



MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA “GÖREV BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ MEVZUATÇILIĞI”NIN UYGULANMASINDAKİ KAYITSIZLIK

*Prof.Dr. Ali Necip Ortan**

İncelememiz, en yalın ifadesiyle yerel mahkemenin davanın açılmasından yaklaşık bir yıl sonra yaptığı ön inceleme duruşmasında kendini görevli sayarak davalının itirazını reddetmek suretiyle tahkikat aşamasına geçmesi ve davanın açıldığı tarih itibarıyla toplam iki yıla yakın bir sürenin de aşılmasından sonra davanın göreve ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddedilmiş olmasından esinlenmiştir.

Bu incelemeyle amaçlanan; yargı kararının olağan bir eleştirisini yapmak olmayıp, medeni yargılama hukuku alanında uzman olan ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununun hazırlanmasında katkıda bulunan akademisyenlerin ve Yüksek Mahkemenin kendilerince de bilinen uygulamada yaşanan hukuki bir soruna tekrar dikkatlerini çekmektir. Başka bir deyişle amaçlanan, davanın esasına ilişkin görüş bildirmek değildir.

I. UYUŞMAZLIĞA KONU MADDİ OLGULARIN ÖNEMLİ NOKTALARININ KISACA ÖZETİ

Davacı şirketin kurucu ortak sıfatına haiz Federal Alman uyruklu gerçek kişi, yurtdışında bir yatırım fonunun yöneticisidir. Yatırım fonunun amacı, Türkiye’de inşaat sektöründe yatırım yapmak, inşa edilen konutları özellikle yurt dışındaki kişilere pazarlamaktır.

Kurucu ortak gerçek kişi, Federal Alman Konsoloslğunun güvenilir avukatlarından biri olarak tanıtılan davalıdan güneydeki bir ilimizde “**taşınmaz edinilmesinde kolaylık**” sağlanacağı telkiniyle limited şirket kurulması için yardım istemiştir.

Davalı, almanca mütercim olan eşinin bürosunda çalışan bir kişiyi % 5 pay sahibi göstererek yabancı uyruklu gerçek kişinin % 95 pay sahibi kılındığı limited şirketi kendisinin de muhasebecisi olan bir şahısın yardımı ile 14.04.2011 tarihinde kurmuştur. Şirket sözleşmesinin Almanca’ya çevrilmesi, Türk Hukuk mevzuatına uygunluğu davalı, mütercim eşinin ve yanlarında çalışan yeminli bir tercümanının aracılığı ile davacıya açıklanmıştır.

Kurucu ortak gerçek kişi, şirketi idare için şirket sözleşmesiyle on yıl için şirket müdürü atanır ve yine on yıl süreyle de ahzu kabz yetkisini de haiz olacak şekilde şirketi münferiden temsil ve ilzama yetkili kılınır. Şirket sözleşmesinin noterce onayı, tescil ve ilanı davalı tarafından yaptırılır.

01.06.2011 tarihinde kurulmuş olan davacı şirket ile davalının hukuk bürosu arasında adi yazılı bir sözleşme (özünde vekalet sözleşmesi) imzalanır. Aslında, tüzel kişiliğe haiz olmayan hukuk bürosu da avukat olarak serbest meslek icra etmekte olan davalıdır. Bu sözleşmede, davalının yükümlülükleri ve hakları özetle şöyledir:

Taşınmaz alımına ilişkin sözleşmelerin yapılması, denetlenmesi, tercümesi, alınacak ya da satılacak taşınmaz objelerine ilişkin ekspertiz raporlarının hazırlanması,

- Alıcılar tarafından yapılan ödemelerin takibi,
- Şirketçe edinilecek taşınmazların üzerinde takyidatların olup olmadığının denetlenmesi,

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- İnşaat işçilerinin ücretlerinin hesaplanması, bunların doğruluğunun ve uygunluğunun denetimi, yapılan işlerin proje ile örtüşüp örtüşmediğinin kontrolü,
- Resmi kurumlara yapılan ödemelerin organize edilmesi ve denetimi,
- Satın alınacak taşınmazlarda satıcının tasarruf yetkisinin olup olmadığının kontrolü,
- Satın alınacak taşınmaz objeleri ile ilgili sözleşmedeki bilgilerin tapu kayıtları ile örtüşüp örtüşmediğinin kontrolü,
- Noter aracılığı ile yapılacak alım satımlarda (!!) davacı şirketin temsili,
- Davacı şirketin kuruluş ve tescil işlemleri ile ilgili olarak mahkeme ve resmi dairelerde temsil,
- Her türlü proje ve ortaklıklarda bankada açılacak “bir güvenilir hesabın (!!)” yönetimi,
- Yerel makamlarla irtibat gerektiğinde temsil,
- Ticari işlerde ve noter işlemlerinde yeminli tercüman bulundurulmasının temini,
- Şirketin kurucu ortağı gerçek kişi davacının oturma ve çalışma izinlerinin temini ve tercümesi,

Hukuk Bürosu (davalı) bu hizmetler karşılığında şirketin müşterilerinden elde ettiği miktarın % 1,5 + KDV sini alacaktır. Davalının alacağı, tasarruf yetkisine sahip olduğu banka hesabına üçüncü kişilerin paraları yatırılmasıyla muaccel hale gelecektir. Davalı, paranın hesaba girmesi ile birlikte serbest meslek makbuzu kesecek ve derhal tahsilatı yapacaktır.

Ayrıca davalı, Almanya'daki yatırım fonundan Türkiye'deki hesaba yatırılan paralar ile müşteriler tarafından havale edilmiş paralar arasındaki farktan da % 1,5 + KDV alacaktır.

Ayrıca davalı , her satış görüşmesinden ve satıştan götürü olarak 1.500 Euro + KDV tahsil edecektir.

Davacı şirket, 12.07.2011 tarihinde yapılan bu adi yazılı sözleşme (vekalet ilişkisinin kurulmasından sonra) den sonra, davalının üçüncü kişiler nezdinde belli konularda yetkili kılınması amacıyla düzenlenme şeklinde noter aracılığı ile vekil tayin edilmiştir. Ancak bu vekalet genel dava / avukatlık vekaleti değildir.

Vekaletname ile avukatlık sıfatını da taşıyan davalıya, aşağıda **sayılan belli hususlar** için yetki verilmiştir. Kısaca bunlar:

- Yabancılar için taşınmaz alımı işlemlerinin yapılması,
- Satın alınan veya inşa edilen taşınmazlara elektrik ve su bağlantısı tesisi,
- ADSL abonelik kurması,
- Taşınmaz vergilerinin ödenmesi,
- Taşınmazları kiraya verilmesi,
- Telefon devri,
- Telefon dökümü hesaplarının alınması,
- Kapsamlı bir şekilde inşaat işlerinin yürütülmesi,
- İpotek verilmesi,
- İhaleye girme ve istihkak,
- Kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması,
- Kat mülkiyeti tesisi,



- Taşınmaz satışı,
- Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması,

Davacı, davalıdan tasarruf edilen paralar ile ilgili hesap verilmesini istemişlerdir. Davalı uzun bir süre böyle bir hesap vermeden kaçınmış, ayrıntısız bilgiler davacıları tatmin etmemiştir. Bu nedenle davacı 27.06.2012 tarihinde davalıyı vekaletten azletmişlerdir.

Yukarıda özetlenmeye çalışılan tüm bu maddi olgular (şirket kuruluşu ,vekaletnamenin noter aracılığı ile verilmesi , vekaletten azil) Yeni Borçlar Kanununun ve Yeni Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girme tarihi olan 01.07.2012 tarihinden önce gerçekleşmiştir.

Davacı, azil sonrasında iki kez noter aracılığı ile davalıdan hesap verme yükümünü ayrıntılı bir şekilde banka dekontları ile belgeleyerek ve üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerin orijinaleri ile birlikte bildirilmesini ve tevdi edilmesini talep etmişlerdir.

Davacı, davalı ile olan vekalet ilişkisi bağlamında taşınmaz alım satımı ile ilgili olarak bir yıldan az bir süre geçmiş olmasına rağmen davalı eliyle bir milyon Euro' yu aşkın miktar sirküle etmesine karşılık geçerli bir şekilde hiçbir taşınmazın edinilmiş olmadığını anlamışlardır.

Davacı, üçüncü kişilere karşı yapılan geçersiz sözleşmeler karşısında ödenen paraların iadesi için hukuki yollara başvurmadan önce davalıya karşı;

- Vekilin; özen, bilgi ve hesap verme, sadakat yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti,
- Üçüncü kişilerle yapılan ve davacıya talep edilmesine rağmen verilmeyen sözleşmelerin orijinallerinin tevdi,
- Hesap hareketlerini banka dekontları ile tevsik eden belgelerin sunulmasını,
- Banka hesap hareketlerinden tespit edilebilen 2013 yılı itibarıyla 101.000 Euro karşılığı 276.000,00 TL lik masraf adı altında davalı tarafından kullanılan miktarın nerelere kullanıldığının açıklanmaması halinde bu miktarın

belirsiz alacak bağlamında tahsili için **28.11.2013** tarihinde açtıkları dava ile davalıdan talep etmiştir.

2. YARGILAMA EVRESİ

Dava, **28.11.2013** tarihinde Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmıştır. Davanın Ticaret Mahkemesinde açılmış olmasının nedeni, davalının “**ticari vekil**” sıfatı ile yetkilendirilmiş olmasıdır (eTTK md.4 / 1 bent 3, eBK.md. 453).

Davalı, cevap dilekçesinde Mahkemenin görevsiz olduğu konusunda itirazda bulunmuştur.

Ticaret Mahkemesi 15.07.2014 tarihli “**ön inceleme**” duruşmasında, **davalının görev itirazını reddetmiş tahkikat aşamasına geçmiştir.**

28.06.2014 tarihli, 29044 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6545 sayılı Kanunun 45.maddesi uyarınca Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görev Yetkileri Hakkındaki 5235 Sayılı Kanunda yapılan değişiklik uyarınca Asliye Ticaret Mahkemelerinde eski sisteme dönük değişikliğin gerçekleşmesi ile Ticaret Mahkemelerinde tekrar Heyete yer verilmesi üzerine (5235 sayılı Kanunun 6545 sayılı Kanun ile değişik 5 / 3 maddesi) Ticaret Mahkemesi üyesi Sayın Hakim, 5235 sayılı Kanunun 5 / 2 uyarınca “Yargılamanın Heyetçe Yapılacak Dava Türlerinden” olduğunu varsayarak 18.11.2014 tarihinde dosyayı Heyete sevk etmiştir. Sayın üye hakim belirsiz alacak davasındaki Kısmi alacağın 276.000 TL olarak belirtilmiş olmasına rağmen, davacının olası ıslah yoluna gidebileceğini önceden tahmin ederek kendiliğinden böyle bir **öngörüde** bulunmuştur (!!!).

Sayın Heyet 12.02.2015 tarihli celsede davalıya, yabancı dildeki belgelerin tercümelerini gelecek celseye kadar mahkemeye sunmasını ve gösterdiği tanıkların hangi hususta dinleneceğine dair açıklamada bulunması için iki haftalık kesin süre verilmesine karar vermiştir.

14.05.2015 tarihli celsede (davalı bir önceki celsedeki ara kararlarının gereğini yerine getirmemiş olduğu ortadayken), Mahkeme Başkanı 28.11.2013 tarihinde açılmış davayı 14.05.2015 tarihi kararı ile **MAHKEMENİN GÖREVSİZ OLDUĞU GEREKÇESİ İLE DAVAYI USULDEN RED-DETMİŞTİR.**

3. YEREL MAHKEMENİN KARARI

Yerel bir mahkemenin kararını eleştirirken kuşkusuz kararın hüküm ve gerekçelerinin yasal hükümler ve bağlayıcı yargı kararları karşısında yerindeliği tartışma konusu yapılır.

Davalının, usul ekonomisini ilgilendirmekle birlikte davayı uzatmaya yönelik tutumu özellikle eleştiri konusu yapılmamıştır. Bununla birlikte, davalının yargılamanın uzamasına yönelik; süre uzatım talebinde bulunması, dava güney ilimizde görülmekte olmasına rağmen vekilini İstanbul Barosuna kayıtlı avukatlar arasından seçmiş olması ve bu nedenle dava ile ilgili her türlü yazışmanın ve tebligatın güney ili - İstanbul –güney ili arasında gidip gelmesi, davalının bizzat kendisinin de avukatlık sıfatı taşıdığı için kendi beyanlarıyla **“bu tür aleyhindeki sorumluluk davalarına asil sıfatı ile bizzat katılmayı prensip edindiğini”** belirtmesi ve öyle yapması, kaldı ki, davalı vekili sayın avukatın milletvekili adaylığı olduğu için iş yoğunluğu nedeniyle duruşmalara katılmasının olanaklı olmadığı anlaşılmaması, (nitekim davalı vekilinin internet sitesinden de görüleceği üzere Sayın Cumhurbaşkanımızın Başbakanlığı döneminde seçmenlere takdimine ilişkin fotoğrafların yer alması ve bu nedenle katkısının sadece dilekçede isminin yer verilmesi ibaret kalması) gibi nedenler yargılamayı gereksiz yere sürüncemede bırakmıştır.

4. YEREL MAHKEME KARARININ İRDELENMESİ

4.1. Yerel Mahkemenin Davacı ile Davalı Arasındaki Hukuki İlişkiyi Nitelemesi

Bu nitelemeyi yapmadan önce Monique-Roland Weyl “Gerçekte Ve Eylemde Hukukun Payı” isimli eserinden bir alıntı yapmayı uygun görmekteyim.

“Adalet mekanizmasının hukuki dayanağı meşruiyetçiliğidir. Adalet dar anlamda meşruiyetçidir. Bu meşruiyet biçimsel bir meşruiyettir. Bir mahkeme bir avcıyı 25 Aralık günü karda, karda avlanması yasak olmayan bir av kuşunu vurduğu için mahkum etmiş ise Yüksek Mahkeme bu kararı bozar. Ama aynı mahkeme avcının 1 Temmuz günü karda, karda avlanması yasak olan bir kuşu vurduğuna karar verirse Yüksek Mahkeme 1 Temmuzda kar yağıp yağmadığını tahkik etmez ve dolayısıyla Yerel Mahkemenin hukuki bir hata yapmadığını, kararın yolsuz olmadığını kabul ettiği olaya göre kanun metnini doğru olarak uyguladığını teslim etmek zorunda kalır.”¹

Davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişkiyi nitelerken yukarıda belirtilen maddi olguları kısaca hatırlamak gerekirse:

Davacı şirketin kurucu ortağı Türkiye’ye yatırım yapmak için ilk kez gelen ve Türkçe bilmeyen gerçek kişidir / Kendini yabancı ülkenin o ilinde güvenilir avukatı olarak bilinen davalıya emanet etmiştir / Davalı ,o yabancı dili bilen mütercim eşi ve yanında aynı dili bilen çalışanlar aracılığı ile noterlik ve ticaret sicili nezdinde gerekli işlemleri yaptırmıştır / Davalı, eşinin yanında sigortalı olarak çalışan bir

¹ Weyl, Monique-Roland, “Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı”, Konum Yayınları, Birinci Bası İstanbul 1975, sy 111-112

işçiyi kurulacak limited şirkette % 5 pay sahibi göstererek (saman adam) şirketi kurdurmuştur / Şirket sözleşmesi standart bir sözleşme olup ,davalının muhasebecisi tarafından hazırlanmıştır / Şirketin % 95 payına sahip yabancı uyruklu gerçek kişi 10 yıl süre ile şirketi idare ve aynı süre ile ahzu kabza da haiz şirketi tek başına temsil ve ilzama ile yetkili kılınmıştır / Davacı şirket, şirket sözleşmesinin konusuna giren işler ile ilgili ve tarafların hak ve yükümlülüklerini de gösteren davalı ile adi yazılı sözleşme yapmışlardır / Davacı şirket, avukatlık sıfatına haiz olmasına rağmen dava ile Genel Dava ve Takip / Avukatlık vekaleti niteliğinde olmayan belli işlerin yapılması için davalıyı noter nezdinde vekil kılmıştır / Davalı bu sıfatla üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmiş ve şirket hukuki ilişkilerden doğan taahhütler için 1.000.000. Euro' ya yakın harcama yapmıştır / Davalı daha sonra vekaletten azledilmiştir.

Sayın Mahkeme, kararında yürürlükteki TTK md.631'i dayanak göstererek “davalının ticari vekil sayılmadığını, şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadığı için ticari vekil atama yetkisinin Genel Kurul Kararı ile mümkün olabileceğini dolayısıyla TTK.md.5 /1-bent 3 anlamında ticari vekalet söz konusu olmadığından, davanın ticari dava sayılmayacağını bu nedenle görevsiz olduğunu” belirtmiştir.

Yukarıda, eserinden alıntı yaptığımız yazarın “temmuz ayında kuşu vuran avcının” öyküsünde başına gelenler böylelikle davacının da başına gelmiştir. Kaldı ki, yerel mahkemenin verdiği kararda biçimsel meşruiyette yoktur.

Şöyle ki;

1. **Davacı şirket 2011 yılında kurulmuş olduğu için yeni TTK.md.631'in TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulanması Şekli Hakkında Kanunun md.2 / 1 (a) – (b) bentleri uyarınca uygulanması söz konusu değildir.**

Uygulanması söz konusu olan eTTK.md.545'tir. Bu hükme göre “**mukavelede aksine hüküm olmadıkça ticari mümessiller ile bütün işletmeyi idare salahiyetini haiz olan ticari vekiller ancak Umumi Heyet kararı ile tayin olunabilir**”

Eski B.K md.453'e göre “*ticari vekil, ticari mümessil sıfatına haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müessese tarafından, müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir*”.

Yukarıdaki hükümden anlaşıldığı gibi, ticari vekillik ikiye ayrılmıştır:

- a. İşletmenin **olağan (mutad)** işleri ile sınırlı temsil yetkisine sahip “Genel Yetkili Ticari Vekil”,
- b. **Belli bir işin ya da işlemlerin** ifası ile görevlendirilen “Sınırlı (Özel) Yetkili Ticari Vekil”.

Her şeyden önce e TTK.md.545 ve yeni TTK.md.631 düzenleyici bir hüküm öngörmektedir. Başka bir deyişle, hükümde öngörülenin aksi sözleşme ile kararlaştırmış olabilir. Diğer taraftan eTTK.md.545 çerçevesinde, müdürlerin ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunsun bulunmasın, genel kurul kararı olsun olmasın **sınırlı sayıda belli işler** için ticari vekil atamasına bir engel öngörmemiştir.²

Yukarıda belirtildiği üzere, davalının gerek davacı şirket ile yaptığı adi yazılı sözleşmede, gerek kendisinin belli işleri yapma konusunda noterce vekil kılındığına ilişkin vekaletnamede, ticaret şirketinin şirket konusuna giren ticari ilişkileri ile ilgilidir. **Davalı, üçüncü kişiler ile ticaret şirketini temsilen ticari vekil sıfatı ile hukuki işlemler yapmış, davacı şirket bu işlemlerden doğan mali yükümlülüklerini yeni B.K ve yeni TTK yürürlüğe girmeden yerine getirmiş ve yine aynı evrede davalıyı vekaletten azletmiştir.**

Kaldı ki; yeni TTK.md.631 deki yeni düzenlemenin yani “özel yetkili ticari vekilin dahi genel kurul tarafından atanması gerektiği “sonucunun, genel kurulun şirkete ait işletmenin idaresine karışması anlamına geleceği için kurumun niteliğine uygun olmadığı görüşü öğretilmektedir.³

² Eriş, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler, C.II (md.174-556), Ankara 2004, sh.2873*

³ *Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012 sh.546; Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 9.bs, İstanbul 2015, sh.428-429; Bilgili / Demirkapı: Şirketler Hukuku, Bursa 2013 sh.696-697*

Diğer taraftan, TTK md. 631 in gerekçesinde eski TTK md. 545 in aynen muhafaza edildiği belirtilmektedir. Oysa , her iki madde arasında fark vardır. Yeni düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanununun 816ncı maddesinin Almanca metninden aynen çevrildiği, bu yapılırken de eski TTK md.545 metninin lafzındaki farkın gözden kaçtığı kanaati doğmaktadır.

2. TTK md. 631 de ve eski TTK md. 545 de genel kurulun aldığı atama kararı iç ilişki ile ilgilidir. Bu atama kararının ve dolayısıyla temsil yetkisinin müdürlerce noterce düzenlenen vekaletname ile ticari vekile verilmesi suretiyle gerçekleşir. Vekaletname ortaklık adına müdürler tarafından imzalanır.

Bununla birlikte böyle bir atama kararı olmaksızın müdürler geçerli bir şekilde ticari vekile noter aracılığı ile temsil yetkisi verilerse bu durumda böyle bir yetkiye dayalı olarak ticari vekilin üçüncü kişilerle yaptığı işlemler ortaklığı bağlar. Genel kurulca atama kararının yapılmamasının, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından herhangi bir etkisi de yoktur. Önemli olan kendisine yetki verilen ticari vekilin vekaletname de belirtilen temsil yetkisinin kapsamına uygun olarak davranmasıdır. Diğer taraftan, yukarıda da belirtildiği üzere TTK md. 651 ve eski TTK md. 545 de “şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmediği takdirde, ticari müessesiler ve ticari vekiller ancak genel kurul kararıyla atanabilirler” ifadesinden de anlaşılabilir gibi ortaklık sözleşmesinde özel bir kural getirmek suretiyle ticari vekilin atanması bakımından müdürlere de yetki verilebilir. Yani, ticari vekil atanması genel kurulun devredilmez yetkileri arasında değildir. Bu söylenenlere paralel olarak da TTK md. 616 da da bir düzenleme yapılmamıştır.

Somut uyuşmazlıkta da davalı **vekaletnamede belirtilen** ve şirket sözleşmesinde sayılan konularla ilgili hukuki işlemleri ortaklık adına ve hesabına yapmış, ortaklık tüzel kişiliği de yapılan işlem ve sözleşmelerden doğan taahhütleri yerine getirmekle üçüncü şahıslara karşı borçlarını ifa etmiştir. Malum olduğu üzere tacir niteliği taşıyan davacının eTTK.md. 21 anlamında davalı ile ilişkisi ticaridir.

Sayın mahkemenin bu maddi olgular karşısında TTK md. 631 i uygulamış olması hem yasanın tatbiki açısından hem de ilgili hükmün içeriği bakımından yerinde olmamıştır.⁴

3. Yeni TTK yürürlüğe girmeden önce Yargıtay’ın fiili tek kişilik limited şirketler hakkında herhangi bir kararı olmamasına rağmen öğretisi de özellikle Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 10.03.1958 tarihli kararının eski TTK md. 435 / 1 ile (tek kişi ortaklığı) ilgili olduğu görüşü ileri sürülmüştür. En azından Türk Öğretisinde Prof. Dr. Halil Arslanlı, Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Prof. Dr. Tuğrul Ansay, Prof. Dr. Oğuz İmregün gibi önemli hukukçular fiili tek kişilik limited şirkete karşı olumsuz bir tutum almamışlardır.⁵

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde davacı şirketin yabancı uyruklu kurucu ortağının davalının güvenilir avukatlık sıfatına da haiz olduğunu göz önünde tutarak taşınmaz elde edilmesindeki kolaylık sağlanacağı telkini doğrultusunda şirket sözleşmesini bizzat davalıya hazırlatması, eski TTK nın yürürlükte olduğu süreç içinde tek kişilik limited şirket kurma olanağı olmadığı için davalının eşinin yanında çalışan bir işçiyi % 5 pay sahibi kılınarak bir saman adamla birlikte şirket kurmak durumunda kalmış olması karşısında sayın mahkemenin “**perdeyi kaldırmayarak**” ticari vekil atanmasının genel kurul kararına dayanmaksızın % 95 pay sahibi olan 10 yıl süre ile müdür sıfatıyla şirketi idare ve temsil yetkisine haiz ortak tarafından yapılmış olmasını yeterli olmadığı ve yasaya uygun olmadığı görüşüne katılmak mümkün değildir.

⁴ Şener, Oruç Hami, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Ankara 2015 sh. 62 vd. 11

⁵ Tekinalp, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4üncü bs, İstanbul 2015, sh.32 dn.16-19

4.2. Yerel Mahkemenin “Görevsizlik” Kararı

Yerel mahkemenin, davacı ile davalı arasında yukarıda belirtildiği şekilde hukuki ilişkiyi nitelmesine koşut, “görevsizlik” kararı vererek 2013 yılında açılmış davayı 2015 yılında reddetmiş olması nedeniyle öncesi yargılama sürecinin köşe taşlarını tekrar hatırlatmak gerekirse:

- Davacı, davasını Ticaret Mahkemesinde açmış, davalı cevap dilekçesinde mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürmüştür. Davacı Mahkemenin görevli olduğu konusunda maddi ve hukuki vakıaları delillendirerek Mahkemeye düplik dilekçesinde ayrıntılı açıklamıştır.
- Yerel mahkeme, “Ön İnceleme Duruşmasında” davalının görevsizlik konusundaki itirazını reddetmiş, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi “ticari vekalet ilişkisi” olarak nitelmiş, dolayısıyla TTK md.5/ 1-b.3 uyarınca görevli olduğuna karar vermek suretiyle tahkikat aşamasına geçmiştir.
- Ticaret Mahkemeleri bu evrede yeniden çok hakimli mahkemeye dönüşmüştür.
- Üye hakim, talep olmadığı halde kendi kişisel kanısına göre, davacının ileride davasını ıslah etmek suretiyle alacak miktarını arttırabileceği düşüncesi ile dosyayı heyete sevk etmiştir.
- Mahkeme heyet olarak duruşmayı sürdürmüş, davalıya gösterdiği tanıkların hangi konuda dinleneceğine ilişkin beyanda bulunması için kesin süre vermiş ve ayrıca davalının sunduğu yabancı dildeki belgelerin ‘Türkçe’ ye çevrilerek mahkemeye tevdiini ara kararında belirterek yeni bir duruşma günü tayin etmiştir.
- Mahkeme, yeni duruşma gününde görevsizlik kararı vererek davacının davasını reddetmiştir.

Yerel Mahkeme kararını gerekçelendirirken kısaca şu hususlara yer vermiştir:

“taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ticari vekalet olmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tarafların ticari faaliyetine dayanmadığını (!), davalının gerçek kişi olduğunu, davanın vekaletin kötüye kullanılmasından kaynaklandığını, görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu, 6102 sayılı TTK .md.5 / 3 fıkrasının 6335 sayılı Kanunun md.2 ile değiştiği için Asliye Ticaret Mahkemeleri ile Asliye Hukuk Mahkemeleri ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin göreve ilişkin olduğunu, görev hususunun kamu düzeninden olup aynı zamanda dava şartı olduğunu, dolayısıyla davanın göreve ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddine karar verilerek, hükmün kurulduğunu” belirtmiştir.

Yerel Mahkemenin bilindiği varsayılarak açıkça kararında yer vermediği Hukuk Muhakemeleri Kanunun md.1 / c-2 , md.114 / 1-c , md.115 / 1 – 2 hükümlerine yollama yapmış olduğu anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, kararını destekler mahiyette şu hususları da göz önünde tutmuş olabilir:

- “Görev” usuli müktesep hakkın istisnalarından biridir. Daha önce mahkeme görevsizliği konusunda herhangi bir karar vermemiş olsa bile daha sonra görev hususunu göz önünde tutabilir (YİBK .04.02.1959 D,1957/13 E , 1959 / 5 K – RG.28.04.1959 N.10193). Kaldı ki, HMK. md.115/1 hükmü de bu ilkeyi yansıtmaktadır.
- Dava şartları ve ilk itirazlar öncelikle mahkemece; dosya üzerinden incelenebileceği ve karara bağlanabileceği (HMK.md.137/1) bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği (HMK.md.138 ve md.140/1, ayrıca HMK.md.320/2), her ne kadar **ön inceleme müessesesinin eski usul kanunu zamanında mahkemelerin uzun bir süre geçtikten sonra dava şartlarındaki noksanlığı gözeterek usul yönünden davayı reddetmelerinin özellikle usul ekonomisi bakımından sakıncalarını ortadan kaldırmak için ön görüldüğü kabul edilse de, dava şartlarının ön inceleme aşamasında eksikliğinin her zaman nazarı dikkate alınacağı,dolayısıyla ön incelemeye ilişkin hükümlere uyulmamasının bir müeyyidesinin de ön görülmemiş olduğu, çünkü dava şartlarına ilişkin hususların kamu düzeninden olduğu,**

- Görev konusunda, Fedaral Alman Hukukunda olduğu gibi yabancı hukuklarda ara kararlardan dönülmesi çok sıkı şartlara bağlı olduğu halde, Türk Hukukunda bu tür zorlukların olmaması nedeniyle ara karardan her zaman dönülmesinin mümkün olduğu, kaldı ki, dava şartları bağlamında bunun kayıtsız ve şartsız kamu düzeni gerekçesi ile mümkün olduğu,
- Yargı işleri açısından özel mahkeme niteliğindeki “Asliye Ticaret Mahkemeleri” ile Asliye Mahkemeleri arasındaki ilişkinin İş bölümü sayılmasının işin niteliğine uygun düşmediği (6335 sy Kanuna ilişkin Adalet Komisyon Raporu, S – 303, S.13) nitekim Yargıtay’ ın da bu anlayışa koşut “belli tür davalar için Özel Mahkeme kurulması ve bu arada ticari davaları görmek üzere Ticaret Mahkemelerinin mevcudiyeti ihtisasa dayanan bir teminat teşkil ettiği, (HGK,12.02.1972 , E.1970/1-616 , K.87).
- HMK.md.1’in Anayasa md.143’e koşut düzenlemesinin “Tabi Hakim İlkesinin” bir gereği olduğu, keza Anayasa md.37 nin de bu hususu teyit ettiği, bu yolla yürütme organının yargıya müdahalesinin önlenmediği başka bir deyişle, mahkemelerin görevinin kanun dışındaki hukuki düzenlemeler ile belirlenmesinin mümkün olmadığı,
- Her ne kadar HMK.md.1c.2 uyarınca göreve ilişkin kuralın kamu düzeninden sayılacağı, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı yasada açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, 1086 sayılı eskiden yürürlükte olan HUMK’ta böyle bir açık hükme yer verilmemiş olmasına karşın, o dönemde de görev kuralının uygulama ve öğretide “Kamu Düzenine İlişkin Kural” niteliğini taşımış olduğu (Örn.bkz.YHGK,12.04.2006, 2006 / 21 -104 E , 2006 / 174 K)
- 6100 sayılı HMK.md.116 / 1.c de belirtilen “iş bölümü itirazı” hakkında bent hükmünde TTK da yapılan yeni değişiklikle ilga edilmiş olduğu,

gibi hususlar yukarıda belirtilen mahkeme kararını destekler niteliktedir.

Bununla birlikte, yerel mahkemenin ve diğer mahkemelerin yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde, davanın her aşamasında görevsizlik kararı verebileceğine ilişkin kayıtsız ve şartsız uygulamasının sonuçlarını aşağıdaki kavram ve ilkeler karşısında ele almak zorunlu olmuştur.

5. “GENEL KAMU DÜZENİ”

Günümüzde kamu düzeni kavramının günlük kullanımdaki sokak dinginliğini ifade etmekten öte daha geniş bir alanı kapsadığı bilinmektedir.

Kamu düzeni kavramı öğretisi ve Yüksek Mahkeme kararlarında birbirinden az çok farklı tanımlanmaktadır. Kamu düzeni, hemen her hukuk dalında önemli yer işgal ettiği için kavram olarak belli bir soyutluk düzeyinde ve kamu – özel hukukun tüm dallarında genel geçerli olacak biçimde tanımlanma gayretleri vardır.

Kamu düzeni kavramının tanımlanmasındaki güçlük; kişisel, grupsal, toplumsal ve siyasi ilişkilerin güdümü altına sokulan “kamu düzeninin” gerçek amacından ve içeriğinden uzaklaştırılmaya çalışılmasıdır.

Bu nedenle, demokratik, laik sosyal hukuk devletinin kamu düzeni ile toplumda süre gelen düzen arasında yabancılaşma oluşmaktadır. Bu olguda, kamu düzeninin “konforme” olması anlamına gelir. Başka bir deyişle; cumhuriyet ve sosyal hukuk devletinde kamu düzeninin üstün değerleri ile yaşanan gerçeklik arasında uçuruma yol açan konformizm önemli hale gelmektedir. Konformizmin Türkçe karşılığı “**uymacılık**” biçiminde adlandırılmaktadır. Konformizm veya uymacılık; yürürlükteki kurum, ölçüt ve şartlara, kesin olmayan katı kalıplara, eleştirici bir değerlendirme yapmaksızın “uyma” veya “geleneklere ve törelere bağlı olma”, “başkalarına hemen boyun eğme”; “herkesin düşüncesi ile hemen bağdaşabilme”; “herkes ile kolayca anlaşabilme”; “çoğunluğun düşünce ve davranış biçimlerini toplum değer ve normları kabul etme” anlamına gelmektedir.

Ülkemiz özelinde hukukçu olmak, yasal ve uygulanan mevzuat ile adliye kültür ve uygulamasını öğrenmekle eşdeğerdedir. Mevzuat, nereden ve ne amaçla gelir ise gelsin uygulanması ve uyulması gereken yazılı kurallar bütünü şeklinde algılanır. Bu noktada katı pozitivismizmin hukukçu üzerindeki etkisini dile getirmenin ve hukuk güvenliğine bağlanan bir beklentinin öne çıktığını söylemek gerekirse de, böyle bir duruşun varlığı söz konusu da değildir. Çoğunca hukukçularımızda böyle bir bakış açısı ya da kavramlaştırma, kısaca hukukça bir bakışın izleri bulunmamaktadır. Hatta, çoğu örnekte hukukçuların böyle bir düşüncü veya bilgiyi öğrenmemiş, duymamış oldukları bile ileri sürülebilir. Hukukunun bu yetersizliği meslek adamı olduğunda katlanılmaz hale gelmektedir. Çünkü, kamu görevlisi veya yurttaş olarak kamu düzeninin biçimlendirilmesinde hukukçular kilit özelliğe sahiptir. Özellikle toplumun barışlandırılmasında yaşanan sorunlar ve yetersizlikler somut hak kayıplarına yol açtığı kadar sosyal adaleti ve toplumsal barışı kaldıran yeni yapılarak da geçit vermektedir. Bu durumun farkına varmak ve buna engel olmak demokratik sosyal hukuk devletinde hukuk düzeninin ve yargı erkinin amaçladığı kamu düzeninin en önemli amacı ve hedefi olmalıdır.⁶

Yukarıdaki nedenlerle, **kamu düzeni** Yargıtay' ın çeşitli kararlarında ölçüt olarak kullanılmakla birlikte “belirsiz” bir kavram olarak varlığını sürdürmektedir. Kamu düzeni karşısında sağlam bir duruş sergilenemediği Anayasa Mahkemesinin de sözü edilen kavramı son derece ihtiyatla yaklaştığından anlaşılmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin bir kararında:

“Yerli ve yabancı bir çok hukuk eserlerinde çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim (kamu düzeni) sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin toplumun huzur ve sükununun sağlanmasının devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle; cemiyetin her sahadaki temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.⁷

Öğretide de Anayasa Mahkemesinin çizdiği genel çerçeveye uygun tanımlar yapılmaktadır.

Örneğin bu tanımlardan en genellerinden biri “*kamu düzeninin toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olduğu*” şeklindedir.

Kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımlarda, kamu düzeni uygulanmasında “*kamunun kesin yararı olan, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan, kamu yararını, kamu vicdanı ve genel ahlaki çok yakından ilgilendiren kurallar olduğu*” biçiminde saptamalar yapılmaktadır. Diğer taraftan, kamu düzeninin toplum için büyük öneme sahip olması nedeniyle emredici nitelikte hukuk kurallarıyla korunan yararları da içerdiği söylenebilir.

Kamu düzeni kavramı içinde olduğu kabul edilen veya ileride bu kapsama dahil edilecek yararlar önem açısından derecelendirilmeye bağlı tutulmaktadır.

Belirtildiği gibi, her yasa az veya çok kamu yararına olma özelliğini taşımak zorundadır. Kamu düzeni kavramı içine giren kamu yararı ise, alelede kamu yararı olmayıp, deyim yerinde ise “**Yoğunlaştırılmış Kamu Yararıdır**”.⁸

Kamu düzeni kapsamı ise, kamu veya özel hukuk içinde olan her bir hukuk dalında az çok diğer hukuk dallarına göre farklı biçimde belirtilmektedir. Böyle olmasının nedeni; her hukuk dalının kendi temel amaçlarına, temel işlevine göre kamu düzeni kapsamını şekillendirme gayretidir. Buna bağlı olarak, her bir hukuk dalının kamu düzeni için çizdiği kapsamın diğer hukuk dallarının çizdiği kapsamın içine girmeyen bazı unsurları barındırması veya aksine diğerlerinin çizdiği kapsam içinde yer alan bazı unsurlara yer vermemesi söz konusu olabilmektedir.

⁶ Kutlu, Mustafa: *Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi, Sosyolojik Bakışlar II Sempozyumu*, 4 - 11 Eylül İstanbul sh.93- 97

⁷ 28.01.1964, E.1963 / 128, K.1964 / 8 - RG.17.04.1964 sy.11685

⁸ Atakan, Arda: *Kamu Düzeni Kavramı, MÜHF - HAD, c.13 sa.1-2 ,207, sh.131 vd.*

Kamu düzenini kapsamını belirleme bakımından en açık farklılık kamu hukuku ile özel hukuk dalları arasındadır.

Kamu düzenini kapsamını oluşturduğu kabul edilen unsurlar, genel ve soyut kamu düzeni kavramına oranla daha somuttur. Fakat bu unsurlarında belli ölçüde soyutluk ve genellik özelliği vardır. Unsurların önemli olanları sayılarak kamu düzenini kapsamının sınırlarını genel olarak çizmek gerekirse (belirtilecek olanlar, hemen hemen bütün hukuk dalları için geçerli olabilecek unsurlardır):

- Türk Hukukunun Temel İlkeleri ve Değerleri,
- Türk Yasalarının Temelinde Yer Alan Temel Adalet Anlayışı,
- Türk Yasalarının Dayandığı Temel Siyaset,
- Anayasada Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler,
- Uluslararası Alanda Da Geçerli Olan Hukukun Ortak Genel İlkeleri,
- Dürüstlük İlkesine Dayanan Kurallar,
- Medeni Toplulukların Müstereken Belirledikleri Ahlak İlkeleri ve Adalet Anlayışına İlişkin İlkeler,
- Kamu Güvenliği, Sağlığı ve Esenliğine İlişkin Kurallar,

Kamu düzenini somut içeriği yasa hükümleri yoluyla ortaya konur veya yasa hükümlerinde somutlaşır. Başka bir deyişle, yukarıda belirttiğimiz kamu düzenini kapsamını oluşturan unsurlar ilke olarak yasalarda hatta bazı unsurlar doğrudan doğruya Anayasa normlarında cisimlenir. Kuşkusuz somut içerik toplumdan topluma farklı olabileceği gibi aynı toplumda zaman içinde de değişebilir.

6. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA MAHKEMELERİN GÖREVİ BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ

Medeni Yargılama Hukukundaki öğretisel anlayışa göre, kamu düzeninin maddi hukuktaki kadar geniş algılanması çeşitli sorunlara yol açacaktır. Bu anlayışa göre, maddi hukuktaki kamu düzeni “**elverişlilik hali**” ile ilgilidir. Yani, tarafların üzerinde tasarruf edip edemeyeceği işler ayrımını ilgilendirir.⁹

Bu nedenle “**usuli kamu düzeni**” kavramından söz edilmektedir. **Usuli kamu düzeninin**; usul hukukunun emredici temel normlarına, devletin egemenlik yetkisinin en somut kullanım biçimlerinden biri olan yargı erkinin işleyişini sağlamaya yönelik ve emredici bir biçimde kaleme alınmış olan normlar bütünü olarak algılanır. Bunların başında, hakimin res’ en gözetmesi gereken hususlar yer alır.¹⁰ Bu bağlamda, davanın yürütülmesi ve yargı örgütü ile ilgili kuralların genel olarak kamu düzeninden sayıldığı içindir ki, dava şartlarının da kamu düzeni kapsamı içinde yer almasının bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı kabul edilirse ,medeni yargılama hukukunda kendine özgü usuli kamu düzeni anlayışı ekseninde bir hiyerarşi olup olmadığının sorgulanması gerekir.¹¹

6.1. Dürüstlük / Doğruluk ve Güven Kuralları

6100 sayılı HMK’ nın 29.maddesinde düzenlenen “dürüst davranma ve “doğruyu söyleme” yükümlülüğü TMK’ nın md.2 nin yargılamaya ve usul hukukuna yansıtılmış bir versiyonudur.¹²

⁹ Tanrıver, Süha: *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Çeşme / İzmir, 2007, sh.149 (eleştiriler).*

¹⁰ Konuralp, Haluk, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Çeşme / İzmir, 2007, sh.133 vd.*

¹¹ *Yayla – Meraklı, Deniz – Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, sh.73 ve dip not 265 – 268 de belirtilen yazarlar.*

¹² *Postacıoğlu / Altay, Medeni Usul Hukuk Dersleri, İstanbul 2015, sh.174 – 175*

HMK.md.29 hükmü uyarınca:

“Taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır.

Taraflar davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdür.”

Yargılama Hukukunda dürüstlük kurallarının uygulanması adil yargılanma ve mahkemenin vereceği hüküm açısından büyük önem taşır.

Sayın Prof.Dr.Ramazan Arslan’ ın aşağıda alıntı yaptığımız eserinde belirtmiş olduğu gibi, mahkemelerin de davanın açılması, dava malzemesinin oluşturulması ve davanın yürütülmesinde tarafların işlem ve davranışları dürüstlük kuralının denetimi altında olduğu gibi, davanın açılması ile kuruluna usul ilişkisinin bir tarafını oluşturması nedeniyle yapacağı usulü işlemlerde kamu düzeninin bir unsuru / genel hukuk ilkesi niteliğinde de sayılan dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Nitekim yazara göre:

“gerçekten dürüstlük genel kuralı taraflara hukuki koruma sağlayan organların (mahkemelerin) işlemlerini de sınırlamalıdır; mahkemelere ve kararlarına duyulan güvenin korunması için buna ihtiyaç vardır. Tarafların davaya etkili bir biçimde katılmalarını sağlayan esaslardan biri de mahkemeye olan güvenin korunmasıdır. Bu güven hukuki güvenlik, adalet ve hukuka uygunluk gibi hukuk devletinin unsurlarından biridir. Hukuk düzeninin bu temel kuralını medeni usul hukukunda da uygulanır kılmak günümüze kadar sağlanan hukuki gelişmenin bir sonucudur.

Şu hususa özellikle dikkat etmek gerekir ki, mahkemeler davada usul kurallarını tarafların güven duygularını zedelemeyecek şekilde uygulayabilecekleri ölçüde hukuka saygıyı sağlar ve hukukun gelişimine hizmet eder. Bunu sağlamanın yolu da mahkemelerin kurallara uymada gösterecekleri basiret ve titizliktir.

Bir davada hakimin yapacağı usulü işlemleri, vereceği ara kararları nihai kararlar ve hükümler davanın yürütülmesi sırasında hakim verdiği emirler, aldığı tavırlar da usul kurallarına olduğu kadar, dürüstlük genel kuralına da uygun olmalıdır.

Kuşkusuz, hakim bu görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken usul kurallarına uygun hareket edecektir. Bu kurallara uymaması kendisinin disiplin, tazminat hatta ceza sorumluluğuna neden olabilecektir.

Hakime dolayısıyla mahkemeye olan güvenin korunması, hakimin sorumluluğu yoluna gidilmesinden çok daha önemlidir. Bu nedenle, hakimlerin hukukun temel kavramlarından olan dürüstlük kuralına uygun, yargılamanın önemini hissettiren tutum ve davranışlarla usulü yetkilerini kullanıp görevini yerine getirmesi, hem tarafların mahkemeye olan güvenlerinin korunması hem taraflara veya vekillerine örnek olması açısından bir zorunluluktur.

Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi bir olayda hakimin davadaki davranışını “keyfi” olarak nitelendirerek dürüstlük kuralının bu durumda uygulanacağını ve tarafların güvenin korunması gerektiğine karar vermiştir. Hakimin dürüstlük genel kuralına uymasının duyguları ile davayı yönlendirmesini de önleyeceği ve daha isabetli karar vermesine yardımcı olacağı da göz önünde tutulmalıdır.¹³

6.2. Usul Ekonomisi İlkesi

Yargılama hukukunda geçerli olan “Usul Ekonomisi İlkesi” ne açıkça HMK.md.30 da yer verilmiştir. Bu hükme göre;

“Hakim yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür”.

¹³ Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, özellikle sh.132 – 134 ve dip not 379 da yer alan İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

Davanın açılması, davanın tarafları ile mahkeme arasında bir hukuki ilişki meydana getirdiğinden “usul ekonomisi ilkesi” kamu düzenini de ilgilendirmektedir.¹⁴

Usul ekonomisi ilkesi, yargılamanın amacına (adaletli karar verme) hizmet eden araçlardan da biridir.¹⁵

Usul ekonomisi literatürde ve yüksek mahkeme kararlarında; “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” öğeleri ön planda tutularak açıklanmaktadır.

Basitlik ögesi – yerel mahkemenin kararı bağlamında - kısaca şu şekilde açıklanmaktadır: “hakim, yoruma müsait durumlarda usul ekonomisi ilkesini gözönünde bulundurmak ve işleri basitleştirmek (kolaylaştırmak) zorundadır. Başka bir deyişle, hakim “usul ekonomisi çerçevesinde” yorum yapabilmelidir. Bu yöntem yargılamanın etkinliğinin artırılması bakımından da önem taşır.”¹⁶ Nitekim uyuşmazlıkta taraflar arasındaki hukuki ilişki adi vekalet ya da ticari vekalet de olsa vekilin özen, hesap verme, sadakat gibi yükümlülükleri Borçlar Kanunumuzun vekaletle ilişkin hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Kaldı ki; ticaret mahkemesinin dava değeri 300.000 TL nin altında olmasına rağmen dosyanın heyete tevdi (davacının dava değerini ıslah edeceği varsayılarak) dolayısıyla üç hakim tarafından incelemenin önemsendiği bir durumda görevsizlik kararı verilerek asliye mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılması “basitlik ögesinin” de gözardı edildiğini göstermektedir.

Anayasamızın 141inci maddesine göre de devlet yargının basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır. Başka bir deyişle, usul ekonomisi Anayasamızda ayrıca düzenlenmiş olduğu için, buna aykırılık aynı zamanda Anayasa aykırılığı da oluşturacaktır.¹⁷

Nitekim, Yargıtay’ımızın da usul ekonomisi ilkesine uyulması yönünde bir çok kararı mevcuttur.¹⁸

Her ne kadar “makul süre” her somut olayın özelliğine göre değişen bir kavram olmakla birlikte makul süre konusundaki gerçek ölçüt: “toplumdaki ortalama insan vicdamıdır”.¹⁹

Yargıtay yerinde olarak , hakimın dava şartlarını davanın başında incelememesi ve örneğin 3 yıl sonra görevsizlik kararı vermesini usul ekonomisine (“hızlılık” ve “ucuzluk” öğeleri bağlamında) aykırı bulmuştur. Bu karar aynen aşağıdaki gibidir:

“Bu dava nedeni ile tam yeri geldiği için HUMK’nun 77. maddesi hükmünü açıklamakta yarar görülmüştür. Hakim davayı çabuk ve en az masraf gerektirecek şekilde, diğer bir anlatımla ekonomik bir biçimde görmekle yükümlüdür (HUMK m.77). Bu çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkesi çok önemli olduğundan Anayasamız dahi hükme bağlama ihtiyacını duymuştur (bkz. Anayasa m.141/son). Gerçekte de bir uyuşmazlık bir dava ile mahkeme önüne getirildikten sonra artık kamu yararı alanına girmiş sayılır. Davanın çabuk bir şekilde görülmesinde tarafların olduğu kadar toplumun da yararı vardır. Bu nedenle hakim davayı mümkün olduğu kadar çabuk, düzenli ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Hakim anılan yasa maddesinin amacını yerine getirmeye çalışırken dava dosyasını tamamen okuyup, dava hakkında tam bilgi sahibi olmadan duruşma günü tayin etmemeye özen göstermelidir. Hakim davaya iyice hazırlanmalı, tarafların hangi hususlarda çekişme içinde bulduklarını, hangilerinde olmadıklarını tesbit etmelidir. Bundan sonra çekişme olmayan hususlarda araştırmaya gerek olmadığı için araştırma daha çok çekişmeli konulara yöneltilmelidir. Bu cümleden olarak hakim öncelikle esas hakkında tahkikata girişmeden önce dava şartlarının var olup olmadığını tesbit etmeli, bunlardan birinin bulunmadığının sonucuna, kavuşursa davayı esasa

¹⁴ Postacıoğlu / Altay, sh.175 vd.

¹⁵ Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008 C.57,SA1,S 243-274. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, İstanbul 2001, sh.1934 vd.

¹⁶ Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, sh.252 ve dn.36 da belirtilen yazarlar.

¹⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 2.bs, Ankara 2014, sh.233

¹⁸ Postacıoğlu / Altay, sh.175, dn.39 da belirtilen kararlar.

¹⁹ Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, sh.367.

girmeden dinleme olanağı olmadığından reddetmelidir. Bu nedenle, **hakim henüz esasa girişmeden öncelikle davanın başında, görev sorununu ve diğer dava şartlarını doğrudan incelemesi ancak bunların varlığını tespit ettikten sonra esas hakkında araştırmaya girişmesi gerekir.** Esas hakkında araştırma ve inceleme yapıp hüküm verilebilecek bir aşamaya gelindiğinde hakim, mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle davayı olayımızda olduğu gibi reddederse, o zamana kadar boş yere uğraşmış olur. Bu nedenle hakimin daha esasa girmeden önce görev sorununu doğrudan incelemesi yasal görevidir. Dava; 9.11.1989 tarihinde açılmış, işin esasına girilerek deliller toplanmış, **3 yıl, 2 ay, 18 gün geçtikten sonra 27.1.1993 tarihinde görevsizlik kararı verilmiştir.** Bu durum, az yukarıda açıklanan yasal kurallara aykırı olduğu gibi kamu vicdanını ve adalet duygularını da rencide ettiğinden kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Davanın çözümü sırasında hakimin başlangıçta göz önünde tutması gerekli yasal kurallar anlatılarak mahkeme kararı eleştirildikten sonra şimdi temyiz incelemesinin esasına girilmesine sıra gelmiştir. Davacı, davalının miras bırakanına 40 yıldan fazla bir zamandır şefkat ve ihtimamla bakıp gözettiğini, her türlü ihtiyaçlarını giderdiğini, emek ve masraflarına karşılık miras bırakanın bir kaç tarla vereceğine dair vaadde bulunduğunu, ölümünden sonra miras bırakana ait ve kendisi tarafından kullanılmakta olan taşınmazlardan çıkarılması amacıyla davalının elatmanın önlenmesi davası açtığını açıklayarak davasını bu maddi olgulara dayandırmıştır. Bir davada ileri sürülen maddi olguları değerlendirmek, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak hakimin doğrudan görevidir (HUMK m.76)... Az yukarıda açıklanan hukuk kuralları gözetilmeden, hukuki tanım ve yorumda yanılğıya düşülerek davanın iş mahkemesinde görülmesi gerekeceğinden bahisle yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir. Mahkemece yapılacak iş tarafların delil ve karşı delilleri toplanmalı, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde işin esası hakkında karar vermektir ibarettir” (13.HD.29.04.1993,3606/3635)

6.3. Adil Yargılanma İlkesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ nin 10uncu maddesi “adil yargılanma hakkı” na yer vermiştir.

İnsan Haklarının bölgesel korunmasında önemli bir metin olan “adil yargılanma” ilkesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6ıncı maddesinde de güvence altına alınmıştır. Anılan madde uyarınca, mahkemelerin yargılamayı kanuna, hakkaniyete uygun ve makul bir süre içinde yaparak adil bir karar vermesine hizmet etme amacına uygun olarak böyle bir ilke benimsenmiştir.

Keza, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi’ nin 47.maddesinin ikinci bendinde de “herkes daha önceden yasa ile tesis edilmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul bir süre içinde yapılacak adil ve kamuya açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir”.

Yine, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS) nin 14. maddesinin üçüncü bendinde “hakkında suç isnat edilen kişinin sahip olduğu asgari haklar sayılırken (c) bendinde sebepsiz yere gecikmeden yargılanma yapılması” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Aynı şekilde, 1978 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 8inci maddesinde “adil yargılanma” ilkesi yer bulmuştur.

Yukarıdaki uluslararası sözleşmelere benzer şekilde 1982 Anayasasının 36ıncı maddesinde de “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, Türk Medeni Usul Hukukuna ışık tutmuştur. Başka bir deyişle, HMK da adil yargılanma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Fakat, hukuki dinlenme hakkı (HMK.md.27) ve usul ekonomisi ilkesi (HMK.md.30) adil yargılanma hakkı ile çok yakından ilgilidir.²⁰

Nitekim Yargıtay HGK’ na göre “**adil yargılanma hakkı, adaletin olmazsa olmaz koşuludur ve Medeni Usul Hukukunda yargılanmanın her iki tarafına ait olan bir haktır. Adil bir yargılanma için, hakimin yanlılık, keyfilik ve tutarsızlık çağrıştıran ifade, mantıksal çıkarım, yorum ve açıklamalardan**

²⁰ Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı Legal Yayınevi 2015, sh.218 vd.

özenle kaçınması gerekir. Hakimin yorum ve değerlendirmeleri makul olmak ve normal bir insanın akıl, mantık ve vicdanını kısmen de olsa tatmin etmek zorundadır..... Taraflardan birisinin ileri sürdüğü veya karşı tarafın ileri sürüp diğer tarafın dayandığı delilleri dikkate almamak, değerlendirmemek ve bunları hüküm gerekçesinde zikretmemek, söz konusu hakkın ihlali anlamına gelir. Mahkeme adil yargılanma hakkının bir gereği olarak tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir şekilde incelemekle görevlidir. Söz konusu değerlendirmenin, hüküm gerekçesinde yapılması adil yargılama için gerekli ve zorunludur. Eksik, yetersiz, tutarsız veya salt şekli anlamda görünüşte gerekçe yazılması, bu hakkın ihlali sonucunu doğurmaktadır. Yargı organları her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip hangi maddi ve hukuki sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdır. Ortaya çıkacak karar **hukukun genel ilkelerine** mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Adil yargılanma hakkı mahkemenin, vermiş olduğu hükümde tatmin edici bir gerekçe kullanmasını gerekli kılar.”²¹

Temel hakların mahkeme önünde korunması adil yargılanma hakkının tam olarak yerine getirilmesi ile sağlanır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirlemiş olduğu temel kriterler ve unsurları gözeterek yargılanmanın adil olup olmadığını denetlemektedir.

Öğretide adil yargılanma hakkının unsurları genel olarak aşağıdaki gibi sıralanmaktadır:

- Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma,
- Aleni olarak yargılanma,
- Makul süre içinde yargılanma,
- Hakkaniyete uygun bir biçimde yargılanma²²

6.3.1. Makul Süre İçinde Yargılanma

Usul Ekonomisi ilkesinin de yukarıda belirttiğimiz bir gereği olan “makul süre içinde yargılanma”nın belirlenmesinde üç unsur önem taşımaktadır.

Dava konusunun niteliği,

Yargılama sırasında tarafların tutumu,

Yargılamayı yapan mahkemenin tutumu.²³

Yerel mahkemenin kararı bağlamında; yargılama sürecinde ilk derece mahkemelerinin tutumu başka bir deyişle her türlü ataletten kaynaklanan gecikme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince sözleşmenin 61nci maddesinin ihlali olarak nitelenmektedir. Bu konuda Türk yargı makamlarının AİHM nezdinde deyim yerinde ise bir çok sabıkası olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, örneğin Aziz Aydın Arslan / Türkiye davasında (Ticaret Mahkemesi dava açıldıktan 5 yıl sonra görevsizlik kararı vermiştir); Karyağdı / Türkiye davasında (Asliye Hukuk Mahkemesi dava açıldıktan 4 sene sonra görevsizlik kararı vermiştir) AİHM 61nci maddenin ihlali yönünde karar vermiştir.²⁴

6.3.2. Hakkaniyete Uygun Yargılanma

Yukarıda belirtildiği üzere adil yargılanma ilkesinin bir unsuru da yargılamanın **hakkaniyete uygun** bir biçimde olmasıdır. Hakkaniyet (nesafet), adaletin gerçekleştirilmesi için başvuru ilkelere biridir. Genel ve soyut hukuk kuralının bireysel ve özel durumlara olduğu gibi uygulanması

²¹ HGK, 30.10.2013, 22/206-1500 Kuru, Baki Ders Kitabı sh.218, dn28 den naklen

²² Postacıoğlu / Altay sh.178

²³ Postacıoğlu / Altay, sh.178;

²⁴ Aktepe Artık, Sezin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İçinde Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, sh.272 vd.

bazen adaletsizliklere de sebep olur. **Cicero** bu konuda “*summum ius, summa iniura* (tam hukuk, tam adaletsizlik = hukukun kesin biçimde uygulanması en büyük haksızlıklara yol açar)” saptamasında bulunmuştur. Bu tür durumlarda öndeki somut olaya ve söz konusu bireye ilişkin olarak ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesine “nesafet” denmektedir.²⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin md.6/ 1 fıkrasında yer alan “hakkaniyete uygun olarak” ibaresi aslında maddenin özünü oluşturmaktadır. Kuşkusuz, hakkaniyetin bu madde anlamında ilk ve önemli gereği, taraflar arasındaki “silahların eşitliği” (hakim önünde eşitlik) diğer bir deyişle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır.²⁶ Dolayısıyla, yargılamanın hakkaniyete uygunluğunun incelenmesi mahkeme kararının fiili veya hukuk açısından doğru olup olmadığını araştırma anlamında ele alınmamaktadır. Fakat, yargılama faaliyetinin tüm işlemlerin bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil surette yapılıp yapılmadığı konusunda değerlendirme yapmak gerekir.²⁷ Başka bir deyişle, yargılamayı yapan organın tutumu da adil yargılanma hakkı bağlamında nazara alınması gereken bir unsurdur. Bu çerçevede, yerel mahkemenin ön inceleme aşamasında kendisini görevli sayıp, heyet olarak yargılama aşamasında da tahkikatı sürdürüp, davanın açıldığı tarih itibarıyla iki yıl sonra görevsizlik kararı vermesi, kanımızca bizzat yargı organının “çelişiklik ilkesine” aykırı davrandığı dolayısıyla “hukuki belirsizliğe” neden olduğu ve bu keyfi ve tutarsız durumun geniş anlamda hakkaniyetle bağdaşmadığı açıktır.

7. SONUÇ

Yargılama Hukukunda genel kamu düzeni unsurları içinde de yer alan ve dolayısıyla usulü kamu düzeni kapsamına giren unsurlar arasında öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Bu çerçevede, göreve ilişkin kural kamu düzeninden sayıldığı kadar “adil yargılanma hakkı /usul ekonomisi”, “dürüstlük kuralı / hakkaniyet” ilkeleri aynı şekilde usulü kamu düzeninin benimsediği unsurlardır.

Bu nedenle, mahkemeler usuli kamu düzeninin unsurlarını birlikte gözetmek durumundadırlar. En azından dava şartlarının ön inceleme sonrası eksik olduğunun anlaşılmadığı hallerde, sonradan yapılan tespitin davacının daha fazla mağduriyetine neden olmamak için usulen reddedilen davaya ilişkin kararın Bölge Adliye Mahkemesinde ya da yan denetim mekanizması işletilerek başka bir mahkeme tarafından incelenmek suretiyle daha fazla zaman kaybının önlenmesi yolundaki çözümlerin, konun uzmanlarınca göz önünde tutulabilecek hususlar olduğuna inanmaktayız.

Nitekim, davacı yukarıda belirtilen nedenlerle yerel mahkeme kararını hem yitirilecek zaman hem de üçüncü kişilere karşı daha sonra rücu etmesinde zamanaşımı engeliyle karşılaşmamak için temyiz etmemiştir. Ayrıca Yüksek Mahkemenin farklı bir yaklaşım içinde olabileceğinden emin olunmamıştır.

Davacı yargılamanın içinde bulunduğu aşamada, asliye hukuk Mahkemesi hakiminin ticaret mahkemesinin görevsizlik kararını yerinde bulup, kendisini görevli saymasına ve yargılamaya devam etmesine “**umut**” bağlamıştır.

²⁵ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 10 bs.2005, sh.204*

²⁶ Gölcüklü, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılanma”, AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan), Ocak – Haziran 1994, C.49, N.1-2, s.199 – 223.*

²⁷ Ayrıca bkz. İnceoğlu, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4.bs İstanbul 2013, sh.387-399*

Kaynakça

- Aktepe Artık, Sezin:** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014.
- Arslan, Ramazan:** *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- Atakan, Arda:** *Kamu Düzeni Kavramı*, MÜHF - HAD, c.13 sa.1-2 ,207, sh.131 vd.
- Bahtiyar, Mehmet:** *Ortaklıklar Hukuku*, 9.bs, İstanbul 2015.
- Bilgili / Demirkapı:** *Şirketler Hukuku*, Bursa 2013.
- Eriş, Gönen:** *Ticari İşletme ve Şirketler*, C.II (md.174-556), Ankara 2004.
- Gölcüklü, Feyyaz:** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılanma”*, AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan), Ocak – Haziran 1994, C.49, N.1-2, s.199 – 223.
- Güriz, Adnan:** *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitapevi, 10 bs.2005.
- İnceoğlu, Sibel:** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4.bs. İstanbul 2013.
- Kendigelen, Abuzer:** *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2012.
- Konuralp, Haluk:** *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, Çeşme / İzmir, 2007, T.Barolar Birliği Yayını 2008, sh.133-150
- Kuru, Baki:** *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, İstanbul 2001; *Medeni Usul Hukuku*, *Ders Kitabı* Legal Yayınevi 2015
- Kutlu, Mustafa:** *Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, *Sosyolojik Bakışlar II Sempozyumu*, 4 – 11 Eylül İstanbul s.93- 97.
- Pekcanitez / Atalay / Özekes:** *Medeni Usul Hukuku*, *Ders Kitabı*, 2.bs, Ankara 2014.
- Postacioğlu / Altay:** *Medeni Usul Hukuk Dersleri*, İstanbul 2015.
- Şener, Oruç Hami:** *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Ankara 2015.
- Tanrıver, Süha:** *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, Çeşme / İzmir, 2007, (Doç.Dr. Haluk Konuralp’ in Tebliğinin Değerlendirilmesi), T.Barolar Birliği Yayını 2008. sh.149-150
- Tekinalp, Ünal:** *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4üncü bs., İstanbul 2015.
- Weyl, Monique-Roland:** “Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı”, *Konum Yayınları*, 1.bs, İstanbul 1975.
- Yayla – Meraklı, Deniz:** *Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara 2014
- Yılmaz, Ejder:** *Usul Ekonomisi*, AÜHFD, 2008 c.57, sa1,S 243-274; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2013.