez. İhtilâfın zilyedlik hükümlerine göre çözümlenmesi ve tahkikatın nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği hakkında Yargıtayın emsal içtihatları vardır. Örnek olarak 7.HD. 21.2.1956 gün ve 10613/1771 sayılı (54), 28.1.1956 gün ve 8495/935 sayılı (55) ve 3.12.1953

(52) ÇATALKAYA, Cevdet-TARIKOĞULLARI, Abdurrahman-ÖZCAN, M. Hamdi: İçtihatlı HUMK. s. 392, No. 6.

(53) HCK. 10.2.1954 gün ve E. 3/169, K. 15 sayılı içtihadı (OLGAÇ, Senai: Türk Medeni Hukuku, C-2, s. 677, No. 1762).

(54) ÖKTEM, İmran: Temyiz Mahkemesi 7. HD. Emsal Kararları, 1955-1956, s. 149-50, No. 278.

gün ve 1186/6606 sayılı (56) içtihatlarında (Orman idaresinin bir talep ve davası olmadığına göre TARAFLAR ARASINDAKİ NİZA ZİLYEDLİK HÜKÜMLERİ DAİRESİNDE HALLEDİLMEK, MUKADDEM ZİLYEDLİĞİN HANGİ TARAFTA OLDUĞU, HANGİ TARAFIN NE ZAMAN BU ZİLYEDLİĞİ İHLÂL ETTİĞİ VE O TARAFIN TERCİHE ŞAYAN BİR HAKKI BULUNUP BULUNMADIĞI ARAŞTIRILMAK, BU HUSUSTA TARAFLARDAN DELİL İSTENMEK, DELİLLERİN TAKDİRİ SURETİYLE BİR KARAR İTTİHAZ OLUNMAK gerekirken nizalı yerin ormandan açıldığından ve ormanın zilyedlikle iktisap edilemeyeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına) karar vermiştir. Yargıtayın bu içtihadı isabetlidir. Şöyleki, bir kişi orman veya mer'adan tarla açmış, on yıldan beri bu yeri sürüp ekıyor, mahsulünü kaldırıyor. Zilyed olan bu kişiden daha güçlü olan bir zorba bu yeri zilyedin elinden alıyor. Zilyed olan kişi, zilyedliğin iadesi ve zilyedliğe tecavüzün meni hakkında mahkemeye dava açıyor. Orman idaresi veya köy muhtıranın veya hazinenin her hangi bir talep ve davası yok. Mahkeme yaptığı tahkikat sonunda bu yerin orman veya mer'a olduğunu tayin ve tesbit ettiğinde bu yerin orman veya mer'a olduğundan bahisle davayı red etmeli midir? Yargıtay red etmemelidir. Zilyedlik hükümlerine göre niza hakkında bir karar vermelidir. Böyle bir durumda davayı red edersek müteceviz ve zorbaya taviz vermiş oluruz. Böyle bir hal tarzı hukuki görüşlerimize uygun gelmez.

Bunun gibi taşınmazın bir kısmının geçerli bir satış vaadine dayanılarak tescili davasında tahkikatın nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği hakkında Yargıtayın emsal teşkil edebilecek içtihatları vardır. Bu cümleden olarak I.HD. 1.11.1951 gün ve 8641/4663 sayılı içtihadında (.....Muteber bir satış vaadine müsteniden gayrimenkulün bedeli de ödenmiş bulunması dolayısıyla bey aktinin icrasıyla GAYRIMENKULÜN SATILAN KISMININ İFRAZI İKTİZA ETTİĞİNDEN SATILAN KISIM İSTİKLÂL PEYDA EYLEDİKTEN SONRA MÜLKİYET HAKKININ TESİSİ MÜMKÜN OLDUĞU CİHETLE MAHALLİNE GİDİLEREK İFRAZ İÇİN TEFRİK OLUNAN PARÇANIN HADLERİNİ, YÜZ ÖLÇÜSÜNÜ GÖSTERİR KROKİNİN VE KIYMETİNİN BİLİRKİŞİYE TANZİM VE TAYİN ETTİRİLMESİ VE BÖYLECE TESCİL İÇİN EVRAKI MÜSBİTE İHZA OLUNDUKTAN SONRA GAYRIMENKULÜN TESCİLİNE KARAR VERİLMEK İCAP EDERKEN bu usule müracaat

(56) ÖKTEM, İmran: Temyiz Mahkemesi 7. HD. Emsal Kararları, 1955-1956, s. 149, No. 276.

edilmeden hüküm verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına) karar vermiştir (57). Yargıtayın bu nevi davalarda tahkikatın nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiğini açık ve seçik şekilde göstermektedir.

Yargıtayın yüzölçüsünün düzeltilmesi hakkındaki davalarda (58) Tahkikatın nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği hakkında emsal teşkil edecek içtihatları vardır. Tapu Kanununun 5520 sayılı Kanunla değişik 31. maddesine göre bu nevi davalarda yerinde sınır komşularının dinlenmesi şarttır. Sınır komşu tapu malikleri dinlenmeden, davacının sınır komşuları ile aralarında mülkiyet uyumsuzluğu olup olmadığı saptanmadan sağlıklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Peki sınır komşuları yerinde nasıl hazır bulundurulup dinlenecektir? Sınır komşularını davacı keşif yerinde bunları hazır bulundurduğu takdirde mesele kalmaz. Hâkim arazide sınır komşularını dinler. Sınır komşuları çağrı kâğıdı ile davet edildikleri halde hiç biri gelmez veya bir kaç keşif yerine gelmez ise durum ne olacaktır? Yargıtay 1.HD. 9.6.1977 gün ve 5293/6741 sayılı içtihadı ile bu soruya cevap vermektedir. Sözü geçen içtihadta (.....Miktar tezyidi davasında hâkim, dinlenmesi lâzım gelen sınır komşularına usulün 234. maddesi uyarınca çıkarılacak davetiyeye gelmediği veya sorulan suallere cevap vermediği takdirde tertip edilen sualleri ikrar eylemiş, yani komşusu olan davacının taşınmazını belirlemek için gösterdiği sınırlara itiraz etmemiş ve aralarında hiç bir şekilde mülkiyet uyumsuzluğu bulunmadığını kabul etmiş sayılacağı ve tezyit isteğinin kabulüne ilişkin kararın ileride bir mülkiyet uyumsuzluğu bulunmadığını kabul etmiş sayılacağı ve tezyit isteğinin kabulüne ilişkin kararın ileride bir mülkiyet uyumsuzluğunda kesin hüküm varmış gibi kendisini bağlayacağı hususlarını her halde yazdırmasının gerekli olduğuna) karar vermiştir (59). Yargıtayın bu içtihadı bize göre isabetli ve kanuna uygun değildir. Bir kere yüzölçüsünün düzeltilmesi işi nizasız kaza işlerindedir. Bir dava niteliğinde değildir. Doğru bir neticeye ulaşabilmek için hudut komşularının sıfatlarının tayin ve tesbit edilmesi gerekir. Hudut komşuları tanık sıfatında değildirler. Bununla beraber tanıkların çağrı kâğıdı ile çağrıl-

(57) Yargıtay Kararları, Adalet Bakanlığı Yayını, s. 165-66.

(58) Yargıtay İçtihadında da belirtildiği gibi uygulamada bu nevi nizasız kaza işine miktar tezyidi denmekte isede bizce bu terim doğru değildir. Gerçekte tapudaki yüz ölçüsünün artırılması söz konusu değildir. Yüz ölçüsü tahmini olarak yanlış yazılmış olduğundan yerinde ölçüm yapılarak yüz ölçüsünün düzeltilmesi işidir.

(59) Yargıtay Kararları Dergisi, 1979/7, s. 1209.

maları hakkındaki hükümler bunlar hakkında uygulanabilirse de gelmedikleri takdirde ihzar edilemezler. Hudut komşuları davalı sıfatında da değildir. Çünkü, davacı ve davalı sıfatı dava dilekçesi ile belli edilir. Hudut komşuları dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmemişlerdir. Çağrı kâğıdı tebliğine rağmen mahkemeye gelmeyen hudut komşusu tanık sıfatında olmadığından ihzar edilemezler. Taraf olarak davalı sıfatında olmadıkları için eskiden olduğu gibi gıyap kararı da tebliğ edilemez (60). HUMK.nun 234. maddesi iki tarafın isticvabı faslındadır. Bu nedenle taraf sıfatında olmayan hudut komşuları hakkında uygulanması doğru olamaz. Hudut komşusu çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmez ise genel hükümler dairesinde dava açılmak üzere davanın red edilmesi gerekir. Bu suretle nizasız bir kaza işi nizalı bir kaza işine çevrilmiş olur.

(60) MUSLUOĞLU, A. Lütfü: Yüz Ölçüsünün Tashihi Davaları ve Ehli Vukuf, Ankara Barosu Dergisi, 1960/3, s. 68-69.