D. 7/2018 Yargıtay/Hukuk No: 12/2017

 (Lefkoşa Dava No: 4736/2016)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı.

İstinaf eden: Kıbrıs Kapital Finans Ltd., Lefkoşa (Davacı)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Özhan Güzeloğlu, Taşkınköy, Lefkoşa (Davalı)

 A r a s ı n d a

İstinaf eden namına: Avukat Nurettin Karagözlü

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Ayşen Yaran Türk

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Musa Avcıoğlu'nun, 4736/2016 sayılı İhbarlı İstidada, 4.1.2017 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

------------

**K A R A R**

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bertan Özerdağ okuyacaktır.

Bertan Özerdağ: Bu istinaf, Davacı/İstinaf Eden (Bundan böyle sadece Davacı olarak anılacaktır) tarafından Davalı/Aleyhine İstinaf Edilen (bundan böyle sadece Davalı olarak anılacaktır) aleyhine, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin, 4.1.2017 tarihli tebligatın ve celpnamenin iptali kararından dosyalanmıştır.

OLGULAR

 Davacı, Davalı aleyhine Lefkoşa Kaza Mahkemesinde, istinafa konu davayı dosyaladı. Davadaki başlıkta Davalının adı “Özhan Güzeloğlu” olarak geçiyordu.

 Celpnamenin tebliğinden sonra Davalı protestolu ispat-ı vücut kaydı yaptırabilmek için mahkemeden izin talep etti, mahkeme 3.10.2016 tarihinde şartlı ispat-ı vücut kaydı yapılmasına izin ve emir verdi.

 Bu emirden sonra Davalı 11.10.2016 tarihinde ihbarlı bir istida dosyalayarak, celpnamenin iptalini talep etti. Davalı istidasına ekli yemin varakasında, isminin Özsan Güzeloğlu olduğunu, Özhan Güzeloğlu ile hiçbir alakasının olmadığını, yapılan tebligatın hatalı olduğunu, davanın unvanda belirtilen isimde açılmaması veya kendisine tebliğ edilmemesi gerektiğini iddia ederek, celpnamenin ve davanın iptalini talep etti.

 Davacı ise itirazname dosyaladı ve ekindeki yemin varakasında Özsan Güzeloğlu ile Özhan Güzeloğlu'nun aynı kişiler olduğunu, unvandaki ismin hataen veya sehven yazıldığını veya "clerical mistake" nitelikte olduğunu ve dolayısıyla herhangi bir hükümsüzlük veya usulsüzlük doğurmadığını ileri sürerek, istidanın masraflarla ret ve iptalini talep etti.

 İstida duruşmasında taraflar şahadet sunmadı ve mahkemeye hitap etmekle yetindi.

 Duruşma neticesinde kararını açıklayan Alt Mahkeme, 22.9.2016 tarihinden yapılan tebliğin geçersiz ve hükümsüz olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine, keza dava celpnamesinin de tümden işlemden kaldırılarak iptal edilmesine bulgu yaparak, tebligat ve celpnamenin iptaline emir verdi. Davacı bu karardan huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

**İSTİNAF SEBEPLERİ**

 Davacı istinafında 10 istinaf sebebi ileri sürmekle birlikte, istinafını 3 başlık altında toplamıştır. Davacının istinafı şöyle özetlenebilir:

**Muhterem Alt Mahkeme, unvandaki isim hatasını "clerical mistake" olarak kabul etmemekle ve tebliğin geçersiz ve hükümsüz olduğuna bulgu yaparak tebliğin ve celpnamenin iptaline emir vermekle hata yaptı.**

**TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI**

Davacı Avukatının istinafındaki hitabında ileri sürdüğü argümanlar şunlardır:

 Alt Mahkeme, istidayı ispat hususundaki külfetin Davacının üzerinde olduğundan hareketle, şahadet sunulmadığı için ispat külfetinin yerine getirilemediğine bulgu yapmış olması hatalıdır. Mavi 17'de Alt Mahkeme taraflara olgularda ihtilaf olup olmadığını sormuş, her iki tarafın da olgularda hemfikir olduğunu ifade etmesi üzerine, çelişen olgular bulunmadığı düşüncesinde olduğunu beyan etmiştir.

Alt Mahkeme huzurundaki tarafların beyanları ile olgular kabul edildiğinden, kabul edilen olgular ışığında inceleme yaparak bir karar verebilirdi.

Dolayısıyla, taraflar arasında olgularda çelişki olmadığından Davacının şahadet sunması gerekli değildi ve Davacının şahadet sunmadığı cihetle ispat külfetini yerine getiremediği bulgusu hatalıdır.

 Dava unvanındaki harf hatası basit bir usulsüzlüktür ve bu basit usulsüzlük davanın iptalini gerektirecek nitelikte değildir.

 Unvandaki isimde bir harf hatası olmuştur. Bu hata "clerical mistake" niteliğinde olup mahkemenin izni ile veya resen mahkeme tarafından giderilebilecek niteliktedir. Bu hatadan dolayı tebliğin ve celpnamenin iptaline gerek olmayıp sırf bu nedenle davanın iptal edilmesi hatalı olmuştur.

 Unvanda belirtilmiş olan Özhan Güzeloğlu isminden başka bir kişi yoktur, dolayısıyla da davanın yanlış kişiye tebliğ edilmesi diye bir durum söz konusu değildir. Dava doğru kişiye tebliğ edilmiş, sadece Davalının ismi yanlış yazılmıştır. Davalı, dava konusu çeklerle alakası olmadığını ileri sürmemektedir. Böyle bir hatadan dolayı tebliğin ve celpnamenin iptal edilmemesi gerekirdi. Bu nedenle verilen karar hatalıdır.

 Alt Mahkeme bu hatadan dolayı davayı iptal etmekle adaletsizlik yaratmıştır. İstinafın kabul edilerek davanın, celpnamenin ve tebliğin iptaline yönelik Alt Mahkeme kararının iptal edilmesi gerekmektedir. İstinafta talep edildiği şekilde emir talep edilir.

 Davalı Avukatı ise hitabında şu iddialar üzerinde durmuştur:

 Taraflar Alt Mahkeme huzurunda olguların ihtilafsız olduğunu söylemişlerdir. Ancak Davacının tek taraflı iddia ettiği ve istida konusu olan tebliğin yanlış kişiye yapıldığı, hata eseri bu kişiye dava açıldığı olguları Davalı tarafından kabul edilmemişti. Aksi ahvalde tarafların beyanları ile her şey kabul edilmiş varsayılırsa, Davacının yanlış kişiye tebliğ yapıldığını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Halbuki iki tarafın olguları birbiri ile zıttır. Bu nedenle ispat külfetinin Davacının üzerinde olduğu ve bu külfetin şahadet dinletilmemesiyle yerine getirilemediği bulgusu yerindedir. Davacının "taraflar olgularda hemfikirdi bu nedenle Davacının herhangi bir hususu ispat etmesi gerekmezdi" bulgusu hatalıdır. Özhan Güzeloğlu ile Özsan Güzeloğlu'nun aynı şahıslar olduğunu gösteren herhangi bir emare mahkeme huzurunda yoktur. Bu nedenlerle, Davacının ispat külfetini yerine getiremediği cihetle istidanın iptaline emir vermekle Alt Mahkeme hatalı bir karar vermiş değildir.

 Tebliğde usulsüzlük değil hükümsüzlük bulunmaktadır. Hükümsüzlük olduğundan davanın ve celpnamenin iptalinde hata yoktur.

 Dava sebebi ile ilgili hiçbir iddia yapılmadığı argümanına gelince; bu argümanlar davanın müdafaa aşamasında ileri sürülebilecek iddialar olup bu safhada ortaya konmalarına gerek yoktur.

 Tüm belirtilenler ışığında Alt Mahkeme istida uyarınca emir vermekle hata yapmadığından istinafın reddedilmesi gerekmektedir.

**İNCELEME**

 Bu istinafın temelinde ileri sürülen hukuki argümanları belirlediğimizde, cevaplanması gereken aşağıdaki sorular karşımıza çıkmaktadır:

1. Tarafların ve mahkemenin yaptığı beyanlar göz önünde tutulduğunda istidanın ispat edilebilmesi için tarafların şahadet sunması gerekli miydi ve yükümlülükleri nedir?
2. Bu hata "clerical mistake" olarak kabul edilebilir mi?
3. Oluşan hatanın neticesi hükümsüzlük mü doğurmalıdır yoksa usulsüzlük olarak mı kabul edilmelidir?

Belirtilenleri yeri geldikçe aşağıda inceleyeceğiz.

Davalı protestolu ispat-ı vücut istidası altında emir aldıktan sonra celpnamenin iptali için istida dosyalamış, istidanın ekinde ise Davalı, unvanda belirtilen kişinin kendisi olmadığını, hatalı olarak kendisine tebliğ yapıldığını, davanın kendisine tebliğ edilmemesi ve bu başlıkla açılmaması gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacı ise itirazname dosyalamış, ekindeki yemin varakası ile bu iddiaları reddetmiş, bunun bir hata ve/veya clerical mistake olduğunu, davanın farklı bir kişiye değil doğru kişiye tebliğ olduğunu, dava edilmek istenen kişinin Özsan Güzeloğlu olduğunu ve hataen bir harfin hatalı yazıldığını, tebliğin usulüne uygun olarak yapıldığını ve istida uyarınca emir verilemeyeceğini öne sürmüştür.

İstidanın duruşmasına başlamadan önce, 28.12.2016 tarihinde taraf avukatları mahkemenin sorusu üzerine tanık çağırmayacaklarını beyan etmişler, yine mahkemenin sorusu üzerine olgularda hemfikir olduklarını ifade etmişlerdir. Mahkeme de bu beyanlar üzerine **“Çelişen olgunuz yoktur diye düşünüyorum.”** diyerek, Davalı Avukatının da "yoktur" cevabı üzerine, şahadet sunulmadan Mahkemeye hitap edilmeye geçilmiştir.

Duruşma esnasında şahadet sunulmamış, taraflar hitap ile yetinmişlerdir. Mahkeme ise bu konudaki kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

**“Her ne kadar taraf avukatları aralarında olgusal bazda herhangi bir ihtilaf olmadığını beyan etmişlerse de istidaya ve itiraza ekli yemin varakalarında ileri sürülen olgusal iddiaların temel noktalarında zıt yönde oldukları açıkça görülmektedir.”**

 Yukarıda "OLGULAR" kısmında alıntısını yaptığımız yemin varakaları göz önünde bulundurulduğunda Alt Mahkemenin bu bulgusunda hata yoktur. Ancak mahkeme bu sonuca varacaksaydı taraflara, "çelişen olgularınız yoktur düşüncesindeyim" ifadesini kullanmaması gerekirdi. Keza, Alt Mahkeme dava yönetimine ilişkin **Emir 1(A)(2)'**de belirtilen yetkilerini kullanarak tarafların, ihtilafsız oldukları olgularla birlikte ihtilaflı olguları da belirlemeli ve belirlenen bu olguları mahkeme zabıtlarına geçirtmeliydi.

 Yemin varakalarının şahadet niteliğinde olduğu **(Yargıtay/ Hukuk 67/1992 D.11/1994)**, yemin varakalarında ileri sürülen iddialarda çelişen olgular olduğunda, bu iddiaların ispatının sağlanabilmesi için ek şahadet sunulmasının gerektiği **Limasol Türk Kooperatif Bankası Ltd. ile Fahri Şoför ve diğeri Yargıtay/Hukuk 11/2008** **Dağıtım 3/2010** sayılı kararda belirtilmiştir. Kararda bu hususta şunlar ifade edilmektedir:

**“İlk Mahkemenin yukarıda alıntısı yapılan bulgularından da görüleceği gibi tarafların dosyaladıkları istida, itirazname ve bunları destekleyen yemin varakaları incelendiğinde, bu meselede tarafların tamamen zıt görüş ve iddialara sahip oldukları görülmektedir.**

**Hukuk/İstinaf 38/73 sayılı içtihat kararında şöyle denmektedir.**

**“İstidanın duruşması esnasında yukarıda esaslarını verdiğimiz yemin varakalarına ilaveten herhangi bir taraf tarafından ek şahadet verilmiş değildir. Bu gibi istidalarda müstedi ile Müstedaaleyhin yemin varakalarında herhangi bir ihtilâf olduğunda Hukuk Muhakemeleri Usulü Nizamatının 48. Emrinin 4. nizamına göre yemin varakalarında ihtilâf konusu olan hususları Mahkeme huzurunda ispat ile mükellef olan tarafın ek şahadet ile ispat etmesi gerekir.”**

**Bu içtihat kararına göre, Müstedi ile Müstedaaleyhin yemin varakalarında herhangi bir ihtilâf olduğunda, ihtilâf konusu olan hususları, ispat ile mükellef olan tarafın ek şahadet sunarak Mahkeme huzurunda ispat etmesi gerekmektedir.”**

 Bu prensibi meselemize uyguladığımızda, Davacının ve Davalının kendi iddialarını ek şahadet sunmakla ispat etmeleri gerektiği sonucuna varılması gerekmektedir.

 Alt Mahkeme, istidayı dosyalayan taraf olarak, ispat külfetinin Davalıda olduğuna bulgu yapmıştır. Alt Mahkeme keza Davalının, tebliğ yemin varakasını Özsan Güzeloğlu olarak imzalaması ile birlikte dosyadaki celpname ve talep takririnin Davalının olgusal iddialarını desteklediğine ve Davalının olgusal iddialarının gerekçesi ile herhangi bir şahadet çağırmaksızın, sırf dosyadaki belgeler ışığında ilk nazarda ortaya koyduğuna bulgu yaparak, ispat külfetinin yer değiştirerek Davacıya geçtiğine bulgu yapmıştır.

 Yukarıda bulguların devamında Alt Mahkeme ispat külfeti kendi üzerine geçen Davacının herhangi bir şahadet sunmaksızın, hitapla yetinmesi sonucunda ispat külfetini yerine getiremediğine de bulgu yaparak, Davalının istidası uyarınca emir vermiştir.

 Bu bulguları değerlendirdiğimizde, Davacı, Davalının yemin varakasındaki iddialarını kendi yemin varakasında reddetmiş olması nedeniyle, Davalının yemin varakasında ileri sürdüğü iddia ve olguları ek şahadetle ortaya koyması ve ispat etmesi gerekmekte olduğu sonucuna varılması zorunludur. Ek şahadet sadece sözlü şahadet olmayıp, emare olarak kaydedilecek yazılı belgeleri de kapsar. Davalının tebliğ yemin varakasını Özsan Güzeloğlu olarak imzalayıp alması ile istidasını ispat hususunda üzerinde olan ispat külfetini yerine getirmiş olduğu sonucuna varılamayacağı gibi, bu belgeler bir duruşmada emare yapılmadığından emare değerinde dikkate alınarak istidanın ispat edildiği sonucuna ulaşılmaması gerekirdi. Dolayısıyla, Alt Mahkeme yukarıda alıntı yaptığımız prensibi meseleye doğru şekilde uygulamış olsaydı, Davalının istidasındaki iddia ve olguları ispat amacıyla ek şahadet sunmadığı nedeniyle istidasını ispat edemediği sonucuna varması kaçınılmazdı. Davalı ispat külfetini yerine getiremediğinden, Alt Mahkemenin ispat külfetinin Davacıya geçmiş olduğu bulgusu da buna bağlı olarak hatalı olmuştur.

 Belirttiklerimiz ışığında, Alt Mahkeme huzurunda dinlenen istida ispat edilemediği cihetle reddedilmesi gerekirdi.

 Buna bağlı olarak istinafın kabul edilerek, Alt Mahkemenin dava, tebliğ ve celpnameyi iptal eden kararının ve masraflarla ilgili emrinin iptal edilmesi gerekmektedir.

 Bu davada ortaya çıkan hata Davalının isminin **“Özsan”** yerine bir harfin hatalı olarak yazılması neticesinde **“Özhan”** olarak yazılmasıdır. Bunun bir daktilo hatası olduğu ve böyle bir hatanın düzeltilmesinin diğer tarafa bir adaletsizlik yaratmayacağı aşikardır.

 **The Supreme Court Practice Order 28 rule 11'**e dayanan Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğümüzün tadilat kurallarını düzenleyen **Emir 25 n.5** altında, bu konuda İngiltere'deki yerleşmiş içtihatlar uyarınca karşı tarafa ihbar edilip yazılı olarak verilmesi gerekmeden, mahkemelerin resen veya tarafların birinin sözlü müracaatı ile bu tür hataları (**clerical mistake)** düzeltme yetkisi olduğu vedüzelttikleri bilinen bir gerçektir. **Fatma Sıtkı ile Lefkoşa Türk Bankası Ltd. Hukuk/İstinaf 14/1973** kararında, Yüksek Mahkeme mehaz hukuktaki kararlara atıfta bulunarak, bu husustaki prensibi açıklığa kavuşturmuştur:

**“ Ancak tadil edilmesi istenen hususlar basit hususlar ise, bu hususların yazılı olarak mahkemeye ve bunun bir kopyası da karşı tarafa verilmesi gerekmeyebilir. Bu gibi hususların yazılı olarak mahkemeye ve karşı tarafa verilmek istenmesine başlıca sebep, karşı tarafın istenen tadilât hususunda ne yapması gerektiğini tezekkür etmesi içindir. Fakat bu meselede olduğu gibi tadil edilmesi istenen husus bir rakam ise bu rakamın yazılı olarak mahkemeye ve karşı tarafa verilmesi şart değildir kanaatındayız.”**

 Belirttiğimiz kural ışığında, Davacının Davalının başlıkta ismi ile ilgili yaptığı hata basit nitelikte bir hata olarak kabul edilmesi gerektiğinden, Mahkemenin resen düzeltme yetkisini kullanarak oluşan bu hatayı düzeltmesi gerekmektedir.

 Dolayısıyla Alt Mahkeme bu hataya istinaden dava ve celpnameyi iptal etmekle hata yapmıştır. Sonuç olarak istinafın kabul edilerek, Alt Mahkemenin dava, tebliğ ve celpnameyi iptal eden kararının iptal edilerek bu hatanın düzeltilmesi gerekir.

 Bunun yanında, dava başlığında oluşan bir hataya bağlı olarak dosyalanan hatalı bir avukat tutma varakası, Tüzüğün Emir 2 n. 14 kuralı uyarınca ve **Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 55-56-57/2004 Dağıtım 7/2009'da** belirtilenler ışığında mahkemenin vereceği bir emir ile, daha sonra doğru avukat tutma varakasının dosyalanması ile düzeltilebileceği yerleşmiş bir kuraldır.

 Davanın adilane ve en erken zamanda çözülebilmesi amacıyla Yargıtay olarak yetkimizi kullanarak gerek dava başlığındaki ve gerekse avukat tutma varakasındaki hataların **Hukuk/İstinaf 14/1973** ve **Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 55-56-57/2004 Dağıtım 7/2009** sayılı karardaki prensipler uygulanarak düzeltilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

**SONUÇ**

İstinaf kabul edilir ve aşağıdaki şekilde emir verilir:

1. Alt Mahkemenin dava, tebliğ ve celpnameyi iptal eden kararı iptal edilir.
2. Alt Mahkemenin Davalı lehine Davacı aleyhine takdir ettiği masraf emri iptal edilir.
3. A. Dava unvanındaki Davalının isminin Özsan Güzeloğlu

 olarak düzeltilmesine,

1. Davacının bugünden itibaren 7 gün içeriside Özsan Güzeloğlu aleyhine dava dosyalanmasına yetki veren bir avukat tutma varakası dosyalamasına izin verilmesine, ve
2. Davacının 7 gün içerisinde Özsan Güzeloğlu aleyhine dava dosyalanmasına yetki veren avukat tutma varakası dosyalanması halinde dava kaldığı yerden görüşülmeye devam etmek üzere davanın Alt Mahkemeye iade edilmesine emir verilir.
3. Meselenin kendine has olguları ışığında istinaf masrafları ile ilgili olarak emir verilmez.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

27 Mart 2018