D. 47/2018 Yargıtay/Hukuk No: 156/2018

 (Girne Dava No: 1208/2013)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı

İstinaf eden: Türkiye Garanti Bankası A.Ş, Girne Çarşı Şubesi Atatürk Caddesi, No.6, (Ordu Pazarı) Girne (Davalı)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Crossbill Company Ltd., Kordonboyu Caddesi, Kordon Apartmanı, No.20, Girne

 (Davacı)

 A r a s ı n d a

İstinaf eden namına: Avukat Gülsün Yücel adına Avukat Dilşah Karayel

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Seyhan Yıldırım

Girne Kaza Mahkemesi Yargıcı Gülay Süleymanoğlu'nun, 1208/2013 sayılı davada, 13.09.2018 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı tarafından yapılan istinaftır.

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

**K A R A R**

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

**Bertan Özerdağ:** Bu istinafta, Davalı/İstinaf Eden bundan böyle sadece Davalı, Davacı/Aleyhine İstinaf Edilen ise sadece Davacı olarak anılacaktır.

**OLGULAR**

 Mesele ile ilgili olguları aşağıdaki gibi özetledik:

 Davacı KKTC'de usulüne uygun olarak kayıt ve tescil edilmiş bir şirket olup, turizm işleri veya acentelik işleri ile iştigal etmektedir.

 Davalı ise KKTC'de bankacılık faaliyetlerinde bulunma iznini haiz, Türkiye Cumhuriyeti'nde kayıt ve tescil edilmiş bir anonim şirkettir.

 Davacı, Davalının sağladığı pos cihazlarını kullanarak, müşterilerinin satın almış olduğu bilet ve/veya hizmetlerin bedellerini tahsil etmekteydi ve taraflar arasında bu hususta akdolunmuş bir üye iş yeri sözleşmesi bulunmaktaydı.

 Davacı KTHY faaliyette olduğu dönemde müşterilerine, bu havayolu şirketine ait biletlerin satışını acente sıfatı ile yapmış, biletlerin bedellerinin ise pos cihazlarından tahsil edilmesini sağlamıştır. KTHY'nin faaliyetlerini durdurup tasfiye edilmesi sebebiyle, satılan bu biletler müşteriler tarafından kullanılamamış, buna rağmen Davalı Banka müşterilerinin bu bilet bedelleri kredi kartlarından çekilerek, hesaplarına borç olarak kaydedilmiştir.

 Davalı Banka müşterilerinin satış konusu hizmeti alamaması nedeniyle yapılan itirazlar neticesinde, Davalı Banka, Davacıya ödemiş olduğu meblağları, Davacının kendi nezdindeki hesabından çekerek, banka müşterilerine geri iade edilmesi işlemini gerçekleştirmiştir.

 Davacı, hesabından bu meblağların alınarak banka müşterilerine iade edilmesi işlemlerine itiraz etmiş ve huzurumuzdaki davayı dosyalamıştır.

 Davalı, bu davada bir müdafaa dosyalamış olmakla birlikte, 8.5.2018 tarihinde bir istida dosyalayarak, müdafaasının tadil edilmesine izin ve emir verilmesini talep etmiştir.

 Davacı ise bu talebe itirazname dosyalayarak itiraz etmiştir.

 İstidanın dosyalandığı safhada, dava, duruşma olarak partly heard durumdaydı ve Davacı 4 tanık dinletmişti. Davacı Avukatı, bu istidanın yapıldığı safhada, Alt Mahkemeye başka tanık dinletmeyeceğini ve davasının bundan ibaret olduğunu ifade etmiştir.

 İstidayı dinleyen Alt Mahkeme, yapılan tadilat talebinin makul surette gerekli olmadığına, tadilat talebinin kabulü halinde Davacının zarara uğrayacağına, müktesep haklarının etkilenerek zarar göreceğine ve masraf ödense dahi zararının giderilemeyeceğine ve böyle bir tadilat emrinin adaletsizliğe neden olacağına karar vermiştir.

 İstinaf, bu karardan dosyalanmıştır.

**İSTİNAF SEBEPLERİ**

 İstinaf ihbarnamesinde 12 istinaf sebebi bulunmakla birlikte, Davalı istinafını tek başlık altında toplamıştır. Bu istinaf başlığını şöyle özetledik:

**Muhterem Alt Mahkeme, tadilat istidası uyarınca emir ve izin vermemekle hata etti.**

**TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI**

 Davalı Avukatı istinaftaki hitabında aşağıdaki iddialarda bulundu:

 Alt Mahkeme, tadilat talebini üç başlık altında inceledi. Bunlar, yapılmak istenen tadilatın müdafaanın sunumu için gerekli olup olmadığı, çok geç kalınmış olup olmadığı ve Davacının müktesep haklarına masraflarla telafi edilemeyecek derece zarar verip vermediğidir. Alt Mahkeme, incelemesinin sonunda, tadilat isteminin çok geç kalınmış olmadığına bulgu yapmasına karşın, tadilata izin verilmesi halinde Davacının müktesep haklarının masraflarla tazmin edilemeyecek derecede etkileneceğine ve tadilatın müdafaanın sunumu için gerekli olmadığına bulgu yapıp, tadilat talebini reddetmiştir.

 Alt Mahkeme, müdafaanın sunumu için tadilatın gerekli olup olmadığını incelerken, yapılmak istenen tadilatın yeni bir müdafaa sebebi oluşturacağı gerekçesine dayanarak tadilatı reddetmekle hata etmiştir. Halbuki yeni bir müdafaa sebebi oluşturması ayrı, müdafaanın sunumu için gerekli olması ayrı bir durumdur.

 Yapılmak istenen tadilat mevcut müdafaa ile paralel ve o iddiaların devamı niteliğinde olan iddialardır. Bu nedenle, tadilat talebine konu paragraflar yeni bir müdafaa sebebi oluşturmaz. Diğer taraftan, tadilat talepleri dava ile ilgili olup, müdafaanın sunumu için mutlak surette gereklidir.

 Tadilat ihtiyacı, şahadetin sunulmasından sonra ortaya çıkmış olup, geç kalınmış değildir. Bu tadilatların yapılması halinde, Davalının müdafaasını yapabilmesine fırsat verilecek ve adalet sağlanmış olacaktır. Bu tadilatlara izin verilmesi halinde, Davacının müktesep hakları etkilenmeyecek veya herhangi bir şekilde etkilenmesi söz konusu olmayacaktır.

 Tüm beyanlar ışığında, istinafın kabul edilerek, tadilata izin verilmesi talep edilir.

 Davacı Avukatının hitabında ise ileri sürdüğü argümanlar şöyledir:

 Davacı davasını mevcut müdafaa tahtında Mahkemeye sunmuş, tanıklarını bu layihalar çerçevesinde dinletmiş ve şahadeti sunmuştur. Bu tanıkların şahadetinin sunulmasından sonra ortaya çıkan şahadete göre, müdafaanın tadil edilerek şahadete cevap verilmek istenmektedir. Kanaatimce bu durumda tadilata izin verilmesi halinde, Davacıya adaletsizlik yaratılacaktır.

 Tadilata konu charge back işlemler davanın zaptı dava aşamasında konuşulmuş ve Davalının bilgisinde olan olgular olup, Davalı duruşmaya başlamadan evvel, layihasını tadil etmek yolunu seçmemiştir.

 İstinafa konu tadilat talebinin reddi kararından sonra, Davacı davasını kapatıp Davalı müdafaası için ilk tanığını çağırdığında, Davalının ilk tanığına, charge back işlemleri konusunda 5-6 soru soruldu. Bu sorulan sorulara karşılık olarak Davacı zaten istenilen cevapları almıştır. Bu cevaplar Davalı Tanığı tarafından beyan edildikten sonra, tadilata izin verilse dahi, Davacının iddialarını destekleyecek cevaplar kayıtlara geçmiştir.

 Davalının yapmak istediği, tadilatla yeni müdafaa sebepleri eklemek olup, usulen layihasına yeni müdafaa sebebi ekleyemez. Eklenmek istenen tadilata izin verilmesi halinde, Davacının müktesep hakları etkilenecektir.

 Alt Mahkemenin vermiş olduğu karar doğrudur ve istinafın masraflarla reddi talep edilir.

**İNCELEME**

 İstinaf sebepleri, tarafların iddia ve argümanları, dosyadaki şahadet ve emareler incelenip değerlendirildi.

 **Muhterem Alt Mahkeme, tadilat istidası uyarınca emir ve izin vermemekle hata etti.**

Bu istinafın temelinde, Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü E.25 n. 1'de düzenlenmiş olan tadilat talebinden kaynaklanan bir ihtilaf bulunmaktadır. Huzurumuzdaki davanın baremi 25,000 TL – 50,000 TL arası olduğundan, dava yönetimi kurallarına yer vermeden, istinafın incelenmesini yapacağız.

 Takip ettiğimiz hukuk sistemine göre, tadilat konusunda kabul edilen prensip, tadilatlara katı kural uygulanmadığı ve belirlenen unsurların varlığı halinde tadilata izin verilebildiğidir.

 Yargıtay, birçok kararında bu sistemi takip ederek, kötü niyetli yapılmamış, masraflarla giderilemeyecek bir zarar oluşmadığı durumlarda, dava karar aşamasında dahi olsa tadilata izin vermiştir. Buna göre, talep takririnde veya müdafaada herhangi bir hususun eksik bırakılmış veya hata yapılmış olması halinde diğer tarafın bu durumdan faydalanma hakkı olamaz. Taraflar arasındaki ihtilafların ortaya çıkarılabilmesi ve adaletin sağlanabilmesi için, taraflardan birinin böyle bir eksikliğinin veya hatasının giderilmesine fırsat verilebilmektedir.

 Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol. 30 sayfa 34'de bu konularla ilgili prensipler belirtilmiştir:

 "71. If the amendment, for which leave is asked, seeks to repair an omission due to negligence or carelessness, leave to amend is granted if the amendment can be made without injustice to the other side (a), and there is no injustice if the other side can be compensated by an order as to costs (b)."

Bu noktada önemli olan, Yargıtayın tadilat kararlarında belirttiği prensiplerin tadilat talep eden tarafça ortaya konabilmiş olmasıdır. Yargıtayın birçok kararında, tadilatla ilgili yerleşmiş prensipler aşağıdaki şekilde sıralanmaktadır:

Yapılmak istenen tadilat:

1. Kötü niyetli yapılmamış olacak,
2. Çok gecikmeye sebebiyet vermeyecek,
3. Karşı tarafın müktesep haklarını gayrimakul bir şekilde haleldar edip masraflarla tazmin edilemeyecek şekilde bir zarar vermeyecek,
4. Dava ile ilgisiz olmayacak ve davanın veya müdafaanın sunulmasında makul surette gerekli olacak,
5. Sadece teknik bir nokta ileri sürülmüş olmayacak.

Duruşma aşamasında bir layihanın tadiline izin verilebilmesi, tadilatla ilgili unsurların tamamıyla tatmini ve mahkemenin izni ile mümkündür. Tadilata, yargılamanın herhangi bir safhasında izin verilebilir. Kararımızda belirttiğimiz üzere, karar aşamasında dahi şartlar mevcut olduğunda, bir layihanın tadiline izin verilebileceği prensibinden, her layihanın herhangi bir safhada tadiline izin verileceği anlamı çıkmamalıdır.

Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.30 sayfa 36'da belirtilenlere bu safhada yer veririz:

"73. time for making amendment. An amendment may be allowed at any stage of the proceedings (s), even after trial (t), but not after judgment (a), except on appeal (b). In all cases not otherwise provided for (d), application for leave to amend may be made by either party to the court or a judge (e), or to the judge at the trial of the action, and amendment may be allowed upon such terms as to costs or otherwise as may be just (f). If an adjournment is necessary to enable the other party to meet the case against him as amended, such an adjournment is granted; but as a general rule no amendment is allowed at the trial which would enable a party to set up an entirely new case or to change completely the nature of his case (g)."

Buradan varılacak sonuç, duruşmaya başlanmış bir davada, kuralların tadilat taleplerine daha katı uygulandığı, genel kural olarak duruşma devam ederken davanın tüm niteliğini değiştirecek ve tümüyle yeni dava veya müdafaa sebebi yaratacak tadilatlara izin verilmediğidir.

Usul kurallarımızın mehazı olan İngiltere'de, o dönemde yürürlükte bulunan Civil Procedure Rules kuralları hakkında uygulamayla ilgili karar ve içtihadi durumu özetleyen Annual Practice 1951 Vol. 1 adlı yayında "amendment" başlığı altında bizim tadilat kuralımızla tamamen aynı kuralı barındıran Order 28 r. 1 kuralının incelendiği bölümde (**sayfa 454 - 459) Amendment (tadilat), Immaterial and Useless Amendments (gereksiz ve ilgisiz tadilatlar) ve New Case (yeni dava)** başlıklı bölümler yer almaktadır. Bu bölümlerde öne çıkan prensiplere de kısaca bu aşamada yer vermeyi uygun görürüz:

* An amendment ought to be allowed if thereby the real substantial question can be raised between the parties and multiplicity of legal proceedings avoided.

(Eğer taraflar arasındaki gerçek ihtilafın ortaya çıkmasını ve birden fazla yasal işlem yapılmasının önüne geçilmesini sağlayacaksa tadilata izin verilmelidir.)

* Leave will not be given to amend a defence by adding a plea which was not answer to the action.

(Davadaki iddialara yanıt teşkil etmeyen iddiaların müdafaaya eklenmesine izin verilmemelidir.)

* The court will not refuse to allow an amendment simply beacuse it introduces new case.

(Mahkeme tadilat talebini sırf yeni bir dava sebebi takdim ettiği için reddetmemesi gerekir.)

* But it will do so where the amendment would change the action into one of substantially different character which would more conveniently be the subject of a fresh action.

(Ancak davayı büyük oranda farklı bir karaktere sokacak şekilde değiştirecek ve başka bir davanın konusu yapılması daha uygun olacak tadilata izin verilmemelidir.)

* But the court will not readily allow at the trial an amendment, the necessity which was abundantly apparent months ago and then not asked for.

(Ancak mahkeme, duruşma esnasında, aylar önce bariz bir şekilde ortaya çıkmış ancak talep edilmemiş olan bir tadilata kolayca izin vermeyecektir.)

* After all the evidence on both sides has been taken, leave to amend will, as a rule, be refused. (Tarafların tüm şahadeti sunmalarından sonra yapılan tadilat talebinin kural olarak reddedilmesi gerekir.)

İstinaf duruşmasında Davalı, yapılmak istenen tadilatla ilgili bütün unsurların mevcut olduğunu ileri sürmekle birlikte, Davacı tadilat yapılmasını gerekli kılacak unsurların mevcut olmadığını belirterek, yapılmak istenen tadilatın müktesep haklarını masraflarla telafi edilemeyecek şekilde zarara sokacağını iddia etmiştir.

Alt Mahkeme ise kararında, meseleyi 3 başlık altında incelemiştir:

1. Tadilatın makul surette gerekli olup olmadığı,
2. Tadilat isteminin çok geç kalınmış olup olmadığı,
3. Tadilatın Müstedialeyhin müktesep haklarını etkileyip etkilemediği veya Davacı/Müstedialeyhe zarar verip vermediği.

Alt Mahkeme, belirlemiş olduğu başlıklar altındaki incelemesi neticesinde, tadilat isteminde çok geç kalınmış olmadığına bulgu yapmasına karşın, tadilatın makul surette gerekli olmadığına ve tadilatla Davacının müktesep haklarının zarar verilip etkileneceğine bulgu yaparak, tadilat istemini reddetmiştir.

Her ne kadar da Alt Mahkeme tadilat istemini 3 başlık altında incelemiş olsa da yukarıda belirlediğimiz unsurlar kapsamında meseleyi inceleyeceğiz.

Yapılmak istenen tadilata karşın dosyalanan itiraznamede ve ekli yemin varakasında, bu talebin kötü niyetli yapıldığı ileri sürülmediğine ve şahadetten, tadilatın kötü niyetli yapıldığını gösterecek bir olgunun ortaya çıkmadığını görmekteyiz. Dolayısıyla, ortada kötü niyetli yapılmış bir müracaat bulunmamaktadır.

Alt Mahkeme, çok geç kalınmış bir müracaat olmadığına bulgu yapmış, Alt Mahkemenin bu bulgusu Davacı tarafından mukabil istinaf veya istinaf konusu yapılmamıştır. Bunun yanında, tadilat müracaatı, duruşmada, Davacının tanıklarının şahadetini tamamlayıp davasını kapatmak üzere olduğundan ve bu talep Davacının davasını daha kapatmadan yapıldığından, müracaatta geç kalınmadığına yönelik Alt Mahkemenin bulgusunda hata yoktur.

Alt Mahkeme, yapılmak istenen tadilatın müdafaanın sunulabilmesi için makul surette gerekli olmadığı yönünde bulgu yaparak, tadilat istidasındaki iddiaların mevcut müdafaa ile uyumlu olmadığı ve yeni müdafaa sebebi eklemek için yapıldığı sonucuna varmıştır.

Meseledeki olguların, Davalının, ihtilaf konusu ödemelerin yapılmasında bankacılıktaki sistematik ve akitsel kaynağı veya bunun gerekçesini ortaya koyucu nitelikteki iddialarını içerdiği görülmektedir. Davalı Banka, tadilata konu müdafaadaki iddiaları ile, bankacılık sistemindeki charge back usulünü müdafaasına yerleştirmeye ve müdafaasının temelini kendi iddiası doğrultusunda bu ödemelerin gerekçesini oluşturmaya çalışmaktadır. Davanın ihtilaf konusu Davalı Banka tarafından, önce kredi kartı hesaplarından çekilerek Davacıya ödeme yapılması ama daha sonra Davacının hesabından çekiliş yapılarak kredi kartı müşterilerine geri ödeme yapılması kapsamındaki bir işlemi barındırmaktadır. Davalıya göre, bu ödeme, bankacılık terimi ile charge back işlemidir. Taraflar arasındaki hukuki ilişki ve işlemlerin bütünü nazara alındığında, yapılmak istenen tadilatın müdafaanın sunulması açısından gerekli olduğu noktasında Davalının haklı olduğu ve tadilat talebinin bir diğer unsur olan teknik bir konuda olmadığı da anlaşılmaktadır.

Bu safhada incelenecek konu, tadilatla eklenmek istenen paragrafların yeni bir müdafaa sebebi yaratmış olup olmadığı ve eğer yeni bir müdafaa sebebi yaratması halinde bunun tadilata bir engel yaratıp yaratmayacağıdır.

Tadilatla eklenmek istenen iddialar, Davalının önceki müdafaadan farklı olarak, charge back işlem usulleri konusunda yeni iddialar ileri sürmesine olanak verecektir.

Bu aşamada istinafa konu edilen bir hususa değinmek isteriz.

Usul kurallarımızda tadilat yapılmasına izin verilmesindeki maksat, eksik bırakılan iddiaların veya olguların layihalara eklenebilmesine olanak verilerek, taraflar arasındaki esas ihtilafın mahkeme huzurunda bir çözüme kavuşabilmesine fırsat tanımaktır. Basit hatalar veya eksiklikler, tadilat talebi olmaksızın da, "clerical mistake" usulü ile, talep uyarınca veya mahkeme tarafından resen düzeltilebilmesinin yolu vardır. Basit hata veya eksiklik olarak addedilemeyecek, yeni paragraflar konmasını gerektiren yeni iddiaların ileri sürüldüğü değişiklikler, ancak Emir 25 n. 1 altında yapılabilir. Bu kurallar, yapılmak istenen tadilatla ilgili kelime sınırlaması koymamakla birlikte, mevcut bir layihadan daha uzun bir layiha tadilat yolu ile layihaya eklenebilir.

Bu aşamada, Davacının tadilatla daha uzun bir layihanın eklenmeye çalışıldığından talebin reddedilmesi gerektiği iddiasının hukuki bir dayanağı olmadığını ve hukuki açıdan mesnetsiz olduğunu belirtiriz.

Kararımızda özetlediğimiz prensiplerden görülebileceği gibi, sırf yeni bir dava veya müdafaa sebebi ileri sürülmesine olanak sağlayacak gerekçesi ile tadilata izin verilmemesi yoluna gidilemez. Mahkeme, taraflar arasındaki gerçek ihtilafın ortaya çıkarılarak sonuçlandırılmasına olanak tanıyacaksa, talep edilen tadilata izin verebilir. Bu noktada, duruşmanın başlamış ve Davacının tanıklarını büyük oranda dinletmiş olması, yapılacak tadilatla sonucu bu iddiaların eklenmesiyle müdafaanın tümüyle değiştiği sonucu çıkarılamayacağından Davalının yeni müdafaa sebepleri ileri sürmesine men teşkil etmez. Önemli olan, yeni bir müdafaa eklenmesi kapsamında yapılacak tadilata izin verilmesi halinde, davanın büyük oranda değişip değişmeyeceği ve Davacının masraflarla giderilemeyecek bir zararının oluşup oluşmayacağının belirlenmesidir. Dolayısıyla, Alt Mahkemenin, sırf Davalı yeni bir müdafaa sebebi ekleyeceği gerekçesi ile tadilata izin verilemeyeceği bulgusu hatalı olmuştur.

İstida konusu tadilata izin verilmesi durumunda, daha önceki müdafaanın bağlı olduğu üyelik sözleşmesinin sağladığı müdafaa sebepleri ekleneceğinden, tadilat davayı büyük oranda değiştirecek bir karaktere sahip değildir.

Burada eklenmek istenen konular, taraflar arasındaki üyelik sözleşmesinin sağladığı usullerle ilgili olup, davanın veya müdafaanın niteliğini tümüyle değiştireceği sonucunu doğurmazlar.

Bu safhada, yapılmak istenen tadilatla, Davacının masraflarla giderilemeyecek şekilde müktesep haklarının etkilenerek kendisine zarar verilip verilmediğinin belirlen-mesi de gerekir.

"Olumlu iddiayı ileri süren taraf onu ispat etmekle mükelleftir" kuralından hareketle, tadilat yapılması halinde müktesep hakları masraflarla giderilemeyecek şekilde etkileneceğini iddia eden taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda Davacı müktesep haklarının etkilendiğini bu istida maksatlı olarak Mahkeme huzuruna olgusal olarak göstermesi gerekirdi.

Müktesep haklar konusunda Yargıtay D. 42/2013 sayılı kararda bir inceleme yapılarak aşağıdaki görüşlere ulaşılmıştır. İlgili karardaki görüşler şöyledir:

**Tadilat talebinde bulunan taraf, hatası neticesinde karşı tarafa verdiği zararı masraf ile tazmin edebilecek durumda olduğu takdirde, tadilata izin verilmelidir.**

**Ne kadar dikkatsiz olunursa olunsun, tadilat müracaatı ne kadar geç yapılırsa yapılsın, böyle bir emrin verilmesi karşı tarafa haksızlık yapmadığı takdirde, tadilata izin verilmelidir. Karşı tarafın masraflarla tazmin edilmesi mümkün olduğu takdirde haksızlık yapılmayacaktır. Ancak tadilat diğer tarafa zarar verecekse, tadilata izin verilmemelidir.**

**Adalet açısından ancak tarafları hata yapıldığı zamandaki konuma getirebilme mümkün olduğu takdirde, tadilat yapılmasına izin verilmelidir.**

**Tadilata izin verildiği takdirde, davacı aynı konumda olacak mı? Davalı ilk etapta müdafaasına şimdi ilave etmek istediğini koymuş olsaydı davacı, davalı aleyhindeki davasına devam edemeyecek ve diğer kişi aleyhine dava ikame etme yönüne gidecekti. Şimdi 6 ay geçtikten sonra, davacı diğer kişi aleyhine artık yeni dava ikame edemez. Dolayısıyla, tadilata izin verilirse davacı masraflarla aynı konuma konamaz. Bu durumda, alt mahkeme tadilat istidasını reddetmekle doğru yapmıştır.**

Bu kararın özeti şudur: Prensip olarak tadilat adalet açısından gerekli ise izin verilmelidir; meğer ki yapılan talep, tadilata izin verilmesini gerektirecek unsurları haiz olmasın. Bilhassa, tadilata izin verilmesi halinde, diğer taraf masraflarla giderilemeyecek derecede müktesep haklarının etkileneceği ve zarara uğrayacağı veya hata yapıldığı zamandaki konuma getirebilmesi mümkün olmadığı takdirde, tadilata izin verilmemelidir.

Müktesep haktan kasıt; **o ana kadar doğmuş ve mevcut olan hukuki menfaatleri anlamında olup, ileri sürülen veya ileri sürülmek istenen bir iddianın davanın sonucuna yapması muhtemel etkileri, karşı tarafın müktesep hakları ile ilgili değildir (Bkz. D.42/2013).**

Yapılmak istenen tadilatın o ana kadar yapılmamış olması, bir tarafa müktesep hak anlamında bir hak bahşetmez. Müktesep hakkın etkilenmiş olabilmesi için, tadilat talebi yapılana kadar ileri sürülmeyen bir iddianın, tadilat safhasında ileri sürülmesi nedeniyle, diğer tarafın haklarını kullanmasına bir engel yaratılmış olmasıdır. Nitekim D. 42/2013 sayılı kararda, Yargıtay, tadilatın o safhada yapılmış olması sebebiyle tadilata izin verilmesi halinde, diğer tarafın, bu iddialarla ilgili zaman aşımı süresi dolduğundan başka bir yargısal işlem başlatma hakkı olamayacağı sonucuna vararak, tadilat talebine izin vermemiştir.

Bu meselede duruşmanın devam ettiğini “OLGULAR” kısmında ifade etmiştik. Alt Mahkemenin vermiş olduğu karardan sonra da devam eden duruşmada Davalı ilk tanığını çağırdığını, müdafaa tarafından çağrılan ilk tanığa Alt Mahkemede tadilat yapılmak istenen konuda soru sorulmasına izin verildiğini anlamaktayız.

Tadilata itiraz etmesine karşın bu konuda sorgulamayı gerçekleştiren Davacı Avukatı, istinaftaki hitabında bu soruyu sorduğunu, tanıktan istediği cevabı aldığını ve tadilat yapılsa dahi bu cevaptan sonra durumun kendisinin lehine olduğunu beyan etmiştir. Davacı Avukatının bu beyanları, Davacının müktesep haklarının masraflarla giderilemeyecek ve tadilata izin verilmesi halinde Davacının hata yapıldığı konuma getirilemeyeceği bir durumda olmadığını göstermektedir.

Bunun yanında tadilatla eklenmek istenen charge back iddiasının layihaya eklenmesine izin verilmesi halinde, müktesep haklarının etkilenmeyeceği, Davacının masraflarla giderilemeyecek bir zararının olmayacağı aşikardır. Davacının tanıklarının dinletilmiş olması, müdafaaya eklenecek bu paragraflara cevaben Davacı tanıklarının tekrardan şahadet vermek amacıyla recall usulü ile çağrılmalarına veya Mahkemede dinletilmelerine engel yaratmamaktadır. Talep edilen tadilata izin verilmesi halinde, taraflar arasındaki gerçek ihtilafın ortaya çıkmasına olanak tanınmış, adaletin gerçekleşmesine fırsat verilmiş olacaktır. Her ne kadar da bu tadilat talebinin gerekli olduğu daha önceki safhalarda iddia edilmiş olsa da, dava zabıtlarının bunu göstermediği de ortadadır.

Davacı, Davalı tanıklarına charge back iddiaları ileri sürerek, bu yönde kendi beyanı doğrultusunda kendi iddialarını destekleyecek cevaplar aldığı düşünüldüğünde, Mahkeme huzuruna gelen bu olguların Davalının müdafaasını ortaya koyabilmesi açısından layihalarda yer alamaması Davalı açısından dava sonunda bir eksiklik yaratacaktır. Mahkeme, tadilat talebi için izin talep edildiğinde, temel unsur olan adaletin gerçekleşmesi ve taraflar arasında gerçek ihtilafın ortaya çıkması mottosu ile hareket edeceğinden, bir tarafın tadilatla ilgili istediği argümanları mahkeme huzuruna getirmesine olanak verip diğer tarafın bu husustaki müdafaasını yapmasına engel olursa, adaletin gerçekleşmesine olanak tanımış olmaz.

Belirtilenler ışığında, yapılmak istenen tadilatla ilgili masraflarla giderilemeyecek bir zararın oluşacağına ve Davacının müktesep haklarının etkileneceğine bulgu yapan Alt Mahkemenin bu bulgusu hatalı olmuştur.

Bu sonuçtan hareketle, tadilata izin verilmesinin gerekliliği ortaya çıktığından Davalı istinafında başarılı olmuştur.

Talep edilen tadilata izin verildiğinden, Davacının zay olan masraflarının ödenmesi gerekir. Tadilatın, davanın bu aşamasında yapıldığını göz önüne aldığımızda, zay olan masrafları 8000 TL olarak belirleriz.

**SONUÇ**

 İstinaf neticesinde Mahkemenin istidayı ret ve iptal eden emri iptal edilir ve aşağıdaki şekilde emir verilir:

1. İstida uyarınca emir verilir;
2. Tadil edilmiş şekli ile müdafaanın 15 gün içerisinde dosyalanmasına emir verilir;
3. Davalının Davacıya, 8000 TL zay olan masraflarla ilgili masraf ödemesine emir verilir.
4. İstinaf masrafları ile ilgili herhangi bir emir verilmez.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

25 Aralık 2018