D. 29/2018 Yargıtay/Hukuk No: 69/2016

(Lefkoşa Dava No: 6758/2013)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

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

İstinaf eden: Bumerang Travel Club Ltd., Lefkoşa (Davalı No.1)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Creditwest Faktoring A.Ş. İstanbul, Türkiye

(Davacı)

A r a s ı n d a

İstinaf eden namına: Avukat Ergin Ulunay

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Hasan Esendağlı

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Fadıl Aksun'un, 6758/2013 sayılı istidada, 21.4.2016 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı No.1 tarafından yapılan istinaftır.

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

**K A R A R**

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

Bertan Özerdağ: Bu istinaf, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin hükmün iptali için dosyalanan set aside istidasının ret ve iptal kararından dosyalanmıştır. Bu kararda Davacı/Müstedialeyh sadece Davacı, Davalı/Müstedi ise sadece Davalı olarak anılacaktır.

OLGULAR

Meselenin olgularını şöyle özetleyebiliriz:

Davacı, Lefkoşa Kaza Mahkemesinde, Davalı ile birlikte bu meselede taraf olmayan diğer bir kişi aleyhine dava dosyalayarak, bono ve/veya borç senedi ve/veya emre muharrer senet veya borç ikrarı tahtında Davalının ve diğer kişinin borçlu olduğu 8,000,000 TL ve faizlerinin ödenmesini talep etti.

Dava celpnamesi, Davalının kayıtlı adresinin bulunduğu binanın girişindeki posta kutularına bırakılmak suretiyle tebliğ edildi ve tebliğ mazbatası dosyaya girdi.

Tebliğin yapılmasına istinaden, Davacının gıyaben hüküm almak üzere yaptığı başvuru neticesinde Alt Mahkeme Davacı lehine ve Davalı aleyhine 21.11.2013 tarihli hükmü verdi.

Bu hükmün ısdarından takriben 5 ay sonra, Davalı 10.3.2014 tarihinde dosyaladığı ihbarlı bir istida ile, gıyaben verilen hükmün iptalini talep etti.

Bu istidaya itiraz dosyalayan Davacı, itiraznamesinde üç ön itiraza yer verdi. Davacının yemin varakasındaki ön itirazlar sırasıyla; istidanın geç dosyalandığı, yetki itirazına dayanılarak emir verilmesi durumunda emrin Davacının hükümle kazanılmış haklarını haleldar edeceği ve yemin varakasının esasa ilişkin olgulardan yoksun olduğu hususlarındadır.

Davacı, yemin varakasının hükmün iptalini haklı kılacak bir müdafaa ortaya koymadığını, ileri sürülen iddiaların bir müdafaa teşkil etmediğini, hükmün forum non conveniens nedeni ile iptal edilmesi durumunda haklarının haleldar olacağını ileri sürmüştür.

Alt Mahkeme istidayı dinlemiş ve istida neticesinde aşağıda özetleyeceğimiz bulgulara varmıştır:

Mahkeme, Davalı istidasına ekli yemin varakasında müdafaasında gerçekten başarılı olma ihtimali bulunduğunu iddia etmediğinden ve sadece haklı ve ciddi müdafaa sebepleri olduğunu ileri sürdüğünden, son dönemde verilmiş içtihatlarda belirtilen prensiplere uygun bir iddia ileri sürmediği nedeniyle istidanın eksik ve kusurlu olduğuna bulgu yapmıştır. Alt Mahkeme, keza, Davalının ileri sürdüğü bu iddianın müdafaasında gerçekten başarılı olma ihtimalini ispat etmesini zorlaştırdığını beyan ederek, hükmün iptal edilmesi halinde Davacıya adaletsizlik yaratılmayacağına dair bir olguya yer verilmediğinden, yukarıda belirttiklerinin paralelinde yemin varakasının eksik ve kusurlu olduğuna karar vermiştir.

Alt Mahkeme yetki konusundaki ön itirazı da incelemiş ve bu iddianın bir müdafaa sebebi oluşturduğu nedeniyle kazanılmış haklara zarar verip vermeyeceğine bakılmaksızın dikkate alınması gerektiğinden hareketle bu ön itirazı reddetmiştir.

Alt Mahkeme, bu bulguları neticesinde, Davacının istidasına ekli yemin varakasının (a) ve (c) paragraflarında öne sürdüğü ön itirazlarda başarılı olduğuna, buna karşın (b) paragrafındaki iddialarında başarılı olamadığına karar verdikten sonra, istidayı bulguları ışığında ret ve iptal etmiştir.

Alt Mahkeme, meselenin istinafa götürülme ihtimalini de göz önüne alarak, yemin varakasının eksik ve kusurlu olmadığı varsayımıyla incelemesine devam etmiştir.

Alt Mahkeme, bu incelemesi çerçevesinde dava konusu belgenin 6173/2012 sayılı davadaki belgenin eki veya devam olarak imzalandığı iddiasının olası ve gerçekte başarılı olma şansı bulunan bir müdafaa olduğuna, Davalı Şirketin ana sözleşme ve tüzüğünün yetki vermediği bir borçlanma olması durumunda ultra vires durumu ortaya çıkacağından, dava kazanan belgenin 6173/2012 sayılı davadaki belgelerin bir parçası olduğu varsayımı ile hareket edildiğinde, bu husustaki müdafaasının başarılı olma ihtimalinin bulunduğuna bulgu yapmıştır.

Bununla birlikte, Alt Mahkeme Davalının taraflar arasındaki ihtilafta yabancı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği iddiasının, layihalarda bulunmadığı nedeniyle gerçekte başarılı olma ihtimali olan bir müdafaa teşkil etmediğine karar vermiştir. Aynı şekilde, mevcut olgularla forum non conveniens müdafaasının da gerçekten başarılı olma ihtimali bulunan bir müdafaa olmadığına karar vermiştir.

Alt Mahkeme, Davalıya yapılan tebliğin usulsüz olduğu ve Davalının bu tebliğden haberi olmadığı bulgusuna varmıştır.

Alt Mahkeme mevcut olgularla istidanın dosyalanmasında gecikme olduğu yönünde bir yorumlamaya gidilemeyeceğini bulgu yapmış ve hükmün iptal edilmesi halinde mevcut hükümlere istinaden Davacıya adaletsizlik yaratılacağı bulgusuna varılmasının olanaksız olduğuna karar vermiştir.

Alt Mahkeme son olarak, istida ile ilgili masraf emri vermemiş ve pullanmamış olan belgenin 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35(2) bendi uyarınca pullanmasına emir vermiştir.

Davalı, istidanın reddinden huzurumuzdaki istinafı dosyalamıştır.

İSTİNAF SEBEPLERİ

Davalı istinafında 10 istinaf başlığı ileri sürmekle birlikte, istinafını 3 başlık altında toplamıştır. Davacının istinaf sebeplerini şöyle özetledik:

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalıya tebliğ yapıldığına bulgu yapmakla hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, hükmün iptaline emir vermemekle hata etti.**

Mukabil istinaf dosyalayan Davacı ise, mukabil istinafında 5 istinaf sebebi ileri sürdü. Davacının mukabil istinafı iki başlık altında incelenebilir:

1. **Muhterem Alt Mahkeme, tebliğin usulüne uygun olarak yapılmadığına bulgu yapmakla hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalıların müdafaalarında başarılı olma ihtimalleri olduğuna bulgu yapmakla hata etti.**

**TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI**

Davalı adına Avukatının Mahkemede yaptığı hitabın özeti şöyledir:

Dava celpnamesi usulüne uygun olarak tebliğ yapılmadı veya dava celpnamesi Davalıya tebliğ edilmedi. Davalı davanın varlığından icra aşamasında haberdar oldu.

Davalının müdafaasında başarılı olma ihtimali olduğunun açıklıkla yazılmış olduğunun addolunacağı ifadeler yemin varakasında belirtilmiştir. Yemin varakasında müdafaasında başarılı olma ihtimali olduğu ifadelerini kullanmamış olması bir eksiklik addedilemez, zira kullanılan ifadeler o yönde iddiada bulunulduğunu ortaya koyar içeriktedir.

Belirtilenlerle hükmün iptal edilmesi gereklidir.

Davacı Avukatının hitabı ise şöyledir:

Dava celpnamesi, Davalıya usulüne uygun olarak, adreslerine bırakılmak suretiyle tebliğ edilmiştir. Tebliğ gerçekleşmiş olduğundan, gıyaben verilen hükümde tebliğ hususunda herhangi bir usul hatası yoktur ve ortada geçerli bir tebliğ bulunmaktadır. Yemin varakasında tebliğin usulsüz olduğu ileri sürülmüş değildir. Bu nedenle Alt Mahkemenin bu bulgusu hatalıdır.

Alt Mahkemenin Davalının müdafaalarında haklı olduğuna dair belirtiler olduğuna yönelik bulgusu hatalıdır.

Davalı yemin varakasında Davacının herhangi bir zarara uğramayacağını veya uğrama ihtimali olmadığını ileri sürmediği gibi, bunu ortaya koyacak şahadet de sunmamıştır.

Belirtilenler ışığında, istinafın reddi ve mukabil istinafın onaylanması gereklidir.

**İNCELEME**

Yukarıda belirttiğimiz istinaf sebeplerine bakıldığında, Davacının 1. istinaf sebebi ile Davalının 1.istinaf sebebi tebliğle ilgili olduklarından birinci başlık altında; Davacının 2.istinaf sebebi ile Davalının 2.istinaf sebebi ise hükmün iptali koşullarının varlığı hususunda olduğundan ikinci başlık altında incelenmeleri uygun olacaktır.

**Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü E. 17 n. 10,** gıyaben verilen bir hükmü iptal ederken, mevzuat ve içtihat kararlarında belirtilen prensipleri dikkate alarak, uygun gördüğü şartlarda bu yönde bir emir verme yetkisi vermektedir. Bu davada olduğu gibi, Davalının gıyabında bir hüküm alınabilmesi için celpnamenin Davalıya tebliğ edilmesi, tebliğ edilmesine rağmen 10 gün içerisinde ispatı vücut dosyalanmaması ve bunun üzerine de Davacının mahkemeye tek taraflı bir başvuru ile hüküm talep etmesi gereklidir. Hukuk sistemimizde takip edilmekte olup, evrensel kuram adil yargılanma hakkı çerçevesinde Mahkeme, huzurunda gıyaben hüküm talep edilen bir davada, usulüne uygun tebliğ gerçekleşmediği durumlarda hüküm verilmesine izin vermemektedir.

Belirtilen prosedür dikkate alındığında, hüküm alınabilmesi hususunda tebliğin yapılması bu işlemlerin ilerlemesinde temel unsur olup, tebliğle ilgili herhangi bir ihtilaf olması halinde, öncelikle bu ihtilafın irdelenerek hakkında bir karar verildikten sonra diğer ihtilaflara bakılması zorunludur.

Bu esastan hareketle, istinafa, tebliğ işlemlerini incelemekle başlayacağız.

Hukuk usul kurallarımızın mehazı olan İngiltere'deki yerleşmiş prensiplere göre, bir hükmün iptalinde, dava celpnamesinin tebliğ edilmemesi halinde, hükmün iptali ile ilgili içtihatlarımızda belirlenip uygulanmakta olan, hükmü iptal etmek isteyen tarafın müdafaasında gerçekten başarılı olma ihtimali **(prospect of success)** kriterine bakılmasına gerek olmaksızın hükmün iptal edilmesi gerektiği kuralı hakimdir. **Credit Agricole Indosuez v. Unicof Ltd. (2003) EWHC 77(Comm.)** davasına da atıf yapılarak, **Civil Procedure 2011 Vol.11** unvanlı eserin 423 sayfasında, bu görüşe şöyle yer verilmiştir:

**“A default judgement must be set aside irrespective of the defendant's lack of prospect of success if the claim has not been served.”**

Yukarıda değinilenlerden de görülebileceği üzere, bir hükmün iptaline karar verilmesi yönünde gıyapta hükmün alınabilmesi için gerekli bir şart olan tebliğin yapılmış olması, hükmü iptal etmek isteyen tarafın gerçekten başarılı olma ihtimali bulunan bir müdafaasının olup olmadığına bakılmaksızın, zorunlu bir iptal sebebi oluşturmaktadır.

Belirttiğimiz hukuki durum ışığında, tebliğle ilgili ileri sürülen iddiaların ve Alt Mahkemenin bu yöndeki bulgusunun öncelikle incelenmesi gerekir.

Davacı, istidanın ekindeki yemin varakasında yapılan beyanlarda tebliğin usulsüz olduğunun ileri sürülmediği, tebliğin 500 personeli bulunan bir şirkete bırakılmak suretiyle yapıldığının ileri sürüldüğü cihetle Alt Mahkemenin tebliğin usulsüz ve geçersiz olduğu bulgusunun hatalı olduğunu ileri sürmektedir.

Olgulara bakıldığında, Davacının sunduğu şahadette dava celpnamesinin, Davalının iş yerinin kapalı olmasından dolayı Davalının ofisinin bulunduğu binanın girişindeki posta kutusuna bırakıldığı ileri sürülmüş; Davalı ise dava ile ilgili herhangi bir tebliğ evrakının kendilerine ulaşmadığını iddia etmiştir.

Davalının yemin varakasına bakıldığında, Davalının kendisine usulüne uygun bir tebliğ yapıldığını kabul etmekte olduğu sonucunu doğuran bir olgunun olmadığı gibi, Davalıya bırakılmak suretiyle yapılan bir tebliğ sonucunda alınan bir hükmün iptali için Mahkemeye başvuran Davalının, tebliğin kayıtlı adresine yapılıp yapılmadığını sorgulama hakkı olacağı doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Az önce belirt-tiğimiz gibi, gıyaben alınan hükümde, temel unsur, karşı tarafa usulüne uygun bir tebliğin yapılmış olması olduğundan, bu hükmün iptali için Mahkemeye başvuran tarafın bu yönde bir eksiklik veya hata olduğunu ortaya çıkarma hakkı olmalıdır.

Davalı bir tüzel kişi olduğundan, yapılacak tebliğ tüzel kişilere yapılacak tebliğe uygun bir şekilde yapılması gereklidir.

Bu konuda **Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 5 n.7'**de öngörülen tebliğ şekli şöyledir:

**“7. Tüzel kişilere yapılacak tebligatın nasıl yapılacağını düzenleyen yasal kural olmadığı hallerde, bir celpnamenin veya diğer tebliğ evrağının daire suretini tüzel kişinin başkanına veya diğer başmemuruna, veznedarına, veya sekreterine vermek veya böyle bir daire suretini tüzel kişinin dairesine teslim etmek geçerli tebliğ sayılır; ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde kurulmuş olmayan bir şirketin söz konusu olduğu durumlarda daire suretini söz konusu şirketin Kıbrıs’taki iş yerine, veya şirketin böyle bir yeri yoksa, Kıbrıs’ta şirket namına iş yapmaya yetkili olduğu görünen kişiye vermek, mahkeme veya yargıç tarafından başka türlü emredilmedikçe, geçerli tebliğ sayılır. Bir celpname veya diğer tebliğ evrakının herhangi bir tüzel kişiye veya herhangi bir cemiyete veya derneğe veya tüzel kişiliği olan veya olmayan herhangi bir kuruluşa veya birkaç kişiye tebliği konusunda herhangi bir yasa ile kural konmuş olan durumlarda celpnamenin daire suretinin tebliği ilgili yasa kurallarına göre yapılabilir.”**

Bu davada tebligat şirket yetkililerine yapılmadığından ve bırakılmak suretiyle tebliğ yapıldığı beyan edildiğinden, diğer tebliğ usullerini incelemeyi gereksiz görmekteyiz.

Usul hukukunun en önemli prosedürü olduğu gibi en sorunlu uygulaması olan tebliğde amaç, aleyhinde çare aranan tebliğ yapılacak kişiye gerekli bildirim yapılarak haberdar edilmesi ve davaya karşılık vermesine olanak tanınması olup, tebliğ yapıldığında, mahkeme de tebliğin karşı tarafa yapıldığı ve gerekenin yerine getirildiği hususunda kusursuz olarak kendini güvende hissederek ilerleyebilmesini sağlamış olmaktadır. Bu husus, The Annual Practice 1951 unvanlı eserin 63. sayfasında şöyle ifade edilmiştir:

**“The object of all service was, of course, only to give notice to the party on whom it was made, so that he might be aware of, and able to resist, that which was sought against him, and where that had been done, so that the Court might feel perfectly confident that service had reached him, every thing that had been done that could be required.”**

Tüzel kişilere yapılacak tebliğle ilgili yasal bir kural bulunmadığından, yukarıda atıf yaptığımız Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü'nde belirtilen bu kuralın tüzel kişilere yapılacak tebliğlerde uygulanması gereklidir. Tüzük'de belirtilen kural, şirketin dairesine veya orijinal metninde belirtilen **“office”e** tebliğ etmek suretiyle yapılmasını gerekli kılmaktadır. Tüzüğün orijinal metnindeki **“office”** teriminden kasıt, “**registered office”** yani kayıtlı ofisi veya adresi olduğu anlaşılmaktadır.

Tüzük kurallarının mehazı olan Rules of Supreme Court'da bu husus, O.9 r.8 altında düzenlenmekteydi. Benzer kurallar içermekle birlikte tüzel kişilere yapılacak tebliğin, kayıtlı adreslerine bırakılmak suretiyle yapılabileceği kabul edilmekteydi.

**The Annual Practice (1951)** unvanlı eserin 75. sayfasında, kayıtlı adresi bulunan her şirketin kayıtlı adresine bırakılmak suretiyle dava celpnamesinin tebliğinin yapılabileceği ifade edilmiştir:

“**Every company having a registered office may be served with any document by leaving it at .... to the registered office of the company.”**

Aynı eserde, tebliğin kayıtlı adrese bırakılmak suretiyle yapıldığının ispatı tebliğin geçerliliği için yeterli olduğu görüşü belirtilmiştir.

İstinafa konu meselede, tebliğin kayıtlı adrese bırakılıp bırakılmadığı ihtilafı konusunda Davacının iddiası, kayıtlı adresin kapalı olduğundan tebliğin kayıtlı adresin bulunduğu binanın girişinde yer alan posta kutusuna bırakılıp yapıldığıdır. Bu olgu göz önüne alındığında, tebliğin yapılış şekli itibarı ile usulüne uygun ve geçerli bir tebliğin yapılıp yapılmadığı ihtilaflıdır.

Davacı Tanığı, Mahkeme Tebliğ Memuru Salih Tabur Davalının kayıtlı adresine gittiğinde, ofisin kapalı olduğundan kayıtlı adresin bulunduğu binanın girişinde yer alan posta kutularına bırakılmak suretiyle tebliği gerçekleştirdiğini ve telefoniyen de İsmail Zeynel Abidin ve Doğu Abidin'e tebliği bıraktığına dair bilgi verdiğini ileri sürmüştür.

İsmail Zeynel Abidin Mahkemede şahadet vermiş olmakla birlikte, bırakılan tebliğ evrakı konusunda kendisine telefoniyen bilgi verildiği iddia edilmiş değildir.

Davalının kayıtlı adresi ihtilaf konusu olmayıp **Ali Rıza Efendi Caddesi Necati Hasan İş Merkezi Kat 1 No.9 – 10'**dur. Celpname, Tebliğ Memuru tarafından Şirketin kayıtlı ofisi olarak kullandığı birebir tam bu adrese bırakılmadığı aşikardır. Posta kutuları binanın girişinde, zemin katta olup, bırakılan adresin Davalı Şirketin kayıtlı adresinin aynısı olduğu düşünülemez.

Tüzel kişilerde kayıtlı adrese bırakılmak suretiyle yapılacak tebliğlerde, iş yeri kapalı olsa bile, tebliğ evrakının karşı tarafa iletilmesinde kolaylık ve hız sağlamak düşünülse de tebliğin amacı olan karşı tarafa dava ile ilgili bildirim yapılarak müdafaasında bulunma fırsatı verildiği hususunda mahkemenin kesin bir güvende olabilmesi ve davanın ileriye götürülebilmesi için tebliğin ilgili şirketin kayıtlı adresi hangi adres ise birebir tam o adrese bırakılması

gerekmektedir. Bu davada, şirketin ofisinin de bulunduğu bir binanın içinde yer alan kayıtlı adresi yerine binanın girişinde bulunan ve birebir kayıtlı adresi olmayan bir yere bırakılması, Davalıya usulüne uygun olarak bir tebliğin yapılmış olduğu sonucunu doğurmaz.

Tebliğlerin kolay ve hızlı bir şekilde yapılabilmesi için, usul kurallarımızda yakın zamanda, 2018 yılında yapılan son değişikliklerle yukarıda belirtilen amaç güdülmüş, bununla birlikte, tebliği almaktan kaçınan kötü niyetli kişilerin tebliğ sisteminin çalışmasını engellemelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu meselede böyle bir durum bulunmadığı gibi, Davalının birebir tam kayıtlı adresine tebliğ yapılmadığından bu tebliğin geçerli kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Tebliğ geçerli olmadığından, Davacının tebliğ yapıldığına istinaden gıyapta hüküm **(default judgement)** almaya hakkı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla geçerli tebliğ yapılmamasına istinaden, hükmün iptal edilmesi gerekir.

Varılan sonuç ışığında diğer istinaf sebeplerini incelenmesine gerek kalmamıştır.

**SONUÇ**

İstinaf kabul edilir, mukabil istinaf ise reddedilir. Bu sonuçtan hareketle, aşağıdaki gibi emir verilir:

1. 21.11.2013 tarihli hüküm iptal edilir (set aside).
2. İstinaf masrafları Davacı tarafından ödenecektir.
3. Dava Alt Mahkemeye iade edilir.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

Yargıç Yargıç Yargıç

24 Ekim 2018