D.2/2020 Yargıtay/Hukuk: 75/2016 (Lefkoşa Dava No: 4736/2013)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

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

İstinaf eden: Naomi Ruth Onbaşı (Merhum Abdulla Mohamed Abdulrahman Al Khooeji Terekesi’nin Tereke İdare Memuru Sıfatıyla) Sarıyer Sokak, Muharremoğlu Apt. No.1, Girne.

 (Davacı)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Kıbrıs Faisal İslam Bankası Limited (M.Ş. 01665) Atatürk Meydanı, Lefkoşa

 (Davalı)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Avukat Sıla Miroğlu

Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Hasan Balman hazır.

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

 K A R A R

Ahmet Kalkan: Yargıtay’ın hükmünü Sayın Yargıç Peri Hakkı okuyacaktır.

Peri Hakkı: İstinaf Eden/Davacı/Müstedialeyh, Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nin 30.11.2015 tarihli istida tahtında, ön itirazları öncelikle dinlemesi neticesinde davasını 22.4.2016 tarihinde ret ve iptal etmesi üzerine bu istinafı dosyaladı.

 İstinaf Eden/Davacı/Müstedialeyh bundan böyle sadece “Davacı” Aleyhine istinaf edilen/Davalı/Müstedi ise bundan böyle sadece “Davalı” olarak anılacaktır.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR:

İstinafa ilişkin olgular özetle şöyledir;

 Davacı, Bahreyn’de yaşayan bir işadamı olup Ağustos 1992 de Davalı tarafından kendisine sunulan teklifi kabul ederek Davalı Bankada özel yatırım portföy hesabı açtı. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, yatırılacak para 5 yıllık bir süre için Davalının emlak fonuna aktarılacak, bunun karşılığında Davacı’ya yıllık %12-17 arasında kâr payı ve/veya faiz ödenecekti. Davacı, Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nde vekili vasıtasıyla **6138/2009** sayılı davayı ikame ederek Davalı’dan 1,906,625.90 USD, 135,842.83 USD üzerinden 23.9.1992 tarihinden tamamen tediyesine değin yıllık %12-17 kâr payı ve 4,400,000 USD üzerinden 30.9.1992 tarihinden tamamen tediyesine değin yıllık %12-17 kâr payı talep etti. Dava devam ederken Davacı 24.10.2011 tarihinde Bahreyn’de vefat etti. Dava tereke işlemlerinin tamamlaması talebi ile birçok kez duruşma olarak tehir edildi. Lefkoşa Kaza Mahkemesi en son 29.1.2013 tarihinde Davacı Avukatının tehir talebini reddederek duruşmaya başladı ve Davacı Avukatını davasını ispat etmeye davet etti. Davacı Avukatının hazırda tanığı olmadığını beyan etmesi üzerine Mahkeme davayı ispatlanamadığından ret ve iptal etti. Davacı Avukatı bu ret ve iptal kararını istinaf etmedi. Avukat Naomi Ruth Onbaşı 30.5.2013 tarihinde Terekeye Tereke İdare Memuru olarak tayin edildi ve huzurumuzdaki istinafa konu **4736/2013** sayılı davayı Tereke İdare Memuru olarak ikame etti.

 **4736/2013** sayılı davadaki talepler **6138/2009** sayılı davadaki talepler ile bire bir aynıdır.

Davalı, dosyaladığı Müdafaa Takriri’nde iptidai itiraz olarak, Davacı’nın bu davadan önce aynı talepleri içeren **6138/2009** sayılı bir dava ikame ettiğini, davanın 29.1.2013 tarihinde Mahkeme tarafından ispatlanamadığından ret ve iptal edilmek suretiyle karara bağlandığını, bu kararın istinaf edilmediğini ve kesinleşerek res judicata oluşturduğunu iddia ederek davanın ret ve iptal edilmesini talep etti. Davalı müdafaasının esasında Davacı’nın iddialarını reddederek davadaki taleplerin zamanaşımına uğradığını, aralarındaki anlaşmaya göre Davacı’nın sadece projenin kâr etmesi halinde %12-17 kâr payı almaya hakkı olacağını, zarar eden bir proje için herhangi bir talepte bulunmasının hukuken mümkün olmadığını, her halukârda Davacı’ya ilgili tarihlerde banka yöneticileri ile olan akrabalık ilişkisinden dolayı iyi niyetli olarak 922,188.32 USD ödeme yapıldığını iddia ederek, bu meblağı faizleri ile birlikte mukabil talep yolu ile talep ettikten sonra davanın masraflarla reddini talep etti.

 Davacı Müdafaaya Cevap ve Mukabil Talep Takriri’nde Davalı’nın iddialarını reddetti.

 Davalı 30.11.2015 tarihinde bir istida dosyalayarak Müdafaa Takririndeki ön itirazda ileri sürülen **6138/2009** sayılı davanın res judicata teşkil edip etmediğinin öncelikle karara bağlanmasını talep etti.

İstidayı dinleyen Alt Mahkeme, **6138/2009** sayılı davanın ispatlanamadığından ret ve iptal edilmesi kararının res judicata oluşturduğuna kanaat getirdi ve huzurundaki davanın masraflarla ret ve iptaline karar verdi.

Davacı Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nin bu kararını istinaf etti.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

 Davacı istinaf ihbarnamesinde 11 istinaf sebebi ileri sürmesine rağmen tüm istinaf sebeplerini 4 başlık altında incelemek mümkündür.

1. **Alt Mahkeme, Davalı’nın 30.11.2015 tarihli ön itirazın öncelikle dinlenmesi istidasında Talep Takriri’nin herhangi bir dava sebebi içermediği iddiasının yer almamasını ve/veya istidanın eksik olduğunu tezekkür etmemekle hata etti.**
2. **Alt Mahkeme, 29.1.2013 tarihinde 6138/2009 sayılı davanın esası dinlenerek ispat edilemediği sonucuna varmakla ve davanın bu nedenle iptal edilmiş olduğu bulgusuna varmakla hata etti.**
3. **Alt Mahkeme, Davacı’nın meselesini Mahkeme huzuruna getiremediği, taraflar arasındaki ihtilafların karara bağlanmamış olduğu hususlarını incelememekle, bu yönde herhangi bir karar üretmemekle hatalı davrandı ve eksik değerlendirme yaptı.**
4. **Alt Mahkeme, 6138/2009 sayılı davadaki hükmü tezekkür etmemekle ve/veya bahse konu hükmün herhangi bir hukuki netice yaratmadığını değerlendirmemekle hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI:

 Davacı Avukatı hitabında özetle; Alt Mahkeme’nin, **6138/2009** sayılı davayı ispatlanamadığından ret ve iptal etmesinin herhangi bir hukuki netice yaratmadığını, taraflar arasındaki esas ihtilaf karara bağlanmadığından mezkûr davanın ret ve iptalinin yeni bir dava açılmasına engel teşkil etmediğini, takipsizlikten ret ve iptal edilen davaların tekrar açılmasında bir engel olmadığını, kararın res judicata teşkil etmesi için yargısal bir işlem olması, tespit ve bulgu içermesi gerektiğini, **6138/2009** sayılı davada ise taraflar arasındaki ihtilaf ile ilgili nihai bir karar mevcut olmadığından res judicata’dan bahsetmenin mümkün olmadığını, Alt Mahkeme’nin res judicata bulgusu yapmakla hata yaptığını iddia ederek Hukuk/İstinaf 6/1975 sayılı kararı argümanlarına dayanak gösterdi ve istinafın kabulünü talep etti.

 Davalı Avukatı ise özetle; tarafların ön itirazda yer alan res judicata iddialarının öncelikle dinlenmesi konusunda mutabakata vardıklarını, **6138/2009** sayılı davada Alt Mahkeme’nin 29.1.2013 tarihinde davanın duruşmasına başladığını ve Davacı’nın davasını ispat edememesinin davanın esasını teşkil ettiğini, Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 33’e göre Mahkemede hazır bulunmayan bir davacının davasının takipsizlikten ret ve iptal edilebileceğini, ancak bu davada taraf avukatları hazır olduğu halde, Davacı Mahkemeye şahadet sunmadığından dolayı davanın iptal edildiğini, davanın esasta karara bağlanmış sayıldığını ve tekrar açılamayacağını iddia ederek istinafın masraflarla reddini talep etti.

İNCELEME:

 Olgular ve tarafların hukuki iddiaları sırasıyla değerlendirildi.

1. **Alt Mahkeme, Davalı’nın 30.11.2015 tarihli ön itirazın öncelikle dinlenmesi istidasında Talep Takriri’nin herhangi bir dava sebebi içermediği iddiasının yer almamasını ve/veya istidanın eksik olduğunu tezekkür etmemekle hata etti.**

Alt Mahkeme, Davalı’nın res judicataile ilgili ön itirazını 30.11.2015 tarihli istida altında tezekkür ederek **6138/2009** sayılı davanın res judicata teşkil ettiğine bulgu yaptı ve huzurundaki davanın ret ve iptaline emir verdi.

Davacı Avukatı Davalı’nın ön itiraz istidasını Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 27’ye dayandırmış olmasına rağmen istidasının eksik olduğunu iddia etmektedir.

 Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 27 “Layihalarda İleri Sürülen Hukuki Sorunlar” başlığı altında tarafların herhangi bir hukuki sorunu layihalarında ileri sürebileceklerini ve Mahkemenin tüm davayı veya belirli bir kısmı ile ilgili verebileceği emir ve hükümleri düzenlemektedir.

Dosya incelendiğinde, Davalı’nın istidası ile Müdafaa Takririnde ön itiraz olarak ileri sürdüğü res judicata müdafaasının öncelikle dinlenmesini talep ettiği, Davacı’nın da istidaya itiraz dosyalamasına rağmen ön itirazın

öncelikle dinlenmesinde Davalı ile hemfikir olduğu, istidanın içeriğinden ise res judicata iddiaları ile davanın esasının dinlenmeden ret ve iptal edilmesinin talep edildiği, yemin varakasından da bu konudaki tüm hukuki argümanların öne sürüldüğü görülmektedir bu bağlamda, istidanın eksik olduğu yönündeki iddialara itibar etmek mümkün olmadığından Davacı’nın bu iddialarının reddedilmesi gerekir.

 Bu nedenle 1.istinaf sebebi reddedilir.

2. 3. ve 4. istinaf sebepleri birbirleri ile bağlantılı olduğundan birlikte incelemeyi uygun buluruz.

1. **Alt Mahkeme, 29.1.2013 tarihinde 6138/2009 sayılı davanın esası dinlenerek ispat edilemediği sonucuna varmakla ve davanın bu nedenle iptal edilmiş olduğu bulgusuna varmakla hata etti.**

 **3. Alt Mahkeme, Davacı’nın meselesini Mahkeme huzuruna getiremediği, taraflar arasındaki ihtilafların karara bağlanmamış olduğu hususlarını incelememekle, bu yönde herhangi bir karar üretmemekle hatalı davrandı ve eksik değerlendirme yaptı.**

 **4. Alt Mahkeme, 6138/2009 sayılı davadaki hükmü tezekkür etmemekle ve/veya bahse konu hükmün herhangi bir hukuki netice yaratmadığını değerlendirmemekle hata etti.**

Bu istinafın temeli res judicata prensibi ile ilgili hukuki argümanlar olduğundan, öncelikle res judicata doktrini ile ilgili ana prensipleri özetlemekte yarar görürüz.

Res judicata, estoppel prensibinin bir parçası olup başarısız tarafın sonraki bir yargısal işlem ile kararın

doğruluğunun aksini ispat etmeye çalışmasını engelleyen bir estoppel doktrinidir. (**Estoppel per rem judiacatam –Phipson on Evidence 17.ed,chap.43).**

Halsbury Laws of England 3rd ed.vol.15,parag.358 de Essentials of res judicata başlığı altında şöyle denmektedir;

**“In order that a defence of res judicata may succeed, it is necessary to show not only that the cause of action**

 **was the same, but also that the plaintiff has had an opportunity of recovering and but for his own fault might have recovered in the first action that which he seeks to recover in the second. A plea of Res Judicata must show either an actual merger, or that the same point has been actually decided between the same parties”.**

 Buna göre, bir res judicata müdafaasının başarılı olabilmesi için dava sebeplerinin aynı olduğunu göstermek yeterli olmayıp, davacının ikinci davasındaki taleplerini önceki davası ile elde etme imkanı olmasına rağmen kendi hatasından dolayı elde edemediğinin de ispat edilmesi gerekir.

 **Spencer Bower & Turner’**e ait Res Judicata (3rd ed.) adlı eserin 17.sayfasında res judicata müdafaası için mevcut olması gereken unsurlar “The constituents of res judicata estoppel” başlığı altında şöyle sıralanmıştır:

 **“A party setting up res judicata by way of estoppel as a bar to his opponents claim, or as the foundation of his own must establish the constituent elements, namely;**

 **i) the decision was judicial in the relevant sense;**

 **ii) was infact pronounced;**

 **iii) the tribunal had jurisdiction over the parties and**

 **the subject matter;**

 **iv) that the judicial decision was;**

 **(a) final**

 **(b) on the merits**

 **v) it determined the same question as that raised in**

 **the latter litigation; and**

 **vi) that the parties to the latter litigation were**

 **either parties to the earlier litigation or their**

 **privies, or the earlier decision was in rem.”**

 Buna göre, res judicata müdafaasında başarılı olmak için res judicata olduğu iddia edilen kararın;

1. **Yargısal bir karar olduğunun;**

 **ii)Kararın tefhim edildiğinin;**

 **iii)Kararı veren mahkemenin böyle bir kararı vermeye**

 **yetkili olduğunun;**

 **iv)Kararın nihai ve davanın esası ile ilgili**

 **neticelendirilmiş olduğunun;**

 **v)Res judicata müdafaası yapılan yargısal işlemdeki**

 **talebin daha önceki karar ile sonuçlandırıldığının;ve**

 **vi)Her iki yargısal işlemdeki tarafların veya**

 **seleflerinin aynı olduklarının kanıtlanması gerekir.**

 Belirtilen bu res judicata prensipleri birçok Yüksek Mahkeme kararında inceleme konusu olmuş ve takip edilmiştir.

**(Bkz. Yargıtay/Hukuk 36/1982 D.22/1982, Yargıtay/Hukuk 39/1991 D.19/1991,Yargıtay/Hukuk 95/2014 D.17/2017, Yargıtay/ Hukuk 17/2016 D.26/2017).**

 Huzurumuzdaki meselede **6138/2009** sayılı kararın yargısal bir karar olduğu, kararın tefhim edildiği, kararı veren Mahkemenin yetkili olduğu, her iki davada taleplerin aynı olduğu hususlarında ihtilaf yoktur. **6138/2009** sayılı dava Davacı’nın vekili vasıtası ile ikame edilmiştir, ancak Davacı’nın hükümden önce vefat etmesinden dolayı ikinci dava terekesini temsilen yine aynı kişi tarafından ikame edilmiştir. Bu olgu ve tarafların aynı olduğu hususu da ihtilaf konusu değildir.

Res judiacata olduğu iddia edilen **6138/2009** sayılı davanın 29.1.13 tarihli Mahkeme zabıtları şöyledir:

**“ Mahkeme: Evet Sıla hanım hazırsanız başlayalım.**

**Av. Sıla: Efendim az önce yapmış olduğum beyanla Muhterem Mahkemenin bilgisine getirdiğim üzere davacı**

**maalesef vefat etmiştir ve terekesini kurma çabalarımız devam etmektedir.Terekesini kurabilmek amacı ile de belgeleri temin etmiş durumdayız.Terekeyi kurup dava başlığında tadilat yapabilmek amacı ile muhterem mahkemeden bir tehir talebim oldu ancak reddedildi.Bu nedenlerle de maalesef bugün duruşmaya hazır değil. Kanaatimce zaten bugün bu dava duruşma olarak tayinli olmayıp terekeyi kurma işlemlerinin tamamlanmasına olanak sağlamak üzere tehir edilmişti.Bu nedenle duruşmaya hazır değiliz.**

**Mahkeme: Az önce beyan ettiklerim doğrultusunda Davacı davasını ispat etmeye davet edildi. Davacının herhangi bir şahadet sunmadığı görülür bu nedenle de dava ispatlanamadığından masrafsız ret ve iptal edilir.”**

Alt Mahkeme, **6138/2009** sayılı davanın kararını değerlendirirken şöyle demiştir :

“**Emare A dosyaya bakıldığında davanın esasının dinlenmek üzere tayinli olduğu anlaşılmaktadır.Buna göre Mahkemenin ispat edilmediğine kanaat getirdiği hususun davanın esasından başka bir işlemi ilgilendirmesi mümkün değildir. Daha net bir ifade ile, Mahkeme istidaya konu celsede davanın esasının ispat edilemediğine bulgu yapmıştır. Bu sonuca da davacının davasını ispat etmek için tanık çağırmamış olması yol açtığını ifade etmiştir. Bu noktada aynı eserin (Halsbury’s supra) 185’inci**

 **sayfasının 358’inci paragrafına değinmekte fayda vardır.**

**“*In order that a defence of res judicata may succeed, it is necessary to show not only that the cause of action was the same, but also that a plaintiff has had an opportunity of recovering and but for his own fault might***

 ***have recovered in the first action that which he seeks to recover in the second”* ifadesi kullanılmaktadır*.* Buna göre, bir davada davacı hüküm elde edebileceği bir noktada kendi hatası ile talebini hükme bağlayamazsa bunu açacağı ikinci davayla talep etmesi halinde res judicata prensibinin sonucunda bunda başarılı olamaz.”**

**Tüm yukarıda söylenenleri birlikte değerlendirdikten**

 **sonra aşağıdaki noktalarda da bulgu yaparım.**

1. **Kararı veren Lefkoşa Kaza Mahkemesidir ve KKTC Anayasasına ve 9/76 sayılı yasaya göre yargı yetkisi kullanmaktadır.**
2. **Bu karar 29.01.2013 tarihinde saat.13.22’de davacı ve davalı avukatlarının hazır bulunduğu bir celsede kendilerine okunarak tefhim edilmiştir.**
3. **Lefkoşa Kaza Mahkemesi işbu davayı görmeye görevsel olarak yetkilidir.**
4. **Emare A dava ile huzurumdaki davanın tarafları aynıdır.**
5. **Emare A dava ile huzurumdaki dava konu,içerik ve talep yönünden aynıdır.**
6. **Mahkeme 29.01.2013 tarihinde davanın esasını dinleyerek ispat olunamadığı sonucuna varmıştır ve davayı ret ve iptal etmiştir.**
7. **İşbu karara karşı herhangi bir istinaf yapılmamıştır. Buna göre yukarıda değindiğim prensipler ışığında davalı res judicata iddiasında tamamıyla başarılı olmuş durumdadır.**

**Res judicata iddiasında başarılı olunduğu noktasında yaptığım bulgu ışığında huzurumdaki bu davanın devam etmesi hukuken mümkün değildir ”.**

 Davacı Avukatı, Alt Mahkemenin **6138/2009** sayılı davayı, herhangi bir şahadet sunulmadan, ispatlanamadığı için ret ve iptal etmesini davanın esasının dinlenerek iptal edilmiş olduğuna kanaat getirerek yapmasının hatalı olduğunu iddia etmektedir.

 Bu durumda, Alt Mahkeme’nin **6138/2009** sayılı davanın 29.1.2013 tarihindeki oturumunda, davayı ispatlanamadığından ret ve iptal etmesinin nihai ve davanın esası ile ilgili verilmiş bir karar olup olmadığının ve bu kararla davanın bütünüyle neticelendirilip neticelendirilmediğinin incelenmesi gerekir.

 **6138/2009** sayılı davanın zabıtları incelendiğinde, davanın duruşma safhasında Davacı Avukatının tereke işlemlerini tamamlamak için birçok kez tehir talep ettiği, duruşmanın birçok kez bu gerekçe ile ertelendiği, ancak 29.1.2013 tarihinde Alt Mahkemenin aynı gerekçe ile yapılan tehir talebini reddederek duruşmaya başladığı ve Davacı’yı davasını ispata davet ettiği görülmektedir. Davacı Avukatının hazırda tanığı olmadığını beyan etmesi üzerine Alt Mahkeme, Davacı şahadet sunamadığı cihetle davayı ispatlanamadığından ret ve iptal etmiştir.

 Alt Mahkeme, yukarıda alıntısı yapılan “**f”** başlığı altındaki bulgusundan da görüleceği üzere **6138/2009** sayılı davanın esasının dinlenerek ret ve iptal edildiğine kanaat getirdi, ancak **6138/2009** sayılı dava dosyası incelendiğinde, dava celpnamesinde Davacı’nın, davayı yetkili vekili vasıtasıyla ikame ettikten sonra vefat ettiği, 29.1.2013 tarihinde Davacı Avukatı’nın henüz tereke işlemlerini tamamlamadığı ve dava celpnamesinin de tadil edilmediği görülmektedir. Bu durumda, Davacı’nın terekesi kurulmadan mevcut başlık ile davanın ileriye gitmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığı zaman, ispatlanamadığından ret ve iptal edilen **6138/2009** sayılı davanın esasının dinlenerek iptal edilmiş olduğunu söylemek olası değildir.

**Yargıtay’ın Hukuk/İstinaf 6/1975 sayılı A.M.Berberoğlu v Ecnebi Gayrımenkul Mallar İdarecisi** kararında şöyle denmiştir” ... **Emare 2’nin tetkikinden 487/73 sayılı davanın Yusuf Ziya’nın idareci olduğu hususunun ısbat edilmediği nedeni ile iptal edilmiş olduğu ve Mahkemenin dava konusunu tezekkür etmediği ve karara bağlamadığı sarih olarak görülmektedir. Esasen, müstenif de bunun aksini iddia etmiş değildir. Söylenenlerden görüleceği gibi her iki davadaki tarafların aynı olduğu kabul edilse bile dava konusu hususun daha önceki davada tezekkür edilmediği ve karara bağlanmadığı aşikârdır. Binaenaleyh Kaza Mahkemesi davalının ileri sürüdüğü kaziyei muhkeme müdafaasını kabul etmemekle hata etmiş değildir...**”.

Yukarıdaki kararda belirtilenlerden de anlaşılacağı üzere, her iki davadaki taraflar aynı olsa bile dava konusu hususun tezekkür edilip karara bağlanmadığı hallerde res judicata dan bahsetmek olası değildir .

Bu sonuçtan hareketle huzurumuzdaki istinafta mevcut hukuki ve olgusal durum çerçevesinde **6138/2009** sayılı davanın unvanı değiştirilmeden ve Davacı’nın terekesi davaya dahil edilmeden Alt Mahkeme’nin **6138/2009** sayılı davanın res judicata teşkil ettiğine bulgu yapması ve davalının res judicata müdafaasında başarılı olduğuna karar vermesi hatalı olmuştur.

Bu nedenle 2. 3. ve 4. istinafların kabul edilmesi ve İlk Mahkemenin hükmünün iptal edilmesi gerekir.

NETİCE:

Tüm yukarıdakiler ışığında İstinaf Eden/Davacı Müstedialeyh istinafında kısmen başarılı olduğundan Lefkoşa Kaza Mahkemesinin 22.4.2016 tarih tarihli hükmü ret ve iptal edilir.

İstinaf masrafları Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı/Müstedi tarafından ödenecektir.

 Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

7 Ocak, 2020