MİHBİR

Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği

15. TOPLANTI

(6-7 Ekim 2017/ANTALYA)

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE İSTİNAF

Ağustos-2018

Yayına Hazırlayan

Adalet Bakanlığı

Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı

Adres

Cevizlidere Mah. Gökkuşağı Cad. 1246/1 Sok. No: 5-Balgat

Çankaya/ANKARA

Telefon

0 (312) 573 17 24

Faks

0 (312) 219 71 92

Elektronik İletişim

yayin@adalet.gov.tr

www.yayin.adalet.gov.tr

Bu eserin tüm telif hakları Adalet Bakanlığı'na aittir ve her hakkı saklıdır. Bakanlığın yazılı izni olmaksızın kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltımı ve dağıtımı yapılamaz.

ÖNSÖZ

Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliğinin "İstinaf" konulu on beşinci toplantısı 6-7 Ekim 2017 tarihlerinde Antalya'da gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

Aslında istinaf konusunun Ekim 2016'da Antalya'da gerçekleştirmeyi planladığımız toplantıda ele alınması kararlaştırılmıştı. Zira bölge adliye mahkemelerinin Temmuz 2016'da göreve başlayacak olması, bu konuda yargı mensuplarının da katılımıyla, etraflı bir toplantı yapılması gereğini ortaya çıkarmıştı. Ancak bilindiği üzere Ekim 2016'da yapmayı planladığımız toplantımız iptal edilmiştir.

Böylelikle istinaf konusunun ele alınması Ekim 2017 toplantısına kalmış; toplantının yaklaşık bir yıllık bir uygulamanın sonucunda yapılması bu sürede ortaya çıkan sorunların ele alınabilmesi imkanını da beraberinde getirmiştir.

Toplantımıza medeni usul ve icra iflas hukuku anabilim dalı mensupları ile birlikte bölge adliye mahkemesi hakimleri ile Yargıtay üyeleri büyük ilgi göstermiştir. Toplantıda istinaf her yönüyle ele alınarak bilimsel değeri yüksek bildiriler sunulmuş; tartışmalar ile konunun en girift noktaları açıklığa kavuşturulmuştur. Bizlere bu imkânı veren bildiri sahiplerine ve tartışmalarla konuyu derinleştiren katılımcılara teşekkürlerimizi sunarız.

İstinaf konulu toplantımızı kitaplaştırarak kalıcı hale getirmek ve ilgililerin istifadesine sunmak için Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü basım işini üstlenmiş ve ortaya bu kitap çıkmıştır. Teorisyen ve uygulamacılara hayırlı ve yararlı olmasını diliyoruz.

Her toplantıda ifade ettiğimiz gibi, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği'nin artık geleneksel hale gelmiş olan ve örnek teşkil eden bu toplantıları hiç kuşkusuz Birlik mensubu akademisyenlerin ilgi ve katkısı olmaksızın gerçekleştirilemezdi. Bu bağlamda, toplantılara rağbetin her yıl giderek arttığını görmek bizleri

gerçekten duygulandırmakta ve branşın geleceği açısından ümitlendirmektedir. Toplantıların sadece bilimsel tartışma ve değişim platformu değil, aynı zamanda dostlukların kurulduğu ve tazelendiği bir platform halini alması da ayrı bir zevk ve gurur kaynağıdır.

Toplantının başarılı geçmesinde en büyük pay organizasyon konusunda bizlerden mali ve lojistik desteğini esirgemeyen Adalet Bakanlığına aittir. Bu bağlamda, dönemin Adalet Bakanı sayın Abdülhamit Gül'e, burada, Birlik adına en derin teşekkürlerimizi sunmak istiyoruz. Ayrıca, başta sayın Genel Müdür Hakim Ekrem Çetintürk ve sayın Genel Müdür Yardımcısı Hâkim Niyazi Acar olmak üzere Kanunlar Genel Müdürlüğü yetkililerine de organizasyondaki emek ve gayretleri için özel olarak teşekkür ediyoruz.

Bilimin en önemli hâmileri yine bilim kurumlarıdır. Onun için Üniversitelerimizin bu anlayış doğrultusunda önümüzdeki yıllarda gerçekleştirilecek toplantılara ev sahipliği yapmaya talip olmalarını gönülden diliyoruz.

Saygılarımızla.

Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği

ORGANİZASYON KOMİTESİ

Doç. Dr. Müjgan Tunç Yücel

Prof. Dr. Ali Cem Budak Prof. Dr. Selçuk Öztek

İ Ç İ N D E K İ L E R

ÖNSÖZ III

Açılış Konuşmaları 7

BİRİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

İstinafa Başvuru Şartları 17
Prof. Dr. Nevhis DEREN-YILDIRIM

İstinafta Ön İnceleme Aşaması 39
Nevzat BOZTAŞ

Tartışmalar 53

İKİNCİ OTURUM

İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar 85
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi 115
Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Tartışmalar 183

ÜÇÜNCÜ OTURUM

İstinafta Delillerin Değerlendirilmesi Hakkında Düşünceler 203
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonra Medeni Usul Hukukunda Temyiz 237
Doç. Dr. Murat YAVAŞ

Tartışmalar 309

İKİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

Fransız Hukukunda İstinaf Modeli 367
Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN

Tartışmalar 387

- **Açılış Konuşmaları**

Ramazan SOLMAZ

(Antalya Cumhuriyet Başsavcısı)

Niyazi ACAR

(Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı)

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

(MİHBİR Organizasyon Komitesi Başkanı)

SUNUCU- Ar. Gör. M. Ceren GÜLTÜTER:

(İstanbul Medipol Üniversitesi)

Değerli Hocalarım, Değerli Yargı Mensupları, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliğinin Değerli Üyeleri ve Saygıdeğer Konuklar. Bugün Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliğinin 15.yıllık toplantısı için bir araya gelmiş bulunmaktayız. Hepiniz hoş geldiniz.

Bu yılki toplantımızın konusu "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf" olarak belirlenmiştir. Açılış konuşmalarına geçmeden önce sizleri Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve silah arkadaşları ile aziz şehitlerimizin manevi huzurlarında saygı duruşuna ve ardından İstiklal Marşımızı okumaya davet ediyorum.

Açılış konuşmaları yapmak üzere Antalya Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Ramazan SOLMAZ'ın kürsüyü teşriflerini arz ederim.

Ramazan SOLMAZ:

(Antalya Cumhuriyet Başsavcısı)

Sayın Bakanım, Sayın Genel Müdürüm, Sayın Daire Başkanım, Sayın Tetkik Hakimlerim, Sayın Yargıtay Üyelerim, Sayın Antalya İlk Derece Adalet Komisyonu Başkanım, Sayın Bölge Başsavcım, Bölge Başkanım, çok değerli dekanlarımız ve öğretim üyelerimiz; Antalya'da ve tesisimizde sizleri ağırlamaktan onur duyduğumu söyleyerek sözlerime başlamak istiyorum. Antalya'nın bu güzel güneşli sabahında Antalya'da tesisimizde sizlerle beraber olmaktan duyduğum onuru da özellikle ifade etmek istiyorum.

Öncelikle bu programla ilgili olarak Sayın Genel Müdürüm bizi aradığında, geleneksel hale gelen bu programın Antalya'da tekrar yapılacak olmasından da duyduğumuz memnuniyeti, Sayın Genel Müdürüme ve dolayısıyla bunun düzenlenmesine başta Sayın Genel Müdürüm olmak üzere Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliğinin burayı seçmiş olmaları ve buradan memnun ayrılarak tekrar buraya gelmiş olmalarından dolayı da kendi adıma mutluluk duyduğumu da ifade etmek isterim. Dolayısıyla ben ve arkadaşlarım

olarak sizlere yeniden ev sahipliği yapma, sizlerle birlikte olmaktan, hizmet etmekten ve sizlere hizmet etmek onuruna erişmekten dolayı da mutluluk duyduğumu da ifade etmek istiyorum. Bugün yoğun bir program olacak. Burada çok değerli konuşmacılar, çok değerli katılımcılarla birlikte güzel fikirlerin oluşacağı ve inşallah Anadolu'nun her yerinden gelen siz değerli hukukçular, akademisyenlerle birlikte güzel sonuçların çıkacağı bir toplantı olması dileğiyle Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı olarak Sayın Bakanımızın, Sayın Müsteşarımızın ve dolayısıyla Genel Müdürümüzün burada sizlerle ilgili olarak her türlü talimatınızı yerine getirmekten onur duyduğumu da ifade etmek istediğimi tekrar belirtmek istiyorum. Tekrar burada Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı olarak bu kampta ya da dışarıda Antalya da yapmak istediğiniz programlarda sizlere ev sahipliği yapmak bizim için onur olur. Dolayısıyla tekrar sizleri burada ağırlamaktan duyduğum memnuniyeti ifade ederek programımızın sizlere, ülkemize, yargı teşkilatımıza ve özellikle akademisyen olarak üniversitelerimizdeki eğitim faaliyetlerine katkı sağlaması düşüncesiyle ben hepinize tekrar hoş geldiniz diyorum. Teşekkür ederim.

SUNUCU-Ar. Gör. M. Ceren GÜLTÜTER:

(*İstanbul Medipol Üniversitesi)*

Sayın Ramazan SOLMAZ'a teşekkür ederiz. Şimdi Adalet Bakanlığı adına konuşmalarını yapmak üzere Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı Sayın Niyazi ACAR'ın kürsüyü teşriflerini arz ederim.

Niyazi ACAR:

(Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı)

MİHBİR Organizasyon Komitesinin Çok Değerli Başkan ve Üyeleri, Çok Kıymetli Hocalarımız, Yargıtay'ımızın Çok Kıymetli Daire Başkan ve Üyeleri, Yargı Mensubu Büyüklerimiz, özellikle Antalya'dan teşrif eden Başsavcımız, Komisyon Başkanımız, diğer illerden gelen komisyon başkanlarımız ve akademi camiasının çok kıymetli üyeleri hepiniz hoş geldiniz.

Bu sene 3. kez Adalet Bakanlığı böyle bir organizasyonla sizlerle birlikte. Ben de Sayın Başsavcımız gibi bu hususta memnuniyetimizi

ifade etmek istiyorum. Pek çoğunuz hatırlayacaktır. 2015 senesinde sizin 13. geleneksel toplantınızda, yine burada iflas ve konkordato bahsini tartışmıştınız, konuşmuştuk. Oradaki tartışmalar gerçekten çok faydalı olmuştu, takip edenler bilir. O tartışmalar bilahare İcra ve İflas Kanununda kısmen Türk Ticaret Kanununda belli değişikliklerin de alt yapısını oluşturmuştu. Geçen sene Abant'ta sizin 14. toplantınız, yanlış olmasın, yapılmıştı ve ilamlı icra çalışılmıştı. İlamlı icra çıktıları da şu an halen Prof. Selçuk ÖZTEK hocamızın başkanlığında yürütülen İcra ve İflas Kanunu Bilim Komisyonu çalışmalarında özellikle değerlendiriliyor, tartışılıyor. İnşallah o da önümüzdeki yıllarda yasalaşma imkanı bulabilirse, kanun olarak önümüze gelecek. Sistemi biraz daha rahatlatan, biraz daha basitleştiren bir icra iflas sistemi önümüze gelecek.

Bu sene de bu kez yine güncelliğini koruyan bir çalışmanın ortasındayız. İstinafi tartışacaksınız, istinafı konuşacağız. Malumunuz 2016 yılı Temmuz ayından bu yana istinaf filhal gündemde. İstinaf atamaları yapıldı. Mahkemeler oluşturuldu. 7 istinaf mahkemesi açılmıştı. Şu an en son Bursa ve Adana'nın da dahil olması ile 9 yerde istinaf mahkemesi var. Bunların sayısının kısa süre içinde ilk etapta 15'e kadar çıkarılması düşünülüyor. Ondan sonra artar mı, ne kadar artar o zamanki perspektife göre karar verilecek tabi. Ama 15 tane istinafın oluşmuş olması sistemi ciddi anlamda rahatlatacak. Tabi burada yapılacak konuşmaların çıktıları hem buradaki İstinaf Mahkemesi Başkanlarımızın, çok kıymetli üyelerimizin gündeminde olacak hem de Bakanlığımızın gündeminde olacak. Bunu arz etmek istiyorum.

Yine malumunuz Prof. Selçuk ÖZTEK hocamızın başkanlığında HMK Tadil Komisyonu çalışmalarını sürdürüyor. O da epey pişti diyebiliriz. Görüşlere sunduk. Belki pek çok hocamız metne vakıf, görüş yazdılar. Çok kıymetli görüşleri de Bakanlığımıza ulaştı. Şu anda onları da değerlendirmeye aldık. Önümüzdeki süreçte onun da Başbakanlığa ve oradan da Meclise sevki söz konusu olacak. Bu tür toplantılardan elde ettiğimiz çıktıları biz yasa çalışmalarında çok ciddi şekilde değerlendiriyoruz ve çoğu bizi etkileyerek kanun metni haline de geliyor. Bunu da ifade etmek istiyorum. Şimdiye kadar genelde Yargıtay'ımızın içtihatları ve doktrinin görüşleri üzerinden bizim gibi

kanun çalışmaları mutfağında görev alanlar beslenirdi. Şimdi buraya bir de istinaf mahkemelerimizin kararları, içtihat demiyorum, eklendi. Bunları da takip etmek görevi bize düştü. Zaten siz akademisyenler olarak takip ediyorsunuz. Biz de daha kenardan, sizin kadar güçlü olmasa da yazıya dökmesek de, sessiz sedasız, çaktırmadan onları takip ediyoruz. Bu tür toplantılar da aslında bizim, akademisyen camianın ve bölge adliye mahkemeleri mensuplarının birbirini görmesi, tanıması noktasında önemli ve bizleri besliyor. Faydalı olduğunu burada ifade etmek istiyorum. Ben çok fazla uzatmak istemiyorum. Biz buradaki çalışmaların sonucunu sabırsızlıkla bekliyoruz. Önümüzdeki günlerde HMK taslağının Meclise sevki noktasında, buradaki çalışmaların, buradaki çıktıların bizim için yol gösterici olacağını ifade etmek istiyorum. Tekrar Antalya'yı seçtiği için organizasyon komitemize teşekkür ediyorum. Bakanlık olarak destek vermekten büyük mutluluk ve onur duyduğumuzu ifade etmek istiyorum.

Başsavcımızın da ifade ettiği gibi herhangi bir sorun veya sıkıntılı herhangi bir konuda bize de ulaşabilirsiniz. Antalya'daki büyüklerimize de ulaşabilirsiniz. Sizi burada rahat ettirmek için ve de şu çalışmanın başarılı bir şekilde neticelendirilmesi için elimizden geleni yapmaya hazırız. Tekrar hayırlı ve uğurlu bir çalışma olmasını diliyorum ve temenni ediyorum. Antalya'yı seçtiğiniz için de çok çok teşekkür ediyorum. Saygılar sunuyorum.

SUNUCU- Ar. Gör. M. Ceren GÜLTÜTER:

(İstanbul Medipol Üniversitesi)

Sayın Niyazi ACAR'a teşekkür ederiz. Şimdi Mihbir adına açılış konuşmasını yapmak üzere hocamız Sayın Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK'in kürsüye teşriflerini arz ederim.

Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

(Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)

Yüce Yargının değerli Mensupları, değerli Öğretim Üyeleri ve sevgili Araştırma Görevlileri, hepinize hoş geldiniz diyor ve en derin saygı ve selamlarımı sunuyorum. Biliyorsunuz burada 2 yıl önce toplanmıştık ve tesisin son derece yeterli olması ve güzelliği,

imkanları ve tesis müdürünün ve diğer personelin yakın ilgisi bizleri çok memnun etmişti. Toplantımızı 2 yıl önce burada yaptıktan sonra bize mensuplarımızdan devamlı olarak istekler geldi. Antalya'daki tesiste tekrar bir toplantı yapılması istendi. Adalet Bakanlığı da bu istekler karşısında duyarsız kalmadı ve toplantının sponsorluğunu üstlenmeyi kabul etti. Ama anladığım kadarıyla bu son sponsorluğu olacak. Onu da belirtmek istiyorum. O itibarla başka çıkış yolları bulmamız gerekiyor. Zaten bu konuyu cumartesi günü kendi aramızda, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları arasında yapılacak olan toplantıda gündeme getirip tartışmamızı sağlayacağım. Bu vesileyle toplantının düzenlenmesi için desteklerini esirgemeyen Sayın Başbakan Yardımcısı Bekir BOZDAĞ'a, Sayın Adalet Bakanı Abdülhamit GÜL'e, Kanunlar Genel Müdürü Sayın Hakim Ekrem ÇETİNTÜRK'e sonsuz teşekkürlerimi arz ediyorum. Ayrıca bize hep destek olan, telaşımızı ve paniğimizi paylaşan, organizasyonu yakından izleyip sihirli değneğiyle bütün zorlukları aşmamızı sağlayan Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı Sayın Hakim Niyazi ACAR'a ve Tetkik Hakimi Sayın Ahmet Hasan KILIÇ'a şükran duygularımı burada ifade etmek istiyorum.

Bu vesile ile Sayın Bakanımızın göndermiş olduğu ve biraz önce aldığım telgrafı da sizlere okumak istiyorum: "*Hukuk hayatımızın dinamik toplum yapısına eşzamanlı olarak gelişim göstermesi büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçularımızın artık geleneksel hale getirdikleri toplantıları ilgiyle ve takdirle takip ediyorum. Bir yıllık uygulama ışığında İstinafın değerlendirilmesinin isabetli bir gündem olduğunu belirtmek gerekiyor. Programın çıktılarının hukuk hayatımıza somut katkılar sunacağına olan inancımı sizlerle paylaşmak isterim. Ancak önceden planlanmış programlarım nedeniyle davetinize icabet edemeyeceğimi belirtmek durumundayım. Sizlerin şahsında tüm katılımcılara ve misafirlerinize selamlarımı sunuyorum. Programın hayırlara vesile olmasını temenni ediyorum. Abdülhamit GÜL Adalet Bakanı*." Kendisine biz de desteği nedeniyle sonsuz teşekkürlerimizi arz ediyoruz.

Konumuz İstinaf; Sayın Bakanın da belirttiği gibi bir yılı aşkın bir süre geçti Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete başlamasının

üzerinden. İşte bu sürede neler oldu, ne gibi gelişmeler vuku buldu? Zayıflıklar nelerdir? Bunları tartışmamız son derece doğal ve gerekli. Uygulamada önemli bazı tereddütler var. Bu tereddütleri nasıl giderebiliriz? İşte iki güne yayılan toplantımız çerçevesinde bütün bu gelişmeler, tereddütler, zayıflıklar hakkında çözümler bulmaya çalışacağız ve uygulamaya böylece katkı sağlamaya çalışacağız. Bu çerçevede böylesine seçkin bir izleyici topluluğu önünde sunum yapmayı kabul eden değerli öğretim üyelerine ve değerli Anadolu Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Nevzat BOZTAŞ'a çok teşekkür ediyorum. Bütün bu tebliğler Türk İstinaf Hukukunu zenginleştirecek ve referans kaynağı olacaktır hiç kuşkusuz. Değerli Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları, bu toplantılar sizler için yapılmaktadır. Özellikle genç arkadaşlarıma hitap ediyorum. Lütfen bizleri yalnız bırakmayın. İlginizi esirgemeyin. Bu toplantılar hiç kimseye ait değildir. Bu toplantılar sadece ve sadece sizlere aittir. Bunu bilmenizi istiyorum. Başka hiçbir ana bilim dalı hukuk alanında Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ana bilim dalının yakaladığı bu başarıya ulaşamamaktadır. Bu başarının yaratıcısı sizlersiniz. Nitekim ben, sesimden de anlayacağınız üzere, şu anda ciddi şekilde ateşim var ve paçavra gibiyim. Hatta dün yaşadığım uçak korkusunu da buna eklerseniz, "toplantıya hiç gitmesem olur mu acaba" diye bazı tereddütler geçirdim. Ama sizleri görmek bana doping gibi geldi. Vallahi dimdik ayaktayım. İnşallah bu üç günü neşeyle geçirip hepimiz şehrimize döneceğiz. Dün akşam uçakla gelen arkadaşlarla karşılaştım. Buraya gelirken tabii bütün bir günün yorgunluğu, uçak yolculuğu, havaalanında beklemek vs. herkesin yüzü bir karıştı. Fakat bugün görüyorum ki, yüzleri gülüyor. Bu da beni çok memnun ediyor. Bu güzel tesisteki günlerinizden yararlanmanızı öneriyorum.

Toplantımızın Türk hukuk öğretisine ve uygulamasına hayırlı olmasını diliyorum. Bu vesileyle ve sizleri fazla tutmamak adına hepinize en derin saygı, selam ve sevgilerimi sunuyorum. Teşekkür ederim.

BİRİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

"İstinafa Başvuru Şartları"

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM

(Koç Üniversitesi)

"İstinafta Ön İnceleme Aşaması"

Nevzat BOZTAŞ

(İstanbul BAM 14. HD Başkanı)

"Tartışmalar"

SUNUCU- Ar. Gör. M. Ceren GÜLTÜTER:

(İstanbul Medipol Üniversitesi)

Değerli hocamıza teşekkür ederiz. Şimdi programımızın ilk oturumuna geçiyoruz. Oturum başkanlığını yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Kamil YILDIRIM'ın ve tebliğlerini sunmak üzere Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM'ın ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Daire Başkanı Sayın Nevzat BOZTAŞ'ın kürsüye teşriflerini arz ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Türk Yargısının Değerli Mensupları, Değerli Akademisyenler hepinize günaydın diyorum. Toplantıyı açmadan önce her iki değerli konuşmacımızı kısaca tanıtmak istiyorum. Sayın Nevzat BOZTAŞ, 1964 Kayseri doğumlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1986 yılında mezun olmuştur. Halen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi Başkanı olarak görev yapmaktadır. Ayrıca Medipol Üniversitesinde Özel Hukuk doktora öğrencisi olarak akademik bir çalışmayı da sürdürmektedir. Diğer konuşmacımız Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM. Avusturya Lisesi ve İstanbul Hukuk Fakültesi mezunudur. 16 yıl Marmara Üniversitesinde çalıştıktan sonra doçent olarak İstanbul Üniversitesine atanmış ve 14 yıl geçtikten sonra, geçtiğimiz şubat ayında yani 2017 yılında İstanbul Üniversitesinden emekli olmuştur. Halen 12 yıldır çalışmakta olduğu Koç Üniversitesinde görevini de sürdürmektedir.

Her iki konuşmacımıza da programa göre yarım saat olmak üzere süre vereceğim. Bu arada programda küçük bir değişikliğimiz de var. Açılış konuşmaları ve diğer nedenlerle program biraz geç başladığı için kahve arası yapmadan programımızı 12:15 gibi tamamlayacağız. İlk tebliği sunmak üzere sözü Prof. Dr. Nevhis Deren YILDIRIM'a veriyorum. İstinaf başvurusu hakkında açıklamaları için. Buyurun.

İSTİNAFA BAŞVURU ŞARTLARI*

Prof. Dr. Nevhis DEREN-YILDIRIM**

I. Başvurunun doğurduğu sonuçlara göre istinafın özellikleri

Tebliğimizin konusu, istinafa başvuru şartlarıdır. Başvuru şartlarını incelemeden önce yeni uygulanmaya başlayan istinaf yolunun kanunyolu olarak sahip olduğu özelliklere ve başvurunun sonuçlarına değinmek istiyorum.

Doktrinde kanunyolları, **ilk olarak,** olağan kanunyolları ve olağanüstü kanunyolları olarak ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Olağan kanunyollarına kanunyolu süresi içinde, diğer bir anlatımla, henüz hakkında başvuru yapılan karar şekli anlamda kesinleşmeden başvurulur. Olağanüstü kanunyolları ise, şekli anlamda kesin hüküm oluştuktan sonra gündeme gelmektedirler, bir çok hukuk sisteminde şekli anlamda kesin hükmün oluşumundan sonra başvurulan yargılamanın yenilenmesi veya butlan davası gibi imkanlara kanunyolundan ziyade hukuki çare (=Rechtsbehelf) adı verilmektedir. Bu çerçevede, Türk Hukukunda **istinaf, olağan bir kanunyoludur**.

İkinci ayrım, bir üst merciiye aktarma etkisine sahip olan kanunyolu ve aynı derecede incelenen kanunyolu ayrımıdır. Aktarma etkisine (devolutif etkiye) sahip kanunyolunda, inceleme, karar mercii olan mahkemenin derece olarak üstünde yer alan mahkemece yapılır. Bu çerçevede, ilk derece mahkemelerinin hakkında istinaf yoluna başvurulan kararları, yetkili Bölge Adliye Mahkemelerince incelendiğinden **istinaf, aynı derecede incelenen değil, devolutif, yani aktarma etkisine sahip bir kanunyoludur**.

Üçüncü bir ayrıma ise, erteleyici etkiye sahip olan kanunyolu –erteleyici etkiye sahip olmayan kanunyolu ayrımıdır. Yabancı

---

* Bu metin Adalet Bakanlığının 6-7 Ekim 2017 tarihinde Antalya'da düzenlediği *"İstinaf"* başlıklı sempozyumda tebliğ olarak sunulmuştur.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

doktrinde erteleyici etkiye sahip olan kanunyolunda kanunyolu başvurusunun sadece şekli anlamda kesin hükmün oluşumunu değil, ilamın icrasını da engellediği kabul edilmekte, erteleyici etkinin kapsamı geniş tutulmaktadır. Tespit hükümleri ile inşai hükümler için çok fazla önem taşımayan bu ayrım icra edilebilir nitelikteki eda hükümleri bakımından temel bir ayrımdır. Avusturya doktrinine göre hükmün icrasını değil, sadece şekli anlamda kesin hükmün oluşumunu engelleyen kanunyolları "erteleyici etkiye sahip olmayan kanunyolları" anlamındadır.[1] Oysa Türk doktrinde, şekli anlamda kesin hükmü engelleme, erteleyici etkiye sahip olma için yeterlidir, diğer bir anlatımla, **Türk Hukukunda istinaf başvurusu hükmün icrasını değil, sadece hükme şeklen kesinleşmesini engellemesine rağmen "erteleyici etkiye sahip" bir kanun yolu olarak nitelendirilmektedir.[2]**

Dördüncü ayrım ise, tek taraflı ve çift taraflı kanunyolu ayrımıdır. Buna göre, kanunyoluna başvuran tarafın hasmına savunma imkanı vermiyorsa tek taraflı, veriliyorsa; çift taraflı kanunyolundan söz edilmektedir. HMK uyarınca hasım istinaf başvuru dilekçesine karşı cevap dilekçesi verme imkanına sahip olduğundan ötürü, **istinaf, çift taraflı kanunyoludur**. (HMK. m.347/II: Karşı taraf, tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya ….. verebilir.)

Beşinci ayrım, tam ve sınırlı kanunyolu ayrımıdır.[3] Söz konusu ayrımda kanunyolu incelemesinin gösterilen kanunyolu sebebi ile sınırlı olup, olmadığı ve yeni vakıalar getirip, getirilemediğine göre yapılan bir ayrımdır.

---

[1] Rechberger, W. Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, Wien 2014, vor § 461,R2.4; Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeβrechts, 2. Auflage, Wien 1990, R2. 1671.

[2] Bkz. HMK. m.350: (1) İstinaf yoluna başvurma, kararın icrasını durdurmaz İcra ve İflas Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36. maddesi hükmü saklıdır. Nafaka kararlarında icranın geri bırakılması kararı verilmez. (2) Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilmez.

[3] Bu konuda geniş bilgi için bkz. Deren-Yıldırım, Teksif İlkesi Bakımından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 267 vd. (TBB Yayını) (kıs:Teksif İlkesi).

Tam kanunyolunda kanunyolu incelemesini yapan mahkeme, dermeyan olunan talep hakkında yeni bir karar verebilir. Sınırlı kanunyolunda kanunyolu incelemesi yapan mahkeme, ilk derece mahkemesinin hukuka uygunluğunu ve doğruluğunu denetlemekle yetinir. Yeni vakıa getirme yasağının olduğu hukuk düzenlerinde, ilk derece mahkemesine sunulan dava malzemesinin genişletilmesi ve değiştirilmesi yasaklandığından, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hukuka uygun karar verip vermediği ve kanuna uygun yargılama yapıp, yapmadığını dermeyan edilen istinaf sebepleri çerçevesinde incelemekle yetinir. Bunun istisnası, mahkemenin kendiliğinden gözönünde tutabileceği istinaf sebeplerinin varlığıdır. Türk Hukukunda istinaf **sınırlı bir kanunyoludur**. Bkz.: HMK. m.355, 357.[4]

Altıncı ayrım, iptal etmeye yönelik kanunyolu ile değiştirmeye yönelik kanunyolu ayrımıdır. Söz konusu ayrım, kanunyoluna başvuran tarafın kararın iptalini mi yoksa, kararın kanunyolu incelemesini yapan mahkemece kaldırılmasını mı sağladığına göre yapılmaktadır. **Türk Hukukunda, kanunkoyucunun asıl güttüğü amaç, kural olarak istinafın iptale değil, değiştirmeye yönelik olmasıdır.** Duruşma yapılmadan kararın iptali ile yetinildiği halleri düzenleyen 353. maddedeki haller istisnaidir. Ağır usul bir hatanın olduğunun saptandığı durumlarda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın karar veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar vermektedir.

Yedinci ayrım, bağımsız kanunyolu ve koşullu kanunyolu ayrımıdır. Bağımsız kanunyolu, hükme karşı derhal başvurunun yapılabildiği durumda mevcuttur. Koşullu kanunyolunda ise, o kanun yoluna başvuru, ancak daha önce başka bir kanun yoluna başvurduktan

[4] HMK .m. 355: İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gösterir.
HMK. m. 357/I Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinde ……bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmez, yeni delillere dayanılamaz.

sonra mümkündür. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca istinaf bağımsız, temyiz ise koşullu kanunyolu olarak addedilmek gerekir**.

Sekizinci ayrıma göre, kanunyolları, tek basamaklı ve çift basamaklı kanunyolu olarak ele alınmaktadır. Tek basamaklı kanun yolunda istinaf süresi ancak gerekçeli kararın bir örneğinin tarafa tebliğinden sonra başlatılmaktadır.

Çift basamaklı kanunyolunda ise, hükmün tefhimi ilk basamağı oluşturmaktadır. İlk basamağı, gerekçeli kararın tebliği izlemekte, taraf, kanunyolu başvurusunu hükmün tefhiminden sonra yapabildiği gibi, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden sonra da yapabilmektedir.

Sadece HMK.m.345'deki başvuru süresi gözönünde tutulursa, **istinaf tek basamaklı olarak düzenlenmiş kanunyoludur**. Kanunkoyucu istinaf kanunyoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliği ile işlemeye başlar demektedir. Ancak kanunkoyucunun özel kanun hükümlerini saklı tuttuğunu unutmamak gerekir.

II. İstinaf başvuru koşulları

1. Aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen kararlar

a. İlk derece mahkemelerinin nihai kararları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinde, genel ve özel mahkemeler arasında ayrım gözetmeksizin ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabileceğini düzenlemektedir. İlk derece mahkemesi kavramına sulh hukuk ve asliye hukuk gibi genel hukuk mahkemelerinin yanı sıra icra mahkemeleri, iş mahkemeleri, aile mahkemeleri, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, tüketici mahkemeleri, kadastro mahkemeleri gibi özel mahkemeler de girmektedir.

Genel ve özel mahkeme niteliğindeki ilk derece mahkemelerinin nihai kararları esasa ilişkin olabileceği gibi, usule ilişkin de olabilir. Bu bakımdan davanın esastan reddi ve kabulü kararları ile dava şartının bulunmadığından ötürü davanın reddi kararları arasında fark yoktur. Usulden redde yönelik nihai karar kapsamına ilk itirazın

kabulü (örn. yetkisizlik kararı, tahkim itirazının kabulü kararları gibi) kararlar da dahildir.

İlk derece mahkemelerinin nihai kararları, şahıs varlığı haklarına ilişkin davalara ilişkin olabileceği gibi, malvarlığına ilişkin de olabilir, ancak malvarlığına ilişkin davalarda verilen nihai kararlar bakımından değere bağlı istinaf sistemi söz konusudur. Hükümlerin dışında feragat, kabul ve sulh halinde oluşan kararlar da istinafın konusunu oluşturabilir.

Mahkemenin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayıp, yargılamanın devamını sağlayan kararlar ise, nihai karar niteliğinde olmayıp ara karar niteliğinde olduğundan tek başına istinaf başvurusunun konusunu oluşturmaz.[5] İstinafın konusunu yalnızca nihai kararların oluşturmasından ötürü yabancı hukuk düzenlerinde istinafın dışında diğer bazı hukuki çarelere yer verilmektedir. Alman Hukuku'ndaki basit şikayet (einfache Beschwerde), acele şikayet (sofortige Beschwerde) bu hukuki çarelere örnek olarak gösterilebilir. Türk Hukuku'nda ara kararlar, nihai kararlar ile birlikte istinafın konusunu oluşturabilirler. Bu çerçevede davadan el çekme sonucunu doğurmayan ilk itirazların reddi kararı gibi ara kararlar tek başına istinaf edilmez.

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı da, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydı ile istinaf başvurusu yapılabilir (HMK.m.387). Fakat çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilmez.

Davanın konusuz kalmasına ilişkin kararlar da usule ilişkin kararlar olarak istinaf edilebilir. Hakem kararlarına karşı istinaf yolu kapalıdır. Kanunkoyucu "temyiz edilebilen kararlar" başlıklı 361. maddede hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurabileceğini düzenleyerek, iptal davası sonunda verilen kararlara karşı istinaf yolunu kapamıştır. Gerekçede bu husus, "hakem kararlarına karşı istinaf yoluna gidilmesinin tahkim

[5] Görev ve yetki itirazının reddi, genel olarak ilk itirazın reddi, davaların birleştirilmesi gibi kararlar nihai karar niteliğinde olmayıp ara kararı niteliğinde olduğundan ancak nihai kararla birlikte istinaf edilebilirler, ara kararlarına karşı tek başına istinafa başvurulamaz.

yargılamasının niteliği ile bağdaşmaması" ile ifade edilmiştir (bkz. 5236 sayılı Kanunun Gerekçesi).

Bu husus, HMK hükümleri çerçevesinde yapılan iç tahkim ve Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleşen milletlerarası tahkim için geçerlidir.

Her ne kadar istinafın konusu ilk derece mahkemesinin esasa ve usule ilişkin nihai kararları olarak betimlenmişse de, kanun koyucu HUMK dönemindeki "değere bağlı temyiz" sistemini değere bağlı istinaf olarak HMK'nuna taşımış olduğundan, istinaf başvurusu belirli bir değerle sınırlandırılmıştır. HMK. m.341 I/b.2 uyarınca, miktar ve değeri binbeşyüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalara ilişkin kararlar kesindir. 3. bent, alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda bu kesinlik sınırının alacağın tamamına göre belirleneceğini düzenlemektedir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü kanundaki kesinlik sınırı geçmeyen tarafın istinaf yoluna başvurması ise mümkün değildir (b.4).

HMK m.341/I/b.2'deki 1500 TL tutarındaki sınır, 2.12.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesinden kısa bir süre sonra **3000 Türk Lirasına** çıkarılmıştır. Söz konusu istinaf değeri, her yılbaşı artırılmaktadır. 2017 yılı için malvarlığını davalarındaki istinaf sınırı 3.100 TL tutarındadır.

Değere bağlı istinafa Alman Medeni Usul Kanunu'nda da yer verilmiştir. Söz konusu Kanun, 31.01.2001 tarihine kadar 750 Avro tutarının altında kalan kararları istinafa kapatırken, yeni düzenleme 600 Avro'nun aşılmasını yeterli bulmaktadır (Alman MUK § 511/I). Ancak Alman Medeni Usul Kanunu, "değere bağlı istinaf" kriterinin yanı sıra "izne bağlı istinaf" kriterini de kabul etmektedir. Malvarlığına ilişkin davalarda salt 600 Avro'nun aşılması tek kriter değildir.[6] *Malvarlığına ilişkin davalarda 600 Avro'luk sınırın aşılmadığı durumlarda, hükmü veren ilk derece mahkemesinin izni ile istinaf yoluna başvurmak mümkündür (Alman MUK § 511/II/ 2). Değere bağlı istinaf ilkesinin yanında izne bağlı istinafın geçerli*

[6] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 517-518.

olması, Alman Hukuku'nda "istinaf değerinin aşılmadığı durumlarda bir üst mahkemenin inceleme yapmasını sağlamak içindir.[7] *Karar mahkemesinin izin kararı, hukuki uyuşmazlığın önemli olduğu durumlarda veya hukukun geliştirilmesini ya da hukuk güvenliği bakımından istinaf mahkemesinin içtihat birliğini sağlamasının gerekli olduğu durumlarda istinaf mahkemesi için bağlayıcıdır (Alman MUK § 511/IV).*

İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlara istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz imkanının HMK m. 363 hükmünde düzenlenmiş olması, hukukumuzda bu boşluğu telafi edebilecek bir imkan olarak görülmemelidir.

İstinaf talebinde bulunan istinaf değerinin aşıldığı gerçeğini yakın gösterecek şekilde ispat ile yükümlüdür.

İhtiyari dava arkadaşlığında istinaf sınırı her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı belirlemek gerekir.

Türk kanunkoyucu, istinaf değeri bakımından taşınır, taşınmaz ve alacak davaları bakımından bir ayrım yapmamış, istinaf değerini aşmak kaydıyla malvarlığı davalarında istinafa başvurulabileceğini düzenlemiştir. (karş.: HUMK. m. 427 "taşınır mal ve alacak davaları").

Malvarlığı davaları dışında kalan hukuk davalarında verilen nihai kararlara karşı istinafa başvurulabilir. Örn. şahıs varlığı haklarına ilişkin davalar ile aile hukukuna ilişkin davalarda verilen nihai kararlar.

Kanunkoyucu, özel kanunlarda da bazı kararlara karşı istinaf yolunu kapatmış olabilir. Bunlar, verildiği anda kesin olan kararlardır. Örn. Tüketici Kanununa göre, tüketici hakem heyeti kararlarına karşı

[7] Deren-Yıldırım, N., İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006 s. 693 vd, özellikle, s. 697. (Kısa.: İstinafın Gerekçelendirilmesi).

yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir (6502 sayılı K. m. 70/V).

Bunun dışında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (m. 9/3, m. 15, m. 16, m. 17/5, m. 19/4, m. 43/3, m. 61/2, m. 65/2,3);[8a] 5362 Sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu (m. 49), 3402 sayılı Kadastro Kanunu (m. 4/XI), 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun (m. 26/son) ve Basın-İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun (m. 49) gibi hükümlerde kanunyollarına başvurma imkanı verilmemiştir (Bu örnekler için bkz. Kuru, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, §63).

[8a] 6356 sayılı 2012 tarihli Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
m. 9/3: kuruluşların genel kurul dışındaki organlarına seçilebilmek için 6 ncı maddede aranan şartlara sahip olmak gerekir. Bu şartlara sahip olmayan birinin seçildiğini tespit eden Valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin görevine son verir. Mahkemenin kararı kesindir.
m.15/I (seçimlere itiraz)
(1) Genel kurulda yapılan organ ve delege seçimlerinin devamı sorasında yapılan işlemlere ilişkin olarak seçim sonuç tutanaklarının düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde yapılacak itirazlar aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.
m.16 (Genel Kurul dışında yapılan delege seçimi)
(2) Genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazlar, mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanır.
m. 17/5: Haklı bir neden gösterilmeksizin üyelik başvurusu kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açabilir. Mahkemenin kararı kesindir.
m. 19/4: sendika üyeliğinden çıkarılma kararı genel kurulca verilir. Otuz gün içinde mahkemeye itiraz edilebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir.
m. 43/3 (Mahkemeye yetki itirazı) Mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar.
m. 61/2(Görev oylaması) … oylama ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır.
m. 65: kanuni grev ve lokavta katılamayacak kişiler
(2) itiraz halinde mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir.
(3) mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir.
5362 sayılı 2005 tarihli Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu
m. 49 (Organ ve yönetim kurulu başkanlarının seçimi)
(4) Yedi günlük ilan süresi içinde listeye yapılacak itirazların hakim tarafından incelenir ve en geç iki gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

İstinafa tabi kararlardaki özel durumların da ele alınması gerekir. Bunlar etkisiz kararlar (=nichtige Urteile) ve görünüşte kararlardır. (= Nicht-und Scheinurteile).

Etkisiz kararlar, yargı erki ile görevlendirilmiş ve bu erkin kullanılması usulüne uygun olmakla birlikte, yargısal faaliyetin bazı şartları yerine gelmemiş olduğundan, maddi anlamda kesin hüküm, icra edilebilirlik etkisi ile inşai tesir doğurmayan kararlardır. Çok ağır eksikliklere sahip bu kararlara örnek olarak aşağıdaki kararları gösterebiliriz:[8]

-Türk yargısına tabi olmayan bir taraf hakkında karar verilmiş olması

-Artık mevcut olmayan bir kişi hakkında karar verilmiş olması,

-Derdestliğin ortadan kalkmasından sonra karar verilmiş olması,

-Artık mevcut olmayan bir evlilik hakkında karar verilmiş olması,

-Talebin ahlaka aykırı olması,

-Hukuk düzeni ile bağdaşmayan edimin hüküm fıkrasında yer alması.

Etkisiz hükümlere karşı da istinaf yolu açıktır.[9]

Yok hükümlerin (= Nichturteile) ve görünüşte kararların (=Scheinurteile) istinafa tabi olup, olmadığı da ayrıca incelemek gerekir.

Yok hükümler, yargı erki ile görevlendirilmiş bir mahkemece verilmemiş olan hükümlerdir. Örneğin: idari bir mercin, bir hakim

[8] Doukoff, N., Die zivilrechtliche Berufung, 3. Auflage, München 2005, §2, IV; Rosenberg/Schwlab/Gottwald, Zivilprozeβrecht, 17. Auflage, München 2010, §62, Türk Hukukunda: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, §38; Özekes, M., Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, Yargıtay Dergisi, 2000/10, s. 686.

[9] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, §38:"Ancak bu hükümler bakımından temyize veya yargılamanın iadesine gitmeye gerek yoktur. Etkisiz kararlar yeni bir davanın açılmasına engel olmazlar ve bunların etkisiz olduğunun tespiti için tespit davası açılabilir. Aynı yönde: Rosenberg/Schwab/Gottwald, §62, Rdnr 12;

stajyerinin verdiği kararlar, hakimin lokantada verdiği kararlar gibi. Bu tür kararlar, mahkeme ilamı görüntüsü yaratıyorsa, istinaf edilebilmelidirler.

Görünüşte kararlar (=Scheinurteile), mahkeme hükmü şeklindeki kararın örneğin; yüze karşı tefhim edilmeyip, şekle aykırı biçimde tarafa bildirildiği veya tebliğ edilmediği ya da tefhim edilen o içeriğinden tamamen farklı bir şekilde tebliğ edildiği durumlarda söz konusu olur. Bu durumlarda, karar, hukuka uygun olarak tebliğ edilmediğinden, aslında iki haftalık istinaf süresi başlamaz,[10] ancak taraflar bu karara karşı istinafa başvurabilir. Doktrinde bunların henüz varolmadıklarından ötürü istinafa da konu olmayacağını kabul edenler mevcuttur.[11]

b. Geçici hukuki korunmaya ilişkin kararlar

"Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler" başlıklı monografik çalışmamın[12] sonuç kısmında Türk Hukuku'nda, ihtiyati tedbir kararlarına karşı etkili bir kanunyolunun bulunmamasını eleştirmiş, geçici hukuki korunmanın etkinliğinin sağlanmadığı durumlarda hukuki korunmadan söz edilemeyeceğini, hukuk devletinde keyfi kararlar verilmesinin önlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştim. Bu konuda önemli bir gelişme, 4949 sayılı ve 17.07.2003 sayılı Kanun ile 258. maddeye fıkra eklenmesi ile yaşandı. Kanun uyarınca, ihtiyati haciz taleplerinin reddi halinde alacaklıya kanunyoluna başvurabilecektir.[13] Hükümet gerekçesinin 61. maddesinde son fıkradaki kanunyolunun temyiz olduğu belirtilmiştir. Esasen kanunkoyucu da bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına kadar, bu nitelikteki kararların hukuki kontrolünü sağlamak üzere, gerekçede temyizden bahsetmiş olmaktadır. Zira karşılaştırmalı hukukta, temyiz geçici hukuki

[10] Doukoff, § 2,2
[11] Thomas/Putzo, ZPO, 31. Auflage, München 2010, Vor §300
[12] Deren-Yıldırım, N., İstanbul 1999; 2. Bası, İstanbul 2002.
[13] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Deren-Yıldırım, N., 4949 Sayılı ve 17.7.2003 tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İhtiyati Haciz kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü, in: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, s. 2, 2005, s. 431 vd. (Kısaltma: İhtiyati Haciz)

korunma taleplerinin reddi kararlarına karşı başvurulabilen bir kanunyolu değildir. Örneğin Alman Hukuku'nda dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda verilen ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı basit şikayet (=einfache Beschwerde); ihtiyati haciz talebinin duruşma neticesinde reddi kararlarına karşı ise, bu kararlar nihai nitelikte kabul edildiğinden, istinaf yolu açık tutulmuştur.[14] Ancak Yargıtay 4949 sayılı kanun değişikliğinden bir süre sonra bir içtihadı birleştirme kararı ile **ara dönemde yapılagelen** temyiz incelemesinin önünü kesmiştir. Bkz. 21.02.2014 tarihli karar.[15]

---

[14] Deren-Yıldırım, N., İhtiyati Haciz, s. 439-440.

[15] 2013/1 E., 2014/1 K. Sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurul Kararı "… Buna göre:

1) miktar değeri HUMK (5236 s. Kanundan önceki) m.427/II deki temyiz sınırını geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin her çeşit hukuk mahkemesi nihai kararları kesindir, temyiz edilmez,

2) Özel kanun hükümleri gereği temyiz edilemeyeceği, kesin olduğu belirtilen bazı nihai kararlar temyiz edilemez,

3) Geçici nitelikteki kararlar temyiz edilemez.

Bu durumda ihtiyati tedbir taleplerinin reddiyle bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararların niteliği itibariyle nihai karar olmadığı ve temyize sadece nihai nitelikteki kararlar aleyhine gidilebileceği hususu gözetildiğinden; söz konusu geçici maddenin yollanmasıyla bu tür ara kararlarına karşı yasa yollarına başvurulmayacaktır. ….

Ne var ki, HMK'da öngörülen kanun yollarından istinaf başvurularının inceleneceği merciler olan bölge adliye mahkemelerinin henüz kurulmaması nedeniyle HMK'na daha sonra eklenen Geçici 3. maddeyle istinaf hükümlerinin uygulanması bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar ertelenmiş ve bu amaçla birtakım genel geçiş hükümleri öngörülmüştür.

Uygulamada tartışılan ve içtihatların birleştirilmesine sebep olan görüş aykırılıklarının özü, söz konusu geçici maddenin yollamasıyla HMK'nun 391 ve 394. maddelerine öngörülen kanun yollarının bu süreçte temyiz olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususuna ilişkindir.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan ilki Geçici 3. Maddenin uygulama alanının belirlenmesi, daha sonra ise ihtiyati tedbir ile ilgili kararların hukuki niteliğinin saptanması olacaktır.

Buna göre 6100 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3. madde incelendiğinde, birinci fıkrasındaki düzenleme, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam edilmesine ilişkindir. Bu bağlamda maddenin kapsamının belirlenmesi için açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir konu ise, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin hükümlerinin şekli ve içerik bakımından kapsamının ne olduğu hususudur.

1086 sayılı HUMK'nun temyize ilişkin 427 ve devamı maddeleri incelendiğinde ise, kanunda sayılı istisnalar dışında ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararların temyiz edilebileceği öngörülmektedir.

Türk kanunkoyucu, HMK. m.341/I hükmünde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabileceğini düzenleyerek hukuk devleti ilkesine uygun davranmıştır. Yine aynı fıkra ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin "kabulü" halinde, itiraz üzerine mahkemenin vereceği kararlara karşı da istinaf yolunu açık tutmaktadır.

Türk Hukuku'nda böylece yıllarca ancak Basra harap olduktan, yani davada nihai karar verildikten sonra bununla birlikte kanunyoluna (temyize) başvurulabilen geçici hukuki korunmaya ilişkin kararlar yoluyla etkin hukuki korunmanın zarar görmesi uygulamasından vazgeçilmiştir. Özellikle ihtiyati tedbir yargılaması yapıp, tedbir koşullarının varlığını incelemeden talebin reddeden hakimlere karşı artık daha etkili bir yöntem mevcuttur. İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir taleplerinin reddine ilişkin kararlar bakımından, Türk Hukuku'nda, bu kararların duruşma yapılarak mı, yoksa dosya üzerinden mi verildiğinin önemi yoktur. Bu husus, kanunyolu ve hukuki çare kataloğumuzun fakirliği ile alakalı bir sorundur.[16]

2. İstinafa başvurabilenler

İstinaf yargılamasının tarafları, kural olarak ilk derece mahkemesinin taraflarıdır.

Fer'i müdahil hakkında hüküm verilemeyeceğine ilişkin kuralın uygulanmaması durumunda (HMK. m.69/I), fer'i müdahil de istinafa başvurabilir.[17] Yine fer'i müdahale talebi ilk derece mahkemesince reddolunan kişi, katıldığı taraf istinafa başvurmasına bile, kararın fer'i müdahale isteğinin reddine ilişkin kısmı için istinafa başvurabilir.[18] Katılma talebi kabul olunan fer'i müdahilin katıldığı tarafa yönelik aleyhteki hükme karşı tek başına istinafa başvurup, başvurmayacağı

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle; "ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağına" 21.02.2014 tarihinde yapılan üçüncü toplantıda oy çokluğu ile karar verildi.

[16] Örn. Alman Hukuku'nda istinafın dışında basit ve acele şikayet gibi hukuki çarelerin varlığı bir ayrımın yapılmasına yol açmıştır. Geniş bilgi için : Deren-Yıldırım, N., İhtiyati Haciz, s. 440.

[17] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,§ 39 a, 5 b.

[18] Yarg. HGK 1.4.1987, 11-143,259, İKİD 1988/331, s.5802.

tartışmalıdır.[19] Yanında katıldığı taraf istinaf hakkından feragat etmişse, katılan yani fer'i müdahil istinafa başvuramaz. Davanın taraflarının süresinde istinafa başvurmaması fer'i müdahilin istinafa başvuru hakkını sukut ettirir, çünkü hüküm taraflara yönelik verilmiştir.[20]

Alman Hukuku'nda kanunyoluna başvuru süresi içinde fer'i müdahilin kanunyoluna tarafın aksi yönünde davranışı olmamak kaydıyla başvurabileceği, tarafın hareketsiz kalmasının katılanı başvuruda bulunma konusunda engellemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak tarafın davranışı ile çelişmemek esastır.[21] Nitekim HMK.m.68/I; fer'i müdahilin yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceğini düzenlemiştir. Fer'i müdahiller ancak aktif olarak istinaf başvurusunda bulunabilirler.[22]

Asli müdahil, tek başına istinafa başvurabilir. İhtiyari dava arkadaşlığında her davanın birbirinden bağımsız olması nedeniyle her dava için istinaf sınırı ayrı ayrı belirlenir. İstinaf süresi, her dava arkadaşı hakkında kararın ona tebliği edildiği tarihten itibaren başlar. İstinafa başvurmayan dava arkadaşı için hüküm kesinleşir, bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlarından her biri hüküm aleyhinde tek başına istinaf başvurusunda bulunmalıdır.

Zorunlu dava arkadaşlarının ise, ayrı ayrı dava takip yetkileri bulunmadığından, birlikte hareket etme zorunlulukları vardır (HMK. m.60). Bu nedenle, hep birlikte istinaf başvurusu yapmaları gerekir. Yargıtay, zorunlu dava arkadaşlarından birinin temyiz başvurusundan, başvurmayanların da yararlanabileceğine hükmetmiştir.[23] Zorunlu dava

---

[19] Temyiz hakkına ilişkin tartışmalar için bkz: Pekcanıtez, H., Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1982, s.153 vd., Kuru, B., Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015, s. 394: "Fer'i müdahil tek başına kanunyoluna başvuramaz";

[20] Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeβordnung, 22. Auflage, B.2, Tübingen 2004/§ 67, Rdnr, 12 a; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,§ 39 a, 5 b. (s. 527). Alman Yüksek Mahkemesi:, tarafın fer'i müdahilin birlikte kanunyoluna başvurması halinde, tarafın istinaf başvurusunu geri almasının istinaf incelemesine engel olmadığına hükmetmiştir (BGH NJW 1993, 2944).

[21] Stein/Jonas, § 67, Rdnr. 13,16 aynı yönde: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 39 a, 5 b.(s. 527).

[22] Schilken; E., Zivilprozeβrecht, 7. Auflage, München 2014, Rdnr 903.

[23] 14. HD 26.3.1985, 7980/2163 (Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 3334).

arkadaşlarının hasmı istinaf başvurusunu bütün davacı arkadaşlarına yöneltmek zorundadır.[24]

Davanın tarafı olmayan kişilerin hükme karşı istinaf başvurusunda bulunmaları, kesin hükmün üçüncü kişiye sirayeti veya hükmün icra kabiliyetinin üçüncü kişiye sirayeti gibi özel hükümlerinin kanunda düzenlenmesine bağlıdır.[25] Külli ve cüz'i halefiyet bu duruma örnek gösterilebilir.

Çekişmesiz yargıda, karara karşı istinafa başvuruda hukuki menfaati bulunan "ilgililer" istinaf başvurusunda bulunabilirler. Doktrinde nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin dava ve işlerde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ve nüfus müdürlüklerinin kanunyoluna başvurabileceği kabul edilmiştir.[26]

3. İstinaf süresi

Türk Hukuku'nda istinaf süresi ilamın her bir tarafa tebliğ tarihinden itibaren iki haftadır. (HMK.m.345). HUMK'nunda değişiklik yapan kanun tasarılarında 30 gün olarak belirlenen istinafa başvuru süresi, 5236 sayılı Kanun'da 15 güne indirildi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da istinaf süresini iki hafta olarak belirledi. İki haftalık süre, ilamın usulen taraflardan birine tebliğinden itibaren başlamaktadır. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır. Sürelerin gün olarak değil, hafta olarak saptanmış olması, Türk Hukuku'nda istinaf süresinin kısa olmasından kaynaklanacak sorunlara çare olmamaktadır.[27]

Oysa Alman Medeni Usul Kanunu § 517 uyarınca istinaf süresi bir aydır. Bu süre, gerekçeli kararın tamamını içeren hükmün tebliğinden itibaren başlar ve en geç kararın tefhim tarihinden beş ay geçmekle son bulur. Eski hale getirme imkanı vardır. Alman Usul Kanunu § 520 II 1, istinaf başvurusu dışında istinafın gerekçelendirilmesi süresini de

[24] Schilken, E., Rdnr. 686.
[25] Bkz bu hüküm etkileri için Deren-Yıldırım, N., Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda, Kesin Hükmün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996.
[26] Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.4571; Akkaya, T., Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf, Ankara 2009, s.118.
[27] Deren-Yıldırım, N.,Türk ve Alman İstinaf Sistemlerine İlişkin Bazı Saptamalar, Güncel Hukuk, Temmuz 2016, s.46 vd. (Kıs.: Sistemler).

ayrıca düzenlemektedir. Bu süre, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren iki aydır ve süre konusu süre en geç kararın tefhiminden itibaren beş ay geçmekle son bulur.[28]

Mülga İş Mahkemeleri Kanunu'nun,[24a] "istinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise, tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür" ibaresi "adil yargılanma hakkına zarar verecek bir hükümdü (bkz.m.8), çünkü temyizden farklı olarak istinafta gerekçelendirme yükümlülüğü vardır.[29] Gerekçeli kararı tebellüğ etmeden tarafın mahkemenin usul muamelesinin hangi hataları barındırdığını anlayamaz, üstelik Alman Hukuku'ndaki ilk istinaf dilekçesinin eksiklerini tamamlama için ek bir süre ve dilekçe verme hakkı da tanınmamıştır. Özel kanunlardaki bu hükümlerin "tebliğinden itibaren" şeklinde anlaşılması yerinde olacaktı. Nitekim 2017 tarih ve 7036 sayılı (yeni) İş Mahkemeleri Kanunun 7. maddesi şu şekildedir;

"(3) 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır.

(4) Kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

(5) Kanunyoluna başvurulan kararlar, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtayca ivedilikle karara bağlanır".

Adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi açısından sürenin tefhim veya tebliğden başlamasının önlenmesi gerekmekte idi. Anayasa Mahkemesi de 20.03.2014 tarihli kararında (Başvuru sayısı 2012/1034) şu gerekçeyle bu düzenlemeyi adil yargılama hakkının ihlali olarak görmüştür. "…uygulamada, İş Mahkemelerinde 8 günlük temyiz süresi tefhim ile başladığından, bir kısım mahkemeler,

[28] Deren-Yıldırım,N., Sistemler, s. 47: "Görüldüğü üzere, Alman kanunkoyucu, istinaf başvuru süresi ile gerekçelendirme süresini birbirinden ayrı tutmuş, taraflara istinaf dilekçesinde gerekçeyi şeklen bildirip, sonradan ayrıntılı gerekçesi ayrı bir dilekçe ile mahkemeye ibraz etme imkanı tanımış…"

[24a] Ayrıntılı bilgi için: Kurt-Konra.N./Damar, C., İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, TBB Dergisi 2016, s.125, s. 187 vd., özellikle, s.188-189.

[29] Deren-Yıldırım, N., İstinafın Gerekçelendirilmesi, s. 693 vd.

gerekçeli kararı tebliğ etmemekte, …. gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılama hakkına uygun olmayan bir yargılama yapılmasına sebebiyet vermektedir…"

İİK. m.363 hükmündeki icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf süresini tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde şeklindeki ibareyi de gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 10 gün şeklinde anlamak gerekir. Dilekçenin içeriğine yönelik "kararın ilgiliye tebliğ tarihi" ifadesi de bu sonucu doğrular niteliktedir. Bkz. HMK m.343/2/a.

Ticaret Mahkemesinin iflas ve konkordatoya ilişkin kararlarına karşı istinaf süresi tebliğinden itibaren 10 gündür.

İstinaf süresini kaçıran taraf, HMK m.95 vd'daki sebeplerin varlığı halinde eski hale getirme isteyebilir.

AYM'nın bireysel başvuru kararında şu ifadelere yer verilmiştir: (Başvuru no 2013/3956, 26.02,2015 tarihli kararı, RG 16.4.2015, s.29328) " … Bakanlık, "Hukuk davalarında" süre tutum dilekçesi" adı altında bir talep türü olmadığı, kaldı ki hak düşürücü sürelerin durdurulamayacağı, somut başvuruda "süre tutum dilekçesi" olarak verilen dilekçesinin, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararın yeteri kadar belli edecek bilgileri taşıması halinde diğer şartlar bulunmasa dahi reddolunmayıp temyiz incelemesinin yapılacağı, bu çerçevede, süre tutum dilekçesinin temyiz mahiyetinde olduğu ve harçlandırılmasının gerektiği, gerekçesi yazılmadan temyiz edilse dahi gerekçeli karardan sonra ayrıntılı temyiz gerekçelerinin Yargıtay'a bildirilmesine hukuken bir engel olmadığı. Kaldı ki başvurucu, kanuni süresi içinde ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurma yönündeki istek ve iradesini ortaya koymuş olup, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden altı gün sonra da temyiz gerekçelerini içeren dilekçesini sunmuş ve temyiz harcını da ödemiştir. Buna göre, başvurucunun temyiz kanun yoluna başvurma konusunda özensiz bir tutum sergilediği söylenemez…."

Doktrinde anılan AYM kararı şu ifadelerle eleştirilmiştir: "…şeklindeki gerekçelerle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi hem Bakanlık hem Anayasa Mahkemesi

süre tutum dilekçesinin hukuki olmadığını kabul etmekle beraber, bu dilekçeyi kanun yolu başvuru (temyiz dilekçesi) olarak nitelendirerek sonuca gitmeye çalışmaktadır**.** Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, gerçek anlamda tam bir mahkeme kararının gerekçeli kararla ortaya çıktığı kabul edilerek böyle bir şekli dilekçenin uygulamada terkedilmesi daha yerinde bir tercih olacaktır. İstinaf başvurusu bakımından süre elde olmayan sebeplerle kaçırılmışsa şartları mevcutsa eski hale getirme imkanından yararlanılabilir" (Pekcanıtez, Usul, C.III, s. 2221-2222).

Kanaatimizce iki haftalık istinaf süresi, Türk Hukukunda gerekçelendirme için kesinlikle yeterli değildir. Yukarıda değindiğimiz Alman Usul Kanununda (§ 517,520) öngörülen ikili başvuru imkanı hukukumuzda da kabul edilmelidir. Usul kanunundaki gerekçelendirme yükümlülüğü hem tarafın adil yargılanma hakkını yerine getirmek, hem de tarihsel süreç dikkate alındığında istinaf incelemesi yapan mahkemelerin yükünü hafifletmek için öngörülmüştür. Kanuni pozitivist bir yaklaşım sergilendiğinde, "hukukumuzda süre tutum dilekçesi yoktur diyerek" meseleye çözüm getirilmesi mümkündür, ancak bu yaklaşım yukardaki hususlarla çelişmektedir. Bu konu yeniden düzenlenebilir.

Hasmın istinafa başvurduğu durumda, süresinde istinaf başvuru dilekçesi vermemiş olan taraf, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki haftalık cevap süresi içinde katılma ile istinaf başvurusunda bulunabilme imkanına sahiptir.

4. İstinaf dilekçesi

a. İstinaf dilekçesinin verilmesi

İstinaf dilekçesi, kararı veren mahkemeye veya başka bir yer mahkemesine verilebilir. İstinaf dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse, o mahkemece bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydolunur ve ücretsiz bir alındı belgesi verilir (HMK.m.343/I).

Kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye verilmiş olan istinaf dilekçesi, bu mahkemece I. fıkraya göre işlem yapıldıktan

sonra kararı veren mahkemeye örnekleriyle birlikte gönderilir. Bu durum derhal mahkemeye bildirilir.

Dosya, kararı veren mahkemece, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı kalınmaksızın, ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK.m.343/IV). Kanunkoyucu, tarafın istinaf dilekçesinde yetkili bölge adliye mahkemesini yanlış belirlediği durumlarda, hakime kendiliğinden yetkili istinaf mahkemesini belirleyerek oraya gönderme yetkisi tanıyarak, zaman kaybının önüne geçmeye çalışmıştır.

b. İstinaf dilekçesinin içeriği

İstinaf yoluna başvurma, dilekçe ile yapılır ve dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir.

342. madde istinaf dilekçesinde aşağıdaki hususların bulunmasını aramıştır:

a) Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve adresleri,

b) Varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri,

c) Kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı,

ç) Kararın başvurana tebliğ edildiği tarih,

d) Kararın özeti,

e) Başvuru sebepleri ve gerekçesi,

f) Talep sonucu,

g) Başvuranın ve varsa kanuni temsilci yahut vekilinin imzası.

Kanunkoyucu, istinaf dilekçesinin, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355. madde uyarınca göre gerekli incelemenin yapılacağını düzenlemiştir. (m.342/son)

Bu düzenleme, mülga HUMK'nun temyiz incelemesine yönelik 435/II hükmüne paraleldir.[30] Ancak temyize ilişkin esasları bütünüyle istinafa uygulamaya imkan yoktur. Eskiden olduğu gibi günümüzde de

[30] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, s. 529.

Yargıtay temyiz eden temyiz sebeplerini belirtmese bile temyiz incelemesi yapabilirken, istinafta Bölge Adliye Mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağlılığı söz konusudur. Başvuru sebepleri ve gerekçesi istinaf dilekçesinin zaruri unsurlarının başında gelir. Bunun istisnası, kamu düzenine aykırılık halleridir. Ancak istinaf sebepleri her halükarda zaruri unsur olarak ele alınması gerekir.

İstinaf dilekçesi, yasal süre geçtikten sonra verilir veya kesin olan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme istinaf dilekçesinin reddine karar verecektir. Red kararının ilgiliye tebliğinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna başvurulduğu ve gerekli giderler yatırıldığı takdirde dosya kararı veren mahkemece yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir. Yetkili bölge adliye mahkemelerinin hangileri olacağı konusunda HSYK bir çok karar almıştır.

HSYK Genel Kurul 3.8.2017 tarih, 703 K. sayılı kararı: Genel Kurulun 29/02/2016 tarihli görüşmesi ve 53 sayılı kararı ile 15 mahalde kurulu bölge adliye mahkemelerinden ilk etapta 7 mahalde faaliyete geçirilmesi yönünde olmuştur.

Bu çerçevede Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun Bölge Adliye Mahkemelerinin 20.7.2016 tarihinde faaliyete geçirildiği, mezkur bölge adliye mahkemelerinin gelen iş miktarı ve bu mahkemelerin derdest dosya sayıları dikkate alınarak Adana ve Bursa Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçirilmesi için yargı çevrelerinin değiştirilerek yeniden belirtilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Adana BAM yargı çevresi: Adana, Hatay, Mersin, Osmaniye, Niğde; Bursa BAM'ın yargı çevresi ise, Bursa, Balıkesir, Bilecik, Çanakkale, Kütahya ve Yalova olarak belirlenmiştir.

Oysa HSYK'nun 15/5/2007 tarih ve 205 sayılı Kararı ile 7/9/2011 tarih ve 187 sayılı kararı ile Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Sakarya, Samsun, Trabzon ve Van da BAM'nın kurulmasına karar verilmiş idi.

Bir çok hukuk düzeninde, istinaf dilekçesinin zorunlu içeriğine istinaf gerekçesinin dahil edilmesi rastlantı değildir.[31] Bununla birden fazla amaç güdülmektedir. İstinaf gerekçesinin dilekçede dermeyanı zorunluluğunu dava malzemesinin yoğunlaştırılmasına ve yargılamanın hızlandırılmasına hizmet edeceği umulmuştur. Yargılamanın hızlandırılması ile gerçeğe ulaşma arasındaki karşıtlık göz önünde tutulmalı, hızlandırmaya ilişkin önlemlere dikkatle yaklaşılmalıdır. Gerekçe gösterilmesinin bir başka yararı, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesidir. İstinaf davacısının bozulmasını istediği karar karşısındaki tutumunu dilekçesinde açıkça ortaya koyması sayesinde istinaf mahkemesi hakimi zaman kazanır; istinaf sebeplerini gösterme zorunluluğu, başvuru şansı olmayan, gereksiz istinaf başvurularını engeller. Zira, istinaf mahkemesine başvurmadan önce avukatlar, hükmü istinafta bozulma şansı açısından değerlendirmek durumundadırlar. İstinaf gerekçesinin dilekçede gösterilmesi aynı zamanda yargılama süresi konusunda taraf serbestisinin sınırlandırılmasına, diğer bir anlatımla "saf liberal yargılama anlayışının" terk edilmesine yol açar.[32]

c. İstem sonucu

İstem sonucu (= Berufungsantrag), istinafın çerçevesini ve amacını göstermeye yarar. İstinafa başvuru süresi içinde ileri sürülmeyen istem sonuçları göz önünde tutulmaz. Hükmü birden fazla talep sonucuna ilişkin olması halinde, bunların her birinin süresinde gerekçelendirilmesi ve dilekçede istem sonucu kısmında belirtilmesi gerekir.[33]

Davacının istinaf başvurusundaki istem sonucu "… Mahkemesinin kararının tamamen değiştirilerek/ veya iptal edilerek bozulması suretiyle davalının mahkumiyetine karar verilmesi…", ibaresi ile ifade olunabilir. Kısmen değiştirme (veya) kısmen iptal istendiğinde de bu husus belirtilmelidir.

---

[31] Deren-Yıldırım, N., İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, s.701; Lanters, Die Berufungsbegründung nach neuem Zivilprozessrecht, Koblenz 1936.

[32] Deren-Yıldırım, İstinafın Gerekçelendirilmesi, s.701

[33] Deren-Yıldırım, İstinafın Gerekçelendirilmesi, s. 700, Semmelmayer, J., Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996, s. 63.

d. Harçların Ödenmesi

HMK m.344 uyarınca istinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dahil olmak üzere tüm giderler ödenir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir.

Bölge Adliye Mahkemelerine yapılan istinaf başvurusu, başvurma harcına tabidir. Kararın niteliğine göre nisbi veya maktu karar ve ilam harcı ödenmek gerekir. Nispi harca bağlı davalarda, nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin alınır.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Bu değerli tebliği ve sunumu için Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM'a teşekkür ediyoruz. Şimdi Nevzat Beye sözü vereceğim. Değerli hakimlerimizden Sayın Nevzat BOZTAŞ bize ön inceleme safhasını sunacaklar. Buyurun Nevzat Bey.

İSTİNAFTA ÖN İNCELEME AŞAMASI

Nevzat BOZTAŞ*

1. Genel Olarak Ön İncelemenin Konusu

20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Yasanın 28. maddesiyle değişik HMK'nun 352. maddesine göre;

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda aşağıdaki durumlardan birinin tespiti hâlinde öncelikle gerekli karar verilir:

a) İncelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olması.

b) Kararın kesin olması.

c) Başvurunun süresi içinde yapılmaması.

ç) Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi.

d) Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi.

İstinaf mahkemesince yapılacak ön inceleme ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 40.maddesi uyarınca Yargıtay Dairesince yapılan ön incelemeye benzemektedir. Ancak, istinaf aşamasındaki ön inceleme konularından da anlaşılacağı üzere, ilk derece mahkemesinde yapılan ve HMK'nun 137 vd. maddelerinde düzenlenen ön incelemeden oldukça farklıdır. İstinaf aşamasında yapılan ön incelemede, davanın esasına dair herhangi bir değerlendirme yapılmaz. Sadece, HMK'nun 352. maddesinde sayılan hususlarda usûli inceleme yapılarak, kanun yolunun caiz olup olmadığı,[34] kabule şayan olup olmadığı[35] değerlendirilir ve gerekli kararlar verilir.

---

*İstanbul B.A.M. 14. H.D. Başkanı.

[34] "*…Kanun yolu bakımından genel dava şartlarının yanı sıra kanun yolunun caizliği için özel birtakım şartlar da aranır. Burada kanun yollarının iptal aracı olmaları bakımından tipik olan koşullar söz konusudur. Özetle, Gilles'e göre kanun yollarının konusu, bağımsız bir kontrol ve iptal yargılamasıdır. Ona göre Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki kanun yolları aslında kendilerine has amaçlara (yani iptal), kendi yargılama konusuna (kararın hatalı olmasından dolayı iptal talebi) ve kendi usûli*

2. Ön İncelemenin Yapılış Şekli

20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Yasanın 28 maddesiyle 352. maddeye eklenen ikinci fıkra uyarınca, ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır. Ön inceleme sonunda karar heyetçe verilir. İstinaf sistemimizde, tek hakimle verilen karar türü bulunmamaktadır.

Yasa, ön incelemenin dosya üzerinden, yani duruşma açılmadan yapılacağını belirtmiştir. Ancak, inceleme aşamasına geldikten, hatta duruşma açıldıktan sonra bile, ön incelemede karara bağlanması gereken bir husus tespit edilirse, bu aşamada da ön inceleme konuları hakkında karar verilmesine kanaatimizce engel yoktur.

3. Ön İncelemenin Amacı

Ön incelemenin ayrı bir safha olarak düzenlenmesinin temelinde usul ekonomisi ilkesi yatmaktadır.[36] Dosya, istinaf dairesine gelir gelmez; bölge adliye mahkemesinin yetkili olup olmadığı, dairenin görevli olup olmadığı, istinaf yolunun açık olup olmadığı, başvurunun süresinde olup olmadığı, başvuru şartlarının tamamlanıp tamamlanmadığı hususları öncelikle incelenip karara bağlanarak, davaların dairede gereksiz yere beklemesinin ve yargılamanın uzamasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu amaç da göz önünde tutularak, ön inceleme Kanunda öngörülen sıra ile yapılmalıdır. Bir üst sırada bir eksiklik tespit

---

(kanun yolu caizlik şartları) ve esasa ilişkin (kanun yolunun haklılık şartları) başarı şartlarına sahiptir." Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010 s. 38.

[35]Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Basım, Ankara 2016., s.36.

[36]Murat Yavaş, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Ankara 2015., s125; "*...ÖZET: Usul ekonomisi, medenî yargılama hukukuna egemen olan ilkelerden biridir. Anayasanın 141 inci maddesinin dördüncü fıkrasında ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77 nci maddesinde ifade edilen emredici nitelikteki bu ilke, yargılamanın amacına hizmet eden araçlardan biridir. Usul ekonomisi, yasalarda öngörülen düzenleme çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime bir görev olarak yükler. Bu bağlamda, "basitlik", "hızlılık" ve "ucuzluk" usul ekonomisini oluşturan ögeler olarak ortaya çıkar* " Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Sayı:1, Cilt: 57, http://dergiler.ankara.edu.tr/ dergiler/ 38/263/2367.pdf, (erişim tarihi 19/12/2016), s. 243.

edildiğinde, diğer hususlar incelenmemelidir. Örneğin, istinaf dairesi görevsiz ise, başka bir husus incelenmeksizin, dosyanın görevli daireye gönderilmesine karar verilmelidir. Diğer hususlar, dosya kendisine gönderilen görevli dairece incelenecektir.

4. Ön İnceleme Sonunda Verilecek Kararlar

HMK'nun 352. maddesinde, ön inceleme sonunda gerekli kararların verileceği belirtilmiş ise de verilecek karar türleri belirtilmemiştir. Ön incelemede tespit edilen hususlara göre verilecek karar dairece belirlenecektir. Çeşitli ihtimallere göre verilecek karar türleri aşağıda sıralanmıştır:

a. İstinaf başvurusunu inceleme yetkisinin başka bir bölge adliye mahkemesine ait olup olmadığının incelenmesi

Bölge adliye mahkemesinin yetkili olup olmadığına dair incelemenin, yasal değişiklikten önce, HMK'nun 353/1.a.3.maddesi uyarınca usûli inceleme aşamasında karara bağlanması öngörülmüştü. Bu düzenleme usul ekonomisi ilkesine aykırıydı. 20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Yasanın 28. maddesiyle bu hususun incelenmesi ön inceleme aşamasına çekilmiştir.

Bu düzenlemenin önemi, bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi değiştiğinde ortaya çıkacaktır. Örneğin, Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin 05/09/2017 tarihi itibariyle faaliyete geçirilmesiyle birlikte, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinde bulunan Yalova, Bilecik ve Bursa illeri tüm ilçeleriyle birlikte, yeni kurulan mahkemenin yargı çevresine dahil edilmiştir. 25/09/2017 tarihinden itibaren verilen ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf incelemesini yapma yetkisi Bursa Bölge Adliye Mahkemesine aittir. Bu tarihten önce verilmiş ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf incelemesini yapma yetkisi ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesine aittir. 05/09/2017 tarihinden sonra verilmiş bir karar olsa bile; eğer o dosyada daha önce İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince kaldırma-gönderme kararı verilmiş ise bundan sonra o dosyada verilen kararların istinaf incelemesi İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince yapılacaktır.

İstinaf incelmesini yapma yetkisinin başka bir bölge adliye mahkemesine ait olduğunun tespit edilmesi halinde, "*dava dosyasının yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere, kararı veren ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine*" karar verilmelidir. Kanaatimizce bu karar, mahiyeti itibariyle nihai karar olmadığından kesin karardır ve temyize tabi değildir. Zaten, 7035 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önce, HMK'nun 353/1.a.3. maddesi uyarınca, istinaf mahkemesinin bu konudaki kararının kesin olduğu belirtilmişti.

Bölge Adliye Mahkemeleri arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkma ihtimali oldukça zayıf olmakla birlikte, böyle bir uyuşmazlık çıkması halinde yetkili bölge adliye mahkemesi, HMK'nun 21 ve 22. maddeleri uyarınca, yargı yeri belirlenmesi hükümlerine göre Yargıtay tarafından belirlenecektir.

b. Dava dosyasının görevli daireye gelip gelmediğinin incelenmesi

Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu tarafından, hukuk dairelerinin hangi tür davaları inceleyeceği önceden tespit ve ilan edilmiştir. Hukuk dairelerinin görevi, kararı veren ilk derece mahkemesine göre değil, davanın konusuna göre belirlenmiştir.

Bölge adliye mahkemesi hukuk daireleri arasındaki iş bölümünü belirleme yetkisi 5235 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca başkanlar kuruluna ait iken, 7035 sayılı Yasanın 12. maddesiyle, anılan 35. maddeye eklenen son fıkra uyarınca bu yetki HSK'ya verilmiştir. HSK tarafından iş bölümü yapılıncaya kadar, başkanlar kurulunca yapılan iş bölümü uygulanmaya devam edilecektir.

Eğer daire, yaptığı ön incelemede görevsiz olduğunu, iş bölümüne göre başka bir dairenin görevli olduğunu tespit ederse, "*dava dosyasının görevli daireye gönderilmesine"* karar verecektir. Bu karar teknik anlamda bir görevsizlik kararı olmayıp, gönderme kararıdır. Gönderme kararı kesin olup temyiz yolu kapalıdır.

Dosyanın kendisine gönderildiği hukuk dairesi, davanın kendi görev alanı içinde olmadığını, gönderen dairenin görevli olduğunu düşünüyorsa, bu konuda bir karar verecektir. Ortaya çıkan olumsuz

görev uyuşmazlığını çözmek üzere dosyayı, hukuk daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir. Hukuk daireleri başkanlar kurulu tarafından görev konusunda verilecek karar kesin olup görevli olduğu belirtilen hukuk dairesi bu kararla bağlıdır (5235 sayılı Yasanın 35/1. maddesi).

c. İlk derece mahkemesi kararının kesin olup olmadığı, istinaf kanun yolunun açık olup olmadığı konusunun incelenmesi

Bu konuda farklı ihtimaller ortaya çıkabilir:

i-İlk derece mahkemesinin kararı kesin ise: Esasen bu konu, istinaf dilekçelerinin teatisi aşamasında HMK'nun 346. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesince karara bağlanması gereken bir husus olmakla birlikte; ilk derece mahkemesi bu konuda karar vermeden dosyayı istinaf mahkemesine göndermiş ise daire dosyayı iade etmeyip, *istinaf dilekçesinin reddine* kendisi karar vermelidir. Çünkü 352. madde istinaf mahkemesine bu konuda karar verme yetkisi vermektedir. Dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilerek bu konuda kararın ilk derece mahkemesince verilmesini istemek usul ekonomisi ilkesine aykırıdır.

İstinaf mahkemesinin bu kararının kesin olup olmadığı konusunda Yasada bir açıklık yoktur. İlk derece mahkemesince HMK'nun 346. maddesine göre verilen istinaf dilekçesinin reddi kararına karşı bir hafta içinde istinaf kanun yolu açılmış ise de istinaf mahkemesinin bu konudaki istinaf başvurusunun reddi kararının kesin olacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kanaatimizce, ilk derece mahkemesinin kararının kesin olduğu tespit edildiğine göre, istinaf mahkemesinin bu konudaki kararının da kesin olması gerekir. Örneğin, dava değerine göre ilk derece mahkemesi kararı kesin ise istinaf mahkemesinin ön incelemede verdiği kararın da kesin olması uygun olacaktır. Çünkü, istinaf mahkemesi işin esasını inceleyip bir karar verseydi bile o karar, HMK'nun 362/1.a. maddesi uyarınca kesin olacaktı. Ancak, bu konudaki son sözü yüce Yargıtay söyleyecektir.

ii-İstinaf yoluna başvurulan ilk derece mahkemesinin kararı ara karar niteliğinde olup, istinaf yolu kapalı ise: Kural olarak,

yasanın açıkça izin verdiği haller dışında, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaz. Kanun yolu caiz olmayan bir ara kararına karşı istinaf talebinde bulunulmuş ise ön inceleme aşamasında, *caiz olmayan istinaf başvurusunun usulden reddine* karar verilmelidir.

İstinaf mahkemesinin bu kararının kesin olduğunun kabulü gerekir. Çünkü, HMK'nun 361. maddesi uyarınca, istinaf mahkemelerinin nihai kararları temyiz edilebilir. İlk derece mahkemesinin ara kararı hakkında verilen bir kararın, uyuşmazlıkla ilgili nihai karar olarak yorumlanması kanaatimizce mümkün değildir.

iii-İlk derece mahkemesinin kararı 20/07/2016 tarihinden önce verilmiş ise ya da karar bu tarihten sonra verilmiş olmakla birlikte, dosya daha önce Yargıtay tarafından esastan bozulmuş ve bundan sonra hüküm verilmiş ise: 01/07/2016 tarihli, 6723 sayılı Yasa ile değişik HMK'nun Geçici 3. maddesine göre, istinaf mahkemelerinin göreve başladığı 20/07/2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/09/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454.madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Eğer, istinaf talebine konu karar 20/07/2016 tarihinden önce verilmiş ya da daha sonra verilmiş olmakla birlikte, dava dosyası daha önce Yargıtay denetiminden geçmiş ise, istinaf yolu caiz olmayıp dosyanın temyiz kanun yoluna tabi olması nedeniyle, istinaf mahkemesince "*dosyanın Yargıtaya gönderilmek üzere kararı veren ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine"* karar verilmelidir. Bu karar kesin olup, nihai değerlendirmeyi Yargıtay yapacaktır.

d. İstinaf kanun yoluna başvurunun yasal süresi içinde olup olmadığının incelenmesi

HMK'nun 345. maddesi uyarınca, istinaf kanun yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. HMK'nun 345. maddesinde dikkat edilmesi gereken husus, sürenin gün olarak tayin edilmediği, yani başvuru süresinin 15 gün olmayıp iki hafta olduğudur.

İki haftalık başvuru süresinin HMK'nun 92/2. maddesine göre hesaplanması gerekir. Buna göre, sürenin başladığı güne ikinci haftada karşılık gelen günün çalışma saatleri bitimine kadar istinaf başvurusunun yapılması mümkündür.

HMK'nun 445. maddesi uyarınca, elektronik ortamlarda yapılan işlemlerde, süre gün sonunda biteceğinden, son gün gece 24:00'a kadar istinaf başvurusu yapılabilir.

Katılma yoluyla istinaf dilekçesinin, HMK 348. maddesi uyarınca, iki haftalık cevap süresi içinde verilmesi gerekir.

Kanun yoluna başvuru süresi, 5221 sayılı Yasanın 8/2. maddesi uyarınca iş mahkemesi kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 8 gün; İİK 363/1. maddesi uyarınca icra mahkemesi kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 10 gündür. İş ve icra mahkemeleri kararlarına karşı başvuru süresi gün ile tayin edildiğinden, süre HMK'nun 92/1. maddesine göre hesaplanacaktır. Yani, kararın tebliğ edildiği gün hesaba katılmaz ve süre, son günün tatil saatinde biter.

İstinaf kanun yoluna başvuru süresinin elde olmayan sebeplerle kaçırılması halinde, HMK'nun 95 vd. maddeleri uyarınca eski hale getirme talebinde bulunmak mümkündür. Bu durumda, HMK'nun 98/2. maddesi uyarınca, eski hale getirme talebi istinaf mahkemesi tarafından inceleneceğinden, eski hale getirme talebinin istinaf dilekçesi verilirken ileri sürülmesi uygun olacaktır.[37]

İstinaf kanun yoluna başvuru süresiyle ilgili olarak kanunlardaki özel düzenlemeler saklıdır. HMK'nun 346. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesince verilen istinaf dilekçesinin reddi kararlarına ve istinaf giderleri yatırılmadığı için HMK'nun 344. maddesi uyarınca verilen başvurudan vazgeçmiş sayılma kararlarına karşı istinaf süresi, tebliğ tarihinden itibaren bir haftadır. HMK'nun 43/2. maddesi uyarınca, hâkimin reddi talebi hakkındaki merci kararlarına karşı istinaf başvuru süresi de bir haftadır.

[37] Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara , 2014, s. 301. *Umar*, HMK. 98. maddesinin 2. fıkrasının gereksiz (fazladan) bir düzenleme olduğunu belirtmiştir.

HMK'nun 297/1.ç. maddesi uyarınca, mahkeme kararında başvurulacak kanun yolunun ve süresinin gösterilmesi zorunludur. Kanun yolu başvuru süresi ilk derece mahkemesi tarafından yanlış gösterilse bile, kanundaki süre uygulanır. Çünkü, yasayla belirlenen bu süreyi değiştirmek konusunda hâkime yetki verilmemiştir. HMK 90.maddesi uyarınca, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hâkim kanundaki süreleri artıramaz veya eksiltemez.

Ancak, Anayasanın 40/2. maddesi*, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır"* hükmünü getirmiştir. Süre yasayla belirlendiği halde, mahkemenin kararında, kanun yolu ve başvuru süresi konusunda bilgi vermesi bir anayasal zorunluluktur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 2012/855 başvuru numaralı, 26/06/2014 tarihli kararında, mahkemece kanun yolunun ve süresinin gösterilmemesini, Anayasanın 36.ve 40. maddelerine ve A.İ.H.S.'nin 6. maddesine aykırı bularak, başvuru sahibinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[38]

Bu nedenlerle, eğer ilk derece mahkemesi, yasal iki haftalık süreden daha kısa bir süre göstermiş olsa bile yasadaki istinaf süresi uygulanacaktır. Ancak, ilk derece mahkemesi yasal süreden daha uzun bir başvuru süresini kararına yazmışsa, hâkimin bu kararına güvenerek; yasal süre dolduktan sonra, ancak hakimin belirlediği süre dolmadan önce istinaf kanun yoluna başvurulmuş ise başvuruyu süresinde saymak gerektiği kanaatindeyiz.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8/2. maddesi uyarınca ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 363/1. maddesi uyarınca kanun yolu başvuru süresinin tefhim tarihinden itibaren başlayacağı durumlarda, duruşmada sadece kısa kararın (hüküm özetinin) açıklandığı hallerde, başvuru süresinin ne zaman başlayacağının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu durumda, uygulamada, kısa kararın tefhimi üzerine istinaf süresinin başlayıp başlamayacağı, *süre tutum dilekçesi* denilen gerekçesiz istinaf dilekçesinin verilmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda tereddüt mevcuttur.

[38] www.anayasa.gov.tr , Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (erişim tarihi 19/12/2016).

Hukuk yargılaması sistemimizde, *süre tutum* diye bir kurum yoktur. Uygulamada ortaya çıkmış bir kavramdır.[39]

Kanun koyucu, sürenin başlamasını tefhim olgusuna bağlamıştır. İş ve icra mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Basit yargılama usulünde hükmün ne şekilde verileceğini düzenleyen HMK'nun 321/2.maddesine göre, kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesiyle birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hallerde hâkim, bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı açıklayabilir. Bu durumda, gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkarılması gerekir.

Bu yasal düzenlemeye göre, duruşmada sadece kısa karar açıklanmış ise yasadaki tanıma uygun bir tefhim bulunmadığından, kanun yolu başvuru süresinin tefhim tarihinden değil, gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten başlaması gerekir. Süre tutum dilekçesi vermeye gerek olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim, Yargıtay 9.H.D.'nin 12/01/2016 tarihli, 2015/32645 E- 2016/315 K. sayılı kararında, bu yorum aynen benimsenmiştir.[40]

HMK'nun 343/3. maddesi uyarınca, istinaf yoluna başvuru tarihi konusunda 118. madde hükmü uygulanır. Buna göre, istinaf dilekçesinin sisteme (UYAP sistemine) kaydedildiği tarihte başvuru yapılmış sayılacaktır.

Esasen, başvurunun süresinde olup olmadığı HMK'nun 346. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanması gereken bir husustur. Ancak, ilk derece mahkemesi bu konuda bir karar vermeden dosyayı istinaf ilgili dairesine göndermiş ise dosya ilk derece mahkemesine bu konuda karar vermek üzere iade edilmeyip, istinaf mahkemesince değerlendirilmelidir. Çünkü, HMK'nun 352. maddesi istinaf dairesine bu konuyu karara bağlama yetkisi vermektedir.

[39] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bknz; Umar, a.g.e., s. 1002 ve 1062-1063.
[40] Kararın özeti ve ayrıntılı açıklamalar için bknz; Adem Albayrak, Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016, s. 70-75.

Başvurunun süresinde olmadığını tespit eden istinaf dairesi, HMK'nun 346. maddesine koşut olarak, *istinaf dilekçesinin reddine* karar verilmelidir.

İstinaf mahkemesinin bu konudaki kararının kesin olup olmadığı konusunda Yasada bir açıklık yoktur. İlk derece mahkemesince HMK'nun 346. maddesine göre verilen istinaf dilekçesinin reddi kararına karşı bir hafta içinde istinaf kanun yolu açılmış ise de istinaf mahkemesinin bu konudaki istinaf başvurusunun reddi kararının kesin olacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kanaatimizce, bu durumda genel hükümlere gitmek gerekir. Yani, kararın kesin olup olmadığının HMK 362. maddesine göre belirlenmesi uygun olacaktır.

e.Başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği hususunun incelenmesi

Başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği hususu oldukça geniş bir alanı kapsamakta olup, bu konudaki ön incelemenin hangi konuları kapsadığının somutlaştırılması gerekir. Tespit ettiğimiz somut durumları aşağıda inceledik:

i-İstinaf başvurunun dilekçe ile yapılmış olması, başvuru dilekçesinin en azından HMK'nun 342/3. maddesi uyarınca, başvuranın kimliği ve imzasıyla başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içermesi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmelidir. Bu koşullar gerçekleşmemişse, başvuru şartları gerçekleşmediğinden *istinaf başvurusunun usulden reddine* karar verilmelidir.

ii-İstinaf başvurusu yapan vekilin vekaletnamesi sunulmamış ise başvuru şartları kapsamında değerlendirme yapılarak, istinaf mahkemesince HMK'nun 77. maddesi uyarınca tamamlatma cihetine gidilmeli, eğer verilen kesin sürede vekaletname sunulmaz veya aynı süre içinde asil tarafından işleme icazet verilmez ise *istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına* karar verilmelidir.

iii-İstinaf başvurusuna konu ilk derece mahkemesi kararının tüm taraflara tebliğ edilip edilmediği bu kapsamda incelenmeli ve bu

konuda eksiklik tespit edilirse, bu işlemlerin tamamlanması için ilk derece mahkemesine *dosyanın geri çevrilmesine* karar verilmelidir. Bu karar kesindir.

iv-İstinaf başvuru dilekçesinin teatisi işlemlerinde bir eksiklik varsa, bu işlemlerin tamamlanması için *dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine* karar verilmelidir.

v-HMK'nun 344. maddesi uyarınca, istinaf yoluna başvuran taraf, tebligat giderleri dahil gerekli masraf avansını ve kanun yolu harçlarını peşin yatırmak zorundadır. Başvuru harcı ve maktu veya nispi peşin istinaf harcı ile gider avansı yatırılmamış veya eksik yatırılmış olmasına rağmen dosya istinaf mahkemesine gönderilmişse, istinaf mahkemesince, HMK 344. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere, *dava dosyasının ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine* karar verilmelidir. Bu karar kesindir.

vi-Başvuru yapanın sıfatının ve hukuki yararının bulunup bulunmadığı hususlarının da ön inceleme aşamasında denetlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Kanun yoluna başvurma hakkı, kural olarak davanın taraflarına aittir. Ancak, hukuki yararı bulunmak kaydıyla, bazı hallerde üçüncü şahısların da başvuru hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir.[41] Örneğin, üçüncü kişi hakkında hüküm verilmiş veya bir yükümlülük getirilmiş ise, üçüncü kişinin kanun yoluna başvuru hakkı bulunduğunun kabulü gerekir.

Fer'i müdahil, davaya yanında katıldığı tarafla birlikte kanun yoluna başvurabilir. HMK 68. maddesi uyarınca, yanında katıldığı tarafın iradesi aleyhine kanun yoluna başvuramaz. Ancak, ilk derece mahkemesi (yanlışlıkla) feri müdahil hakkında hüküm verilmişse, feri müdahilin sadece bu konuda kanun yoluna başvuru hakkının bulunduğunun kabulü gerekir.

---

[41] "*aa. Sıfat. Başvuruyu yapabilmeye olanak verecek sıfat, ilke olarak, yalnız davanın taraflarında bulunur. Ancak, belli durumlarda, dava tarafı olmayan bazı kişilerde de bu sıfatın var sayılması gereği kabul edilmektedir. Özellikle, dava tarafı olmadığı halde bir malı veya hakkı konusunda hüküm verilen, kendisine külfet yüklenen ya da hakkı çiğnenen kişilerin de kanun yoluna başvurabileceği kabul ediliyor.*"s. 978 Umar, a.g.e., s. 978.

Zorunlu dava arkadaşlığında; eğer dava arkadaşlığı maddi hukuktan kaynaklanıyorsa, tasarruf ilkesi gereği[42] tüm dava arkadaşlarının birlikte başvurması gerekir. Usûli sebeplerden kaynaklanan zorunlu dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının her biri bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilir. İhtiyari dava arkadaşlarından her biri, kendi aleyhindeki hükme karşı tek başına kanun yoluna başvurabilir.[43]

Yukarıda sayılan başvuru şartları gerçekleşmemiş ise istinaf dairesince *caiz olmayan istinaf başvurunun usulden reddine* karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Hukuki yarardan söz etmişken; hüküm tamamen lehine olan tarafın kanun yoluna başvurması halinde, istinaf kanun yoluna başvurmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığının hangi aşamada değerlendirileceğinden de söz etmek gerekir. Kanaatimizce bu hususun, eğer hemen tespit edilebiliyorsa, ön inceleme aşamasında başvuru şartları kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Eğer başvuru yapanın hukuki yararı yoksa, *başvuru yapanın hukuki yararının bulunmaması nedeniyle caiz olmayan istinaf başvurusunun reddine* karar verilmesi uygun olacaktır. Bu durumda, kötü niyetli istinafı cezalandıran HMK'nun 351. maddesi uygulanmalıdır.

Dava lehine sonuçlanmış olmakla birlikte, gerekçe ve feri kararlar yönünden aleyhine hususlar bulunan tarafın istinaf yoluna başvurmakta hukuki yararının bulunduğunun kabulü gerekir.

---

[42] "*…Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi taraflarca getirilen malzeme ile ilgili iken; tasarruf ilkesi davanın konusu, yani ihtilaflı talep ile tarafların ilişkisi hakkındadır. Tasarruf ilkesi, tarafların dava konusu maddi hukuk talebi üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebileceklerini belirtmektedir. Davacı dava açma, davayı geri alma, davayı değiştirme, feragat vasıtasıyla, davalı da kabul ile dava konusu üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Her iki taraf mahkeme önünde ortaklaşa bir sulh sözleşmesi yapabilir veya anlaşarak ihtilafın halledildiğini açıklayabilirler*" Ekkehard Becker – Eberhard, "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları" Çeviren ve Derleyen: M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2011. s. 21.

[43] Tüm dava arkadaşlığı türleri açısından geniş bir değerlendirme için bknz; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009; s.133-137.

f.İstinaf dilekçesinde başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilip gösterilmediğinin ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi

HMK'nun 342/2. e maddesi uyarınca, başvuru dilekçesinde başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilmesi gerekir. Yine, aynı Yasanın 355.maddesine göre inceleme, istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, istinaf mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen inceler. Yine, Yasanın 342/3.maddesi uyarınca, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda, diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355.madde kapsamında inceleme yapılır.

Kamu düzenine aykırılığın denetlenebilmesi için istinafı kabil bir kararın ve süresinde verilmiş bir istinaf dilekçesinin bulunması gerekir. İlk derece mahkemesinin kararı kesin kararlardan ise veya istinaf dilekçesi süresinde verilmemişse, istinaf incelemesi hiç yapılamayacağından, kamu düzeni yönünden denetim yapılamayacaktır.

Yasadaki düzenleme bir bütün olarak değerlendirildiğinde hukukumuzda dar istinaf sistemi kabul edilmiştir. Dar istinaf sisteminin temelinde, usul ekonomisi ilkesi, tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkeleri yatmaktadır. Böylece istinaf kanun yolunun denetleme ve düzeltici kanun yolu fonksiyonu ön plana çıkarılmıştır.

Bu bağlamda, istinaf kanun yoluna başvuru sebepleri dilekçede hiç gösterilmemiş ve kamu düzenine aykırılık da bulunmuyorsa, ön inceleme aşamasında, *başvurunun usulden reddine* karar verilmesi gerekir. Bu kararın kesin olup olmadığının HMK'nun 361-362. maddelerine göre belirlenmesi gerekir.

5. İnceleme Aşamasına Geçilmesi

Ön inceleme sonucunda, HMK'nun 352.maddesinde sayılan usul hatalarını içermediği tespit edilen ve böylece ön incelemeden başarıyla geçen dava dosyası, istinaf başvurusunun caizlik koşullarının gerçekleşmiş olması nedeniyle, inceleme aşamasına alınacaktır.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(*Marmara Üniversitesi)*

Sayın Hâkim Nevzat BOZTAŞ'a sunumu için çok teşekkür ediyoruz. Şimdi ara vermeden tartışmalara geçiyoruz. Şu anda saat 11'i 5 geçiyor. Oturumu herhalde 12 gibi bitiririz. Şimdi soru sormak, katkıda bulunmak mümkün olacak. Her iki konuşmacımız için sorularınızı bekliyoruz. Katkılarınızı bekliyoruz. Niyazi ACAR Kanunlar Genel Müdürlüğü. Buyurun.

Niyazi ACAR:

(*Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı)*

Hocam teşekkür ediyorum. Niyazi ACAR Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü. Ben Prof. Nevhis hocamızın tebliğinde geçen bir konuda bilgi sunmak adına söz aldım. Hocamız iş mahkemeleri bakımından malumunuz tefhimle başlayan süreden, istinaf süresinden ve 8 günden bahsetti. Burada HMK'dan ayrıldığımızı ifade ettiler, doğru. Şu anda Meclis Genel Kurulunun gündeminde olan bir kanun tasarımız var. İki gündür görüşmeleri sürüyor. 10.maddeye kadar geldi dün gece itibariyle. Önümüzdeki hafta Salı, Çarşamba günleri de devam edecek. Haftaya yasalaşmasını bekliyoruz. Orada hocam HMK'ya atıf yapıldı. Dolayısıyla tebliğle başlama ve iki haftalık istinaf süresine bu şekilde iş mahkemeleri de geçmiş oldu. Bunu arz etmek istedim, bilgi mahiyetinde katkı olarak. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu Bilim Komisyonumuz da çalışıyor. Orada da benzer bir uygulamayı düşünüyoruz. Dolayısıyla en azından hukuk boyutu itibariyle HMK, iş mahkemeleri ve icra mahkemeleri yönünden aynı paraleldeki uygulama önümüzdeki süreçte gelecek diye ümit ediyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Bu konuda yargının da kararları yönlendirici oldu. Ben Doğuş Üniversitesinde geçen mayıs ayında bir konferans verdiğimde bunu konunun iş mahkemelerince verilen kararların uygulamada en sıkıntılı konu olduğunu çok net bir şekilde anladım. Çünkü Bölge Adliye Mahkemesinden çok gelenler vardı. Tartışıldı. Yargıtay hakimleri için söylediğim hakimin içindeki o adalet hissinin varlığını Bölge Adliye Mahkemesi hakimlerinde de çok net bir şekilde görüyorduk. Buna yönelik tepkiler vardı. Çünkü nerede sıkışıyoruz biliyor musunuz? Temyizde biraz önce değindiğim gibi başka bir sebepten de bozabiliyor. Ama istinafta her şeyi kamu düzenine aykırılık olarak telakki edecekseniz, Bölge Adliye Mahkemesi hakimleri olarak kamu düzeni kavramını bollaştıracaksınız. Ama nereye kadar kamu düzeni kavramı bollaştırılır? Ama bu istinafın ruhuna aykırı, sınırlı bir kanun yolu modeli olarak kabul ettiğimiz için. Şimdi ilk başlarda ben istinafın tarihçesinden tebliğimde söz etmiştim 2003 yılında Yargıtay'da Sayın Hocam hatırlayacaklardır. Yargıtay'da bir sempozyum olmuştu istinaf mahkemelerine ilişkin, uluslararası bir toplantıydı. Avusturya'dan, Yunanistan'dan, Almanya'dan usulcüler gelmişti. Hem ceza yargılaması hukukçuları hem de usulcüler gelmişti. Oldukça verimli bir toplantı olmuştu. Orada da bu konuyu tartışmıştık. İstinaf sebeplerini aslında ilk başlarda Alman usul hukukunda, (Alman Medeni Usul Kanununda) dilekçede göstermek gerekmiyordu. Çok çok eskiden. Biz şimdi öyle bir aşamada aldık ki bu İstinafı, bunun tarihçesiyle çok uğraştım ben aldığımız dönemde sebep gösterme zorunluluğu zaten vardı. Aslında böyle tam alacağımız formata geldi, fazla bizi uğraştırmadı istinaf. Ne demek istiyorum biliyor musunuz? İstinaf sebeplerini eskiden göstermek gerekmiyordu. Yargıtay nasıl her sebepten dolayı bozabiliyorsa, İstinaf Mahkemeleri de Almanya'da başlarda hem sınırsız yeni vaka getirme ve yeni delil getirme imkanı vardı 2002'ye kadar. Hem de ondan daha önce, o sınırlandı 2002'de. Ondan daha önce istinaf sebeple bağlılık yoktu. Sonra baktılar ki, eyalet mahkemelerinin iş yükü çok artıyor. Dediler ki; istinafta teksif ilkesini kabul edelim.

Teksif ilkesinin kabulünün sonucu; istinaf sebepleriyle bağlı kılmaktır. Ama şimdi istinaf sebepleriyle biz bu formatı aldık bir İstinaf sebepleri çerçevesinde. Neden; Sayın Bölge Adliye Mahkemesi hakimlerimiz çok yorulmasınlar diye. Ama şimdi bir şeye dikkat etmemiz lazım. Biz bireye hizmet ediyoruz ya. Kimse ülkede bunu 2006'daki Çeşme'deki toplantıda da tebliğ sunarken dile getirmiştim. Kamucu anlayışı reddetmiştim, demiştim ki; özellikle İstinaf Mahkemelerinde insanlar kendileri için, adaleti sağlamak için, istinafa başvuruyorlar. Yani içtihat birliği memlekette sağlansın diye kimse istinaf başvurusu yapmıyor. Şimdi İstinaf sebepleriyle sınırlı bir denetim yapıyorsunuz. Kamu düzenine aykırılık bu kuralın istisnası. Güzel. Yeni vaka ve delil getirmek de yasaklandı. Bu konudan bayağı Bölge Adliye Mahkemesi hakimleri olarak işiniz kolaylaştı. Ama Sayın Adalet Bakanlığı yetkililerine ve komisyonda çalışanlara, sayın meslektaşlarıma buradan çağrı yapayım. Gerçekten iki haftada istinafın gerekçelendirilmesini beklemeyin. Hani diyorsunuz ya; bir aşama kaydettik özel kanunlardaki hükümleri ele aldık. Bu konuda zaten Anayasa Mahkemesi de bireysel şikayetlerde tepkiler gösteriyordu. Elimde karar var. O karar da doktrin tarafından eleştirilmiş, ama bence çok ve hakimlere inanıyorum. Hakim pozitivizmi de öyle yadsınacak bir mesele değil. Hakimlerin içinde çok içsel bir adalet hissi var çünkü. Bazen biz doktrinde bazı şeyleri göz ardı ediyoruz, ama onlar hissediyor kısa sürenin sakıncalarını. Bakın tefhim filan uygun değil dediler.Lakin gerekçelendirme için iki haftalık süre de yeterli değil. İki hafta da istinaf talebi gerekçelendirmiyor. Şimdi zamanımız olmadığı için söyleyemedim. Ne olur söylememe izin verin. Defalarca yazdım, kimse beni dinlemedi. 2000'li yıllardan beri yazdığım bir şey var. Nedir efendim; istinaf dilekçesini veriyor tebliğden itibaren bir ay içinde Alman vatandaşı. Bir ay içinde veriyor tebliğden itibaren, tefhimden itibaren değil. Çünkü kararı bütün doneleriyle bilmeniz gerekiyor ki onu analiz edebilesiniz, istinafı gerekçelendirebilesiniz. Madem sebepler sınırladık bırakın da taraf istinaf dilekçesini detaylı olarak gerekçelendirelim.Vergi Mahkemesi hakimlerinin de bu hoşuna gider. Bir ay olsun istinaf süresi. Bir ay olsun, güzelce gerekçelendirsinler.

Ben bu emlak vergileri için yazın sürekli Bölge İdare Mahkemesine gidip dilekçeler hazırlamak zorunda kaldım. Fahiş emlak vergileri nedeniyle. İnsanın bilirkişi olarak rapor yazması başka bir şey. Kendi hakkını araması başka bir şey. Ne kadar zor olduğunu o dilekçelerin verilmesi, dilekçelerin hazırlanması kolay bir şey değil yani. Onun için ne yapılacak istinaf dilekçesi hazırlamak temyiz dilekçesi hazırlamaktan daha zor olduğu için süre uzatılacak. Ben bir şeye çok karşı çıktım, bunu her zaman yazdım ve söyledim. Bilim insanı olarak üzerimdeki yükümlülüğü yerine getirdim. Dedim ki; temyiz süresinin uzun tutulup istinaf süresinin kısa tutulması uygun değildir ki temyiz artık çok istisnai fevkalade bir kanun yoludur, İsviçre'de olsun Almanya'da olsun. Her karar temyiz edilemiyor, ama her karar istinaf edilebiliyor. İstinafa ilişkin hükümlerin bireyin etkin hukuki korunmasına çok hizmet etmesi lazım. Burada efendim makul sürede yargılanma yapmayı önemseyelim. Makul sürede yargılanma yapalım. Yani yargılama hızlansın. O zaman temyizi çok uzatmayalım. Yani uzatmayalım temyizi. Temyizi daha daraltalım. Ama istinafı bırakalım da taraf doğru dürüst bir usul muamelesi yapsın. Doğru dürüst alsın mahkemenin usul muamelesi olan hükmü incelesin, gerekçelendirsin, sebepleri ortaya koysun. Sayın Bölge Adliye Mahkemesi Hakimleri de bunu incelerken daha rahat olsun. Yani onlara da bir yük yüklüyoruz, kamu düzeni. Ya kamu düzenini bollaştıracaklar. 5 ay sonra gerekçelendirme dilekçesi veriyor çünkü Alman. İlk önce bir ay içinde verip sonra gerekçelendirme dilekçesi veriyor. Efendim, Türk Hukukunda bu sistem yok deniyor. Getirsek iyi olur. Çok özür dilerim hocam.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Selçuk hocam buyurun.

Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

(Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)

Ben Selçuk ÖZTEK. Dediklerinize tamamen katılıyorum. Gerçekten de istinaf kanun yolu, esas itibariyle taraf yararına hizmet

eden bir kanun yoludur. Temyiz kanun yolunda ise, kanun koyucunun iradesini bütün ülkede hakim kılmak, yani kamu yararı esastır. Dolayısıyla dediğinize son cümlesine kadar katılıyorum. İstinaf süresini, tabii Bakanlığa kabul ettirebilirsek, bir aya yükseltmek istiyoruz. Çünkü gerçekten de temyiz kanun yolunda "temyiz ediyorum" demeniz dahi yeterli; Yargıtay gerekçelendirmeyi yapacak, temyiz nedenlerini re'sen nazarı itibara alacaktır. Ama istinafta durum böyle değil. İstinaf sebeplerini ortaya koymak dahi yetmiyor. Bir de bunu gerekçelendireceksiniz. Bu ciddi ve hayati bir faaliyet. Bu itibarla dediklerinize ve temennilerinize katılıyorum. Bunları zaten uzun zamandır düşünüyorduk nazarı itibara alacağız yani. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Selçuk hocamıza teşekkür ediyoruz. Akademik hayatta aynı fikirde olmak ve bunların aynı ortamda söylenmesi hoş şeyler. Evet, Adem ALBAYRAK

Adem ALBAYRAK:

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi)

Teşekkür ediyorum Sayın Hocam. Bende Adem ALBAYRAK, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi. Başka bir şey gündeme getireceğim ama oradan başlamakta fayda var. Çok zevkle dinledim hem Nevhis hocam, hem Nevzat beyi. Son süre konusundaki görüşlere yürekten katılıyorum. Altına her şekilde imza atarım, çok net şekilde söyleyim. Hatta temyizin 30 gün, İstinafın süresinin iki hafta olması bir çelişkiydi. Ama ciddi bir çelişkiydi. Hiç değilse aynı getirildi en son itibariyle, temyizde süre kısaltıldı ama. Görüşlerinize aynen katıldığımı belirtmek istiyorum.

Ben bu kadar değerli hocamı bir arada bulmuşken bana İstinaf başkanının sorduğu ve cevap verirken çok zorlandığım soruyu gündeme getirmek istiyorum. Herhalde kapsam itibariyle 350. maddeden bahsedeceğim için Nevhis hocamın alanına giriyor. Şöyle bir soru yöneltiliyor; malum İstinafa başvuru icrayı durdurmayacak. Uygulama-

daki adı ile tehiri icra kararı ya da icranın geri bırakılması kararı gündeme gelecek. HMK 350. maddeye göre icranın geri bırakılması kararı alınması için 36'ya yapılan bir atıf var. Burada uygulamada şöyle bir sorun çıkıyor, bu sorunu nasıl aşabiliriz? Yani ben nasıl aştığımızı da paylaşacağım belki katkı olur diye. 350. maddeye göre ilk derece mahkemesi bir karar verdi, miktar itibariyle yüksek bir alacak davası olduğunu düşünelim. Taraflar, davalı taraflarda İstinafa başvurdu. İstinafa başvurduğunda icra kararı almak için İstinaf Mahkemesine talepte bulunması gerekiyor. İstinaf Mahkemesi yani icranın geri bırakılmasını istediği anda İstinaf Mahkemesinin görev sınırı ya da yetkisi bana göre İstinaf incelemesinin sonuna kadar icranın geri bırakılması kararı verebilecek. Bundan sonra tabi ki bu karar verilmesi için de teminat yatırması gerekiyor. Bu kararında temyiz yolunun açık olduğunu düşünürsek İstinaf esastan talebi reddetti, temyiz yolu açık dedi. Bu temyiz ile İstinaf arasındaki geçecek sürede o teminat paraya çevrilirse sıkıntısı ortaya çıkıyor. Yani İstinaf Mahkemesinin verdiği karar tehiri icra kararı İstinaf incelemesinin sonuna kadar derse ki öyle demek durumunda kanuna göre, o yetkide. O arada yani temyizle İstinaf arasındaki sürede teminatın paraya çevrilmesi tehlikesi ortaya çıkıyor. İstinaf Mahkemeleri şöyle bir karar verebilir mi, tartışmasını yapmak lazım. Kanun yolu incelemesinin sonuna kadar derse bu sefer Yargıtay'ın görev alanına giriyor. Yani temyiz edildiği anda tehiri icra kararı ikinci kez nereden istenmek durumunda; Yargıtay'dan istenmek durumunda. Bu arada ya bir yetki gaspına sebep olmak zorunda, en basitinden kanunda verilmemiş bir yetkiyi kullanmak durumunda kalacak İstinaf Mahkemesi ya da İstinaf incelemesinin sonunda alacaklı alacağına bir kavuşma yolu, hele kötü niyetli bir alacaklı için anında teminatı paraya çevrilerek hatta temyizi anlamsız hale getirebilecektir. Şimdi ben değerli başkanlarımızdan sorular gelmişti böyle İstinafla ilgili. Dedim ki; herşeye rağmen onu çok fazla görmeden hani böyle bazen Selçuk hocamın dediği gibi farkında değilmiş gibi yapmak anlamında, diyelim ki kanun yolu incelemesine kadar biz fark etmedik. Temyizi hiç kapsadığını düşünmedik diyebilirsiniz belki birileri bir şey sorarsa diye. Böyle bir çözüm bulduk ama bunun siz kıymetli hocalarımızdan acaba daha böyle hukuki daha böyle ayakları yere basan

bir çözümü var mı? Ya da benim düşündüğüm bu sakıncanın hiçbir anlamı mı yok? Şu yönüyle çözebilir miyiz, diyebilir miyiz? Uzun bir soru gibi oldu ama kusura bakmayın. Çok teşekkür ediyorum katkıdan dolayı sağ olun.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Evet, ihtiyati tedbirlere ilişkin maddeyi kıyasen uygulayabiliriz, yürütmenin durdurulmasını bir ihtiyati tedbir olarak ele alabiliriz. Nihai kararın kesinleşmesine kadar ihtiyati tedbir kararının etkisi devam eder diyor 397. madde. Bu da biliyorsunuz reformasyon niteliğinde bir hükümdür. Eskiden bu mesele ilk derece mahkemeleri kararları önünde ilk derece mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir kararlarında sık sık karşılaştığımız bir sorundu. Bu mesele bu madde sayesinde kararın kesinleşmesine kadar devam eder şekline dönüştü. O orada yetki gaspı filan değil. İhtiyati tedbire ilişkin 397. maddenin 2. fıkrasını uygulayın ve yetki gaspı yapıyorum diye de çok fazla bence endişelenmeyin. Kıyasen uygulama dava konusunu koruyacaktır. Çünkü oradaki icranın ertelenmesi kararı bir tür geçici hukuki korunmadır. Geçici hukuki korunmalar bir çok konuyu içinde barındırır. bana göre. Yani hukuki gerekçesi nedir derseniz; HMK'nın devrim niteliğindeki 397. maddesinin 2. fıkrası. Çünkü bu sorun o dönemde çok yaşanıyordu. Kalkıyordu, ediyordu o sırada tekrar alınamıyordu bir sürü problem. Şimdi kararın kesinleşmesine kadar diyor. Karar ne zaman kesinleşiyor?

Adem ALBAYRAK:

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi)

Çok özür diliyorum, benim kastım ihtiyati tedbirle ilgili değildi. İlamın icrasını durdurma anlamında. Yani oraya atıf 397'ye gidebiliriz diyorsunuz.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Orada gidebilirsiniz. Çünkü icranın ertelenmesi de bir tür geçici koruma tedbiridir.

Adem ALBAYRAK:

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi)

Geçici koruma

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Evet. Hiç madde yoktur, şu madde de çok böyle kanuni pozitivist bakmayalım ne olur. Diyoruz ki iki haftada insanlara dilekçe verdiriyoruz. Ondan sonra sudan peluze bir dilekçe ile süresinde verilebilmek için bir dilekçe veriyor adamcağız. Ondan sonra gerekçelendiremiyor, edemiyor. Sonra da ardından dilekçe verilemez, kanunumuzda böyle bir sistem yoktur. Tamam yoktur, ama niye olmasın. Bakın gerekçelendirmeyi biz istinaf o zaman yazmayacaksınız. İstinaf sebepleriyle bağlı kılmayacaksınız. İstinaf sebeplerini Bölge Adliye Mahkeme hakimi de resen göz önünde tutacak. Bunu yapmamışsanız, taraftan bunu bekliyorsanız süreyi uzatacaksınız. Ya da süreyi iki haftayı kabul etmişsiniz yani biraz yukarıdan bakmak gerekiyor diye düşünüyorum. Nasıl bakmalıyız? Nacizane fikrim şu; biz burada bizim kanunumuz HMK'nın köken Kanunu, Nöşatel Medeni Usul Kanunudur. Nöşatel çünkü HUMK'un kaynağı odur. HUMK'un kaynağı 1925 tarihli Nöşatel Medeni Usul Kanunu hangi kanuna dayanır? Fransız devriminin bir ürünü olan Fransız Medeni Usul Kanununa dayanır. Fransız devrimini getirir. Medeni yargılama o konuda bireyi ön plana getirir. Dolayısıyla biz böyle o madde de vardır, bu madde de yoktur. Ben demiyorum ki hakim kanununa bağlı olmasın, hakim toplum mühendisi olsun, onu demiyorum tabi ki. Yani hakimin kanunla bağlı olması bizi çok büyük sakıncalardan koruyor. Ben öğrenciye sürekli soruyorum. Hakim neyle bağlı? Vicdanıyla bağlı hocam diyorlar, kanunla bağlı demiyorlar. Üçüncü sınıfta. Kanunla bağlı olması iyi ama o kadar pozitivist, o kadar mikro düzeyde bakamayız. Çünkü orada bakın, efendim Yargıtay'ın alanına girer miyiz, o sırada kalkar mı, kalkmaz mı filan şeyleriyle ne oluyor; icra oluveriyor. Ee ya kararı bozarsanız. Anlatabiliyor muyum? Bir mal ayrılığı davasında bir arkadaşım gerçekten neler çekti, o

yürütmenin durdurulması kararında verilen teminatla ilgili. Bunlar hayati şeyler. İnsanların hayatına dokunuyor. Biz bireye hizmet ediyoruz. Başka bir kanun kabul etseydik neyse. Demokratik Alman Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu kabul etmiş olsaydık, ama yok. Biz bireyi ön plana alan, bireyin hak ve özgürlüklerini ön planda tutan Medeni Usul Kanununa sahibiz. HMK öyle bir kanun. Dolayısıyla üstten bakabilmeliyiz diye düşünüyorum, nacizane fikrim dava konusunun kaybının kanunyolları sırasında önlenmesi gerektiği.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(*Marmara Üniversitesi)*

Evet, Nevzat Bey katkıda bulunmak isterseniz.

Adem ALBAYRAK:

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi)

Kısaca şey yapayım. Hocam gerçi pozitivizmi çok seviyor ama. Şimdi 36 son diyor ki; Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmesi ve Yargıtay'ca hükmolunması halinde alacaklının istemi üzerine başkaca bir işleme gerek kalmaksızın teminata konulan para alacaklıya ödenir. Şimdi bunu icra müdürü veya tartışma yapılabilir gerçekten tedbirden yorum yapmanız da çok hoşuma gitti. İhtiyati tedbir olarak taraf talep ederse hükümle birlikte mahkeme böyle bir geçici hukuki koruma verebilir mi; verebilir engel yok yani genel hüküm.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Ben yürütmenin durdurulması kararından sonra ihtiyati tedbir isteyebilir filan demedim. Yürütmenin durdurulması geçici hukuki korunmadır kıyas yapılabilir dedim. Üstten bakarsak hukuki gerekçesi ne olur, bunu böyle uyguluyoruz dediler. Sayın hakim bey bende şunu diyorum; bu özünde bir geçici hukuki korunma olduğu için yürütmenin durdurulmasına, 397/2 kıyasen uygulanabilir diyorum yani gerekçe olarak.

Nevzat BOZTAŞ:

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Anlıyorum. Yani güzel bir yorum. Ama bunu uygulamada anlatmak gerçekten sıkıntılı. Çünkü kanun o kadar açık ki. Başkaca bir işleme gerek olmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir diyor. Bence burada bir yasal düzenlemeye ihtiyaç var. Şöyle zaten ilk derece mahkemesinden tehiri icra kararı alınırken gerekli teminat yatırılmış. İstinaf Mahkemesinin kararından sonra da aslında alacaklı açısından bir risk yok. Uygulamada bazı İstinaf dairelerinin örneğin Yusuf Bey burada ise eğer, onlar tehiri icra kararı verirken kanun yolları süreci sonuna kadar yanılmıyorsam geçerli olarak veriyorlar. Mesele bu yaygınlaştırılabilir. Benim dairemde bunu benimseyebilir. Yani bir risk yok çünkü. Teminat alınmış. Tehiri icra kararı verirken karar verilinceye kadar değil de kanun temyiz süresi doluncaya kadar gibi ibare yazılır oraya, o şekilde sorun aşılır. Alacaklı açısından da zarar verici bir durum olmadığından hakimlerin tereddüt etmesine de gerek yok diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Peki, teşekkür ederiz. Nevzat BOZTAŞ'a. Evet, başka. Buyurun.

Yusuf ŞAHİN:

(Ankara 21. Hukuk Daire Başkanı)

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Daire Başkanı Yusuf ŞAHİN. Sunumlar için herkese teşekkür ederim. Şimdi sunumun sonuna doğru "istinaf başvurusunun talep sonucu"nda anlatım birleştiği için iki hocama da soracağım. Şimdi Nevhis hocam yazılı metinde var dedi. Ama biz yazılı metin basılana kadar bu sorunun cevabını istiyoruz. Bunu ben geçen seneki Mihbir toplantısında da soru olarak yöneltmiştim. İstinaf başvuru dilekçesinde "talep sonucu" belirtilmemişse, dilekçe hakkında ne işlem yapacağız? Bir kısım daireler talep sonucunu şart diyor ki -ben de bu görüşe

katılıyorum- bir kısmı dava dilekçesi ve cevap dilekçesi yeterlidir onu istemiştir diye yorum yapıyor. Birinci sorum bu.

Şimdi ikinci sorum; Nevhis Hanıma, çünkü Nevzat hakimin görüşünü biliyorum. Uygulamada şimdi yeni sorun çıktı. Hakimin kanun yoluna başvuru süresini yanlış göstermesi kısa kararda veya gerekçeli kararda yasanın tanıdığı süreden daha uzun süre belirtmesi - nedeniyle (Daha uzun gösteriyor) temyiz/istinaf süresi kaçıyor. Bu yanlışlık tarafın kanun yolu hakkını elinden alır mı? Anayasa Mahkemesi bu durumu hak ihlali sayıyor ve ihlalin neticelerinin kaldırılması için dosyayı Yargıtay'a gönderiyor. Yargıtay Daireleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Daireleri arasında farklı uygulamalar var. Bu durum şu anda ciddi anlamda Yargıtay ve İstinaf Daireleri arasında problem.

Üçüncü husus olarak vakayla bağlılık konusunda somut soru yönelteceğim. İcra dosyasında ilk derece yargılaması sırasında sahtelik ileri sürmeyen taraf İstinaf dilekçesiyle sahtelik ileri sürebilir mi?

Teşekkürler, katkılar için saygılar.

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, teşekkür ederiz Yusuf ŞAHİN beye, hakimimize.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Bıraksak, sadece dilekçenin imzası, tarafların hüviyeti mahkemeye yetecek diyecekler. Ama şimdi rasyosuna bakmak lazım. Karşılaştırmalı hukukta çok net. Şimdi biz niye ignore edebiliyoruz bunu. İgnore edebileceğimizi zannediyoruz. Bunun acıları çıkacak. Temyizde de temyiz sebebi yazıyor. Biraz önce de değindim temyiz dilekçesinin unsurları diyor. Orada da temyiz sebepleri var. Burada da istinaf sebepleri var. Ama aynı şey değil. Orada diyor ki; İstinaf sebepleri ve gerekçesi. Dolayısıyla gerekçe çok önemli. Artı bir de talep sonucu çok önemli. Yani bunu daha önce ben istinaf sebepleri ve istinafın gerekçelendirilmesi isimli bir makalemde dile getirdim.

Gerekçesi istinaf sebepleri kadar talep sonucu da önemli. Çünkü ne istediğini, şimdi ikisi hukuki kontrol mahkemesi, norm kontrolü yapan mahkemeler. Temyiz Mahkemesi de İstinaf Mahkemesi de ikisi de norm kontrolü yapıyor. Amma velakin ne kadar sınırlı istinafı kabul etmiş olsak da baktığınız zaman hocam diyorlar ders anlatırken ben hep 12 senedir, hem yeni kanun yolları sistemini hem eski kanun yolları sistemini tek tek anlattım. Diyorlar ki öğrenciler; ya bir hukuki kontrol mahkemesi olarak yapılandırılmış Bölge Adliye Mahkemesi var. Sonra yine hukuki kontrol mahkemesi yapılandırılmış Temyiz Mahkememiz var. Yani uzatıyor da uzatıyor. Makul sürede yargılama yapmamaktan ötürü de çok fazla bizim vergilerimizle ödeniyor. Çok fazla tazminat ödüyoruz Türkiye Cumhuriyeti olarak.

Dolayısıyla yani arada fark var mı meselesine gelelim. Talep sonucu önemli. Çünkü biraz önce bir ayrım yaptım. Belki dikkatinizi çekmiştir. O ayrımda sadece iptale yönelik değildir şey dedim, İstinaf. Daha fazlasını verir. Halbuki istinaf, temyizde iptalle ilgileniyoruz. Biraz daha fazlasını yapabildiği için sınırlı istinafın kabul edildiği ülkede bile talep sonucunu bilmek zorundasınız. Bana göre talep sonucu, bunu daha önce de yazdım. 2006 yılındaki makalemde de var. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM'ın 4.basımdan itibaren basılarında da var 4'ten 8'e kadar kitapta da var. Talep sonucu da dilekçenin asli unsurlarındandır. Çok uzun zaman şey olduğu için dilekçeye zaman ayıramadım. Ama dikkat ederseniz talep sonucu da önemlidir dedim herhalde. Talep sonucu da çok çok önemli. Bölge Adliye Mahkemesi hakiminin ne istendiğini bilmesi lazım.

Hem vakalar çelişik ve belirsizse hem de talep sonucu çelişik ve belirsizse hakim aydınlatır. Reddedeceksiniz yani o kadar da değil yani. Kendi kendinize soru sorup, yok yok o kadar değil. Onu kastediyorsanız yok hayır öyle değil. Reddedeceksiniz, gerekli unsurları içermediği için ama bunu reddedebilmek için ne yapmanız lazım biliyor musunuz? İnsanlara doğru dürüst istinaf süresi tanımanız lazım kanunda. Doğru dürüst bir istinaf süresi tanıdıktan sonra talep sonucu da doğru gelir sizin önünüze. Talep sonucu da doğru gelir, istinaf sebepleri de doğru gelir. Daha iyi yargılama yapılır.

İkinci soru; istinafın konusu nedir? İstinafın konusu, mahkemenin hatalı usul muameleleridir. Burada çok net bir hakim hatası var. Kararı bir tarafa bırakın bu karar o kadar bireyin, tarafların haklarını etkileyen bir konu ki. İki haftalık istinaf süresini bir ay yapmış, iki ay yapmış, yanıltmış. Zaten taraf ne yapacak. Ben öğrencilerime öyle diyorum. Çoğunluğu çünkü Koç Üniversitesinde avukatlık yapıyor, içinden hakim çıkmıyor. Diyorum ki, eğer istinaf dilekçenizin başarılı olmasını istiyorsanız, sizin yaptığınız taraf usul muamelesi nedeniyle hakim hata bile yapsa, siz onu öyle gösterilmek zorundasınız. Ancak mahkemenin hatasıysa istinaf bozabilir onu. Taraf usul muamelelerini tamamlama, düzeltme yeri değildir. Çünkü tam istinaf kabul edilmemiş. Tam istinaf kabul edilse yaparsınız onu. Tam İstinafta sürüncemede bırakan ilk derece yargılamasında son derece tembel davranan avukata yardım ediyorsunuz. İkinci derece de her şeyi tamamlıyor. Ama burası öyle değil, saf mahkemenin usul muamelelerine yönelik hukuki kontrolünden ibaret. Şimdi burada öyle bir hatalı mahkemenin usul muamelesi var ki, süreyi kanundan uzun göstermiş. Kanuni süre, uzatma onun takdir hakkı değil ki yani.

Üçüncü soru; ben Avusturya modeli benimsenmiş diyorum. Yok, biz kendi özgün modelimizi yaptık diye cevap veriyorlar. Eşim Sayın Prof. YILDIRIM da komisyondaydı. Selçuk hoca başkandı. Çok Avusturya modelinden ve Alman 2002 değişikliğinden etkilendi ve o metinleri çevirdiler. Ve Avusturya modelini absorbe etti bu komisyon. Avusturya modelinde ne vardır; vaka ve delil getirilemez. Avusturya modelinde istisna var mıdır? Türk modelinde istisna var mıdır? Deliller konusunda vardır. Tarafa atfedilemeyecek hatalarda delil ilk derece mahkemesi önünde tarafa atfedilemeyecek bir hatadan ötürü delil getirilmemişse delil getirilebilir. Ben onu ders kitabımızda yazdım; bu vakaya da uygulanabilir dedim. Ama o kadar uzun boylu değil. Orada diyor ki, yani sizin söylediğiniz vakıada; ne bir itiraz ne de defi getirilebilir diyor. Yeni vakıa getirme yasağının olduğu ülkeler var. Yeni vakıa getirme hakkının olduğu ülkeler var. Bir de arada ülkeler vardı. Bazı İsviçre Kanton Medeni Usul Kanunlarında ara formüller böyle vardı. Ara formül filan belirlemedik. Avusturya neyse o. Avusturya'daki sonuçlar neyse aynı şeyi kabul etmemiz gerekiyor

diye düşünüyorum. Evet, çok yazdım bunu. Buna göre sahtelik iddiası getirilemez. O zaman sonsuza kadar uzatırız yani o kadar da değil. Biz onu kabul etmedik. İstinaf sebepleriyle bağlı kıldık. Yeni vakıa getirme yasağını kabul ettik. Sınırlı bir İstinaf sistemi kabul ettik. Ne kabul ettiğimizin ayırdına varmamız gerekir diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, teşekkür ederiz. Evet, söz almak isteyen. Herhalde Adnan DEYNEKLİ hocamız istiyor. Buyurun,Ramazan ARSLAN hocamız

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

(Başkent Üniversitesi)

Ramazan ARSLAN. Sayın Nevhis hocamız başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin önemini vurguladı. Katılıyorum aynen. Birkaç örnek görüyorum. Böyle yapmamış Bölge Adliye Mahkemesi, İstinaf Mahkememiz. Temyiz dilekçesi gibi kısaca yazmış vekil. İşte şu hususlara dikkat edilmemiştir, uyulmamıştır diye. Temyiz incelemesi gibi onların neler olduğunu, nasıl olması gerektiğini uzun uzun İstinaf incelemesi sonucunda mahkeme açıklamış. Ben bu uygulamayı burada İstinafın niteliğiyle buradaki düzenlemeyle de tam bağdaştıramıyorum. Yani temyiz incelemesiyle İstinaf incelemesi ve verilen sonuçlar karışıyor gibi geldi bana. Onu not ettikten sonra başvuru sebepleri ve gerekçesini gerçekten çok iyi hazırlamalı. Bunun özü orada. Onun için süre konusunda Nevhis hoca haklı olarak bu öneminden hareketle birtakım önerilerde bulundu, tamam. Ama katılmanın talep sonucu ile ilgili açıklaması, şimdi dilekçeyi yazmış gerekçesini hakikaten çok iyi açıklamış, sebepleri koymuş. Sonunda bu nedenlerle mahkemenin kararlarının kaldırılmasını talep ediyorum dememiş. Ama gerekçede öyle anlaşılıyor ki bunun onu istediği çok açık. Böyle bir durumda talep sonuç kısmında bu ifadeyi kullanmadı diye o dilekçeye göre denetim yapıp gerekli kararı vermeyecek miyiz? Onu öğrenmek istiyorum.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

O kadar şekli bakmadım Sayın Hocam. Anlaşılıyorsa, yani orada mutlaka talep sonucu kısmında yer almalıdır demiyorum. Anlaşılıyorsa kesinlikle yeterli. Yani dilekçenin somut hale getirilmesi gerekiyor, temyizdeki rahatlık yok. Ben her zaman diyorum; İstinaf dilekçesi hazırlamak, öğrencilere söylediğim bu, İstinaf dilekçesi hazırlamak moda tabiriyle İngilizcedeki bir challenge'dır. Bir meydan okumadır. Zor bir iştir. Çok emek sarf edilmesini gerektirir. Dolayısıyla sizin söylediğiniz dilekçede bu unsurlar var. Somut hale getirilmiş, sorun yok.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

(Başkent Üniversitesi)

Talep sonucu diye bir başlık olmasa bile

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Evet, dilekçenin içeriğinden anlaşılıyorsa, evet. Ama mesela değiştirilmesini mi istiyor, ne istiyor bir anlayalım bakalım. Yani bir gerekçelendirsin, bir altlasın bunu.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Teşekkür ediyoruz Ramazan hocaya. Peki, buyurun.

Nevzat BOZTAŞ:

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Bu konuya çok küçük bir katkı yapmak isterim. Şimdi bizim sistemimizde ön incelemeyi anlatırken, İstinaf yolu incelemesine engel olan hususları sıraladığımda orada 252.maddede İstinaf sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilmemesi, İstinaf incelemesine engel olduğu halde talep sonucunun gösterilmemesi engel değil. Bence çoğunlukla dilekçeden anlaşılıyor zaten. Ama anlaşılmıyorsa hakimin bu hususta

taraftan bir izahat istemesi mümkün. Çünkü incelemeye engel bir husus değil. İnceleme yapıyorsa da hakim talep sonucunu açıklattırabilir diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Teşekkür ederiz. Şimdi Prof. Adnan DEYNEKLİ hocamız.

Prof. Adnan DEYNEKLİ:

(Bahçeşehir Üniversitesi)

Teşekkür ederim hocam. Adnan DEYNEKLİ. Her iki konuşmacıya da teşekkür ederim. Ben feri müdahille ile ilgili daha teknik bir şey sormak istiyorum. Satıcının zapta karşı tekeffül borcuyla ilgili Türk Borçlar Kanunun 215.maddesinde alıcıya karşı üstün hak iddia eden birinin açtığı davada durumun satıcıya ihbar edileceği belirtiliyor. İhbar edilen satıcı ya feri müdahil olarak katılabilir veya onun yerine geçerek davaya devam edebilir. Onun yerine geçip davaya devam ediyorsa İstinafa başvurabilir mi veya böyle bir durumda diğeri onun yerine İstinaf yoluna başvurabilir mi?

Bir diğer hususta, Nevzat Bey belirtti. Özellikle hukuki yarar konusuna gerçekten hukuki yarar konusunda hani karar lehine olan tarafın gerekçede aleyhine olacak bir hususu dile getirmesi bakımından İstinaf yoluna gidip gitmeyeceği önemli bir husus. Dolayısıyla böyle bir İstinaf yoluna bu gerekçeyle gitmişse özellikle ön inceleme aşamasında değil, gerçi orada çekinceyi koydu Nevzat beyde. Dedi ki; bunu esasta incelemek daha isabetli olur diye. Bende gerçekten orada esasta incelemenin daha isabetli olacağını, uygun olacağını düşünüyorum. Çünkü şimdi soruyorlar uygulamada şöyle bir karar var. Bizim lehimize ama bu kararın içerisinde aleyhimize olan husus var mı? Bunu dile getirelim mi diye soruyorlar. Gerçekten tespit etmek çok kolay değil. Onun için ön incelemede de bunun tespiti çok kolay olmaz. Bütün esasa ilişkin inceleme de yapılması daha uygun olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Efendim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 50.maddesi üçüncü şahsın ihbar eden kimsenin makamına kaim olarak davayı takip etmeyi kabul ederse, davayı kendi namına takip edemeyip yalnız ihbar eden şahsı temsil eder şeklindeydi. 63.madde HMK'da dava kendisine ihbar edilen kişi davayı kazanmasına hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir şeklinde. Dolayısıyla eskiden ihbarın sonuçlarını anlatırken feri müdahille anlatırken anlattıklarımızı, bugün feri müdahilde ve ihbarda anlatamıyoruz makamına kaim olarak davayı takip etmeyi. Üçüncü kişi ki doğrudan ya da bu üçüncü kişi herhangi bir üçüncü kişi de değildir. Doğrudan ya da dolayısıyla bir hüküm etkisine maruz kalan üçüncü kişinin feri müdahilde yararı vardır. Feri müdahilde yarar öyle soyut bir kavram değildir. Söylediğiniz maddi hukuka ilişkin düzenleme şu andaki HMK'nın yapısıyla da çatışır vaziyette. Çünkü bir ihbar söz konusu olduğunda paşa gönlü ne isterse o şekilde davranır. Feri müdahil talebinde bulunur ya da feri müdahil talebinde bulunmaz. Feri müdahalede bulunup, bulunmama konusunda seçim hakkı vardır, inisiyatif alanı. Ama şimdi onun yerine kaim olarak davayı devam etmesi seçeneği yok. Yani feri müdahale sorunlarıyla burada baş başayız. Anlatabiliyor muyum? Durum bu. Feri müdahil konusunda aslında yani kestirip attık ama ben sadece başlangıç kısmını söylemiştim. Feri müdahilin talebi reddedilirse, tek başına istinafa başvurabilir demiştim. Hakkında yanlışlıkla hüküm tesis edilirse, davaya taraf yardımcısı olarak katılıyor. Ama onun hakkında da hakim yanılarak hüküm tesis ediyor. Bu durumda yine hiç kuşkusuz istinaf hakkı vardır demiştim. Ama feri müdahil, taraf yardımcısıdır. Ben her zaman öğrencilerim, aranızda var, feri müdahili anlatırken şu özdeyişi söylerim; emanet ata binen, tez iner. Dava takip yetkisini ödünç aldığı

için, ancak ödünç alınan dava takip yetkisi, ödünç alınan bir şey kadar işlem yapabiliyorsun, işlemi yapabiliyor. Amma velakin özellikle Pekcanıtez'in feri müdahile tezinde ve Alman Doktrininde feri müdahili ne de olsa taraf yardımcısı sayarlar, katıldığı tarafın işlemi ile çelişmiyorsa, eğer o başvurmadığı için başvurmuşsa o da emaneti elinden almıyorsa, dava takip yetkisini almıyorsa, onaylıyorsa onun başvuru yapmadığı durumda müdahilin başvurusu da ayakta tutulabilir. Hani öyle kestirip atamayız, feri müdahil haddini aşamaz diyemeyiz. Çünkü feri müdahil taraf yardımcısıdır. Belki de yanında katıldığı tarafın istinaf süresi içinde yapamadığı taraf usul muamelesini o yapmıştır. O taraf usul muamelelerini bildiğiniz üzere ödünç aldığı dava takip yetkisiyle yapar. Onla da o işlemi yapmış olabilir. Ama çelişiyorsa o istemiyorsa o zaman tartışma oluyor. Şimdi bu konuda şunu demek istiyorum. Katılırsınız, katılmazsınız iki tane görüş var. Birincisi feri müdahil kanun yoluna başvuramaz görüşü. İkincisi başvurabilir görüşü. Yani o konuda ikili bir ayrım olduğunu söylemeliyim. Doktrin kadar kestirip atmıyor. Pekcanıtez monografisinde kestirip atmamıştır. Alman Hukukunda da kestirilip atmıyor. Ama birtakım noktalara dikkat etmek lazım. Yani o kadar da hemen her işlemi de yapar diyemiyoruz, emanet at meselesi yani emanet edilen dava takip yetkisi.

Nevzat BOZTAŞ:

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Kısaca bende cevap vereyim. Şimdi Adnan Beyin sorusunda maddi hukuka ilişkin yan var. Orada usul kanununda olmamakla birlikte Borçlar Kanunundaki hüküm uyarınca davalının yerine kayyım olmuşsa artık o davada taraftır. Yani tarafın yapabileceği her türlü usul işlemi yapabilir. Burada şu sıkıntı var, acaba alıcı da taraf sıfatını muhafaza ediyor mu; bence ediyor. İkisi birlikte artık. Çünkü verilecek hüküm onun hukukunu da etkileyecek. Dolayısıyla onu feri müdahil gibi düşünmemek lazım. Tarafın sahip olduğu bütün haklara sahip. Ama feri müdahil olmuşsa zaten genel hükümlere göre değerlendirmek lazım.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, teşekkür ederiz. Evet, söz istedi. Kudret Bey buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN:

(TOBB Üniversitesi)

Kudret ASLAN, teşekkür ediyorum hocam. Nevhis hocama ve Nevzat Beye çok teşekkür ediyorum değerli sunumları için. Bu Borçlar Kanunu 215.maddesi konusunda biraz farklı düşünüyorum. Ben HMK'nın Borçlar Kanunu 215.maddesinin içeriğini değiştirerek ilga ettiğini düşünüyorum. Çünkü Borçlar Kanunu 215'in başlığı yargılama usulü. Yani onun usul kuralı olduğunu düşünüyorum. Dolayısıyla HMK'da böyle bir kural getirilmediğine göre, yani eski kanundaki ihbar müessesinde yerine geçerek kayyım olur kuralı, yeni kanunda olmadığı için HMK'nında Borçlar Kanununda o hükmünü değiştirerek ilga ettiği kanaatindeyim. Bu nedenle de böyle bir sorun ortaya çıkmayacağını düşünüyorum birincisi bu.

İkincisi, hocam sorum şu; HMK 342.'nin 3.fıkrasında hocalarında bahsettiği başvuranın kimliği ve imzası yeteri kadar kayıtları belli ediyorsa diğer hususlar bulunmasa bile 355'e göre gerekli inceleme yapılır diyor. Şimdi şurada anladığım da İstinaf başvurusuyla temyiz başvurusu aynıymış gibi algılanıyor. Böyle bir algı ortaya çıkmış. Öyle anlıyorum. Halbuki hocalarım çok güzel belirtti. İkisi de bambaşka şeyler tabi ki. Temyizin amacı farklı, İstinafın amacı farklı. O zaman bu 342'i 3.fıkrayı kaldırmamız lazım. Çünkü yanlış anlaşılmaya müsait. Yani sadece ismini belirtmiş, soy ismini belirtmiş, kimliğini belirtmişse inceleme yapılır diyor kanun çok açık. 355'e geliyoruz. İstinaf sebebiyle sınırlı olarak inceleme yapılır diyor. Şimdi hiç İstinaf sebebi belirtilmemiş o zaman hakim ön incelemede talebi reddedecek, acaba incelemeye girerek mi talebi reddedecek? Çünkü kamu düzenine aykırılığı da dikkate alabiliyor. Kamu düzenine aykırılık dikkate alınabiliyorsa o zaman ön inceleme de bu talebin reddedilmesinin doğru olmayacağını düşünüyorum. Çünkü kamu düzenine aykırılığı görmezlikten gelemeyeceğine göre.

Bir başka hususta bu sahtelik iddiası acaba kamu düzeni ile ilgili olarak değerlendirilebilir mi? Çünkü ceza boyutu da var. Yani cezalandırmak söz konusu olabilecekse bunu kamu düzeniyle ilişkilendirip İstinaf Mahkemesinin resen dikkate alıp inceleyip inceleyemeyeceğini bir daha sormak istiyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Teşekkür ediyoruz Kudret ASLAN'a.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Bir şey söylemiştiniz, ikinci olarak bir daha alabilir miyim?

Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN:

(TOBB Üniversitesi)

Hangisini hocam?

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Son gerekli kayıtları taşıması halinde ibaresini aslında ilga etmesek de olur. Gerekli kayıtlar yukarıda var. İstinafın gerekçesi demiş. Yani kanun koyucu diyor. Gerekli kayıtlar o kadar hafif değil bence yani. Anlatabiliyor muyum? Gerekli kayıtları o kadar hafife almamalıyız. İstinaf dilekçesi ciddi bir taraf usul işlemi ve o kadar hafif bir işlem değil. Hani böyle sudan pelüze dilekçe olmamalı. Evet, o şey var yani. Doktrinde var. Efendim bu aşamada kamu düzeninden sebep göstermemiş bir şey varsa ama onu resen inceleyecek o yüzden biz kabul edelim de sonra öyle devam etsin falan. Çok kontrol eden, kontrol eden diyorum bana göre İstinafın gerekçe ve sebebi demesi çok önemli kanun. O bir politik tercih. Sayın Komisyon Başkanımız buradalar. Politik tercihini bu şekilde yapıldığını herhalde doğrula-yacaklardır değil mi sayın hocam. Yani, Alman Medeni Usul Kanunun ilk şeklindeki formatı kabul etmedikleri, İstinaf dilekçesinde her yönünden inceleyip her yönünden bozabildikleri formatı kabul

etmedikleri çok açık. Buraya sayın oturum başkanı da üye. Sayın hocam Prof. ÖZTEK de komisyon başkanı. Yani kanunda söylemişler. Yukarıda o kayıtlarında olduğu var. Onu hafife almamalıyız yani. Niye yok edelim, yok etmeyelim.

Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN:

(TOBB Üniversitesi)

Kanun diğer hususlar bulunmasa diyor hocam. Bulunmasa bile incelenir diyor. Yani hususlar dediği; sebepler, gerekçe, talep sonucu. Bunlar olmasa bile incelenir diyor. 355'e geliyoruz sebepler bağlı olarak inceleme yapar diyor.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Sayın meslektaşım, yani çok yanlış anlamaya müsait bir ifade içeriyor. Bu da tarafı dikkate almalıyız. İndulivalist bir usul kanunumuz var. Tarafı dikkate almalıyız. Dolayısıyla tarafa uzun süre vereceğiz. Doğru dürüst gerekçelendirecek. Yani maruzatını da anlatmış olacak ve doğru dürüst bir istinaf incelemesi de bunun üzerine yapılabilecek.

Nevzat BOZTAŞ:

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Evet, Kudret hocamın bir yorumuna katılmadığımı belirtmek isterim. HMK'nın yürürlük tarihi 01/10/2011, Türk Borçlar Kanunu yürürlük tarihi 01/07/2012. Sonradan çıkmıştır. Dolayısıyla HMK'nın onu ilga ettiğinden söz edilemez biricisi bu.

İkincisi; oradaki inceleme 355.maddeyle sınırlı yapılır diyor. Yani açıkça kamu düzenine atıf yapıyor. Dolayısıyla bence orada da bir çelişki yok. Yani benim kanaatim, yani uygulamada da böyle.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, teşekkür ederiz. Şimdi Şanal hocamız söz istediler. Şanal GÖRGÜN.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN:

(Ufuk Üniversitesi)

Tabi çok tartışmalı bir konu ama. Ben biraz farklı düşünüyorum. Daha doğrusu bir tarafa iltihak edeceğim. Feri müdahil denilen ve hesabına kayyım olmak üzere takip imkanı, usul kanunundan kaldırıldı. Borçlar Kanununda da şu hükmün değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. 215. madde de durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca diyor. Yargılama usulü uyarınca dediği zaman yargılamaya HMK'ya atıf yapıyor. HMK'da da böyle bir kurum yok. Onun için ben 02:06:50 anlamadım. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(*Marmara Üniversitesi)*

Teşekkür ederiz hocamıza.

Nevzat BOZTAŞ:

(*İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)*

Hocama bir cümle şey yapayım. Mesela dava konusunun el değiştirmesi halinde taraf değişebiliyor. Yani sistem aslında bazı durumlarda buna müsait. Dolayısıyla maddi hukuk kuralı da bu imkanı açtığına göre, HMK'nın da bunu yasaklamadığını düşünüyorum. Aslında bunları yeni düşünüyoruz. Tabi o dediğiniz maddeyi ben yeni fark ettim ama bence o bireye engel olmaz diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Dava konusunun devri teksif ilkesinin bir alt görünümü olan iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından biridir zaten. Hiç sorun yoktur o konuda. Yani onu

davanın temel unsurlarında değişiklik yasağını ihlal eden bir olay olarak da kabul etmeyiz. Hasmın rızası..

Nevzat BOZTAŞ:

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Şeyde var hocam, ölüm halinde mirasçılar girebiliyor. Yani sistem bunu tamamen kapatmıyor ki. Burada da bir hukuki durum var. Nedir; satıcının kendi hukuki sorumluluğunu bertaraf etmek için davaya direk olarak katılan taraf olarak hareket etme imkanını getirmiş kanun. Yani usul hukukunun çok da engellemediğini düşünüyorum genel mantığı itibariyle.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Bende size katıldığımı söylemek istiyordum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(*Marmara Üniversitesi)*

Evet, vakit daraldı. Bir iki söz belki. Önce bir Cengiz Topel ÇELİKOĞLU işaret etmişti. Sonra Tolga AKKAYA'yı görmüştüm. Bu iki katılımcımızın sorularıyla bitirelim. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU:

(Uludağ Üniversitesi)

Ben üç veya dört soru öncesine dönmek istiyorum izninizle hocam. Biraz önce kararla kanun yolu başvuru süresinin kanun-dakinden daha fazla belirtilmiş olduğu halde ne olacağı ile ilgili bir soru yöneltildi. Ben tam cevabı anlayamadım ama soru da tam, zannediyorum, anlaşılmadı. Şimdi öncelikle bu konuyla ilgili bir iki küçük açıklama yapmak da istiyorum. Anayasa'nın 40. maddesinde Devlet mercilerinin verdiği kararlar hakkında aleyhine başvurulabilecek merciinin ve sürenin belirtilmesiyle ilgili bir düzenleme var. Aynısı zannediyorum usul kanunumuzda da karar unsuru olarak yer alıyor. Bildiğim kadarıyla idare hukukunda idari kararlar bakımından idare hukukçuları bu unsuru asli unsur kabul etmiyor. Dolayısıyla bu unsurun

yer almaması halinde kararın iptalini mucip saymıyorlar. Şimdi yargısal kararlar bakımından tabiatıyla hakimin kararda veya hükümde bu süreyi kanundan daha fazla belirtmiş olması, haliyle kararla kanun hükmünün etkilenmesi daha doğrusu değiştirilmesi derecesinde bir sonucu ortaya koyuyor. Burada, bildiğimiz üzere ceza hukukundaki kanunu bilmemek mazeret değildir düzenlemesi özel hukuk bakımından da kabul ediliyor. Ben Nevhis hocamızın bu hususstaki düşüncelerini öğrenmek istiyorum. Netice itibariyle sonuçta daha fazla belirtilen süreyi taraf kullanabilir mi? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Yani hakimin kararda kanundan daha fazla belirttiği süreyi, kanun yolu başvuru süresini kullandırılması, tarafın kullanması, tarafa bunun kullandırılması mümkün müdür?

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(*Koç Üniversitesi)*

Şimdi Cengiz Bey, Sauer'in Medeni Yargılama ve Ceza Yargılamasına ilişkin bir kitabı var. Söz konusu eser Doktrindeki büyük hocalarımızdan bir tanesi için çok etki altında bırakmıştır. Bunun dışında aynı dönemde aynı dünya görüşünü savunan ve İstanbul Hukuk Fakültesine gelen Schönke var. Sauer ve Schönke'nin şöhretleri iyi değil. Üzerine çarpı atılmış usulcülerden. Ceza yargılamasıyla medeni yargılamayı aynı esaslara tabi tutuyorlar.. Ben hukuki himaye ihtiyacına eleştirel bakış isimli makalemde Sauer ve Schönke'ye yönelik çok eleştiriler yaptım. Dolayısıyla bir kere medeni yargılama hukukundaki individualist ve liberal teorinin Fransız devrimindeki düşünce yapısına uygun bir şey olduğunu kabul edelim. Amma velakin şimdi öğrencilere anlatıyoruz. Diyor ki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu emredici hükümlerle bezeli bir kanundur. Borçlar Kanunundaki gibi irade serbestisi geniş değildir. Çok dar bir sözleşme serbestisi bırakılmıştır. Emredici hükümler hakimin de sadece tarafları değil, bildiğiniz üzere hakimin de hareket alanını daraltır. Dolayısıyla hakim, her konuda süre belirleyebilir mi?

Belirleyemez. Kanunda uzatma yetkisi veriliyorsa, belli konularda, mesela cevap süresinde olduğu gibi tamam. Bu konuda biliyorsunuz HUMK döneminde çok büyük tartışma çıktı. Üstündağ der ki; kanuni süreler konusunda, kanuni sürelere icabet etmemek ıslah yoluyla düzeltilebilecek bir şey değildir, çünkü taraf usul muamelesi değildir der. Yani şimdi ben Fransız devrimine, Nöşatel Medeni Usul Kanunu'na, bireye gönderme yapıyorsam da Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi HMK'nın da emredici hükümlerle bezeli bir düzenleme olduğunu kabul ediyorum. Aslında özel hukukun hizmetçisiyiz. Hiç kompleks sahibi olmadan hep özel hukuk hizmetçisiyiz derim. Çünkü 19. - 20. yüzyılda hep medeni usul, bilim hukuku için, maddi hukukun hizmetçisi demişler. Maddi hukuka hizmet ediyoruz, tamam. Özel hukuka ilişkin hakların gerçeklik temelinde tespitine yöneliktir yargılama hukuku, tamam. Ama yani burada süreye idare hukukundan girdiniz, oradan çıktınız Cengiz Bey. Yani orada süre tanıma imkanı var dediniz. Yani bütün süreye ilişkin formatları yerle yeksan ettiniz. Ama emredici hükümler, emredici hükümdür yani. Hem taraflar aleyhine şey yapamaz. Hem de yani rahmetli Saim ÜSTÜNDAĞ Hocaya burada bir gönderme yapmak istiyorum. Onun görüşüne göre kanuni süre içinde cevap verilmemesi halinde kanundaki yaptırımlar uygulanmalı ve taraf usul muamelesindeki hataların bertaraf edilmesine yönelik yöntemler örneğin ıslah gündeme gelmemelidir. Kanuni süre, kanuni süredir diyor ya. Ben de kanuni süre diyorum. Ama orada hatalı usul muamelesi. O olmaması gereken şeyi yapmış, anlatabiliyor muyum?

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Özür dilerim.

Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU:

(Uludağ Üniversitesi)

Müsaade eder misiniz hocam, ben yanlış anlaşılmış olmak istemiyorum. Kayıtlara da geçiyor. Fakat tarafın hakimin belirlediği hatalı süreyle yanıltılması çerçevesinde yaratılan etkinin akıbeti.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

O verdiği karar var ya, hatalı hüküm, hatalı.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

***Yrd. Doç. Dr.* Cengiz Topel ÇELİKOĞLU:**

(Uludağ Üniversitesi)

Farklı düşünmüyorum neticeten hocam. Kanunu bilmemek mazeret değildir hükmünü de bunun için belirttim. Özel hukuk bakımından da geçerli olduğu kabul ediliyor bu çünki. Dolayısıyla cevaplanması gereken soru hala açıkta kalıyor. Tarafın yanıltılması neticesine bağlanabilecek sonuç ne olmalı?

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Ona da Cengiz Bey şu cevabı vereyim. Hakimin süre isteyen tarafa süre vermemesi, yanlış süre tespit etmesi, kanunen süre verme hakkına sahip değilken süre vermesi hepsi hatalı usul muamelesidir.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(*Marmara Üniversitesi)*

Yani hatalı usul muamelesi İstinafa tabidir.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Siz taraf usul muamelesini yapmamış olursunuz ama bunun müsebbibi mahkemenin hatalı muamelesidir. O da evleviyetle istinaf edilebilir bir karardır. Zaten İstinafın konusu budur.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, şimdi bu konuyu burada noktalayacağız. Organizasyondan son 5 dakika verilmişti. Onu kullanalım Vakit kalırsa Tolga Akkaya ya da söz vereceğiz. Buyurun.

Nazmiye BEYAZITOĞLU KUŞÇUOĞLU:

(Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Üyesi)

8. Hukuk Dairesi Üyesi Nazmiye BEYAZITOĞLU KUŞÇUOĞLU. Bu sürelerle alakalı dairemizin somut uygulaması var, onu ifade etmek istedim ben. Şimdi diyelim ki icra mahkemesinde yüze karşı kararlarda tefhim ile başlıyor süre, temyiz süresi. Fakat mahkeme tebliğden itibaren 10 günlük süre diye belirtmiş yüze karşı verdiği kararda. Şimdi Anayasa Mahkemesinin benzer konularda hak ihlali kararını verdiğini biliyoruz. Dairemiz uygulamasında biz diyoruz ki taraf mahkeme kanalıyla yanıltılmıştır. Mahkeme kararında temyizi tebliğden itibaren 10 gün demek suretiyle yanıltıldığı. Yani tarafta mahkemeye güvenerek tebliği bekledi ve tebliğden itibaren 10 gün içinde temyiz dilekçesini verdi ve biz bunu Anayasa Mahkemesi kararına da atıf yaparak temyiz edilmesi süresindedir diye düşünüp incelememizi yapıyoruz. Dairemiz uygulaması bu doğrultudadır. Diyelim ki; 10 gün mahkeme 15 gün diye söyledi. Biz ona göre diyoruz ki, burada bir yanıltılma vardır. Mahkemenin verdiği süreye göre temyiz süresindedir deyip incelememizi yapıyoruz. Yani uygulamamız bu doğrultudadır. Bunu ifade etmek istedim.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

(Koç Üniversitesi)

Çok doğru yapıyorsunuz. Richterpositivismus hakim pozitivizmi Çok doğru bir şeyle hareket ediyorsunuz. Orada taraf usul muamelesini zamanında yapamamış, ama arkasında mahkemenin hatalı usul muamelesi var. Bu da onun istinaf başvurusunu engelleyecek bir konu değil. Bilakis engellememesi gereken bir konu. Anayasa Mahkemesine o süre tutum dilekçesine ilişkin kararı da zaten bunu vurguluyor. O

kadar şekli bakmıyor hakimlerimiz. Sayın mahkemelerimizin, hakimlerimizin önünde saygıyla eğiliyorum. Çok güzel kararlar veriyorsunuz.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Evet, Sayın Davetliler, Değerli Meslektaşlarım, son olarak Tolga Akkaya'yı dinliyoruz, tartışmalar gerçekten verimli ve Yargıtay üyemizin bu son açıklaması da konuyu biraz daha netleştirmiş oluyor. Evet, Tolga Bey.

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

(Anadolu Üniversitesi)

Hocam aslında bu İstinaf sebepleriyle ilgili konuda bir katkıda bulunmak istiyordum. Tabi zaman tükendiği için, bir de soru soracaktım ama o soruyu da belki ortaya koymakla yetineceğim. Şimdi bu 342. madde de istinaf sebeplerinin gösterilmesi zorunluluğunun kalktığını açıkça zikretmiş. Hocalarımız zaten bunu ifade ettiler. Ama 342. maddenin 3. fıkrasındaki 355.maddeye göre inceleme yapılır hükmü gereğince bir tartışmanın veya bir tereddüdün ortaya çıktığı gözüküyor. 342. maddenin 352. maddeyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Ön incelemeye ilişkin hükümde başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi, ön inceleme aşamasında incelenmesi gereken ve bulunmaması halinde de karara konu olması gereken bir eksiklik olarak ifade edilmiş. Dolayısıyla istinaf sebeplerinin ve talep sonucunun gösterilmesinin istinaf başvurusunun esası hakkında inceleme yapılabilmesi için bir kabule şayanlık şartı, bir caizlik şartı olduğunu düşünüyorum. Eğer bu şart yerine hiç getirilmemişse başvurunun usulden reddine karar verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Kamu düzenine ilişkin mesele ise biraz şundan kaynaklanıyor sanırım; karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde istinafa başvuru aşamasında tarafların avukatla da temsil edildiğini görüyoruz. En azından dilekçelerinin vekilleri tarafından yazılma zorunluluğu olduğunu görüyoruz. Belki bizdeki bu tartışmaların varlık sebeplerinden biri de bizde böyle bir zorunluluğun öngörülmemiş olması. Bunu arz etmek istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Peki, teşekkür ediyoruz. Yine küçük bir katkı galiba. Adem ALBAYRAK'ın katılımıyla oturumu kapatıyoruz.

Adem ALBAYRAK:

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi)

Çok teşekkür ederim hocam. Ben yanlış anlaşılma olmasın ya da daha açık olsun diye söz aldım. Nazmiye Hanımın dediklerine aynen katılıyorum. Yani hakim kanun yolu süresini yanlış göstermişse, artık Yargıtay uygulamasında oturdu. O yanlış gösterilen süre içerisinde yapılmışsa kanun yolu incelemesi yapılır deniyor. Ancak bir ayrıntı var o da şu; kanun yolu yok ise yani kesin olan bir karara karşı kanun yolu açık demişse burada artık hakim yanılttı, buna rağmen inceleme yapılır denmiyor. Bu kısım biraz ayrıntı kaldı. Onu da hatırlatmak istedim. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

(Marmara Üniversitesi)

Bende kendi adıma ve bütün arkadaşlarım adına teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

SUNUCU-Ar. Gör. M. Ceren GÜLTÜTER:

(İstanbul Medipol Üniversitesi)

Konuşmacılarımıza teşekkür belgelerini takdim etmek üzere hocamız Sayın Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK'i davet ediyorum. Değerli Konuklar şimdi öğle yemeği arası verilecektir. Ancak dileyen katılımcılarımıza cuma namazı için 12:40'da resepsiyonun önünden servis kaldırılacaktır. İkinci oturum 14:30'da başlayacaktır. Saygılarımla.

BİRİNCİ GÜN

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

"İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar"

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi)

"İstinaf İncelemesi Sonucunda İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi"

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA

(Anadolu Üniversitesi)

"Tartışmalar"

İSTİNAF İNCELEMESİ SONUNDA VERİLECEK KARARLAR

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Giriş

Bölge adliye mahkemelerinin kurulması, yeni mahkeme teşkilâtı kanunuyla (5235 sayılı Kanun) kabul edilmiş ve buna uygun olarak önce 5236 sayılı Kanun ile o tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'da değişiklik yapılarak daha sonra da 6100 sayılı HMK'nın kabulü çerçevesinde kanun yolu sistemi içine istinaf dahil edilmiştir. Ancak, Ülkemizde ve hatta Dünya'da eşine az rastlanan bir durum olarak, on yılı aşkın bir süre kanunen kabul edilmiş bu sistem maalesef uygulamaya sokulamamış, bu konuda ciddi bir çaba da gösterilmemiştir. Sonunda 2016 yılında bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçerek yeni kanun yolu sistemi de uygulanmaya başlanmıştır. Bu kadar uzun süre geçtikten sonra yeni kanun yolu sisteminin uygulanması bir yandan umut verici olmakla birlikte, diğer yandan da yargının birçok sorunla uğraştığı bir zaman diliminde bunun gerçekleşmesi arzu edilen iyi bir başlangıç olmamıştır. Tüm bu sorunlara rağmen herkesin görevi, yargının doğru ve adil bir şekilde işlemesine katkı sağlamak toplumun temeli olan adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

İstinaf kanun yolu temyizden birçok yönden oldukça farklıdır. İstinaf kanun yolunun kabulü hem ilk derece hem de temyiz incelemesine doğrudan etki edecek ve bu aşamalarda hukukî ve fiilî olarak değişikliğe yol açacaktır. Biz burada istinafın tüm yönlerini değil sadece istinaf aşamasında verilen kararları ele almaya çalışacağız.

İstinafta verilecek kararlar ilk dereceden ve temyizden farklıdır. Zira, istinaf mahkemeleri hem denetim hem de duruma göre hüküm mahkemesidir. Bu sebeple vereceği kararlar da buna uygun

şekilde farklılaşmaktadır. Bugüne kadar özellikle uygulamamızın alışık olmadığı karar şekilleri ve bunların etkileri ile karşı karşıya bulunmaktayız. Bu çalışmada, istinaf incelemesinde verilen kararlar bakımından genel bir tespit yaptıktan ve istinaftaki kararlarla ilgili genel bir bilgi verdikten sonra, değişik yönleriyle şeklen ve içerik olarak istinafta verilecek kararlar üzerinde durmaya çalışacağız. İstinaf incelemesi sonunda, ilk derece kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi (m. 353/1-a) şeklindeki kararlar bu toplantıda ayrı bir tebliğin konusu olduğundan onun üzerinde sadece genel çerçevesi ile görüşümüz belirtecek şekilde duracağız.

I. Genel Bakış ve Tespit

İstinaf kanun yolunda başvuru ve yapılacak inceleme ile diğer hususlarda nisbeten daha ayrıntılı ve açık düzenlemeler mevcutken, bu kanun yolunda verilecek kararlar bakımından çok ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Esasen doktrin ve uygulama tarafından çok daha iyi bilinen ve çerçevesi çizilen ilk derece (m. 294 vd.) ve temyiz (m. 370 vd.) aşamasındaki kararlar için daha açık düzenlemeler olmasına rağmen, istinaf konusunda tek açık hüküm «Karar» başlıklı 359. madde hükmüdür. Ancak bu hüküm de asıl sorun olan konularda (örneğin, istinafta verilecek karar türlerine ilişkin) değil, kararın şekline ilişkindir. Bunun dışında istinaftaki kararlara ilişkin açık ve doğrudan bir düzenleme yoktur. Esasen daha az bilinen ve yeni uygulanan bu kanun yolunda, özellikle kararların türleri ve içeriği konusunda düzenleme yapılmış olsaydı, hem daha yararlı olacak hem de uygulamadaki bazı tereddütler yaşanmayacaktı.

Bu duruma rağmen, 360. maddedeki istinafa ilişkin hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün uygulanacağı şeklindeki atıf hükmü belirli konularda yardımcı olabilecektir. Fakat bu hükümden de, daha çok kararların şekli ve usûlü ile ilgili konularda yararlanılabilir. İlk derecenin hüküm, istinaf mahkemesinin kanun yolu mahkemesi olduğu dikkate alındığında, ilk derecedeki karar ve özellikle hüküm halleri tümüyle istinafta uygulanamaz. İstinaf aşamasında, ilk derece kararı kaldırılarak onun yerine geçip yeniden karar verilen hallerde ilk derecedekine

benzer durum olduğundan bu atıf hükmünün uygulanması daha kolaydır; ancak istinafta denetim fonksiyonu çerçevesinde verilen ya da diğer karar türlerinde bu hükümden tam olarak yararlanılamaz. Keza, kararlar bakımından genel düzenlemelerden burada da yararlanılabilir. Örneğin, istinaf kararları hakkında da tavzih ve tashih mümkündür (m. 304-306).

İstinaf incelemesi ne ilk dereceye ne de temyize benzemektedir; bu sebeple verilecek kararlar da her ikisinden farklı olacaktır. Bu durum gözden uzak tutulmamalıdır. Doğrudan ya da atıf yoluyla uygulanacak bir hüküm bulunmasa da, bu durum istinafta verilecek kararların tamamen belirsiz olduğu, istinafta verilecek kararların içeriği, türleri ve kapsamının tespit edilemeyeceği anlamına gelmeyecektir. Çünkü, Kanunun farklı hükümlerinin değerlendirilmesinden sonuca varılması mümkündür; farklı hükümlerde doğrudan olmasa da istinafta verilecek kararlara ilişkin ifade ve düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, hâkimin reddi (m. 43/3), birleşme ve ayırma kararları (m. 168), istinafta ön inceleme (m. 352) ve özellikle duruşma yapılmadan verilecek kararlardan (m. 353) hareket edilerek istinafta verilecek kararlar için sonuca varmak mümkündür. Ayrıca, istinafın görevi ve niteliği de verilecek kararların içeriğini belirlemektedir. O sebeple, açık hüküm olmadığı mazeretinin arkasına saklanarak yanlış kararlar verilmemelidir.

II. Kararın Şekli ve İçeriği

İstinaf incelemesi sonucu verilecek kararın şekli ve içeriği 359. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, esasen yeni bir şey getirmemektedir. Zira, genel olarak bir mahkeme kararında bulunması gereken temel hususlar, istinafla ilgisi de kurularak burada da yer almaktadır. Bu sebeple, istinaf kararlarında da bir mahkeme kararında yer alması gereken temel hususlar gözetilmelidir. Dolayısıyla kararı veren bölge adliye mahkemesinin ilgili dairesi ve dairenin başkan ve üyeleri ile zabıt kâtibinin adı, soyadı ve sicil numaraları; tarafların ve yargılamada yer alan müdahillerin kim oldukları ve kimlikleri ile varsa kanunî ve iradî temsilcileri; iddia ve savunmaların özetleri; ilk derece mahkemesi kararının özeti; ileri sürülen istinaf sebeplerinin

neler olduğu; uyuşmazlık konusu olan ve olmayan hususlarla bunların delillerinin tartışılması, ret ve üstün tutma sebepleri ile sabit görülen vakıalar, bunlardan çıkartılan sonuç ve hukukî sebepler; hüküm sonucu ile varsa başvurulacak kanun yolu ve süresi; kararın verildiği ve gerekçe sonra yazılmışsa gerekçeli kararın yazıldığı tarih, başkan ve üyeler ile zabıt kâtibinin imzası kararda yer almalıdır. Burada tek tek bu unsurlar üzerinde durmayacağız. Ancak istinafa özgü içeriğe özellikle dikkat çekmeye çalışacağız. Bu konuda özellikle dikkat edilecek noktalar 359. maddenin 1. fıkrasının c, ç, d ve e bentleridir. Kısaca onların üzerinde durmaya çalışacağız.

Kararda "tarafların iddia ve savunmalarının özeti"nin gösterilmesi (m. 359/1-c), istinafın sınırı ve incelemenin çerçevesinin belirlemek bakımından önemlidir. Çünkü, ilk derecede ileri sürülmeyen, mevcut olmayan, incelenmeyen iddia ve savunmalar kural olarak istinafta incelenemez. İstinafta yapılamayacak işleri düzenleyen 357. maddeden hareketle bunu söylemek mümkündür. Bu sebeple, tarafların temel iddia ve savunmalarının belirlenmesi ve bunun kararda gösterilmesi, yapılacak istinaf incelemesinin sınırları bakımından zorunludur. Keza, dar istinaf sistemini kabul etmemizin sonucu olarak da istinaf bu iddia ve savunmaları esas alacak, onun üzerinden denetim yapacak ve gerekirse yeniden karar verecektir.

Kararda "ilk derece mahkemesi kararının özeti" de belirtilmelidir (m. 359/1-c). Bu durum istinafın kanun yolu olmasının zorunlu bir gereğidir. İstinaf mahkemesi hem denetim hem de duruma göre hüküm mahkemesidir. İstinafta denetlenen karar ilk derece kararı olacaktır. Bu sebeple ilk derece kararının ana unsurlarının belirtilmesi gerekir ki, ona uygun bir denetim yapılıp yapmadığı anlaşılabilsin.

Karar ayrıca "ileri sürülen istinaf sebepleri"ni içermelidir (m. 359/1-d). İstinaf incelemesi ancak ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı yapılacaktır (m. 355, c. 1); ileri sürülmeyen bir istinaf sebebi dosyadan anlaşılsa dahi kural olarak dikkate alınamaz. Bunun iki istisnasından bahsedilebilir. Birincisi, kamu düzenine aykırılık halleridir (m. 355, c. 2). İstinaf sebebi yapılmasa dahi, kamu düzenine aykırılık istinaf incelemesinde kendiliğinden gözetilir. İkincisi de

kanunda açıkça belirtilmese de, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağı (m. 33) kuralı gereğince, hukuka aykırılık ve hukukî sebebin yanlış tespiti ve uygulanmasını bölge adliye mahkemesi kendiliğinden gözetmek durumundadır.

Kararın istinafın niteliğine uygun bir "gerekçe" içermesi gerekir (m. 359/1-e). Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı Anayasanın açık hükmüdür. Gerekçe aynı zamanda hukukî dinlenilme (m. 27) ve adil yargılanma hakkının gereğidir. Gerekçede sürpriz karar yasağına da dikkat edilmelidir. İstinaf incelemesi sonunda verilen tüm kararlarda (ön inceleme, esastan red veya kabul) gerekçe olmalıdır. Anayasa m. 141/3'deki "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak*" verileceği hükmü çok açıktır. Yargıtay'ın hukuk devletine ve Anayasa'nın açık hükümlerine aykırı şekilde, hiçbir somutlaştırma yapmadan matbu ve soyut ifadelerle, birbirinin tekrarı formül gerekçeleri gibi, görünürde gerekçe yazmak, aslında gerekçe yazmamaktır. Başvuru reddedilse dahi, en azından asgarî unsurlarıyla istinaf başvurusuna kısa da olsa cevap teşkil edecek gerekçe yazılması, bir üst mahkeme olarak istinaf kararının tatmin edici olması ve hukuka duyulan güveni koruması bakımından, ayrıca istinafın vereceği kararın temyiz incelemesine tâbi tutulması halinde de temyiz başvurusunun sağlıklı yapılması ve Yargıtay'ın sağlıklı, denetime elverişli bir inceleme yapması bakımından önemlidir. Şüphesiz her zaman, hatta çoğu zaman çok ayrıntılı bir gerekçe yazılması gerekmeyebilir. Özellikle ön inceleme sonunda verilen kararlarla istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarında, diğer kararlarda olduğu kadar ayrıntılı bir gerekçe yazılması aranmaz. Önemli olan somut istinaf başvuru sebeplerine asgarî somut cevabın verilmesidir. Bu, bazen ilk derece kararının ilgili bölümüne atıf yaparak bazen de daha önce verilmiş olan benzer davalardaki istinaf veya temyiz kararlarına atıf yaparak yerine getirilebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da bu yönde gerekçe yazıldığı görülmektedir. Ancak, soyut, genel, belirsiz mevcut davayla ilgisi olmayan ifadeler gerekçe değildir.

Gerekçeyle ilgili temel hususlar mutlaka göz önünde tutulmalıdır. İstinafta gerekçe bakımından özellikle dikkat edilmesi gereken husus,

istinafın hem kanun yolu olarak denetim görevini hem de gereğinde yeniden yargılama yapması sebebiyle yargılama ve hüküm verme görevini üstlenmesidir. Bu açıdan gerekçe ilk derece ve temyiz gerekçelerinden farklı olacaktır. İstinafta ilk derece kararının denetimi yapılırken temyize benzer bir gerekçe yazacağı düşünülse de, bu açıdan da oluşturulacak gerekçe temyizden daha geniştir. Çünkü, temyiz kural olarak sadece hukukî denetimle sınırlı iken istinaf maddî ve hukukî denetimi birlikte yaptığından gerekçede bu iki hususun da yer alması zorunludur. Keza istinafta ilk derece kararının kaldırılıp yeniden karar verildiği durumlarda da, hükme adeta ilk derece mahkemesi gibi gerekçe oluşturmalıdır. İstinaf kararları temyiz denetimine de tâbi olacağından gerekçenin bu denetime elverişli; ayrıca icrası da mümkün olduğundan icrayı mümkün kılacak şekilde olması gerekir.

Kısaca gerekçe istinaf başvurusuna cevap verecek nitelikte, istinaf incelemesinin denetim ve hüküm fonksiyonuna uygun, ilk derece mahkemelerine yol gösterecek, temyiz denetimine elverişli, hukukun gelişmesine ve içtihat oluşumuna da kendi çerçevesinde katkı sağlayacak içerikte olmalıdır.

III. Karar Türleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, istinaf aşamasında ve incelemenin sonunda verilebilecek kararlar kanunda çok açık değildir; ancak belirsiz de sayılmaz. Bu sebeple, bu konuda açıklık olmadığının arkasına saklanarak içerik olarak tatmin edici olmayan kararlara gerekçe yapmak yanlıştır. Bu şekildeki bir yaklaşım, teknik hukuka, hukuk devletine, Anayasa'ya sonra diğer ilkelere aykırıdır.

İstinafta verilecek kararlar bakımından istinaf incelemesinin niteliği ve yargı tecrübemiz bu konuda ayrım yapmamız için yeterlidir. Bu çerçevede, istinaf aşamasında da verilecek kararları farklı şekillerde tasnif etmek mümkündür.

İstinaf incelemesinde verilen kararlar, yargılamayı sonlandırıp sonlandırmadığına göre de klasik ayrım olarak ara kararlar ve nihaî kararlar olarak ayrıma tâbi tutulabilir. İstinaf aşamasında yargılama da

yapılacağı için bu ayrım önemlidir. Zira, kanun yolu olarak temyiz aşamasında, gerektiğinde ara karar vermek mümkün olsa da bu çok sık rastlanan bir durum değildir. Ancak istinaf aşamasında özellikle ilk derece kararının kaldırılarak yargılama ve tahkikat işlemleri yapıldığında bazı ara kararlar vermek gerekecektir. Ara karar-nihaî karar ayrımı konusunda geçerli olan kurallar, burada da geçerliliğini koruduğundan burada ayrıntısına girmiyoruz.

İstinafta verilecek kararlar bakımından diğer bir ayrım, istinaftaki temel aşamaları dikkate alan ayrımdır. İstinaf incelemesi ön inceleme ve esastan inceleme şeklinde temel iki aşamalı olarak yapılacağından bu aşamalar esas alındığında da *ön inceleme (m. 352) sonunda verilecek kararlar* ile *esastan inceleme (m. 353 vd.) sonunda verilecek kararlar* şeklinde bir ayrım yapılabilir.

İstinafa özgü olarak kararları şu şekilde bir ayrıma tâbi tutmak da mümkündür:

- ***İstinaf başvurunun kabul edilebilir olmaması kararı*:** Bu kararlar ön inceleme sonunda verilen kararlardır, istinaf incelemesi için ön şartlar ve temel unsurlar oluşmamışsa bu yönde karar verilir ve işin esasına girilmez.

- ***İstinaf başvurusunun reddi kararı*:** İstinaf başvurusu hakkında yapılan incelemede ilk derece kararının doğru olduğunun tespit edilmesi üzerine verilen karardır. Bu durumda istinafta yeni bir karar verilmemekte, ilk derece kararının doğru olduğu tespitiyle yetinilmektedir.

- ***Dosyanın ilk dereceye geri gönderilmesi kararı*:** Bu durumda, istinaf başvurusu ön incelemeden geçmiştir ve şeklen istinaf başvurusu kabul edilmektedir; ancak davanın esasıyla ilgili (ilk derecenin esas hakkındaki kararının doğru ve yanlışlığı bakımından) bir karar verilmemektedir. Çok genel ifade ile ilk derecede doğru mahkeme ya da hâkimin yargılama yapıp karar vermemesi veya ilk derecenin deyim yerindeyse yapması gereken yargılamayı yapmaması durumunda bu kararlar verilmektedir. İstinaf, ilk derece yargılamasından sonra yapılan bir incelemedir. Eğer gerçek anlamda bir ilk derece incelemesi

yoksa, ilk derecede yapılması gereken yargılama tam ve gereği gibi yürütülmemişse bu görevi istinaf üstlenmemelidir. Şu andaki düzenlememizin bu konuda çok yeterli olduğu söylenemez.

• ***İstinaf başvurusunun kabulü ve dava hakkında yeniden karar verilmesi*:** Bu karar türünde istinaf kanun yolunun asıl özelliği olan denetim ve yeniden karar verme birlikte karşımıza çıkmaktadır. Bu tür kararlar istinafın düzeltici işlevi çerçevesinde verilmektedir. Yukarıdaki ilk iki karar temyiz kanun yolunda da karşımıza çıkmaktadır; ancak dava hakkında yeniden karar vermek ancak istinafa özgü bir durumdur. Bizim düzenlememizde bu durumu da iki alt kategoride incelemek mümkündür. Birincisi, davanın yeniden (istinaf incelemesi sınırları içinde) ele alınarak dava hakkında yeni bir karar verilmesi; ikincisi, dava yeniden incelenmeden sadece ilk derecedeki yanlışlıkların düzeltilmesi. Birincisinde davanın esasına girilerek, yeniden yargılama yapılmakta ve karar verilmektedir. Burada genel olarak hem yargılama hem karar hatalıdır. İkincisinde ise, ilk derece yargılamasında eksiklik olmayıp hukukun uygulanmasında ya da gerekçesinde yanlışlık ya da eksiklik söz konusudur. Burada, yargılamada genel olarak bir hata yoktur, ancak kararın kendisi ya da gerekçesi yanlıştır.

Aşağıda hem kanunun yaptığı ayrım esas alınarak istinafın aşamalarına göre hem de istinaf incelemesine özgü olan ayrıma göre kararlar değerlendirilecektir.

Hukuk yargısında tasarruf ilkesi çerçevesinde, kural olarak tarafların iradesiyle de yargılama sonlandırılabilir. İstinaf aşamasında da mahkeme kararı olmadan taraflar kendi iradeleriyle, yani feragat, kabul ve sulh yoluyla yargılamayı sonlandırabilirler. Ayrıca mahkemece karar verilmesine gerek olmadan da yargılamanın sona ermesi mümkündür. Bu konuda da aşağıda istinafın özellikleri çerçevesinde ayrıca açıklamalar yapılacaktır.

İstinaf aşamasında geçici hukukî koruma kararı verilmesi zorunluluğu da doğabilecektir. Geçici hukukî koruma kararları yukarıdaki kararlardan farklılık göstermektedir. İstinafın özellikleri

dikkate alınarak geçici hukukî koruma kararları konusu da aşağıda ele alınacaktır.

IV. Ön İnceleme Sonunda Verilecek Kararlar (İstinaf İncelemesinin Kabul Edilebilirliği Kararı)

İstinaf incelemesinin iki aşamalı yapılacağını yukarıda belirtmiştik. Kanun koyucu istinaf incelemesinin esasına girmeden önce bazı hususların baştan incelenmesini uygun görmüştür. Bu hususlar esastan incelemeye dahi gerek duyulmadan karar verilmesini mümkün, hatta zorunlu kılan durumlardır. Ön inceleme aşamasında başvurunun haklı olup olmadığı araştırılmaz; genel bir ifade ile başvurunun esastan incelenebilecek nitelikte olup olmadığı ya da doğru bir şekilde incelenmesi amaçlanır. Ön inceleme konusu olan hususlar daha çok şeklî konulardır. Bu sebeple dosya üzerinden inceleme yapılarak karar verilir (m. 352/1). Ön inceleme heyetçe yapılabileceği gibi, bu konuda bir üye de görevlendirilebilir, ancak kararın heyetçe verilmesi gerekir (m. 352/2).

İstinaf aşamasındaki ön inceleme ile ilk derecede yapılan ön inceleme (m. 137) birbirine karıştırılmamalıdır. Her ikisinde de isimler aynı ve kısmen amaç benzerliği olsa da içerik, incelenecek hususlar, inceleme şekli ve verilecek kararlar farklıdır. İkisinin benzer tarafı, esas inceleme veya tahkikat aşamasına geçilmeden baştan karar verilebilecek hususların ileriye taşınmaması, esasa geçilecekse de gerekli hazırlığın yapılmasıdır. Son durum daha çok ilk derecedeki ön incelemede söz konusudur.

Ön inceleme aşağıda açıklanacak olan 352. maddede belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Burada sayılan sebepler istinaf başvurusunun zorunlu şartları olup dava şartları veya dosyanın esasına girmekle ilgili şartlarla karıştırılmamalıdır. Bu konulardaki incelemeler, ön incelemenin konusu olmayıp istinafın esastan yapacağı usûlî konulardaki incelemeye girer (m. 353/1-a). Ön incelemeyi bölge adliye mahkemesinin re'sen yapması ve bu konuda gerekli kararları vermesi gerekir, tarafların talebine ihtiyaç yoktur; ancak tarafların bu konuda da gerekirse dilekçelerinde açıklama yapması konuya dikkat çekmek bakımından yararlıdır.

Ön inceleme konusu olan hususların önemli kısmı, aslında istinaf başvuru dilekçesi ilk derece mahkemesine verildiğinde gözetilip o aşamada karar verilmesi gereken hususlardır (m. 346). İlk derecenin bu konularda karar vermemesi halinde veya sadece istinafın ön incelemede dikkate alabileceği konular hakkında karar verilir. İstinaf aşamasında ön inceleme sonunda verilecek kararlar tek tür değildir. Zira, 352. maddede, ön incelemenin hangi konularda yapılacağı tek tek sayılmış, ön incelemenin sonunda gerekli kararın verileceği belirtilmiştir. Bu gerekli karar kapsamına nelerin gireceği ise açıklanmamıştır. Gerekli kararın ne olacağını, ön incelemenin konusuna göre tespit etmek gerekir. Aşağıda ön incelemenin konusu olabilecek her bir durum için bu kararların neler olduğu kısaca belirtilecektir.

Ön incelemede ilk olarak, dosyanın doğru hukuk dairesine gelip gelmediği incelenir (m. 352/1-a). İstinaf incelemesinin bölge adliye mahkemesinde başka bir dairece yapılması gerektiği kanaatine varılırsa, bu durumda dosyanın ilgili daireye gönderilmesine karar verilir. Daireler arasında işbölümü konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa bu konuda başkanlar kurulu karar verir (5235 s.K. m. 35/1).

Ön incelemenin konusu olan diğer husus, hakkında istinaf başvurusu yapılan kararın ilk derecede kesinleşen bir karar, yani istinaf incelemesine konu bir karar olup olmayacağıdır (m. 352/1-b). İstinafa konu olmayacak bir karar hakkında bu yola başvurulmuşsa, öncelikle bu konuda ilk derece mahkemesinin karar vermesi gerekir. Ancak ilk derecede bu husus hakkında karar verilmemişse, başvurunun, daha doğru bir ifade ile istinaf dilekçesinin reddine (m. 346/1) karar verilmelidir.

Ön incelemede ayrıca istinafın süresinde olup olmadığı incelenir (m. 352/1-c). Bu husus da aslında ilk derecede dikkate alınması gerekir. Buna rağmen ilk derecede karar verilmemişse, süresinden sonra yapılan başvurunun, yani istinaf dilekçesinin reddine (m. 346/1) karar verilmelidir.

Ön incelemenin diğer bir konusu, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğidir (m. 352/1-ç). Başvuru şartlarının neler olduğu aslında çok açık değildir. Burada asgarî olarak bir istinaf başvurusundan

bahsedebilmek için gerekli şeklî ve esasa girilecek hususları anlamak gerekir. Bunlardan bir kısmı (kararın kesin olması, süresi, başvuru sebepleri) zaten kanunda açıkça belirtilmiştir. Bunların dışında kalanlar ise, en azından bir istinaf başvuru dilekçesinin taşıması gereken zorunlu ve incelemeye esas olacak unsurların bulunması ile gerekli harç ve giderlerin yaptırılmasıdır. Bu noktada da ilgili kanun hükümleri de dikkate alınarak bir ayrım yapılmalıdır. Başvuru dilekçesi gerekli unsurları taşımıyorsa, kural olarak başvurunun reddi gerekir. Ancak başvuranın kimliği belli olmakla birlikte başvuru sebepleri gösterilmemişse, bu durumda sadece kamu düzeni yönünden inceleme yapılacağı (m. 342/2) unutulmayarak dilekçe bu belirlilikte ise dikkate alınmalıdır. Harç ve giderler eksikse, aslında bu hususun da ilk derecede dikkate alınması gereklidir. İlk derecede dikkate alınmamışsa, o zaman istinaf aşamasında gözetilmelidir. Fakat bu durumda da bir ayrım yapılması zorunludur. İlk derecede bu husus gözetilmiş, bunların tamamlanması için süre verilmiş, ancak buna rağmen tamamlanmamış ve bu konuda da istinafa başvurulmuşsa (m. 344/1, son cümle), başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilmelidir (m. 344/1 kıyasen). İlk derecede bu yönde bir karar verilmemişse, önce bunların tamamlanması için süre verilmeli, tamamlanmazsa başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilmelidir.

Ön incelemede dikkate alınacak diğer bir konu, başvuru sebepleri ve gerekçesinin hiç gösterilmemiş olmasıdır (m. 352/1-d). Ancak burada da yukarıda asgarî şartlara ilişkin yapılan açıklamadaki husus dikkate alınmalı, başvuranın kimliği belli, ancak başvuru sebepleri gösterilmemişse, sadece kamu düzeni yönünden inceleme yapılmalıdır (m. 342/2, m. 355). Dolayısıyla bu durumda ön incelemede yapılacak şey, başvuruyu kabul edip esastan incelemede kapsam dışına çıkılmaması için sadece bu hususun tespitinden ibarettir.

V. Esastan İnceleme Sonunda Verilecek Kararlar

A. Genel Olarak

İstinafta ön inceleme tamamlandıktan sonra, ön incelemede eksiklik yoksa veya yukarıda belirtilen şekilde eksiklik ya da yanlışlık düzeltilecek nitelikteyse bunlar yerine getirildikten sonra esastan

incelemeye geçilir (m. 352/3). İstinaftaki esastan inceleme, teknik anlamda ilk derecedeki tahkikat gibi değildir. Çünkü, istinaf kanun yolu olması sebebiyle, önce denetim fonksiyonunun gereği olarak ilk derece kararının doğruluğu istinafın amacına uygun olarak maddî ve hukukî yönden denetlenecek, daha sonra gerekirse ilk derecedeki tahkikata benzer bir inceleme yapılarak karar verilecektir.

İstinaf aşamasında esastan inceleme sonunda nasıl karar verileceği tek bir hükümde ve açıkça belirtilmemiştir. Bu sebeple, öncelikle istinafın bir kanun yolu olduğu ve niteliği dikkate alınmalı, ayrıca ilgili kanun hükümlerinden hareket edilmelidir. Dolayısıyla bir kanun yolunda temel olarak dikkate alınacak hususlar göz önünde tutulmakla birlikte, istinafın temyizden farkı da gözetilerek temyizdeki gibi karar verilemeyeceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede, istinafta esas hakkında verilecek kararlar ne şekil ne de içerik olarak Yargıtay kararlarına benzemez ve onun gibi onama veya bozma olarak nitelendirilemez. Ayrıca istinaf incelemesi sonunda verilecek kararın sonuçları da temyizden farklıdır.

Yukarıda istinafta karar türleri açıklanırken belirtildiği üzere istinaf incelemesinde esasa girildiğinde temelde iki tür karar verilir. İlk derece yargılaması ve kararı doğru ise istinaf başvurusunun reddine karar verilir; ilk derece yargılamasında ve kararında yanlışlık varsa başvurunun kabulü ile dava hakkında yeniden bir karar verilir.

Tasarruf ilkesinin sonucu olarak istinafta kural olarak sadece istinaf başvurusuyla sınırlı şekilde ilk derece yargılaması ve kararıyla ilgili inceleme yapılıp karar verilebilir; onun dışında kural olarak istinafta karar verilemez. Keza, istinaf aşamasında da aleyhe karar verme yasağına riayet edilmesi gerektiği unutulmamalı; diğer yandan da istinaf incelemesinin maddî ve hukukî incelemeyi kapsadığı, ayrıca kamu düzenine ilişkin inceleme de yapılabileceği hususları da dikkate alınmalıdır. İstinaf incelemesinin kapsamı konumuz dışında kaldığından ayrıntısına girmiyor, sadece kararı da etkilemesi bakımından bu kısa açıklamayla yetiniyoruz.

B. İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı (İlk Derece Kararının Doğru ve İstinaf Başvurusunun Esastan Haksız Olması) (m. 353/1-b-1)

İstinaf başvurusu haklı olmayabilir. Yani ilk derece mahkemesi yargılaması ve kararı doğrudur, hukuka aykırılık yoktur. Bu durumda "başvurunun esastan reddi" kararı verilir. Kanun bunu, "duruşma yapılmadan karar verilecek kararlar" kenar başlıklı 353. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinin 1 nolu alt bendinde "İncelenen mahkeme kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine" karar verileceği şeklinde belirtmiştir.

Bu karar, başvurunun esastan reddi şeklinde ifade edilmiş olması sebebiyle yanıltmamalıdır. Burada davanın esastan reddi değil, istinaf başvurusunun esastan reddi söz konusudur. İlk derecenin kararı davanın reddi veya kabulü, hatta farklı bir karar da olabilir. İstinaf başvurusunun esasıyla ilgili kararla istinaf incelemesinin dayanağı olan davanın esası hakkındaki karar aynı şey değildir. İstinaf başvurusunun esasıyla ilgili her karar, istinafın dayanağı olan davanın esasıyla ilgili karar olmayabilir. İstinafa başvurulduğunda ön incelemede bir eksiklik olmadığı anlaşılırsa, esasa geçilir ve istinaf başvuru sebepleri kapsamında (ve kamu düzeni bakımından) ilk derece kararının doğru olup olmadığı incelenir. Başvuru sebeplerinin yerinde olmadığı ve kamu düzenine aykırı bir durumun da bulunmadığının tespiti halinde, başvuru reddedilir. Bu, ilk derece yargılamasında usûl ve esas bakımından, yani maddî vakıalar ile usûl ve maddî hukuk yönünden bir hatanın olmadığı anlamına gelir. Temyiz incelemesi ile mukayese edilirse "onama" kararına benzer bir anlam taşımaktadır.

İstinafa başvuru kötüniyetle yapılmışsa m. 351'deki atıf sebebiyle m. 329'daki yaptırıma da karar verilmelidir. Kanunun bu düzenlemesinin uygulamada çok dikkate alınmadığı görülmektedir. Haksız ve kötüniyetli dava açmak ya da davalı olarak davayı kötüniyetle yürütmek hak arama özgürlüğü kapsamında değildir. Her hak gibi hak arama özgürlüğü, dava açma hakkı da hakkın kullanılmasının genel sınırlamalarına, buna bağlı olarak dürüstlük kuralına tâbidir. Bu sınırın aşılması durumunda kanun koyucu dürüstlük

kuralına aykırılığın genel yaptırımları dışında (örneğin, tarafın istediği sonucu elde edememesi, talebinin reddedilmesi), özel bazı yaptırımlar da öngörmüştür. Örneğin, kesin hükme rağmen hiçbir gerekçe yokken yeniden dava açan ya da alacağı tamamen ödenmiş olmasına rağmen dava açan davacının durumu böyledir. Bu yaptırım istinaf ve temyiz aşamasında daha da önemlidir. Çünkü, daha önce ilk derecede talebi veya hakkıyla ilgili tam bir bilgisi olmayan davacı ya da davalı, mahkeme kararıyla birlikte bu konuda artık bir kanaate varmış olacaktır. Şüphesiz bunu, iyi ve adil işletilen bir yargılama süreci ve tatmin edici gerekçelerin yazıldığı bir ilk derece kararı için söylemek gerekir. Örneğin, açık maddî vakıalar, konuyla ilgili açık kanun hükümleri ve istikrar kazanmış ve değişiklik yapılmasını da gerektirmeyen açık içtihatlara dayanan bir mahkeme kararında hakkının olmadığı tüm gerekçeleriyle belirtilmiş olmasına rağmen, tarafın istinaf yoluna başvurması halinde, özellikle de bu başvuruyla diğer tarafın icra takibi veya idarî başvuru yollarını geciktirmek amaçlanıyorsa bu yaptırımın mutlaka işletilmesi gerekmektedir. Özellikle büyük işletmeler veya kamu kurumları, zaman zaman salt hukukî prosedürü sonuna kadar kullanmak amacıyla bazen tam bir gerekçeye de dayanmadan, haksız çıkacaklarının bilincinde olarak kanun yollarına başvurmaktadır. Bu tür durumlar m. 351'in işletilmesi için en uygun durumlardır. Hak arama özgürlüğü, hakkın tüm sınırlarını zorlayarak kullanılması, yargı organlarının bilinçli olarak meşgul edilmesi, diğer tarafın hakkının gecikmesi veya belki de ortadan kalkması için kullanılacak bir özgürlük değildir. Gerçekten bu yaptırım ciddî şekilde ve gerekçeleri de ortaya konarak uygulanacak olursa, birçok uyuşmazlık baştan çözümlenebilir veya en azından gereksiz yere kanun yoluna taşınmaz. Bugün yargı içinde iş yükünü azaltmak için bazen hukuku zorlayan tedbirler düşünülürken veya düzenlemeler yapılırken maalesef hukukun içinde ve sadece içtihat yoluyla uygulanacak tedbirler uygulanmamaktadır. Oysa hukuka aykırılıklar, hukuku zorlayan yollarla değil, hukukun içindeki yollarla kalıcı olarak ortadan kaldırılabilir. Ancak bu, bilgiyi, emeği ve çalışmayı gerektirmektedir. Başka ülke örneklerine bakıldığında, ilk derecedeki dava sayısı fazla olsa da, kanun yolları aşamasına göre bu sayının azaldığı

görülmektedir. Bunun temelde iki sebebi vardır. Birincisi sağlam ve tatminkâr hukukî gerekçelere dayanan ilk derece kararlarının doğruluğuna duyulan güven ve saygı, daha sonraki aşamada bunun değişme oranının düşük olması; ikincisi de kanun yolu sayısı arttıkça bunun getirdiği riskin artmasıdır. Maalesef bu iki durum da ülkemizde istenen seviyede değildir.

C. İstinaf Başvurusunun Kabulü Halinde Verilecek Kararlar (İlk Derece Kararının Hatalı ve İstinaf Başvurusunun Esastan Haklı Olması) (m. 353/1-a, b-2-3).

İstinaf başvurusunun haklı olması halinde, kanunda açıkça belirtilmese de kanunun düzenlemesinden kural olarak şu kararların verilebileceği söylenebilir. Bunlar kısaca şu şekildedir:

1. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Gönderme Kararı Verilmesi (m. 353/1-a).

İlk derece mahkemesi kararında çok temel usûlî yanlışlıklar yapılmış olabilir. Bu gibi durumlarda, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu kabul ederek istinaf başvurusunun esası bakımından bir inceleme yapar, ancak davanın esasıyla ilgili bir inceleme yapmaz. Burada istinafın esasına girildiği, ancak davanın gerçek anlamda esasına girilmediğine dikkat edilmelidir. Çünkü, mevcut usûlî eksiklik ilk derece kararını o kadar zedelemiştir ki, böyle bir durumda ilk derecenin davanın esası hakkındaki kararının dahi doğru olmadığı veya davanın esasına dahi girmeden bir karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Böyle bir temel sakatlık söz konusu olduğunda, bölge adliye mahkemesinin ilk derecenin yerine geçerek de karar vermesi mümkün değildir. Bu hallerde ilk derece yerine geçerek karar vermek için davayı baştan sona yeniden ele almak, istinaf anlayışını terkederek ilk derece mahkemesi olarak hareket etmek gerekir ki, bu durum istinafın, özellikle de bizim kabul etmiş olduğumuz dar istinafın amacına aykırı olacaktır.

Kanunda istinaf incelemesi sonunda ilk derece kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi için altı hal sayılmıştır. Bunlar sırasıyla:

i.Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.

ii.İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması.

iii.Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması.

iv.Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması.

v.Mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmiş olması.

vi.Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması.

Yukarıdaki ilk beş durum için çok fazla söylenebilecek bir şey yoktur. Çünkü, bu hallerde davaya bakmaması gereken bir hâkim veya mahkeme tarafından davanın görülmesi ya da davanın esasına girilerek incelenmemesi gereken bir dava hakkında karar verilmesi gibi haller söz konusudur. Burada asıl üzerinde durulması gereken ve uygulamada da sorun doğuran durum, ilk derecenin delilleri "*hiç toplamaması*" ya da delilleri "*hiç değerlendirmemesi*"dir. Özellikle "*hiç*" şeklindeki ifadeden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Şüphesiz burada hiçten kelime olarak anlaşılması gereken, mahkemenin tarafların gösterdikleri delillerin bir tanesini dahi toplamamış olması ya da az çok delil toplamış olsa dahi bunları gerekçesinde tartışmamış olmasıdır. Ancak bu ifade tartışmaya açıktır. Örneğin, ilk derece mahkemesi gösterilen delillerden sadece birini toplamış olsa "hiç" seviyesini aşmış olacak ancak ilk derece yargılaması bakımından da gerçek bir yargılamayı yapmış olmayacaktır. Keza, uygulamamızın çok kullandığı "dosya münderecatı, taraf beyanları, toplanan delil durumu vs." şeklinde matbu ve kalıp ifadelerle bir gerekçe yazılmışsa, şeklen bir gerekçe olsa da aslında deliller gerçekte değerlendirilmemiş olacaktır. Burada sınırı çizmek çok kolay değildir. Zira, ilk derecede görünürde az da olsa var, ancak

aslında hiç sayılacak delil toplanması ya da değerlendirilmesi halinde, bunu istinafın inceleyeceğini söylemek, örtülü olarak ilk derecenin görevini istinafa devretmek demektir. Bu durumda bir süre sonra sorumluluk almak istemeyen veya iş yükünden kurtulmaya çalışan ilk derece mahkemelerinin davalarını bu yolla bölge adliye mahkemelerine gördürmesi şeklinde istenmeyen bir sonuç doğabilir. Ancak, ifadeyi sınırlarının dışına çıkartarak istinafa bu konuda geniş yetki ve takdir hakkı verilmesi de bu sefer, aslında istinaf incelemesi yapılması gereken dava ve işlerin ilk dereceye geri gönderilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu konuda zor olmakla birlikte her somut olaya ayrıca bakılması, kanunun sözü ile özünün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede ilk derece yargılamasında görünürde bazı deliller toplanmış, ancak bunun davayla ilgisi yoksa ya da değerlendirme soyut ve genel ifadeleri içeriyor, mevcut dosyadaki delillerle ilgili bağlantı kurulmuyorsa bu durumda görünürde hiçlik söz konusu olmasa da özünde hiçlikten söz edilebilir.

Kanunda sayılan haller gerçekleştiğinde, bölge adliye mahkemesi duruşma yapmadan dosya üzerinden yapacağı bir inceleme ile karar verir ve bu karar kesindir. Yani bu konularda verilen kararların temyizi mümkün değildir. Keza bu kararı yerinde bulmayan ilk derecenin adeta istinaf kararına karşı direnmesi şeklinde bir durum da söz konusu olamaz.

Bölge adliye mahkemesi önce ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, ardından da ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verecektir. İlgili mahkeme ise, yukarıda sayılan durumlara uygun olarak kararı veren mahkeme olabileceği gibi, bölge adliye mahkemesinin kendi yargı çevresindeki başka bir mahkeme ya da görevli veya yetkili mahkeme olacaktır.

İstinafın bu tür gönderme kararlarının yeniden ele alınarak düzenlenmesi yararlı olacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere bazı usûlî konular çok açıktır. Ancak delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusu yeterince açık değildir. Ayrıca, ilk derecenin şeklen bir yargılama yapmış olması, ancak esaslı noktaları yerine getirmemesi ya da örneğin talepler hakkında eksik karar vermesi gibi durumlarda

dosyanın ilk dereceye gönderilmesini sağlayacak bir düzenlemeye de ihtiyaç vardır. Şüphesiz bu konuda düzenleme yapılırken, uygulamamızın iş yükü sebebiyle davayı diğer yargı organının işi sayarak ona bırakmasının ya da çok yoruma açık düzenlemelerle davanın uzaması sonucunun doğmasının önüne geçilmelidir. Almanya, İsviçre gibi diğer ülke düzenlemelerinde bu konudaki çerçeve bizim düzenlememizden daha farklıdır.

2. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Esası Hakkında Kabul veya Red Kararı Verilmesi

Bu ihtimalde ilk derece kararı davanın esası bakımından yanlıştır. İlk derecede davanın reddi veya kabulü yönünde karar verilmiştir; ancak istinaf incelemesinde davanın esası bakımından tersi bir karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Böyle bir durumda istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırıp davanın esası hakkında yeni bir karar vermektedir. Davanın esası hakkında karar verilmesi gereken bu durumda, istinaf incelemesi kural olarak duruşmalı yapılır (m. 356); ancak yargılamadaki eksiklik duruşma yapılmadan tamamlanacak nitelikte ise duruşma yapılmadan da eksiklik tamamlanarak karar verilebilir (m. 353/1-b-3). Bu tür kararlarda istinafın hem denetim hem de ilk derece yerine geçerek yargılama yapması ve hüküm vermesi fonksiyonu karşımıza çıkmaktadır. Bölge adliye mahkemesi, ilk derecedeki tüm yargılamayı yenilemeyecek, eksiklik veya yanlışlık olan konuda yeniden yargılama yaparak karar verecektir.

İlk derece mahkemesi tarafından davanın esastan reddine karar verilmiş, ancak istinaf incelemesinde bu kararın doğru olmadığı anlaşılmışsa, davanın kabulüne karar verilecektir. Davanın esastan kabulü kararı, kısmen ya da tamamen kabul şeklinde bir karar olabilir.

İlk derece mahkemesi tarafından davanın esastan kabulüne karar verilmiş, ancak bu istinaf aşamasında bu kararın doğru olmadığı anlaşılmışsa, bu durumda da davanın reddine karar verilecektir.

Her iki durumda da davanın esası bakımından, artık kaldırılan kısmıyla ilk derece kararı değil, istinaf kararı esas alınacak, uygulanacak ve etki doğuracaktır.

3. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılıp Düzeltilerek Yeniden Karar Verilmesi (m. 353/1-b-2)

Bu ihtimal, gönderme kararına veya davanın esası hakkında yeniden karar verilmesindeki duruma benzememektedir. Gönderme kararında bölge adliyenin davayla ilgili bir kararı yoktur, kural olarak kanun yolu olarak denetim fonksiyonu yerine getirilmektedir. Davanın esası hakkındaki kararda ise hem denetim hem hüküm fonksiyonu karşımıza çıkmakta, sınırlı da olsa yeniden yargılama yapılarak davayla ilgili yeni bir karar verilmektedir. Düzelterek yeniden karar verme halinde, davayla ilgili yeni bir karar verilmektedir; ancak davanın esası hakkında karar verilmesine benzer şekilde yeni bir yargılama yapılmamaktadır.

Burada ilk derece yargılamasında bir hata yapılmamış, ancak kararda veya gerekçesinde hata ortaya çıkmıştır. Bunu Kanun "kanunun olaya uygulamasında hata" veya "kararın gerekçesinde hata" olarak iki hal olarak belirtmiştir. Birincisinde, ilk derecede yargılama doğru yürütülmüş, maddî vakıalar doğru tespit etmiş, ancak hüküm için uygulanacak kanun hükmü, daha doğru ifade ile uygulanacak hukuk kuralı yanlış tespit edilmiştir. Şüphesiz hukuk kuralı yanlış tespit edildiğinden verilecek kararın da yanlış olması söz konusudur; yani altlama faaliyeti çerçevesinde uygulanacak hukuk kuralında yanlışlık vardır. Bu yanlışlık tespit edildiğinde bölge adliye mahkemesi, mevcut maddî vakıalara doğru hukuk kuralını uygulayarak yeni bir karar verecektir. Hukuk kuralının doğru uygulanması sonucu/hükmü değiştiriyorsa bu tümüyle yeni bir karardır; hukuk kuralının değişmesi sonucu değiştirmiyorsa, o zaman gerekçenin düzeltilmesi karşımıza çıkar ki, o da ikinci duruma girecektir.

İkincisinde, yani kararın gerekçesinde hatada ise, yargılama ve karar doğrudur, ancak hükmün gerekçesi yanlıştır. Hükmün gerekçesindeki yanlışlığın da nereden kaynaklandığı önemlidir. Zira, gerekçenin önemli unsurlarından biri delillerin tartışılması ve değerlendirilmesidir (m. 359/1-e). Gerekçede hiç delil değerlendirmesi yapılmamışsa, yukarıda açıklandığı üzere, bölge adliye mahkemesinin bir karar vermeden dosyayı ilk dereceye geri göndermesi gerekir (m.

353/1-a-6). Bunun dışındaki durumlarda ise hüküm değişmiyorsa, sadece gerekçe düzeltilerek eski karar muhafaza edilecektir. Pratik olarak bu durum istinaf gerekçesinde belirtilerek davanın gerekçesi düzeltilmeli ve eski hüküm yeniden verilmelidir.

6. İstinaf Kararlarında Dikkat Edilecek Bazı Hususlar

İstinaf incelemesi sonunda karar verirken bazı hususlara da özellikle dikkat edilmelidir. Bu çerçevede başvurusunun haklı bulunması halinde, öncelikle "ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmalı" ondan sonra gerekli karar verilmelidir. Aksi halde aynı anda iki karar varmış görüntüsü oluşacaktır. İstinaf aşamasında duruma göre aynı zamanda ilk derece yerine geçerek hüküm de verildiğinde, hangi hükmün ya da hükmün hangi kısmının ayakta olduğu, hangi hükmün kaldırılarak karar verildiği anlaşılmalıdır.

İlk derece kararı davanın esası bakımından hatalı ise, ilk derecede verilen kararın aksine davada kabul veya red kararı veriliyorsa, bu karar çok açık şekilde belirtilmeli; icrasını güçleştirecek ve ilk derecenin kararıyla karışacak bir yol izlenmemelidir. İstinafın kararı karşısında kararın hangi kısmının ne şekilde icra edileceği hususunda uygulamada farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. İcra aşamasında karışıklığa yol açacak muğlak ifadelerden kaçınılmalıdır. Keza ilk derece kararındaki hataya dikkat çekerek karar vermek ya da ilk derece kararının sadece kaldırıldığını belirtmek yeterli değildir. İlk derece mahkemesi kararı kaldırılmışsa, onun yerine geçen kısımda ne şekilde karar verildiği açıkça anlaşılmalıdır. Özellikle kısmen kabul/red kararı verilen durumlarda, kaldırılan ve kısmen yeniden karar verilen kısım yeni bir tartışma oluşturmayacak şekilde açık olmalıdır.

Düzelterek karar verme hallerinde, istinaf başvurusu haklıdır, ancak ilk derece mahkemesi kararının tamamen kaldırılmasına ve başlı başına yeni bir karar verilmesine gerek yoktur. Bu durumda düzeltilen kısmın neresi olduğu karardan tam olarak anlaşılmalıdır.

Her ne kadar Harçlar Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde istinafa ilişkin düzenleme yapılmış olsa da, zaman zaman bu konularda farklı kararlar verilebilmektedir. Mükerrer ödemeye yol

açmaktan kaçınılması gerektiği gibi, ilk dereceden ayrı olarak istinaf için ayrıca harç ve vekâlet ücreti ödemesi gereken durumlarda bunları eksik göstermekten de kaçınılmalıdır. Şu anda yargılamanın üç aşamalı (ilk derece- istinaf-temyiz) olduğu gözden uzak tutulmamalı, harç ve giderler bakımından kararda açıklık olmadığında, bunun karışıklığa yol açacağı, hak aramayı güçleştireceği unutulmamalıdır. Esasen yargılamada sistem değişmesine, 6100 sayılı HMK ile yeni bir yargılama kanunu ve istinaf ile yeni bir kanun yolu sistemi kabul edilmesine rağmen, özellikle harç ve vekâlet ücreti sisteminin gereği gibi düzeltilmemesi uygulamada karışıklığa yol açmaktadır. Sistemin gözden geçirilmesi, gerek harç gerekse vekâlet ücreti sisteminin yeniden ele alınması zorunludur. Şu anda aslında yargıdaki sorunların bir kısmı bu harç ve avukatlık ücreti sistemindeki sorunlardan kaynaklanmaktadır.

İstinafın ilk derece kararını kaldırarak yeniden karar verdiği durumlarda, özellikle bu kararların kesinleşmesi halinde, bu kısma ilişkin yargılamanın yenilenmesi söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır. Ancak bu konuda da dikkatli olmak gerekmektedir. Zira, hem ilk derecede hem de istinaf aşamasında karar verilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi bakımından ortaya çıkan sebebin (m. 375) hangi aşamada gerçekleştiği dikkate alınarak o aşama için yargılamanın yenilenmesi istenmelidir. Sebep hangi aşamada ortaya çıkmışsa o aşamanın, yani ilk derecede ilk derece mahkemesinin, istinafta bölge adliye mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerekir (m. 378)

7. Yargılamanın Taraf İradeleri ile veya Diğer Sebeplerle Sona Ermesi Halinde Verilecek Kararlar

Tasarruf ilkesinin bir gereği olarak (m. 24), taraflar yargılamanın her aşamasında kendi iradeleri ile yargılamayı sona erdirebilir. Bu sebeple, istinaf aşamasında da feragat, kabul ve sulh (m. 310, 314) mümkündür.

Yargılama istinaf aşamasında taraf iradeleri ile sona erdiğinde, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemelidir. Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonunda hüküm vermesi mümkün

olduğundan, teknik anlamda hüküm dahi olmayan taraf iradeleri ile yargılamanın sona ermesi hallerinde de gerekli kararı kendisi vermelidir. Bu karar ilk derece mahkemesinin bu durumlarda verdiği karara benzeyecektir. Farklı olarak taraf iradeleri ile yargılama sona erdiğinden, önce ilk derece kararı kaldırılmalı, daha sonra feragat, kabul veya sulhün niteliğine uygun bir karar verilmelidir. Bu durumda bölge adliye mahkemesi üç durumda da feragat, kabul ya da sulh sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verebilir. Ancak sulh bakımından taraflar sulhün hükme geçirilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre hüküm de verilebilir (m. 315).

İstinaf aşamasında dava konusuz kalabilir veya davanın esası hakkında bir karar vermeye gerek olmayabilir. Bu gibi durumlarda, istinaf gerekli kararı vermelidir. Bu durumlarda da önce ilk derece kararı kaldırılmalı, sonra da istinafın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bazen ilk derecedeki şekilde karar verilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, ilk derecede taraflar duruşmaya gelmediklerinde dosyanın işlemden kaldırılması ve buna bağlı olarak davanın açılmamış sayılması kararı verilebilirken (m. 150), istinaf aşamasında ya dosyanın mevcut durumuna göre karar verilmekte veya istinaf başvurusu reddedilmektedir (m. 358/3).

8. Geçici Hukukî Koruma Kararları

İstinaf aşamasında geçici hukukî koruma kararı verilip verilemeyeceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. İstinaf aşamasında geçici hukukî koruma kararı verilmesiyle ilk derecedeki geçici hukukî koruma taleplerinin kabul veya reddi kararlarının denetlenmesi için istinafa başvurulması ve bu başvuru üzerine bir karar verilmesi (m. 391/3, 394/5; İİK m. 258/3, 265/5) birbirine karıştırılmamalıdır. Birincisinde doğrudan istinafın bir geçici hukukî koruma kararı vermesi, ikincisinde ilk derecenin verdiği kararı denetlemesi üzerine kararı söz konusudur.

İstinaf aşamasında denetim üzerine verilen geçici hukukî koruma kararları, hem HMK hem de İİK'da açıkça düzenlendiği için bir tartışma bulunmamaktadır. İstinaf incelemesi sırasında ilk defa verilecek geçici hukukî koruma kararları bakımından ise, Kanunda bu

yönde açıklık olmamakla birlikte, engel bir durum da mevcut değildir. Zira, istinaf incelemesinde yapılamayacak işler arasında geçici hukukî koruma kararı verilmesi sayılmamış, bunun yanında 360. maddede de istinafta hüküm bulunmayan hallerde ilk derecede uygulanan yargılama usûlünün uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca istinaf, kanun yolu denetimi olmakla birlikte ayrıca duruma göre hüküm aşamasıdır. Bu çerçevede, hüküm sonucunun tehlikeye girmesi durumunda, uyuşmazlık konusunun istinaf aşamasında da korunması gerekebilir. Hatta bazı durumlarda (ilk derecenin kararından sonra bir tarafın dava konusu hakkında özel bir çabaya girmesi gibi), bu konuda özel bir zorunluk ve somut bir hukukî yarar dahi ortaya çıkabilir. Açıklanan bu sebeplerle, istinaf aşamasında da gerekiyor ve şartlarını taşıyorsa, geçici hukukî koruma talep edilebilir ve bu konuda karar verilebilir.

İstinaf denetimine konu olabilecek geçici hukukî korumalar ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz iken (m. 391/3, 394/5; İİK m. 258/3, 265/5), istisnaî bir durum olmakla birlikte istinaf aşamasında delil tespiti istenebilmelidir. Kural olarak istinaf aşamasında ilk derecede ileri sürülmüş deliller incelenebilir, dolayısıyla zaten delil tespitinin şartı olan, kaybolacak veya ileri sürülmesi zorlaşacak bir delilden (m. 400) söz edilemez. Burada akla gelebilecek en önemli durum, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp de incelenmeyen ya da mücbir bir sebeple o aşamada gösterilmemiş ve ilk defa istinaf aşamasında incelenecek delil bakımından delil tespiti şartlarının oluşmasıdır. İstinaf başvurusu ile incelenmesi arasında ilk derecede dava açılmasıyla tahkikat arasında geçen zaman kadar çok uzun zaman geçmese de, yine de delil tespiti ihtiyacı ortaya çıkabilir. Şüphesiz bu durumda dikkatli olmak ve gerçekten delil tespiti şartları var mı iyi incelemek gerekir.

İlk derecede verilen geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yolu olarak istinaf mümkün olsa da, istinaf aşamasında verilen geçici hukukî koruma kararları, temyiz edilemeyen kararları düzenleyen 362. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi gereğince istinaf aşamasında kesinleşir, kanun yolu olarak temyize başvurulamaz.

Sonuç

İstinaf kanun yolunun kabulü ve uygulamaya geçmesiyle iki dereceli olan yargılama sistemimiz üç dereceli hale gelmiştir. İstinafın niteliği gereği, yapılan inceleme ve verilen kararlar da ilk derece ve temyizden şekil ve içerik olarak farklılıklar göstermektedir. Buradaki temel sorun, istinafta verilecek kararların çok net olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Kararın şekli ve ortaya çıkışı konusunda kanundaki açık düzenleme sebebiyle çok tereddüt bulunmamaktadır (m. 359). Kararların niteliği ve içeriği bakımından ise farklı kanun hükümlerinden doğrudan veya dolaylı olarak yararlanmakla (m. 352, 353) birlikte tam bir açıklık yoktur. Oysa çok daha bilinen temyiz bakımından, örneğin onama ve bozma gibi verilecek kararlar açık şekilde düzenlenmiştir. Buna rağmen, istinafta verilecek kararların türleri ve nitelikleri belirsiz sayılmaz. Gerek kanundaki düzenlemelerden gerekse istinafın niteliğinden hareket ederek verilecek kararları tespit etmek mümkündür.

İstinafta verilecek kararlarda, bir yandan denetim fonksiyonu diğer yandan da gerektiğinde yeniden yargılama yapılması ve karar verilmesi göz önünde tutulmalıdır. Özellikle yeniden yargılama yapıldığında, klasik karar türleri (ara karar, nihaî karar vs.) burada da karşımıza çıkmaktadır. İstinafa özgü olarak verilen kararlar bakımından ise, kanundaki düzenleme ve istinafın niteliği birlikte değerlendirildiğinde, istinaf incelemesinin esasına girmeye bir engel bulunup bulunmadığına ilişkin yapılan ön inceleme sonucu verilen kararlar ile istinaf incelemesinin esasına girildiğinde verilen kararlar şeklinde temel bir ayrım yapılabilir.

İstinafın kabul edilebilirliğine ilişkin ön incelemede verilecek kararlar bakımından, Kanunda "gerekli karar verilir" denilmiş (m. 352), ancak hangi kararların verileceği belirtilmemiştir. Her bir ön inceleme konusuna uygun olarak bir karar verilmesi gerekir. Ön incelemedeki eksiklik ya da yanlışlığa göre, bu karar başvurunun reddi, eksikliğin tamamlanması veya ilgili daireye gönderilmesi şeklinde olabilir.

İstinaf incelemesinin esasına geçildiğinde de farklı kararlar karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada istinaf başvurusunun esasıyla ilgili kararla istinaf incelemesinin dayanağı olan davanın esası hakkındaki

karar birbirine karıştırılmamalıdır. İstinaf başvurusunun esasıyla ilgili her karar, istinafın dayanağı olan davanın esasıyla ilgili karar olmayabilir. İstinaf başvurusunun haksız olduğu, yani ilk derecenin yaptığı yargılama ve verdiği kararın doğru olduğu anlaşılırsa, istinaf başvurusu esastan reddedilir. İlk derece yargılaması veya kararının doğru olmadığı tespit edildiğinde ise, istinaf başvurusunun esasına girilmekle birlikte, başvuruya temel olan davanın (veya işin) esasına girmeden dosyanın ilk dereceye geri gönderilmesi şeklinde bir karar verilebileceği gibi, davanın (işin) esasına girerek ilk derece yerine geçip yeni bir karar vermek de mümkündür. Her iki durumda da istinaf başvurusu kabul edilmektedir. Ancak birincisinde, ilk derecedeki temel eksiklik veya yanlışlıklardan dolayı dosyayı yeniden ele alması, incelemesi ve karar vermesi için dosya geri gönderilmektedir. Burada daha çok temel usûl ve yargılama hataları söz konusudur. İkincisinde ise, ilk derece yerine geçerek bir karar verilmektedir. İlk derecenin yerine geçerek karar verilen hallerin tümü aynı değildir, bu da farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Şayet ilk derecenin hem "yargılamasında" hem de "kararında" yanlışlık varsa, istinaf incelemesi kapsamında ve o sınırlar içinde kalarak yeni bir yargılama yapılarak yeni bir karar verilebilecektir. Bununla birlikte ilk derece yargılamasında gerçek anlamda bir hata olmayıp hukukun olaya uygulanması veya gerekçede eksiklik veya yanlışlık olabilir. Bu durumda, yargılama hatalı olmadığından yeni bir yargılama yapılmaz; ancak ya kararın kendisi veya gerekçesi değiştirilir. Fakat bu da dava hakkında yeni bir karardır.

İstinaf aşamasında karar verilirken kararın gerekçesi istinafın niteliğine uygun olmalı, karar icrasında tereddüt doğurmayacak ve ilk derece kararıyla karışmayacak şekilde verilmelidir. Keza istinaftaki harç ve giderler bakımından kararın doğru bir şekilde verilmesine dikkat edilmelidir.

Yargılamanın her aşamasında taraflar kendi iradeleriyle yargılamayı sonlandırabilirler. Bu çerçevede istinaf aşamasında da, feragat, kabul ya da sulh söz konusu olabilir. Yargılamanın taraf iradesiyle sona erdiği durumlarda, artık yeni bir karar verilmez, tarafların iradesine uygun olarak yargılama sonlandırılır.

İstinaf aşamasında ilk derecede verilen geçici hukukî koruma kararlarının denetimi mümkün olduğu gibi, ilk defa bu aşamada da geçici hukukî koruma kararı verilmesi mümkündür.

SEÇİLMİŞ LİTERATÜR*

Akil C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010; Akkaya T., Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009; Albayrak A., Hukukta İstinaf Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2016; Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S., Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016; Atalı M., Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014; Boran Güneysu N., Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014; Çiftçi M. Ö., Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2016; Doukoff N., Die zivilrechtliche Berufung, 3. Auflage, München 2005; Konuralp H., HUMK Tasarısına Göre İstinaf Derecesi, Tebliğ, II. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003; Kunz O.M./Hoffmann-Nowotny U.H./Stauber D., ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013; Kuru B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016; Kuru B., Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, Makaleler, İstanbul, 2006, s. 317-327; Meraklı Yayla D., Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014; Özekes M., Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, (§ 19) s. 2150 vd.; Özekes M., 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016; Özekes M., Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi -Özellikle İstinaf-, Legal HD, Kasım 2004, s. 3103-3116; Özekes M., Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Temmuz-2007, s. 72 vd.; Özekes M., İstinafla Birlikte Harç Konusunda Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, İzmir Barosu Dergisi, 2017 (Yıl:82)/1, s. 271-284; Özekes M., İstinafın Temyizden Farkları-İstinaf Küçük Temyiz Değildir, İstanbul Anadolu Adliyesi Dergisi, Haziran 2016, S. 9, s. 26-29; Öztek S., Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 104 vd.; Spühler K./Vock

*Burada istinafla ilgili tüm literatüre değil, istinaf kararları bakımından önemli olan ve çalışmada yararlandığımız yerli ve yabancı literatüre yer verilmiştir.

D., Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Auflage, Zürich 2011; Stackmann N., Rechtsbehelfe im Zivilprozess, München 2005; Seiler B., Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013; Tanrıver S., Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara 2016; Umar B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014; Yıldırım M. K., Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000; Yıldırım M. K., Medeni Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, Facultatis Decima Aniversaria, İstanbul 1993, s. 145 vd.; Yılmaz E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I-III, 3. Baskı, Ankara 2017; Yılmaz E., İstinaf, 2. Bası, Ankara 2006.

Sayın Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN:

Sayın Muhammet ÖZEKEShocamıza teşekkür ediyoruz. Şimdi söz Sayın Tolga AKKAYA'nın. Buyurun hocam.

İSTİNAF İNCELEMESİ SONUNDA İLK DERECE KARARININ KALDIRILMASI VE DOSYANIN İLK DERECE MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA*

Giriş

İstinafta ilk derece kararının kaldırılması ve gönderme kararı verilmesine neden olan hâller, yargılamayı ve hükmü etkileyen klasik ve önemli usûl eksiklikleridir (*error in procedendo*).[44] Kural olarak, maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanması (*eror in iudicando*) sebebiyle gönderme kararı verilemez.[45] Bu prensip, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açık şekilde belirtilmiştir. Buna göre, Kanunun (maddi hukuk kurallarını ifade eder) olaya uygulanmasında hata edilmesi halinde, davanın esası hakkında istinaf mahkemesi karar vermelidir (m. 353, I, b, 2). Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi davanın esasıyla ilgili bir hata yapmışsa, bu hatayı bizzat istinaf mahkemesi düzeltmelidir. Bununla beraber bazı hallerde, ilk derece yargılamasındaki veya kararındaki eksikliğin, ilk derece mahkemesi tarafından yeniden tahkikat yapılmasını veya tahkikatın önemli ölçüde tamamlanmasını gerektirecek derecede ağır olması halinde, söz konusu hatanın veya eksikliği düzeltilebilmesi için ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yargılamadaki hatanın giderilmesi veya eksikliğin tamamlanması gerekir. Bu durumda söz konusu hata veya eksikliğin ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesinden hangisi tarafından tamamlanması gerektiği konusunda farklı düzenlemelere sahip hukuk sistemleri bulunmaktadır. Kanımızca Türk hukuku bakımından konuyu düzenleyen HMK m. 353, karşılaştırtmalı

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

[44] Zeiss/Schreiber, s. 272. Usûl hataları, hükmün türü ve hüküm verilirken izlenen yol ile ilgili usûl kurallarını ihlâl eden, hükmün içeriğiyle ilgisi olmayan, esasa ilişkin olmayan usûl hatalarıdır (Rosenberg/Schwab/Gotwald, s. 986).

[45] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 394; Rosenberg/Schwab/Gotwald, s. 986.

hukuktaki düzenlemeler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda aşağıda öncelikle Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde konuya ilişkin düzenlemeler incelenmiş, ardından Türk hukukundaki mevcut düzenleme ve uygulama üzerinde durularak olması gereken hukuk bakımından görüş ve öneriler dile getirilmiştir.

I. Karşılaştırmalı Hukuk

A. Alman Hukuku

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, çağdaş ülkelerin istinaf sistemlerinde de temel usûl hataları söz konusu olduğunda, istinaf mahkemesi kaldırma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekle yetinmektedir.

Alman Hukukunda, istinaf başvurusu haklıysa, istinaf mahkemesi istisnai olarak ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında bizzat karar vermeksizin yeniden yargılama yapılması ve hüküm verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir.[46]

İstinaf mahkemesi ilk derece kararında bir hata tespit ederse, kural olarak, bu kararı kaldırarak davanın esası hakkında vereceği kararla bizzat düzeltmelidir. İlk derece mahkemesi tarafından bütün dava malzemesinin eksiksiz toplanmış olması halinde istinaf mahkemesinin yapacağı denetim sonucunda davanın esası hakkında bizzat karar vermesi uygundur. Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin hüküm için önemli olan uyuşmazlık konularındaki incelemesi yetersizse veya dava konusu talepler hakkında hiç karar verilmemişse, istinaf mahkemesinin davanın esası hakkında bizzat karar vermesi halinde taraflar derece kaybına maruz kalmaktadır.[47]

İlk derece yargılamasında önemli bir usûl hatası yapılmışsa ve bu hata sebebiyle ilk derece mahkemesinde kapsamlı delil ikamesi gerekliyse, istinaf mahkemesi başka bir inceleme yapmadan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir (§ 538, Abs.

[46] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 392; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 2; Çiftçi, 650.
[47] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 392; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 2.

2, Nr. 2 dZPO)[48]. Zira, bu hâllerde istinaf mahkemesinin bizzat karar vermesi tarafların yargılama derecelerinin birinden mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır.[49]

İstinaf mahkemesi tarafından dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi istisnai bir düzenleme olduğundan, ancak kanunda öngörülen belirli şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Bunun için Alman Usûl Kanunun 358'inci maddesinde sayılı sebeplerin gerçekleşmesi ve en azından taraflardan birinin istinaf mahkemesinden bu sebeple dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini talep etmiş olması gerekir.[50] Bu tür sebepler istisna olduğundan, yorum yoluyla genişletilmesinin yanlış olacağı ifade edilmektedir.[51]

İstinaf mahkemesi tarafından ilk derece kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesini gerektiren neden, dava malzemesinin sınırlı olması nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından yeterince tahkikat yapılamamış olmasıdır. Öğretiye göre, bu durum ilk derece mahkemesi tarafından usûl

[48] § 538 dZPO Zurückverweisung: (1) Das Berufungsgericht hat die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden.(2) Das Berufungsgericht darf die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges nur zurückverweisen, 1. soweit das Verfahren im ersten Rechtszuge an einem wesentlichen Mangel leidet und auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist,2.wenn durch das angefochtene Urteil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist, 3.wenn durch das angefochtene Urteil nur über die Zulässigkeit der Klage entschieden ist,4.wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden oder die Klage abgewiesen ist, es sei denn, dass der Streit über den Betrag des Anspruchs zur Entscheidung reif ist,5.wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- oder Wechselprozess unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist, 6.wenn das angefochtene Urteil ein Versäumnisurteil ist oder7.wenn das angefochtene Urteil ein entgegen den Voraussetzungen des § 301 erlassenes Teilurteil istund eine Partei die Zurückverweisung beantragt. Im Fall der Nummer 3 hat das Berufungsgericht sämtliche Rügen zu erledigen. Im Fall der Nummer 7 bedarf es eines Antrags nicht.

[49] Thomas/Putzo, s. 703; Rosenberg/Schwab/Gotwald, s. 986; Schilken, s. 459; Schellhammer, Zivilprozess, s. 509. *Prütting'e* göre tarafların yalnızca bir dereceden mahrum kalmış olmaları dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için tek başına yeterli bir sebep değildir. Zira kanun koyucuya hangi hallerde ilave bir dereceye izin vereceği konusunda takdir hakkı tanınmıştır. İstinaf bakımından önemli olan usûl ekonomisinin gerçekleştirilmesidir. Prütting, ZPO, § 538, Nr. 1-4.

[50] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 393; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 5-6.

[51] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 393; Gilles, Rechtsmittel, s. 93; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 9.

hükümlerinin doğru uygulanmasından kaynaklanabileceği gibi (§ 538, Abs. 2, Satz 1, Nr. 2-6), yargılamanın usûle aykırı olarak yürütülmesinden de kaynaklanabilmektedir (§ 538, Abs. 2, Satz 1, Nr. 1, 7).[52] İlk derece mahkemesi, hüküm verilebilmesi için önemli tüm dava malzemesini incelememişse, tarafların talepleri hakkında esasa ilişkin karar verilmemişse, bu durumda taraflar bakımından bir derece kaybı olmaması için taraflara dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini talep etme imkânı tanınmıştır.[53]

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için sadece 538'inci paragrafta sayılan sebeplerden birinin var olması ve tarafın talepte bulunması yeterli değildir; ayrıca dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi "gerekli" olmalıdır. Uyuşmazlık istinaf mahkemesi tarafından bizzat karar verilebilmesi için gerekli olgunluğa ulaşmışsa veya bizzat istinaf mahkemesi dosyayı karar verilebilecek duruma getirebilecekse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün değildir.[54]

Alman Usûl Kanununa göre, ilk derece kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerektiren nedenlerden biri, ilk derece yargılamasının ağır bir usûl hatasından etkilenmiş olması ve bu nedenle ilk derece mahkemesinde kapsamlı ve ayrıntılı bir delil ikamesinin gerekli olmasıdır. Kapsamlı delil ikamesinden söz edilebilmesi için çok sayıda delilin toplanması gerekliyken, ayrıntılı delil incelemesinden kasıt ise delil incelemesinin tek duruşmada tamamlanamayacak olmasıdır.[55] Maddi hukukunun uygulanması konusunda önemli bir hata yapılmış olması bu kapsamda değerlendirilmemektedir.[56]

Nelerin önemli usûl hatası olduğu Alman Usûl Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş, bu konuda istinaf mahkemesine takdir hakkı tanınmıştır. İstinaf mahkemelerinin ve Federal Mahkemenin içtihat-

[52] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 393; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 10.
[53] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 5.
[54] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 393; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 8; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 4.
[55] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 395; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 15-16.
[56] Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 7.

larına göre, mahkemelerin yanlış oluşması, hükmün hatalı veya eksik tefhim edilmesi, delil ikamesinde aleniyet ilkesine uyulmaması, taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanınmamış olması, delil ikamesi için kısa süre verilmesi, ikrar varmış gibi karar verilmesi, açıklama yükümlülüğünün ihlâli, geçerli delil taleplerinin dikkate alınmaması, tanıkların ve tarafların tam olarak dinlenmemesi, re'sen dikkate alınması gereken delillerin gözden kaçırılması temel usûl hatalarıdır ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerektirir.[57]

Prütting'e ve *Muesialeka/Voit'e* göre, önemli usûl hataları çoğunlukla, davanın maddi anlamda yürütülmesine ilişkin kuralların ihlal edilmesi, hak düşürücü normlara aykırı işlem yapılması ve delil kurallarına uyulmamış olması durumlarında ortaya çıkmaktadır.[58] *Prütting* tarafından mahkeme kararlarından verilen örneklere göre, delil ikamesinin ve değerlendirmesinin eksik olması, tarafların taleplerinin doğru anlaşılmamış olması, sunulan bir delilin dikkate alınmaması, gerekli olmasına rağmen bilirkişiden rapor alınmamış olması, trafik kazasına ilişkin belgeler ve tutanaklar dosyaya alınmadan karar verilmiş olması, mahkeme tarafından bilirkişiden rapor alınması gerekli olmasına rağmen sadece taraflardan birinin sunduğu uzman görüşüne dayanılarak karar verilmiş olması, usûlüne uygun olarak bildirilmiş olan tanıkların dinlenmemiş olması, tarafların dinlenmemiş olması, tanıkları mahkemede ayrıca dinlemeden sadece ceza yargılamasındaki beyanlarını dikkate alarak karar verilmiş olması, delillerin incelenmesinde doğrudanlık ilkesinin ihlal edilmesi gibi usûl hataları önemli usûl hatası kabul edilmektedir.[59]

Alman Hukukunda, sadece önemli usûl hatalarının bulunması hâlinde değil, gönderme kararını düzenleyen 538'inci paragrafın 2-6'ncı bentlerinde belirtilen diğer usûli sebeplerin gerçekleşmesi durumunda da dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Önemli usûli eksiklikler sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, usûl kurallarına aykırılıktan kaynaklanır. Oysa 538'inci paragrafın 2-

[57] Rosenberg/Schwab/Gotwald, s. 986 vd.; Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 394; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 11.Diğer örnekler için bkz. Karaaslan, s. 223; Çiftçi, s. 651 vd.
[58] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 12; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 11.
[59] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 12.

6'ncı bentlerinde sayılan durumlarda, ilk derece mahkemesi usûl kurallarını ihlâl etmez, tam aksine usûl kurallarına uygun hareket eder; ancak, ilk derece mahkemesinin kararı, niteliği gereği tam ve kapsamlı bir yargılama yapılmasını engellediği için dosya yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilir.

Bu kapsamda Alman Usûl Kanunda gönderme kararı verilebilmesi için gerekli ve yeterli görülen şartlar sayıca fazla olmakla birlikte Türk hukuku bakımından örnek teşkil edebilecekleri aşağıdaki gibi kısaca özetlemek mümkündür. İlk derece mahkemesi, bir itiraz hakkında caiz olmadığı gerekçesiyle ret kararı vermişse ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilebilir (§ 538, Abs. 2, Satz 1, Nr. 2). İlk derece mahkemesi sadece davanın caiz olup olmadığı (kabule şayan olup olmadığı) konusunda bir karar vermişse (§ 538, Abs. 2, Satz 1, Nr. 3), örneğin dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddine karar vermişse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkündür. Bununla beraber, davanın görülebilmesi için varlığı gerekli usûle ilişkin şartlardan (caizlik şartlarından) biri eksik olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi davanın esası hakkında tahkikatı tamamlamış ve karar vermişse, bu durumda dava malzemesi ilk derece mahkemesi tarafından eksiksiz toplandığı için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilemeyeceği kabul edilmektedir.[60]

Esasa ilişkin tahkikat eksik olsa dahi ilk derece mahkemesi esasa ilişkin bir kararla davanın reddine karar vermişse, örneğin, zamanaşımı süresinin dolması veya alacağın muaccel olmaması veya taraf sıfatının bulunmaması nedeniyle ilk derece mahkemesi davayı reddetmişse, istinaf mahkemesi aksi kanaatte olmasına rağmen dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar veremez.[61]

İlk derece mahkemesi caizlik şartları dışında usûle ilişkin başka bir nedenle davanın esası hakkında karar vermemişse, örneğin usûle aykırı olarak ve bir yanılgı sonucunda tarafların sulh olduğu veya taraflardan birinin davayı kabul ettiği gerekçesiyle karar vermişse, § 538, Abs. 2, Satz 1, Nr. 3 hükmünün kıyas yoluyla uygulanabileceği ve

[60] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 395; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 22
[61] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 23; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 23.

bu nedenle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği kabul edilmektedir.[62]

Dosyanın 538'inci paragrafın 1-6'ncı bentlerinde sayılan sebeplere dayanarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilebilmesi için en azından taraflardan birinin bu yönde talepte bulunması gerekir. Sadece usûle aykırı olarak kısmi hüküm verilmiş olması halinde tarafın talebi aranmamaktadır. Eğer her iki taraf da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinden feragat ederse, istinaf mahkemesi uyuşmazlığın esası hakkında kendisi karar vermelidir.[63]

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için gerekli sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, istinaf mahkemesi gönderme kararı vermek zorunda değildir. Bu konuda, kanunun aradığı koşullara bağlı olarak istinaf mahkemesine takdir hakkı tanınmıştır. İstinaf mahkemesi, yargılamanın uzaması, yargılama giderlerinin artması gibi tarafların menfaatlerini etkileyen unsurları, başka bir deyişle usûl ekonomisini dikkate alarak ve menfaatler dengesini gözeterek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceğine karar vermelidir. Dosya davanın esası hakkında hüküm verilebilmesi için yeterli şartlara sahip olduğu ölçüde, istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemeli ve davanın esası hakkında bizzat karar vermelidir. Her iki tarafın da kabul etmesi halinde istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinde yarım kalan tahkikatı bizzat tamamlayarak esas hakkında yeni bir karar verebilir.[64]

Gönderme kararı verilecek durumların değerlendirilmesinde, dava malzemesinin toplanması ve delil ikamesinin ilk derece mahkemesinin görevi olduğu şeklinde bir genellemeden hareket etmek mümkün değildir. Önemli olan, usûl ekonomisini gerçekleştirecek şekilde karar almaktır. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yargılamayı uzatacaksa, daha fazla masraf yapılmasına yol açacaksa gönderme kararı verilmemeli, tahkikatı bizzat istinaf mahkemesi

[62] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 24; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 22.
[63] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 397; Zeiss/Schreiber, s. 272; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 7, 10; Karaaslan, s. 224.
[64] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 398; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 16, 36.

tamamlamalıdır. Dosya içeriği itibariyle hüküm vermeye elverişli olgunluğa ulaşmışsa veya buna yakınsa, istinaf mahkemesi tahkikatı bizzat tamamlayarak karar vermelidir.[65]

İstinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebilmesi için öncelikle ilk derece kararının kaldırılmasına karar vermesi gerekir. Gönderme kararı verilmesini gerektiren usûl hatası kararı kısmen etkilemekteyse bu durumda ilk derece kararının kısmen kaldırılmasına karar verilebilir. Örneğin, gönderme kararı verilmesini gerektiren sebep dava konularından (objektif dava birleşmesi) veya dava arkadaşlarından (sübjektif dava birleşmesi) sadece biri için geçerliyse veya yargılamanın sadece bir bölümüne ilişkinse, ilk derece kararı kısmen kaldırılarak kısmi gönderme kararı verilebilir[66]. İlk derece mahkemesi kararının kısmen kaldırılması halinde bunun kapsamının açık ve net şekilde belirlenmesine, ilk derece mahkemesinde bundan sonra yapılacak tahkikatın ve kararın kapsamı bakımından dikkat edilmelidir. İstinaf mahkemesinin kararının sonuç kısmının açık olmaması durumunda ise kararın gerekçesi dikkate alınarak gönderme kararının kapsamı belirlenmelidir.[67]

İlk derece mahkemesi, temyizde olduğu gibi (563, Abs. 2 dZPO), istinaf mahkemesinin gönderme kararındaki görüşleriyle bağlıdır. Başka bir deyişle gönderme kararına direnemez veya bu kararın dışına çıkarak yargılama yapamaz.[68] İstinaf mahkemesinin gönderme kararı hem usûle hem de esasa ilişkin olarak hüküm için önemli olan konular bakımından ve hükme etki ettiği ölçüde bağlayıcıdır. Hükme esas alınacak dava malzemesinde veya yüksek mahkemenin içtihatlarında bir değişiklik olursa, bağlayıcılık ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, istinaf mahkemesinin kararı dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte, kesin hüküm benzeri bir etki yaratarak sadece dosya kendisine gönderilen mahkemeyi ve somut olayla sınırlı olarak bağlamaktadır. Hatta istinaf mahkemesinin kararı, hukuki sorun hakkındaki baskın görüşe veya Federal

[65] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 36.
[66] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 398; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 16, 37.
[67] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 37.
[68] Zeiss/Schreiber, s. 272; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 40.

Mahkemenin içtihatlarına aykırı olsa dahi, ilk derece mahkemesi için bağlayıcıdır.[69] İlk derece mahkemesinin tahkikatı tamamlayarak vereceği karara karşı yeniden istinafa başvurulması ve dosyanın istinaf mahkemesinin önüne gelmesi durumunda, bu kez istinaf mahkemesi, daha önce vermiş olduğu gönderme kararındaki hukuki görüşleriyle bağlıdır.[70]

Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, hukuki uyuşmazlık hakkında gönderme kararını dikkate alarak yeniden inceleme yapar. Bu inceleme davanın yeniden ve baştan itibaren görülmesi şeklinde değil, daha önceki yargılamanın eksikliklerinin tamamlanması şeklinde yapılır. Daha önce taraflarca yapılan usûl işlemleri geçerli kalmaya devam eder. Örneğin, tarafın duruşma sırasındaki ikrarı geçerliliğini korur. Yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesine ilişkin olarak istinaf derecesinde var olan yasak, artık ilk derece mahkemesinde geçerli olmadığından, bunların ileri sürülebilmesine ilişkin ilk derece yargılamasında geçerli olan genel hükümler uygulanır. İlk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin ilk derece kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararını kapsamı dışında kalan hususlar kesin hüküm teşkil edeceğinden bununla bağlıdır. Ayrıca aleyhe karar verme yasağı da bu kapsamda ilk derece mahkemesinin vereceği kararın sınırını oluşturmaktadır.[71]

B. Avusturya Hukuku

Avusturya Hukukunda da istinaf mahkemesi, kural olarak yargılamadaki eksikliği kendisi tamamlamalı ve uyuşmazlığın esası hakkında kendisi karar vermelidir. Ancak, kanunda öngörülen belirli şartların gerçekleşmesi halinde istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir. İlk derece yargılamasını etkileyen önemli ve temel usûl

[69] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 40.
[70] Prütting, ZPO, § 538, Nr. 41; Musielak/Voit, ZPO, § 538, Nr. 38.
[71] Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 400; Prütting, ZPO, § 538, Nr. 39-40.

hataları söz konusu olduğunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.[72]

Avusturya Usûl Kanunu'nun 477'nci paragrafında sayılan mutlak istinaf sebeplerinde (*Nichtigkeitsgründe*), ilk derece kararının kaldırılması sebebiyle yeniden yargılama yapılması gerekliyse, istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderir (§ 478, Abs. 2 öZPO). Zira, mutlak istinaf sebebinden etkilenen ilk derece hükmü ve tüm yargılama hükümsüz hale gelir.[73]

Avusturya Usûl Kanunu'nun 496'ncı paragrafına göre,[74] ilk derece mahkemesi esasa ilişkin tüm talepler hakkında karar vermemişse; ilk derece yargılamasında uyuşmazlıkla ilgili tüketici ve nihai şekilde inceleme ve değerlendirme yapılmasını engelleyen önemli bir usûli eksiklik varsa; istinaf mahkemesine göre dosya münderecatından önemli olduğu anlaşılan vakıalar hakkında ilk derece yargılamasında inceleme ve değerlendirme yapılmamışsa; istinaf mahkemesi kural olarak tahkikatı bizzat tamamlamakla ve uyuşmazlığı bizzat çözmekle yükümlüdür.[75] Bununla beraber, istinaf mahkemesince

---

[72] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 190; Bu ilkeye ve açık kanun hükmüne rağmen istinaf mahkemelerinin uygulamada aksi çözümü benimsemesi eleştirilmektedir. İstinaf mahkemelerinin, iş yoğunluğu sebebiyle, özellikle delil ikamesinden ve delillerin tamamlanmasından kaçınmak amacıyla sık sık ilk derece kararını iptal ederek gönderme kararı verdikleri tespit edilmiştir. İstinaf mahkemelerinin bu tutumu hakların gerçekleştirilmesini önemli ölçüde zorlaştırdığı, pahalılaştırdığı ve geciktirdiği için eleştirilmektedir. Bkz. Fasching, Lehrbuch, s. 915.

[73] Fasching, Lehrbuch, s. 916.

[74] § 496 öZPO: (1) Die Sache ist vom Berufungsgerichte an das Processgericht erster Instanz zur Verhandlung und Urtheilsfällung zurückzuweisen, wenn, ohne dass dadurch eine Nichtigkeit begründet wäre:1.die Sachanträge durch das angefochtene Endurtheil nicht vollständig erledigt wurden; 2. das Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängeln leidet, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten; 3.nach Inhalt der Processacten dem Berufungsgerichte erheblich scheinende Thatsachen in erster Instanz gar nicht erörtert wurden. (2) Das Verfahren vor dem Processgerichte hat sich im Falle der Z 1 auf die unerledigt gebliebenen Ansprüche und Anträge, im Falle der Z 2 auf die durch den Mangel betroffenen Theile des erstrichterlichen Verfahrens und Urtheiles zu beschränken. (3) Statt der Zurückweisung hat das Berufungsgericht die in erster Instanz gepflogene Verhandlung, soweit erforderlich, zu ergänzen und durch Urteil in der Sache selbst zu erkennen, wenn nicht anzunehmen ist, daß dadurch im Vergleich zur Zurückweisung die Erledigung verzögert oder ein erheblicher Mehraufwand an Kosten verursacht würde.

[75] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 190.

tahkikatın tamamlanması, ilk derece mahkemesi tarafından tamamlanmasına nazaran daha fazla gidere neden olacaksa ve yargılamayı daha fazla uzatacaksa,[76] dosya tahkikatın tamamlanması ve yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

Kanuna göre, ilk derece mahkemesi esasa ilişkin tüm talepler hakkında nihai karar vermemişse istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırır ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderir.[77] Davacının birden fazla asli talebi varsa ve ilk derece mahkemesi bu taleplerden biri veya birkaçı hakkında karar vermemişse, bu durumda esasa ilişkin taleplerin tümü hakkında karar verilmediği kabul edilmektedir. Örneğin, davacı belirli bir sebeple boşanma talep etmiş olmasına rağmen, mahkeme bu boşanma sebebi hakkında değerlendirme yapmadan boşanmaya karar vermişse veya haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasında, mahkeme sadece manevi tazminata hükmetmiş ancak tedavi giderlerinden kaynaklanan maddi tazminat talebi hakkında bir karar vermemişse, esasa ilişkin talepler hakkında karar verilmemiş sayılmaktadır. Söz konusu eksiklik ilk derece mahkemesinin somut uyuşmazlık hakkında maddi hukuka ilişkin hukuki değerlendirmesinin hatalı olmasından da kaynaklanabilir. Örneğin, mahkeme boşanmaya karar vermiş olmasına rağmen, tarafların sulh oldukları düşüncesiyle nafakaya hükmetmemişse, yanlış hukuki değerlendirme nedeniyle nafaka talebi hakkında karar verilmemiş sayılmaktadır.[78] İstinaf mahkemesinin hakkında karar verilmeyen talebi dikkate alabilmesi ve gönderme kararı verebilmesi için taraf bu durumu istinaf dilekçesinde

[76] Belirtmeliyiz ki 477'nci paragraftaki "mutlak istinaf sebeplerine" dayanan iptal kararı ile 496'ncı paragraftaki sebeplere dayanan iptal kararının sonuçları birbirinden farklıdır. Mutlak istinaf sebebine dayanarak ilk derece kararı kaldırılırsa, mahkeme kararıyla birlikte tüm ilk derece yargılaması hükümsüz hale gelir ve bu yargılamanın sonuçları artık yeniden yapılan yargılamada dikkate alınamaz. Ancak, 496'ncı paragraftaki sebeplere dayanarak ilk derece kararı kaldırılırsa, kaldırılan hüküm geçersiz olmasına rağmen, bu karara dayanak olan yargılama ve işlemler geçerlidir. Tamamlayıcı tahkikatta, sadece istinaf mahkemesi tarafından hatalı bulunan usûl işlemleri dikkate alınmaz. Bkz. Fasching, Lehrbuch, s. 916-917.

[77] Avusturya hukukunda, kanundaki nihai karar teriminin dar ve teknik anlamda kullanılmadığı, bu nedenle kısmi hüküm, ara karar ve ek karar bakımından da bu hükmün geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 191.

[78] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 192.

ileri sürmelidir.[79] İstinaf mahkemesi başvurunun haklı olduğunu tespit ederse her halükarda ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmak (iptal etmek) zorunda değildir. Bu durumda istinaf mahkemesi duruma göre daha önce hükme bağlanmayan talep hakkında kendisi karar verebileceği gibi, karar verilebilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine de gönderebilir.[80]

Esasa ilişkin taleplerin tümü hakkında karar verilmemesi durumunda her halükarda dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemektedir. Örneğin, ilk derece mahkemesi asıl alacak hakkında karar vermiş olmasına rağmen, bileşik faiz talebi konusunda karar vermemişse, dosya karar vermeye yetecek derecede tamamlanmışsa, istinaf mahkemesi faiz talebi hakkında bizzat karar verebilir.[81]

İstinaf mahkemesi tarafından ilk derece kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi gereken diğer bir hâl, uyuşmazlıkla ilgili tüketici ve nihai şekilde inceleme ve değerlendirme yapılmasını engelleyen önemli bir usûli eksiklik bulunmasıdır. Usûle ilişkin önemli eksiklik ile kastedilen, mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirilemeyen ancak yanlış hüküm verilmesine neden olan usûle aykırılıklardır. *Fasching'e* göre, bu bağlamda üç tip usûl hatası söz konusu olabilir. Bunlardan biri taraf ve mahkeme usûl işlemlerinin şekil kurallarına aykırı yapılmasıdır. Ancak şekle aykırılık nadiren yanlış karar verilmesine neden olduğundan bu koşul istisnai olarak gerçekleşmektedir. Önemli usûle aykırılıklardan biri, taraf ve mahkeme usûl işlemleri için gerekli geçerlilik şartlarına uyulmadan işlem yapılmış olmasıdır. Genel dava şartlarına aykırılık mutlak istinaf sebebi kabul edildiğinden bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Burada kastedilen daha ziyade belirli yargılama usûlleri veya belirli yargılama aşamaları için aranan şartlara aykırı işlem yapılması veya belirli usûl işlemlerinin hatalı olmasıdır. Örneğin, şartları gerçekleşmemiş olmasına rağmen fer'i müdahaleye izin verilmesi, taraflara süre verilmesi gibi işlemlerin usûle aykırı olması bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bir başka hâl ise dava malzemesinin

[79] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 193.
[80] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 201.
[81] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 194.

toplanmasına ilişkin usûl hatalarının yapılmasıdır. Örneğin, hâkimin davayı aydınlatma ödevini gereği gibi ifa etmemesi, ibraz edilen delilleri usûle aykırı olarak dikkate almadan karar vermesi veya taraflara veya tanıklara soru sorulmasına izin vermemesi dava malzemesinin eksik toplanmasına neden olan usûl hatalarıdır.[82]

İstinaf mahkemesi, gönderme kararı verilmesini gereken usûl hatalarını, ancak tarafların ileri sürmesi ve yukarıda açıkladığımız üzere önemli bir usûl hatası sayılabilmesi halinde dikkate alabilir. İstinafa başvuran taraf dilekçesinde söz konusu usûl hatasının önemli olduğunu ve ilk derece kararının bu nedenle hatalı olduğunu ileri sürmelidir.[83] İstinaf mahkemesi, tarafın başvurusunu haklı bulursa, her halükarda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermeli ve söz konusu usûli eksikliğin giderilmesini sağlamalıdır. İstinaf mahkemesi, duruma göre eksikliği kendisi tamamlayabileceği gibi dosyayı ilk derece mahkemesine de gönderebilir.[84]

İstinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesinde gönderebileceği son hâl, istinaf mahkemesine göre dosya münderecatından önemli olduğu anlaşılan vakıalar hakkında ilk derece mahkemesinde inceleme ve değerlendirme yapılmamış olmasıdır. Burada dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin sebebi, bir usûl hatası değil, ilk derece mahkemesinin hukuki değerlendirmesinin ve nitelendirmesinin yanlış olması nedeniyle hüküm için önemli olan vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılmamış olmasıdır. Burada vakıa tespitindeki eksiklik, delillerin yanlış değerlendirilmesinden değil, hukuki değerlendirmenin yanlış olmasından kaynaklanmaktadır. İlk derece mahkemesi bazı vakıa tespitlerini hükmüne esas almış olmakla birlikte bu vakıa tespitlerinin doğru olmadığı iddia edilmekteyse, istinafa başvuran taraf bu taktirde ilk derece mahkemesinin delilleri inceleme ve değerlendirmesine yönelik itirazlarını ileri sürmelidir. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitindeki eksiklik veya hata, hukuki değerlendirmenin yanlış olmasından

[82] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 195. Öğretide usûl hatalarının tamamını kapsayacak şekilde bir sınıflandırma yapılmasının imkansız olduğu ileri sürülmüştür.
[83] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 196.
[84] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 201.

kaynaklanmaktaysa ve bu durum ilk derece yargılamasında taraflarca mahkemeye sunulan ve dava dosyasında yer alan dava malzemesinden anlaşılabilmekteyse, istinaf mahkemesi taraflarca ileri sürülmese dahi bu durumu kendiliğinden dikkate almalıdır. Oysaki delil değerlendirmesinin yanlış olduğu iddiasıyla ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine karşı koymak isteyen taraf, istinaf dilekçesinde hangi ispat aracından hangi sonucun çıkarılması gerektiğini istinaf dilekçesinde somut olarak ortaya koymalıdır.[85] İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin hukuki değerlendirmesinin yanlış olması nedeniyle vakıa tespitlerinin eksik olduğu sonucuna varırsa, ilk derece kararının kaldırılmasına ve eksik olan hususlarla sınırlı olarak yargılamanın tamamlanmasına karar vermelidir.[86]

İstinaf mahkemesi tarafından yukarıda sayılan sebeplerle ilk derece mahkemesinin kaldırılması halinde, kaldırma kararının kapsamıyla sınırlı olmak kaydıyla ilk derece mahkemesinde nihai karar verilmeden önceki duruma geri dönüldüğünden, bu bağlamda kalan talepler veya yargılama aşamaları bakımından ilk derece mahkemesinde geçerli olan usûl kuralları geçerlidir. Örneğin ilk derece mahkemesi tarafından henüz karara bağlanmamış bir talep olması nedeniyle dosya ilk derece mahkemesine gönderilmişse, bu taleple sınırlı olmak kaydıyla taraflar ilk derece yargılamasında geçerli usûl hükümlerine uymak kaydıyla yeni iddia ve savunmalar ileri sürebilirler.[87]

Yukarıda da açıkladığımız üzere istinaf kural olarak düzeltici (reformatorisch) nitelikte kanun yolu olduğundan, istinaf mahkemesi vakıa tespitlerine ilişkin eksikleri bizzat tamamlamalıdır. Burada, gönderme kararı bakımından, ilk derece mahkemesindeki eksikliğin kapsamı ölçüt olarak dikkate alınmaktadır. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitleri, kararı veya delil incelemesine ilişkin hata veya eksiklikleri sadece belirli noktalarla sınırlıysa, bu durumda istinaf mahkemesi eksikliği bizzat gidermelidir. Buna karşılık vakıa tespitleri, karar ve delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi bakımından büyük

[85] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 198-199; Rechberger/Kodek, s. ...
[86] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 201.
[87] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 201.

ölçüde eksiklik bulunmaktaysa, istinaf mahkemesi eksikliğin tamamlanması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir.[88]

Avusturya Usûl Kanunu'nun 496'ncı paragrafında sayılan istinaf sebepleri bakımından, tahkikatı ilk derece veya istinaf mahkemesinin tamamlaması arasında nitelik ve içerik yönünden farklılık görülmemiş, daha ziyade yargılama süresi ve giderler gibi pratik ihtiyaçlara göre tercih yapılmıştır. Alman Hukukunda ise gönderme kararı verilmesi gereken durumlar mümkün olduğunca sınırlandırılmış ve bu tür istinaf sebeplerinde tahkikatın mutlaka ilk derece mahkemesi tarafından tamamlanmasını öngörmüştür.

C. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda, istinaf mahkemesince karar verilmesi gereken konuyu ilk derece mahkemesi henüz incelememişse veya usûli sebeplere dayanarak haksız bir ret kararı vermişse, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. İlk derece mahkemesi gönderme kararıyla bağlıdır.[89]

İsviçre hukukunda istinaf incelemesi sonucunda dosyanın yeniden inceleme yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken haller, İsviçre Usûl Kanununun 318'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, istinaf mahkemesi üç şekilde karar verebilir: İstinaf mahkemesi ilk derece kararını onayabilir, ilk derece kararını kaldırarak davanın esası hakkında yeni bir karar verebilir veya ilk derece kararını kaldırarak dava dosyasını esas hakkında yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderebilir.[90] Davanın önemli bir bölümü hakkında ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirme yapılmamışsa veya dava malzemesinin önemli bir bölümü eksik olduğundan tamamlanması gerekliyse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir.[91]

---

[88] Pimmer in Fasching, Kommentar, Band 4, s. 203.
[89] Guldener, s. 487.
[90] Seiler, s. 651.
[91] Art 318 sZPO Entscheid "[1] Die Rechtsmittelinstanz kann: a.den angefochtenen Entscheid bestätigen; b. neu entscheiden; oder c.die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn: 1. ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, oder 2. der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.[2] Die

Öğretiye göre, 318'inci madde, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanımıştır.[92] İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdıktan sonra dosyanın esası hakkında bizzat karar verebileceği gibi, dosyanın yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine de karar verebilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için gerekli şartlar oluşmuş olsa dahi istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırarak davanın esası hakkında bizzat karar verebilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için tarafın bu yönde talepte bulunması şart değildir. Öğretiye göre, istinaf esasen düzeltici (reformatorisch) bir kanun yolu olduğundan, istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekte tereddüt etmesi halinde, somut olayda davanın esası hakkında yeni bir karar verilmesi gereken durumlarda, dosyanın esası hakkında bizzat karar vermesi daha uygundur.[93]

İstinaf mahkemesinin davanın esası hakkında bizzat karar vermesi ile dosyayı yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi arasında usûl hukuku bakımından usûl ekonomisi ilkesi ile tarafların dereceli yargı hakkının korunması arasında bir tercih yapılması gereklidir. Öğretiye göre, kanun koyucunun bakış açısı daha ziyade usûl ekonomisini gerçekleştirmekten yanadır. Buna göre, ilk derece kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi istisnai olarak başvurulan bir seçenek olmalıdır.[94]

Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung.[3] Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens.

[92] Belirtmek gerekir ki bu takdir yetkisi 318'inci maddenin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve koşulların mevcut olması halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda geçerlidir. Buna karşılık, 318'inci madde kapsamı dışında kalan hallerde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda istinaf mahkemesinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 32-33.

[93] Seiler, s. 655 vd.; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 172.

[94] Seiler, s. 657; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 29; Oberhammer/Domej/Haas, s. 1370; Kunz/Hoffman Nowotny/Stauber, s. 172.

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yoluna sıkça başvurulması, yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olacaktır.[95]

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararında önemli eksiklikler olması halinde davanın esası hakkında bizzat karar verip vermeme konusunda takdir hakkına sahip ise de 318'inci maddenin gönderme kararı verilebilmesi için gerekli şartları oluştuğunda dahi dosyanın ilk derece mahkemesinde gönderilmesi konusunda ihtiyatlı davranmalıdır. Zira uygulamadaki tecrübelere göre, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yargılamanın önemli derecede uzamasına neden olmaktadır. İstinaf mahkemesi, somut olayda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin tüm sonuçlarını değerlendirerek bir karar vermelidir. Örneğin, ilk derece mahkemesinde yürütülen yargılamada pek önemli bir eksiklik yok ve maddi hukukun uygulanmasına ilişkin bir sorun bulunmaktaysa, istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyerek davanın esası hakkında bizzat karar vermelidir. İlk derece mahkemesinin dava konusunun küçük bir bölümü hakkında karar vermemiş olması veya dava malzemesinin küçük bir bölümünün toplanmamış veya eksik kalmış olması halinde; örneğin, sadece bir tanığın dinlenmesi gerekli ise istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden, eksikliği bizzat tamamlayarak davanın esası hakkında yeniden karar vermelidir. Zaten bu son iki durumda 318'inci maddenin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için aradığı şartlar da gerçekleşmemiştir.[96]

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin amacı, önemli maddi ve hukuki sorunlar konusunda tarafların ilk derece yargı hakkından mahrum kalmasını önlemektir. Öğretiye göre, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, ilk derece mahkemesine yönelik yaptırım niteliğinde bir karar değildir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından fer'i konularda karar verilmemesi veya istinaf mahkemesi tarafından kapsamlı bir tahkikat yapılmadan davanın esası hakkında karar verilebilecek olması durumunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemelidir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin

[95] Oberhammer/Domej/Haas, s. 1370.
[96] Seiler, s. 657-658.

basit usûl hataları mevcut olduğunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemeli ve istinaf mahkemesi bu eksikliği bizzat tamamlamalıdır.[97]

Öğretiye göre, her iki taraf da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmemesi ve istinaf mahkemesinin esas hakkında bizzat karar vermesini talep ederse istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermemelidir. Kuşkusuz bu durumda dahi istinaf mahkemesi tarafların talepleri ve anlaşmaları ile bağlı değildir.[98]

Objektif dava birleşmesinin mevcut olduğu durumlarda, ilk derece mahkemesi kararına konu olan taleplerden sadece biri veya bir bölümü hüküm verilebilmesi için yeterli olmasına rağmen, diğer talepler hakkında karar verilebilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekliyse, istinaf mahkemesi sadece bu talepler bakımından kısmi bir gönderme kararı verebilmektedir.[99]

Boşanma davasında ise boşanma kararının bütünlüğü ilkesi geçerli olduğundan, boşanma kararı veren ilk derece mahkemesi, hukuki güvenlik ilkesi gereğince hem boşanma hem de boşanmanın sonuçları konusunda birlikte karar vermelidir. Bununla beraber mal rejimine ilişkin uyuşmazlığın karmaşık ve kapsamlı olması halinde bu konuda ayrı bir yargılama yapılması ve ayrıca karar verilmesi mümkündür. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinde reddedilen boşanma davasının kabulü gerektiği sonucuna varırsa, boşanma kararının bütünlüğü ilkesini dikkate almalıdır. Bu durumda, aksi kanaatte olan istinaf mahkemesi, ilk derece kararını kaldırarak boşanma ve fer'i sonuçları konusunda karar vermek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir. İlk derece mahkemesi boşanma kararı vermiş olmasına rağmen boşanmanın fer'i sonuçları konusunda hüküm kurmamışsa, istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırarak

[97] Seiler, s. 658.
[98] Seiler, s. 659; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 29.
[99] Seiler, s. 659; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 30; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 172-173.

boşanmanın fer'i sonuçları konusunda da karar verilmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir.[100]

İstinaf mahkemesi tarafından m. 318'e göre dosyanın yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin düzenleme bir istisna hükmü olarak kabul edildiğinden, somut olayda dar yorumlanması gerektiği ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken hallerin kanunda sınırlı olarak sayıldığı kabul edilmektedir. Çağdaş öğretide şekilcilik ilkesinden kaçınılması gerektiği ileri sürülmektedir.[101] Yukarıda da açıkladığımız üzere, istinaf niteliği itibariyle düzeltici nitelikte kanun yolu olduğundan, dosya istisnai hallerde ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken hallerden biri, davanın önemli bir kısmı hakkında ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirme yapılmamış olmasıdır (Art. 318, Abs. 1, Bst. c). Bu hükme göre, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin amacı, hüküm kurulmayan talepler hakkındaki eksikliğin ilk derece mahkemesi tarafından tamamlanmasını sağlamaktır. Bu koşul gerçekleştiğinde, çoğu zaman istinaf mahkemesi delil ikamesine de işaret etmektedir. Bu hüküm ile tarafların ilk derece yargı hakkı korunmaktadır. İlk derece mahkemesinin değerlendirmediği ve karara bağlamadığı hususlarda, üst mahkemenin değerlendirme ve denetim yapamayacağı kabul edilmektedir.[102]

Davanın önemli bir bölümü hakkında değerlendirme yapılmadığının kabul edilebilmesi için istinaf mahkemesi tarafından esasa ilişkin bir sorun hakkında ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirme yapılmadığının tespit edilmesi gereklidir. Örneğin, ilk derece mahkemesi dava şartının eksik olması nedeniyle davanın usûlden reddine karar vermişse; aktif veya pasif sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermiş ve bu nedenle davanın esasına ilişkin diğer konuları değerlendirmemişse; zaman aşımı veya hak düşürücü

[100] Seiler, s. 660; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 30.
[101] Seiler, s. 661 vd.; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 29.
[102] Seiler, s. 662 vd.

sürenin sona ermiş olması nedeniyle davanın reddine karar vermiş ve davanın esasına ilişkin diğer hususları değerlendirmemişse; tarafların diğer talepleri hakkında karar vermemişse; belirsiz alacak davası, davacının nihai talep sonucunu belirlemesini sağlayabilmesi için gerekli delil incelemesi yapılmaksızın hukuka aykırı olarak reddedilmişse ve tüm bu konularda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinden farklı bir kanaate sahipse, davanın önemli bir bölümü hakkında ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirme yapılmadığı kabul edilmektedir.[103]

Sadece uyuşmazlık değeri esas alınarak bir sonuca varılmamalıdır. Buna göre, hakkında karar verilmeyen bölümün değeri veya miktarı tek başına belirleyici değildir. Burada daha ziyade dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde oluşacak yargılama giderleri ve zaman kaybı dikkate alınmalıdır. Eğer yapılacak masrafa ve zaman kaybına değmeyecek bir eksiklik söz konusuysa, tarafların bir dereceden mahrum kalması mazur görülebilir.

İlk derece mahkemesinin değerlendirmediği ve karara bağlamadığı konuların fer'i nitelikte olması, başka bir deyişle önemsiz olması halinde, örneğin bir alacak davasında asıl alacak hakkında karar verilmesine rağmen faiz konusunda karar verilmemişse, gönderme kararı verilemeyeceği kabul edilmektedir.[104]

Gönderme kararı verilmesi gereken diğer bir durum, ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilen vakıaların önemli ölçüde eksik olmasıdır (Art. 318, Abs. 1, Bst. c, Ziff. 2). Hüküm verilebilmesi için gerekli ispat araçlarının eksik olduğu anlaşılmaktaysa, ilk derece mahkemesinde toplanan deliller yetersizse veya hukuka aykırı olarak delil ikamesine izin verilmemişse, vakıa tespitlerinin önemli bir bölümün eksik olduğu kabul edilmektedir. Bu hallerden biri gerçekleşmişse, ilk derece kararının kaldırılmasına ve delillerin toplanması veya incelenmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilebilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi için delillerin toplanması ve incelenmesi konusunda

[103] Seiler, s. 663-664; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 34.
[104] Seiler, s. 663.

önemli ve kapsamlı bir eksiklik bulunmalıdır; başka bir deyişle ilk derece mahkemesinde tahkikat önemli ölçüde eksik bırakılmış olmalıdır.[105] Zira dava malzemesini toplamak esasen ilk derece mahkemesinin görevi olduğundan, istinaf mahkemesi kural olarak ilk derece mahkemesinin yerine geçerek dava malzemesi toplamaz. Bununla beraber, istinaf mahkemesi usûl ekonomisi düşüncesiyle bu eksikliği kendisi de giderebilir. Eğer istinaf mahkemesi önemli bir mesai harcamadan bu eksikliği giderebilecekse, yargılamanın daha hızlı sonuçlanması ve yargılama giderlerinden tasarruf edilebilmesi için, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyerek bu eksikliği bizzat giderebilir. Örneğin, sadece belirli bir delil ilk derece mahkemesi tarafından incelenmemişse, istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden bu delili bizzat inceler. Yine ilk derece mahkemesi tarafından incelenmiş ve değerlendirilmiş bir delilin yeniden incelenmesi gerekli ise istinaf mahkemesi bu delili bizzat incelemelidir. Buna karşılık ilk derece mahkemesi tarafından kapsamlı ve ayrıntılı bir delil incelemesi yapılması gerekli ise istinaf mahkemesi delillerin toplanması ve incelenmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir.[106]

Öğretide, 318'inci maddede gönderme kararı verilebilmesi için öngörülen hallerin sınırlı sayıda olduğu kabul edilmekle birlikte, ayrıca diğer ağır usûl hatalarının da gönderme kararı verilmesi gereken haller arasında sayılabileceği kabul edilmektedir. Esasında ağır ve önemli usûl hatalarının bir bölümü zaten 318'inci maddede düzenlenen durumlar içinde yer almaktadır. Örneğin, mahkemenin kanuna aykırı olarak oluşması, tarafa ispat hakkı tanınmaması, tarafın hukuki dinlenilme hakkının veya diğer temel usûl ilkelerinin ihlal edilmesi ağır yargılama hataları olarak 318'inci madde kapsamında değerlendirilmektedir.[107]

---

[105] Seiler, s. 664; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 35-36.
[106] Seiler, s. 665; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 35-36.
[107] Seiler, s. 666 vd.; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 37.

İstinaf mahkemesi, ilk derece kararının hangi sebeple kaldırıldığını ve gönderme kararı verildiğini somut ve bağlayıcı şekilde gönderme kararında ortaya koymalıdır. İstinaf mahkemesinin kararı kaldırmasıyla, ilk derece mahkemesinde karar verilmeden önceki duruma geri dönüldüğünden, ilk derece mahkemesinin yeniden yapacağı incelemenin kapsamının belirlenebilmesi bakımından istinaf mahkemesinin yapacağı tespitler önemlidir. İstinaf mahkemesinin kararına göre, ilk derece mahkemesi, belirli maddi hukuk sorunlarını inceleyebileceği gibi, sadece belirli bir delilin veya delillerin incelenmesi veya değerlendirilmesi ile yetinebilir. İstinaf mahkemesinin tespit ettiği usûl hatası yargılamanın hangi aşamasına ilişkinse, o aşamadan itibaren bu usûl hatasından etkilenen diğer usûl işlemlerinin yeniden yapılması ve yeniden yargılama yapılması gerekliyse de söz konusu usûl hatasından etkilenmeyen işlemlerin tekrar edilmesi gerekli değildir.[108]

Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin kararıyla bağlıdır. İlk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi kararının hem hüküm sonucuyla hem de gerekçesiyle bağlı olduğundan, incelemesini istinaf mahkemesinin kararında belirlenen maddi hukuka ve usûle ilişkin tespitler çerçevesinde yürütmelidir. Buna karşılık, istinaf mahkemesinin gönderme kararında maddi hukuk veya usûl hukuku bakımından eksik veya hatalı bulmadığı, dolayısıyla kararında işaret etmediği hususlarla ilk derece mahkemesi bağlı değildir.[109] İlk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin tespit ve değerlendirmelerini dikkate almadan karar verirse, bu kez sadece bu durum dahi bir istinaf sebebi sayılmaktadır.[110]

İlk derece mahkemesi sadece istinaf mahkemesi kararında açıkça tespit edilen değerlendirmelerle değil, aynı zamanda bu gönderme kararının dayanağı olan genel hukuki değerlendirmelerle de

[108] Seiler, s. 668; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 31.
[109] Seiler, s. 669; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 40; Oberhammer/Domej/Haas, s. 1370; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 174.
[110] Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 44; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 174.

bağlıdır. Kanun yolu başvurusunun kabul edilmesinin veya gönderme kararının dayanağı olan hukuki değerlendirmeler yanında, istinaf mahkemesinin kararının dayanağı olan genel hukuki değerlendirmeler de ilk derece mahkemesini bağlar. Örneğin, bir alacak davasında, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinden farklı olarak somut olayda bir hizmet sözleşmesi değil de vekalet ilişkisi olduğu kanaatindeyse ve bu nedenle ilk derece kararını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine gönderirse, ilk derece mahkemesi bu hukuki nitelendirmeyle bağlıdır. Ayrıca ilk derece kararının kaldırılmasıyla ilişkili olmak kaydıyla, istinaf mahkemesinin zımni hukuki değerlendirmeleri de ilk derece mahkemesini bağlamaktadır. Bununla beraber, örneğin, somut olayda sözleşmenin geçersizliği bakımından tarafların irade beyanlarında eksiklik olup olmadığı konusunda delil toplanması ve incelenmesi için dosya ilk derece mahkemesine gönderilmişse, bu durumda, sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin husus açık kaldığından, ilk derece mahkemesi için bağlayıcı bir tespit bulunduğu söylenemez.[111]

İlk derece mahkemesinin daha önce vermiş olduğu kararla bağlı olup olmadığı, bağlıysa bunun sınırı, istinaf mahkemesinin gönderme kararındaki tespitlere göre belirlenmelidir. Örneğin, istinaf mahkemesi davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi nedeniyle gönderme kararı vermişse, ilk derece mahkemesi sadece davayı aydınlatma ödevi konusunda tarafa soru sormak ve açıklama yaptırmakla yükümlü olup, bunun sonucunu serbestçe değerlendirebilir. İlk derece mahkemesi yeni kararında istinaf mahkemesinin gönderme kararındaki hukuki değerlendirmelerini de kararının gerekçesinde göstermelidir. Taraflar, sadece gönderme kararına konu olan ve uyuşmazlık konusu bulunan hususlarda yeni vakıa ve delil ileri sürebilirler. Gönderme kararının kapsamı dışında kalan hususlar ise ilk derece mahkemesi ve taraflar için bağlayıcıdır. İlk derece mahkemesi ilk kararının istinaf mahkemesi tarafından iptal edilmeyen kısımları hakkında daha sonra değişiklik yapamaz ve yeniden karar veremez, zira istinaf mahkemesinin kaldırma kararının kapsamı dışında kalan kısımlar kesinleşmiş olur. Ayrıca, ilk derece mahkemesi,

[111] Seiler, s. 670.

aleyhe karar verme yasağı nedeniyle, istinaf başvurusu kabul edilen tarafın daha aleyhine olacak şekilde karar veremez. Aleyhe karar verme yasağı nedeniyle, ilk derece mahkemesi tarafından, istinaf incelemesi sonucunda lehine karar verilen tarafın daha aleyhine olacak şekilde karar verilmesi mümkün değildir.[112]

İstinaf mahkemesinin ilk vermiş olduğu gönderme kararıyla bağlı olup olmadığı ve bu bağlamda daha önceki istinaf başvurusunda açık ve zımni olarak reddetmiş olduğu talepler hakkında yeniden inceleme yapıp yapamayacağı sorunu ise İsviçre öğretisinde tartışmalıdır. Önceki düzenlemeye göre, istinaf mahkemesinin gönderme kararının kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle, ilk derece mahkemesinin vereceği yeni karara karşı istinafa başvurulması halinde, istinaf mahkemesinin önceki gönderme kararındaki hukuki değerlendirmelerle bağlı olmadığı kabul edilmekteydi. Bu görüşün bir diğer gerekçesi de hükmün gerçek ve güncel hukuki duruma göre verilecek olması nedeniyle de istinaf mahkemesinin ilk gönderme kararıyla bağlı olmadığının kabul edilmesiydi. Bununla beraber öğretideki güncel görüş, Alman hukukundaki görüş ve düzenleme (§ 318 dZPO) ile aynı yönde olmak üzere, sadece ilk derece mahkemesinin değil, istinaf mahkemesinin de gönderme kararındaki hukuki değerlendirmeleriyle bağlı olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşün temelinde ise hukuki güvenlik ilkesi, yargıya güven ve usûl ekonomisi düşüncesi yer almaktadır. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesinin vereceği yeni karar için istinaf derecesinde yapılacak ikinci istinaf incelemesinde, yeni vakıaların ve delillerin ancak istinaf mahkemesinin ilk gönderme kararı kapsamında ileri sürülebileceği ve davanın ancak ilk gönderme kararı kapsamında kalmak kaydıyla değiştirilebileceği kabul edilmektedir.[113]

İstinaf mahkemesi tarafların dilekçelerinde ileri sürülmüş olup da açıkça veya zımni olarak reddettiği, taraflarca istinaf başvurusunda ileri sürülmediği için incelenmesi mümkün olmayan veya ilk istinaf

[112] Seiler, s. 671-672; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 41-42; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 173-174.
[113] Seiler, s. 675; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 46.

başvurusunda ileri sürülmesi mümkün olmasına rağmen taraflarca istinaf konusu yapılmayan konularda ilk derece mahkemesinin yeni kararına karşı istinafa başvurulması halinde istinaf incelemesi yapamaz.[114]

Buna karşılık istinaf mahkemesi, daha evvel incelemediği ve bu nedenle karar vermediği konularda, ilk vermiş olduğu gönderme kararıyla bağlı değildir. Keza gönderme kararından sonra, ilk derece mahkemesi yeni kararını ilk kararında dayandırmadığı bir mülahazaya dayanarak verirse, istinaf mahkemesinin daha önceki gönderme kararı bu noktada bağlayıcı olmadığından, istinaf mahkemesi bu bağlamda yeni bir karar verebilir.[115] Ayrıca istinaf mahkemesinin ilk gönderme kararından sonra yeni bir kanun yürürlüğe girerse veya Federal Mahkeme içtihat değişikliğine giderse, istinaf mahkemesinin ilk kararında esas aldığı vakıa tespitlerinde değişiklik olursa bu değişiklikler çerçevesinde istinaf mahkemesi ilk kararındaki hukuki ve maddi tespitleriyle bağlı olmaz.[116]

İstinaf mahkemesi, gönderme kararıyla birlikte yargılama giderleri konusunda da karar vermelidir. Gönderilme kararı verilmesi durumunda istinaf mahkemesi kural olarak sadece istinaf derecesindeki yargılama giderleri konusunda karar verir. İstinaf mahkemesinin kısmen gönderme kararı vermesi durumunda ise yargılama giderleri konusunda İsviçre Usûl Kanununun 106'ncı maddesine göre karar verilir. Gönderme kararı verilmesi halinde, istinaf mahkemesi yargılama giderleri konusunda karar verme yetkisini ilk derece mahkemesine de bırakabilir (Art 104, Abs. 4 sZPO). Örneğin, ilk derece mahkemesinde delil ikamesinin tamamlanması gerektiği için veya hukuka aykırı olarak ilk derecede davanın usûlden reddine karar verilmesi nedeniyle ilk derece kararı kaldırılmış ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmişse, bu aşamada davanın esası bakımından hangi tarafın haklı olduğu henüz belli olmadığından, yargılama giderleri konusunda karar verme yetkisi ilk derece mahkemesine bırakılabilir. Bu

[114] Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 47.
[115] Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 47.
[116] Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 48; Kunz/Hoffman-Nowotny/Stauber, s. 175.

durumda istinaf mahkemesi yargılama giderinin miktarını bizzat belirlemekte, bununla birlikte yargılama giderinin paylaştırılması yetkisi ilk derece mahkemesine devredilmektedir. Eğer istinaf mahkemesi gönderme kararıyla birlikte belirli konularda kesin hüküm teşkil edecek şekilde karar verirse, örneğin zamanaşımının dolmadığına hükmederse, yetkili mahkemeyi belirlerse 104'üncü maddeye göre yargılama giderlerinin nasıl paylaştırılacağı konusunda da bizzat karar verebilir (Art. 104, Abs. 2 sZPO).[117]

II. Türk Hukuku

Yukarıda özetlediğimiz hukuk sistemlerinde, istinaf mahkemesinin uyuşmazlığın esası hakkında karar verip veremeyeceği, başka bir deyişle, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek zorunda olup olmadığı, esas hakkında sağlıklı ve tam inceleme yapılmasını engelleyen önemli bir usûlî eksikliğin veya hatanın yargılamayı etkileyip etkilemediğine göre belirlenmektedir. İstinaf mahkemesi ancak ilk derece mahkemesinde yeterince inceleme yapıldıktan sonra inceleme yapabilir. İstinafın tâli bir vakıa derecesi olması, bu ilkeye dayanır. Aksi takdirde ilk derecede yapılması gereken işlemlerin çoğu, istinaf mahkemesinde tamamlamak zorunda kalınırdı ki bu durum kanun koyucuların arzulamadığı bir sonuçtur.

Aynı ilkeyi benimseyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu da istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi gereken hâlleri saymış, yargılamaya ilişkin bazı temel usûl hatalarını 353'üncü maddede düzenlemiştir.[118] Bu maddede düzenlenen ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerektiren sebepler kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda düzenlenmiş gibi gözükmekteyse de kanımızca karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler dikkate alındığında ilk derece kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken haller 353'üncü maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Aşağıda öncelikle 353'üncü maddede sayılan sebepleri açıkladıktan sonra bu hükümde yer almamakla birlikte dosyanın ilk

[117] Seiler, s. 679.
[118] Mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirdiğimiz usûle aykırılıklar, temyiz yolunda da önemli usûl hatalarının örnekleri arasında gösterilmektedir. Bkz. Bilge/Önen, Yargılama, s. 652.

derece mahkemesine gönderilmesi gereken diğer hâlleri açıklamaya çalışacağız.

A. Hmk M. 353'e Göre İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

HMK m. 353 kapsamında ön inceleme sonucunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa, bu maddede sayılan belirli, istisnai ve usûle ilişkin önemli sebeplerin gerçekleşmesi halinde istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırarak (iptal ederek), davanın yeniden görülmesi için dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir.[119] Gönderme kararı verilmesini gerektiren sebepler:

- Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması,
- İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması,
- Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya görevli ya da yetkili olmayan mahkemenin davaya bakmış olması,
- Diğer dava şartlarında aykırılık bulunması,
- Mahkeme tarafından usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine ve ayrılmasına karar verilmiş olması,
- Mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır.

Kanunda gönderme kararı verilmesi gereken haller arasında, mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması ve usûle aykırı olarak merci tayinine karar verilmiş olması da sayılmaktaydı (HMK m. 353, I, a, 3, 5). Esasen bu iki durum istinaf

[119] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 537; Yılmaz, İstinaf, s. 67; Karslı, s. 803; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 598; Karaaslan, s. 222; Albayrak, s. 153; Boztaş, s. 435.

incelemesinin konusu değildir. Zira ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin yetki çevresi dışında olması bölge adliye mahkemesinin yetkili olup olmadığının belirlenmesi bakımından önemli olup, burada BAM yetkisiz dosyanın yetkili BAM'a gönderilmesine karar vermelidir. Merci tayini konusunda görevli merci zaten BAM olduğundan, "usûle aykırı olarak merci tayinine karar verilmiş olması" istinaf incelemesine konu olmayacaktır. Bu nedenle HMK'da 20.7.2017 tarihinde 7035 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu iki durum 353'üncü maddeden kaldırılarak ön inceleme aşamasında esasa girmeden önce incelenmesi gereken hususlar arasına alınmıştır (HMK m. 352).

İstinaf mahkemesi tarafından istinaf incelemesi sonucunda gönderme kararı verilmesi gereken durumları üç başlıkta gruplandırabiliriz:

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin nedenlerinden biri, ilk derece yargılamasını hükümsüz kılan ve tarafların temel yargısal haklarını ihlâl eden usûl hatalarının yapılmış olmasıdır. Örneğin, davaya bakması yasak olan bir hâkim tarafından karar verilmişse (m. 353, I, a, 1), mahkemenin tarafsızlığı ilkesi uygulanmadığından, adil yargılanma hakkı ihlâl edilmiş olur (AY m. 36; AİHS m. 6, I). İlk derece mahkemesi taraf ve dava ehliyeti[120] ya da davayı takip yetkisi bulunmayan kimseler huzurunda veya vekil[121] ve temsilci olmayan kişiler huzurunda davaya bakmışsa (m. 353, I, a, 4), savunma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı gibi temel yargısal haklar ihlâl edilmiş olur. Bu tür usûl hataları, yargısal temel hakları ihlâl etmekle kalmayıp, tüm yargılamanın doğruluğu ve geçerliliği hakkında önemli kuşkular

[120] Örneğin, boşanma davasında tarafların akıl hastası olup olmadıklarının araştırılması gereken bir durumda dava ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı konusunda inceleme yapılmadan karar verilmesi nedeniyle ilk derece kararı kaldırılmış, dosya inceleme yapılabilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmiştir. Bkz. Gaziantep BAM, 2. HD, 18.5.2017, 643/677 (Lexpera).

[121] Örneğin, davadan feragat konusunda vekaletname ile özel yetki verilmemiş vekil tarafından davadan feragat edilmesi nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmesi halinde, bu eksikliğin istinafta tespit edilmesi üzerine ilk derece kararı kaldırılarak davanın esası hakkında inceleme yapılması ve karar verilmesi için dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiştir. Bkz. İstanbul BAM, 35. HD, 18.4.2017, 642/624 (Lexpera).

doğurmaktadır. Taraf teşkili sağlanmadan karar verilmiş olması da bu kapsamda gönderme kararı verilmesini gerektiren nedenler arasında sayılmalıdır.[122]

Gönderme kararı verilmesi gereken ikinci durum, incelenen mahkeme kararının salt usûle ilişkin olmasıdır. İstinaf mahkemesi başvuruyu haklı bulsa dahi davanın esası hakkında karar veremez. Sadece usûle ilişkin karar denetime konu olduğundan, davanın esasına ilişkin olarak istinaf incelemesi yapılması teorik ve pratik olarak mümkün değildir. İstinaf mahkemesi davanın esası hakkında karar verirse, taraflar ilk derece yargı hakkından mahrum kalırlar. Örneğin, ilk derece mahkemesi usûle aykırı olarak görevsizlik[123] veya yetkisizlik[124] kararı vermiş (m. 353, I, a, 3), davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına karar vermişse (m.353, I, a, 5),[125] kesin hüküm nedeniyle[126] veya hukuki yarar yokluğundan[127] veya dava şartı

[122]"Somut olayda; mahkemece müteveffa K1'nin mirasçılarına vasiyetname ekli ihtaratlı davetiye tebliğ edilmiş ise de, duruşma açılmadan dosya üzerinden karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan TMK'nın ilgili hükümleri uyarınca mirasçılara vasiyetnamenin açılması sırasında diledikleri taktirde hazır bulunma imkânı verilmemiş, 6100 Sayılı HMK'nın 27. maddesi uyarınca hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiştir." Erzurum BAM, 1. HD, 28.5.2017, 301/292 (Lexpera);Benzer kararlar için bkz. Gaziantep BAM, 1. HD, 29.5.2017, 567/519 (Lexpera); Erzurum BAM, 1. HD, 28.5.2017, 321/291 (Lexpera).

[123] Antalya BAM, 3. HD, 9.6.2017, 572/512 (Lexpera); İstanbul BAM, 7. HD, 8.3.2017, 163/142 (Lexpera); Bir yerde özel mahkeme bulunmaması halinde özel mahkeme sıfatıyla yargılama yapması gereken asliye hukuk mahkemesinin genel mahkeme sıfatıyla yargılama yapması ve karar vermesi durumunda, istinaf mahkemesi görevsizlik nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Örneğin, Antalya BAM, 3. HD, 26.5.2017, 511/452 (Lexpera).

[124] Antalya BAM, 3. HD, 9.6.2017, 546/504; İstanbul BAM, 9. HD, 12.4.2017, 272/191; İstanbul BAM, 18. HD, 2.3.2017, 274/199 (Lexpera).

[125] Örneğin, yazılı yargılama usûlüne tabi bir davada, Kat Mülkiyeti Kanununun dikkate alınarak basit yargılama usûlünün uygulanmış olması nedeniyle, ikinci kez takipsiz bırakılan dosyada dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi (İzmir BAM, 11. HD, 17.5.2017, 679/502-Lexpera); yine bir başka olayda maktu harca tabi bir davada nispi harcın yatırılmadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin usûle aykırı olması (Antalya BAM, 3. HD, 26.5.2017, 382/444-Lexpera) nedeniyle, ilk derece kararının kaldırılmasına yeniden inceleme yapılmak üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

[126] "İzmir 9. İş Mahkemesi'nin 2014/724 E ve 2015/305 K sayılı kesinleşen itirazın iptali davasına konu edilen yersiz ödeme ve tedavi giderinin ilişkin olduğu dönem 26.10.2008-25.06.2012 tarihlerini kapsamakta olup olup bu dava yönünden kesin

yokluğundan davanın usûlden reddine karar vermişse, henüz davanın esası incelenmediğinden, dosya, davanın yeniden görülmesi ve davanın esası hakkında karar verilebilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.[128] İlk derece mahkemesinin görevsizlik veya yetkisizlik kararının usûle aykırı bulunması durumunda, dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesinin sebebi, davanın esası hakkında henüz yargılama yapılmamış ve karar verilmemiş olmasıdır. Tarafların dereceli yargılanma hakkının korunabilmesi için davanın esası hakkında öncelikle ilk derece mahkemesi tarafından yargılama yapılması ve karar verilmesi gereklidir.[129]

Belirtmek gerekir ki ilk derece mahkemesi dava şartının var olduğunu kabul ederek davanın esası hakkında karar vermiş olmasına rağmen, istinaf mahkemesi belirli bir dava şartının bulunmadığı kanaatindeyse nasıl karar verileceği ayrıca değerlendirilmelidir. Zira bazı hallerde katıldığımız görüşe göre, dava şartına aykırılık halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekli değildir.[130] Örneğin, kesin hüküm nedeniyle dava şartına aykırılık sebebiyle davanın usûlden reddedilmesi gerekirken ilk derece mahkemesi davanın esası hakkında karar vermiş ve bu dava şartına aykırılık istinaf mahkemesi tarafından tespit edilmişse, dava şartına aykırılık nedeniyle

---

hüküm teşkil etmeyeceği, HMK 353. Maddesinde belirtildiği üzere, davanın esasına ilişkin deliller yönünden hiçbir değerlendirme ve hüküm içermediğinden; istem konusunda yargısal denetime elverişli hüküm ve bu hükümle varılan sonuç yönünden dayanak alınan kanıtlara ilişkin değerlendirme içeren bir hüküm oluşturulması gerektiği sonucuna varılmakla; aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulan kararın, esası incelenmeksizin kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın HMK 353/I-(a)-6. maddesi uyarınca karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm fıkrası oluşturulmuştur." Bkz. İzmir BAM, 10. HD, 24.3.2017, 333/349 (Lexpera).

[127] Erzurum BAM, 1. HD, 7.4.2017, 184/191 (Lexpera).

[128] "... dava şartı yokluğundan reddi doğru olmadığından HMK 353/1-a-3 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, delilleri toplayarak davanın esası hakkında karar vermesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ..." Antalya BAM, 11. HD, 7.4.2017, 395/301 (Lexpera).Görevsiz ve yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmesi nedeniyle Yargıtay'ın bozma kararı vermesi durumunda hükmün tamamen geçerliliğini kaybedeceği hakkında bkz. Bilge/Önen, Yargılama, s. 667.

[129] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 537, dn. 172; Özekes, Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2272.

[130] Budak/Karaaslan, s. 353, Nr. 80; Çiftçi, s. 660; Karaaslan, s. 229.

dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekli değildir. Zira dosya ilk derece mahkemesine gönderilse dahi burada yeniden bir tahkikat yapılmayacaktır. Bu nedenle, olması gereken hukuk bakımından usûl ekonomisine uygun çözüm, istinaf mahkemesinin dava şartına aykırılık sebebiyle ilk derece kararını kaldırması ve bizzat davanın usûlden reddine karar vermesidir. Örneğin, davanın derdest olduğunun, hukuki yararın bulunmadığının, yargı yolunun caiz olmadığının tespit edilmesi durumunda da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ihtiyaç olmamalıdır.[131]

Gönderme kararı verilmesini gerektiren diğer bir durum, davanın esası hakkında yeterince inceleme yapılmasını engelleyen usûl hatalarının bulunmasıdır. Örneğin, usûle aykırı olarak davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmişse (m. 353, I, a, 5)[132] ya da tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplamadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse (m. 353, I, a, 6), ilk derece kararı kaldırılmalı ve dosya yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Usûlüne uygun delil ikamesi yapılmadan ve incelemeye elverişli (caiz) deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmesi, aynı zamanda adil yargılanma hakkının unsurlarından hukukî dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil eder.[133] Buna karşın Kanunun lafzına göre, deliller çok sınırlı toplanmış veya toplanan deliller yetersiz ve yüzeysel değerlendirilmiş olsa dahi, istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemeli, tahkikatı kendisi tamamlayarak uyuşmazlığın esası hakkında karar vermelidir.[134] Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla istinaf incelemesi üzerine verilen kararları da dikkate alan görüş ise hükmün geniş yorumlanması gerektiği ve "ilk derece mahkemesindeki

[131] Karaaslan, s. 229; Çiftçi, s. 662.

[132] Usûle aykırı olarak davaların birleştirilmesi kararının ilk davanın açıldığı mahkeme tarafından verilmesi durumunda birleştirme kararının kaldırılarak esas hakkında karar verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Bkz. Antalya BAM, 3. HD, 26.5.2017, 455/436 (Lexpera). İstinaf sebebi olarak davaların usûle aykırı olarak birleştirilmesi ve ayrılması konusunda mevcut düzenlemeye yöneltilen eleştiri için ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s. 354, Nr. 82 vd.; Karaaslan, s. 237.

[133] İstinaf El Kitabı, s. 74.

[134] İstinaf El Kitabı, s. 74; Konuralp, Usûl, s. 185; Özekes, Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2259; Çiftçi, s. 442, 659.

tahkikatın çok yetersiz şekilde yapılmış olması" durumunun da bu hükmün uygulaması kapsamına gireceği yönündedir.[135]

İstinaf mahkemeleri uygulamasında ilk derece mahkemesi kararının gerekçesiz olması veya kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması *"delillerin hiç değerlendirilmemiş olması"* şartının gerçekleşmesi için yeterli sayılmakta ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmektedir.[136]

Uygulamada istinaf mahkemeleri delillerin *"yeterince toplanmamış olması"* halinde de dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir. İstinaf mahkemeleri davanın esasını etkileyecek mahiyette olan delillerden birinin veya bazılarının toplanmamış veya incelenmemiş olması halinde dosyayı bu delillerin toplanması ve incelenmesi için ilk derece mahkemesine göndermektedir. Bu uygulama mevcut HMK m. 353, I, a, 6 hükmüne aykırıdır. Zira maddede, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi için, delillerin yeterince değil, hiç toplanmamış olmasından söz edilmektedir.

Aşağıda delillerin yeterince toplanmaması ve incelenmemesi nedeniyle verilen gönderme kararlarına ilişkin örnek bazı kararlara yer verilmiştir.

"Ancak, davalı vekilinin delil olarak ileri sürdüğü Kavaklı Belediye Meclisi'nin geçici işçi çalıştırmasına ilişkin 2009-2010-2011

---

[135] Budak/Karaaslan, s. 356, Nr. 88; Ayrıca bkz. Albayrak, s. 154.

[136] "İstinaf incelemesi yapılabilmesi için delillerin değerlendirildiğini gösterir biçimde usûlüne uygun gerekçeli kararın bulunması zorunludur. Gerekçeli karar ile tefhim edilen kısa kararın çelişkili olması halinde istinaf incelemesi yapılabilecek usûlüne uygun bir karar bulunmadığı için delillerin hiç değerlendirilmemiş derecesinde olduğunun kabülü gerekir."İzmir BAM, 9. HD, 4.4.2017, 643/324 (Lexpera); "Mahkemece verilen kararın gerekçeli karar şeklinde yazılmadığından denetiminin mümkün olmadığı, dolayısı ile istinaf incelemesi yapılabilecek usûlüne uygun bir karar bulunmadığı için, HMK'nun 353/1-a.6 maddeye göre delillerin hiç değerlendirilmemiş derecesinde olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile, esası incelenmeksizin ilk derece mahkemesinin, ihtiyati tedbir talebinin reddine dair 29/03/2017 tarihli 1 nolu ara kararının kaldırılmasına ve davalı vekilinin ihtiyati tedbir talebine itirazının HMK'nun 389 ve devamı maddeleri gereğince yeniden değerlendirilerek HMK'nın 297/1-c ve 391/2. maddelerine uygun şekilde denetime elverişli gerekçeli kararın yazılması için dosyanın mahkemesine geri gönderilmesine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." Antalya BAM, 3. HD, 29.5.2017, 530/441 (Lexpera).

ve 2012 yıllarına ait Belediye Meclisi'nce karar alınıp alınmadığı ve 2009 ile 2014 yılları arasında Sayıştay Denetim Raporlarının bulunup bulunmadığı hususlarının araştırılmadığı, yani, bu delillerin toplanmadığı, bu delillerin de davanın esasını etkileyecek nitelikte olduğu anlaşılmıştır. Hm'nin 353/1-a/6 maddesine göre davanın esası ile ilgili delillerin toplanıp değerlendirilmesi gerekir. Sayılan bu deliller davanın esası ile ilgili olduğundan toplanıp mahkemece değerlendirilmesi gerekir."[137]

"Yargılama devam ederken davacı vekili 22/07/2016 tarihli dilekçesi ile davaya konu malların İzmir 13. icra Müdürlüğünün 2013/12067 esas sayılı dosyası kapsamında satıldığını beyan ederek davaya mal bedelleri üzerinden devam edilmesini talep ettiği görülmüştür. Bu iddia karşısında yapılması gereken 12067 sayılı dosya celp edilerek davaya konu malların bu dosyadan satılıp satılmadığının, satışın kesinleşip kesinleşmediğinin bedelinin ödenip ödenmediğinin, satış yapılan dosyada sıra cetveli yapılıp yapılmadığının' yapılmış ise alacaklının sıra cetveline itirazının bulunup bulunmadığının tespit, ile tüm bunlar değerlendirilerek davanın konusuz kalıp kalmadığının tespitidir. Ancak mahkemece belirtilen bu dosya getirtilip incelenmemiş ve yukarıda belirtilen hususta bir değerlendirme yapılmaksızın davanın esastan reddi yoluna gidilmiştir."[138]

İstinaf mahkemeleri HMK m. 353, I, a, 6 hükmüne göre gönderme kararlarını ilk derece mahkemesinin "kanun yolu denetimine uygun ve yeterli" inceleme yapmamış olmasına dayandırmaktadır. Ancak mevcut düzenleme dikkate alındığında bu gerekçe dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterli değildir. Söz konusu tahkikat eksikliğinin duruşma açılarak ve duruşmasız istinaf mahkemesi tarafından giderilmesi gerekmektedir.

"... davalının esasa etkili olan ve celbini istediği bu delillerinin toplanmadığı, davalı tarafından müvekkili nezdinde çalışmadığı iddia edilen dönemin denetiminin yapılması için davacının hizmet cetveli ve hizmet cetvelinde yer alan işyeri dosya örneklerinin celbi ile

[137] İstanbul BAM, 9. HD, 22.3.2017, 103/125 (Kazancı).
[138] İzmir BAM, 12. HD, 7.12.2016, 311/333 (Kazancı).

gerektiğinde celp edilen hizmet cetveli de değerlendirilmek suretiyle bilirkişiden ek rapor aldırılması bakımından HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince karar kaldırılarak dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmiş aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur....."[139]

İstinaf mahkemeleri uygulamada HMK m. 353, I, a, 6'daki delillerin *"hiç değerlendirilmemiş olması"* koşulunun içeriğini yorum yoluyla genişletmekte ve hüküm verilebilmesi için önemli olan belirli bir veya birkaç delilin incelenmemiş veya değerlendirilmemiş olmasını dahi bu hüküm kapsamına almaktadır.

"Dairemiz tarafından yapılan incelemede; davacının bakmakla yükümlü olduğu hak sahibi eşi ile ilgili olarak kurumca karşılanması gereken tedavi giderlerinin SUTla sınırlı bir biçimde karşılanması Anayasa ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı gereği olup, mahkemede bu konuda bir gerekçe yazılmaksızın ve bu yöndeki deliller değerlendirilerek buna neden itibar edilmediği açıklanmaksızın diğer bir deyişle bu yöndeki deliller hiç değerlendirilmeksizin karar verilmiş bulunması, HMK 353/1-a-6 maddesine aykırı bulunmakla, İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılarak, davanın esası ile ilgili davanın yeniden görülerek esas ile ilgili karar verilmek üzere dosyanın İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."[140]

"Somut olayda; taraflar arasındaki temel uyuşmazlık konularından birisi olan fazla çalışma süresinin tespit edilebilmesi için taraflar tanık deliline dayanmış ancak mahkemece tanık beyanları eksik alınmış ve doğal olarak uyuşmazlığın çözüm noktasında tam olarak değerlendirilmemiş, yukarıda HMK. 353/1-a.6 madde metninde açıklanmaya çalışılan, kararın kaldırılıp iade edilmesi sonucuna götüren koşullar bu şekilde oluşmuştur. Çünkü davanın esasıyla ilgili gösterilen delillerden "BİRİNİN bile toplanmaması" HMK. 353/1-a.6 maddesi bağlamında GÖSTERİLEN delillerin "değerlendirilmemesi" anlamını taşır."[141]

[139] İstanbul BAM 30. HD, 16.3.2017, 203/370 (Kazancı).
[140] İstanbul BAM 34. HD, 15.3.2017, 101/284 (Kazancı).
[141] İstanbul BAM, 31. HD, 24.1.2017, 83/45 (Kazancı).

Bazı istinaf mahkemeleri tarafından, ilk derece mahkemesinin herhangi bir delili toplamamış veya incelememiş olması halinde, Türk hukukunda dar istinaf sistemi benimsenmiş olduğu ve hiç incelenmemiş bir delilin ilk kez istinaf mahkemesinde incelenemeyeceği gerekçesiyle, dosyanın bu delil veya delillerin incelenmesi amacıyla ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmektedir.

"Davanın esasıyla ilgili olarak gösterilen delillerin "hiçbirinin" toplanmaması ile uyuşmazlığın çözülmesi, hâkimin belirli bir yargıya vararak karar vermesinde etkili nitelikteki delillerden söz edilmekte olup bu özellikte delillerden "birinin" toplanmamasın da 353/I-a-6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira somut olayda olduğu gibi tarafların uyuşmazlığa ilişkin olarak göstermiş oldukları delillerin değerlendirilmemiş olması veya gösterilen delillerin değerlendiril-mesine yönelik teknik bilgiyi gerektiren bir hususta bilirkişi raporu alınmaması halinde yargı sistemimiz bakımından benimsenmiş olan dar istinaf sisteminden uzaklaşılarak ilk derece mahkemesince değerlen-dirilmemiş olan konularda ilk defa istinaf mahkemesince bir delile ilişkin olarak tartışma yapılarak yargıya varılacaktır ki bu da iki dereceli yargılama olan istinaf yargı sistemi ile bağdaşmayacaktır."[142]

Bazı istinaf mahkemeleri ise dosyanın ilk derece mahkemesine "gönderilmesi" terimi yerine "iadesi" terimini kullanmaktadır. Kanımızca "dosyanın iadesi" terimi yerine "gönderilmesi" terimi tercih edilmelidir. Zira HMK'nın 353'üncü maddesinde, kanun koyucu tarafından, şartların oluşması halinde ilk derece kararının "kaldırılması" ve dosyanın ilgili mahkemeye "gönderilmesi" terimleri tercih edilmiştir.

B. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi Gereken Diğer Sebepler

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu istinaf incelemesi sonunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekebilecek diğer hallere ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Mevcut düzenlemeye

[142] Gaziantep BAM, 11. HD, 29.3.2017, 219/229 (Lexpera).

göre, HMK m. 353'de açıkça düzenlenen istinaf sebepleri dışında dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini mümkün değilmiş gibi gözükmekteyse de kanımızca kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte bazı hallerde istinaf mahkemesine ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi imkanını tanımak gereklidir. Yukarıda özellikle HMK m. 353, I, a, 6 kapsamında uygulamadan verdiğimiz örnekler de davanın esası hakkında yeterince (kapsamlı) tahkikat yapılmamış olması halinde, başka bir deyişle delillerin önemli ölçüde eksik toplanması halinde, istinaf mahkemelerinin tahkikat eksikliğinin tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yönünde kararlar verdiğini göstermektedir. Kanımızca istinaf mahkemelerinin bu uygulaması, karşılaştırmalı hukuktan verdiğimiz örnekler de dikkate alınmak suretiyle olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmelidir.

İstinaf düzeltici nitelikte bir kanun yolu olduğundan, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi kanun koyucu ilk derece yargılamasındaki veya kararındaki eksikliklerin öncelikle istinaf mahkemesi tarafından giderilmesi yolunu tercih etmiştir. HMK m. 353'ün düzenlenme biçiminden anlaşılan, belirli haller dışında yargılamadaki eksikliğin bizzat istinaf mahkemesi tarafından giderilerek davanın esası hakkındaki kararın değiştirilmesidir. Düzenleme bir yandan isabetlidir, zira istinaf esasen düzeltici bir kanun yolu olduğundan, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin hatalı olması, hukuk kurallarını yanlış uygulaması durumunda bu hata veya eksikliklerin bizzat istinaf mahkemesi tarafından giderilmesi ve düzeltilmesi gerekir. Bununla beraber kanun koyucunun amacı ve buna uygun çözümü, çağdaş düzenlemelerle uyumlu ve isabetli ise de yeterince esnek değildir.[143] Örneğin, HMK m. 353, I, a, 6'da tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması ilk derece kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterli bir sebep olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, delillerin pek

[143] İstinaf incelemesi sonunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebilmesine imkan tanıyan düzenlemenin, delillerin toplanması ve vakıa tespitlerine ilişkin eksiklikler bakımından, İsviçre hukukuna göre daha sınırlı olduğu yönünde bkz. Boztaş, s. 438.

yetersiz şekilde toplanmış ve incelenmiş olması ve bu şekilde karar verilmiş olması, ilk derece kararının kaldırılması ve dosyanın bu kapsamda yeniden inceleme yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterli değildir. Bu durumda pek az düzeyde dahi olsa delil toplanmış ve incelenmişse, artık eksiklik istinaf mahkemesi tarafından bizzat giderilmeli ve sonucuna göre istinaf mahkemesi tarafından davanın esası hakkında karar verilmelidir. Mevcut düzenleme bu görüşü doğrulamaktaysa da olması gereken hukuk bakımından bu durumda da istinaf mahkemesine dosyayı eksikliğin tamamlanması için ilk derece mahkemesine gönderme imkanı tanınması, en azından bu konuda istinaf mahkemesine takdir hakkı tanıyan bir düzenleme yapılması gerekir.

Mevcut düzenlemenin gerekçesinde ifade edilmemekle birlikte, Türk hukukunda istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar uzun yıllar sadece temyiz kanun yolunun uygulanmış olması, temyiz incelemesi sonucunda kararın hatalı bulunması halinde kural olarak bozma kararı verilerek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve usûl hukukçuları da dahil kanun yolu konusundaki yargısal kültürün bu yönde gelişmiş olması, kanun koyucuyu istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanıyarak bazı hallerde ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi vermekten kaçınmasına neden olmuştur. İstinaf mahkemeleri üst mahkeme sıfatıyla ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf denetimini yapmakla yükümlü ise de temyizden farklı olarak gerektiğinde ilk derece mahkemesi gibi tahkikat ve duruşma yapma ve davanın esası hakkında bizzat karar verme yetkisine sahiptir. İstinaf mahkemesine takdir yetkisi tanıyarak dosyayı eksiklikleri gidermek üzere ilk derece mahkemesine gönderme imkânı tanınmasının, istinaf mahkemelerinin asli işlevlerini yerine getirmekten kaçınarak çoğu durumda dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecekleri yargısının doğmasına yol açmış gözükmektedir.

Kanımızca istinaf mahkemelerinin göreve başlamasından itibaren geçen süre ve uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi belirli ölçütler belirlenmek suretiyle, istinaf mahkemesine ilk derece yargılamasında tahkikata ilişkin önemli eksiklikler olması halinde, ilk

derece kararını kısmen veya tamamen kaldırmak suretiyle dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme imkânı tanınmalıdır.

Bu görüşü destekleyecek birçok argüman ileri sürülebilir. Bunlardan ilki Türk hukukunda istinafın asli olarak bir denetim derecesi olması ve istinaf derecesinde yürütülen yargılamanın bir denetim yargılaması olmasıdır. Dar istinaf modelinde istinaf, salt ilk derece yargılamasının devamı ve vakıa derecesi olarak değil, daha ziyade bir kanun yolu olarak denetim yargılaması ve tali vakıa derecesi olarak yapılandırılmıştır. İlk derece mahkemelerinin önemli ve ağır usûl hatalarını eksikliklerini, her halükârda istinaf mahkemelerine tamamlattırmak, ilk derece mahkemelerinin öneminin azalmasına yol açabilecektir.[144]

İstinaf mahkemelerinin faaliyete yeni başlamaları, mahkeme ve hâkim sayılarının nispeten az olması nedeniyle, istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin yükünün önemli bir bölümünü üstlenerek çalışamaz hale gelmesine neden olabilir. Dava malzemesi büyük ölçüde toplanmamışa, örneğin delillerin büyük bir bölümü toplanmadan ve değerlendirilmeden karar verilmişse, aslen ilk derece mahkemelerinin yükümlülüğü içinde olan bu görevin istinaf mahkemelerinin omuzlarına yüklenmesi bu mahkemeleri çalışamaz hale getirebilecektir.[145]

İlk derece yargılamasındaki eksikliklerin yargı çevreleri oldukça geniş ve sayıca az olan istinaf mahkemeleri tarafından tamamlanması usûl ekonomisi ilkesinin uygulanmasını zorlaştıracaktır. İlk derece yargılamasındaki tahkikatta önemli ve kapsamlı eksiklikler olması halinde, bunların istinaf mahkemesi tarafından tamamlanması yargılama giderlerinin artmasına, istinaf mahkemelerinin iş yükünün artması nedeniyle yargılama süresinin uzamasına, tarafların ve davayla ilgili üçüncü kişilerin yargı çevresi oldukça geniş olan istinaf mahkemelerine erişimiyle ilgili sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Usûl ekonomisinin nasıl gerçekleştirileceği, daha somut ifade etmek gerekirse dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi veya bizzat tahkikatın istinaf mahkemesi tarafından tamamlanması arasında

[144] Aynı yönde bkz. Çiftçi, s. 653; Boztaş, s. 441 vd.
[145] Aynı yönde bkz. Karaaslan, s. 234.

tercih yapılırken somut olay dikkate alınmalıdır. Somut olayda ilk derece yargılamasındaki eksiklik, istinaf mahkemesinin tespitlerine ve hukuki değerlendirmesine göre, kapsamlı ve ayrıntılı tahkikat yapılmasını gerektiriyorsa, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi tercih edilebilir. Buna karşılık tahkikattaki eksik istinaf mahkemesi tarafından dosya üzerinden veya bir duruşma yapmak suretiyle giderilebiliyorsa bu eksikliği istinaf mahkemesi giderebilir.

Çok sınırlı haller dışında, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine izin verilmemesi tarafların dereceli yargılama haklarının gerçekleştirilmesine de engel olacaktır. Örneğin, bir davada mahkemenin hüküm verebilmesi için dinlemesi gereken tanıkların önemli bir kısmını dinlemeden, sadece bir veya birkaç tanığı dinleyerek karar vermesi durumunda, esasında dava malzemesi hüküm vermeye yetecek derecede toplanmamış olduğundan ve dava malzemesinde önemli bir eksiklik bulunduğundan, dolaylı olarak tarafların ilk derece yargı hakkını kullanamaması sonucunu doğuracaktır.[146] Bu nedenle HMK'da yapılacak bir düzenlemeyle m. 353 dışında tarafların dereceli yargılanma hakkından mahrum kalmaları sonucunu doğurabilecek hata veya eksiklikler söz konusu olduğunda da somut olayın özelliğine göre istinaf mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemelerine göndermelerine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır.[147]

Belirtmek gerekir ki ilk derece mahkemesindeki tahkikatın eksik olması durumunda, temel ilke, bu eksikliğin istinaf mahkemesi tarafından giderilmesidir. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de tahkikatın tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi veya tahkikatı istinaf mahkemesinin tamamlaması konusunda usûl ekonomisi ilkesinden hareketle çözüme varmaktadır.

Yapılacak düzenlemeyle mevcuttan farklı olarak mutlak bir sayma yönteminden ziyade, ölçütleri önceden belirlenmiş belirli, sınırlı ve istisnai hallerde dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek veya

[146] Boztaş, s. 444 vd.
[147] Türk hukukunda bu konudaki yasa boşluğunun bilimsel ve yargısal içtihatla doldurulabileceği yönünde bkz. Boztaş, s. 446.

eksikliği bizzat tamamlamak konusunda istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanınmalıdır.[148]

Temel ölçütler kanunda sınırları belirlenmek suretiyle düzenlenmelidir; zira istinaf incelemesi sonucunda ilk derece yargılamasında veya kararında bir eksiklik veya hata tespit edilirse kural olarak bunu istinaf mahkemesi bizzat düzeltmelidir. İstisnai ve önemli hallerde bu imkân tanınarak, istinaf mahkemesinin teorik ve pratik olarak asli yükümlülükleri arasında yer alan görevlerini ifadan kaçınmasına olanak verilmemelidir.

İstinaf mahkemelerinin göreve başlamasından bu yana pek de uzun bir süre geçmemiş olmasına rağmen, uygulama da esasında bu düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç doğuracak şekilde gelişmiştir. İstinaf mahkemeleri, sadece m. 353'deki koşullar gerçekleştiğinde değil, karşılaştırmalı hukukta örneklerini gördüğümüz üzere, ilk derece yargılamasında diğer önemli usûli eksikliklerin bulunması halinde de dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı vermektedir.

Sayısal veriler de bu ihtiyacı destekler niteliktedir. Adalet Bakanlığının verilerine göre (Bkz. Ek-Tablo 1) 20.07.2016-31.07.2017 tarihleri arasında istinaf mahkemelerine gelen toplam iş sayısı 204.226'dır. İstinaf mahkemeleri tarafından aynı süre içinde karara bağlanan toplam dosya sayısı 131.219'dur. Karar verilen toplam dosya sayısı içinde ön inceleme sonucunda karar verilen dosya sayısı 41.396, inceleme aşaması sonunda karar verilen dosya sayısı 87.502 civarındadır. İstinaf mahkemelerinin "ilk derece kararının kaldırılması ve gönderme kararı" verdiği dosya sayısı ise 14.962'dir. Bu rakam içinde HMK m. 353, I, a, 1-6 bent içinde en yüksek sayı (10.749) ile yer alan istinaf sebebi ise "delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması" dır.

İstinaf incelemesi sonucunda HMK m. 353, I, a, 1-6 kapsamında, "dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine" karar verilen dosyaların, ön inceleme ve inceleme sonucunda karara bağlanan toplam

[148] Benzer yönde bkz. Karaaslan, s. 234 vd. Bir görüşe göre, temel ölçüt "gerçek bir ilk derece yargılaması yapıl mıdır?" sorusuna verilecek cevapla belirlenmelidir (Boztaş, s. 453).

dosya sayısına oranı % 11,5 civarındadır. İstinaf incelemesi sonucunda HMK m. 353, I, a, 6 (delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması) kapsamında dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilen dosyaların, ön inceleme ve inceleme sonucunda karara bağlanan toplam dosya sayısına oranı ise % 8,5 civarındadır. Bu ikinci oran "delillerin hiçbiri incelenmeden veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması" hükmü kapsamında verilen gönderme kararlarının sayıca çok fazla olduğunu göstermektedir. Söz konusu rakamlar, (ön inceleme sonunda karar verilenler hariç tutularak) sadece inceleme aşaması sonunda karar verilen toplam dosya sayısına oranlandığında, gönderme kararlarının sayısı bakımından daha yüksek bir oran ortaya çıkmaktadır. İstinaf mahkemesinin inceleme sonunda başvurunun esastan reddine karar verdiği dosyaların toplam iş sayısına oranı %40 civarındadır. İstinaf mahkemelerinin inceleme sonunda ilk derece kararını kaldırarak davanın esası hakkında bizzat karar verdiği dosyaların toplam iş sayısına oranı ise % 14 civarındadır.

Ortaya çıkan sayısal veriler, istinaf sistemine sahip Alman hukukundaki veriler ile karşılaştırıldığında, gönderme kararı verilen dosya sayısının toplam iş sayısına oranının daha yüksek olduğu görülmektedir. Almanya'da 2014 yılı verilerine göre, istinaf mahkemelerinin gönderme kararı verdikleri dosya sayısına ait oran % 6,7; istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilen dosya sayısına ait oran % 41,5; esas hakkında bizzat karar verilen dosya sayısına ait oran % 47, caiz olmayan istinaf başvuruları nedeniyle verilen kararlara ait oran % 0,7'dir. Almanya ile karşılaştırıldığında, gönderme kararı verilen dosya oranları bakımından ortaya çıkan farkın sebebi, kanımızca Türkiye'de istinaf mahkemelerinin sayısının yeterli düzeyde olmamasıdır. Sayıca az ve yargı çevreleri daha geniş olan bölge adliye mahkemelerinin özellikle delillerin yeterince toplanmadığı dosyalar bakımından gönderme kararı vermek yönünde bir uygulama geliştirmeleri sürpriz değildir. Yeni kanun yolu sistemine geçiş sürecinin tamamlanması ve bölge adliye mahkemelerinin sayısının zaman içinde artırılması ile birlikte, Türk hukukundaki istinaf sistemi dikkate alındığında gönderme kararlarının sayısının nispeten azalması beklenebilir.

Kanımızca dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği durumlar bakımından, aşağıda başlıklarda örneklerle açıklamaya çalıştığımız ölçütlere kanunda yer verilmesi uygun olacaktır.

2. Temel Yargısal Hakların İhlal Edilmesi

Taraflara ilk derece yargılamasında hukuki dinlenilme hakkı tanınmamış olması bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, mahkeme tarafı tahkikat duruşmasına davet etmeden[149] veya sözlü yargılama ve hüküm için gün belirlemeden ve tarafı davet etmeden davanın esası hakkında karar verirse, bu durum ağır bir usûl hatası olarak değerlendirilmeli ve bu tür bir hatanın tespit edilmesi halinde istinaf mahkemesi tarafından dosyanın, eksikliğin tamamlanması için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.[150] Hukuki dinlenilme hakkının ihlaline, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmeden ve savunma ve hukuki dinlenilme hakkı tanınmadan karar verilmiş olması,[151] bilirkişi raporu tarafa tebliğ edilmeden karar verilmiş olması,[152] dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış olmasına rağmen tanık listesinin bildirilmesi için süre verilmeden ve tanıklar dinlenmeden karar verilmiş olması,[153] ilk derece kararının

[149] "... davalının tahkikat duruşmasında bulunmasına imkân sağlanmaksızın, davanın esası hakkında hüküm kurulması, davalının hukuki dinlenilme hakkına (HMK m. 27) aykırı olup, usûl ve yasaya aykırı bulunmuştur." İzmir BAM, 2. HD, 4.5.2017, 894/821 (Lexpera).

[150] "Mahkeme, sözlü yargılama ve hüküm için yeni bir duruşma günü tayin etmeden davalının yokluğunda hüküm vermiştir. Yerel mahkeme hâkimi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. madde hükmünü dikkate almayarak taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama ve son sözlerini söyleme hakkı vermeyerek Hukuk Muhakemeleri Kanununun 184. ve 186. maddelerinin emredici ve açık hükmünü uygulamadığından, hükmün münhasıran bu sebeple kaldırılmasına belirtilen eksikliğin giderilerek yeniden hüküm verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur." İstanbul BAM, 10. HD, 5.4.2017, 224/279 (Lexpera). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 11. HD, 5.4.2017, 226/34; İstanbul BAM, 11. HD, 6.3.2017, 136/177; İstanbul BAM, 11. HD, 21.3.2017, 266/275 (Lexpera).

[151] "Mahkemece, dava dilekçesi diğer tarafa tebliğ edilip savunma ve hukuki dinlenilme hakkı verilmeden görevsizlik kararı verilmiş, ayrıca yetkisizlik kararı mahiyetinde olmak üzere dosyanın İstanbul Tüketici Mahkemesine gönderilmesine hükmedilmiştir." Gaziantep BAM, 7. HD, 13.4.2017, 758/520 (Lexpera).

[152] Antalya BAM, 12. HD, 17.4.2017, 567/521 (Lexpera).

[153] Gaziantep BAM, 3. HD, 18.5.2017, 519/521; İstanbul BAM, 24. HD, 13.4.2017, 785/615 (Lexpera).

gerekçesiz olması veya gerekçenin önemli derecede yetersiz olması[154] örnek gösterilebilir. Uygulamada örnek olarak verdiğimiz sebeplerle gönderme kararı verilmekteyse de hukuki dayanak olarak HMK m. 353, I, 6, a gösterilmektedir. Kanımızca bu hüküm tek başına yukarıda verdiğimiz tüm örnekler bakımından dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine yeterli dayanak olabilecek nitelikte değildir. Örneğin, bilirkişi raporunun usûlüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olması, gösterilen deliller hiç toplanmadan ve değerlendirilmeden karar verilmiş olması sonucunu doğurmaz, ancak hükme etki eden bilirkişi raporuna itiraz hakkının tanınmaması önemli bir usûl hatası olarak değerlendirilebilir.

İlk derece mahkemesinde aleni yargılama yapılması gerekli olmasına rağmen bu ilkeye uyulmamışsa, aleni olarak yeniden yargılama yapılabilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerekli kılmaktadır.

3. Tarafların Asli Talepleri Hakkında Karar Verilmemiş Olması

İlk derece mahkemesindeki önemli bir usûl hatası veya başka bir usûli sebeple tarafların dava konusu asli talepleri hakkında karar verilmemiş olduğunun tespit edilmesi halinde, istinaf mahkemesi, ilk derece kararını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebilmelidir. Bu durumun dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sebepleri arasında kabul edilmesinin sebebi, tarafların dereceli yargılama haklarından mahrum kalmamasıdır. Henüz incelenmemiş, değerlendirilmemiş ve hakkında karar verilmemiş bir talep hakkında, istinaf mahkemesinin inceleme yapmasının mümkün olmadığı kanısındayız.

Örneğin, davacı maddi ve manevi tazminat talep etmiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi sadece maddi tazminat talebi hakkında karar vermişse, istinaf mahkemesi manevi tazminat talebi hakkında da inceleme ve değerlendirme yapılarak karar verilmesi için

[154] Antalya BAM, 3. HD, 29.5.2017, 530/441; İstanbul BAM, 14. HD, 3.5.2017, 226/230 (Lexpera); Gaziantep BAM, 10. HD, 18.5.2017, 746/617 (Lexpera).

dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir.[155] İşçinin kıdem tazminatı, sendikal tazminat, fazla mesai ücreti gibi birden fazla asli ve bağımsız alacak hakkının hüküm altına alınması talebiyle dava açması halinde, ilk derece mahkemesi sadece kıdem tazminatı hakkında karar vermiş, sendikal tazminat ve fazla mesai ücreti konusunda olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapmamış ve karar vermemişse, dosya karara bağlanmayan talepler hakkında hüküm verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilebilmelidir. İşçilik alacaklarının tahsil edilmesi amacıyla açılan bir davada istinaf mahkemesi, davacının yol ve yemek ücreti ile kötü niyet tazminatı talepleri yönünden ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmemiş olması nedeniyle, bu talepler hakkında da inceleme yapılması ve karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.[156]

Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle açılan davada, ölenin müterafik kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapılması talebinin ilk derece mahkemesi tarafından tartışılmamış ve bu konuda karar verilmemiş olması,[157] boşanma davasında talep edilmiş olmasına rağmen tedbir nafakası,[158] iştirak nafakası,[159] yoksulluk nafakası,[160] maddi–manevi tazminat[161] talepleri hakkında

[155] "Somut olayda, davacı dava dilekçesi ile haciz tehdidi altında ödediği 6.400,00 TL'nin ve 2.000,00TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir. Mahkeme ise sadece istirdat davası yönünden hüküm kurmuş olup, manevi tazminat talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm kurmamıştır. Mahkeme dava dilekçesi ile talep edilen her bir alacak yönünden hüküm kurmak zorunda olup, karar bu haliyle 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesine aykırıdır. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin davacının manevi tazminat talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmamış olması usûl ve yasaya aykırı olup, HMK 353/1-a.6 maddeye göre delillerin hiç değerlendirilmemiş derecesinde olduğunun kabulü gerektiği kanaatine varılmış olmakla, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile, HMK 353/1-a maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye geri gönderilmesine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." Antalya BAM, 2.6.2017, 416/466 (Lexpera).

[156] Gaziantep BAM, 7. HD, 6.4.2017, 467/492 (Lexpera).

[157] Gaziantep BAM, 17. HD, 26.4.2017, 557/546 (Lexpera).

[158] İzmir BAM, 2. HD, 20.4.2017, 968/708 (Lexpera).

[159] İzmir BAM, 2. HD, 18.4.2017, 451/679 (Lexpera).

[160] İzmir BAM, 2. HD, 16.3.2017, 286/467 (Lexpera).

[161] İstanbul BAM, 11. HD, 21.3.2017, 241/284 (Lexpara).

karar verilmemiş olması; boşanma davasında evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve zina sebebiyle boşanma talep edilmiş olmasına rağmen, zina sebebiyle boşanma talebi hakkında karar verilmemiş olması,[162] davaların birleştirilmesi halinde birleştirilen davalardan birinde davacının talebi hakkında karar verilmemiş olması,[163] icra takibinde haczedilen taşınmaz hakkında yasal süresi içinde meskeniyet iddiasında bulunulması sebebiyle yapılan şikayet yargılamasında, ilk derece mahkemesi tarafından usûle aykırı olarak haczedilmezlik şikayetinin süresinde yapılmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilmiş ve meskeniyet iddiasının esası hakkında inceleme yapılmamış olması,[164] sübjektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu hallerde ilk derece mahkemesi tarafından (davalılardan) biri hakkında olumlu ya da olumsuz hüküm verilmemiş olması,[165] nedeniyle ilk derece kararı kaldırılarak bu talepler hakkında inceleme ve değerIendirme yapılmak ve karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin istinafa tabi geçici hukuki koruma kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusu (HMK m. 391, III; m. 394, V) hakkında karar verirse, bu kararla ilk derece yargılaması sona ermediğinden, dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu durumda ilk derece mahkemesi maddi hukuka veya usûl kurallarına aykırı hareket ettiği için değil, istinaf incelemesinin sadece geçici hukuki koruma kararıyla sınırlı olması ve henüz uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

İlk derece yargılamasında dava konusu asli talepler hakkında karar vermemesi usûl kurallarına aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi ilk derece mahkemesinin maddi hukuku yanlış uygulanmasından veya bazı durumlarda yargılamanın niteliği (doğası) gereği davanın esası hakkında karar verilmemiş olmasından da kaynaklanabilir.

[162] İzmir BAM, 2. HD, 10.3.2017, 260/420 (Lexpera).
[163] Gaziantep BAM, 5. HD, 19.4.2017, 186/205 (Lexpera).
[164] İzmir BAM, 12. HD; 6.4.2017, 1144/809 (Lexpera).
[165] Gaziantep BAM, 13. HD, 2.5.2017, 334/599 (Lexpera).

Bu bağlamda istinaf incelemesi sonucunda ilk derece kararının kaldırılarak tahkikatın tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gereken hallere şu örnekleri verebiliriz. İlk derece mahkemesi davacı veya davalının taraf sıfatının bulunmaması,[166] hak düşürücü sürenin geçmesi veya zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle davanın reddine karar vermişse ve bu nedenle davayla ilgili önemsiz gördüğü diğer hususları incelememişse, istinaf mahkemesi bu kararı hukuka aykırı bulursa, ilk derece kararını kaldırarak dosyayı davanın esası hakkında tahkikatın tamamlanması ve karar verilmesi için ilk derece mahkemesine göndermelidir.

Yine anlaşmalı boşanmada tarafların duruşmada boşanma ve nafaka konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, taraflardan birinin boşanma kararına karşı istinafa başvurması anlaşmalı boşanma talebinden vazgeçilmesi olarak kabul edildiğinden (Yargıtay'a göre de boşanma kararı kesinleşinceye kadar taraflar anlaşmalı boşanmadan vazgeçebilir), boşanma kararının kaldırılmasına ve yargılamaya çekişmeli boşanma olarak devam edilebilmesi ve esas hakkında tahkikat yapılabilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmektedir.[167]

---

[166] "… İlk derece Mahkemesi tarafından davalı şirket ile diğer firmalar arasındaki ilişkinin müteahhit-ihale makamı ilişkisi olduğu, dolayısıyla davalı şirketin ihale makamı statüsünde olduğu, davacının davalı şirketin işçisi olmadığı, bu nedenle davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceği kanaatiyle pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. ... Dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun sistematiği ve üç dereceli yargılamanın gereği olarak, öncelikle ilk derece fonksiyonunun yerine getirilmesi, ardından istinaf değerlendirmesinin yapılması için, mahkemece gereken belgeler toplanmak suretiyle işçilik alacakları değerlendirilmeli, dava konusu alacaklar hesaplatılmalı, bu hesaba karşı tarafların itirazları değerlendirilmeli, davacı tarafa ıslah imkanı tanınmalı, usûlüne uygun gerekçe ile hüküm kurulmalıdır. Davacı alacaklarından davalının asıl işveren sıfatıyla sorumluluğunun bulunduğu kabul edildiğinden davanın yeniden görülerek gösterilen tüm delillerin, davacının ücretinin, tanık beyanlarının ilk derece Mahkemesi tarafından değerlendirilip davacının dava dilekçesinde miktar ve türlerini belirttiği alacaklar ile ilgili karar verilmesi için dosyanın kararı veren Mahkemeye gönderilmesine karar vermek gerekmiştir." Ankara BAM, 9. HD, 28.2.2017, 349/367 (Kazancı).

[167] Gaziantep BAM, 2. HD, 11.5.2017, 679/632; İzmir BAM, 2. HD, 2.5.2017, 826/796; Antalya BAM, 2. HD; 6.3.2017, 352/257 (Lexpera).

Maddi hukukun yanlış uygulanması nedeniyle gönderme kararına bir başka örnek, ilk derece mahkemesi tarafından TMK'nın 612. maddesi uyarınca terekenin tasfiye işlemi yapılması gerekirken, müteveffaya ait özel eşyaların bu eşyaların kendilerine teslimini kabul etmeyen Hazine'ye devredilmiş olması isabetli bulunmadığından, ilk derece mahkemesinde terekenin tasfiyesine ilişkin delillerin toplanıp, değerlendirilmesi ve karar verilmesi için ilk derece kararı kaldırılmış, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.[168] Bu durumda dava konusu talepler hakkında karar verilmemiş olmasının sebebi maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanmasıdır. Bu ihtimallerde, ilk derece mahkemesinde davanın esasına ilişkin olarak çok sınırlı bir yargılama yapılmıştır. Dava konusu taleplerin önemli bir bölümü hakkında karar verilmemişse, buna bağlı olarak bunlarla ilgili tahkikatta yapılmamış veya önemli ölçüde eksik olacaktır.

Kanımızca yukarıda örneklerini de verdiğimiz kararlar isabetli olup, tarafların asli talepleri konusunda ilk derece mahkemesi tarafından inceleme ve değerlendirme yapılmamışsa dosya ilk derece mahkemesine gönderilebilmelidir. Bununla birlikte, fer'i talepler hakkında karar verilmemiş olması bu hükmün kapsamında yer almaz. Örneğin, asıl alacak hakkında karar verilmiş ancak faiz talebi karara bağlanmamış ise, bu eksikliği istinaf mahkemesi giderebilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekli değildir.

4. Delillerin Önemli Bir Bölümü İncelenmeden veya Değerlendirilmeden Karar Verilmiş Olması (Tahkikatın Önemli Ölçüde Eksik Olması)

Kanımızca olması gereken hukuk bakımından, ilk derece kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği diğer bir durum, hüküm için önemli olan ve taraflarca mahkemeye bildirilen veya mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabilecek delillerin önemli bir bölümü incelenmeden ve değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır.[169] Burada kastedilen, uyuşmazlık hakkında hüküm verilebilmesi için gerekli dava malzemesinin önemli

[168] Ankara BAM, 17. HD, 13.4.2017, 267/257 (Lexpera).
[169] Boztaş, s. 445.

bir bölümünün eksik olması ve bu nedenle kapsamlı bir delil incelemesi gerekli olmasıdır.[170]

Örneğin, tarafın dilekçesinde usûlüne uygun olarak bildirdiği veya mahkeme tarafından re'sen araştırılması ve toplanması gereken delillerin önemli bir bölümü toplanmadan ve incelenmeden karar verilmesi,[171] uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili taraflarca bildirilen tanıkların önemli bir bölümü dinlenmeden, somut uyuşmazlıkta karar verilebilmesi için yapılması zorunlu keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verilmesi durumunda,[172] istinaf mahkemeleri dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir.

Örneğin, somut bazı olaylarda, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat davasında, tanıkların beyanları kaza tespit tutanağıyla çelişkili olmasına rağmen bu tutanak esas alınarak karar verilmesi, mahallinde, uzman bilirkişiden yardım alınarak keşif yapılması, tanıkların keşif mahallinde dinlenmesi ve kusur oranlarının buna göre belirlenerek sonucuna göre karar verilmesinin gerekli olması;[173] cismani zarar nedeniyle açılan tazminat davasında, olay mahallinde keşif yapılmamış olması, bilirkişi raporunun dosya üzerinden hazırlanması, yetersiz inceleme sonucu karar verilmesi[174] nedeniyle istinaf mahkemesi tarafından ilk derece kararı kaldırılarak tahkikatın tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Kanımızca yukarıdaki örnekler, HMK m. 353, I, a, 6 hükmü kapsamında değerlendirilemeyecekse de[175] olması gereken hukuk bakımından delillerin önemli bölümünün incelenmemiş veya değerlendirilmemiş olması halinde de gönderme kararı verilebilmelidir. Dosyanın

---

[170] Akil, s. 321 vd.

[171] İstanbul BAM, 24. HD, 13.4.2017, 785/615; İstanbul BAM, 9. HD, 22.3.2017, 103/125; İstanbul BAM, 34. HD, 29.3.2017, 281/379 (Kazancı); İstanbul BAM, 18. HD, 1.3.2017, 209/193; Gaziantep BAM, 7. HD, 13.4.2017, 758/520 (Lexpera).

[172] Antalya BAM, 3. HD, 26.5.2017, 503/448.

[173] Gaziantep BAM, 17. HD, 26.4.2017, 567/537 (Lexpera).

[174] Erzurum BAM, 1. HD, 18.4.2017, 211/242 (Lexpera). Keşif ve bilirkişi incelemesiyle ilgili benzer kararlar için bkz. Ankara BAM, 14. HD, 18.4.2017, 746/642; Gaziantep BAM, 17. HD, 21.3.2017, 283/322; Ankara BAM, 9. HD, 2.5.2017, 997/1087; Gaziantep BAM, 13. HD, 17.4.2017, 372/471 (Lexpera).

[175] Namlı, s. 142.

ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi için delillerin toplanması konusunda kapsamlı bir eksikliğin mevcut olması gerekir. Örneğin, sadece bir tanık dinlenmediği veya belirli bir belge dosyaya getirtilmeden karar verildiği için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilemeyeceği kanısındayız. İstinaf mahkemesi bu tür eksiklikleri kendisi de kolayca tamamlayabilecektir. Örneğin, hüküm için beyanı önemli olan tanık istinaf mahkemesinde yapılacak olan duruşmada dinlenebilir veya ilgili belge istinaf mahkemesi tarafından ilgili kişi veya kurumdan talep edilerek eksiklik tamamlanabilir.

Yargıtay da işçilik alacaklarının tahsili için açılan bir davada, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda talep edilen işçilik alacaklarına ilişkin "esas ücretin" yanlış belirlenmiş olması nedeniyle HMK m. 353, I, a, 6 hükmüne dayanılarak ilk derece kararının kaldırılması suretiyle gönderme kararı verilemeyeceğine, "esas ücret" in belirlenmesi noktasında eksiklik veya hata varsa, bunun istinaf mahkemesi tarafından bizzat giderilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yargıtay dairesi tahkikattaki eksikliğin istinaf mahkemesi tarafından giderilmesinin usûl ekonomisine daha uygun olacağını, emsal ücret araştırması yapılmışsa, delillerin hiç toplanmamış ve değerlendirilmemiş olmasından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.[176]

Uygulamada ilk derece mahkemesi tarafından bir başka dava veya yargılamanın sonucunun bekletici sorun yapılmamış olması durumunda da istinaf mahkemesi dosyanın ilgili davanın sonucunun bekletici sorun yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. Örneğin, ceza mahkemesinde görülmekte olan bir davanın sonucunun bekletici sorun yapılmaması;[177] boşanma davasında başka bir mahkemede açılmış olan nafaka davasının sonucunun bekletici sorun yapılmaması;[178] işçi alacaklarının tahsili için açılan davada daha evvel açılmış olan hizmet tespiti davasının sonucunun bekletici sorun yapılmaması[179] durumunda, ilk derece

[176] Y. 9. HD, 27.3.2017, 597/5190 (Lexpera).
[177] Antalya BAM, 3. HD, 2.6.2017, 552/459 (Lexpera).
[178] Gaziantep BAM, 2. HD, 10.5.2017, 599/621 (Lexpera).
[179] Antalya BAM, 7. HD, 31.3.2017, 727/766 (Lexpera).

kararını kaldırarak bu yönde işlem yapılması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Kanımıza istinaf incelemesine konu olan davanın hüküm sonucunu etkileyecek bir davanın veya yargılamanın bekletici sorun yapılmadan karar verilmesi de önemli bir usûle aykırılık olarak dikkate alınabilir. Bu durumda da ilk derece mahkemesi bekletici sorun yapılan davanın sonucuna göre inceleme ve değerlendirme yapacağından, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği kanısındayız.

Tarafların tüm talepleri hakkında karar verilmiş olmasına rağmen, dava malzemesinin (vakıaların ve delillerin) önemli bir bölümünün eksik toplanmış olması halinde de gönderme kararı verilebilmelidir. İlk derece mahkemesinin kendi hukuki bakış açısı ve altlama faaliyeti bakımından önemsiz gördüğü; yanılgı sonucunda uyuşmazlık konusu görmediği veya maruf ve meşhur kabul ettiği için hakkında delil toplamadığı vakıalar varsa, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

"Olaya ilişkin olarak Antalya 20. Asliye Ceza Mahkemesinin 2016/280 Esas sayılı dosyasında; kamu davasının devam ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece ceza mahkemesinde beraat kararı verilmesi halinde hukuk mahkemesini bağlayıcı olmayacağı ve ceza dosyasında yargılanan kişilerin gerçek kişi eldeki dava dosyasındaki davalının ise, tüzel kişi olduğu gerekçesiyle ceza dosyası sonucu beklenmeksizin karar verilmiş ise de; ceza dosyasında yargılanan kişilerin şirket yetkilileri olduğu, bu nedenle davalının tüzel kişi olmasının ceza dosyasının delil olma niteliğini değiştirmeyeceği, mahkumiyet kararı verilmesi halinde hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı olacağı ve dosyadaki delil durumuna göre ceza dosyasının sonucunun davanın esasının çözümü bakımından önem arz ettiği, tarafların ceza dosyasını delil olarak göstermiş olduğu anlaşıldığından, davalı vekilinin sair istinaf sebepleri incelenmeksizin ceza dosyasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden HMK 353/1.a-6 maddesi gereğince yerel mahkeme kararının kaldırılarak davanın

yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye geri gönderilmesine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."[180]

Olması gereken hukuk bakımından, istinaf mahkemesine dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek konusunda takdir yetkisi tanınmalıdır. İstinaf mahkemesi takdir yetkisini kullanırken, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda yargılamanın makul sürede sonuçlanması, yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi ve kanun yolunun işlevi dikkate alınarak titiz bir inceleme sonucunda karar verilmelidir. Kanımızca ilk derece mahkemesinde temel yargısal hak ihlali gerçekleşmişse veya tarafların asli talepleri hakkında ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmemişse, tarafların ilk derece yargı hakkından mahrum kalmaması için ve henüz esas bakımından karara bağlanmayan asli talepler hakkında istinaf mahkemesinde inceleme yapılamayacağı için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir. Buna karşılık tahkikatta önemli bir eksiklik bulunmaktaysa, örneğin delillerin toplanması ve incelenmesi için kapsamlı tahkikat işlemlerine ihtiyaç varsa, istinaf mahkemesi usûl ekonomisi (yargılamanın süresi, yargılama giderleri ve basitlik) bakımından uygun olacak şekilde işlem yapmalıdır. Yukarıda incelediğimiz hukuk sistemlerindeki gibi ilke (kural) olarak eksikliğin istinaf mahkemesi tarafından giderilmesi kabul edilmeli, ancak bu yargılama giderlerinin aşırı artmasına, yargılamanın uzamasına ve taraflar için zorlaşmasına neden olacaksa dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde, yine karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, her iki tarafın talep etmesi halinde istinaf mahkemesi bu taleplere bağlı olmamakla birlikte, tahkikatı kendisi yapabilmelidir.

B. Dosyanın Gönderileceği Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin ilk fıkrasındaki ihtimallerden biri gerçekleştiği takdirde, dosyanın gönderileceği mahkeme, duruma göre kararı veren ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin yargı çevresindeki başka bir ilk derece mahkemesi, görevli ve yetkili ilk derece mahkemesi ya da başka bir

[180] Antalya BAM, 3. HD, 2.6.2017, 552/459 (Lexpera).

istinaf mahkemesi olabilir. Aşağıda çeşitli olasılıklara göre, dosyanın hangi mahkemeye gönderileceğini açıklamaya çalışacağız.

Davaya bakması yasak olan hâkim tarafından karar verilmişse, ileri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkim tarafından davaya bakılmışsa, taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan yahut vekil ve temsilci olmayan kimseler huzurunda davaya bakılmış ve karar verilmişse; ilk derece mahkemesi usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar vermişse; mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse, istinaf mahkemesi, kural olarak dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine göndermelidir (m. 353, I, a, 1, 2, 4, 5, 6).

Kanımızca, dava ehliyeti, davayı takip yetkisi veya davaya vekâlet ehliyeti gibi dava şartları, ilk derece yargılamasının sona ermesini takiben, istinaf derecesinde tamamlanırsa, başka bir deyişle dava şartı eksikliği giderilmiş olursa, istinaf mahkemesi dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermemelidir.[181] Davanın başında eksik olan dava şartı, hüküm verilmeden önce tamamlanırsa, kural olarak dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmez.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353'üncü maddesinin a bendinde sayılanlar dışında gönderme kararı verilmesi gereken diğer hallerde de dosya kararı kaldırılan ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Bu bağlamda tarafların asli talepleri hakkında karar verilmemişse veya tahkikatta önemli derece eksiklik var ve ilk derece mahkemesinde delillerin toplanması ve incelenebilmesi için ayrıntılı tahkikat yapılması gerekli ise dosya bu eksikliklerin tamamlanması ve esas hakkında yeniden karar verilmesi için kararı kaldırılan ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

[181] Aynı yönde bkz. Karaaslan, s. 233; Alman Federal Mahkemesine göre, gönderme kararı verilmesini gerektiren usûli hata veya eksiklik düzeltilmişse, istinaf mahkemesi artık bu usûl hatası nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermemelidir. Bkz. Prütting, ZPO, § 538, Nr. 12.

İstinaf mahkemesi dosyayı, kendi yargı çevresindeki başka bir ilk derece mahkemesine de gönderebilir. Örneğin, yasaklı hâkim tarafından davaya bakılmış olması durumunda, o yerde aynı yetkiye sahip başka bir hâkim yoksa davaya başka bir yer mahkemesinde bakılmalıdır (m. 353, I, a, 1, 2). Böyle bir ihtimalde, yargı yeri olarak, oraya en yakın yerdeki ilk derece mahkemesi belirlenmelidir. Örneğin, İİK m. 10/a'ya göre, icra mahkemesi hâkiminin reddedilmesi ve bu ret talebinin reddi hakkındaki ilk derece mahkemesi kararının istinaf mahkemesi tarafından kaldırılması durumunda, reddedilen hâkimin verdiği karar yerine getirilmez ve dosya o yerdeki icra mahkemesinin başka bir dairesine veya icra mahkemesinin başka bir dairesi yoksa en yakın icra mahkemesine gönderilir.[182]

Davaya bakan ilk derece mahkemesi görevsizse, istinaf mahkemesi, dosyayı görevli ilk derece mahkemesine göndermelidir (m. 353, I, a). İlk derece mahkemesinin görevsiz olması halinde dosyanın hangi mahkemeye gönderileceği konusunda uygulamada farklı kararlar verilmektedir. Bazı istinaf mahkemeleri, kararı incelenen mahkemenin görevsiz olduğu sonucuna varırsa dosyanın doğrudan görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir.[183] Bazı istinaf

[182] Görevli ve yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî (yasaklılık veya ret sebebinin olması vb.) engel olması durumunda Yargıtay'ca merci tayininin nasıl yapılacağı hakkında bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 186 vd.

[183] "HMK 353/1-a maddesi hükmünde esasa girilmeden yapılan değerlendirmede verilecek karar ile ilgili özel usûl kurulları ve verilecek kararın ne şekilde olacağı öngörülmüş olup, açıkça bu şekildeki kararlarda mahkemeye gönderme kararı verilmesi gerektiği belirtilerek 353. maddenin 1. Fıkrası a bendi gereğince kaldırılan kararlardan sonra Bölge Adliye Mahkemelerince ayrıca teknik anlamda görevsizlik kararı verileceği ve yine HMK 20 maddesi gereğince işlemler yapılacağı düzenlemesine yer verilmemiştir. Yani somut olayla ilgilendirildiğinde anılan maddenin 3. bendinde yer alan görevsiz mahkemenin işin esasına girerek karar vermesi durumunda Bölge Adliye Mahkemesince verilecek kararla ilgili usûl açıkça düzenlenmiş olup. Bölge Adliye Mahkemesine ayrıca bir görevsizlik kararı verilmesi ve HMK 20. Maddesi gereğince işlemler yapılması için karar verilmesi yetkisi verilmemiştir. HMK 360. Maddede bu bölümde hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün Bölge Mahkemesinde de uygulanacağı yazılı olup, 353 maddedeki yargılama usûlü açıkça belirlendiğinden anılan madde hükmünde yer alan inceleme ve kararlarda bu madde hükmüne göre işlem yapmak gerektiği, açık düzenleme açısında ilk derece mahkemesinin görevsiz kararları ile ilgili uygulamaları yapmaya ve kararları almaya Bölge Adliye Mahkemesinin yetkili olmadığı, yasama organının bilinçli terci yaparak adeta görevsizlik kararı ile ilgili olan HMK'nın önceki maddelerinde yer alan

mahkemeleri ise dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için, dosyayı kararı veren mahkemeye göndermektedir. İkinci tür karar veren mahkemelerin gerekçeleri ise şu şekildedir: Görevsizlik kararının davaya bakan mahkeme tarafından verilebilecek olması, görevsizlik kararı üzerine bu kararın kesinleşmesinden itibaren belirli bir süre içinde taraflarca görevsiz mahkemeye başvurularak dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep etme zorunluluğunun bulunması, bu bağlamda HMK m. 20 hükmünün uygulanabilmesi, görevsizlik kararını bizzat vermeyen ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararına bağlı olarak süresi içinde başvuru yapılmamış olması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar veremeyecek olması, HMK m. 353, I,a'da düzenlenen durumlarda istinaf mahkemesinin bizzat karar verme yetkisi bulunmadığından HMK m. 114/c ve 115'inci maddeleri gereğince görev yönünden usûlden ret kararı veremeyecek olması nedeniyle, görev konusunda karar verilmek üzere (başka bir deyişle görevsizlik kararı verilmesi için) dosyanın görevli olmadığı halde davanın esası hakkında hüküm veren mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir.[184]

Kanımızca HMK m. 353, I, a'nın açık hükmü dikkate alındığında, dosyanın doğrudan görevli mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu kararı incelenen mahkemenin görevsiz olması halinde, dosyanın *"görevli ilk derece mahkemesine gönderileceğini"* düzenlemiştir. İstinafa ilişkin özel hükümlerde

---

düzenlemeleri ile ilgili bypass yapmayı yeylediği kanaati oluşmuştur. Nitekim ilmi eserlerde de bu sonuca ulaşıldığı örnek kararların bu sonuç çerçevesinde hazırlandığı görülmektedir. Bu sonucun Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluş amacına, adaletin çabukluğu ilkesine ve usûl ekonomisi ilkesine daha uygun olacağı, davasını takip etmeyen davacının yargılamanın her aşamasında taktirini kullanabileceği gerçekliği de nazara alındığında ve de görevsizlik kararı verilen İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin görevinin Yargıtay kararı ile kesinleşmiş olması nedeniyle dosyanın bu mahkemeye gönderilmesi uygun bulunmuştur. ... SONUÇ :1-Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı şirketler vekilinin istinaf başvurusunun KABULÜ ile İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 09.09.2016 tarih, 2016/600 E., 2016/814 K. sayılı kararının KALDIRILMASINA, 2-Dosyanın HMK 353/a-3 maddeleri gereğince esas hakkında karar verilmesi için İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine, ..." İzmir BAM, 17. HD, 30.12.2016, 54/69 (Kazancı).

[184] Ankara BAM, 22. HD, 19.4.2017, 383/501 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Ankara BAM, 22. HD, 13.4.2017, 460/478 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Budak/Karaaslan, s. 352, Nr. 78.

düzenleme bulunması halinde, bu özel düzenlemenin uygulanması gerektiğinden ilk derece mahkemelerindeki yargılama usûlünü düzenleyen HMK m. 20 hükmünün burada ilk derece yargılamasında olduğu gibi uygulanması mevcut düzenlemeye aykırı olacaktır. Bu hüküm ancak istinafa ilişkin bölümde aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanabilir (HMK m. 360). Başka bir deyişle HMK m. 20 istinafa ilişkin özel hükümlerle bağdaştığı ölçüde uygulanabilecektir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, bölge adliye mahkemesinin görevli mahkemenin belirlenmesine ve dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine dair kararı kesin nitelikte olduğundan, bu kararın taraflara tebliğ edilmesi üzerine, davaya görevli mahkemede devam edilebilmesi için taraflardan birinin kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde davanın açıldığı görevsiz mahkemeye başvurarak dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmelidir.[185] Süresi içinde talepte bulunulmazsa, görevsiz mahkeme HMK m. 20 uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir. Burada görevsiz mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına karar verebilmesi için, görevsizlik kararını bizzat verip vermediğinin önemi yoktur, zira ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin göreve ilişkin kararıyla bağlıdır.

Görevsiz mahkeme tarafından yapılan usûl işlemleri kural olarak geçersiz olduğundan (m. 364), dosya kendisine gönderilen mahkeme, görevsiz mahkeme tarafından yapılan usûl işlemleriyle bağlı değildir. Bununla beraber, görevsiz mahkeme tarafından yapılan bazı usûl işlemlerini tekrarlamadan tahkikatı tamamlayabilir. Usûlüne uygun olarak yapılan taraf usûl işlemleri ise, görevsiz mahkemede yapılmış olsa dahi geçerlidir.[186]

---

[185] Örneğin, "Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;1-İzmir 13. İş Mahkemesinin 2016/323 Esas 2016/570 Karar sayılı 02/11/2016 tarihli kararının HMK. 353/b-2 maddesi uyarınca ORTADAN KALDIRILMASINA, 2-İzmir 13. İş Mahkemesinin YETKİSİZLİĞİNE, 3- Talep halinde karar kesinleştiğinde dasyanın yetkili BİTLİS İŞ MAHKEMESİNE gönderilmesine, ..." İzmir BAM, 7. HD, 15.2.2017, 157/224 (Lexpera).

[186] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 80; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 144-145. "… Tarafların görevsiz mahkemede yaptıkları usûl işlemleri geçerlidir. Burada yapılan ikrar, yemin, feragat, sulh ve kabul gibi işlemler görevli mahkemede de geçerlidir. Buna karşılık, görevsiz mahkeme tarafından yapılmış usûl işlemleri kural olarak geçersizdir. Yani görevli mahkemeyi bağlamaz. Bu işlemlerin görevli mahkemede

Yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmişse, dosya yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmelidir (m. 353, I, a). Kanımızca kesin olmayan bir yetki kuralının ihlâli sebebiyle gönderme kararı verilebilmesi, davalı tarafın ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmuş olmasına bağlıdır. Kesin yetki kuralının ihlâl edildiği durumlarda ise ilk derece mahkemesinde yetki itirazında bulunulmamış olsa dahi, istinaf mahkemesi re'sen dosyanın yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir. Bu durumda da dosya yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmek için kararı veren mahkemeye gönderilmektedir.[187]

Yetkisizlik nedeniyle gönderme kararı verilirse, kural olarak yetkisiz mahkeme tarafından yapılan usûl işlemleri geçersizdir (m. 364); taraf usûl işlemleri ise geçerli kalmaya devam eder. Davaya daha sonra bakan yetkili mahkeme yetkisiz mahkemenin yapmış olduğu bazı işlemleri tekrar etmeden tahkikatı tamamlayabilir.[188]

Hem görevsiz hem de yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmesi halinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi için taraflardan birinin HMK m. 20'ye göre iki haftalık süre içinde dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi için talepte bulunmalıdır. Aksi halde ilk derece mahkemesi davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir.

Kararı istinafa konu olan ilk derece mahkemesi, incelemeyi yapan istinaf mahkemesinin yargı çevresi dışındaysa (m. 353, I, a, 3), başka bir deyişle dosya yetkisiz mahkemenin önüne gelmişse, istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine değil, doğrudan yetkili istinaf mahkemesine göndermelidir. Zira, dosyayı önce ilk derece mahkemesine sonra istinaf mahkemesine göndermek gereksiz gider yapılmasına ve zaman kaybına neden olur.[189] Kanunun lafzından, ilk derece mahkemesinin istinaf mahkemesinin yargı çevresi dışında

---

tekrarlanması gereklidir. Bununla birlikte, görevli mahkeme, görevsiz mahkemenin yapmış olduğu işlemleri özellikle tespit etmiş olduğu delilleri, bunların tekrarlanması için bir neden yoksa, kararına esas alabilir. …" HGK, 11.5.2005, 2-315/333 (KİB).

[187] Budak/Karaaslan, s. 352, Nr. 77; Karaaslan, s. 227 vd.

[188] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 184.

[189] İstinaf El Kitabı, s. 66.

bulunması durumunda, ilk derece kararının "kaldırılmasına (iptaline) karar verilmesi" gerektiği anlaşılmaktaysa da buna gerek olmadığı, yetkisiz istinaf mahkemesinin böyle bir karar veremeyeceği kanısındayız. Yetkisiz istinaf mahkemesi, kararı kaldırmadan, sadece dosyayı yetkili istinaf mahkemesine göndermekle yetinmelidir. İlk derece yargılaması 353, I, a'da sayılan usûl hatalarından etkilenmişse, bu konuda ancak yetkili istinaf mahkemesi karar verebilir. Ayrıca istinaf mahkemesinin somut olayda yetkili olup olmadığı kanımızca istinaf derecesinde ön incelemeye ilişkin hükümde düzenlenmeli, dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine bu aşamada karar verilmelidir. Zira istinaf mahkemesinin yetkili olması, istinaf başvurusunun esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için öncelikle var olması gereken ve ön incelemede dikkate alınması gereken bir husustur.

C. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılması ve Gönderme Kararının Niteliği ve Sonuçları

Kanımızca istinaf mahkemesinin ilk derece kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, niteliği itibariyle usûle ilişkin bozucu (*kassatorish*) nitelikte nihai bir karardır.[190]

Kanunda, 353, I, a'daki hâllerde, istinaf mahkemesinin "kesin olarak" gönderme kararı vereceği belirtilmiştir. Buradaki kesinlik kavramının dar ve teknik anlamda kesin hüküm olarak mı yoksa sadece ilk derece mahkemesinin bağlayıcı bir kararı olarak mı anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca bu soru ayrım yapılarak yanıtlanmalıdır.

İstinaf mahkemesinin esas bakımından temyize tâbi olmayan kararları söz konusu ise, örneğin miktar veya değeri 41.530,00-TL'yi geçmeyen bir dava hakkında karar verilmişse, 353, I, a kapsamında verilen gönderme kararları dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil eder. Tabi "kesinlik", davanın esası hakkında değil, sadece 353'üncü maddenin I'inci fıkrasında sayılan usûlî eksiklikler hakkında oluşur.

[190] İsviçre hukuku için bkz. Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Art. 318, Nr. 38. Alman hukuku için bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, s. 985; Avusturya hukuku için bkz. Fasching, Lehrbuch, s. 915.

Dolayısıyla usûle ilişkin eksiklik tamamlandıktan sonra tekrar dava açılabilir. Örneğin, dava ehliyeti bulunmayan taraf huzurunda görülen bir davada, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp, dosya ilk derece mahkemesine gönderilse dahi dava ehliyetini sonradan kazanan taraf, ilk derece mahkemesinde tekrar dava açabilir.

İstinaf mahkemesi, esas hüküm bakımından temyiz yolu açık bir dava veya iş hakkında karar vermişse, "kesinlik" kavramı, kararın teknik ve şeklî anlamda kesinleşmesi olarak anlaşılmamalıdır. Kanımızca kesinlikten kasıt, gönderme kararının ilk derece mahkemesini bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorunda olması ve gönderme kararının tek başına temyiz edilemeyecek olmasıdır.[191] Zira, 353, I, a maddesinde sayılan durumlardan bazıları, dava şartı niteliğinde olup, hüküm kesinleşinceye kadar ve her aşamada re'sen dikkate alınabilecektir. Nitekim 371'inci maddenin b bendinde, dava şartlarına aykırılık, mutlak bozma (temyiz) sebepleri arasında gösterilmiştir. Dava şartlarına aykırılık, sadece ilk derece yargılamasını değil, istinafı da olumsuz etkilediğine kesin gözle bakılan usûle aykırılıklardan kabul edilmiş ve mutlak bozma sebepleri arasında sayılmıştır. İstinaf mahkemesinin dava şartlarını dikkate almaması veya bu konuda yanlış karar vermesi Yargıtay'ca re'sen dikkate alınabilecektir.

Dava şartlarındaki eksikliği mutlak bozma sebebi kabul eden 371'inci madde ile 353, I, a maddesi birlikte yorumlanmalıdır. Kanun koyucu, 353, I, a'da sayılan durumlar bakımından teknik anlamda kesin hüküm verilmesini öngörmüş olsaydı, temyiz sebepleri arasında dava şartlarına aykırılıktan bahsetmezdi veya en azından 353, I, a hükmünün istisna olduğunu belirtirdi. Eğer, 353, I, a'da sayılan durumlarda, istinaf mahkemesinin gönderme kararının, teknik anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilirse, bu maddede sayılmayan dava şartları dışarıda kalacak ve farklı bir uygulamaya tâbi olacaktır. Diğer yandan, istinaf mahkemesinin dava şartı niteliğindeki mutlak istinaf sebebini fark etmeden başvuruyu esastan reddetmesi

[191] Gönderme kararının kesin olması nedeniyle temyiz edilemeyeceği yönünde bkz. Y. 9. HD, 27.3.2017, 597/5190 (Lexpera).

veya başvuruyu kabul ederek davanın esastan kabul veya reddine karar vermesi durumunda, temyiz yoluna başvurulursa, 353, I, a'da sayılan dava şartları bakımından istinaf mahkemesinin kararının kesin olup olmadığı tartışması doğacaktır.

Bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde ise bir başka sorun ortaya çıkmaktadır. Görev ve yetki uyuşmazlıklarını çözmek için istinaf mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı temyize başvurulamayacağına dair HMK m. 361 düzenlemesi tereddüt uyandıracak mahiyettedir. Maddeye göre, *"yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlara karşı temyize başvurulamaz"* (HMK m. 362, I, c). Görev ve kesin yetki mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer aldığından, istinaf incelemesi sonucunda bu konuda verilen karar daha sonra temyiz incelemesine konu olabilecek midir? Kanımızca maddenin lafzına göre burada bir ayrım yapılması gerekmektedir. İstinaf mahkemesinin görev ve yetki konusundaki kararı, kendi yargı çevresi içindeki uyuşmazlıklara ilişkinse temyize tabi olmadığından, bu konuda verilen karar dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil eder. Buna karşılık istinaf mahkemesi kendi yargı çevresi dışında bulunan bir ilk derece mahkemesinin görev ve yetkisi konusunda karar vermişse, maddenin lafzına göre göreve ve yetkiye ilişkin bu karara karşı temyize başvurulabileceğinden, dar ve teknik anlamda kesin hükümden söz edilemez.

Gönderme kararı, dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlar. İlk derece mahkemesi direnme kararı veremeyeceğinden,[192] dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi bu

[192] Boztaş, s. 439; İlk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin 353, I, a hükmüne dayanarak verdiği kaldırma ve gönderme kararına karşı ilk kararında ısrar edememesine rağmen (m. 353, I, a), Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda vereceği bozma kararına direnebilir (m. 373, V). Yargıtay'ın bozma kararı, istinaf başvurusunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda incelemeyi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yapar. Kanımızca istinaf kanun yolunun katılmasıyla üç dereceli bir yargılama modeline sahip olan adlî yargı sisteminde, Yargıtay'ın bozma kararlarına karşı ilk derece

kararla ve kararın içeriğinde istinaf mahkemesi tarafından belirtilen değerlendirme ve görüşlerle bağlıdır, ilk derece mahkemesi direnme kararı veremez. İlk derece mahkemesinin tahkikatı tamamlayarak esas hakkında verdiği karara karşı, taraflarca yeniden istinafa başvurulması durumunda, istinaf mahkemesi gönderme kararında belirttiği hukuki görüşler ile kendisi de bağlı olacaktır.

İstinaf mahkemesinin kararının içeriği ilk derece mahkemesinin yapması gereken işlemler bakımından belirleyici olacaktır. Örneğin, istinaf mahkemesi davaların birleştirilmesi kararını usûle aykırı bulduğu için kaldırır ve gönderme kararı verirse, ilk derece mahkemesi davaların ayrılmasına karar vermelidir. Delillerin hiç toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması sebebiyle gönderme kararı verilirse, ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin gönderme kararında işaret edildiği şekilde delilleri toplamalı ve değerlendirmelidir. Bu durumda, istinaf mahkemesinin kararı ilk derece hâkimini delilleri nasıl değerlendirmesi gerektiği konusunda bağlamaz.[193]

İstinaf mahkemesi ilk derece kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, bu kararında yargılama giderleri bakımından vereceği karar, sadece istinafa ilişkin giderlerle sınırlı olacaktır. Örneğin, duruşma açılmadan karar verildiğinden vekalet ücretine hükmedilmemeli, istinaf başvurusunun kabul edilmesi nedeniyle istinafa başvuran tarafça yatırılan harcın iadesine karar verilmeli ve istinaf yargılaması

---

mahkemesinin veya istinaf mahkemesinin direnebilmesi isabetli olmamıştır. İki dereceli yargılama sisteminde, Yargıtay sadece hukuka uygunluk denetimiyle ve bozma kararıyla yetinmek zorunda kaldığından ilk derece mahkemesinin bozmaya direnmesi anlamlıydı. Böylece ilk derece mahkemesinin kararı bir kez daha gözden geçirilmekteydi. Ancak, istinafın yürürlüğe girmesinden sonra bu imkânın devam ettirilmesine ihtiyaç kalmamıştır. Üç dereceli yargılama sisteminde direnme kurumunun muhafaza edilmesi istinafla birlikte biraz daha uzayan yargılamanın, bu kez süründecemede kalmasına neden olabilecektir. Bkz. Tanrıver, Süha:"Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, (s. 71-75), s. 75; Tanrıver, Süha:"Hukuk Yargısında Etkinliği Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, (165-179), s. 177.

[193] Akkaya, s. 333.

nedeniyle yapılan yargılama giderlerinin ilk derece mahkemesi tarafından verilecek kararda değerlendirilmesine karar verilmelidir.[194]

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilme sebebine bağlı olarak, ilk derece mahkemesi tarafından yapılacak tahkikatta tarafların ıslah yoluna başvurarak iddia ve savunmalarını genişletip değiştirebilecekleri ve talep sonucunu artırabilecekleri kanısındayız. Örneğin, ilk derece mahkemesi haksız fiil nedeniyle açılan bir tazminat davasında, zararın tespiti için bilirkişi incelemesi yapmadan davanın esası hakkında ret kararı vermiş, istinaf mahkemesi ise aksi kanaatte olduğu için tahkikatın tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, bu durumda davacı bilirkişi raporu ve görüşü doğrultusunda ıslah ile veya belirsiz alacak davası söz konusu ise ıslaha gerek olmadan talep sonucunu artırabilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu imkânın şekli anlamda kesinleşen hüküm kısımları dışında (kesin hüküm kısımları bakımından) ve aleyhe karar verme yasağı dikkate alınarak uygulanabilecek olmasıdır.[195]

Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, kural olarak yeniden tahkikat yapar. Tahkikata yeniden dönülmesi mahkemenin daha evvel yaptığı bütün işlemlerin tekrar edilmesini gerektirmez. İlk derece mahkemesi, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine sebep olan duruma göre, gönderme kararında eksikliği tespit edilen tahkikat işlemlerini yapmalı ve yeniden davanın esası hakkında karar vermelidir. İstinaf mahkemesinin kaldırma ve gönderme kararının kapsamı dışında kalan hususlarda inceleme yapması mümkün değildir. Örneğin, dava ehliyeti bulunmayan taraf huzurunda yargılama yapılmışsa, o tarafın kanuni temsilcisi tarafından temsil edilmesi sağlanarak yargılama yapılmalıdır. İlk derece mahkemesi tarafları sözlü yargılama ve hüküm duruşmasına davet etmeden esas hakkında karar vermiş ve bu nedenle kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk dereceye gönderilmesine karar verilmiş, tahkikatın baştan sona tekrar edilmesi gerekli olmayıp, taraflar usûlüne uygun olarak sözlü yargılama duruşmasına davet edildikten sonra karar verilmelidir.

---

[194] Albayrak, s. 221.

[195] Aleyhe karar verme yasağının kapsamı konusunda bkz. Atalı, s. 105 vd.

Tahkikat için duruşma yapılması gereken durumlarda, ilk derece mahkemesi duruşma günü belirlemeli ve tarafları duruşmaya davet etmelidir. Tahkikatın tamamlanmasından sonra davanın esası hakkında verilen nihaî karar da şartları varsa istinafa tâbidir. Dosyanın yeniden istinaf mahkemesi önüne gelmesi halinde, bu kez istinaf mahkemesi hukuki güvenlik ilkesi gereğince kural olarak ilk kararındaki hukuki değerlendirmeleri ile bağlı olup, buna göre inceleme yapabilir. Ancak istinaf mahkemesi ilk kararında sadece usûle ilişkin bir nedenle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiş ve davanın esası hakkında maddi hukuk bakımından bir inceleme yapmamışsa, bu durumda taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olmak kaydıyla serbestçe inceleme yapabilir.

Gönderme kararı verilmesine neden olan istinaf sebebi, yargılamanın sürdürülmesini engellemekteyse, ilk derece mahkemesinin yeniden yargılama yapması gerekli değildir. Örneğin, istinaf mahkemesi m. 353, I, a, b. 4'e göre, taraf ve dava ehliyeti ya da dava takip yetkisi bulunmadığı için ilk derece kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, ilk derece mahkemesi yeniden tahkikat yapmadan, dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir. Bununla beraber dava şartı hakkında karar verilebilmesi için tahkikat ve duruşma yapılması gerekliyse, ilk derece mahkemesi gerekli incelemeyi yaptıktan sonra karar vermelidir.

Sonuç

Türk hukukunda kural olarak, istinaf başvurusu haklı bulunursa, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında bizzat karar vermeli, istisnai olarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre istinaf incelemesi sonunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği haller HMK m. 353, I, a, 1-6 bentlerde sayılmıştır. HMK istinaf incelemesi sonunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekebilecek diğer sebepleri düzenlememiştir. Kanımızca gönderme kararı verilebilecek haller bu

maddede sayılanlardan ibaret değildir. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından gönderme kararı verilebilecek haller konusunda HMK m. 353, I, a'da sayılan dışında ölçütler belirlenerek, istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanınmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de dikkate alındığında, HMK m. 353, I, a'da sayılanlar dışında, gönderme kararı verilmesinin temel nedenleri tarafların temel yargısal haklarının ihlal edilmiş olması, ilk derece mahkemesinde yürütülen tahkikatın önemli derecede yetersiz olması ve ilk derece mahkemesinde tarafların asli talepleri hakkında karar verilmemiş olmasıdır.

İstinaf mahkemesi tarafından yukarıda sayılan nedenlerle gönderme kararı verilmesinde ölçüt olarak, tarafların dereceli yargı hakkından mahrum kalmamaları ve usûl ekonomisinin gerçekleştirilmesi dikkate alınmalıdır.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk hukukunda, ilk derece yargılamasında usûle ilişkin eksiklerin tespit edilmesi durumunda temel ilke, bu eksikliklerin istinaf mahkemeleri tarafından giderilmesidir. Bu sonuç, istinafın düzeltici nitelikte bir kanun yolu olmasından kaynaklanır. Aksi görüşün kabul edilmesi, istinaf mahkemelerini tıpkı temyiz mahkemeleri gibi bozma kararı veren merci olma noktasına getirir ki davaların uzamaması, yargılama giderlerinin artmaması ve istinaf kanun yolundan beklenen azami faydanın elde edilebilmesi için bu temel ilke göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak, yukarıda özetlediğimiz ölçütlerin kabul edilmesi ve bu konuda HMK'da düzenleme yapılması halinde, gönderme kararı verilmesi bakımından takdir yetkisini kullanacak istinaf mahkemeleri, temel ilkeyi ve gönderme kararı verilebilecek hallerin sınırlı olduğunu dikkate almalı ve gönderme kararı verilmesine neden olabilecek durumları dar yorumlamalıdır.

Ek-Tablo 1

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ HUKUK DAİRELERİ 20/07/2016-31/07/2017 İŞYÜKÜ VE KARAR DAĞILIMI

İŞ YÜKÜ	Gelen Dosya Sayısı				204226
	Çıkan Dosya Sayısı				131219
	Derdest Dosya Sayısı				73007
ÖN İNCELEME (HMK 352) VE İNCELEME	Ön İnceleme			Aidiyet (Gönderme)HMK 352	20911
				Geri Çevirme HMK 352	10435
				Kararın Kesin Olduğu HMK 352	5360
				Süre Yönünde Red HMK 352	1152
				Başvuru Şartlarının Gereğinin Yerine Getirmediğinden HMK 352	1335
				Başvuru Gerekçesinin Gösterilmemesi HMK 352	845
				Diğer	1358
	İnceleme	Usuli	Kararın Kaldırılması ve Gönderme	Davaya Bakması Yasak olan Hakimin Karar Vermiş Olması (Reddi Hakim)HMK 353-1-a-1	29
				İleri Sürülen Haklı Ret Talebine Rağmen Reddedilen Hakimin Davaya Bakmış Olması 353-1-a-2	7
				Görevsizlik ve Yetkisizlik Nedeniyle 353-1-a-30	1450
				Diğer Dava Şartlarına Aykırılık Bulunması 353-1-a-4	2330
				Usüla Aykarı Davanın Açılmamış Sayılması, Birleştirme, Ayırma, Mercii Tayini 353-1-a-5	397
				Delillerin Toplanmaması veya Değerlendirilmemesi 353-1-a-6	10749
		Esastan	Duruşmasız	Usul ve Esas Yönünden Hukuka Uygun Karara Karşı Başvurunun Reddi HMK 353-1-b-1	53426
				Kanunun Olaya Uygulanmasında Hata Nedeniyle Düzelterek Yeniden Esas Hakkında Karar HMK 353-1-b-2	11700
				Yargılamada Bulunan Eksikler Nedeniyle Yeniden Esas Hakkında Karar HMK 353-1-b-3	6166
				Dava Nakil Kararı	9
			Ön İnceleme Sonucunda Duruşma Açılması HMK356		526
			Duruşmalı	Düzelterek Esas Hakkında Hüküm Verme	379
				(Tam) Kabul	235
				(Kabul) Kısmen Kabul Kısmen Ret	351
				Davanın Açılmamış Sayılması	1
				Red (Feragat Sebebiyle)	34
				Kabul Nedeniyle Kabul	19
				Sulh	1
				(Red) Subut Bulmadığından	148
				Karar Verilmesine Yer Olmadığına	19
				Diğer	61
Merci Tayini					2296
Yetkisizlik					40
Temyizi Kabil Olmakla Birlikte Temyiz Edilmeyen Dosya Sayısı					16724
TEMYİZ KANUN YOLU	Temyiz Edilen Dosya Sayısı				21031
	Temyiz Sonucu			Bozma	413
				Onama	1631
				Kısmen Onama-Kısmen Bozma	2
				Diğer	328
Eski Hale Getirme Kararı	Kabul				
	Ret				

KAYNAKÇA

Akil, C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

Akkaya, T., Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N., Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.

Albayrak, A., Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016.

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S., Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2016.

Atalı, M., Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014.

Bilge, N./Önen, E., Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

Budak, A.C./Karaaslan, V., Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2017.

Çiftçi, Ö., Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Ankara 2016.

Eichele, K./Hirtz, B./Oberheim, R., Handbuch Berufung im Zivilprozess, München 2006.

Fasching, H. W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 4. Band/1. Teilband,Wien 2005.

Fasching, H. W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Wien 1990.

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.

Karaaslan, V., "HMK M. 353/1-A Üzerine Bir İnceleme", DEÜHFD, C. 22, S. 37, Y. 2017, (S. 219-239).

Karslı, A., Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Konuralp, H., Medenî Usûl Hukuku, Eskişehir 2006.

Kunz, O., M./Hoffmann-Nowotny, U./Stauber, D., ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde : Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medenî Usûl Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Bölge Adliye Mahkemesi Kararları.

Musielak, H.-J./ Voit., W., Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar, 12. Auflage, München 2015.

Namlı, M., "İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf", SİCİL, S. 36, Y. 2016, (s. 119-147).

Oberhammer, P./ Domej, T./ Haas, U., ZPO, 2. Auflage, Basel 2014

Pekcanıtez, H., Medenî Usûl Hukuku, Editörler: Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017.

Prütting, H., ZPO Kommentar, 5. Auflage, Köln 2013.

Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gotwald, P., Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.

Schellhammer, K., "Der Prozessstoff in der Berufungsinstanz - oder: Die Rätsel des § 529 ZPO n.F.", FPR,Heft 12, 2002, (597-600).

Schilken, E., Zivilprozessrecht, Köln 2005.

Seiler, B., Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013.

Sutter-Somm, T./ Hasenböhler, F./ Leuenberger, C., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2016.

Tanrıver, S., "Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, (S. 71-75).

Tanrıver, S., "Hukuk Yargısında Etkinliği Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, (165-179).

Thomas, H./Putzo, H., Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar, 27. Auflage, München 2005.

Türkiye Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi ve İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007.

Yılmaz, E., İstinaf, Ankara 2005.

Zeiss, Walter/Schreiber, Klaus: Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Tübingen 2003.

Sayın Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN:

Sayın AKKAYA'ya çok teşekkür ediyorum. Şimdi program uyarınca tartışma bahsine geliyoruz. Yalnız tartışmalarda konunun değiştirilmesi ve geliştirilmesi yasağı olmadığı için ben sabah oturumundaki bir hususu tekrar dikkatlerinize sunmak istiyorum. Hakimin tarafa kanun yoluna başvurma açısından hatalı süre vermesi durumunda şöyle bir ayrım yapılması gerektiğini düşünüyorum. Eğer daha kısa bir süre verdiyse tabi ki kanundaki süre uygulanacak. Daha uzun bir süre verdiyse yine bir ayrım yapılması gerekecek. Avukatla takip ediyor mu etmiyor mu? Şimdi bir avukatın bunu bilmemesi tabi ki söz konusu olmaz. Tabi konu gittikçe derinleşecek onun için bu safhada bırakmak istiyorum. Eğer avukatsız takip ediyorsa işte o zaman tartışmaya açık, acaba hak kaybına neden olur mu, olmaz mı diye. Teşekkür ediyorum. Şimdi sorulara ben sıra vereceğim. Buyurun Sayın Başkanım. Selçuk Hocam buyurun.

TARTIŞMALAR

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Evet, Sayın Başkanım. Her iki değerli konuşmacıya da çok teşekkür ediyorum. Gerçekten ikisi de o kadar büyük vukuf sahibi ki bu konuda. Biliyorsunuz Tolga Bey'in benim kanaatimce muhteşem bir doktora tezi var istinaf üzerine ve bu doktora tezinin hocası da Muhammet Bey. Dolayısıyla ikisi böylece yan yana gelmiş oldu. Böylece tezin neden çok iyi olduğunu da daha iyi anlamış oluyoruz. Şimdi ben hem Tolga Bey'in hem de Muhammet Bey'in bir konuda görüşünü almak istiyorum. Bu altıncı bent çok ciddi sıkıntılar yaratan bir hüküm içeriyor. Sıkıntılar yaratmaya başladı. Daha doğrusu bu sıkıntıların görünen ve görünmeyen iki yüzü var. Efendim, işte maddede hiçbir delil toplanmadan veya deliller hiç değerlendirilmeden denmiş. Peki. Ben örneğin bir Bölge Adliye Mahkemesi kararı gördüm. Şimdi hangi Bölge Adliye Mahkemesi olduğunu söylemek istemiyorum. Ankara ve İstanbul değil yalnız. Şimdi karar diyor ki; "her ne kadar ilk derece mahkemesi şu, şu, şu delilleri toplamış ise de (8 tane delil sayıyor), şu delil ve şu delil toplanmadığı için kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine…". Şimdi burada bizim de bir yere güvenmemiz lazım; ya bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi, yani böyle iki cami arasında kalmış binamaz gibi oluyor bu iş. Dolayısıyla bunun da müsebbibi bu maddenin muğlak yazımı. Ben mesela sizin tam olarak hangi kanaatte, ne görüşte olduğunuzu anlayamadım doğrusu. Hiçbir delil toplanmadan derken neyi anlamak gerekiyor. Örneğin bir trafik kazasından doğan tazminat davasında ilk derece mahkemesi aracın trafikteki kaydını çıkarmış koymuş dosyaya, bilahare hiçbir yargılama yapmadan kararı vermiş. Şimdi burada diyor ki, "efendim ben delil topladım, burada bakın bir delil var, hiçbir delil toplamama gibi durumum yok.". Ben nitekim buradaki o hiçbir ibaresinin esasa etkili olacak, esası çözmeye yarayacak önemli deliller toplanmadan ve değerlendirilmeden şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünüyorum. Ankara'da yapılan seminerlerde, bölge adliye

mahkemesi hakimlerine böyle söyledim. Ve daire başkanı bir hanımdan da çok ciddi azar işittim. "Hocam" dedi, "burada hiç diyor" dedi, "hiçin bir tek anlamı vardır" dedi. Şimdi görüş ayrılığı en fazla burada çıkıyor ve ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi arasında sürtüşmeye kadar gidiyor. Biliyor musunuz, Adalet Bakanlığında 50'ye yakın kanun yararına temyiz var. Bu sürtüşme ilk derece mahkemesi-bölge adliye mahkemesi sürtüşmesi. Özellikle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinde bazı dairelerle bazı ilk derece mahkemeleri arasında çok sert bir görüş ayrılığı cereyan ediyor. 50 tane kanun yararına temyiz talebi yapılmış ve bakın dikkatlerinize sunuyorum, Hakimler ve Savcılar Kuruluna da 100'e yakın şikayet yapılmış Bölge Adliye Mahkemesi hukuk daireleri başkan ve üyeleri hakkında. Şimdi biz bu çerçevede Adalet Bakanlığı Komisyonunda kısmen İsviçre Hukukundan mülhem, kısmen bizim ülkemizin şartlarını dikkate alarak bir taslak hazırladık. Diyoruz ki; "mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması". Yani 6. bent yerine bunu koymak istiyoruz. Mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması. Yalnız şunu ifade etmek isterim ki; sayın önceki Bakanımıza bu değişikliği sunduk. Fakat kendisi bir süre daha mevcut hükümle devam edilmesi, gelişmelerin izlenmesi, gerektiğini, konunun bilahare belki tekrar gündeme getirilebileceğini söyleyerek bu önerimizi nazik bir şekilde reddetti. Dolayısıyla bizim şu aşamada Komisyon olarak bu konuda yapabileceğimiz pek bir şey kalmamış gibi görünüyor. Eğer yeni sayın Bakanı ikna edersek tabii daha değişik olabilir. Deneyeceğiz yani. Çünkü burada ciddi bir sorun var. Çok teşekkür ediyorum, dikkatiniz için. Sağ olun.

Sayın Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN:

Teşekkürler. Sayın Katılımcılar, sürenin epey kısa olması nedeniyle lütfen kimliğinizi, mensup olduğunuz kurumu ve sorunun kime yöneltildiğini belirterek ve mümkün olduğu kadar kısa olursa çok makbule geçer. Buyurun.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Hocam bu yapmış olduğunuz katkıların hepsine bende katılıyorum. Gerçekten şu an bir sorun olduğunu düşünüyorum ve bu konuda ben tebliğimde de aslında ortaya koymaya çalıştım. Bölge Adliye Mahkemelerine bu konuda dosyanın ilk derece mahkemesine hangi hallerde gönderilebileceği konusunda kanundaki ölçütleri de belirlemek koşuluyla takdir yetkisi verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Burada delillerin önemli bir bölümünün incelenmemiş, yani hükme etkili olacak delillerin önemli bir bölümünün incelenmemiş, değerlendirilmemiş olması bir ölçüt olabilir. Ama bunu nasıl ifade edeceğimiz konusu tartışmaya açıktır. Farklı şekillerde ifade edebiliriz. Yani İsviçreliler dava malzemesinin eksik toplanmış olması gibi bir ifade kullanmışlar. Avusturyalılar tahkikatta önemli eksikliklerin olması olarak nitelendirmişler. Dolayısıyla bir ölçüt getirilmesi gerekiyor. Kanundaki hüküm şu an bence uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermiyor ve İstinaf Mahkemeleri de bunu zorlayacak şekilde kararlar veriyor zaten. Ama şunu da söylemek istiyorum: İstatistiksel verileri o yüzden verdim. Yani aslında buna rağmen şu an gönderme kararı verilen durumların sayıca çok fazla olmadığını görüyoruz. Ben bunun biraz bizim mahkeme sayımızın az olması ve yargı çevrelerinin çok geniş olmasından da kaynaklandığını düşünüyorum.

Karşılaştırmalı hukukla Türkiye'ye baktığımız zaman ben burada paradoks görüyorum. Şimdi onlar usul ekonomisini gerçekleştirmek bakımından tahkikatın İstinaf Mahkemesi tarafından tamamlanmasının daha uygun olacağını düşünüyorlar çoğunlukla. Aslında olması gereken de odur. Ama bizim hukukumuz açısından yani Türkiye'nin şartları açısından baktığımız zaman; eğer bu daire sayısıyla Bölge Adliye Mahkemeleri bu tahkikatları kendileri tamamlamaya kalkarlarsa ben usul ekonomisinin burada gerçekleşmeyeceği kanaatindeyim. Ama tabi bu pratik sorunlar nedeniyle kanundaki hüküm değiştirilmeli mi, değiştirilmemeli mi, onun ayrıca tartışılması gerekiyor diye düşünüyorum. Bir de şöyle; burada asli vaka mahkemesi ilk derece mahkemesi. Gerçi tekrar ilk derece yargılaması öneminin ortadan kalkmaması, bu mahkemelerimizin yargılamalarını ciddi

yapmaları bakımından, böyle olmadığını söylemiyorum. Kuşkusuz çok ciddi yargılama yapıyorlar ama bunların sayısının azalması bakımından bu yetki verilecekse, İstinaf Mahkemesi hakimlerimize bu ölçütler kapsamında takdir yetkisinin verilmesi gerektiğini düşünüyorum, Teşekkür ediyorum hocam.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Evet, ben de toplantının başında söyledim bu konu en çetrefil meselelerden biri bu, ama benim kendime göre bu konuda net bir fikrim var. Hocam bu konu başından beri sorunlu bir mesele. Kanunun kabul edildiği andan beri sorunlu bir mesele olarak görüyorum. Daha önceki toplantılarda da söyledim. Bana göre, aslında bizim kanun yolu ve istinaf sistemimiz dünyadaki en uygulanabilir kanun yolu ve istinaf sistemi. Bunu da şu rahatlıkla söylüyorum. Önce kanun komisyonunda olduğum için (hani herkes kendi yavrusunu beğenirmiş) ama bu aynı zamanda sizin de eseriniz olduğu için çok rahat söylüyorum. Prof. Gilles'in yanılmıyorsam yine bizim usul hukukçuları toplantısına katıldığında söylediği bir şey var, ne olur Alman Kanununu kabul etmeyin, çok karışık diye. Bunun dışında Allah rahmet eylesin (bu vesileyle onu anmış olalım) Haluk Hocanın odasında masasının arkasında Alman Kanun Yolu sistemi şeması vardı. Ben her girdiğimde bakar bakar, niye bunu buraya koydunuz Hocam derdim. Derdi ki, ya kardeşim bunu anlamak o kadar zor ki, bir Almanın anladığından da emin değilim. Çünkü onlar yılların tecrübesi, yüz, yüz elli yıllık tecrübeyle halletmişler, uyguluyorlar. Bizdeki İstinaf sistemi ise basit, anlaşılabilir, aslında kolay bir sistem. Çok çetrefil değil. Ama handikapları var mı, var. Bu konuda insiyatifi mahkemelere bırakalım diyebiliyor muyuz? Çok iyi hakimlerimiz var, bu konuda çok yetkin, güveniyor, iyi yetiştiriyor, istinafa gönderiyor ve onların bu konuda verecekleri karar ve takdir alanlarından şikayet etmeyeceğimizi ve eleştirmeyeceğimizi düşünüyorsak en güzeli inisiyatifi hakimlere bırakmaktır. Ancak yine HMK komisyonunda, daha önceki komisyonlardan biliyorum. Bu komisyonların bir kısmında bulundum, bir kısmında bulunmadım. İzne tâbi kanun yolu ve izne tâbi temyiz tartışması gündeme gelmiştir: Bazı ülkelerde bu sistem var. Yani özetle bir hakim diyor ki, ben bir karar veriyorum

kardeşim, ama bu karardan ben de çok emin değilim aslında. Ben şu anda kendi bilgime göre verdim. Bu kararla ilgili olarak kanun yoluna gidin. Kendisi izin veriyor veya diyor ki; hayır burada kanun yoluna gidecek bir şey yok, temyiz yolunuzu kapatıyorum. Basite indirgeyerek söylüyorum tabi, sistem bu kadar basit değil. Bunu telaffuz ettiğiniz zaman, bizim hakimlerimiz, bizim avukatlarımız aman ha dediler. Çünkü birine yapıp birine yapmazsanız kıyamet kopar. Şimdi konumuza dönersek burada istinafa yetki verdiniz. Kendisine göre yargılamada hakikaten mesela sizin verdiğiniz örnekte, bir şeyi toplamış başka bir şeyi toplamamış. Ama ben tersinden örnek vereyim, her şeyi toplamış, örneğin bir trafik kazasında kaza tespit tutanağı yok. Her şeyi toplamış, tanık dinlemiş, bilirkişi incelemesi yapmış ama bu yok. Şimdi ikisinde de hem çevirebilirsiniz, hem çevirmeyebilirsiniz. Şu andaki mevcut "hiç birinin" veya "hiçin" yerine bu sefer sizin söylediğiniz "önemli ölçüde" ibaresi gelecek. Peki, ne önemli, kime göre önemli meselesi tartışılacak. Yine tartışma çıkacak. Ben önemli görüyorum, öbürü önemli görmüyor. Hatta HMK değişiklikleri ile ilgili gelen metinle ilgili olarak da ben görüş bildirmiştim. Bana göre şu anda hiç dokunmamak lazım buna. Benim görüşüm bir müddet bunlara dokunulmamalı. Yani bizde kanunlarda ufak tefek konularda sorunlar var.. Yapılırken zaten sorun olduğu bilinen, ama fazla dokunulmayan bazı şeyler var. Örneğin, iş mahkemeleri. Başından beri deniliyor ki, iş, aile, icra kanununda bu HMK'ya uygun düzeltme yapılmalı. Doğru bu yapılmadı, kabul edildiği zaman da bu söyleniyordu. Bugüne kadar geldi. Bence şu anda dokunmayıp biraz daha bizim uygulamanın ne yönde seyredeceğine bakmak, Yargıtay'ın biraz içtihatlarına izin vermek, evet bu arada belki bazılarının canı yanacaktır ama bir tecrübe edineceğiz. Şu anda açıkçası çok da bilinmiyor. Tolga Hoca'nın da söylediği gibi "hiçe" bir anlam yüklemiş. Diyor ki; bir delili hiç değerlendirmiş. Buradaki hiçi, delilleri hiç değerlendirmemiş olarak anlamıyor. A'yı, B'yi, C'yi, D'yi değerlendirmiş ama E'yi hiç değerlendirmemiş. Fakat kanunun maksadı olan "hiç" bu değil. Dolayısıyla benim kanaatim şu anda dokunmamak. Dokunursak çünkü ne yapacağımızı hepimiz bilmiyoruz. Öbürleri yapmış ama bizde

İsviçre'deki hakim, İsviçre'deki avukat, Avusturya'daki hakim, ne bileyim Almanya'daki hakim yok. İsviçre'yle Avusturya bize göre zaten çok küçük. Almanya ise daha büyük ama, yani büyük derken nüfus bakımından değil, gelişmiş bir kanun yolu sistemi ve buna bağlı uygulama, istinaf alışkanlığı var. O yüzden benim kanaatim, içime sinmemekle birlikte şu anda hiç dokunmamak yönündedir. Teşekkür ediyorum. Buradaki hiçten hareket edersek, en iyisi şimdilik bu konuya hiç dokunmamak ve değiştirmemek.

Sayın Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN:

Buyurun.

Sayın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı Nevzat BOZTAŞ:

Değerli Hocalarım, Nevzat BOZTAŞ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi Başkanı. Eşsiz sunumlarınız için teşekkür ederim, gerçekten çok dolu dolu sunumlar oldu. Şimdi iki konuşmacı da kanun koyucunun amacından söz etti. Bence temel kanunların yorumlanmasında sadece bir maddeyi tek başına ele alıp oradan kanun koyucunun amacını çıkarmak mümkün değil. Sistemin bütününe yansıyan amacı görmek lazım. Nedir; işte dar İstinaf sistemi var. İki dereceli yargılama sistemi var. O halde 6.maddeye anlam verirken, amaçsal bir yoruma tabi tutup bütün o sisteme yansıyan amaç ışığında bir yorum yapmamız gerekir. Ben mevcut yazım problemi olmakla birlikte burada İstinaf Bilim Komisyonunun yaptığı yazıma yakın anlamı çıkarmanın mümkün olduğunu düşünüyorum. Bu çok tartışma götürür ama. Eğer böyle yorumlamazsak, yani lafzi yorumlar yaparsak kanun koyucunun iki önemli amacını devre dışı bırakmış oluruz. Birincisi, iki dereceli yargılamayı yok ederiz. İstinafta yoğunlaşan tek dereceli bir yargılamaya dönüşür birincisi bu. İkincisi, iki dereceli yargılama hakkını tamamen yok etmiş oluruz. Usul ekonomisi ilkesini de, işte karşılaştırmalı hukuktan söylediniz. Yani bütün bir bölgenin ilk derece gibi yargılamasını yapmak herhalde hem taraflar için ağır bir külfet olacaktır hem mahkeme için altından kalkılmaz bir durum olacaktır. Ben 6.maddeyle ilgili sadece bu katkıyı yapmak istedim.

Ama asıl dava şartlarına aykırılık nedeniyle iade konusu bence uygulamada çok problem çıkarıyor. Esasa dair bir dava şartı varsa örneğin, bu davada hukuki yarar yok davacının kanaatine vardıysa İstinaf Mahkemesi ne yapacak şimdi bence kendisi karar vermeli ama mevcut yazıma göre bu mümkün görünmüyor. Bence bu konuyu biraz daha açarsanız sevinirim hocam. Teşekkür ederim. Tolga Hocam.

Sayın Şanal GÖRGÜN:

Buyurun Tolga Hocam.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Şimdi bu yorum meselesiyle ilgili görüşlerimi ifade edeyim. Aslında tebliğimin başında da söyledim. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verirken dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği haller istisnai olarak düzenlenmiş. Bizde de aslında 353. madde oldukça istisnai bir hüküm. Hangi hallerde gönderme kararı verilebileceği sayılmış a bendinde. Onun dışındaki diğer hallerde Bölge Adliye Mahkemesinin kendisinin varsa bir eksiklik tahkikat yapıp karar vermesi gerekiyor. Bu istisnai hükmünde bunu yabancılar da söylüyorlar. Dar yorumlanması gerekiyor. Yani istisnai hüküm olması nedeniyle zaten eğer bir yorum prensibi koyacaksak ortaya çok genişletici şekilde yorumlanmasının uygun olmadığını düşünüyorum. Hele hele hiç ifadesi varken orada, 6. bentte dururken bunun genişletilebileceğini de düşünmüyorum. O yüzden burada İstinaf Mahkemelerine takdir hakkı verilmesi gerektiğini yabancı hukuk sistemleri de söylüyor. Buradaki takdir yetkisi de tamamen bir serbesti tanımak şeklinde değil, kanunda öngörülen kriterlerin gerçekleşmesi halinde gönderme kararı verilebilir diyor. Şimdi Avusturya Hukukundan bir örnek vereyim. Şimdi hangi eserde okuduğumu hatırlamıyorum ama benzer bir problem orada da var. Oradaki İstinaf Mahkemeleri de herhalde iş yükü nedeniyle veya iş yoğunluğu nedeniyle gönderme kararı verme yolunu daha fazla tercih etmeye başlamışlar ve bu öğretide eleştiri konusu olmuş. Yani burada iki farklı mahkeme var. Her ikisi açısından da bir iş yükü var ve bir de yargının genel işleyişi var. Burada herkes tabi kendi pozisyonunu ister istemez korumaya çalışıyor. Bir de işin bu pratik tarafı var. Ben o

yüzden buradaki hükmün geniş yorumlanamayacağını ve şu anki uygulamanın da bu hükme aykırı olduğunu düşünüyorum. O yüzden zaten eğer buna gerçekten ihtiyacımız varsa değiştirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Dava şartları konusuna gelince şimdi normalde 353. maddede diyor ki, dava şartlarına aykırılık söz konusu ise veya görev ve yetkiyle ilişkin kanuna aykırı hüküm verilmişse gönderme kararı verilir diyor. Burada bence dava şartının somut olayda nasıl gerçekleştiğini dikkate alarak değerlendirme yapmamız gerekiyor. Diğer yandan maddenin hükmü de bence sorunlu. Yani orada da tereddüt uyandıran bir durum var. Çünkü her halükarda gönderilir diyor. Ali Cem Hocam yanılmıyorsam bir toplantıda bahsetmişti, bu konudan. Acaba her durumda gönderme kararı verilmesi gerekir mi diye. Örneğin kesin hüküm ? Şimdi ilk derece mahkemesi yargılamayı yapmış, hükmünü vermiş, dosya İstinaf Mahkemesi önüne gelmiş bu bir dava şartı. İstinaf Mahkemesi aynı konuda verilmiş bir kesin hüküm olduğunu tespit ediyor ki resen bunu dikkate alması gerekir. Burada acaba gönderme kararı verecek mi? Kanımca da gönderme kararı vermemesi, kesin hüküm nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp, bu dava şartı nedeniyle, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermesi gerekir. Nitekim Avusturya'daki 477. maddeden bahsetmiştim. Bizdeki maddeye benzer, yokluk sebepleri dedikleri durum. Orada da benzer şekilde davranıyorlar. Yani bir dava şartının olmadığı, istinaf derecesinde anlaşılıyor ise bunun için gönderme kararı vermenize gerek yok. Çünkü kriterimiz şu; bu durumda ilk derece mahkemesinin yargılama yapmasına, yeniden bir tahkikat yapmasına ihtiyaç yok. Ancak mevcut hüküm bu konuda tereddüt uyandırıyor. Buna mesela derdestlik örneğini verebiliriz, hukuki yarar örneğini verebiliriz. Başka örnekler de bulunabilir.

Sayın..... 03:44:40 kim olduğunu söylemedi.

Çok kısa bir şey söyleyebilir miyim hocam bu konuda ek olarak. Bence bu hükümde bir tadilat yapılabilir hocam. Burada gönderme kararı yerine dava şartları bakımından bir sorun varsa gönderme kararı veya kendisi gerekli kararı verir şeklinde bir düzeltme olabilir duruma göre. Mesela işte biraz önce söylenen şeyler

bunu mümkün kılar. Bunu yazmadım hocam bir bakayım tekrar raporuma ama bunu yazmadım diye düşünüyorum. Çünkü dava şartlarında gerçekten bazılarında geri çevirmek sıkıntılı. Söylediğiniz hukuki yarar, mesela hukuki yarar konusunda bazen hukuki yarar sadece bir belgeye bağlanmış olabiliyor. Kendi hukuki yararını ispat. Burada belki geri çevirme basit gibi görünüp geri çevirip gerekli kararın verilmesi istenebilir. Ama siz hukuki yararı tespit etmek için bile bir yargılama yapmak zorundaysanız. Acaba bunu anlamak için bile yargılamayı yapacaksanız geri çevirmenin o kadar yargılama yaptıktan sonra ne usul ekonomisine faydası var ne de istinafın amacına bir faydası var. Bence böyle bir ifade kullanmakta fayda olduğunu düşünüyorum ama bu ifadeyi kullansanız bile yine içtihada açık hale gelecektir. Yaklaşık olarak oraya konulursa bende büyük bir rahatlama, mesela diğerinde sıkıntılı fakat burada hiçbir sıkıntının olmadığını ben düşünüyorum.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Şöyle hocam. Bir eklemede bulunmak istiyorum. Bu durumu "pinpon efekt" diye nitelendiriyorlar. Eğer gönderme kararı verilirse ilk derece mahkemesi yeniden bir karar verecek. O tekrar istinafa tabi olacak. Yeniden istinaf mahkemesi önüne gelecek. Bu kez istinaf mahkemesi örneğin delil eksik incelendi, tahkikat eksik diye gönderme kararı verecek. Yani dosyanın sürekli gidip gelmesine yol açacağı için de burada bölge adliye mahkemesinin kendisinin karar vermesi gerektiğini düşünüyorum.

Sayın Şanal GÖRGÜN:

Sayın ARSLAN.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ramazan ARSLAN. Değerli sunucu meslektaşlarıma teşekkür ediyorum, açıklamaları içinde, başarılı açıklamaları içinde. Ben biraz farklı yönüne bakacağım. Bu alt bentteki düzenlemenin. Ama ondan önce Muhammet hocaya bir, yanlış anlamadıysam, bir sorum olacak. İstinaf Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır, yeniden esas hakkında karar vermesi

gerekirse ve bu kararla ilgili yargılanmanın yenilenmesi sebepleri ortaya çıkarsa, sebebi ya da sebepleri hangi mahkemede bu yenileme davasının görüleceği bir sorundur deyip, cevabını vermedi. Niye sorun, neden sorun görüyorsunuz? Usuldeki mevcut hükümlerin, yargılamayı kim yapıp o sebebin ortaya çıktığı, yargılamayı kim yapıp kararı hangi mahkeme vermişse İstinafsa İstinaf, ilk derece mahkemesiyse ilk derece mahkemesi yargılamanın yenilenmesine davasına bakar demiyorsunuz onu.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Üç aşağı beş yukarı ben de bu fikirdeyim Hocam. Ama bu şimdilik fikri muvakkat henüz. Daha kesinleştirmediğim için söylemediğim. Bu çalışmayı yaparken sizin iadei muhakeme kitabına da baktım. Bu konuda şu tartışma da var: Temyizle ilgili bir sorun çıkarsa inceleme yeri Yargıtay mı, ilk derece mi olmalı? Çünkü, her halde ilk derece iadeyi muhakemeye bakmalıdır. Asıl karar onun kararıdır, iadei muhakeme incelemesi de ilk derecede yapılmalıdır Yargıtay'dayken hadi ilk dereceye gitsin denilen kararlar var. Galiba Yargıtay'ın böyle bir kararı da var. Yargıtay'a iadei muhakeme için gitmiş, ama ben bakmayayım, ilk derece baksın dediği bir karar da var. Fakat İstinafta bu meselenin en azından açıklığa kavuşturulması lazım . Ben şu kanaatteyim. Tekrar belirteyim bu şimdilik geçici fikrim, Fikrimi değiştirirsem sonradan ne olur affedin. Hangi mahkeme kararı vermişse iadeyi muhakemeye de o mahkeme bakmalıdır. İlk derecede gerçekleşen sebepler için ilk derece, istinaftaki sebepler için istinaf, temyizde gerçekleşenler için temyiz mercii incelemelidir.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Maddedeki yeniden esas hakkındaki karar verir hükmünden hareketle ben tereddüt edilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü yeniden kararı veren, esas hakkında İstinaf.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Sizin fikriniz bu konuda önemli çünkü.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Şöyle bir ayrım yapılabilir. Yargılanmanın yenilenmesi sebebi ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında mı ortaya çıkmış yoksa İstinaftaki mi? Belki böyle bir şey düşünülebilir.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Özür dilerim. Zaten tartışma o noktada çıkıyor hocam. Mesela bir belge ilk defa İstinafta kullanılmış, onun sahteliği söz konusu ise orada olmalı ağırlıklı görüş var. Ama ilk derecede kullanılan bir belge hem ilk derece kararına konu olmuş hem de İstinaf onun üzerine yeniden karar vermişse nerde olmalı asıl bu tartışma. En azından bu tartışmaların açıklığa kavuşturulması, bundan sonra daha önem taşıyacak.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim. Tolga Beye bir sorum ve izninizle kısa bir açıklamam olacak bu konuda. Şimdi dendi ki, İstinaf kararının bir bölümü kaldırıldığında, kısmi gönderme kararı verilir. Bu fiilen nasıl olacak. Kararı tümüyle göndermeyeceğiz, sadece kaldırılan kısmı mı göndereceğiz. Ayrılacak mı o dosya? O konuda kısa bir açıklama rica edeceğim. Bir de bu 6. alt bent hükmü o kadar açık ki, malum hepimiz bunu gayet iyi biliyoruz. Lafız açıksa yorum zaten mümkün değil. Hiç tereddüt etmeyecek açıklıkta maddenin lafzı, bendin lafzı. Ama diyoruz ki böyle yorumlanır, şöyle yorumlanır. Bence yorumlanamaz. Ama bu lafız çok yetersiz. Yanlış uygulamalara yol açıyor. Yeniden düzenlenmeli. Ona katılırım. Sayın ÖZTEK arkadaşımızın başkanlığındaki komisyonun taslağı tabi benimsenebilir. Ama orada da takdire yer veren ifadeler var, kıstaslar var. Takdire yer verdiğimizde takdiri genelde gönderme yönünde kullanacaktır İstinaf Mahkemeleri. Sizlerin de ifade ettiği gibi.

İkincisi, bazı İstinaf Mahkemelerinin bu bende dayanarak verdikleri bazı gönderme kararlarını bende gördüm. Hakikaten sizin derleyip topladığınız gibi genellikle ve bazılarında uygulamadaki ifadesiyle Yargıtay'ın yol gösterici bozmaya benzer göndermeler var. Şunu yap, şunu yap. Şimdi peki ilk derece mahkemesi bununla bağlı

mı, değil mi? İstinaf o yapılmasını istediği şu delili topla, şu delili şöyle değerlendir şeklinde. Buna yetkisi var mı? Onu öğrenmek istiyorum sizden. Yoksa, ilk derece mahkemesi kendisine döndüğünde evet kararım kaldırılmış, yeniden yargılıyorum ama ben anladığım şekilde yeniden yargılama yapıp öyle karar vereceğim derse ne olacak. Bir de bu gönderme kararlarına karşı, tabi bu çok klasik bir soru olacak belki ama kaldırma ve gönderme kararına karşı ilk derece hakimine veya taraflara gösterilmiş hiçbir hukuki çare yok. Diyelim ki hiç ilgisi olmayan şekilde yazıldı, ben öyle bir karar gördüm, biliyorum. Delili toplamış mahkeme, işte sanıyorum ÖZTEK arkadaşımız söyledi değil mi, 7-8 tane delili toplamış, iyi kötü de değerlendirmiş ama çok kısa değerlendirmiş. İşte bilirkişinin görüşü, keşifte edinilen kanaat, tanığın şu beyanı, şu şey falan filan sonucundan şu sonuca vardım demiş. İstinaf demiş ki, hiç toplamadan ve hiç değerlendirmeden vermişsin. Kaldırıyorum, işte 6.bende göre gönderiyorum. Mesela bozmaya karşı mahkemeye direnme hakkı veriyoruz. Ama İstinaf Mahkemesi gönderdiği zaman hiçbir şekilde buna bir şekilde bir çare göstermiyoruz. Olması gereken hukuk açısından madem çalışmalar yapılıyor. Bu yönüyle de acaba düzenleme gözden geçirilebilir mi? Teşekkür ederim.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Hocam birinci sorunuza kısmi kaldırma ve gönderme kararı verilebilir dedim. Yani hükme konu olan taleplerden bir kısmı hakkında bu kararın kaldırılmasını veya kararın bir bölümünün kaldırılması kararı verebilir dedim. Aslında bu gönderme kararıyla ifade ettiğim şey şuydu hocam; yani o pratik icra noktasında problem çıkacağını aslında ben kelimeleri zikrederken aklımın ucundan da geçti ama. Şunu kastettim, aynen bozma kararında olduğu gibi Yargıtay da kısmen bozma kararı verebiliyor. Aslında bu kararı kastediyorum ama burada bozma kararı demek tabi doğru değil. Kısmen ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp sadece belli yönlerden inceleme yapılmasını isteyebilir. Kapsamadığı hususlar ise zaten kesinleşmiş oluyor.

Tabi şimdi bu vermiş olduğum örneklerde işin esasına girdiği haller bakımından İstinaf Mahkemesi vermiş olduğu kararla ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu usule ilişkin her şeyi aslında geçersiz hale getirmiyor . İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararların, yapmış olduğu işlemlerin gönderme kararının kapsamı dışında kalan kısımları geçerli kalmaya devam ediyor. Hatta şunu da söylemek lazım taraf usul işlemleri de eğer istinaf mahkemesi tarafından iptal edilen mahkeme usul işlemlerinden etkilenmiyorlarsa onlar da geçerli olarak kalmaya devam ediyor. Yani taraf usul işlemleri de geçerliliğini koruyor. İlk derece mahkemesi gönderme kararıyla ne derece bağlıdır? Siz aslında çok güzel bir örnek verdiniz hocam. Yani o örnek üzerinden konuşursak, mesela şu delilleri toplamamışsın bunları da toplaman gerekiyor diye gönderdi. İlk derece mahkemesi evet bu kararla bağlıdır. O delilleri kararda zikredildiği şekildeki delilleri toplamalıdır. İstinaf mahkemeleri şu anda uygulamada siz de söylediniz çok ayrıntılı bir şekilde bu konuda karar veriyorlar: Önce keşfe git, keşfe giderken bilirkişiyi yanına al, bilirkişi raporu keşif yapıldıktan sonra yerinde hazırlansın gibi çok detaylı olarak da belirtiliyorlar. Ancak istinaf mahkemesi bunu yaptıktan sonra delilleri nasıl değerlendireceği konusunda bir hüküm kurmadığı için henüz bu bağlayıcı olmayacaktır. Yani ilk derece mahkemesi delilleri topladıktan sonra delilleri kendi hukuki bilgisi çerçevesinde değerlendirecektir. O anlamda delillerin değerlendirilmesinden çıkarılması gereken sonuç konusunda bağlayıcı değildir.

Taraflara tanınmış bir hukuki çare olmaması veya ilk derece mahkemelerinin bu karara direnememesi durumu. Bu sanırım şundan kaynaklanıyor. Yani bu konuda benim de çok net, kesin bir kanaatim yok. Aslında bu gönderme kararı verilebilecek durumlarda Bölge Adliye Mahkemesi, biraz da karşılaştırmalı hukuktan da esinlenerek bunu söylüyorum, sadece 353. madde bakımından değil. İstinaf Mahkemesi bu eksikleri kendisi tamamlamak zorunda, kural olarak. Her şey bunun üzerine kurulmuş. Ama bunu yapması eğer usul ekonomisine aykırı olacaksa veya derece kaybına yol açacaksa, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderiyor. Dolayısıyla zaten kendisinin düzeltebileceği, kendisinin değiştirebileceği bir yargısal

işlemle, vermiş olduğu gönderme kararının ilk derece mahkemesini de bağlaması kaçınılmazdır diye düşünüyorum. Yani bu durumda ilk derece mahkemesi direnme kararı veremez. Direnme kararı verilebilmesinin pratik açıdan da uygun olmayacağını düşünüyorum. Zaten ilk derece, istinaf, temyiz dikkate alındığında, gerçi tüm kararlara karşı temyize başvuramıyoruz, bu arada gitmeler gelmeler olabilir. Eğer doğru uygulayamazsak yargılamayı da çok uzatacağını düşünüyorum. O sebeple ilk derecenin bölge adliye mahkemesinin gönderme kararıyla bağlı olması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü zaten istinaf mahkemesi göndermese bile kendisi bizzat bu konuda karar verebilecek durumda. Ama buna rağmen gönderme kararı verebiliyor. Hocam özellikle 353.maddenin a bendindeki ilk 6 bent bakımından değil, genel olarak söylüyorum.

Sayın Şanal GÖRGÜN:

Efendim, süreyi çok aştık. Son bir defa Ali Cem BUDAK hocamıza söz verip oturumu kapatacağım.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Teşekkür ederim hocam. Sürenin dar olduğu zamanda ben şöyle söyleyeyim: Kocaeli Üniversitesi Ali Cem BUDAK. Fakat Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Baki KURU için söz aldım. Buraya gelirken Çarşamba günü Hocamıza uğrama imkanım oldu. Bir defa çok selamları, sevgileri var, hepimize başarı dilekleri var onu iletmiş olayım. Bir de Hocamız, kendi tabiriyle "Bir çaktırma sorusu sorayım ben sana Ali Cem. Onu arkadaşlarla paylaş" diye, cevaplamamız için bir soru sordu.. Soru hem Tolga Bey'le hem Muhammet Bey'le ilgiliydi. Çünkü bir yönüyle dosyanın istinaf mahkemesinden başka bir mahkemeye gönderilmesini ilgilendiriyor. Bir yönüyle de "İstinaf mahkemesinin verebileceği ara kararlar nelerdir?" sorusunu ilgilendiriyor. Soru şu: Acaba İstinaf Mahkemesi, Temyiz Mahkemesinin yaptığı gibi Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunun 20.maddesine göre. görev uyuşmazlığının çözümü için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurabilir mi? Mesele bir somut olaya konu olmuş. Onu da arz edeyim. Bir inşaat işi dolayısıyla kendisine geç ruhsat verildiği, inşaatın sık sık aksatıldığı sebebiyle

Belediyeye karşı hukuk mahkemesinde bir dava açmış, mutazarrır olduğunu iddia eden bir şahıs. Haksız fiil temelli olarak. Orada da bir görev uyuşmazlığı ortaya çıkıyor. İstinaf Mahkemesi de Uyuşmazlık Mahkemesinin 20. maddesine istinaden Uyuşmazlık Mahkemesine başvuruda bulunuyor. Bu başvuruyla ilgili de bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararı var. Hocamız bu konudaki düşüncelerinizi almak istiyor. Kararın ne yönde olduğunu da ben sizinle paylaşacağım.

Sayın Şanal GÖRGÜN:

Teşekkür ederim. Tolga Hocam.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Burada hocam görev zaten dava şartı olduğu için.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Beni affedin "görev" deyiverdim. "Yargı yolu" tabii.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA:

Özür dilerim hocam ben yanlış ifade ettim. Yani yargı yolu bir dava şartı aslında. Bunu yargılamanın her derecesinde mahkemelerin resen dikkate alması gerekiyor. Az önce söylediğimiz, paylaştığımız konuyla da bağlantılı olduğunu düşünüyorum. Yani ilk derece mahkemesi yargılama yapmış, dosya Bölge Adliye Mahkemesi önüne gelmiş. İşin esasına girdikten sonra veya ön inceleme aşamasında eğer bu alanda adli yargının görevine girmediğini düşünüyorsa, uyuşmazlık yargısına götürebilir diye düşünüyorum. Yani burada uyuşmazlık çıkabilir.

Burada kanunda açık düzenleme yoksa hocam o yetkisinin olduğu kanaatinde değilim.. Bu anlamda Bölge Adliye Mahkemesinin eğer başka bir idare mahkemesi kararı da yoksa kendiliğinden dosyayı gönderemeyeceği kanaatindeyim. Açık düzenleme olması gerekir düşüncesindeyim.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Müsaade ederseniz, şimdi ben hızlı bir şekilde kanun hükümlerine baktım. Bu her zaman kullandığımız maddelerden değil.

Bu konu Uyuşmazlık Mahkemesi Kanun 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmiş durumda. Kanunun 19. Maddesi, yargı mercilerinin uyuşmazlık mahkemesine başvurmaları, 20. maddeyse temyiz incelemelerinde yargı mercilerinin Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmaları ile ilgili. 20. maddeye baktığımız zaman şöyle diyor; daha önce uyuşmazlık mahkemesince yargı merci belirtilmemiş olan bir davada temyiz incelemesi yapan yüksek mahkeme davanın davaya bakan mahkemenin görev dışında olduğu kanısına varırsa, incelediği kararı bozacak yerde, incelemeyi erteleyerek yargı mercini belirlemesi için uyuşmazlık mahkemesine başvurmaya karar verir. Yani burada bir nokta kesinleşme aramadan başvurmayı öngörüyor. Diğer ise adli, idari, askeri yargı mercilerinden birinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen davayı incelemeye başlıyor. Şimdi 19 diğer yargı mercileri, ama öbürü ise temyiz. Temyizi İstinafa teşmil etmek kanaatimce mümkün değil. İstinaf bakımından, ilk derecede uyuşmazlık mahkemesine nasıl gidiyor ise onunla mukayese etmek mümkün. Temyizi buraya mukayese ederek, istinaf doğrudan gidebilir demenin ben bu düzenleme karşısında mümkün olmadığı kanaatindeyim. Muhtemel iki sebebi olabilir bunun. Bir; istinaflar düzenlenirken Uyuşmazlık Mahkemesi hükmü hiç akla gelmemiştir. Bu sebepler buraya ek yapılmamıştır. İki; ihtiyaç duyulmamıştır. Ki bence bu yönde, ihtiyaç duyulmadığı yönünde biraz yorum yapmak istiyorum. Bizde istinaf mahkemeleri adli teşkilat bakımından biraz da ilk derecelerle birlikte düzenlenmiş. Adli mahkemeler ve üst derece mahkemeleri diye 5235 sayılı Kanunla bunlar deyim yerindeyse aynı statüde düzenlenmiş. Özlük hakları hakimlerin aynı düzenlenmiş. Yani oradan alıp üst dereceye, üst dereceden alıp ilk dereceye verebiliyorsunuz. Ama Yargıtay Üyesine prensip olarak bunu yapamıyorsunuz. Yargıtay'ın kendi müstakil bir kanunu var. O yüzden ilk derecede Uyuşmazlık Mahkemesine hangi şartlarda gidilebiliyor ise istinaflarda da o şekilde ve şartlarda gidilebileceğini düşünüyorum. Sonuç olarak gidilebilir mi, gidilebilir. Ama ilk derece hangi şartlarda gidebiliyor ise, istinafta da o şartlarda gidebilir kanaatindeyim.

Sayın Şanal GÖRGÜN;

Buyurun Sema Hanım, son olarak.

Sayın Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Sema TAŞPINAR AYVAZ. Aslında ben bağımsız olarak bu soruyu yöneltmek istiyordum, Muhammet hocamıza. Fakat bu açıklamanın üzerine biraz ekleme ve görüşünü merak ettiğim için soruyorum. Kendisi verilecek kararları söylerken özellikle şunu vurguladı; işte bu kararların içerikleri önemli, kararların nasıl yazılacağı, formatı, neye benzediği, son derece dikkat edilmesi gereken bir konu. Ama şunu vurguladı, bunlar küçük Yargıtay değil. Yargıtay gibi düşünmemek gerekir, haklı olarak. Çünkü yargılama yapıyor vs. Ama bir noktayı sadece teorik olarak görüşünü merak ettiği için soruyorum. 5235 Sayılı Kanunun 35.maddesi de gerçekten içtihadı birleştirme yolundan söz ediyor ki kendisi de ona değindi. İstinaf Mahkemelerinin kararları içtihat niteliğinde midir? Yani biraz önceki açıklamalarıyla da bağlantılı olarak sorma ihtiyacı duydum. Teşekkür ederim.

Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES:

Benim hiçbir tereddüdüm yok. Benim kanaatime göre her mahkemenin kararı içtihat niteliğindedir. Yani ilk derece mahkemesinin bir kararı da içtihattır aslında. İstinafın da temyizin de kararı içtihattır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararı hatta Hukuk Genel Kurulu kararı bile bağlayıcı değil. Toplantı arasında Cemil bir kararı gösterdi, sürelerle ilgili. Şimdi lafı fazla uzatmayayım, Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir bireysel başvuru sonucu kararı var. Diyor ki; mahkemenin kanuna göre fazla verdiği süre tarafı yanıltmıştır. Dolayısıyla tarafı hakkından sen mahrum edemezsin. AHİM kararı da olabilir bu konuda, çok iyi hatırlamıyorum. Fakat Hukuk Genel Kurulu'nun bu konuda yeni bir kararı varmış. Hukuk Genel Kurulu diyor ki; bu bireysel başvurudur. Bu kararda bireysel bir karardır. O yüzden, bu karar dışında olan başka hiç kimseyi bağlamaz diyor. Doğru bulmadığım bir Hukuk Genel Kurulu Kararı. Bunu ne için söylüyorum? Hukuk Genel Kurulu dahi Anayasa Mahkemesine aykırı şekilde ben içtihat yapıyorum diyor. Bir tek İçtihadı Birleştirme Kararları bağlayıcı malumunuz. Kanaatimce istinaf mahkemeleri kararları da içtihadi karardır. İlk derece mahkemesi kararları da

içtihadi kararlardır. Her zaman yararlanabilinecek kararlardır. Ama içtihadı birleştirme anlamında kanunda açık hüküm olduğu için tabi ki içtihadı birleştirmeye gidilebileceği tereddütsüz kabul edilir. İçtihadı birleştirme kararı verilmesine ilişkin düzenlemenin de ben doğru olduğunu düşünüyorum istinaf mahkemeleri bakımından.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Müsaade eder misiniz Hocam? Çünkü Hocamızın "çaktırma sorusu" sözü bir şakaydı. Çakmadılar tabii Hocalarımız. İkisi de. Baki Hocamız "muvakkat" de olsa fikir belirtmedi ama söz konusu uyuşmazlık mahkemesi kararı 10 Mayıs 2017 günlü Resmi Gazete'de yayınlanmış. Her iki Hocamızın ifade ettiği gibi bir sonuca varmış. Yani "yüksek mahkemeler temyiz incelemesi sırasında resen uyuşmazlık mahkemesine müracaat edebilirler". Ama yüksek mahkeme olup olmadığı tartışmasına girmeksizin burada "temyiz incelemesi"nin bahis konusu olmadığı, dolayısıyla 20.maddenin burada uygulama alanı bulmayacağı yönünde bir uyuşmazlık mahkemesi kararı var.

Sayın Şanal GÖRGÜN:

Efendim, tebliğ sahiplerine, soru sormak ve katılımda bulunmak suretiyle zenginleştirenlere ve tüm katılanlara teşekkürlerimi sunarak ikinci oturumu kapatıyorum. Öbür oturum program uyarınca 16:30'da başlıyor, hatırlatıyorum.

SUNUCU:

Konuşmacılarımıza teşekkür belgelerini takdim etmek üzere hocamız Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'ı davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Değerli Katılımcılar, dışarıda fotoğraf çekimi var. Lütfen sırra kadem basmayın. Dışarıda hemen buluşuyoruz, aile fotoğrafı.

BİRİNCİ GÜN

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

"HMK m.353 ve Bu Kapsamda İstinafta Delillerin Değerlendirilmesi"

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM

(Marmara Üniversitesi)

"Temyiz"

Doç. Dr. Murat YAVAŞ

(Marmara Üniversitesi)

"Tartışmalar"

SUNUCU:

Üçüncü oturuma başkanlık yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'ın ve tebliğlerini sunmak üzere, Sayın Prof. Dr. Kamil YILDIRIM'ın ve Doç. Dr. Murat YAVAŞ'ın kürsüye teşriflerini arz ederim.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim. Değerli Meslektaşlarım üçüncü oturumu açıyorum. Günün bu ilerlemiş saatinde herkesin yorulduğunu bir ölçüde bilerek olabildiğince zamanı iyi kullanmak istiyoruz. Bu oturumda sunulacak iki tebliğ var. Biri değerli meslektaşımız Prof. Dr. Kamil YILDIRIM ve Doç. Dr. Murat YAVAŞ. Kamil Beyin tebliği, Hukuk Muhakemeleri Kanunun 353 ve bu kapsamda İstinafta delillerin değerlendirilmesi. Önce Kamil Hocayı dinliyoruz. Buyurun Sayın Hocam.

İSTİNAFTA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

I. Giriş

Medeni yargılamada hukukun uygulanması, hukuken önem taşıyan hayat olayının tespitine bağlıdır. Delillerin değerlendirilmesinde hata yapılması vakıaların hatalı tespitlerine yol açmaktadır.[196] Vakıa tespiti ilk derece mahkemesi önünde etraflı bir biçimde yapılmalıdır. Hatalı hayat olayı tespiti üzerine formel doğru şekilde hukukun uygulanması, taraflar için değersizdir ve yargıya duyulan güvene zarar verir.[197]

Mukayeseli hukukta tarihi gelişim itibariyle kanuni isbat teorisi 18. yüzyıl sonuna kadar maddi gerçekliğe aykırılığı fark edilse de usulün amacı olarak şekli hakikat ile yetiniliyordu. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin "zafer yürüyüşü" 1789 Fransız İhtilali ile olmuştur, yarım, çeyrek delil esasına dayanan aritmetik ispat yerine vicdani kanaat (conviction intime) esası benimsenmiştir. Almanya'da ilk önce 19. yüzyıl ortalarında Ceza Usul Reformu ile vicdani kanaat yerine akılcı kanaat (conviction raisonne) benimsenmiş ve böylece kanuni ispat kuralları ortadan kaldırılmıştır. Kanuni isbat kurallarından kurtuluş, hakime serbesti sağlamıştır, ne var ki kanaatin irrasyonel temellere dayandırılmasına izin verilmemiştir.[198] Keyfi delil

---

[196] Yıldırım, M. Kamil, İstinaf Sebepleri Olarak İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 89-129.

[197] Roth, H. Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, s. 13.

[198] Von Savigny, Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozessrechte, GA 1858, 469-491. Endemann, Beweislehre des Civilprozesses, 1860. Tarihi gelişim için bkz. Yıldırım, M. K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 17-23 ; Schweizer, M., Beweiswürdigung und Beweismaß, Rationalität und Intuition, 2015, s.47 vd., 80-81; Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, 2009, s. 296 vd.

değerlendirilmesine karşı korunmada, bir yandan hakimin yetişmesi, entegrasyonu ve bağımsızlığı, diğer yandan yazılı karar gerekçesi önemli görülmüştür.

Vakıaların tespiti, hâkim için sıradan bir iş değildir, fevkalade zordur. Vakıa tespiti modelleri (kanuni ispat teorisi ve serbestçe değerlendirme ilkesi) bir yandan gerçeği bulmak, diğer yandan tarafları keyfilikten korumak çabasındadır. Bu hedefler bir gerilim ilişkisi içerisindedir.[199] Değerlendirme serbestisi ile anlaşılan, delillerin değerlendirilmesini şablonik kurallardan kurtarmaktır.[200]

Türk Hukuku'nda kanuni istisnalar dışında delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerlidir (HMK m. 198). Belli bir para değerini aşan hukuki işlemler bakımından geçerli olan senetle ispat kuralı (HMK m. 201) kanuni ispat teorisinin bir görünümüdür.

Dar anlamda delillerin değerlendirilmesi ile geleneksel olarak, delillerin ihtilaflı vakıa iddialarının gerçekliği hakkında hâkim kanaatinin oluşmasına uygun olup olmadığı incelenir. Geniş anlamda delillerin değerlendirilmesinde ise, delillerin yanı sıra ihtilafsız vakıa iddiaları ve tarafların davadaki davranışları da hâkimin kanaatine temel teşkil eder.

Mukayeseli hukukta delillerin değerlendirilmesinde, usul kanunu, hâkimin ispat faaliyetinin sonuçlarını değerlendirmesini engellemez, bilakis onun şahsi kanaatine bırakmaktadır. Delillerin değerlendirilmesi modern usul hukukunun önemli kurucu unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Kıta Avrupası'nda liberal dünya görüşü ışığında doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, usulun amacı bireyin sübjektif haklarının korunmasında gerçeklik temelinde etkin hukuki himaye sağlamaktır, hakkın tespiti ve tanınmasıdır.[201] Hâkim

[199] Schweizer, s. 38.
[200] ZK-ZPO- Hasenböhler, Art.157 no.8; Schweizer, s.77. Değerlendirmede informel determinantlar hakkında bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. l77-206.
[201] Gaul, H.F. Yargılamanın Amacı, (Çev. N. Deren Yıldırım), in: İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, s. 75 vd.: Medeni Yargılama Hukuku şekli yapıyı çoktan aşmıştır. Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses (1914), s.24: "…Biz yargılamanın gerçeği engelleyici şekliliğini ortadan kaldırdık, hakimin kanaat tesisi için doğrudanlık ilkesini kabul ettik ve şekli ispat teorisini geçmişe gömdük…".

kanaatini tesis ederken kanuni isbat kuralları ile bağlı değildir; gerçeğe ulaşmada sorumluluk tamamen hâkime bırakılmıştır; maddi hukukun isbata ilişkin hükümleri dahi onu sınırlayamaz; kendi algılaması ile kanaate ulaşmasında, doğrudanlık ilkesi de bu ilkeyi tamamlayıcı bir işleve sahiptir. Mukayeseli hukukta[202] Alman-Avusturya ve İsviçre Hukukunda hâkime, yargılamanın, müzakerelerin genelinden sonuçlar çıkarma yetkisi tanınmıştır. Usul Kanununda bu yetkinin tanınması, kural olarak, gerçeğe uygun vakıa tespiti için gerekli genel bakışı da teşvik etmektedir. Hâkimin subjektifliğini gidermek bakımından, delilleri değerlendirmesine ilişkin gerekçe göstermesi önemli bir objektif kriterdir, bu kötüye kullanma ve keyfiliği önler. Karar, hem gerekli vakıa tespitini açıkça ve kuşku yaratmayacak şekilde ortaya koymalı hem de hâkimin tespit ettiği vakıaların isbatlanmış, diğer iddia edilen vakıaların isbatlanamamış sayılmasının gerekçelerini de ihtiva etmelidir. Mahkemenin kanaatinde ölçü teşkil eden "hususlar ve mülahazaların" ne oldukları sorusu, isbat ölçütü teorilerinin temeline inmektedir: subjektif deruni kanaatin rasyonel olarak gerekçelendirilmesi imkansız olduğundan, bu hakimin kanaati için ölçü teşkil edemez. Serbest kanaat, gerçek üzerine değil, hakimin, delili, kanunun hakime tanıdığı sorumluluk çerçevesinde serbestçe değerlendirmesi ile alakalıdır. Hakimin delil değerlendirmesinin sadece objektif unsurlarına ilişkin gerekçelendirme kısmı denetlenebilir.

Mahkeme kararlarının ikna etme kuvveti, kararların sonuçların rasyonel olarak incelenebilirliğine bağlıdır. Hukukun uygulanmasının rasyonel kontrolü problemi, yani metodik kuralların gelişimi, hukuk ve hakim erkinin var olduğu zamandan beri hukukçuları meşgul etmiştir. Kazai kararlar acaba bilimsel, yani objektifleştirilebilir

[202] Almanya için MüKO ZPO/Prütting Rn 7; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 2010, § 286 No 5; Avusturya için Rechberger, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, B. III, Wien 2004, § 272 ZPO, No. 4 vd. (Kısaltma: in: Fasching/Konecny); ayrıca bkz. Rechberger, W., in: Rechberger, (Hrsg), Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Wien 2006, § 272 ZPO no. l vd.. İsviçre için Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, s. 5-6; Bühler, in: Leuenberger (hrsg.) Der Beweis im Zivilprozess, s.72-92, 87-88; Groner, Beweisrecht, Bern 2011, s.106; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 140-176.

kriterlerle gerekçelendirilmiş midir? Yoksa bunlar daha ziyade zamanın ruhu ve hakimlerin, akademisyenlerin "ön kabulleri" ile mi belirlenmiştir? Mesele özünde yasama ve yargı erkleri arasında güç paylaşımı sorunudur.[203]

Mukayeseli hukukta gerekçelendirme mecburiyeti şu anlama gelmektedir.[204] Hakim, sadece, tespit ettiği vakıaların gerçek olduğunu veya gerçek olmadığını hangi tecrübe kurallarına dayanarak kabul ettiğini açıkça ortaya koymak zorundadır. Kanaat tesisi, sadece, bir vakıa iddiasının, tecrübe kurallarına göre kabul edilebilen ihtimalinin incelenmesinde çok önem taşıdığından, bu gerekçelendirilebilir ve kontrol edilebilir. Gerekçe gösterilmemesi, önemli usuli eksikliktir. Eksikliğin ağırlığı, bir hükümsüzlük hali gibi de görünebilir, ama bunun için ya hiç gerekçe gösterilmemiş olmalı ya da kontrol imkânı vermeyecek kadar yetersiz gerekçe olmalıdır. Bu ayrımı net biçimde yapmak çok zordur. Uygulama, boş ifadeleri (karardaki, şahid mahkemeye inandırıcı görünmüştür, tereddüt yaratmayan ifade tam kanaat bahşetmiştir gibi ibareleri), gerekçede eksiklik ile bir tutmaktadır.

II. İstinaf Kurumu ve Özellikle İşlevi

İstinaf olay mahkemesi ağırlıklıdır. İstinafın işlevi bireyin sübjektif haklarını etkin bir şekilde korumak ve böylece somut olay adaletini sağlamaktır.[205]

Avusturya hukukunda sınırlı istinaf modeli uygulanmaktadır. Buna göre ilk derece kararının hukuka uygunluğu ve doğruluğu tarafların temyiz sebepleriyle ve istisnaen yokluk sebeplerinde resen olmak üzere sınırlı bir biçimde incelenmektedir.

---

[203] Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Auflage, Münih 2016, no.696. ve orada zamanın ruhu ve ön kabuller açısından atıf yapılan Oliver Wendel Holmes, The Common Law, Melbourne 1881, (yeni bası 1968) s.1.

[204] bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. l98 vd., 200 dn. l77 civarı, dn.l94.

[205] Yıldırım, M. K., Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, sh. 7-11, 13-14,20-23.; Deren-Yıldırım, N., Kanun yollarına Dair Bazı Düşünceler, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, VI, (İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007) Ankara 2008, s.3-17, s.14-16,17.

Sınırlı istinaf modelinde istinafın işlevi, ilk derece mahkemesince verilen kararın ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolünden ibarettir. İstinaf derecesi, ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır. Sınırlı istinafın konusu, ilk derece mahkemesi hakiminin altlama faaliyeti, yani onun dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ve nihayet hukuki normlara vakıaları altlamasının kanuna uygunluğunun denetlenmesidir (= revisio in iure et in facto). Bu tür bir istinaf modelinde dava malzemesinin temini aşaması, ikinci derece yargılamada tekrarlanmaz. Adalet Bakanlığı'nca 1994 tarihinden günümüze kadar hazırlanan tasarı metinleri dikkate alındığında Türk Hukuku'nda da sınırlı istinafın yeğlendiği görülmektedir.[206]

Almanya'da 2001 tarihli Reform Kanunu'ndan sonra da, istinafın ikinci derece olarak - sınırlı da olsa- vakıa derecesi şeklinde ödevi: hatadan ari, inandırıcı ve doğru karar yani somut olayda maddi adalete uygun karar elde edilmesidir. (BGH NJW 2004, 2751; NJW 2005, 291)

Hukuk sisteminde kanunyollarının çeşitlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. İstinafın özellikle delillerin değerlendirilmesi ve altlamadaki hataların kontrolü bakımından önemi vardır.[207]

-Alman Hukukunda Kanun Yollarının ve Özellikle İstinafın Evrimi

1879 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) istinaf için şu konsepti takip etmişti: istinaf hukuku müşterek hukuktaki istinaf yetkisinden farklıdır, yani alt derece mahkemesi kararının haklı verilmiş olup olmadığı, alt derecede sunulmuş olan malzemenin doğru

[206] Deren-Yıldırım, N., Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003) Ankara 2003, s. 267-284, s. 269. buna karşı Akkaya: "Türk İstinaf Sistemi Bakımından Değerlendirme, Avusturya Hukukuna göre daha esnek bir dar istinaf modelinin benimsendiği kanısındayız." Demekte ve sonra dipnot 183'te "istinaf incelemesinin kapsamına ilişkin hükümlerden hareketle aynı sonuca varan görüş için bkz. Deren-Yıldırım, Nevhis., Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler, Ankara 2008, s.10" atfını yapmaktadır. (Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s.103).

[207] Deren-Yıldırım, Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler, s.16.

değerlendirilmiş olup olmadığı hususlarının incelenmesi ve haklılığı ile meşgul olmaktan ziyade, yeni bir yargılamanın tanınması hakkı, başka bir hakim tarafından hukuki ihtilafın yeniden ele alınması ve tekrarı olarak kabul edilmiştir.[208] 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Reform Kanunu (ZPO-RG) ile müşterek hukukta takip edilen esaslara dönülmüştür ki, istinaf şimdi tekrar ağırlıklı olarak hata kontrolüne ve giderilmesine hizmet etmelidir. Bu bir paradigma değişikliğidir.[209]

Almanya'da kanun yolu sistemi yakın zamana kadar kanunyolu devleti kavramını da tartışıyordu. 2012 de yürürlüğe giren Reform Kanunu çerçevesinde ve devamında 2005-2006 yıllarında yapılan kısmi düzenlemelerle şu hususların altı çizilmektedir:

Almanya da 2004 ila 2006 yılları arasında gündemde olan ikinci vakıa derecesini saf bir kontrol derecesine dönüştürmeyi ve böylece ortadan kaldırmayı ve temyizi de taraf kanunyolu olmaktan çıkartmayı hedef almış olan " fonksiyonel ikili ayrım" fikri 2014 yılı itibarıyla terk edilmiş, o zamanki kanun koyucunun "kör reform" arzusu sönmüştür. Günümüzde Almanya da istinaf, ikinci derece vakıa mahkemesidir.[210]

27.07.2001 tarihli Reform Kanunu ile kanunyolunda köklü bir fonksiyon değişimi gerçekleşmesi hedeflenmiştir: İlk derecenin güçlendirilmesi, ikinci derecenin vakıa derecesi olarak sınırlandırılması, sulh hukuk mahkemelerinin baktığı ihtilafların dahi temyiz edilebilmesine imkan tanınması. Bundan, geniş bir temelden başlayan ve tepede daralmış bir yapı ile üç dereceli yargılama ortaya çıkmaktadır. Burada ana motif "etkinlik ve bireye yakın olmadır." Kanunkoyucu daha ziyade kaba olarak amaç/araç-rasyonalite ile ilgilenmiştir. Objektif kanunyolu amaçları çerçevesinde şimdiye kadar

---

[208] § 12 der Allgemeinen Begründung zum Entwurf einer CPO, Hahn S.139 vd.

[209] BegrRegE/ZPO-RG S.64.; Becker-Eberhard, E., Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında, (Çeviren: Deren-Yıldırım), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları , İstanbul 2003, s. 59 vd.

[210] Althammer, Ch., Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, Die Zukunft des Zivilprozesses (Hrsg. Bruns/ Münch/ Stadler), 2014 s. 87 vd.), s.89; Roth, JZ 2006, s.13-14; Eckhardt, Die zweite Tatsacheninstanz im geltenden und künftigen deutschen Zivilprozessrecht, Konuralp Armağanı, 2009, s.195 vd., 198, 215 vd.

temyizde geçerli olan bireysel hatalı hüküm kontrolünden (Richtigkeitskontrolle) vazgeçildiği hissedilmektedir.

Çünkü tarafın başvurabildiği İstinaf ve temyiz kanunyollarının yapısı muhafaza edilmiştir. (BVerfGE 54, 277) Bireysel ve objektif kanunyolları amaçları arasında gerilim ilişkisi sözkonusudur.[211]

Almanya da 2002 reformunun sıklıkla çok sulandırıldığı iddia edilmiştir. Doktrinin yoğun eleştirisi daha ziyade iki soru üzerinde odaklanmaktadır: istinaf hakimi vasıtası ile takdir ve karar verme alanlarının denetlenmesi ve ilk derecedeki vakıa malzemesinin ikinci derecede resen kontrolü meselesi.[212]

-İstinafın Türk Hukukundaki Gelişimi

İstinaf kanun yolu Türk Hukukuna 5235 ve 5236 sayılı kanunlar ile girmiştir. Uygulaması 20.07.2016 tarihinde başlamıştır. Kanun koyucunun istinaf kurumu ve işlevi hakkındaki iradesinin anlaşılması bakımından kanunyollarına ilişkin kanunlaştırma hareketleri içinde tasarı gerekçelerinin göz önünde tutulması gerekir.

2002 Tarihli Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısının[213] Genel Gerekçesi şu şekildedir:

"…Yargılama süreci bir sistemdir. …Evrelerden birisi, "kanun yolu" adı verilen "denetim muhakemesi"dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık

[211] .Althammer, s. 90-91.

[212] Althammer, s. 92 vd . Alman hukukundaki vakıa malzemesinin ikinci derecede resen kontrolü meselesi hakkındaki tartışmaların tarihi gelişimi için bknz. Nevhis Deren-Yıldırım, "İstinafin Olası Sorunları", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, S. 20, 2016, s. 444-446.

[213] Bkz. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/521), (TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı:1, S. Sayısı: 146). Akil, Cenk., İstinaf Kavramı, 2010, s.192-193.

açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. ... İki dereceli yargı teşkilatı hak arama hürriyetinin yeterince gerçekleştirilmiş sayılması için de zorunlu görülmektedir. İlk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, hukuka ve usule uygunluğunu denetlemek görevini yüklenmiş olan ikinci derecedeki mahkemeler, bazı ülkelerde iki, bazı ülkelerde de üç kademede görev yapmaktadırlar. Ülkemizde ikili kademe sistemi vardır. Kararların hem hukuka hem de olaylara uygunluğunu ise Yargıtay denetlemektedir. Oysa, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen kararlar, bölge adliye mahkemelerince ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtay'ca sadece hukuka uygunluk bakımından incelenmelidir. Yargıtay; bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürmelidir…."

2003 Tarihli Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda İstinaf Yoluna İlişkin Genel Gerekçesinde Şu Görüşlere Yer Verilmiştir:[214]

"... *Bilindiği üzere, yargılama hukukunda bu hukuka özgü olarak, "maddi gerçeğin ortaya çıkarılması" ve "yargılamanın makul sürede bitirilmesi" ilkelerinin dengelenmesi gerekmektedir. …Tasarıyla…bölge adliye mahkemelerinde mutlaka yeni baştan yargılama yapılmayacak; ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygunluğunun tespiti halinde başvurunun esastan reddine karar verilecektir. Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edildiği saptandığında, bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa, ilk derece mahkemesi kararı düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilecektir. Kararın gerekçesinde hata edilmesi durumunda da bu kural uygulanacaktır. Yargılamada bulunan eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte bulunması durumunda, bunların tamamlanmasını takiben yeniden esas hakkında karar verilecektir. ...*

---

[214] Bkz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/523), (TBMM Dönem: 22,Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 152); Akil, Cenk., İstinaf Kavramı, 2010, s.193-194.

Bölge adliye mahkemesi, ancak maddi hukuk veya yargılama hukukunda yer alan kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırılık oluşturan bazı hallerde, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden yargılama yapılması için dosyayı mahkemesine veya yargı çevresi içinde uygun göreceği başka bir mahkemeye ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderecektir. Bölge adliye mahkemesi, yeniden yargılama yapılamadan sonuca ulaşılmasına olanak bulunmayan durumlarda, kuşkusuz davaya başından itibaren bakarak karar verebilecektir…"

18.5.2017 Tarihli "Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nda Genel Gerekçede[215] Şu İfadelere Yer Verilmiştir:

"*…26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun İle Adli Yargı Bakımından Hukuk Sistemine Giren …26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile de hukuk muhakemesi için ikinci derece yargılamayı öngören istinaf kanun yolu, hakim ve Cumhuriyet savcısı ile fiziki kapasite eksikliğinin giderilmesi sonucunda 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçmiştir.*

Belirtilen hukuk reformuyla hak arama özgürlüğünün ve adil yargılama hakkının temini bakımından hızlı ve etkili bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için çok önemli bir adım atılmıştır. Bu şekilde ikinci kez olay yargılaması yapılarak ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada ve verilen kararda söz konusu olabilecek hukuki eksikliklerin maddi yönden de telafi edilmesi ve adalete hızlı erişimin sağlanması gerçekleştirilmektedir. Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle ülkemizin de taraf olduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetler Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu protokolde yer verilen güvenceler güçlendirilmiştir.

[215] Bkz. Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/839), (TBMM Dönem: 26,Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 490);

Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle, iki dereceli olan yargı sistemimiz üç dereceli hale gelmiş ve kişi özgürlüklerinin korunması bakımından daha teminatlı bir yapıya kavuşturulmuştur. Zira ilk derece mahkemelerince verilen kararlar, istinaf kanun yolunda hem hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmakta hem de olay yargılaması yönünden denetlenerek gerektiğinde yeniden yargılama yapılması sağlanmaktadır. Bu suretle yargılama sürecinde meydana gelen hatalar en aza indirilerek maddi gerçeğe eksiksiz şekilde ulaşması amaçlanmaktadır.

Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin faaliyete başladığı 20 Temmuz 2016 tarihinden bugüne kadar geçen kısa sürede, oldukça etkili ve hızlı çalıştığı ve bu şekilde kamusal memnuniyeti sağlamak yönünde önemli mesafe alındığı görülmektedir. Bununla birlikte usul hükümlerinin uygulanması ve teşkilat yapılanmasından ortaya çıkan birtakım aksaklıkların giderilmesini sağlayacak kanun değişikliklerinin yapılması gerekliliği ilgili paydaşlar tarafından dile getirilmektedir. Bu kapsamda hazırlanan Tasarıyla, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin daha etkin ve verimli çalışmasının sağlanması amaçlanmaktadır…"[216]

İstinafa ilişkin Tasarılarda yer alan "Genel Gerekçe"lerde, usulün amacı olarak gerçeğe ulaşma ile yargılamanın hızlandırılması arasındaki gerilim ilişkisi öne çıkmaktadır. Mukayeseli hukuktan ise şu hususlar belirtilebilir:

"*…Hakim ile tarafların karşılıklı katılımıyla gerçekleşen medeni yargılamada aslolanın taraf insiyatifi olduğu kabul edilirse, iş tarafların sorumluluğuna terk edilebilecek, dava süresinin belirlenmesinde ağırlık taraflarda olacak ve değişikliğe ilişkin yasama faaliyeti ise münhasıran yargılamanın yapısına yönelecektir.*

[216] Aynı yönde bkz. Akkaya, Tolga., Medeni Usul Hukukunda İstinaf, 2009, s. 210 vd. Buna karşılık Akil'e göre, "5236 sayılı Kanun'un kabul ettiği sistem sınırlı istinaftır. Bu bakımdan istinaf mahkemesi bütün vakıaları yeniden incelemeyecek, esas itibariyle hukuki bir denetim yapacaktır. … istinaf mahkemesinin yapacağı inceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak istinaf mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir" Akil, İstinaf Kavramı, 2010, s.196-197.

Gerçekte yargılamanın hızla yapılmasını garanti edecek tek bir tedbir bulunmamaktadır, ancak birbirini tamamlayan ve birbiri içine geçmiş tedbirler demeti ile sorunlar aşılabilir. Çok geç gelen hükümlerin çoğu zaman hayatla ilgisi kalmamaktadır ve onları icrası çoğunlukla madden haksızlık da yaratmaktadır. Çok uzun süren yargılama, hayat olayının doğru tespit edilmesi imkanını azaltmaktadır, arada uzun zamanın geçmesi delillerin delil değerini de nisbileştirmektedir. Yargılamanın hızlandırılmasının sıkı şekilde uygulanması hayat olayının mükemmelleştirilmesini sınırlar ve böylece hükmün temellerinin mükemmelliğini ve doğruluğunu olumsuz yönde etkiler. Bir usul kanunu, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitini, hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir dengeleyici sistem sunuyorsa başarılı kabul edilmektedir…"[217]

Yargılamanın zamansal düzenlemesine ilişkin olarak Mukayeseli hukukta üç temel model bulunmaktadır: Kanuni süre modeli, süre tayinini hakimin takdirine bırakan model, karma model (dilekçeler teatisinde kanuni süreler, diğer safhalar için ise hakimin takdiri süre tayini).

Yargılamanın hızlandırılmasına (konsantrasyonuna) hakimin etkinliğini öngören optimal yargılama yapısı uygun düşmektedir. Hakimin tayin edeceği esnek süreleri hakimin şekli ve maddi anlamda sevk yetkisiyle uyumlu olarak devreye sokulduğunda destekleyici zamansal yönlendirme enstrümanı da kullanılmış olacaktır.

Avrupa'da Almanya, İngiltere, İspanya ve İsviçre'de optimal yargılama yapısı üç aşamalı bir model ortaya çıkarmıştır:

-Birinci aşama layihalar teatisi,

-ikinci aşama sözlü ve yazılı tahkikat vasıtaları ile daha iyi bilgi edinilmesini sağlayan esnek ara safha (flexibel Zwischenphase),

[217] Rechberger, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 6. Baskı, s. 4-5 ve orada Fasching, Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung, FS Henckel (1995) s.161.

-üçüncü aşama tarafların önemli fiili ve hukuki meseleler hakkında beyanlarını içeren delil ikamesiyle birlikte asıl muhakeme.[218]

Yargılamanın yapısı yargılamanın hızlandırılmasında özel bir öneme sahiptir. Türk Hukukunda 1086 sayılı HUMK a mehaz İsviçre Nöşatel kantonu Medeni Usul Kanunudur. İsviçre'de daha sonra kantonal kanunların yerine 2011 tarihli Federal Medeni Usul Kanunu uygulanmaya başlamıştır. İsviçre'de 2011 tarihli Federal Kanunda üç farklı yargılama usulü tanınmıştır. Teksif ilkesi olasılıklara dayalı esnek bir yapıda uygulanmaktadır.[219] Türkiye'de 1086 sayılı HUMK yerine kabul edilen 6100 sayılı HMK'da yargılamada katı bir kesit oluşturan ön inceleme (m. 137/II) safhası mukayeseli hukuktaki tahkikatta esnek ara safha modeline dayalı optimal yargılama yapısına uygun düşmemektedir. Ayrıca 6100 sayılı HMK'nın eskiden mevcut olan dört usulden vazgeçip iki usule (adi ve basit yargılama usulü) yer vermiş olması da göz önünde tutulduğunda, gerek ilk derecede gerek kanun yollarında ve bu bağlamda istinafta Türk kanun koyucunun kuruma ilişkin genel gerekçelerinde hedeflediği amaca ulaşması zordur.[220]

III. İspat Ölçüsü

Delillerin değerlendirilmesi ve ispat ölçüsü arasında sıkı bir ilişki olmakla birlikte her ikisi farklı kategoriler oluşturmaktadır.

---

[218] R. Stürner, "Einige Bemerkungen Zur Geschichte der Verfahrenskonzentration in ausgewahlten europaischen Prozesskulturen", FS Schilken 2015, s. 499-508: "Yargılamanın hızlandırılmasında hukuk kültürünün unsurlarının (komponente) çok önemli katkısı vardır. Örn:İtalya'da aynı yargılama hukukunda Kuzey İtalya'da mahkemeler pratikte yargılama aşamalarını çok hızlı bir şekilde yerine getirirken, ülkenin diğer kısımlarında çok fazla zamana ihtiyaç duyulmaktadır".;Deren-Yıldırım, N., " Die Eventualmaxime oder der Konzentrationsgrundsatz?- Führen alle Wege nach Rom?, FS Schilken 2015, s. 235-248.
ayrıca bkz. Yıldırım, M. K., Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467-491.: HUMK da toplu hakimli mahkemelerde tahkikata havale olunmayan veya tek hakimli mahkemelerde görülen davaların tahkikat ve muhakemesi birden yapılır. (m.181/II son cümle, ve ayrıca 375 vd. HUMK, yeni HMK'da bunu karşılayan bir hüküm yoktur.)

[219] Deren-Yıldırım, " Die Eventualmaxime oder der Konzentrationsgrundsatz?- Führen alle Wege nach Rom?, FS Schilken 2015, s. 242-245.

[220] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 2006, s. 79-112.

Delillerin değerlendirilmesi "acaba ispat sağlandı mı?" sorusu ile, ispat ölçüsü ise hâkimin kanaate ulaşmada hangi ihtimaliyet derecesini esas alacağı sorusu ile ilgilidir. İspat ölçüsü kavramı kanunda açıkça kullanılmamıştır. Alman doktrini bu kavramı ilk kez 1964'de, Federal Mahkeme ise 1987 yılında verdiği bir kararda kullanmıştır.[221] İsviçre'de Federal Mahkeme tarafından 1989 tarihli bir kararda (BGE 115 II 440 E.68) ispat ölçüsü kavramı kullanılmıştır.

Mukayeseli Hukukta ispat ölçüsü ile iki husus anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, hâkimin nereden kanaate ulaşmak mecburiyetinde olduğudur. Bununla, gerçeklik ya da objektif ihtimaliyet anlaşılabilir.[222] İkinci olarak, ispat ölçüsü şahsi kanaatin derecesi, yoğunluğu olarak anlaşılmaktadır.[223] Talebi temellendiren vakıa iddiasının gerçek kabul edilip edilmeyeceği kararı bakımından kanaatin yoğunluğu önem taşımaktadır.[224] Alman Hukukunda uygulamanın katıldığı 1970 tarihli BGH "Anastasia kararında" belirtildiği gibi hakim için kural ispat ölçüsü: " hakim gerçekten şüpheli hallerde pratik hayatta kullanılabilen emin olma ölçüsü ile yetinebilme imkanını haizdir, hatta buna mecburdur, bu ölçü emin olmama halinde susmayı gerektirse de aksinin mümkün olduğu da tamamen reddedilemez" olarak ifade edilebilir.[225] Hakimin delillerin değerlendirilmesinde belirli bir vakıanın gerçekliği veya gerçeğe aykırılığı konusunda tüm kuşkulardan arınmış kesin bir kanaate ulaşması aranmaz ise de, yalnızca kanaat getirme de yeterli değildir. İspat ölçüsü olarak iddianın gerçek olduğu veya olmadığı hakkında kesinlik sınırında her türlü kuşkuyu gidermiş olmaktan söz

---

[221] Döhring, Erforschung des Sachverhalts im Prozess, 1964, s. 445, karar için BGH NJW 1987, 1482, 1484.

[222] Walter, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, s. 5; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, s. 59; Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln 1978, s. 9; Maassen, Beweismassprobleme, im Schadenersatzprozess, Köln 1975, s. 24; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 39-74.

[223] " Hakim, delilleri takdir ederken hayat tecrübelerine göre tereddütün makul olmadığı yüksek bir ihtimal karşısında bu ihtimali gerçek olarak kabul etmekle mükelleftir." Yargıtay 3. HD 23.12.2004, 14307/14220, YKD 2005/4, s. 517.

[224] Bender, das Beweismass, FS. Baur (1980), s. 250; Schilken, ZPR, No 478; İsviçre Federal Mahkemesi Kararı olarak BGE 130 III 113 E.3.4.

[225] Gaul, s. 95 ve orada anılan "Anastasia Kararı" (BGHZ 53,245= NJW 1970, 946 (948)'teki içtihat); Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.58, 44-45.

edilmektedir.[226] Buna karşın § 287 dZPO hükmünün uygulama alanına giren konularda gerekli kanaate ulaşmadaki ölçü düşürülmüştür. Anılan düzenleme, hak ihlali, kusur ve nedensellik bağı konularında olmasa da zararın varlığı ve zarar tutarı konusunda hâkime takdir hakkı tanımakta ve olasılık ölçüsünü düşürmektedir.[227]

Delillerin değerlendirilmesinde ihtimaliyet kavramının önemli bir yeri vardır. Bu yüzden ihtimaliyet kavramının yapısı ve öneminin açıklığa kavuşturulması gerekir. Almanya'da ihtimaliyet kavramı temel olarak iki farklı işlevde görülmüştür. Bazılarına göre, "ihtimal", kanaatin kesinliğinin altında kalan bir derecesi olarak tanımlanır[228]. Diğerlerine göre "ihtimal" gerçekliğin bir ifade biçimidir, hâkimin subjektif kanaatinin sınırındadır. Yani hâkimin subjektif kanaati yetmez, objektif ihtimaliyete ihtiyaç vardır.[229] İsviçre'de ihtimaliyet kavramı şu şekilde kullanılmaktadır: kural ispat ölçüsü pratik hayatta kullanılabilen emin olma, ağır basan ihtimal ve mukarine ispat olmak üzere istenen kanaat derecesini sınırlandırma.[230] Bir görüşe göre, hakim kanaati epistemik ihtimaliyet olarak anlaşılabilir.[231] Berger-Steiner ise farklı kanaat dereceleri olduğunu açıkça redddetmektedir.[232] Epistemik ihtimaliyet, iddia olunan vakıanın gerçekliği hakkında kesin bilgiden yoksun olmanın ifadesidir. Bilgi farklı seviyelerde eksik olduğu için iddianın gerçekliğine dair kanaat de farklı güçte olabilir. Kanaat ya kanaat hasıl olmuştur veya olmamıştır şeklinde, hep-hiç

[226] Caroline Meller-Hannich, Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision, Annales XLVIII, N. 65, 2016, s. 156. Ve orada BGH NJW-RR 1994, 567,568; BGH NJW 2015, 2111,2112. Ayrıca bkn. Gotwald, "Auf dem Weg zu einer rationalen Beweiswürdigung", FS Sutter-Somm, 2016, s.126 vd.

[227] Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 2010, § 286 No 22-23.

[228] Schilken, ZPR, Rn. 478; BSK-ZPO-Sprecher, Art 161 N. 52; BGE 120 II 393 E. 4.c.; 128 II 271 E., 2b/aa.

[229] Heescher, Freie Überzeugung, Münster 1974, s. 65; Musielak, Grundlagen der Beweislast, s. 113; Schweizer, s. 113 dn. 175-176.

[230] BGE 130 III 113, E.3.4; Sutter- Somm, ZPR, Rz 897; Berti, ZPO, s.128. Mukarine ispat açısından Alman Hukuku için karş. H. Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, s.41.

[231] Schweizer, s. 125 dn. 274 de anılan Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile im juristischen Entscheidungen, Berlin 1983, s. 105 vd.

[232] Beweismass im Privatrecht, Bern 2008, Rz. 576.

notlandırma (dichotom) şeklinde değil, bilakis dereceli şekilde az ya da çok bilgi nedeniyle az veya çok kanaat hasıl olmuştur denilebilir.[233]

IV. Düşün Kanunlarına-Mantık Kurallarına ve Tecrübe Kurallarına Aykırılık

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin, baştan itibaren hayat tecrübelerinin aslında var olan (içkin, immanent) sınırlarından ve mantık kurallarından kaynaklanan sınırları vardır.[234] Mantık kuralları ve duruma göre düşün kanunları arasındaki sınır emredilmiş değildir. Düşün kanunları (Denkgesetze) saf formel, şartsız verilmiş olarak belirli ölçüde tecrübevi (“ erfahrungsgewiss”) kanunlar olmakla beraber, her bir bireyin edindiği birikimin farklı olacağı da ortadadır.

Düşün kanunları genellikle mantık kuralları anlamında kullanılmaktadır; içeriği formel mantığa ait olan hususlardır. Genel olarak formel mantık ile Aristo mantığı anlaşılmaktadır. “A” ve “A olmayan” aynı anda gerçektir iddiası, düşün kanununa aykırıdır. Hayat olayının araştırılması ve inşasında kural olarak belirli olmayan öncüller ile çalışılmak zorunda kalındığından ötürü, salt ihtimali sonucu mecburi olarak takdir etmek düşün kanununa aykırılık yaratır.[235]

Düşün kanunları da, karakteri itibarıyla tecrübe kurallarından başka bir şey değildir, ama onların geçerlilikleri hakkında belirli bir yükseklikte soyutlaşmış bir kabulün (Konsens) mevcudiyeti gerekmektedir. Almanya’da içtihad ve teoriye göre, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin içsel sınırlarına (immanente Schranken) aykırılık, bir kanuna aykırılık sayılır ve revizyon yolu açıktır.[236]

Almanya’da kararların temyiz edilebilirliği açısından hukuki-fiili mesele ayrımı çerçevesinde tecrübe kuralları arasındaki yapılan gruplandırma sonucu, sadece bilirkişi raporu ile temin edilmiş spesifik bilgiye dayanan tecrübe kuralı denetlenmez.[237] Ancak revizyon

---

[233] Schweizer, s. 125.
[234] Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. l77-206.
[235] Schweizer, s. 83, dn. 6 ‘da anılan Klug, DieVerletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund, FS Möhring, 1965, s.377.
[236] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 264 vd.
[237] BGH NJW 1973, 1411, 1412; Schweizer, s. 408.

mahkemesi (BGH), İstinaf Mahkemesinin vakıa tespiti ile bağlı olmasına rağmen, delillerin değerlendirilmesine de karışmaktadır. Keyfilik incelemesi üzerinden temyiz edilebilirlik ayrımı Alman Usul Hukuku'na yabancıdır.[238] Halbuki İsviçre'de Art 157 ZPO-CH (Federal Medeni Usul Kanunu) çerçevesinde de Anayasal keyfilik yasağı ihlali kriteri (delillerin değerlendirilmesinin keyfi olması, gerçek durumla açıkça çelişkili olmasının katlanılmaz bir durum yaratması veya adalet düşüncesine aykırı düşmesi durumudur)[239] üzerinden, vasıflı hatalı hukuk uygulamasının sadece gerekçe değil, kararın sonucu bakımından da katlanılmaz olduğunun ortaya konulması şartıyla, İsviçre Federal Mahkemesi vakıa derecesi mahkemesinin delillerin değerlendirilmesine keyfilik nedeniyle müdahale edebilir.[240] Federal Mahkeme içtihadına göre normatif karaktere sahip tecrübe kuralları denetime tabidir.[241]

Delillerin hatalı değerlendirilmesi ki, genellikle tecrübe kuralının yanlış uygulanmasından kaynaklanır, Avusturya hukukunda temyiz sebebi olarak ileri sürülemez. Rechberger'e göre, mantık kuralının tecrübe kuralı karakterine sahip olmasından ötürü, bir değerlendirme hatasının da düşün kanununa aykırı olması durumunda, farklı bir esas geçerli değildir. Fakat içtihada göre, sonuç çıkarılan vakıa tespitleri, bunlar düşün kanunları, duruma göre emredici mantık kuralları ile bağdaşmıyorsa, revizyon konusu yapılabilir.[242] Burada aradaki sınır kesin değildir; sadece hatalı vakıa tespiti ve tutanağa aykırılık arasında net ayrım vardır ve tutanağa aykırılık (Übertragungsfehler) bir revizyon sebebidir.

Hukuki uyuşmazlık delillerin sunulması ve değerlendirilmesinden sonra hüküm kurmaya elverişli duruma geldiyse, mahkeme taraflarca ve kendisi tarafından getirilen deliller çerçevesinde gerçekliği kabul edilen vakıalara ilişkin kararını verir ve hangi delili kararında niçin esas aldığını gerekçesinde bildirir (Alman Medeni

[238] Schweizer, s. 422.
[239] BGE 124 I 211 E. 4a.
[240] Schweizer, s. 417 ve orada anılan BGE Urteil, 5A_ 250/2012 18.05. 2012 E.7.4.2, BGE 136 I 316 E.2.22.
[241] BGE 117 II 256 E.2b; 120 II 97 E. 2b.
[242] Rechberger, in: Fasching/Konecny, § 272, No. 9.

Usul Kanunu § 286 f.1, c.2 dZPO ; Karş. HMK 198). Eğer hâkim ispatın konusunu oluşturan vakıaların gerçek olduğu kanaatine varırsa, bu hususu vicdanında serbestçe değerlendirir (§ 286 dZPO). Ancak hâkim, bazı durumlarda, belirli belgelerle ve ispat kuralları ile bağlıdır. (§ 165, 314, 415 vd., 182 f.1, b.2 dZPO) Bunun dışında onun delilleri değerlendirmesi genelde kabul gören mantık ve tecrübe kurallarına, doğa bilimlerine ve kanuni karinelere aykırı olmamalıdır. Belirli bir tanığın beyanının gerçeğe aykırı olduğu yönündeki subjektif gerekçelendirmeler, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin kapsamı dışında kalır.[243]

V. Deliller ve Somutlaştırma Yükü Bakımından

A. Deliller Açısından

1. İlk derecenin tespitleriyle bağlı olmama

Almanya'da 2001 tarihli reformdan bu yana istinaf kontrolü temyiz mahkemesinin hukuki kontrolüne yaklaştırılmıştır. Reform kanununu 1.1.2002 de yürürlüğe girmesiyle ilk defa § 529 I dZPO çerçevesinde kural olarak istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitleri ve buna ilişkin delil değerlendirmesi ile bağlıdır.[244] Bununla birlikte inceleme imkanı revizyon hakiminin incelemesine nazaran daha geniştir, kapsamlıdır.[245] İstinaf mahkemesinin bu bağlılıktan kurtulmasının şartı onun ilk derece mahkemesinin vakıa tespiti ile delil değerlendirmesinin doğruluğundan ve tamlığından şüphe etmesidir.

Temyiz mahkemesinde vakıa tespitine müdahale ancak usuli bir hatanın ispatıyla mümkündür. İstinaf mahkemesine daha hafif

[243] Meller-Hannich, s. 156 vd.
[244] Deubner, Aktuelles Zivilprozessrecht, JuS 2005, s.797 vd, 799,
[245] Ahrens, H. J., Der Beweis im Zivilprozess, 2015, s. 352 ve orada dn. 7'de kriterleri veren karar BGH NJW 2004, 1876. Kanunyolu sisteminde istinaf ve temyiz mahkemeleri hukuki mesele –fiili mesele ayrımına dayalı olarak farklı kapsamında faaliyet göstermelidir. Bu bağlamda istinafta denetim daha geniş bir alanda, temyizde ise daha dar bir alanda yapılmaktadır. Bu noktada geniş bir kavram olan hukuka aykırılık kavramının tek kriter olarak alınması, alt ayrımlara girilmemesi, her iki üst mahkemenin aynı hususu iki defa incelemesi sonucunu da doğuracaktır. Karşılaştırınız, Yavaş, M. Medeni Usul Hukukunda Temyiz, 2015, s. 85.

koşullar getirilmiştir. Usuli hatanın varlığı, gerekli somut şüphe için aranmamaktadır. İlk derece mahkemesi usul hatası yapmaksızın vakıa tespitinde bulunsa dahi, onun bu tespitleri, tespitlerinin eksik veya yanlış olduğu konusunda somut veriler bulunduğu sürece, bağlayıcı değildir.[246] Bununla § 529 I dZPO hükmü hayat bulmaktadır. § 529 I dZPO kendini ispatlamıştır. Zira somut olay adaletinin gerçekleşmesi ile gereksiz delil ikamesi vasıtasıyla istinaf mahkemesinin hedeflenen iş yükü azaltılması arasında denge sağlamıştır.[247]

İstinafa başvuran taraf, delillerin değerlendirilmesi konusundaki somut endişelerini dile getirmeli ve buna istinaf mahkemesini ikna etmelidir. İstinaf Mahkemesi tespitin doğruluğu ve tamlığı hakkında şüphe duyduğunda, resen delil ikamesi sonucunu inceleyebilir, tarafın somut dayanak noktalarının göstermemiş olması faraziyesinde dahi buna girişebilir.[248]Yalnızca bu durumda delil ikamesi tekrarlanır. İstinafa başvuranın, delil değerlendirilmesindeki sonucu, iptali istenen karardan farklı biçimde değerlendirmesi, örneğin ilk derece mahkemesinin hâkiminin aksine tanığa inanmaması, yeterli değildir. İlk derece mahkemesi hâkiminin onun getirdiği delilleri nasıl değerlendireceği, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (§ 286dZPO) uyarınca kendi takdirindedir. Eğer istinaf hâkimi, dinlediği tanıklar, bilirkişiler ve taraflar konusunda doğrudan şahsi kanaat elde eden ilk derece hâkiminin delilleri değerlendirmesinden şüphe etmez ise, yapılmış değerlendirmenin doğruluğu ile bağlıdır. Değerlendirme konusunda şüphe, doğrudan hükümden doğabileceği gibi tutanaklar aracılığıyla da doğabilir.

Eğer istinaf mahkemesi hâkimi iptali istenen hükümdeki vakıa tespitinden şüphelenirse, delilleri yeniden değerlendirmelidir. Bu her zaman olmasa da sıklıkla delil ikamesinin tekrarlanması anlamına gelir. Tekrarın nedeni delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesidir. Hatta Avrupa Adalet Divanı (EuGH) yargı kararlarında tahkikat ve delillerin

[246] BGH NJW 2004, 2751, 2753; Roth, H.,Neues Rechtsmittel im Zivilprozess, JZ 2005, 175, dn. 15; BGH NJW 2005, 1583, 1584; Roth,, JZ 2006, s. 12, dn. 30.
[247] Roth, JZ 2006, s. 12.
[248] Deubner, JuS 2005, 800 ve orada BGH NJW 2004, 1876.

değerlendirilmesi yönünden de devletin sorumlu tutulması imkânını tanımaktadır.[249]

2. İlk Derece Yargılamasında Delillerin Değerlendirilmesi Hataları

a. Usuli hatalar: örn. Belirli bir şahidin veya tarafın ifadesinin gerçek olup olmadığını değerlendirme yetkisini bir bilirkişiye devretmiş olması, hakimin henüz ikame olunmamış deliller hakkında onun delilin ispat sorusunu etraflıca, tüketici biçimde cevaplayıp cevaplamaması (Ergiebigkeit) hakkında ve böylece onun sonucu hakkında peşin değerlendirme yapmış olması; (vorgreifende Beweiswürdigung);[250]

b. Delillerin Hatalı Değerlendirilmesi:[251] istinaf mahkemesi delillerin değerlendirilmesinde ortaya çıkabilecek, yukarıda sayılan usuli eksiklikler dışında diğer hatalı değerlendirmeyi, salt değerlendirme hatasını, ilk derece hâkiminin gerekçeleri üzerinden inceleyebilir, kontrol edebilir. Eğer hâkim, kendi şahsi algılamaları sebebiyle, dinlediği şahidin öyle veya böyle ifadesine inanmak istiyorsa, bu delillerin serbestçe değerlendirilmesinde bir hata, eksiklik teşkil etmez. Bu, delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde kalmaktadır. İfadenin içindeki çelişkilerde hâkimin, tarafı veya şahidi çelişkileri ortadan kalkıncaya kadar sorgulamasına gerek yoktur. Aksine deliller değerlendirilirken ifadedeki göze çarpan çelişkiyi, o konuyla ilgili olarak kendi kendine bir müzakere yaparak, mütalaada bulunarak değerlendirecektir.[252]

Delil değerlendirilmesinde eksiklik, usulde eksiklik sayılarak, iptal kararı verilmesine ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açar; hatalı değerlendirme halinde ise, geri gönderme konusu oluşturmaz. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi gereği, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını

[249] Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.352-353 ve orada dn. 3'de anılan EuGH, 13.06.2006 tarih ve C- 173/03, Rz 37; NJW 2006, 3337, 3339.
[250] Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober, Berufung in der ZPO, 3. Auflage, 2017, s.106.
[251] Rosenberg/Schwab/Gottwald,§137 Rn 44 ve Rixecker S. 709.
[252] OLG Wien, EFSlg 90,960 (1999).

kaldırabilir ve ilk derece mahkemesince yapılmış delillerin değerlendirilmesi ile de bağlı değildir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tespitinden, onun değerlendirmesi hakkında olumsuz düşündüğü için, ayrılacak ise, kural olarak, ilk derecenin ikame ettiği delilleri, ilk derecenin delil değerlendirmesini değiştirebilecek olan delilleri yeniden ikame etmelidir (Beweiswieder- holung) (dolaylı ikameye ilişkin istisnalar için bkz. § 28la ve 488 öZPO).

Alman hukukunda istinaf mahkemesi, önceki yargılama sürecini, özellikle ilk derecede ikame olunan delilleri dikkate alarak, karardaki tespitleri sorgulamaya elverişli yeni sonuçların beklenebilir olup olmadığı yönünden incelemek zorundadır. İstinaf, ispat yükü kararına müdahale ettiğinde, istinaf mahkemesi yakın duran ve sadece teoriden ibaret olmayan imkânlardan yola çıkabiliyorsa, yeni bir inceleme yapabilir; dilekçede zikredilen delillerin ikamesinden sonra ona uygun bir kanaat oluşturabilir.[253]

Hataya ilişkin somut dayanak noktası ile kastedilen: ilk derece mahkemesi tespitlerine karşı objektifleştirilebilir ve sujeler arasında aktarılabilir hukuki veya fiili itirazlardır; salt kişisel şüphe, hataya ilişkin sadece soyut mülahazalar veya tahminler yeterli sayılmaz.[254]

Vakıa tespitinin hatalı olduğuna dair somut dayanaklar şu durumlarda ortaya çıkabilir:

-İspat yükünün tanınmaması (ki aslında bu maddi hukukun hatalı uygulanmasıdır),

-Delil dilekçesinin göz ardı edilmesi,

-İlk derece kararının temel aldığı bilirkişi raporunun eksikliği, yetersizliği,

-İstinaf mahkemesinin görevinden ötürü bildiği vakıalar ile bağdaşmazlık,

[253] Doukoff, no.151 ve orada dn. 713'deki Bundestagsrechtsausschuss, s.123; Yıldırım, İstinaf Sebepleri Olarak İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri,, s. 118 vd.
[254] Doukoff, no.151 ve orada dn.703 de anılan BGH NJW 2004, s. 2828 (2829).

-Delillerin değerlendirilmesinde hata yapılmış olması. (Bu bağlamda zabıttaki ifadeler ile karar gerekçeleri arasında çelişkiler, boşluklar, düşün kanunlarına veya genel tecrübe kurallarına aykırılıklar anlaşılmalıdır).[255]

Tespite itiraz ile hedeflenen delil ikamesinin yenilenmesi bakımından şu hususlar da önemlidir. Almanya'da müstekar içtihad ve hâkim görüş, § 525 cümle l dZPO ve onunla bağlantılı § 398/I, 451 dZPO'dan hareketle, istinaf mahkemesi delil ikamesinin tekrarı konusunda mahkemenin takdir yetkisi olduğunu benimser.[256] BGH, l960'larda verdiği pek çok karar ile mahkemenin takdir yetkisini somutlaştırmış ve daraltmıştır. Takdir yetkisini sınırlandıran bu içtihatlar, ZPO-RG (2002) sonrasında da geçerli durumdadır.[257]

Ancak şu hallerde takdir hakkı sıfırlanmıştır, tanınmamaktadır:

Eğer İstinaf mahkemesi bir şahidin inandırıcılığını, yani ifade veren şahsın kendisinin inandırıcı olup olmamasını (Glaubwürdigkeit) (bu husus, ifadesinin ispat sorusunu etraflıca, tüketici biçimde cevaplayıp cevaplamaması, Ergiebigkeit anlamında elverişliliğinden; keza ifadenin kendi içinde tutarlı mı, inandırıcı mı olduğuna ilişkin Glaubhaft olmasından da farklıdır), ilk dereceden farklı değerlendirmek isterse, meğerki şahit ilk derecede istinabe yoluyla (Rechtshilfewege) dinlenmiş olsun ve istinaf mahkemesi tutanaktaki dayanak noktalarına kendisi dayanmak istesin ve dayanabilsin, bu durumda istinaf ilk dereceden ayrı olarak delil ikamesine girişebilir, delilleri değerlendirebilir;[258]

---

[255] Doukoff, no.151, s. 76 da Regierungsentwurf s.100; Rechtsausschuss, s. 123;

[256] bkz. ilk temel karar olarak RG JW l884, s. 111; yeni dönemde BGH NJW 2000, s.3720. Almanya'daki hakim görüşün gerekçeleri için bkz. Nassall, Zeugenvernehmung, ZZP 98 (1985), s.312 vd., 3l5; Doukoff, no.152 dn.714.

[257] 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve istinaf ile temyizi yeniden köklü biçimde düzenlemiş olan Medeni Usul Reform Kanunu değerlendirmesi için bkz. Roth, H. , Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zwiegliedrigkeit, JZ 2006, S. 9-18; Roth, H. Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess, JZ 2005, s. 174-178.

[258] Doukoff, no.152 ve orada dn.717 vd.nda anılan ilk temel karar olarak BGH NJW 1964, 2414 olmak üzere müstekar içtihat BGH NJW 2004,1876 ,1877.

-Eğer istinaf mahkemesi bir ifadeyi farklı anlamak isterse ve bunun yanı sıra ilk derece mahkemesi'nce tespit edilen açıklamadan (tutanaktaki lafzından) ayrılmak isterse,[259]

-Eğer istinaf mahkemesi delil ikamesinde, ilk derece mahkemesinin delil ikamesinin birlikte değerlendirmesinden ayrılmak istiyorsa,[260]

-Eğer istinaf mahkemesi delil ikamesi sonucunu ilk derece mahkemesinden farklı olarak karar için önemli addediyorsa ve bunun yanında bir ifadenin sadece lafzından hareket etmiyorsa,[261]

-Eğer istinaf mahkemesi bir keşfin tutanağa yazılı sonucunu, ilk dereceden farklı, ayrık biçimde değerlendirmek isterse,[262]

-Bilirkişi beyanı kanun hükmüne rağmen (§ l60 III Nr.4 dZPO) ilk derecede tutanağa geçirilmemiş ve fakat bir şekilde dosya içeriğine dahil edilmiş ise,[263]

-İlk derece kararının temel aldığı bilirkişi raporunun eksikliği, yetersizliği varsa,[264]

-İstinaf mahkemesi bir bilirkişinin açıklamalarını farklı, başka yönde değerlendirmek isterse.[265]

Tüm bu hallerde ortaya çıkan delil ikamesinin tekrarı mecburiyetine rağmen, geçmişte, istinaf mahkemeleri, sadece çok önemli dayanak noktaları olduğunda, ilk derecedeki delillerin değerlendirilmesinden şüphe duymuşlardır. Bu çekimser tavır, yeni kanundan sonra daha da kuvvetlenmiştir.[266]

---

[259] BGH NJW 1968, 1138.
[260] BGH NJW 2000, 1199 ve 3720.
[261] BGH NJW 1982, 108, 109; 1986, 2885.
[262] BGH VersR 1985, 839, 841.
[263] BGH NJW 2001, 3269.
[264] BGH NJW 2003, 3480 (3481); 2004, 2828 (2829).
[265] BGH NJW 1994, 803.
[266] Doukoff, no.152 ve orada dn.726-727'de anılan OLG Dresden MDR 2003, 289 ve diğer kararlar. Avusturya için bkz. Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober, Berufung in der ZPO, 3. Auflage, 2017, s.147 vd.

B. İlk Derece Mahkemesince Delillerin Hiç Toplanmaması ile Toplanan Delillerin Hiç Değerlendirmeye Alınmaması

HMK m. 353/I-a, bent 6'ya göre; mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir. Madde gerekçesinde: "*Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde,* ***özellikle bazı önemli ve klâsik usul eksikliklerinin mevcudiyeti hâlinde*** *bölge adliye mahkemesinin dosyayı duruşma yapmadan yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine gönderme kararı verebileceği durumlar düzenlenmiştir…. Bu haller, şeklî sebepler olup dar olarak anlaşılmalı, tereddüt halinde, adil yargılanma hakkı ihlalinin doğmaması için duruşma yapılması tercih edilmelidir…".*[267]

Mukayeseli Hukukta yeni eğilime göre, ilk derece mahkemesindeki ispat prosedüründe yeterince özen gösterilmemesi halinde dosya ilk derece mahkemesine iade edilir. Orada taraf söz konusu delil ikamesi sonucunu iptal ettirme imkanı elde etmiş

[267] Madde gerekçesinde: "Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, özellikle bazı önemli ve klâsik usul eksikliklerinin mevcudiyeti hâlinde bölge adliye mahkemesinin dosyayı duruşma yapmadan yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine gönderme kararı verebileceği durumlar düzenlenmiştir. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, dava şartlarının genel olarak eksik bırakılması hâli de ilk derece mahkemesi hükmünün, esası incelemeden geri çevrilmesi için yeter görülmüş, 5236 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanuna 426/M maddesi olarak eklenen hüküm daha da genişletilmiştir. Birinci fıkranın (b) bendinde ise yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olması yahut kanuna uymayan hususun duruşma yapılmaksızın giderilmesine olanak bulunması veya karar esas yönünden doğru olmakla birlikte gerekçesinde hata edilmiş olması ya da yargılamadaki eksikliğin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte bulunması hâlinde, bölge adliye mahkemesinin duruşma açmadan gereken kararı vermesi olanağı sağlanmaktadır. Bu haller, şeklî sebepler olup dar olarak anlaşılmalı, tereddüt halinde, adil yargılanma hakkı ihlalinin doğmaması için duruşma yapılması tercih edilmelidir."

olacaktır.[268] Vakıalar açısından istinaf derecesinde değişik bir bakış ortaya çıkması, sonuçta deliller hakkında yeni bir değerlendirme ihtiyacı doğuracaktır ki, bu da doğrudanlık ilkesi ile çelişir.[269]

2003 tarihli bir uluslararası toplantıda Avusturya yargılama hukuku için; "*İstinaf davasının sadece denetleyici özelliğe sahip olmasının sağlandığı hiç de küçümsenemeyecek bir avantaj belirli bir tespite dayanmaktadır. Bu tespit özellikle uygulama açısından büyük önem taşır. Edinilen deneyimler delillerin zaman içinde bozulduğunu, diğer bir deyişle aşındığını göstermiştir. Bu nedenle de istinaf mahkemesinin davayı yeniden ele alması gerçekten önemli bir sonuç vermeyecektir, zira olaydan uzun süre sonra istinaf mahkemesine sunulacak delillerin genelde ilk derece mahkemesine sunulan delillerden daha nitelikli olmadığı görülmüştür. Bu husus uygulama açısından çok önemli bir deneyimdir. En esaslı delillerin sunulduğu aşamanın yine de birinci derece mahkemesi olduğu görülmüştür. İstinaf mahkemesinde tamamen yeniden toplanacak delillerin –deneyimlere dayalı olarak- daha doğru ve daha nitelikli olmadığı anlaşılmıştır. Burada bu görüşü destekleyen bir tespitten daha söz etmek istiyorum. İstinaf mahkemeleri, yeniden delil toplama hakkına sahip olsalar dahi, çoğu kez geri çekilmeyi, sadece denetleme merci olarak kalmayı ve hata yapıldığını öne sürerek birinci derece mahkemesinin verdiği kararı bozmayı tercih etmektedir. Dolayısıyla, istinaf mahkemesine yeni delil getirme yasağı bazı avantajlar içermekte ve bazılarının düşündüğünün aksine, hukuk devleti açısından bir sakınca oluşturmamaktadır*"[270] şeklinde açıklama yapılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre; her delil toplanmaması veya değerlendirilmemesi durumu duruşmasız incelemeyi mümkün kılmayacaktır. Duruşmasız karar vermek mümkündür çünkü ilk derece mahkemesi görevini hiç yapmamış olacağından, istinafın onun

[268] Karş.: HUMK m. 409; K.Yıldırım, Kanunyolu Olarak İstinaf, Türkiye Barolar Birliği, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 2003, s.285 vd, 307-308. Bkz. Jawurek, s.117. Alman hukukunda düzeltici (reformatorisch) kanunyolu için bkz.: § 539 dZPO.

[269] Aynı yönde bkz.: E.M. Bajons, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, FS Fasching, Wien 1988, s. 19 vd., 21.

[270] Klicka T., Medeni Yargılama Hukukunda İstinafın Yeri, Türkiye Barolar Birliği, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 2003, s. 46 vd, 48.

görevini üstlenmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır; bu durumda aslında bir ilk derece yargılamasından da söz edilemez. Bu hallerde bölge adliye mahkemesi bir yargılama yapmamakta, sadece denetim görevi yapmaktadır.[271]

Başka bir görüşe göre, karar verilmiş bir dosyada esastan karar verilmiş ise delillerin hiç toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi normal şartlarda gerçekleşmesi mümkün olamayacak bir durumdur. Genellikle delillerin eksik toplanması ve eksik değerlendirilmesi karşımıza çıkar. Bir kısım deliller toplanmış olsa da toplanması gereken kapsamlı deliller var ise bu halde Bölge Adliye Mahkemesi, eksik delilleri tümüyle toplamak zorunda olmadığı ve esası incelemeden İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyayı kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerektiği yönündedir.[272]

Diğer bir görüşe göre ise, tarafların gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan karar verilmiş olması adil yargılama (AY. M.36) ve hukuki dinlenilme haklarının (HMK. m.27) ihlalini teşkil eder. Gösterilen delillerin bir kısmının toplanmış olması halinde, bu madde hükmü uygulanmaz. Bu durum artık usule ilişkin bir mesele değil, davanın esası ile ilgilidir. Bu nedenle istinaf mahkemesinin başkaca usule aykırılık yoksa, böyle bir meseleyi esasa ilişkin hükümler çerçevesinde halletmesi gerekir. Sadece bir tarafın delillerinin hiçbiri toplanmamış olması madde hükmündeki yaptırımın uygulanması için yeterlidir. Mahkemece tarafların gösterdikleri deliller eksik veya tam toplanmış, fakat toplanan bu deliller hiçbir şekilde değerlendirilmeden verilmiş olması meselesi, ilk bakışta davanın esası ile ilgili görünse de, bu durum da yargılamaya ilişkin ağır bir ihlal teşkil eder. Zira delillerin hiç toplanmaması ile toplanan delillerin hiç değerlendirmeye alınmaması arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da, delillerin

[271] Pekcanıtez/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, C. III, s. 2259.

[272] Z. Gözütok, Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, 2017, s. 118; aynı yönde, T. Kurtoğlu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, 2017, s.152-154: "ilgili hüküm delillerin "hiçbiri toplanmadan" ve "hiçbiri değerlendirilmeden" şeklinde ifade edilmiş ise de maddenin düzenlenişindeki amaçsal yorum dikkate alındığında bu ifade "esasa etkili olacak şekilde delillerin toplanmamış yada değerlendirilmemiş olması" şeklinde anlaşılmalıdır.

karara hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Sadece bir tarafça gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemiş olması madde hükmündeki yaptırımın uygulanması için yeterlidir. Gösterilen delillerin bir kısmının değerlendirmeye alınması halinde, bu madde hükmündeki yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Zira kanun gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemiş olması aranmaktadır. İstinaf mahkemesi bu durumu, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararından tespit edecektir. Gerekçeli kararda gösterilen delillerin bir kısmının değerlendirilmeye alındığı tespit edilirse, artık bu durumda esas hakkındaki incelemeye ilişkin hükümler gereğince incelemesini yaparak, esas hakkındaki kararını verecektir. Buna mukabil istinaf mahkemesi, gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verildiğini tespit ederse, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir (m. 353/a). İstinaf mahkemesi, tarafların gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan ve/veya tarafların usulüne uygun olarak gösterdikleri delilleri hiç değerlendirilmeden karar vermiş olması hususunu resen araştırmalıdır. Zira bu durumda da tarafların adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakları ihlal edilmiştir.[273]

Kanaatimizce ilk derece mahkemesince delillerin hiç toplanmaması ile toplanan delillerin hiç değerlendirmeye alınmaması söz konusuysa dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir. Bununla birlikte dosyada eksik delil toplanması veya deliller tam toplanmakla beraber hatalı değerlendirilmesi hali, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi için bir sebep teşkil etmemelidir.

İsviçre Medeni Usul Kanunu Art 318/I, c bendi uyarınca istinaf mahkemesi, davanın önemli bir kısmı hakkında karar verilmemişse veya hayat olayının önemli bir kısmı tamamlanmaya muhtaç ise, dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderir (kassatorische Wirkung). Bu hüküm istisnai duruma ilişkindir. İstinaf Mahkemesinin yeni bir karar vermesi (reformatorisch) veya ilk dereceye geri göndermesi sorusu, usul ekonomisi ve taraflara tam bir derecenin

[273] M.Ö. Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Bası, 2016, s. 440-443.

korunması hakkının tanınması arasında bir gerilim ilişkisidir. İsviçre kanun koyucusu usul ekonomisine öncelik vermiştir, zira geri gönderme sebeplerini sınırlandırmıştır. Hayat olayının önemli kısmının tamam olmaması ile kasdedilen, tahkikatın hiç veya yeterli ölçüde yürütülmemiş olması, özellikle çeşitli ek deliller henüz ikame edilmemiş olmasıdır.

İsviçre Hukuku'nda mesele duruşma yapılıp yapılmamasından ziyade gerilim ilişkisinde neyin tercih edileceği ve buna göre hayat olayının ilk derece yargılamasında ne ölçüde tamamlanacağı hususları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Mehaz İsviçre'de "hayat olayının önemli bir kısmının tamamlanmamış olması" kriteri esas alınmıştır. HMK m.353/I-a bent 6'ya göre ise istinaf mahkemesi tahkikatta "delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden" kriterine yer verilmiştir. Türk Hukukunda kanunkoyucu tarafından delillerin hiçbirinin toplanmamış olması veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması hallerini önemli ve klasik usul eksiklikleri olarak nitelendirmiştir. Bu iki faraziye dışındaki durumda kural olarak somut olayda istinaf hakimi tarafından ilk derece mahkemesince gerekçeli kararda gösterilen delillerin bir kısmının değerlendirilmeye alındığı tespit edilirse, esas hakkındaki inceleme hükümleri gereğince inceleme yapılarak, esas hakkında karar verilmesi uygun olacaktır.

Avusturya'da istinaf yargılamasında -gerektiğinde delillerin tekrarlanması veya tamamlanması suretiyle- **iptali istenen kararın değiştirilmesi**, geri göndermeye nazaran işin hallini geciktirmeyecekse veya önemli ölçüde daha çok masrafa sebep olmayacaksa, arzulanan kural durumdur (§ 496 III öZPO). Sadece dava malzemesinin büyük bir kısmı henüz ele alınmamışsa ve yargılamanın genişlemesi söz konusu olmayacaksa, istinaf mahkemesi ilk derece kararını iptal edebilir.[274]

[274] Uygulamada istinaf davacısının dilekçesini öncelikle "kararın değiştirilmesine" (Abaenderung) yönelik olarak vermesi ve ikincil olarak da kararın kaldırılmasına, iptaline (Aufhebung) yönelik vermesi önerilmektedir. Pochmarski/Lichtenberg/ Tanczos/Kober, Berufung in der ZPO, 3. Aufl., 2017, s.5, 42,181.

C. Somutlaştırma Yükü ve Hâkimin Aydınlatma Ödevi Açısından

Somutlaştırma yükü hem tarafların talep sonucunu dayandırdıkları vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırarak davaya getirmesini sağlar hem de bu vakıalarla onu ispata yarayan deliller arasında bağlantı kurulmasını temin eder.[275]

Tanık deliline dayanılması durumunda, tarafların, başlangıçta dilekçelerinde tanık deliline dayanıldığını ve hangi vakıaların ispatı için tanık dinletilmek istendiğini belirtmesi yeterli olup, tüm tanıkların isim ve adreslerinin bildirilmesine gerek yoktur.[276]

Hakimin re'sen başvurabileceği delillerden olan keşif ve bilirkişi delili bakımından taraflar, tanık deliline nazaran somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde ispat konusunu kısaca ifade etmekle yetinebilir. Alman Hukukunda münferit maddi hukuk alanlarında ayrım yapılması söz konusudur. Örneğin hekimin sorumluluğu davalarında hastanın konu hakkında bilgisi olmadığından tıbben yaşananların, taraf dilekçesinde düşük derece detaylandırılması yeterli kabul edilmektedir.[277]

Taraflar iddia ve savunmalarını ispat faaliyetine esas teşkil edecek şekilde ve talep sonucunu haklı kılacak ölçüde açık ve somut

---

[275] Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku Cilt I, Ankara 2016, s. 797; Yardımcı, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, 2017, s. 9-5; Aşit, Recep, İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü, MÜHFD Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 437.

[276] "*...Davalı-davacı kadın birleştirilen boşanma davasında; iddiasını dayandırdığı vakıaları göstermiş ve bu vakıaları hangi delillerle kanıtlayacağının da, diğer bir ifade ile dayandığı delilleri belirtmiş, ön inceleme duruşmasından önce de tanıklarının isim ve adreslerini gösteren listeyi mahkemeye vermiştir. Bu durumda gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyleyken davalı-davacı kadın vekilinden, gerekmediği halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince "hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin" istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı kadın vekilinin gösterdiği tanıklar usulünce dinlenmeli ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...*" HGK., 13.4.2016, 2014/2-693 E., 2016/499 K., Kazancı Bilgi Bankası. Bkz. Aşit, s. 439-440.

[277] Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s. 979, BGH VersR 2004, 117, 119.

bir şekilde somutlaştırmadığı ve ilgili vakıalarla bağlantı kurmadan ve eşleştirme yapmadan delillerini ileri sürmeleri halinde ise hâkim aydınlatma ödevi ve öninceleme aşamasındaki görevi gereği taraflara vakıaları ve delilleri somutlaştırmaları ve delillerin açıkça hangi vakıanın ispatına yönelik olarak gösterildiğini belirtmeleri için imkân tanımalı ve uyarıda bulunmalıdır.[278]

İlk derece yargılamasında hâkimin bu uyarı ve imkanı tanımadan sonuca gitmesi istinaf incelemesinde bir usule aykırılık olarak ele alınacaktır. Doktrinde bir görüşe göre somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için bütün delillerin değerlendirilmemesi ihtimalinde, istinaf aşamasında aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan açıklama istenmemeli, hatalı yargılamanın sonuçları ilk derece mahkemesince giderilmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi nisbi bir istinaf sebebi olsa da somutlaştırma yükü bakımından sonuçta mutlak istinaf sebebi olarak görülen HMK m. 353/1-a, bent 6'nın şartları gerçekleşmektedir.[279]

Vakıalar ve deliller bakımından vaki eksikliklerin, istinaf yargılamasında giderilmesinin mümkün olduğu durumlarda, tek başına HMK m. 353/1-a, bent 6 kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu düzenleme esasen ilk derece mahkemesince delillerin hiçbirinin toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesine ilişkindir.[280] Aksi halde yalnızca belli bir vakıanın yeterince somutlaştırılmaması veya belli bir delile ilişkin eşleştirme yapılamamasına rağmen hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında hareket etmemesi dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sonucunu doğurur ki, bu husus istinaf yargılamasının işlevine uygun düşmediği gibi yargılamanın uzamasına neden olacaktır.

VI. Sonuç

Medeni yargılamada delillerin değerlendirilmesinde hata yapılması vakıaların hatalı tespitine yol açmaktadır. Hukukun uygulanması hukuken önem taşıyan hayat olayının tespitine bağlıdır. Vakıa tespiti ilk derece mahkemesince tahkikat aşamasında etraflı bir biçimde

[278] Pekcanıtez, s. 1139; Yardımcı, s. 249; Aşit, s. 456 vd.
[279] Yardımcı, s. 300.
[280] Pekcanıtez/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, C. III, s. 2259.

yapılmalıdır. Delillerin değerlendirilmesi mukayeseli hukukta usul hukukunun önemli kurucu unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, usulun amacı gerçeklik temelinde hakkın tespiti ve tanınmasıdır.

Hâkimin, subjektifliğini önlemek bakımından, delilleri değerlendirmesine ilişkin gerekçe göstermesi önemli bir objektif kriterdir, bu kötüye kullanma ve keyfiliği önler. Karar, hem gerekli vakıa tespitini açıkça ve kuşku yaratmayacak şekilde ortaya koymalı hem de hâkimin tespit ettiği vakıaların ispatlanmış, diğer iddia edilen vakıaların ispatlanamamış sayılmasının gerekçelerini de ihtiva etmelidir.

Hakim, sadece, tespit ettiği vakıaların gerçek olduğunu veya gerçek olmadığını, hangi tecrübe kurallarına dayanarak kabul ettiğini açıkça ortaya koymak zorundadır. Kanaat tesisi, sadece, bir vakıa iddiasının, tecrübe kurallarına göre kabul edilebilen ihtimalinin incelenmesinde çok önem taşıdığından, bu gerekçelendirilebilir ve kontrol edilebilir. Gerekçe gösterilmemesi, önemli usuli eksikliktir.

İspat ölçüsü olarak hakimin delillerin değerlendirilmesinde belirli bir vakıanın gerçekliği veya gerçeğe aykırılığı konusunda tüm kuşkulardan arınmış kesin bir kanaate ulaşması aranmaz ise de, yalnızca kanaat getirme de yeterli değildir.

Bir hukuk sisteminde kanunyollarının çeşitlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. İstinafın özellikle delillerin değerlendirilmesi ve altlamadaki hataların kontrolü bakımından önemi vardır.

Türk Hukuku'nda istinafın genel gerekçesinde, "maddi gerçeğin ortaya çıkarılması" ve "yargılamanın makul sürede bitirilmesi" ilkelerinin dengelenmesi vurgulanmıştır.

Mukayeseli hukukta belirtildiği gibi, yargılamanın hızlandırılmasının sıkı şekilde uygulanması hayat olayının mükemmelleştirilmesini sınırlar ve böylece hükmün temellerinin mükemmelliğini ve doğruluğunu olumsuz yönde etkiler. Bir usul kanunu elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitini, hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir dengeleyici sistem sunuyorsa başarılı kabul edilmektedir.

Yargılamanın yapısı yargılamanın hızlandırılmasında özel bir yere, öneme sahiptir. İsviçre'de 2011 tarihli Federal Kanunda teksif ilkesi olasılıklara dayalı esnek bir yapıdadır. 6100 sayılı HMK'da yargılamada katı bir kesit oluşturan ön inceleme safhası (m.137/II) mukayeseli hukuktaki tahkikatta esnek ara safha modeline dayalı optimal yargılama yapısına uygun düşmemektedir.

İstinaf -sınırlı istinaf modelinde dahi- ilk derece mahkemesinin usul hatalarını kontrol eder. İstinaf hâkimi, dinlediği tanıklar, bilirkişiler ve taraflar konusunda doğrudan şahsi kanaat elde eden ilk derece hâkiminin delilleri değerlendirmesinden şüphe etmez ise, yapılmış değerlendirmenin doğruluğu ile bağlıdır. Değerlendirme konusunda şüphe, doğrudan hükümden doğabileceği gibi tutanaklar aracılığıyla da doğabilir. İstinaf mahkemesi hâkimi iptali istenen hükümdeki vakıa tespitinden şüphelenirse, delilleri yeniden değerlendirmelidir. İlk derece mahkemesi usul hatası yapmaksızın vakıa tespitinde bulunsa dahi, onun bu tespitleri, tespitlerinin eksik veya yanlış olduğu konusunda somut veriler bulunduğu sürece, istinaf mahkemesi bakımından bağlayıcı değildir.

Delil değerlendirilmesinde eksiklik, usulde eksiklik sayılarak, iptal kararı verilmesine ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açar; hatalı değerlendirme hali ise, geri gönderme konusu oluşturmaz. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi gereği, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırabilir ve ilk derece mahkemesince yapılmış delillerin değerlendirilmesi ile de bağlı değildir.

Mukayeseli hukukta İsviçre'de, istinaf mahkemesi davanın önemli bir kısmı hakkında karar verilmemişse veya hayat olayının önemli bir kısmı tamamlanmaya muhtaç ise, dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderir. İstinaf mahkemesinin yeni bir karar vermesi veya dosyayı ilk dereceye geri göndermesi sorusunda, usul ekonomisi ve taraflara tam bir derecenin korunması hakkının tanınması arasında bir gerilim ilişkisi olduğu kabul edilmektedir.

Mukayeseli hukukta ise mesele duruşma yapılıp yapılmamasından ziyade, gerilim ilişkisinde neyin tercih edileceği ve buna göre

hayat olayının ilk derece yargılamasında ne ölçüde tamamlanacağı hususları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Avusturya hukukunda ise istinaf yargılamasında -gerektiğinde delillerin tekrarlanması veya tamamlanması suretiyle- iptali istenen kararın değiştirilmesi, geri göndermeye nazaran işin hallini geciktirmeyecekse veya önemli ölçüde masrafa sebep olmayacaksa, arzulanan kural durumdur.

Türk Hukukunda ise kanunkoyucu tarafından delillerin hiçbirinin toplanmamış olması veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması hallerini önemli ve klasik usul eksiklikleri olarak nitelendirmiştir. HMK m. 353/I-a, bent 6 uyarınca yerel mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde istinaf mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.

Taraflar iddia ve savunmalarını ispat faaliyetine esas teşkil edecek şekilde ve talep sonucunu haklı kılacak ölçüde açık ve somut bir şekilde vakıalandırmadan ve ilgili vakıalarla bağlantı kurmadan ve eşleştirme yapmadan delillerini ileri sürmeleri halinde ise, hâkim, aydınlatma ödevi gereği taraflara vakıaları ve delilleri somutlaştırmaları ve delillerin hangi vakıanın ispatına yönelik olarak gösterildiğini belirtmeleri için imkân tanımalı ve uyarıda bulunmalıdır. İlk derece yargılamasında hâkimin bu uyarı ve imkanı tanımadan sonuca gitmesi istinaf incelemesinde bir usule aykırılık olarak ele alınacaktır.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Ben teşekkür ederim. Değerli Meslektaşımız Kamil YILDIRIM, delillerin değerlendirilmesi konusundaki inceliklere, bazı hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri de göstererek onlara da atıf yaparak çok güzel açıkladılar. Teşekkür ediyorum. Bu arada tabi 353.madde konusunda önceki oturumdaki toplantıda görüşlere yollama yapmak suretiyle nispeten fazla zaman ayırabilmesi yararlı bir davranış oldu.

Teşekkür ediyoruz kendisine. Şimdi hep İstinaf Mahkemesinden söz ettik. Doğal olarak öncesine sık sık gittik. Yollama yaptık yani ilk derece mahkemelerine ve ilk derece mahkemelerindeki yargılamaya. Bir de sonrasına bakmak gerekir. İstinaf sonrasında tabi bütün kararlar için söz konusu olmasa da bir miktar karar için bir kanun yolu daha var. Temyiz kanun yolu. İstinafla bu yol arasındaki bağlantıyı da kurarak sanıyorum meslektaşımız Murat YAVAŞ, temyiz yolu veya temyiz aşaması konusunda sunumlarını yapacaklar. Kendisine söz veriyorum. Buyurun.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN GÖREVE BAŞLAMASINDAN SONRA MEDENİ USUL HUKUKUNDA TEMYİZ

Doç. Dr. Murat YAVAŞ*

I. Kanun Yolu Kavramı ve Temyize Müracaatın Şartları

1. Kanun Yolu Kavramının Tanımı ve Kanun Yolu Kavramına İlişkin Mevzuattaki Durum

Alt mahkemelerin (Bölge Adliye Mahkemesi= BAM ya da ilk derece mahkemesi) karar verirken hukuku gereği gibi tatbik edememiş olması ihtimalinin varlığına yönelik olarak bu yanlışlıkların giderilmesini ve kararın adaleti sağlamaya yönelik tesis edilmesini sağlamak bakımından kanun yolu mekanizmasının önemi tartışmasızdır. Hüküm mahkemelerinin karar verirken yanlışlık yapma ihtimaline karşı, verilen kararların daha üst bir makam tarafından kontrol edilmesi hukuk devletinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun yolu kavramını, tarafa kendi aleyhine olan ve henüz kesinleşmemiş bir yargı kararının üst derece mahkemesinde incelenmesi ve ortadan kaldırılması imkanı veren bir hukuki yol olarak değerlendirmek mümkündür.

HUMK'un kanun yollarına ilişkin hükümleri 5236 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve böylece tek dereceli olan kanun yolu sistemimiz istinaf ve temyiz olarak iki dereceli bir yapıya kavuşturulmuştur. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf mahkemeleri) göreve başlayana dek HUMK'un temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği de aynı kanunda (5236 sayılı yasa) ifade edilmiştir. Esas olarak 5236 sayılı yasa düzenlemeleri 1086 sayılı HUMK döneminde hiç yürürlük kazanamamıştır.

Adalet Bakanlığının 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı RG'de yayımlanan "Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Bölge İdare Mahkeme-

* Marmara Üniversitesi.

lerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Kararı" na göre Bölge Adliye Mahkemeleri 20.7.2016 tarihinde tüm yurtta göreve başlamıştır. Bölge Adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce verilen kararlar hakkında kesinleşinceye kadar HUMK'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri tatbik olacaktır. Bu bağlamda, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra temyize ilişkin olarak artık 6100 sayılı HMK'nın konuya ilişkin (HMK m.361 vd) hükümlerin tatbik edilmeye devam olunacağı açıktır. Yani 20.7.2016 tarihinden sonra verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı doğrudan temyiz yoluna müracaat edilemez.

Yargıtay'ın bozmasından sonra ilk derece mahkemesi kararına karşı doğrudan temyiz yoluna müracaat imkanı HMK m.373/4-5 hükümlerinde gösterilmiştir.

Daha önce ilk derece mahkemesi kararlarına karşı arada başka bir kanun yolu aşaması mevcut olmadan direkt olarak Yargıtay'a müracaat mümkün iken, BAM'ın göreve başlamasından sonra BAM tarafından verilen kararlara karşı temyiz söz konusu olabilecektir. Bu arada HMK m.373 çerçevesinde ilk derece mahkemesinden verilen kararların sıçrama yolu ile temyizinden söz etmek de mümkündür. Karar düzeltme mekanizması da BAM'ın göreve başlamasından sonra verilen kararlar yönünden ortadan kalkmıştır.

Öncelikle, temyiz teknik anlamda (istinaf kurumunun da niteliğine benzer şekilde) bir kanun yoludur. Özellikle hükmün kesinleşmesini geciktirme (erteleyici etki) ve kararı veren makamdan daha üst bir makam tarafından incelemesinin yapılması bakımından (geliştirici etki) bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bu noktada erteleyici etki, hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin önüne geçilmesi anlamına gelmektedir. Karara karşı kanunda öngörülen hukuki çareye müracaat edilmesi aynı zamanda kararın şekli anlamda kesinleşmesinin de önüne geçilmesi etkisini ortaya çıkarmakta ise erteleyici etkinin var olduğunun kabulü gerekir. Teknik olarak temyiz kanun yolunda bu etkiden söz etmek mümkündür.

Erteleyici etkinin, hükmün icra edilebilmesi imkanı ile de karıştırılmaması gerekir. Türk Hukukunda bazı istisnalar hariç olmak üzere hüküm, kesinleşmeden de icra edilebilmektedir.

2. Temyize Müracaatın Şartları

Kanun yollarına müracaat edebilmek için belirli bir süre (süre şartı) içinde bu hakkın kullanılması, her usul işleminde olduğu gibi hukuki yararın (hukuki yarar şartı) bulunması, temyize götürülebilecek kararların bazı nitelikleri haiz bulunması gerekir.

7035 sayılı yasa değişikliğinden önce HMK m.361/1 "Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir" şeklinde idi. Ancak 7035 sayılı ve 20.7.2017 tarihli BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN İŞLEYİŞİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLARIN GİDERİLMESİ AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'un 31. Maddesi ile anılan 361/1 maddesinde değişiklik yapılmıştır. 7035 sayılı kanunun 31. Maddesi "6100 sayılı Kanunun 361 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir ay" ibaresi "iki hafta" şeklinde değiştirilmiştir" şeklindedir. Anılan değişiklik ile temyiz süresi istinafa müracaat süresi ile paralel hale getirilmiştir. 1086 sayılı HUMK bakımından ise süre m. 432 hükmünde gösterilmişti. Bu hüküm, "Temyiz süresi onbeş gündür. Temyiz süreleri ilamın usulen taraflardan her birine tebliği ile işlemeye başlar" şeklinde idi.

A. Temyiz Edilebilen Kararın Varlığı

HMK m.361 incelendiğinde ilk olarak bir hükmün temyizi için o hükmün BAM tarafından verilmiş (bu arada 373 hükmünü gözden uzak tutmamak gerekir) ve temyizi kabil bir karar niteliğini haiz olması, yani ortada temyiz edilebilen bir kararın bulunması gerektiğini görmekteyiz. Kural olarak BAM tarafından verilen tüm nihai kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Ancak istisnai olarak BAM tarafından nihai olarak verilen bazı kararlar temyize açık değildir. Bu bağlamda, 1086

sayılı HUMK yönünden bir hükmün temyiz edilip edilemeyeceği, HUMK m.427/2 çerçevesinde tayin edilmekteydi. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin bir nihai karar vermiş olması o kararın[281] tek başına temyize konu edilebileceği anlamına gelmemekteydi. Anılan hüküm küçük bir miktara isabet etse de kararların temyizi yönünden parasal bir sınır getirmekte idi. Bu parasal sınırın altında kalan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar verildiği anda kesinleşmiş olmaktaydı.

İstinafa müracaat bakımından HMK m.341/2 ise HUMK m.427/2'den farklı olarak "*…malvarlığı davalarına…"* ifadesini kullanmakla birlikte yine bir parasal sınır öngörmektedir. Anılan hükümde miktar veya değeri parasal sınırı geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olduğuna vurgu yapılmıştır. 6763 sayılı yasa ile (2.12.2016 tarih ve 29906 RG yayım ve 24.11.2016 kabul tarihli **CEZA MUHAKEMESİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN**) HMK m.341/2 hükmüne "Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir" hükmü sevk edilmiştir. Delil tespiti kararları ya da bu kararlara itirazın kabulüne veya reddine ilişkin kararlar istinaf edilemez. Ara kararlar istinaf edilemez. Örneğin davaların birleştirilmesi kararı ara karar olduğundan tek başına istinaf edilemez. Asıl hükümle istinaf edilebilir. Adli yardım talebinin reddi kararları da istinaf edilemez. Yine Temyiz bakımından HMK m.362/1-a hükmünde "… 41.530 TL'yi geçmeyen[282] davalara ilişkin kararların

[281] Fransız Hukukunda, sadece bir kararın hüküm fıkrası temyiz yolunun konusunu oluşturabilir. Gerekçe ise kararın yerindeliğini incelemek bakımından Temyiz Mahkemesine yol gösterir. O hâlde taraflarca kararın gerekçesine karşı yapılmış bir temyiz başvurusu reddedilir (Bore, Jacques, Pourvoi en Cassation, Répertoire de procédure civile, Edition Dalloz, 2013, s. 8).

[282] İstinafa, temyize müracaat ile temyizin duruşmalı yapılmasına ilişkin parasal sınırlar bakımından 2017 değerleri esas alınmıştır. Bu bağlamda, 6763 sayılı yasanın 44. Maddesi gereğince 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır. 200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında ise hukuki işlemin yapıldığı an esas alınmalıdır. Ayrıca 200, 201 inci 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298

temyize götürülemeyeceği ifade edilerek temyize müracaatta bir parasal sınır tespit edilmiştir.[283] HMK m.341/2 ve m. 362/1-a hükmü, hükmün kesinlik sınırını tayin etmektedir. Dolayısıyla bu kesinlik sınırı altındaki davalara ilişkin verilen kararlar yönünden HMK m.341/2 açısından istinafa müracaat (manevi tazminata ilişkin kararlar istisna olmak üzere), HMK m.362/1-a bakımından ise temyize müracaat söz konusu olamayacaktır. İş mahkemelerinde de temyiz sınırı 41.530 TL dır (İş K. m. 8/3)[284]

Miktar veya değer itibariyle belirli bir parasal sınırın altında kalan davalara yönelik kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapatılmış olmasının (HMK m.3612/1-a) hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması biçiminde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin de tartışılması gerekir ise de, bu tartışmanın HUMK zamanında da yapılmış olduğunu altı çizilmelidir. Bu tür sınırlama Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı görülmemiştir (bkz. An. Mah. Kar. 20.1.1986 T, 1985/23 E, 1986/2 K sayılı karar). Yargıtay'ın verdiği bir kararda da bu kapsamda bir yaklaşımın sergilenmiş olduğu görülmektedir.[285] Görüldüğü üzere kanun yoluna müracaat yönünden parasal sınır tayin etme noktasında bir hukuk politikasının geçerli olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Söz konusu hükümlerin bir hukuk politikasının ürünü olduğu ve kanaatimizce hak arama özgürlüğünün özüne etki eden bir sınırlama mahiyetinde olmadığını söylemek mümkün görünmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, miktar veya değer yönünden HMK m.362/1-a sınırları üstünde kalan ve diğer temyiz edilemeyen kararlar kategorisi içinde de bulunmayan BAM

---

inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.

[283] Daha önce 25.000 TL olarak ifade edilen değer 6763 sayılı yasanın 42. Maddesi ile 40.000 TL şeklinde değiştirilmiş olup bu rakamın yeniden değerleme oranında artırılması neticesinde 41.530 metinde ifade edilmiştir. Söz konusu parasal sınır 2017 değerlerine göredir.

[284] İcra mahkemelerinde temyiz sınırı 2017 değerlerine göre 40.000 TL dır. (Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 508).

[285] HGK 2.3.2005 T, 9-85 E, 127 K sayılı karar, kazancı, içtihat.

tarafından (HMK m. 373 hükmü gözden uzak tutulmamalıdır) verilen nihai kararların temyizi mümkündür.

İhtiyari dava ortaklığında HMK m.341/2 ve m.362/1-a hükmündeki sınır bakımından her bir ortağın davasının esas alınması gerekecektir. Zira ihtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır ve davalar birbirinden bağımsızdır. Sadece tahkikat safhaları ortaktır.

Alacağın bir bölümünün dava edildiği hallerde (kısmi dava) kesinlik sınırının alacağın tamamına göre belirlenmesi gerekecektir (1086 sayılı HUMK m. 427/3; HMK m. 341/3, HMK m. 362/2).

Alacağın tamamı dava edilmiş olup da asıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını oluşturan parasal sınırın altında bulunduğu hallerde, bu değeri geçmeyen tarafın temyiz hakkından söz etmek mümkün olamayacaktır. Örneğin, 60.000 TL talep etmiş olan alacaklı lehine olarak 50.000 TL'ye hüküm kurulmuşsa (dava kısmen kabul edilmişse), alacaklının talep ettiği bedelin reddedilen bölümü 10.000 TL olduğundan davacının temyiz imkanından söz etmek mümkün olamayacaktır (HUMK m. 427/4; istinaf bakımından 341/4; temyiz yönünden HMK m. 362/2).[286] Buna benzer düzenleme HMK m. 341/4 hükmünde de yani istinafa müracaat bakımından da bulunmaktadır. Bu örnekte 50.000 TL'ye mahkûm edilen davalının temyize müracaatta hukuki menfaatinin bulunduğu açıktır. Bu örnekte temyize hakkı olan davalı yanın temyize müracaat etmesi halinde diğer taraf da, yani lehine 50.000 TL hüküm kurulan davacı yan da, düzenleyeceği cevap dilekçesi ile hükmü temyiz edebilecektir (HMK m.362/2).

HMK m. 366 "istinafa ilişkin 343-349 ve 352. maddelerin kıyasen temyizde de uygulanacağına ilişkin atfı karşısında HMK m.

[286] Ancak bu halde, HUMK m. 427/2'deki sınır sebebiyle temyize müracaat edemeyecek olan tarafın, diğer tarafın temyiz talebine vereceği cevapla hükmü temyiz etmesinde (katılma yoluyla temyiz) herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu halde katılma yoluyla temyiz, bağımsız temyiz talebinden farklı olarak temyiz talebinde bulunanın kaderine tabi olacaktır. Örneğin, hükmü temyiz eden tarafın temyiz talebi her hangi bir sebeple reddedildiğinde, hükmü katılma yoluyla temyiz edenin cevapla yapmış olduğu temyiz de değerlendirilmeyecektir.

348 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. İstinaf yoluna başvuruya ilişkin olan ve başvuru dilekçesinin verilmesi, harç ve giderlerin yatırılması, başvuru süresi, başvuru dilekçesinin reddi, başvuru dilekçesine cevap, katılma yolu ile başvuru, başvuru hakkından feragat ve ön inceleme başlığını taşıyan hükümler temyiz yoluna başvuru halinde de uygulanır.

HMK m. 366 karşısında ve yukarıda verilen örnek bakımından davacının hükmü temyizi, katılma yolu ile temyiz niteliğini haiz olacaktır. Dolayısıyla katılma yoluyla temyiz, bağımsız temyiz talebinden farklı olarak asıl temyiz talebinin kaderine tabi olacaktır. Bu bağlamda, temyiz yoluna bağımsız olarak başvuran talebinden feragat eder veya talebi BAM tarafından esasa girilmeden reddedilirse (karş HMK m. 352) katılma yolu ile başvuranın talebi de reddedilecektir (HMK m. 366 atfı ile HMK m. 348/2).

Katılma yolu ile temyiz imkanını geniş anlamak gerekir. Bu bakımdan sadece temyiz süresini kaçıran taraf bakımından değil, genel olarak temyize müracaat hakkı olmayan tarafın, diğer tarafın temyiz dilekçesine cevap vererek hükmü temyiz edebilmesi olarak bu kurumu anlamak gerekir (HMK m. 366 atfı ile HMK m. 348/1). Dolayısıyla bu kurum sayesinde temyiz süresini kaçıran taraf ya da geniş anlamda temyize müracaat hakkı olmayan taraf hükmü katılma yolu ile temyiz imkanına sahip olmaktadır. Bu durum bir bakıma katılma yolu ile temyize müracaat eden yönünden, süreyi kaçırmış olması sebebiyle kararın kendisi açısından ortaya çıkmış olan şekli anlamda kesinleşmesi halini de bertaraf etmesi anlamına gelmektedir. Esas olarak katılma yolu ile temyiz, hem temyize müracaat süresinin kaçırılması sebebi ile ortaya çıkacak olan şekli anlamda kesinliği bertaraf etmesi hem de taraflardan sadece temyize hakkı olanın temyize müracaat etmesi ile diğer taraf aleyhine bu sebeple ortaya çıkabilecek olan usuli müktesep hakkın doğumunu engellemesi yönünden önem taşımaktadır.

Yine yukarıdaki örnek bakımından temyize hakkı olan davalının temyizinden evvel veya onun temyiz dilekçesinin davacıya tebliğinden evvel temyiz sınırı dolayısıyla temyize hakkı olmayan

taraf (davacı) temyize müracaat etmişse durumun ne olacağının tartışılması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında, bu halde davacının temyiz dilekçesinin cevap dilekçesi olarak kabul edilmesi gerektiğini, yoksa bu dilekçenin temyize cevap dilekçesi mahiyetinde olmaması gerekçesi ile reddedilmemesi gerektiğini belirtmiştir.[287]

Yargıtay'ın bu yaklaşımına katılmak mümkün görünmemektedir. Katılma yolu ile temyiz, katılma yoluyla temyizin yapıldığı an itibariyle bağımsız olarak temyiz talebinde bulunma hakkı olmayan tarafça yapılabilecek olan bir müracaat olup, bu husus kanaatimizce katılma yoluyla temyizin kurucu unsurudur. Yargıtay'ın kararına konu olayda, temyiz hakkına sahip olmayan tarafın hükmü temyiz ettiğine ilişkin dilekçeyi verdiği sırada temyiz hakkından mahrum olduğu açıktır. O halde, bu temyiz dilekçesinin bağımsız bir temyiz dilekçesi karakteri göstermesinden söz edilemez.[288] Böylesi bir dilekçeyi katılma yoluyla temyize dayanak oluşturacak şekilde cevap dilekçesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Aksi halin kabulü temyizde ön inceleme ve bu kurumun amacını da anlamsız hale getirecektir.

Kanunun temyiz yolunu kapattığı kararlar bakımından kanun yararına temyiz yoluna müracaat edilebilir (HMK m. 363).[289] 7035 sayılı yasanın 33. Maddesi ile HMK m. 363/1 değiştirilmiştir. 100 sayılı Kanunun 363 üncü maddesinin birinci fıkrası "İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur" şeklinde değiştirilmiştir.

Objektif dava birleşmesi, bir davacının aynı davalıya karşı aynı dava dilekçesi ile farklı talepler dermeyan etmesi halidir. Bu durumda

[287] 13 HD 4.5.1995 T, 4355 E, 4623 K sayılı karar, kazancı/içtihat
[288] 3. HD 15.6.1982 T, 2627 E, 2728 K sayılı karar, YKD 1982/8, s. 1101.
[289] Ayrıntı için bkz. Yılmaz, Ejder, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003, s. 54vd.

her bir talep birbirinden farklı olduğundan ve aralarında hukuki ya da ekonomik bağ mevcut olmadığından BAM'ın her bir taleple ilgili ayrı ayrı hüküm tesis etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla BAM'ın objektif dava birleşmesine konu edilen her bir taleple ilgili vermiş olduğu kararlar kendi içinde temyiz edilebilirlik sınırını da aşması kaydı ile temyize konu edilebilecektir.

HMK m. 362 Bölge Adliye mahkemelerinin hangi kararlarına karşı temyize gidilemeyeceğini açık olarak düzenlemiştir. Anılan hüküm "*Bölge adliye mahkemelerinin aşağıdaki kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamaz: a) Miktar veya değeri 41.530 Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar*[290]*. b) Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları hariç olmak üzere*[291] *4 üncü maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar. c) Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar. ç) Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar*[292]*. d) Soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar. e) Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar f) Geçici*

[290] Bkz. yuk. dn.2.

[291] 7035 sayılı yasanın 32. Maddesi ile ilave edilen kısım.

[292] "1086 sayılı Kanun'un sadece temyize ilişkin hükümlerinin geçici olarak uygulama olanağı bulunmakta olup; 6100 sayılı Kanun'a göre de çekişmesiz yargı işlerinden sayılan "tevdi mahalli belirlenmesi kararları" hakkında bölge adliye mahkemeleri için öngörülen kanun yolunun, temyiz yolu şeklinde yorumlanması yasanın amacına uygun bir sonuç olmayacaktır. Dolayısıyla 6100 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin 1. fıkrasındaki hüküm gereğince bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı HUMK'nın 6100 sayılı HMK'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanacağından, 1086 sayılı Kanun'da çekişmesiz yargı kararlarına karşı temyiz yolu da kapalı bulunduğuna göre, bu kararların temyizen incelenmesi yasal olarak mümkün değildir" (4. HD 16.11.2015 T, 1187 E, 13116 K sayılı karar).

hukuki korumalar hakkında verilen kararlar[293]*"* şeklindedir. Yukarıda anılan m.362/1-b hükmündeki "*Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları hariç olmak üzere…" ifadesi* 7035 sayılı yasa ile maddeye dahil edilmiştir.

İstinaf mahkemesinin şahıs varlığı haklarına ilişkin davalarda verdiği tüm nihai kararlar temyiz edilebilir. Zira HMK m.362/1-a hükmünde şahıs varlığı haklarına ilişkin davalar yönünden bir sınırlama yapılmış değildir.

İstinaf mahkemelerinin bazı usule ilişkin kararları da temyiz edilemez. Buna göre HMK m. 353/a hükmünde yazılı istinaf mahkemesinin bazı usule ilişkin kararları temyizi mümkün değildir. (HMK m. 353/a-1-6). İstinaf mahkemesinin duruşma yapmadan verdiği yukarıdaki usule ilişkin kararları kesindir ve temyizi mümkün değildir.

Sulh hukuk mh. Görevine giren davalara ilişkin istinaf mahkemesi kararları kural olarak temyiz edilemez. Ancak ;

a) Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibari ile temyiz sınırını aşan alacak davaları ile ilgili ist. Mh kararları

b) 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hakkındaki ist. Mh. Kararı (projeye aykırı bölümlerin yıktırılması davası)

Kararları temyiz edilebilir.

İstinaf mahkemesinin çekişmesiz yargı işlerinde verdiği kararlar kesindir. Temyiz edilemez. Ancak velayete, soy bağına ve kısıtlamaya ilişkin sulh mahkemesi kararları temyiz edilebilir. Hatta temyiz incelemesi duruşmalı istenebilir.

İstinaf mahkemelerinin davanın nakline ilişkin kararları da temyiz edilemez.

---

[293] "Geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar kanunda temyiz edilemeyen kararlar arasında sayılmıştır. İlk derece mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararların temyiz yoluyla incelenemeyeceğine ilişkin de içtihadı birleştirme kararı bulunduğundan temyiz talebinin reddi gerekir" (14 HD 27.5.2014 T, 6490E, 6899 K sayılı karar).

HMK m.44/1 de sayılan işe ilişkin istinaf mahkemesi kararları kesindir.

İstinaf mahkemesinin geçici hukuki korumalar hakkında verdiği kararlar temyiz edilemez. Bu bağlamda, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararlarına ilişkin istinaf mahkemesi kararı temyiz edilemez. (391/3). İhtiyati tedbire itiraz hakkındaki istinaf mahkemesi kararları kesindir.

İhtiyati haciz talebinin reddi kararlarına ilişkin istinaf mahkemesi kararı temyiz edilemez (İİK m.258/3). İhtiyati hacze itiraz hakkındaki istinaf mahkemesi kararları kesindir. (İİK m.265/5). İstinaf mahkemesinin ara kararlarına temyiz yoluna gitmek mümkün değildir.

Hakem kararlarına karşı değil ama, hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz mümkündür. Hakem kararlarının iptali ile ilgili kanun yoluna müracaata ilişkin hüküm HMK m.361' de mevcuttur. İstinaf aşamasına ilişkin olarak ise hakem kararları hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde, 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra, önce tahkim kararı verileceği, ardından Asliye Ticaret Mahkemesinde iptal davası açılacağı (zira 6545 sayılı yasa ile iptal davasında görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu ifade edilmiştir), sonra bu karara karşı istinafa müracaat edilip, duruma göre temyize müracaat edilebileceği söylenebilir ise de HMK m.361'in açık düzenlemesi ve tahkimin niteliği ve amacı da dikkate alındığında Asliye Ticaret Mahkemesinin iptal talebine ilişkin kararına karşı doğrudan temyiz yoluna müracaat edilmesi gerektiği sonucuna varmak mümkün görünmektedir.

Temyizi kabil olmayan kararlara karşı temyize gidilecek olur ise istinaf mahkemesi de temyiz isteminin reddine karar verebilecektir (HMK m. 366, m. 346).

Temyiz edilemeyen kararların varlığı Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesine yöneliktir. (Kanun, s. 473).

B. Temyizde Hukuki Menfaat

HMK m.361/2 hükmü, davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak kaydı ile temyiz yoluna müracaat edebilir şeklinde olup 5236 sayılı kanun değişikliğinden önce de böylesi bir hüküm mevcuttu.

Belirtmek gerekir ki, gerek dava açmak gerekse temyiz talebinde bulunmak bir usul işlemidir. Tüm usul işlemlerinde olduğu gibi temyize müracaatta da ilgilinin bir hukuki menfaate sahip olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla kanaatimizce yukarıda açıklamış olduğumuz yasal düzenlemelerde açıkça temyize müracaat edecek kimsenin hukuki menfaate sahip olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmasaydı da, temyizde bir hukuki menfaatin gerekli olduğu sonucuna yine de varmak mümkün olabilecekti.

Sadece dava açmak bakımından değil, temyiz kanun yoluna müracaat ile elde edilecek korunmaya değer bir hukuki yararın söz konusu olmadığı hallerde temyiz hakkının kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün olabilecektir.[294] Konunun HMK m.29 ile de yakından ilgisi bulunmaktadır. Bu, uygulamada genellikle yargılamanın uzamasına sebebiyet vermek suretiyle kendini göstermektedir. Zira kanun yoluna müracaat hükmün şekli anlamda kesinleşmesini engellemek dışında uyuşmazlığın da sonuçlanmasını geciktirmek etkisini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla kanun yoluna müracaat ile bir hukuki yararın elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerde yine de kanun yoluna müracaat etmek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın devam etmesine sebebiyet vermekten başka toplumsal barışın sağlanmasının geciktirilmesi anlamını taşımaktadır. Kanun koyucunun bunu himaye etmesi düşünülemez. Nitekim kanun koyucu, gerek istinaf, gerekse temyiz başvurusunda kötü niyetli müracaatları müeyyidelendirmektedir. HMK m. 368 "*Temyiz talebinin kötü niyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtayca 329 uncu madde hükümleri uygulanır*" şeklindedir. (İstinafa ilişkin olarak da karş. m. 351).

[294] Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 71.

Temyize sadece davanın tarafları müracaat edebilir. Bu sebeple davanın tarafları dışındaki bir kimsenin karara karşı kanun yoluna müracaat etmesinde bir hukuki menfaatten söz edilemeyecektir.[295] Ancak örneğin, davada taraf konumunda olmamasına rağmen kendisine ilişkin hüküm kurulan kimsenin de temyizde hukuki menfaati olabilecektir.[296]

Yukarıda belirttiğimiz üzere, temyize müracaatta hukuki menfaati olmayan bir taraf da salt diğer tarafın tek başına temyize gitmek suretiyle lehine elde edebileceği usuli kazanılmış hakkın ortaya çıkmasını engellemek için katılma yolu ile temyiz yoluna gidebilecektir. Bu halde kararın, temyize gitmek isteyen tarafın talebini tam olarak karşılamakta olması o kimsenin katılma yolu ile temyize müracaatına engel olamayacaktır.

Temyiz yoluna müracaat eden tarafın hukuki menfaate sahip olup olmadığının tayininde talep sonucu ile alt mahkemenin vermiş olduğu kararın hüküm fıkrasının karşılaştırılması yoluna gidilebilir.[297]

---

[295] "Hükmü temyiz eden banka davada taraf olmadığından ve aleyhine bir hüküm kurulmadığından kararı temyiz hakkı yoktur" (11. HD 14.11.1991 T, 1285 E, 6045 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası) .

[296] "Her ne kadar karar tashihi talebinde bulunan kimse dosyada taraf durumunu almamış ise de hüküm tamamen bu kişi aleyhine kurulmuş bulunmaktadır. Bu bakımdan, hükmün sonucundan etkilenmektedir. Hükmü temyiz etmekte veya karar düzeltme talebinde bulunmakla hukuki yararı vardır. O itibarla, Dairenin temyiz talebinin reddine ilişkin kararı yanlışa dayanmaktadır. Samaan'ın düzeltme isteminin kabulü ile Dairenin yanlışa dayanan 29.4.1991 tarihli ve 1991/1852-5781 sayılı temyiz talebinin reddine ilişkin kararının kaldırılmasına ve hükmün az önce açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA) ve 7700 lira peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 5.3.1992 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (8 HD 5.3.1992 T, 1991/16959 E, 1992/4619 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Dava; alacak istemine ilişkidir. Bir davada kararı temyiz etme hakkı, yalnız taraflara veya hüküm ile kendisine mükellefiyet yüklenen veya bir hakkı ihlal edilen kimseye veyahut kanunun açıkça belirttiği mercilere aittir. Temyiz isteminde bulunan davada ihbar olunan konumundadır. İhbar eden tarafın temsilcisi olarak davaya katılmamıştır. Karar başlığında davalı olarak gösterilmemiş, aleyhine de hüküm kurulmamıştır. O halde, ihbar olunan vekilinin kararı temyiz etmede hukuki yararı bulunmadığından ve temyiz dilekçesi temyiz defterine kaydedilmediği gibi temyiz harcı da yatırılmadığından ihbar olunan vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir (11. HD 19.9.2016 T, 2016/7529 E, 7324 K sayılı karar)

[297] Alman Hukukunda konuya ilişkin yaklaşım hakkında bkz. Schilken, Zivilprozessrecht. 6. Auflage, München 2010, s. 394-395. Bu bağlamda Alman Hukukunda şekli menfaatin varlığı öne çıkarılmaktadır.

Eğer hükmün kapsamı temyize gitmek isteyen kimsenin talebinden bir farklılık ortaya çıkarmakta ise bu kimsenin temyize müracaatta hukuki menfaatinin var olduğu sonucuna ulaşabilmekteyiz. Daha elverişli bir kararın elde edilmesi imkanı varsa temyizde yine menfaat vardır.

Talep sonucunu kısmen hüküm altına alan BAM kararına karşı davacının temyize müracaatta hukuki menfaati bulunmaktadır. Davacının talebi kısmen hüküm altına alınmış olmakla birlikte, reddedilen bölüm temyiz sınırının altında kalmakta ise bu halde temyize müracaatta hukuki menfaatin yokluğundan değil, temyizi mümkün olmayan bir karar sebebiyle temyize müracaat edememe halinin varlığından söz etmek gerekir. Bu ihtimalde akla gelecek olan hukuki çare katılma yolu ile temyiz olabilecektir.

Terditli davada davacının talebi mahkeme tarafından tam olarak karşılandığı hallerde davacının temyize müracaatta hukuki menfaati olmayacaktır. Ancak asıl talebe ilişkin olarak mahkeme kısmi kabul hükmü verecek olur ise davacının temyizde hukuki menfaati mevcut sayılmak gerekir.

Davacının asıl talebi reddedilip, yardımcı talebi tam olarak karşılanmış ise davacının temyize müracaatta hukuki menfaati mevcuttur.

Terditli davada hem asıl hem de yardımcı talebin birlikte reddedildiği hallerde davacının temyizde hukuki menfaatinin varlığı tartışmasızdır.

İhtiyari dava arkadaşlığında, her bir dava arkadaşı için temyizde hukuki menfaatin ayrı değerlendirilmesi gerekir. Mecburi dava arkadaşlığında tek dava söz konusu olduğundan davanın sonucuna göre mecburi dava arkadaşlarının tümü yönünden menfaatin olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

Davacının alacağının zamanaşımı sebebi ile talep edilebilir olmaktan çıktığını, alacağın bulunduğu kabul edilse dahi kendi karşı alacağını takas olarak ileri süren davalının bu savunması üzerine dava takas savunması dikkate alınarak reddedilirse davalının bu kararı temyizde hukuki menfaatinin olacağı açıktır. Zira, takas savunması

dikkate alınarak davanın sona erdiği halde davalı yan, davacıdan olan alacak hakkını da yitirmiş olacaktır. Oysa iddia etmiş olduğu gibi davacının alacağının zamanaşımına uğramış olduğu hüküm altına alınacak olsaydı davacının bu talep hakkı zamanaşımı sebebiyle sona ererken, davalının davacıdan olan alacak hakkı varlığını sürdürmeye devam edecekti.

HMK m. 361/2 hükmüne göre, hukuki yararı bulunmak kaydı ile davada haklı çıkmış olan taraf da hükmü temyiz edebilir. Davada haklı çıkan tarafın anılan hüküm çerçevesinde temyize gidebilmesi, kararın tarafı tatmin etmesi ve fakat gerekçenin tarafın isteğine ya da beklentisine uygun düşmediği hallerde de karşımıza çıkabilecektir. Bu bağlamda, karara sıkı surette bağlı gerekçelerin tarafın beklentisine uygun düşmediği hallerde davada haklı çıkan taraf temyize müracaat edebilecektir.

Bir alacak davasında davalı, dava konusu alacağı ödediğini, kaldı ki, alacağın zamanaşımına uğradığını savunmuştur. Mahkeme, zamanaşımı savunmasını reddetmiş fakat ödeme savunmasını yerinde görerek davanın reddine karar vermiştir. Bu ihtimalde davacı kararı temyiz etmemişse, davalının hiçbir hukuki menfaatinden söz edilemeyecektir. Zira, davalı aleyhine meydana gelebilecek bir usuli kazanılmış hak riski bu ihtimalde kesinlikle ortaya çıkmayacaktır. Sorun, davacının temyize gitmiş olması halinde karşımıza çıkacaktır.

Kanaatimizce somut ihtimalde, zamanaşımının reddi kararı davalının aleyhine olduğundan ve fakat sonuç olarak davalı davayı reddettirmiş bulunduğundan, davalının bir katılma yolu ile temyiz hakkına sahip olduğu, yoksa bağımsız temyiz hakkından söz edilemeyeceğini kabul edilmek gerekir.

C. Temyize Müracaatta Süre

HMK m. 361 hükmü, Bölge Adliye Mahkemelerinden verilen kararlara karşı (bu arada hakem kararlarının iptali için) temyiz süresini yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere 7035 sayılı yasa değişikliği ile

2 hafta olarak belirlemiştir.[298] Süre, *tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır*. 7035 sayılı yasanın Geçici madde 1 hükmü "Bu Kanunla, 5271 sayılı Kanunun 291 inci maddesi ile 6100 sayılı Kanunun 361 inci maddesinde temyiz sürelerine ilişkin olarak yapılan değişiklikler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte ve sonrasında verilen kararlar hakkında uygulanır" şeklindedir. Anılan kanunun yürürlük tarihi 5.8.2017 tarihi olup, bu tarihte ve sonrasında verilen temyizi kabil kararlar için geçerlidir. Dolayısıyla 5.8.2017 tarihinden önceki kararlar bakımından 1 aylık temyiz süresi geçerli olacaktır.

Mecburi dava arkadaşlığında, tek dava olduğundan, bu tür dava arkadaşlıklarında temyiz süresinin başlangıç ve bitiş anının belirlenmesinde son ortağa yapılan tebliğin esas alınması gerekecektir.[299]

İhtiyari dava arkadaşlığında ise dava arkadaşı sayısı kadar dava olduğundan her bir dava arkadaşı için temyiz süresi o dava arkadaşına kararın usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi ile işlemeye başlayacaktır.

Mahkemenin gerekçeli kararının tebliğinin her bir taraf için farklı tarihlerde olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla her bir taraf için temyize müracaat için belirlenmiş olan sürenin sona ermesi anı farklı olabilecektir. Bu bağlamda bir taraf için karar süresinde temyiz edilmemekle şekli anlamda kesinleşebilecek iken, aynı anda diğer taraf için henüz temyize müracaat süresi sona ermediği için kararın o taraf yönünden şekli anlamda kesinleşmesi söz konusu olmaya-bilecektir. Süresinde temyize başvurulmaması halinde kararın kesinleşmesinden anlaşılması gereken şekli anlamda kesinleşmedir. Her iki taraf için de hükme karşı temyiz süresi, hüküm temyiz edilmeksizin tamamlanmış ise hüküm, en son temyiz süresini kaçıran

[298] İş mahkemesi kararlarına ilişkin temyiz süresi tebliğden itibaren 8 gündür. İstinaf mahkemesinin iflas ve konkordato hukukuna ilişkin kararlarına karşı temyiz süresi tebliğden itibaren 10 gündür. Ayrıca bkz. HMK m.44/2' de süre 1 haftadır. Ticaret mahkemesinin iflas ve konkordato hukukuna ilişkin kararlarına karşı istinaf süresi tebliğden itibaren 10 gündür. İş mahkemesinin kararlarına ilişkin istinaf süresi tefhimden itibaren 8 gündür. İcra mahkemesi kararlarına karşı istinaf süresi tefhim ya da tebliğden itibaren 10 gündür. Ancak asliye hukuk mahkemesinin icra hukuku ile ilgili itirazın iptali, borçtan kurtulma, menfi tespit, istirdat davalarında istinaf süresi genel hükümler dairesinde 2 haftadır.

[299] 6. HD 25.10.1968 T, 2752 E, 4433 K sayılı karar, İBD 1969/3-4, s.171-172.

tarafın bu temyiz süresini tamamlaması anı ile birlikte maddi anlamda da kesinleşmiş olacaktır.

Temyiz dilekçesinin muhabere yolu ile verilmesi mümkündür (karş. HMK m. 365/2). Temyiz dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse o mahkemece temyiz defterine kaydolunur ve temyiz edene ücretsiz bir alındı kağıdı verilir (HMK m. 365/2-3; HMK m. 343/1).

Temyiz dilekçesi kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye verilmesi halinde önemli olan başka yer mahkemesine yapılan temyizin süresinde olmasıdır. Başka yer mahkemesine yapılan temyiz başvurusunda eğer temyiz, süre bittikten sonra gerçekleştirilmişse temyiz talebinin reddi gerekir.

Kural olarak temyiz talebini reddetme hakkı Yargıtay'a aittir.[300] Ancak BAM da tarafın temyiz talebini bazı nedenlerden dolayı reddedebilir (HMK m. 366 atfı ile m. 346). Bu hal usul ekonomisi ilkesi ile açıklanabilir. Buna göre temyiz, süre geçtikten sonra yapılırsa veya temyizi mümkün olmayan bir karara karşı temyize gidilirse ya da HMK m. 346/1'de yer almamakla birlikte temyizden feragat söz konusu olmasına rağmen feragat eden taraf temyiz kanun yoluna müracaat ederse bu hallerde temyiz talebi BAM tarafından da reddedilebilecektir. Aynı şekilde HMK m. 373/1 faraziyesinde temyiz talebini reddetme hakkı HMK m. 346 yolu ile ilk derece mahkemesine ait olacaktır.

Temyizin süre geçtikten sonra yapılması veya temyizi mümkün olmayan bir karara karşı temyize gidilmesi ya da temyizden

[300] Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, s. 4615. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, yürürlüğe girmesiyle 01.10.2011 tarihinden geçerli olmak üzere tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla kural olarak derhal uygulanabilir niteliktedir. Bu Kanuna göre, Bölge Adliye Mahkemeleri hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde dosyanın yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden, Yargıtay'a gönderilmesi durumunda, 1086 Sayılı HUMK'a göre, bu konuda bir karar verilmek üzere, dosya mahalline geri çevrilmeden doğrudan doğruya Yargıtay'ca da temyiz isteminin reddine karar verilebileceği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca 01.06.1990 gün ve 1989/3 E1990/4 K sayı ile karara bağlanmıştır" (2. HD 3.10.2011 T, 2010/11101 E, 2011/14557 K sayılı karar).

feragat söz konusu olmasına rağmen feragat eden tarafın temyiz kanun yoluna müracaat etmesi sebeplerinden birine dayanılarak talebinin BAM tarafından reddedilmiş olmasının da hukuka uygun olmadığı iddia edilebilir. Bu hallerde, temyiz talebi reddedilmiş olan taraf, ret kararının kendisine tebliğinden itibaren 1 hafta içinde bu kararı da temyiz edebilecektir (HMK m. 366 atfı ile m. 346/2).

Temyiz süresi geçtikten sonra temyize müracaat yasağının iki istisnası var. Bunlar, eski hale getirme ve katılma yolu ile temyizdir.

Temyiz talebi, temyizin süre geçtikten sonra yapılması veya temyizi mümkün olmayan bir karara karşı temyize gidilmesi ya da temyizden feragat söz konusu olmasına rağmen feragat eden tarafın temyiz kanun yoluna müracaat etmesi sebebiyle BAM tarafından reddedilen taraf, ret kararının kendisine tebliğinden itibaren 1 haftalık süreyi geçirdikten sonra hükmü temyiz ederse, bu ikinci temyiz istemi Yargıtay tarafından süre yönünden reddedilir. Bu halde esas hakkındaki birinci temyiz talebi de incelenmez.

Temyizde süre ile ilgili başka bir düzenleme de HMK m.366 atfi ile m. 347 de yer almaktadır. Anılan hükme göre, karşı taraf 2 hafta içinde temyiz dilekçesine cevap verme hakkına sahiptir. Bu sürenin de hak düşümü süresi olduğunun belirtilmesi gerekir (HMK m. 366, m. 347).

Katılma yolu ile temyiz imkanını temyizden feragat eden (HMK m. 336 atfı ile m. 349) kimse için de kabul etmek mümkündür. Zira temyizden feragat, feragat edenin bağımsız olarak kararı temyiz edemeyecek olmasına yol açabilecektir. Oysa temyizden feragat edilmesi, asıl başvuruya bağımlı bir müracaat ile aleyhe bozma yasağının hükmü temyiz eden lehine ortaya çıkmasının engellenmesine set çekmemelidir.

II. Temyiz Sebepleri ve Temyize Müracaat Usulü

1. Genel Olarak

Şimdiden belirtmek gerekir ki temyiz incelemesini istinaf incelemesinden ayıran en temel özellik temyiz incelemesinin usul hukuku ve maddi hukuk yönünden incelemeyi gerektirmesi, maddi

vakıaların denetimi ile delillerin değerlendirilmesine girmemesi şeklinde karşımıza çıkmakta ise de HMK m. 371/1-a hükmünde ifadesini bulan ve "hukukun …. Yanlış uygulanması" biçiminde karşımıza çıkan temyiz sebebi karşısında kanaatimizce bunun bu kadar net biçimde ortaya konduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Yargıtay sadece hukuka uygunluk denetimi yaptığına, hukuka uygunluk kavramı kendi içinde altlama faaliyeti bulunduğuna ve altlama faaliyeti kavramı içinde delillerin değerlendirilmesi de yer alacağına göre istinaf mahkemesinde delillerin değerlendirilmesinde yapılacak olan hataların da HMK m.371/1-a hükmüne göre inceleme konusu yapılmasına teorik olarak bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla istinafla birlikte artık Yargıtay'ın delillerin değerlendirilmesindeki hataları inceleyemeyeceği, zira bu yöndeki ihtiyacın istinafın devreye girmesi ile ortadan kalktığı yönündeki gerekçe pek sağlam temellere oturmuş görünmemektedir.

Ayrıca istinafa ilişkin düzenlemeden farklı olarak HMK m.371 hükmünde temyiz sebepleri açık olarak düzenlenmiştir. Oysa istinaf sebeplerini düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir. Öncelikle belirtelim ki tüm temyiz sebepleri aynı zamanda bir istinaf sebebidir. İlk derece mahkemesinin kamu düzenine aykırılık teşkil eden tüm kararları evleviyetle bir istinaf sebebidir. Bu tür hallerde bunun istinaf dilekçesinde belirtilmesine gerek yoktur (HMK m.355/1, c.2). Bu ihtimal temyiz sebebi için de geçerlidir (HMK m. 371/b).

Diğer ihtimalde (kamu düzenine aykırı olmayan istinaf sebeplerinde) ilk derece mahkemesinin vakıaları ve delilleri yanlış değerlendirmiş olması bir istinaf sebebidir. Zira istinaf mahkemesi denetim olduğu kadar hüküm mahkemesidir ve bu bağlamda, maddi vakaların denetimi ile delillerin değerlendirilmesini gerçekleştirebilir. Bunun gibi hukukun yanlış uygulanmış olması da bir istinaf sebebidir.

İstinaf sebeplerinin mutlaka dilekçede gösterilmesi gerekir. Dilekçede gösterilmemiş bir sebebi istinaf mahkemesi resen dikkate alamaz (355/1). İstinaf sebeplerinin mutlaka dilekçede gösterilmesi, istinaf mahkemesi kararında da her bir istinaf sebebinin ayrı ayrı

değerlendirilmiş olması gerekir (359/1-d). Oysa temyiz bakımından böyle bir zorunluluk yoktur.

Gerek HMK m. 371 gerekse HUMK'da ifade edilen temyiz sebeplerinin hepsi, somut olayda bir hukuk kuralının olması gerektiği gibi tatbik edilmemiş olması esası ve iddiasına dayanır. Hükmün temyizi ile BAM'ın ya da HMK m. 373 çerçevesinde ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın bozulması ve yargılamanın hukuka uygun bir mecraya sokulması hedeflendiğine göre, bir taraf hükmü temyiz etmekle BAM'ın ya da HMK m. 373 çerçevesinde ilk derece mahkemesinin yürüttüğü bir yargılamada verdiği kararın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş olmaktadır.

BAM ya da HMK m.373 çerçevesinde ilk derece mahkemesinin yargılamasında ihlal edildiği iddia olunan hukuk kuralının niteliği önemli değildir. İhlal edildiği iddia olunan kural bazen maddi hukuka bazen de usul hukukuna ilişkin olabilir.

HMK m. 371 bozma sebeplerini 5236 sayılı kanun değişikliğinden önceki HUMK'tan farklı olarak daha az nedene dayandırmış görünmektedir. Nitekim HMK m. 371 "*Yargıtay, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması. b) Dava şartlarına aykırılık bulunması. c) Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi. ç) Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması*" şeklindedir. Ancak esas olarak bakıldığında her iki kanunun (HMK–HUMK) temyiz sebepleri arasında çok da önemli bir farkın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Her iki kanun bakımından da temyiz sebeplerini iki kısımda inceleyebilmek mümkün görünmektedir.

5236 sayılı kanun değişikliğinden önceki HUMK'ta temyiz sebepleri maddi hukuka ve usul hukukuna dayanan temyiz sebepleri olarak düzenlenmişti. HMK m. 371 deki temyiz sebeplerini bu minvalde değerlendirmek mümkündür.

5236 sayılı kanun değişikliğinden önceki HUMK'ta temyiz sebepleri maddi hukuka dayanan temyiz sebepleri Kanunun ve İki Taraf Arasındaki Sözleşmenin Yanlış Tatbik Edilmesi ve Mesele-i Maddiyenin Takdirinde Hata Edilmesi biçiminde kendini göstermekteydi. HMK m. 371 de ise bunun karşılığını aynı maddenin 1. Fıkrasının b bendi hükmü oluşturmaktadır.

2. Temyiz Sebepleri

A. Maddi Hukuka Dayalı Temyiz Sebebi

HUMK m. 428/b.1 "*Kanunun ve iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması*"nı bir temyiz sebebi olarak kabul etmektedir. Maddede geçen "*kanunun*" ifadesini hukuk kuralı olarak anlamak gerekir. Dolayısıyla "hukuk kuralı" ifadesi maddi anlamda ele alınması gerekeceğinden, bu temyiz sebebini maddi hukuka dayanan bir temyiz sebebi olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Kanunun (dolayısıyla hukukun) yanlış uygulanmış olması ile o hukuk kuralının hiç ya da gereği gibi uygulanmamış olmasını anlamak gerekir. Bu bağlamda, tecrübe kurallarına aykırılık, kusur, kötü niyet, karineler ve emare gibi hususlar hakkında mahkemenin yapacağı değerlendirmelerdeki yanlışlıklar da hem HUMK m. 428/b.1 hem de HUMK m. 428/b.5 kapsamında bir temyiz sebebi oluşturabilecektir. Özellikle somut olay yönünden hakimin takdir hakkının kullanılmasını gerektiren hallerde bu temyiz sebebi (HUMK m. 428/b.1 ve b.5) kullanılabilecektir. Örneğin bir tasarrufun iptali davasında davalılar arasında organik bağın mevcut olup olmadığı, yaklaşık ispatın yeterli olduğu bir davada emare ile ispatın gerçekleştirildiği hallerde hakimin takdiri, hayatın olağan akışı kavramının kullanıldığı durumlarda esasen yine karar aleyhine olan taraf bu hükümler dairesinde hükmü temyize götürebilecektir. Zira bu haller (kötü niyet, kusur, emare, tecrübe kuralları vs) takdiri delillerle ispatın zaten hakime önemli bir yük yüklediği durumlarda ona fazladan sorumluluk yüklemektedir ve verilecek olan kararları her halde daha fazla tartışmalı hale getirmektedir.

Kanunun yanlış tatbik edilmesi esasen bir altlama sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk ihtimalde hakim, olaya uygulanacak olan hukuk normunu yanlış tespit etmiş olabilir.

Hakim HMK m.33 gereği hukuku re'sen uygulamak durumundadır.

"*Hakim, hukuku re'sen uygular*" ilkesi çerçevesinde yargılamanın süjelerinden olan hakim, eğer olaya uygulanacak olan hukuk normunu doğru tespit etmezse bundan sonraki safhada yargılamayı ne kadar doğru yürütmüş olursa olsun vereceği kararın yanlış olacağı, dolayısıyla hukuku yanlış uygulamış olacağından şüphe edilemez. Dolayısıyla HMK m. 33'ün bu şekli ile yanlış tatbiki, o hukuk kuralının hiç ya da gereği gibi uygulanmaması anlamına gelecektir. Bu da HMK m. 371/1-a hükmü çerçevesinde bir temyiz sebebi oluşturacaktır.

Ayrıca HMK m. 33 ün diğer görünüm biçimi olarak hakim olaya uygulanacak hukuk normunu doğru tespit etmiş ve fakat bu hukuk normunun soyut unsurları ile tarafların getirdiği ve ispat ettiği malzemenin örtüşüp örtüşmediğine ilişkin yargılama faaliyetini yanlış yürütmüş olabilir. Dolayısıyla bu ihtimalde de verilecek olan karar hukuka uygun olmayacaktır. Bir karar hukuka uygun değilse kaçınılmaz olarak bu hüküm kanuna aykırı olacaktır. Bu bağlamda hukuka aykırılık, kanuna aykırılığın da çatısını oluşturmaktadır. Örneğin, tarafların dilekçeler vasıtasıyla sunduğu hayat olayının bir haksız fiile işaret etmesi karşısında hakim, olaya haksız fiile ilişkin hükümlerin tatbik edilmesini gerekli görmüşse HMK m. 33 bakımından ilk adımı sağlıklı bir şekilde atmış sayılmak gerekir. Ancak bu, tek başına usul hukukunun amacı olan maddi hakikate uygun karar verilmesi için yeterli olmayabilir. Hakim bu örnekte haksız fiilin unsurlarından olan örneğin kusurun varlığını hatalı olarak tespit etmişse altlama faaliyetini yanlış yapmış olacağından vereceği karar da hukuka, dolayısıyla kanuna aykırı olacaktır (HUMK m. 428/b.1).

Hakim, bazen HMK m. 33 çerçevesinde olaya uygulanacak hukuk normunu doğru değerlendirmiş olabilir. Ama dosyadaki delilleri (takdiri delillerle ispatı mümkün olan bir davada) doğru değerlendiremediği zaman varacağı hüküm yanlış olacaktır. Dolayısıyla bu

halde de kanunun yanlış tatbik edilmesinden ve hukukun yanlış uygulanmasından söz etmek mümkün olabilecektir (ayrıca bkz. HUMK m.428/b.5).

HMK m.371 hükmünün kanaatimizce eleştirilebilecek yönlerinden bir tanesi, aynı bent içinde hem kanuna aykırılıktan hem de taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış tatbik edilmesinden söz edilmiş olmasıdır. (Aynı problem HUMK m. 428/b.1 de de vardı) Esas olarak her ikisi de hukuka aykırılık çatısı altında toplanabilecek kavramlardır. Nitekim yukarıda gerek kanun gerekse taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış tatbik edilmesinin altlama faaliyetinin doğru olarak yapılmamasına dayalı bir temyiz sebebi oluşturduğuna değinmiştik. Dolayısıyla incelemekte olduğumuz hüküm (m. 371) çerçevesinde taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış tatbik edilmiş olması hali bu bent içinde sayılmamış olsaydı da bu durumu yine incelemekte olduğumuz konu başlığı altında bir temyiz sebebi olarak kolaylıkla değerlendirebilecektik.

HMK m. 371/b.1 "*Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması*" şeklinde olup bir temyiz sebebini oluşturmaktadır. Anılan hüküm ile yukarıda incelenmiş olan HUMK m.428/b.1 arasındaki tek farklılık, HUMK'da "*kanunun"* ifadesinin yerini HMK m. 371/b.1'de "*hukukun"* ifadesini almış olmasıdır.

Kanaatimizce HMK'nın kullanmış olduğu ifade, yukarıda incelenmiş olan bütün altlama faaliyetlerine ilişkin ortaya çıkabilecek eksiklikleri (ihtimalleri) karşılayabilecek niteliktedir. Dolayısıyla hakimin HMK m. 33'ün uygulanması noktasında yapacağı tüm hatalar yönünden bir üst başlık olarak "*hukukun ... yanlış uygulanması*" ifadesine yer verilmesi yerinde olmuştur. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış tatbik edilmiş olması, aynı zamanda kanunun (dolayısıyla hukukun) yanlış uygulanması anlamına geleceğinden HUMK'da olduğu gibi HMK m.371/b.1 hükmünde de taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması halinin özellik arz eden bir durum gibi ayrıca belirtilmesi isabetli olmamıştır. HMK m. 371/a da yer alan "*hukukun ... yanlış uygulanması*" kavramı içinde HUMK m. 428/b.5'te yer alan

Mesele-i Maddiyenin Takdirinde Hata Edilmesi de mütalaa edilebilecektir.

HMK m. 371/1-a hükmü maddi hukuka dayanan bir temyiz sebebidir.

B. Usul Hukuka Dayanan Temyiz Sebepleri

İstinaf mahkemesinin 353/a da gösterilen bazı usule ait kararlarına karşı bu tür kararlar (m. 353/a, 1-6) kesin olduğundan temyize müracaat mümkün değildir.

Maddi hukuka ilişkin temyiz sebepleri dışında kalan haller usul hukukuna ilişkin temyiz nedenlerini oluşturacaktır. Usul hukukuna ilişkin bir kuralın hiç ya da gereği gibi uygulanmaması hallerinde usul hukukuna dayalı bir temyiz sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Maddi hukuka ve usul hukukuna dayanan temyizde, illiyet bağının belirlenmesi açısından bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Usul hukukuna ilişkin bir kuralın yanlış uygulanmış olması halinde, bu yanlış uygulama ile verilen karar arasında illiyet bağının olup olmadığını tespit etmek son derece güç bir faaliyettir. Usul hukukuna ait bir kural yanlış uygulanmayacak olsaydı verilecek olan karar bundan doğrudan etkilenecekti ise bu da bir temyiz sebebi oluşturacaktır. Ancak bu usul hukukuna dayanan bir temyiz sebebi olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle bazı önemli usul hukuku kurallarının yanlış uygulanmış olması halinde hükümle usul kurallarına riayetsizlik arasında bağın olduğu varsayılır. Bu tür hallerde söz konusu usul kurallarına riayetsizliği tek başına bir temyiz sebebi olarak görmek gerekecektir. Bu, mutlak temyiz sebebi olarak anılmaktadır. HMK m. 371/1-b,c (HUMK m. 428/b. 2, b.3, ve b.6) bu kapsamda mütalaa edilebilir.

Usul hukukunda yer alan bazı düzenlemelere ve ilkelere uygun hareket edilmemiş olması bazen karar üzerinde etkili olmayabilir. Yani, söz konusu usul kurallarına muhalefet olmasaydı da verilecek olan karar aynı şekilde olabilecektir. Bu hallerde ise bu tür muhalefetleri temyiz sebebi olarak saymamaktayız. Ancak eğer söz konusu usul kurallarına aykırılık, hükmü etkileyecek nitelikte ise o

zaman bu usul kurallarına veya ilkelerine aykırılığı bir temyiz sebebi olarak görmek gerekecektir. Görüldüğü üzere, sonuncu halde, usul kurallarına aykırılık ile hükmün etkilenmiş olup olmamasına göre hareket edilerek bu aykırılığın bir temyiz sebebi oluşturup oluşturmayacağı ortaya konabilecektir. Burada ise nispi temyiz sebebinden söz etmek mümkün olabilecektir. HMK m. 371/1-ç (HUMK m. 428/b.4) bu kapsamda mütalaa edilebilir.

Ancak belirtelim ki, kanunda gösterilenlerin dışında başka (gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarında zikredilen) mutlak temyiz sebepleri de öngörülmektedir. Ancak bu temyiz sebeplerine, kanun tarafından açık olarak düzenlenmiş olan mutlak temyiz sebeplerine değinildikten sonra yer verilecektir.

HMK m.371/b dava şartlarına aykırılığı bir temyiz sebebi olarak (mutlak temyiz sebebi) mütalaa etmiştir.

HMK m.371/b hükmü, HUMK m. 428/b.2 hükmünü de kapsayacak şekilde hükmün dava şartlarına aykırı olması halini bir temyiz sebebi olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla sadece görevsiz bir mahkemenin hüküm vermiş olması değil, HMK m.114'te sayılan dava şartı eksikliğinde hüküm kurulmuş olması bir temyiz sebebi olarak gösterilmektedir. Kuşkusuz bazı dava şartlarındaki eksiklik tamamlanabilir nitelikte olabilir. Bu tür dava şartı eksikliği kesin süreye rağmen tamamlanmamışsa ve buna rağmen davaya devam edilip karar tesis edilmişse hüküm HMK m.371/b çerçevesinde temyiz edilebilecektir. Burada da aynen mutlak temyiz sebebinde olduğu üzere dava şartlarına aykırı olarak karar verildiği hallerde kararın doğru olup olmadığı ya da dava şartlarına aykırılık ile karar arasında bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığı ile ilgilenilmeyecektir.

HUMK zamanında mutlak temyiz sebebi olarak kanunda yazılı olan veya Yargıtay kararlarında mutlak temyiz sebebi olarak gösterilen diğer hallerin hepsinin HMK m.371/b kapsamında mütalaa edilmesi gerekir.

İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararındaki dava şartlarına ilişkin kararı da dava şartlarına aykırılık oluşturuyorsa bu temyiz sebebini de 371/b kapsamında değerlendirmek gerekir.

Tarafların iddialarını ispat etmek için sunmuş olduğu delillerin kanuni bir sebep olmaksızın hakim tarafından reddedilmiş olması mutlak temyiz sebebi olarak değerlendirilmiştir (HMK m.371/1-c). Bu hükümden maksat, hakimin delilleri takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığının denetlenmesi olmayıp (karş HUMK m.428/b.5), kesin delille ispatı gerekmeyen bir davada tarafın sunduğu takdiri delilin o davanın kesin delille ispat edileceği yaklaşımı ile hakim tarafından reddedilmesidir.[301] Delillerin kanuni sebep olmaksızın reddedilmesi HMK m. 27 anlamında da hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak değerlendirilmek gerekir.

C. Mutlak Temyiz Sebeplerinin Tahdidi Olmaması

HMK m.371/1-b-c de sayılan (HUMK m.428/b.2,b.3 ve b.6'da sayılan) mutlak temyiz sebepleri tahdidi değildir. Gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında, kanunda sayılan bu mutlak temyiz sebepleri yanında bu nitelikte başka temyiz sebeplerinin de olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın bazı kararları incelendiğinde, kanunda sayılanların dışında çeşitli usuli eksikliklerin de mutlak temyiz sebebi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin kararın gerekçesiz olması mutlak temyiz sebebi olarak sayılmaktadır. Yargıtay, 1998 tarihli bir kararında kanunda sayılanların dışında hangi mutlak temyiz sebebinden söz edilebileceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Bu kararında Yargıtay, "*Hukuk Muhakemeleri Usulü'ne ilişkin ilmi eserlerde temyiz bozma sebepleri maddi hukuka dayanan ve usul hukukuna dayanan olmak üzere bir ayırıma tabi tutulmuştur. Usul hukukuna dayanan temyiz sebepleri de mutlak temyiz (bozma) sebepleri, nisbi temyiz sebepleri olarak incelenmiştir. a) Mutlak temyiz sebepleri, bazı önemli hukuk kurallarının yanlış uygulanması halinde, bu yanlış uygulamanın verilen kararı mutlaka etkilediği farz olunur. Bu hallerde o usul hukuku*

[301] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, s. 4542.

kuralının yanlış uygulanması ile hüküm arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı araştırılmaz. Mutlak temyiz sebepleri; a) Mahkemenin görevsiz olması (md. 428/2), b) Birbirine çelişik kararlar verilmiş olması (md. 428/3), c) Delillerin kanuni sebep olmaksızın red edilmiş olması (md. 428/6), d) Yargı yolunun caiz olmaması (Hukuk Mahkemesi'nin değil, İdare Mahkemesi'nin görevli olması) e) Hakimin davaya bakmaksızın yasak olması,[302] *f) Vekil veya mümessil olmayan kişiler huzuru ile davaya bakılmış olması,*[303] *g) Bir usul kuralının yanlış uygulandığına dair itirazın incelenmemiş olması (md. 428/2), h) Hükmün gerekçesiz olması, ı) Dava şartlarının bulunmaması olarak açıklanmıştır"* ifadelerine yer vererek kanunda sayılanların dışında da mutlak temyiz sebeplerinin bulunmakta olduğuna işaret etmiştir.[304]

---

[302] "Davalı ve vekili, davaya bakan hakimi 24.4.1992 günlü dilekçelerinde yazılı nedenlerle davadan çekinmeye davet etmişlerdir. Hakimi çekinmeye davetin, hakimi ret anlamında olduğu tartışmasızdır. Ne var ki, duruşma hakimi 23.6.1992 günlü oturumda çekinme isteğinde gösterilen sebeplerin HUMY. nın 28 ve 29. maddelerine uygun bulunmadığını; ancak, davalı tarafın güven duymayacağı bir karar vermektense çekinmeyi kabul etmiştir. Bu durumda, öncelikle çekinmenin yerinde olup olmadığı merciince incelenir. Çekinme kabul edilmediği takdirde, o zaman hakimin davaya bakması zorunlu hale geleceğinden, red sebepleri ancak bu halde inceleme konusu yapılabilir. Mahkemece oluşturulan kararda hakimin çekinmesine ilişkin kararın incelenmediği ve bu yönde olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği gözlenmiştir. - Değinilen yön gözetilmeden hüküm kurulamaz" (20. HD 14.6.1993 T, 5368 E, 4951 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). Ayrıca bkz. Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 117. Türk Hukukunda yargılamanın iadesi olarak düzenlenen bu sebep (HUMK m. 445/9; karş. HMK m. 375/b) temyiz ve karar düzeltme sebebi olarak kanunda açık olarak düzenlenmiş değildir. Ancak gerek doktrindeki yaklaşımlar gerekse Yargıtay uygulamasında bu sebep temyiz ve karar düzeltme sebebi olarak anılmaktadır. Özellikle HUMK m. 440/4 hükmü karşısında bu sebebin karar düzeltme sebebi olarak sayılması tabiidir. Zira HUMK m. 440/4 hükmü karşısında bütün temyiz sebeplerini karar düzeltme sebebi olarak da görmek mümkündür (Akcan, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Sebepleri, Ankara 1999, s. 61).

[303] Yargıtay'a göre, davanın yetkili temsilci huzuruyla görülmemiş olması davanın esasına etki edebilecek derecede önemli bir usule aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. Akcan, a.g.e., s. 67.

[304] 2. HD 28.12.1998 T, 13618 E, 14198 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası. "Temyiz kudretinden yoksun olan kişilerin medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmadığından, davacı veya davalı olarak ancak yasal temsilcileri vasıtasıyla takip ve temsil olunabilirler. Dava ehliyeti olmayan davalıya karşı yapılan işlemlerle onun tarafından yapılan usul işlemleri geçersizdir. Bu nedenle, tam ehliyetsiz olan davalının yasal temsilcisi olmadan davaya devam olunamaz. HUMY.nın 445/8. maddesi uyarınca Yasal temsilci olmadan davaya bakılması iade-i muhakeme sebebidir. İade-i

Örneğin ön incelemenin gereği gibi yapılmamış olması da bir mutlak temyiz sebebidir.

Yukarıda sayılanların dışında yargılamanın her hangi bir gerekçe olmaksızın gizli yapılmış olması, duruşma tutanaklarının ve kararın hakim ya da zabıt katibi tarafından imza edilmemiş olması, mahkemece iddia ve savunma haklarının ihlal edilmiş olması halleri de birer mutlak temyiz sebebi olarak karşımıza çıkabilecektir.

D. Nispi Temyiz Sebepleri (HMK m. 371/1-ç)

Yukarıda sayılan mutlak temyiz sebepleri dışındaki hallerde bir usul kuralına aykırılığın temyiz sebebi oluşturabilmesi için söz konusu usule aykırılık ile hüküm arasında nedensellik bağının olması gerekir. Yani, usule aykırılığın doğrudan hükme etki etmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle usule aykırılık yapılmasaydı hüküm farklı biçimde ortaya çıkacaktı ise buradaki usule aykırılık artık hükme tesir etmiş olduğundan bir temyiz sebebi oluşturabilecektir. Ancak bu açıklamaya rağmen yine de nispi temyiz sebebi bakımından her olay için geçerli olabilecek objektif bir kriter sunabilmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla her olayın özelliğine göre nispi temyiz sebebinin mevcut olup olmadığının araştırılması yoluna gidilmesi uygundur.

Yukarıda ifade edildiği üzere, yanlış uygulanan kural ile verilen karar arasında illiyet bağının olması gerekir. Bu bağlamda örneğin davanın niteliğine uygun olarak HMK m. 267 hükmüne aykırı olarak çift sayıda bilirkişi tayin edilmiş ise bu durum tek başına bir bozma sebebi meydana getirmez.

3. Temyiz Dilekçesi ve Özellikleri

Temyiz talebi, tarafın bir dilekçesini gerektirir. Temyiz dilekçesi de bir usul işlemi olduğundan, usul işlemlerinin hukuki rejimine tabidir. Bu bağlamda temyiz dilekçesini veren tarafın, taraf ve dava ehliyeti ile dava takip yetkisini haiz olması gerektiği açıktır. Ayrıca hiç bir usul işlemi şarta bağlanamayacağı gibi temyiz dilekçesinin de şarta tabi olması mümkün değildir. Usul işlemlerinde usuli doğruluk ödevinin

---

muhakeme sebepleri ise kesin temyiz nedenlerindendir" (CGK 1-91 E, 116 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

geçerli olduğu açıktır. Dolayısıyla temyize müracaat eden tarafın bu hakkını doğruluk ödevi çerçevesinde kullanması, bu bağlamda yargılamayı uzatmak amacı ile bu kuruma müracaat ya da mevcut olmayan vakıaları mevcutmuş gibi dilekçesini tanzim etmemesi önemlidir (bkz. HMK m. 368).

Temyiz talebi bir dilekçe ile yapılır (HMK m. 364/1). Bu noktada sözlü temyiz ya da bu sözlü temyizin mahkemede tutanağa geçirilmesi geçersiz olan bu girişimleri geçerli hale getirmez. Bu dilekçeye aleyhine temyiz edilenlerin sayısı kadar suret eklenmelidir.

Temyiz dilekçesinde bulunması gereken unsurların kısaca hatırlanmasında yarar bulunmaktadır. Bu noktalara ilişkin açıklamalarda bulunurken bünyesi uygun düştüğü ölçüde dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlara ilişkin hukuki rejimin de dikkate alınması gerekecektir (HMK m. 364/2).

HMK m. 364/2'ye göre, (HMK m. 342/2; HUMK m.435'e göre) temyiz dilekçesinde temyiz eden ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı, TC kimlik numaraları ve adreslerin bulunması gerekir. Bu nokta, temyiz dilekçesini diğer temyiz dilekçesinden ayırmaya yarayan temel unsurlardan bir tanesidir. Bu unsur tamamlanmadan temyiz dilekçesinin işleme konabilmesi mümkün değildir /temyiz dilekçesini ferdileştiren bir unsur). Maddede geçen "Temyiz eden ile karşı tarafın davadaki sıfatları" ifadesindeki sıfatı teknik anlamda değil, sadece tarafların davadaki konumları yönünden anlamak gerekir. Buna göre temyiz eden ve aleyhine temyiz yoluna gidilen tarafın davadaki durumunun (davacı ya da davalı) belirtilmesi yeterlidir.

Temyiz dilekçesinde temyiz eden ve aleyhine temyiz yoluna müracaat edilen tarafın ya da tarafların varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı soyadı ve adreslerinin de yer alması gerekir (HMK m.364/2-a, b).

Temyiz edilen karar BAM tarafından verilmişse (karş. HMK m. 373) BAM'ın hangi hukuk dairesinden verildiği ve kararın tarih ve sayısının temyiz dilekçesinde belirtilmesi gerekir (HMK m.364/2-c).

Buna karşılık başvurulan karar ilk derece mahkemesince verilen yeni karar veya direnme kararına karşı temyizde direnme kararının hangi mahkemeye ait olduğu, tarihi ve sayısı yazılacaktır.

Temyiz dilekçesinde, ilamın temyiz edene tebliğ edildiği tarih (HMK m. 364/2-d) yer almalıdır. Ayrıca temyizin duruşmalı olarak istenmesi halinde bu hususun da dilekçede yer alması gerekmektedir. Ayrıca temyiz edenin, temsilcisinin ya da varsa vekilinin imzası da temyiz dilekçesinde yer almalıdır.

Temyiz dilekçesinde sayılan bu unsurlardan temyiz edenin kimliği, imzası ve temyiz olunan karara ait bilgiler temyiz dilekçesini ferdileştiren unsurlardandır. Temyiz dilekçesini ferdileştiren unsurların varlığı temyiz incelemesinin yapılması için yeterlidir. Dolayısıyla Temyiz dilekçesi temyiz edenin kimliği ve imzası ile temyiz olunan hükmü yeteri kadar belli edecek kayıtları taşımaktaysa bu halde temyiz incelemesine tabi tutulmaya değer bir dilekçenin varlığını kabul etmek gerekir.

Temyiz dilekçesinde temyiz sebeplerine yer verilmiş olunmak gerekir. Kuşkusuz Yargıtay temyiz sebepleri ile bağlı değilse de (karş. HMK m. 369/1) temyize konu edilen hükme yönelik hukuka aykırılıkların nerede yoğunlaşmakta olduğunun açık olarak dilekçeden anlaşılması önemlidir (HMK m. 364/2-f)

Temyiz dilekçesinin kararı veren BAM hukuk dairesine veya Yargıtay'ın bozması üzerine hüküm veren ilk derece mahkemesine (HMK m.373/1,4) yahut temyiz edenin bulunduğu yer BAM hukuk dairesine veya ilk derece mahkemesine verilebilir (HMK m.365). Yukarıda da ifade edildiği üzere temyiz dilekçesinin muhabere yolu ile verilmesi mümkündür (karş HMK m. 365/1). Temyiz dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse o mahkemece temyiz defterine kaydolunur ve temyiz edene ücretsiz bir alındı kağıdı verilir (HUMK m. 432/2; HMK m. 365/2-3; HMK m. 343/1).

Temyiz dilekçesi, bunlardan başka bir BAM ya da ilk derece mahkemesine verilecek olursa kararın temyiz edildiğinin derhal kararı temyiz edilen mahkemeye bildirilmesi gerekecektir.

HMK m. 364'ü istinaf kurumu yönünden karşılayan madde ise m.342'dir. Bu bağlamda temyiz dilekçesi ile istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurlar yönünden 364/1 ve 342/1; 364/2-a,b ve HMK m. 342/2-a,b kurumların yapısı göz önünde bulundurulduğunda HMK m. 342/2-c ve HMK m. 364/2-c; m.342/2-ç ve m. 364/2-d; ve 364/2-e; HMK m. 342/2-e ve 364/2-f; m. 342/2-g ve m. 364/2-ğ ile 364/3 ve m. 342/3 benzer düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak özellikle HMK m. 342/2-e ve 364/2-f; her ne kadar lafzı itibari ile benzer düzenlemeler ise de temyiz ve istinaf kurumu bakımından anılan maddelerin farklı sonuçları bulunmaktadır. Bu bağlamda örneğin, istinaf dilekçesinde başvuru sebeplerinin ya da gerekçelerinin gösterilmemiş olması halinde, BAM sadece kamu düzeni yönünden inceleme yapacaktır ve gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre verecektir. Temyiz dilekçesine cevap süresi 2 haftadır.

4. Temyizde Özellikli Durumlar

Temyiz yoluna müracaat eden taraf, aleyhine olan hükmün bir bölümünü temyiz edebilir. Bu halde temyiz edilmeyen bölüm kesinleşmiş olur. Temyiz yoluna müracaat eden tarafın, aleyhine olan hükmün bir bölümünü temyiz etmesi halinde Yargıtay temyiz incelemesini sadece temyiz edilen bölüme yönelik olarak yapabilecektir. Dolayısıyla Yargıtay, tarafların bildirdiği temyiz sebepleri ile bağlı değilse de tasarruf ilkesinin de bir sonucu olarak tarafın ya da tarafların temyiz talebinin kapsamı ile bağlıdır.

Temyiz edilmeyen bölümün kesinleşmesi, kısmi temyizin yapıldığı dilekçenin verilmesi ile değil, temyiz edilmeyen bölüme ilişkin temyiz süresinin dolması ile mümkün olabilir.

Hükmün kısmen temyizi suretiyle oluşan temyiz edilmeyen bölümün kesinleşmesi durumu ile bozma kapsamının dışında kalan hususların kesinleşmesi ile meydana gelen usuli kazanılmış hak kavramı arasında fark bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu son durumda her zaman usuli kazanılmış hak meydana gelmez. Bazı ihtimallerde bozma kapsamının dışında kalan noktaların kesinleşmesi de mümkün olabilir.

İlk durumda hükmün kısmen temyiz edilmesi suretiyle kesinleşmesi ve bu suretle kesin hüküm meydana getirmesi, (dolayısıyla icra edilebilirliği, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni davanın açılamaması yani kesin hüküm bakımından sonuçların doğması) ikinci halde ise bozma kararının kapsamı dışında kalan hususların, bozmaya uyma kararından sonra yeniden yargılama konusu yapılamaması ve bu suretle usuli kazanılmış hak teşkil etmesi söz konusudur.

Her iki kurum yönünden kesin hükmün bağlayıcılığı noktasında da benzerlik yoktur. Zira hükmün kısmen temyizi suretiyle oluşan temyiz edilmeyen bölümün kesinleşmesi halinde kesin hükmün bağlayıcılığı ortaya çıkacak[305] ve icra kabiliyetini haiz olacak ise de bozmanın kapsamı dışında kalan hususlar sadece bir usuli kazanılmış hak meydana getirecektir ve fakat henüz bu bölümün teknik olarak kesinleşmesinden söz edilemeyecektir(örn. Haksız fiile dayalı alacak davasında hüküm kusur yönünden bozulmuş ve fakat diğer unsurlara temas edilmemişse diğer unsurlar yönünden usuli kazanılmış hak meydana gelecektir). Dolayısıyla icra edilebilirliği de söz konusu olamayacaktır. Ancak bozmanın kapsamı dışında kalan nokta müstakil bir karara ilişkin ise o zaman usuli müktesep haktan değil, o müstakil ve bozmanın kapsamı dışında kalmış olan kararın kesinleşmesinden söz edilecektir. Ayrıca kesin hükmün bertaraf edilmesi ancak yargılamanın iadesi yolu ile mümkün iken, usuli müktesep hakkı bertaraf edecek çok sayıda istisnai hal bulunmaktadır.

Kısmi temyizden söz edilebilmesi için, kısmi temyiz iradesinin açık olarak temyiz dilekçesinden anlaşılması gerekir. Tereddüt halinde hükme karşı kısmi değil bütün olarak (hüküm fıkralarının tamamının) temyiz yoluna gidilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir.[306]

Temyiz yoluna müracaat eden taraftan başvurma harcı ve tebliğ giderleri olmak üzere tahsil edilmesi gerekmektedir (HMK m.366 atfi ile m. 344).

---

[305] Temyiz edilemeyen bölümle tarafları, vakıaları ve dava konusu aynı olan yeni dava açılamayacaktır (HMK m. 303, m. 114/i).

[306] 2. HD 3.2.1999 T, 13923 E, 578 K sayılı karar, Yasa 1999/19, s. 1286-1287.

Temyiz harcının ya da giderlerinin eksik ödendiği anlaşılacak olursa, kararı veren mahkemenin (bam ya da hmk m. 373/1 kapsamında ilk derece mahkemesi) bu eksikliğin giderilmesini, sağlamaya yönelik olarak ilgiliye kesin bir süre vermesi gerekir. Bu süre HMK m. 344'e göre 1 haftadır (m. 366 atfı ile m. 344). Bu sürenin ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi gerekir.

Eksik harç ya da giderlerin tamamlanmasına yönelik verilmesi gereken süre kesin niteliktedir. Dolayısıyla bu sürenin uzatılması mümkün olamayacaktır. Ancak tüm kesin süreye ait işlerde olduğu gibi, verilen kesin sürenin geçerli olabilmesi için ilgilinin o kesin süre içinde hangi işlemi yapacağını ya da yapması gerektiğini ve süre sonunda hangi müeyyide ile karşılaşacağını açık olarak bilebilecek durumda olması gerekir. Bu bağlamda, temyiz edene eksik ödenen harç ve giderleri ödemesi için 1 haftalık süre verilirken ödenmesi gereken tüm harç ve gider miktarını da açık olarak bildirilmelidir. Aksi halde HMK 344 te belirtilen "*mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir…"*biçimindeki müeyyidenin ortaya çıkabilmesi söz konusu olamayacaktır.[307]

III. Temyize Müracaatın Hükmün İcrasına Etkisi

1. Kararın İcrası İçin Kesinleşmenin Gerekli Olmaması

Temyiz yoluna müracaat edilmesi temyize konu kararın icrasına (yerine getirilmesine) engel olmaz (HMK m.367). Başka bir

[307] "Mahkemece, gerekli temyiz giderlerinin belirlenen süre içerisinde yatırılması gereğine işaretle davalı vekiline çıkarılan ve tebliğ edilen muhtırada, muhtıra gereğinin yerine getirilmemesinin doğuracağı sonuçlar açıkça gösterilmemiştir. Bu durumda, öngörülen süre geçirildikten sonra temyiz giderlerinin yatırılmış olması temyiz incelemesine engel görülmemiştir" (HGK 21.11.1990 T, 2/346 E, 586 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Kapsamı ve sınırları yeteri kadar belli edilmeyen böyle bir ara karara dayanılarak kesin sürenin gereğinin yerine getirilmediğinden söz edilemez" (19. HD 25.2.2013 T, 1032 E, 3443 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "İster kanun, ister hakim tarafından tayin edilmiş olsun kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen işlemin, bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesine yasal olanak yoktur. Bu nedenle, kesin süreye ilişkin ara kararı her türlü yanlış anlamayı önleyecek biçimde açık ve eksiksiz yazılmalı, yapılacak işler teker teker belirtilmelidir. Bunun yanında, verilen süre yeterli, emredilen işler, gerekli ve yapılabilir nitelik taşımalı, ayrıca hakim, süreye uyulmamanın sonuçlarını açıkça anlatmalı, tarafları uyarmalıdır. Kesin süreye uyulmaması halinde ise; gereği hakim tarafından hemen yerine getirilmelidir" (1. HD 15.10.1998 T, 10134 E, 11064 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

ifadeyle kural olarak kararın icrası için kesinleşme (kanun yolu aşamasının tamamlanmış olması) şart değildir. Nitekim HMK m. 367 benzer bir düzenleme ile "*Temyiz, kararın icrasını durdurmaz…*" şeklinde meseleyi ifade etmektedir. İstinafa müracaat da icrayı durdurmamaktadır (HMK m. 350).

Belirtelim ki, temyiz yoluna müracaatın kararın icrasına (yerine getirilmesine) engel olmaması bir kural niteliğindedir ve bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bu istisnaların neler olduğunu incelemeye geçmeden önce kuralın amacını ortaya koymakta yarar vardır.

Temyiz müracaatına rağmen, temyize konu kararın yerine getirilmesi için icra dairesine başvurulabilmesi imkanının ihdas edilmiş olması, başka bir ifadeyle, kararın icrası için temyiz müracaatının sonucunun (ya da geniş anlamda kanun yolu aşamasının tamamlanmasının) beklenmek zorunda olmaması, ilk anda temyizin ve usul hukukunun amacı ile uyumlu görünmemektedir. Zira temyiz ile adaletli (maddi gerçekliğe uygun) bir karara ulaşılmak ve bu yolla toplumsal barışın tesisi amaçlandığına göre, henüz kanun yolu aşamasından geçmemiş ve hukuka aykırılık iddiasının gölgesinde kalan bir karara icra edilebilirlik niteliği kazandırmak–temyiz üzerine temyize konu kararın bozulması ihtimali de dikkate alındığında- bu amaca uygun görünmemektedir. Bunun dışında, temyize müracaatın kararın icrasına engel olmaması, başka bir hukuki problemin de ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, kararın verilmesinden hemen sonra bu kararın icra edilmesi ve bu suretle alacaklının alacağına kavuşmasının ardından temyiz incelemesi sonucunda icra edilen bu kararın hukuka aykırılığının tespit edilmesi ve dolayısıyla kararın bozulması ihtimali de mevcuttur. O halde bu aşamada karşımıza çıkacak olan sorun, hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir kararın icrası suretiyle temin edilen hakkın nasıl yerine getirileceği (iade edileceği) ile ilgilidir.

Kanaatimizce temyiz müracaatına rağmen temyize konu kararın derhal icra edilebilir olması, ilk anda temyizin ve usul hukukunun amacına aykırı görünse ve kararın icra edilmesinden sonra bu kararın

hukuka aykırılığının tespiti ihtimalinde bazı hukuki problemleri beraberinde getirse de üstün bir yarara hizmet ettiği unutulmamalıdır.

Temyize konu karar elde edilinceye kadar uzun bir yargılama sürecinin aşıldığı, iddia olunan hak ya da borçların tarafların getirdiği deliller etrafında tahkik edildiği dikkate alındığında, karar lehine olan tarafın ayrıca kanun yolu aşamasının sonuna kadar bekletilmesi, alacağa geç ulaşılması riskini de beraberinde getirecektir. Bunun doğuracağı sakıncalar ile temyiz müracaatına rağmen temyize konu kararın derhal icra edilebilir olmasının getireceği hukuki problem arasında bir denge sağlanmak istendiğinde alacaklının alacağına kavuşmasının daha fazla ertelenmemesindeki yarar daha öne çıkmaktadır. Zira, temyiz müracaatına rağmen temyize konu kararın derhal icra edilebilir olmasının getireceği hukuki problemlerin farklı enstrümanlarla (icranın durdurulması, icranın eski hale iadesi) çözümlenmesi mümkündür.

A. Kararın İcrası İçin Kesinleşmenin Gerekli Olduğu İstisnai Durumlar (HMK m. 367/2; HUMK m. 443/4)

İlk olarak kesinleşmeden icrası mümkün olamayacak kararlar kapsamı içinde taşınmazın aynına ilişkin kararların zikredilmesi gerekir. Bu tür kararlar kesinleşmeden (kanun yolu aşaması tamamlanmadan) takibe konu edilemeyecektir (karş. HMK m. 367/2; istinafa ilişkin m.350/2; HUMK m. 443/4). Söz konusu istisnai durumun uygulanabilmesi için yukarıda ifade edildiği gibi ayni hakka ilişkin bir davanın var olması gerekir. Salt bir davanın konusunun taşınmaz olması, bu tür bir davada verilecek olan kararların icrası için o kararın kesinleşmesini gerektirmeyecektir.[308]

[308] "Dava, kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat ilamına dayalı olarak yürütülen ilamlı icra takibinin 6111 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca ilamın kesinleşmeden icraya konamayacağı ileri sürülerek takibin iptali istemine ilişkindir. 6111 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat ilamlarının icrası için kesinleşmesinin gerektiğine dair dair bir düzenleme bulunmayıp, idari yönde yapılacak ödemelere dair olarak ödenek ayrılmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. O halde mahkemece şikayetin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabul edilerek takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir" (12. HD 25.6.2012 T, 4593 E, 22111 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

HMK m.367/2 açık olarak "... *taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara*…" şeklindeki ifadesiyle davanın konusunun gayrimenkulün aynına ilişkin olması halinde verilecek olan kararların icrası için hükmün kesinleşmesini gerekli görmüştür. O halde taşınmazın aynına ilişkin olmayan şahsi haklara ilişkin ilamlar kesinleşmeden icra edilebilir.

Taşınmazın aynına ilişkin olmamakla beraber, ayni hakka ilişkin verilecek olan karardan etkilenecek bazı şahsi haklara ilişkin talepler (örn. ecrimisil talepleri) yönünden de hükmün icrası ayni hakka ilişkin verilecek olan kararın kesinleşmesine bağlıdır.[309]

Tapu iptali tescil, müdahalenin men'i, ipoteğin kaldırılması, şuf'a davaları ayni hakka ilişkin açılan davalar kapsamındadır.[310]

Bir davanın ne zaman taşınmazın aynına ilişkin olabileceği hakkında HMK m.12/1 yol gösterici niteliktedir. Bu bağlamda tapuda değişiklik meydana getirecek türden kararlar da (bu arada şerh verilmiş haklara ilişkin davalar da) taşınmazın aynına ilişkin sayılmak gerekecektir.[311] Dolayısıyla bir dava mülkiyet hakkına dayalı olarak

---

[309] "Takip dayanağı ilamda davalı borçlunun tapu iptali ve tescil istemi ile karşı dava açtığı da anlaşıldığı için gayrimenkulün aynı ihtilaflı olup, gerek el atmanın önlenmesi ve gerekse ecrimisil ve eklentilerinin tahsil edilebilmesi için HUMK.nun 443/4. maddesi gereğince ilamın kesinleşmesi zorunludur" (12. HD 13.11.2003 T, 23629 E, 22436 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[310] "Somut olayda takip konusu ilamın incelenmesinde takip alacaklısının borçlu aleyhine meni müdahale ve ecri misil davası, borçlunun da karşılık dava olarak alacaklı aleyhine tapu iptal ve tescil davasını açtığı bu davaların mahkemesince birleştirilerek borçlunun isteminin reddine alacaklının davasının kabulüne karar verildiği, davalı borçlunun anılan kararı temyiz ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında taşınmazın aynı ihtilaflı olduğundan takip konusu ilamın infaza konulabilmesi için kesinleşmesi zorunludur. Bu nedenlerle şikayetin kabulü yerine reddi isabetsizdir" (12. HD 9.12.2005 T, 20454 E, 24596 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası)

[311] "Dava, kira sözleşmesinin tapu kaydına şerh verilmesi isteğine ilişkindir. Davanın taşınmaza ilişkin olması için taşınmaza ait bir hakkın ileri sürülmesini yeterli görmüş, o hakkın aynı olması gerektiği şartını aramamıştır. Kira sözleşmesinden kaynaklanan kiracılık hakkı kişisel hak niteliğinde olup, bu hakkın tapuya şerh edilmesi ile ayni hak niteliği kazanmamakla birlikte, etkisi güçlenmekte, borç ilişkisi eşyaya bağlı hale gelmekte ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir. Bu şahsi hakka dayanan dava kazanıldığında da tapu kütüğü bakımından bir değişiklik meydana gelmektedir. O halde tüm bu yönler birlikte değerlendirildiğinde şerhe ilişkin davaların taşınmazın aynına müteallik davalar olarak kabulü gerekir" (14. HD 6.2.2007 T, 11812 E, 915 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

açılmış ise ya da dava sonunda verilecek olan karar tapuda değişiklik meydana getirecek niteliği haiz ise bu davayı taşınmazın aynına ilişkin saymak gerekecektir.

Taşınmazın aynına ilişkin bir davada verilen karar, henüz kanun yolu aşaması devam ederken ya da henüz kanun yoluna müracaat süresi dolmadan icraya konu edilmişse Yargıtay bu halde, icra dairesinin kararın kesinleşip kesinleşmediğini sorgulayamayacağını, borçluya icra emri göndermek zorunda olduğunu, ancak borçlunun bu yönde bir savunması (şikayet) söz konusu olur ise icra mahkemesi tarafından takibin iptaline karar verilebileceğini içtihat etmektedir.[312]

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı isabetli değildir. Zira taşınmazın aynına ilişkin davalarda verilecek olan kararın kesinleşmeden icra edilemeyecek olmasına ilişkin düzenleme kamu düzeni düşüncesi ile sevk edilmiştir. Nitekim taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetki kuralının kesin niteliği haiz bulunmasını da bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetki meselesini mahkeme re'sen dikkate alabilmekte iken, kesinleşmeden icrası mümkün olmayan taşınmazın aynına ilişkin bir davada verilecek olan karar yönünden, kesinleşip kesinleşmediğini inceleme yetkisinin icra dairesinin elinden alınmasını haklı kılan bir gerekçe yoktur. Kaldı ki, bir kambiyo senedine dayalı takipte icra dairesinin takibe konu edilen senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığını re'sen inceleyebildiği bir sistemde, kamu düzenine ilişkin bir mesele olan taşınmazın aynına ilişkin bir davada verilecek olan kararın kesinleşip kesinleşmediğini inceleme yetkisinden mahrum olduğunu söylemek isabetli görünmemektedir.

---

[312] "Buna göre icraya konulan ilam taşınmazın aynına yani mülkiyetine veya bir aynı hakka ilişkinse HMUK.'nun 443/4. maddesi uyarınca kesinleşmedikçe icraya konulma imkanı yoktur. Hemen belirtmelidir ki; taşınmazın aynına yani mülkiyetine veya bir aynı hakka ilişkin ilamın takibe konulması halinde icra müdürünün bu talebi yerine getirmekten kaçınma imkanı bulunmamaktadır. Kesinleşmemiş böyle bir ilamın icraya konulması halinde ancak borçlunun şikayeti üzerine icra mahkemesinin kararı ile takip iptal edilebilecektir.- Şu hale göre; İcra Müdürlüğü'nce takip talebi dikkate alınarak yönetmelikte o takip şekli için düzenlenmesi gereken icra emrinin borçluya gönderilmesi gereklidir" (HGK 9.2.2011 T, 12/684 E, 50 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

Taşınmazın aynına ilişkin kararlarda yazılı yargılama giderleri ve vekalet ücreti ilamın eklentisi niteliğinde olduğundan, bu kısımlara ilişkin olarak da icra, ancak hükmün kesinleşmesinden sonra söz konusu olabilecektir.

Aile ve şahsın hukukuna ilişkin davalarda verilen kararlar kesinleşmeden icra edilemez. Nitekim HUMK m. 443/4 hükmü de "*…aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler kat'iyet kesbetmedikçe icra olunamaz*" şeklindeydi. HMK m. 367/2 de benzer bir hüküm (karş istinafta m. 350/2) tesis etmiştir. Ancak nafakaya ilişkin hükümler bunun da istisnasını oluşturur. Dolayısıyla nafakaya ilişkin ilamların icrası için ilamın kesinleşmesi gerekmez. Nafakaya ilişkin kararlar, genel kurala tabidir. Nafaka ilamının temyiz halinde icranın durdurulması kararı verilemez (İİK m. 36/4).

Yargıtay'ın yoksulluk ve iştirak nafakası yönünden uygulaması yukarıda açıklanandan daha değişiktir.[313] Yargıtay bu halde kesinleşmeyi arıyor.

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar da kesinleşmeden icra edilemez.

Yargıtay, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin ürün benzerliği yoluyla tescilli tasarımına haksız müdahalenin önlenmesine yönelik olarak oluşan hükümleri, şahsın hukukuna ilişkin tescilli hakka tecavüz niteliğinde sayarak, bu nitelikteki kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceğini ifade etmektedir. Ayrıca bu tür kararların eklentisi niteliğinde olan yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de ancak kesinleşmeden sonra ilamlı takibe konu edilebileceğini ifade etmektedir.[314]

---

[313] "Boşanma ilamı ekinde verilen yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminatın icra takibine konu edilebilmesi için HUMK'nun 443. maddesi gereğince (boşanma) ilamının kesinleşmesine bağlıdır" (12. HD 19.6.2006 T, 10779 E, 13163 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası) . "Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonraki dönem için hüküm altına alınan nafaka türü olduğundan, boşanma kararı kesinleşmeden icraya konulamayacağı gibi, nafakanın kaldırılmasına dair mahkeme kararı da aynı şekilde kesinleşmeden infaz edilemez" (12. HD 1.4.2010 T, 25568 E, 7842 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[314] 12. HD 7.6.2010 T, 2565 E, 14104 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

Aile ve şahsın hukuku ile ilgili hükümler kesinleşmedikçe takibe konu edilemezler. Ayrıca, boşanma kararının eklentisi olan tazminat, vekâlet ücreti ve yargılama giderine yönelik hükümleri de aynı kurala tabidirler. Ancak, boşanma ilamı kesinleştiği takdirde, tazminat, vekalet ücreti ve yargılama gideri isteklerinin takibe konulabilmesi için nitelikleri gözetilerek kesinleşmeleri gerekli değildir.[315]

Kesinleşmeden icrası mümkün olmayan başka bir karar grubu da Yargıtay içtihatları ile ortaya konmaktadır. Buna göre, kira bedelinin tespiti davalarında verilen karar ile oluşan kira farklarının tahsilinin talep edilebilmesi için kararın kesinleşmiş olması gerekir.[316]

Yukarıda sayılan istisnai haller dışında genel kural, kararın icrasının temyize müracaattan etkilenmemesidir.

Ancak bununla birlikte karara karşı temyiz yoluna müracaat eden taraf icranın ertelenmesi kararı elde edebilirse, temyiz incelemesinin devamı sırasında kararın kendisine karşı icra edilmesini de engellemiş olacaktır. Bu yönüyle icranın ertelenmesi kararının elde edilmesi, hükmün icrasının temyizden etkilenmemesi kuralından kaynaklanabilecek ve telafisi zor olan sonuçların da önüne geçilmesini sağlayabilecektir. Bu bağlamda, anılan kurumun incelenmesinde yarar görülmektedir.

B. İcranın (Durdurulması) Ertelenmesi

İcranın ertelenmesinin sağlanabilmesi için, bu yola müracaat edecek olan tarafın (dolayısıyla kararı temyiz edecek tarafın) öncelikle ilamlı takibin yapılmakta olduğu icra dairesinden süre talep etmesi gerekir. Bu süre, temyize müracaat edecek olan tarafın Yargıtay'dan icranın ertelenmesi kararı alabilmesi için elde edilmesi gereken bir

[315] 8.HD 17.4.2014 T, 18343 E, 7453 K sayılı karar, legalbank/elektronik hukuk bankası.
[316] "Kira tespitine ilişkin mahkeme kararı ile tespit edilen kira farkı alacağının ifa zamanının gelmiş sayılabilmesi için, yalnızca alacaklının borçludan "eda" da bulunmasını isteyebileceği zamanın gelmiş olması yeterli değildir. Bunun için, aynı zamanda söz konusu kararın kesinleşmesi de gereklidir (İBK 12.11.1979 T, 1 E, 3 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Kira bedelinin uyarlanması kararları kesinleşmedikçe bu kararlara dayanarak ilamsız icra ve tahliye istekli takip yapılamaz, alacak davası açılamaz" (6. HD 25.12.2014 T, 10396 E, 14589 K sayılı karar, legalbank/elektronik hukuk bankası).

zaman aralığını ifade etmektedir. Bu sürenin ne kadar olduğu açık olarak ifade edilmiş değildir. İİK m. 36'da "*uygun bir süre…"* ifadesinden söz edilmiştir. Her şeyden önce bu sürenin işin niteliğine uygun olarak ve somut olayın şartlarına göre tayin edilmesi ve ilgilinin bu süreyi elde edip edemeyeceğinin belirlenmesine yönelik Yargıtay tarafından inceleme yapılmasına müsait aralıkta olması önemlidir. Ancak bu sürenin verilebilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekir.

Borçlu İİK m. 36'daki teminatlardan birini gösterecek olursa icra müdürlüğü borçluya Yargıtay'dan icranın ertelenmesi kararını getirebilmesi için uygun bir süre verir.

Yargıtay, icranın durdurulması kararı vermek zorunda değildir. Dosya üzerinden yapacağı incelemede icranın ertelenmesi talebini kabul edebileceği gibi, bu talebi reddedebilir. Ancak icranın ertelenmesi talebine ilişkin kabul ya da ret kararı esas bakımından yapılacak olan inceleme için belirleyici olmayacaktır.

Yargıtay temyize konu kararı onarsa, icranın ertelenmesi kararı kendiliğinden kalkar ve ilamın icrasına devam olunur. Buna karşılık temyiz talebi kabul edilip temyize konu karar bozulacak olur ise icra durmaya devam edecektir. Bu halde bozmanın niteliğine uygun olarak borçlunun icranın durdurulması için göstermiş olduğu teminatın iade edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak kararı veren mahkemenin bir sonuca varması gerekecektir. Ancak bu noktada İİK m. 36/5'in zikredilmesi gerekir. Anılan hüküm dikkate alındığında, BAM istinaf başvurusunu haklı görmesi halinde teminatın geri verilip verilmeyeceğini de tayin etmesi gerekecektir. Bu ihtimalde BAM teminatın iadesi yönünde karar verecek olur ise, istinaf aşamasının devam olan ve olası bir müracaat ile karşımıza çıkacak olan temyiz aşamasında diğer tarafın haklarının zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple teminat iadesi imkanının istinaf talebinin kabulü ile temyize müracaat süresinin dolmasından sonra değerlendirilmesi ve iadesinin sağlanması isabetli olabilecektir. Temyize müracaat edilmişse İİK m.36/5, c.2 hükmünün tatbiki daha isabetli bir yol olacak kanaatindeyiz.

C. İcranın Eski Hale İadesi

Yukarıda temyiz yoluna müracaat edilmesinin kararın icrasına engel olamayacağına, ancak bunun icranın durdurulması yoluyla söz konusu olabileceğine değinmiştik. Ancak bazen icranın durdurulması talebinde bulunulmaması bazen de icranın durdurulması talebinde bulunulup da bu talebin reddedilmesi sebebiyle temyiz yoluna müracaat edilmesi ihtimalinde borçlunun ilamlı takibe karşı (temyiz incelemesi sırasında) korumasız kaldığı durumlar karşımıza çıkabilir. Bu halde, temyiz incelemesi Yargıtay tarafından yerine getirilirken, karar lehine olan taraf da bu kararın icrasını gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda, kesinleşmeden icrası mümkün olan kararla ilgili ilamlı takip devam ederken ya da bu ilamlı takip sonuçlandıktan sonra kararın Yargıtay tarafından bozulması ihtimal dahilindedir.

Yargıtay, ilamlı takibe konu edilen hükmü, ilamlı takip devam ederken bozabileceği gibi ilamlı takip sonuçlandıktan sonra da bozmuş olabilir. Burada sorun, ilamlı takibin, Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararından nasıl etkileneceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Bunun da farklı ihtimallere göre değerlendirilmesi gerekir.

a. İlamlı Takibin Devamı Sırasında Kararın Bozulması

Kesinleşmeden icrası mümkün olan kararlarla ilgili ilamlı takip devam ederken (ilamlı takibin her hangi bir aşamasında) Yargıtay ilamlı takibe dayanak olan kararı bozmuş olabilir. Bu halde artık takibe devam edilemeyeceği açıktır. Bu noktada İİK m.40 "*Bir ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizen bozulması icra muamelelerini olduğu yerde durdurur*" hükmünü amirdir (İİK m.40/1).[317]

Kararın bozulması üzerine ilamlı takipte icra işlemleri sadece duracaktır; ilamlı takip iptal edilemeyecektir. O halde, bozma kararının icra müdürlüğüne ulaşması anına kadar yapılan tüm işlemler geçerli kalmaya devam edecektir. Bu bağlamda bozma kararının icra müdürlüğüne ibrazı anına kadar haciz yapılmış ise bu haciz geçerli

[317] 2/3/2005 Tarih ve 5311 s. K, m.7 ile değişik hüküm.

kalmaya devam eder, ancak hacizli malların satışının yapılabilmesi mümkün olamayacaktır.

Bozma kararı ile icra işlemleri olduğu yerde duracağına göre, duracak olan işlemlerle ilgili sürelerin de işlemesi söz konusu olamaz. Örneğin, bozmadan önce haczedilmiş olan malların satışı artık istenemeyeceğine göre, satış isteme sürelerinin de işlemesi mümkün olamayacaktır.[318]

Hükmün kısmen bozulması da mümkündür. Bu halde, bozulan kısım için İİK m.40/1 hükmü uygulanabilecektir.

Bozma kararına, ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM uyar, bozmadan sonraki yargılamada alacaklının davasını reddeder ve bu karar kesinleşirse ilamlı takip çerçevesinde o ana kadar yapılan (bozma kararı ile takibin durması anına kadar yapılan) tüm işlemler ortadan kalkar. Örneğin borçlunun malları haczedilmiş ise haciz kalkar; satış yapılmış ise bedeli borçluya iade olunur.

Yargıtay hükmü, "inceleme ve araştırmaya sevk" edecek biçimde bozabileceği gibi "sınırlayıcı ve yol gösterici" olarak da bozabilir. Yargıtay'ın inceleme ve araştırmaya sevk şeklinde bozduğu kararlarda ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM bozulan karardaki sonuca bozmaya temel olan usuli eksiklikleri gidermek kaydıyla aynen hüküm kurabilir. Bu bağlamda Yargıtay'ın inceleme ve araştırmaya sevk şeklinde bozduğu kararlarda ilk derece mahkemesi ya da BAM ilk kararından nitelik ve miktar itibariyle daha elverişli bir karar vermesi halinde alacaklı bu yeni ilamın da icrasını (kesinleşmeden) isteyebilecektir. Bu halde, borçlunun yine icranın durdurulmasını isteyebilmesi (teminat göstererek) mümkündür. Alacaklı, bu yeni ilamlı takibi bozma üzerine duran ilamlı takip dosyasından devam ettirebilir. Yargıtay'a göre, bunun için yeni bir icra emrinin gönderilmesine gerek bulunmamaktadır.[319]

---

[318] 19. HD 5.4.2007 T, 1019 E, 3374 K sayılı karar, Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 929, dn. 3'te anılan karar.

[319] "Takip konusu ilamın bozulması üzerine verilecek yeni karar nedeniyle, borçluya ikinci bir icra emri tebliğ edilmeden hesap tablosunun ve yenileme emrinin tebliği

Yargıtay'ın bozma kararına ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM direnebilir. Bu halde Yargıtay, direnme kararına rağmen icra işlemlerinin olduğu yerde durmaya devam edeceğini ifade etmektedir.[320]

Doktrinde Kuru bu yaklaşımı eleştirmektedir. Yazara göre, ilk derece mahkemesinin ya da BAM'ın bozma kararına direnmesi ile bozma kararı hükümsüz kalır ve bu nedenle bozma ile icranın İİK m.40 gereğince durması da sona ermiş olur. Buna karşılık Uyar, bozma kararına karşı verilen direnme kararının yeni bir karar olmadığını, bu nedenle alacaklının bu karara dayanarak yeni bir icra emri çıkarttıramayacağı gibi eski ilamlı takibi de yürütmeye devam edemeyeceğini belirtmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM kararını bozması gibi bu bozma kararına karşı alt mahkeme tarafından verilen direnme kararı da kanun yolu aşamasına dahil olan birer yargısal faaliyetler olup, bu kararların her birine kanun koyucu farklı sonuçlar bağlamaktadır. Dolayısıyla salt Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararının ya da ilk derece mahkemesinin ya da BAM'ın direnme kararının tek başına bir anlamı yoktur. Yargıtay bir yargı süjesi olarak ilk derece mahkemesi ya da BAM kararını onayabileceği gibi bozabilir. Bu tasarruf, Yargıtay'ın kendi sınırları içinde kalan işlemidir. Aynı şekilde bir başka yargı süjesi olan ilk derece mahkemesi ya da BAM da (alt mahkeme) bu bozma kararına karşı direnme kararı vermiş olabilir. O halde, verilen direnme kararına hiçbir hukuki değer atfetmemek, kanun yolu aşamasında bunun hiçbir anlamı olmadığını savunmak bu karara karşı temyize gidilmesi şeklinde kendini gösteren hukuki rejimin de göz ardı edilerek yok sayılması anlamına gelecektir.

---

suretiyle takibe devam edilmesinde yasaya aykırılık yoktur" (12. HD 19.9.2003 T, 13572 E, 17988 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[320] "İİK.nun 40. maddesi gereğince bir ilam hükmünün bozulması icra işlemlerini olduğu yerde durdurur. Somut olayda takip konusu idare mahkemesi kararı Danıştay'ca bozulmuştur. İdare Mahkemesinin eski kararında direnmesi, bozulan kararın tekrarından ibaret olup, İİK.nun 40. maddesine göre duran takibin devamını sağlamaz" (12. HD 9.3.2004 T, 287 E, 5426 K sayılı karar, kazancı/içtihat bankası).

Kanaatimizce bozma kararından sonra verilen direnme kararı yeni bir hukuki süreç olup bu sürecin anlamına uygun olarak İİK m.40'ın yorumlanması gerekir. Bu nedenle Kuru'nun yaklaşımının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

b. İlamlı Takibin Tamamlanmasından Sonra Kararın Bozulması

İlk derece mahkemesi (373/6 faraziyesi) ya da BAM kararı ilamlı takibin sona ermesinden ve alacaklının tatmin edilmesinden sonra Yargıtay tarafından bozulmuş ise İİK m.40/2 hükmünün uygulanması gerekecektir. Anılan hüküm "*Bir ilâm hükmü icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtayca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk ederse, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur"* şeklindedir.

İlamlı takibin sonuçlanmasından sonra Yargıtay tarafından hükmün bozulmuş olması ihtimalinde, artık icranın hemen iade edilebilmesi mümkün değildir. Bu noktada bazı şartların bulunması gerekir.

İlk olarak Yargıtay'ın bozma kararı vermiş olması gerekir.

İkinci olarak, bozma kararına ilk derece mahkemesi ya da BAM tarafından uyma kararının verilmiş olması gerekir. Mahkeme direnme kararı verecek olur ise icranın iadesi söz konusu olmaz.

Üçüncü olarak bozmaya uyma kararından sonra yapılacak olan yargılamada karar lehine bozulmuş olan tarafın yararına hüküm kurulmuş olması gerekir.

Son olarak, alt mahkemenin bozmaya uyma kararından sonra yaptığı yargılamada verilen kararın kesinleşmesi gerekir.[321]

[321] "Bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durdurur. Aleyhinde icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kat'i bir ilamla tahakkuk ederse ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur. Borçlunun icranın iadesini isteyebilmesi için bozmadan sonra verilecek

IV. Temyiz İncelemesi ve Temyize Müracaatın Sonuçları

Yargıtay, temyiz incelemesi sırasında her iki tarafın temyiz ve cevap dilekçesinde ileri sürdüğü bütün iddiaları incelemek suretiyle bir karar verecektir. Bu karar hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, hükümde bir değişiklik yapılabilmesi mümkün değildir. Yargıtay dosyayı inceledikten sonra farklı biçimlerde hüküm tesis edebilecektir.

Yargıtay, dosya kendisine geldikten hemen sonra esas bakımından incelemeye geçmez. Esas yönünden incelemeye geçilmesi noktasında bazı ön şartların tamamlanmış olması gerekir. Bu yönüyle Yargıtay, kendisine gelmiş olan dosyayı bir ön incelemeye tabi tutacaktır. Bu noktada HMK m. 366 yollaması ile HMK m. 352 de açık bir düzenleme bulunmaktadır.

1. Temyiz İncelemesi

A. Ön İnceleme

Davanın tarafları, verilen kararın hukuka uygun olmadığı iddiası ile kararı temyiz ettiklerinde dosya kendisine gelen Yargıtay dairesi öncelikle söz konusu temyiz talebinin şartlarının mevcut olup olmadığını incelemek üzere bir değerlendirme yapar. Nitekim YK m. 40/3 "*Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tabi tutulur*" şeklindedir. Bu bağlamda, HMK m. 366 atfı ile HMK m. 352 kapsamında temyiz incelemesine tabi tutulan dosyaya konu kararın temyizi kabil bir karar olup olmadığı, temyiz isteminin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, incelemenin Yargıtay'ın başkaca dairesi tarafından gerçekleştirilmesinin gerekli olup olmadığı, başvuru sebebinin ve gerekçesinin gösterilmiş olup olmadığı gibi hususlar bu ön inceleme aşamasında değerlendirilir. Anılan maddede sayılan hususlar sınırlayıcı değildir. Bu kapsamda her ne kadar başvuranın hukuki menfaatinin olup olmadığının ya da temyiz harcının ya da giderlerinin eksik ödenip

---

hükmün kesinleşmesi zorunludur" (12. HD 28.2.2005 T, 1029 E, 3832 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

ödenmediğinin, temyiz dilekçesinin başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek özellikleri ihtiva etmiş olup olmadığının ya da imza eksikliği yönünden incelenmesi[322] gereğine işaret edilmemiş ise de kanaatimizce bu unsurların da ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu sayede bu tür eksiklikleri üzerinde barındıran dosyalar yönünden esas incelemesi yapılmak suretiyle zaman kaybının da önüne geçilmiş olunur ki, bu yönüyle ön inceleme usul ekonomisi ilkesine uygun düşmektedir. Gerçi BAM tarafından da zaten temyiz dilekçesi HMK m. 346 çerçevesinde sürenin geçmiş olması sebebi ile veya kesin karara karşı temyize müracaat edilmek istenmiş olması sebebi ile reddedilebilecektir. Yargıtay'ın bu bağlamda yapacağı ön inceleme en azından bu unsurlar yönünden ikinci bir denetim anlamına da gelebilecektir.

Tetkik hakimi, kararın temyizi kabil bir karar olup olmadığını, temyiz isteminin süresi içinde yapılıp yapılmadığını, temyize müracaatta hukuki menfaatin olup olmadığını, temyiz harcının ya da giderlerinin eksik ödenip ödenmediği ile diğer usuli yönleri inceler. Bu incelemenin sonuçlarını daire başkanına bildirir. Bu tür dosyalar öncelikle incelenip karar bağlanır.

B. Temyiz Talebinin Esastan İncelenmesi

Yargıtay'ın (özel dairenin), temyiz talebi üzerine kendisine gelen dosya üzerinde yapacağı ön incelemede her hangi bir usuli eksiklik tespit edilmeyecek olur ise artık ihtilafın esasına ilişkin incelemenin yapılabilmesi mümkün olacaktır. Bu inceleme sırasında, Yargıtay'ın sadece hukuka uygunluk denetimi yapabileceğini ve temyiz sebepleri ile bağlı olmayacağını tekrar hatırlatmak gerekir (HMK m.369/1). Bu yönü ile istinaftan farklı bir durum söz konusudur.

Kural olarak Yargıtay temyiz incelemesini dosya üzerinde yapar (HMK m. 369/2). Ancak HMK m. 369/2 gösterilen hallerde temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılabilmesi mümkün olabilecektir.

[322] "Temyiz dilekçesinde davalılar vekilinin imzası bulunmadığından, bu eksikliğin tamamlanması ve ondan sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere gönderilmesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmiştir" (18. HD 29.11.2012 T, 12584 E, 13514 K sayılı karar).

Anılan hüküm "*Yargıtay temyiz incelemesini dosya üzerinde yapar. Ancak, tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soy bağına ve kısıtlamaya ilişkin davalarla miktar veya değeri 62.290[323] Türk Lirasını aşan) alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını talep etmiş ise Yargıtayca bir gün belli edilerek taraflara usulen davetiye gönderilir. Tebliğ tarihi ile duruşma günü arasında en az iki hafta bulunması gerekir; taraflar gelmişlerse bu süreye bakılmaz. Tebligat gideri verilmemişse duruşma talebi dikkate alınmaz. Duruşma giderinin eksik ödenmiş olduğu anlaşılırsa, dairenin başkanı tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde duruşma talebinden vazgeçilmiş sayılacağı, duruşma isteyene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde giderler tamamlanmadığı takdirde, Yargıtay incelemesini dosya üzerinde yapar"* şeklindedir.

Yukarıda anılan hüküm incelendiğinde,

a. Tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline

b. Evlenmenin butlanına veya iptaline

c. Boşanma ve ayrılığa

d. Velayete, soy bağına ve kısıtlamaya

e. Miktar ya da değeri duruşma sınırını aşan alacak ve ayni haklara ilişkin

davalarda temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasının istenebilmesi mümkün olabilecektir.

Alacak ve ayın davalarında asıl istemin reddedilen bölümü duruşma sınırını geçmiyorsa temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması mümkün olamayacaktır.

Alacağın bir bölümünün dava edildiği hallerde (kısmi dava) duruşma sınırı alacağın tamamına göre belirlenmek gerekecektir (HUMK m. 427/3; HMK m. 362/2).

---

[323] Bkz. yuk. dn.2.

HMK m. 364/2-g çerçevesinde, tarafın temyiz incelemesini duruşmalı olarak yapılmasını talep etmesi temyiz dilekçesinde buna ilişkin açık iradesini ortaya koymasına bağlıdır. Dolayısıyla temyiz dilekçesinden açık olarak temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasının talep edildiği anlaşılmalıdır.[324] Duruşmalı isteyen taraf mali külfetleri yerine getirmeze HMK m. 369/2 gereği inceleme dosya üzerinden yapılır.

2. Yargıtay Kararı

A. Onama Kararı

Kararının hukuka aykırı olmadığının tespiti halinde, Yargıtay temyiz talebini reddeder ve böylece kararı onamış olur (HMK m.370/1). Yargıtay'ın bu onama kararının, kararı onanmış olan mahkeme tarafından taraflara tebliğ edilmesi gerekecektir (HMK m. 372/1).

Yargıtay'ın onama kararlarının da gerekçeli olması gerekir (HMK m.370/1). Esas olarak yargı kararlarının gerekçeli olması Anayasal bir zorunluluk olması sebebi ile ayrıca bu gereğe işaret eden bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak uygulamada Yargıtay onama kararı verirken hemen hiçbir gerekçe sunmadan ilk derece mahkemesi kararının "*dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre hükmün onanması"* şeklinde ifade kullanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Bu hususun her şeyden Anayasal zorunluluk olan kararın gerekçelendirilmesi gereğine aykırı olmaktan başka HMK m.27 anlamında hukuki dinlenilme hakkına da muhalefet oluşturduğu kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay bir kararında "*Tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması amir hükümdür. Yargıtay denetimi de ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir"* (3.HD 18.2.2014 T, 2013/18304 E, 2014/2352 K sayılı karar) ifadelerine yer vermiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu güncel kararının öncelikle kendi denetimi yönünden hayat bulması önemlidir.

[324] "Hüküm davalı avukatı tarafından her ne kadar duruşma istekli olarak temyiz edilmiş ise de harç temyiz dilekçesinde 14.10.1996 gününde yatırılmış duruşma isteğini, havi ek temyiz dilekçesi ile 6.12.1996 gününde kaydedilmiş olmasına göre … süresi içinde olmayan duruşma isteğinin reddine…" (4. HD 31.3.1997 T, 13483 E, 3362 K Sayılı karar, İBD 1997/3, s. 671).

B. Değiştirerek ve Düzelterek Onama Kararı

Yargıtay, alt mahkeme kararında her hangi bir değişiklik yapamaz. Ancak Yargıtay bazı hallerde hükmü düzelterek onayabilir (karş. HMK m.370/2).

a) HMK m.370/2 hükmüne göre, temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı düzelterek onayabilir.[325]

Temyiz edilen hüküm, esas yönünden kanuna uygun ise de, harç, vekalet ücreti, faiz, konularında yanlışlık yapılmış ise, yapılan yanlışlığın düzeltilmesi için yeniden yargılama yapılmasına gerek olmadığından, Yargıtay hükmü değiştirerek ve düzelterek onayabilir.[326]

b) Tarafların kimliklerine ait yanlışlarla, yazı, hesap ve diğer açık ifade yanlışlarından dolayı esas bakımdan kanuna uygun olan hüküm bozulmaz. Hüküm bu yanlışlıklar düzeltilerek onanır (HMK m. 370/3).

c) Hükmün sonucu esas bakımından usul ve kanuna uygun olup da gerekçe doğru görülmezse Yargıtay gerekçeyi değiştirerek ve düzelterek hükmü onar (HMK m. 370/4).

---

[325] "O halde açık olan yön bu istemlerden biriyle sınırlı olarak açılmış olan bir davanın diğer istemi dahi kapsamadığıdır. Kurumunun işverenin bildirme yükümünü yerine getirmediği olgusuna dayanarak yalnız bu yönden anılan Yasanının 10 uncu maddesine dayanarak açtığı davaya karşı tarafın kapalı veya açık şekilde rızası olmadıkça yani Yasanın 26 ıncı maddesi gereğince inceleme yapılması ve karar verilmesine olanak bulunmamaktadır. Buna her şeyden önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74 üncü maddesinde öngörülmüş bulunan 'iddia ile bağlı bulunma' ilkesi engeldir. Burada yasaya aykırı olarak dava ekonomisi düşüncesine de yer verilemez. bu nedenlerle direnme kararı esas itibariyle doğrudur. Ancak mahkeme harç alınmasına yer olmadığına da karar vermiş ise de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 3.3.1975 gün ve 2/3 sayılı kararında açıklanan esaslar uyarınca dava harca tabidir. Mahkemece bu nedenlerle harç alınmamış olması usul ve yasaya aykırıdır. Ancak bu yanlışın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden direnme kararı bu yanlış düzeltilmek suretiyle onanmalıdır" (HGK 22.9.1976 T, 10/254 E, 2538 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[326] Üstündağ, Hukuki Durum, Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum, İHFM, 1962, C.XXVIII, S.1, s.132-192, s. 144vd.

C. Bozma Kararı

Yargıtay, temyiz sebeplerinden birini ya da birden fazlasını tespit edecek olur ise hükmü tamamen ya da kısmen bozabilecektir.

Yargıtay hükmü, "inceleme ve araştırmaya sevk" edecek biçimde bozabileceği gibi "sınırlayıcı ve yol gösterici" olarak da bozabilir.[327] Yargıtay'ın inceleme ve araştırmaya sevk şeklinde bozduğu kararlarda, bozulan karardaki sonuca bozmaya temel olan usuli eksiklikleri gidermek kaydıyla aynen hüküm kurulabilir. Ancak sınırlayıcı ve yol gösterici bozma kararına ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM uyacak olur ise bozmaya uymadan sonra verilecek karar için bu söz konusu olamayacaktır. İnceleme ve araştırmaya sevk edici bozmalarda bozma kararında gösterilen noktalar tahkik edilmeden yeni kurulan hükmün de bozulacağı açıktır.

Onama kararında olduğu gibi bozma kararlarının da mahkeme yazı işleri tarafından taraflara tebliğ edilmesi gerekir. Tebliğ giderleri temyiz dilekçesi ile birlikte, temyiz talebinde bulunandan peşin olarak alınır. Bu giderlerin ödenmemesi halinde 344. Madde kıyasen uygulanır (HMK m. 372).

Yargıtay ilgili dairesinin tamamen ya da kısmen bozma kararı, başvurunun BAM tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise (HMK m.353/b-1) BAM kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece

[327] Yargıtay bir kararında "Olayda ise mahkemece Yargıtay'ın yol gösterici bozmasına uyulmuş, o çerçevede hüküm verilmiştir. Her ne kadar mahkemenin bu yanlış bozmaya karşı direnme hakkını kullanması mümkün idi ise de, hakim bu yolu seçmemiş, görevsizlik kararı vermiştir. Şu durum karşısında C. Başsavcılığı'nın isteğinin kabul edilmesi Yargıtay'ın kendi kararını yani bozmasını ortadan kaldırması anlamına gelir. Oysa Usulün 427. maddesi mahkeme kararlarının kanun yararına bozulmasını öngörmüştür. Onun için dolaylı da olsa Yargıtay'ın kendi kararlarını kaldırmasına yol açacak şekilde bir bozma yapılamaz. Şayet bozma *sınırlayıcı ve yol gösterici* olmayıp *inceleme ve araştırmaya sevk şeklinde olsaydı* ve mahkeme bunları yerine getirdikten sonra takdir hakkını kullanarak bir karar vermiş bulunsaydı, mahkemenin son kararı, bozma üzerine verilmiş olmasına rağmen ilk hükümden tamamen ayrı bir nitelik taşıdığı için, bu tür bir hüküm kanun yararına bozulabilirdi. Olayda ise mahkemece bozma kararında işaret edilen ilkeye göre hüküm verilmiş olup, bu kararın kanun yararına bozulması mümkün değildir. Bu bakımdan kanun yararına bozma dileğinin reddi gerekir" ifadelerine yer vererek hükmün inceleme ve araştırmaya sevk edecek biçimde veya sınırlayıcı ve yol gösterici olarak bozulabileceğine temas etmiştir (2. HD 3.12.1979 T, 8194 E, 8729 K sayılı karar, YKD 1980/12, s. 1594).

mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de BAM'a gönderilir (HMK m.373/1). Görüldüğü üzere bu ihtimalde BAM'ın temyize konu olan kararı, ilk derece mahkemesinin verdiği kararla paralel olduğu hallerde bozma kararı üzerine dosya ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. Adeta bu ihtimalde kararın esas sahibi ilk derece mahkemesi gibi durmaktadır. Zira BAM ilk derece mahkemesinin kararını, istinaf talebini esastan reddetmek suretiyle benimsemiş ve o kararla ilgili görüşünü beyan etmiş olmaktadır. Dolayısıyla bozma kararı ile dosya ilk derece mahkemesine gönderilmektedir.

Her ne kadar HMK m. 373/3 hükmüne benzer bir düzenleme ilk derece mahkemesi için ifade edilmemişse de dosyanın bozmadan sonra ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ilk derece mahkemesinin de tarafları davet ederek ancak bozmaya uyma ya da direnme kararı verebileceği gerçeği dikkate alındığında anılan hükmün ilk derece mahkemeleri için de geçerli olacağının kabulü gerekir. Dolayısıyla bu halde ilk derece mahkemesi (HMK m.344 gereğince) peşin alınan giderleri kullanmak sureti ile kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verecektir. Ancak bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimin kendiliğinden göz önünde bulundurması gereken sebeplerden olmaması halinde taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez (HGK 25.5.2016 T, 2/550 E, 669 K sayılı karar). İlk derece mahkemesi, karara karşı direnebilir (373/5). Yargıtay'ın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince uyma kararı çerçevesinde karar verildiği takdirde artık doğrudan bu karara karşı temyiz yoluna müracaat edilebilecektir. Bu halde istinaf mekanizması devre dışı kalmaktadır. Çünkü daha önce ilk derece mahkemesi Kararını doğru bularak görüşünü beyan eden BAM'a dosyanın gönderilmesi çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına da zemin hazırlayabilecektir.

İlk derece mahkemesinin bozmaya uygun olarak tesis ettiği ikinci karara karşı sıçrama yolu (doğrudan doğruya) ile temyize müracaat edildiğinde, Yargıtay bu halde ilk bozmayı ortadan kaldıracak

şekilde (ilk bozması ile zıt) hüküm kurarsa (bu zıt hükmün aynı daire tarafından verilmiş olması zorunlu değildir) ve bu karara karşı ilk derece mahkemesince yeni bir hüküm tesis edilecek olursa, söz konusu hüküm temyiz edildiğinde artık temyiz incelemesi HGK tarafından yapılacaktır (HMK m.373/6). Burada dikkat edilmesi gereken konu ilk derece mahkemesinin son olarak vermiş olduğu kararın mutlaka bozmaya uyma biçiminde olmasının gerekmediğidir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin son olarak vermiş olduğu karar, ikinci kesin bozmadan sonra, bu bozmaya uymadan sonra verilen karar veya başlı başına direnme kararı biçiminde kendini gösterebilir.

BAM'ın düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar, Yargıtay tarafından tamamen ya da kısmen bozulması halinde dosya, kararı veren BAM'a veya uygun görülen diğer BAM'a gönderilir. (HMK m.373/2). Bu ihtimalde BAM, HMK m.344 gereğince peşin alınan giderleri kullanmak sureti ile kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir.

Yargıtay'ın bozma kararı üzerine BAM tarafından bozmaya uygun karar verildiği takdirde (2. Karar) bu karara karşı temyiz yoluna müracaat edilebilecektir. İncelemeyi bozma kararı veren özel daire yapacaktır. Burada sıçrama yolu ile temyizden söz edilemez. Zira BAM kararı üzerine temyize müracaat edilmektedir. Yargıtay bu halde ilk bozmayı ortadan kaldıracak şekilde hüküm kurarsa (bozarsa) ve bu karara uygun olarak BAM tarafından yeni bir hüküm tesis edilecek olursa (bu BAM'ın 3. Kararı olmuştur) söz konusu hüküm temyiz edildiğinde artık temyiz incelemesi HMK m.373/6 çerçevesinde olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken konu BAM'ın 3. Olarak vermiş olduğu kararın mutlaka bozmaya uyma kararı sonunda olmasının gerekmediğidir. Bu bağlamda BAM'ın 3. olarak (yani son olarak) vermiş olduğu karar, ikinci kesin bozmadan sonra, bu bozmaya uymadan sonra verilen karar veya direnme kararı biçiminde kendini gösterebilir. Her durumda bu şartların varlığı halinde inceleme HGK tarafından yapılacaktır.

HMK m.373/6 hükmünde geçen "alt mahkeme" kavramına ihtimale göre ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi girmektedir.

Yukarıda gördüğümüz ihtimaller çerçevesinde ilk derece mahkemesi ya da BAM Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnebilir. Direnme kararı, uyma kararından farklı olarak nihai bir karardır. Bu kararın temyizi mümkündür. İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda inceleme, kararına direnilen dairece yapılır. Direnme kararı öncelikle incelenir. Daire, direnme kararını yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir.

Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi herhalde HGK tarafından yapılacaktır. Esas olarak bu ihtimalde mevzuatta bir değişiklik olmadığı halde , önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine ilk derece mahkemesince verilen hükmün temyiz incelemesinin HGK tarafından yapılması hem incelemede derecelendirmenin içtihat istikrarına hizmet etmesi hem de adil yargılamanın tesisi bakımından önemlidir.

"Kesin bozma", denetim mahkemelerinin yargılama hukukuna kazandırdığı kavramdır. Bu kavram alt mahkemelerin davanın kabulüne ilişkin hükmün reddedilmesi yahut davanın reddine ilişkin hükmün kabul edilmesini öngören bozmaları içermektedir. Denetim mahkemesinin aynı dava hakkında verilerde değişme olmadan birden fazla ve birbirine zıt kesin bozma kararları vermesi, başlı başına hukuk güvenliği sorununa işaret eder. İkinci kesin bozma kararı üzerine verilen ilk derece mahkeme kararların temyiz incelemesinin, veriler değişmediği birbiriyle çelişen bozma kararlarını veren dairece değil, Yargıtay Hukuk Genel kurulunca yapılması, hem sorunun doğasının, hem de adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Ayrıca incelemede derecelendirmenin, içtihat istikrarına da hizmet edeceği açıktır.

Bozma kararından sonra tarafların mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte duruşmada hazır olmasından sonra mahkeme, bozma kararına uyulup uyulmayacağı noktasında tarafları dinleyecektir. Bu

nokta iki açıdan önemlidir. Zira bir anlamda bozma kararına karşı mahkemenin nasıl bir tavır geliştirebileceğinin tayini açısından bu prosedür belirleyicidir. Ayrıca taraf teşkilinin sağlanması bakımından da mesele önemlidir.[328]

Alt Mahkemenin bozmaya uyma kararı verme noktasında tam bir özgürlüğe sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Her iki taraf bozma kararına uyulmasını talep etmişse mahkeme uyma kararı vermek durumundadır.[329] Bunun aksine bir uygulamaya işaret edecek bir hüküm HMK'da mevcut değildir. Ancak bunun somut bir olayda meydana gelmesi ihtimali son derece düşüktür. Zira bozma kararı sonuç olarak, bir tarafın aleyhine olacağından bu tarafın ilk kararda direnilmesini istemesi sık olarak görülebilecek bir durumdur.

Bozma sebebi, kamu düzenine ilişkin ise her iki taraf da bozmaya uyulmasını talep etmiş olsa bile alt mahkeme bozma kararına karşı direnebilir.[330]

---

[328] "Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429/2. maddesinde bozma sonrası mahkemece yapılacak işlemler açıklanmıştır. Buna göre mahkeme, temyiz edenden 434. madde uyarınca peşin alınmış olan gideri suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verecektir. - Bu açık hüküm karşısında tarafların duruşmaya usulünce çağrılıp taraf teşkilinin sağlanmamış olması önemli bir usuli eksikliktir ve bu yönüyle mahkeme kararının bozulması gerekmiştir" (HGK 21.1.2004 T, 28 E, 21 K sayılı karar, İBD 2004/2, s. 727).

[329] "HUMK.nun 429. maddesi hükmüne göre, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine hakim tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra bozma ilamına uyulup uyulmayacağına karar verir. Görülüyor ki, hakim bozma ilamına uymak zorunda olmayıp eski kararda direnebilir. Eş anlatımla, hakim kural olarak Yargıtay bozma kararına uymak ya da bu karara karşı direnme kararı vermek konusunda tarafların istekleri ile bağlı olmayıp, serbest takdir yetkisine sahiptir. -Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimin kendiliğinden (re'sen) gözönünde bulundurması gereken sebeplerden olmaması halinde, taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez. Bozma kararına uyulmak gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulaması da bu doğrultudadır (Hukuk Genel Kurulu'nun 2.2.1983 gün, 7-70; 25.5.1983 gün, 377-580; 18.4.1984 gün, 293-435; 8.6.1984 gün, 401-675, ve 18.10.1989 gün, 541-534 sayılı kararları)" HGK 27.6.1990 T, 6/293 E, 400 K sayılı karar, YKD 1990/12, s. 1579. Benzer yönde bkz. HGK 12.9.2012 T, 2012/1-330 E, 558 K).

[330] "…Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimin kendiliğinden (re'sen) gözönünde bulundurması gereken nedenlerden olmaması halinde taraflar bozma ilamına uyulmasını istemişlerse, mahkeme bozma ilamına uymak zorundadır.-…Açıklanan ilkeler altında, çekişmesiz yargıda hakim, tarafların talepleri ile

a. Bozmaya Uyma Kararının Niteliği, Etki ve Sonuçları

Alt Mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararına yukarıda belirttiğimiz esaslar dairesinde uyma kararı verirse, bu karar nitelik itibariyle ara karar mahiyetindedir. Zira mahkeme bu kararı ile davadan el çekmiş olmaz. Bilakis davaya devam edilmesi ve bozma kararındaki esaslara uygun hareket edilmesi yönünde de iradesini ortaya koymuş olmaktadır. Durum böyle olunca kural olarak ara kararlara ilişkin hukuki rejimin burada tatbik edilmesi gerekir. Örneğin, bozmaya uyma kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Kural olarak ara kararlardan rücu etmek mümkündür. Örneğin mahkeme vereceği bir ara karar ile dosyanın bilirkişiye tevdi edilmesine karar verdikten sonra, bu ara kararından gerekçesini belirtmek kaydı ile rücu edebilir. Ancak verilen bir ara karar usuli kazanılmış hak meydana getirmekte ise artık bu ara karardan rücu edebilmek mümkün olamayacaktır. Bozmaya uyma kararı bu türden bir ara karar olarak karşımıza çıkmaktadır.[331]

Bu bağlamda usuli kazanılmış hak kavramından[332] ve görünüş biçimlerinden söz etmek yararlı olacaktır. 6100 sayılı Kanunda usuli

---

bağlı olmadığından re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile de bağlı olmayacağı çok açıktır" (HGK 25.6.1997 T, 11/313 E, 569 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısı ile hakimin kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulması gereken sebeplerden olmaması halinde taraflar veya vekilleri, bozma kararına uyulmasını istemişlerse, artık mahkeme önceki kararda direnemez. Yargıtay'ın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulaması da bu doğrultudadır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.1989 gün, 541-534, 21.2.1990 tarih, 10-117, 7.10.1990 tarih, 439-562, 19.2.1992 tarih, 635-82, 23.2.1994 tarih, 936-94 sayılı kararlan) Temyize konu davada, Özel Daire'ce mahkeme kararının bozulmasını takiben taraf vekilleri, 16.9.1998 tarihli oturumda bozma ilamına uyulmasını istemişlerdir. Bozma sebebi ise kamu düzenine ilişkin değildir" (HGK 27.1.1999 T, 18/26 E, 4 K sayılı karar, İz. BD 1999/3, s. 127-128).

[331] "Kural olarak mahkemece verilen ara kararından rücu mümkün ise de ancak, ara kararı verilmekle taraflar yönünden usuli kazanılmış hakkın doğduğu hallerde bu karardan rücu mümkün değildir. Olayda da, mahkemece Özel Daire bozmasına uyulmasına karar verilmekle ilgilileri yönünden usuli kazanılmış hak meydana gelmiştir. Bu aşamada mahkemece izlenmesi gereken yol, hükmüne uyulan bozma kararında belirtilen esaslar çerçevesinde inceleme ve araştırma yapıp karar vermekten ibarettir" 24.4.1996 T, 1/200 E, 311 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[332] Kuru, Baki, Usuli Müktesep Hak (Usule İlişkin Kazanılmış Hak), Dr. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s. 395.

kazanılmış hak kavramı ve doğurduğu sonuçlara ilişkin hukuki rejimin aynen devam etmekte olduğu sonucuna varmamızı engelleyen herhangi bir düzenleme söz konusu değildir.

Usuli kazanılmış hak kavramı bir İBK[333] ile ortaya konmuştur. Anılan kararda Yargıtay, "*Bir mahkemenin Temyiz Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti meydana gelir ve bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması, usule uygun sayılamaz ve bozma sebebidir, Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. .... mahkemenin doğru bularak uyduğu ve yahut kanun gereğince uymak zorunda olduğu bozma kararı ile dava, usul ve kanuna uygun bir çığıra sokulmuş demektir. Buna aykırı karar verilmesi, usul ve kanuna uygunluktan uzaklaşılması manasına gelir ki, böyle bir netice asla kabul edilemez. Bundan başka, mahkemenin bozma kararına uygun karar vermesine rağmen Temyiz Dairesinin ilk bozmasıyla benimsenmiş olan kanuna veya usule ait hükümlere aykırı şekilde ikinci bir bozma kararı vermesi, usul hükümleriyle hedef tutulan isktikrarı zedeler ve hatta kararlara karşı umumi güveni dahi sarsar.Usule ait müktesep hakkın diğer bir şekli de bazı konuların Temyiz Dairesinin bozma kararının şümulü dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen şeklidir"* ifadelerine yer vermiştir.

Ayrıca başka bir İBK'da[334] özellikle usuli kazanılmış hakkın görünüm biçimlerinden birisi olan bozma kararının kapsamı dışında kalan hususların kesinleşmesi meselesi ele alınmıştır.

Yukarıda alıntı yapılan İçtihadı Birleştirme Kararlarından usuli kazanılmış hakka ilişkin olarak bazı temel ilkeleri ortaya koyabilmek

[333] İBK 9.5.1960 T, 21 E, 9 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.
[334] İBK 4.2.1959 T, 13 E, 5 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

mümkündür. Bu ilkelerin 6100 sayılı yasa ile de değiştiğini söylememizi gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

1) İlk olarak usuli kazanılmış hakkın meydana gelme biçimleri farklı olabilir. Alt mahkemenin bozma kararına uyması ile kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti ortaya çıkar. Bu hal, özellikle bozma kararı lehine olan taraf bakımından **aleyhe hüküm verme yasağını** gündeme getirecektir.

2) İkinci olarak, bazı konular temyiz dairesinin **bozma kararının kapsamı dışında** kalarak kesinleşebilirler (müstakil bir karar ise) ancak bozmanın kapsamı dışında kalan husus bir hükmün unsuruna yönelik ise bozmanın kapsamı dışında kalan diğer unsurlar yönünden usuli kazanılmış hak meydana gelecektir.

3) Üçüncü olarak, usule ait kazanılmış hak kurumu, usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve **kamu düzenine ilişkindir.**

4) Dördüncü olarak, usuli kazanılmış hak kamu düzenine ilişkin olsa da bazı **istisnaları** bulunmaktadır.

Yukarıda sayılanlar dışında, taraflardan sadece birinin hükmü temyiz etmesi halinde meydana gelecek olan aleyhe bozma yasağı, taraflardan birisine verilen kesin sürenin, diğer taraf yönünden usuli kazanılmış hak meydana getirmekte olduğu da unutulmamalıdır.

b. Bozma Kararına Uymakla Meydana Gelen Usuli Kazanılmış Hak

Yukarıda alıntı yapılan İBK'da da açıkça vurgulandığı üzere,bir mahkemenin Temyiz Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti meydana gelir mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması, usule uygun sayılamaz ve bozma sebebidir (HMK m.371/1-a)[335]. Doğal olarak

[335] İBK 9.5.1960 T, 21 E, 9 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

bozma kararı kimin lehine ise usuli kazanılmış hakkın o taraf bakımından meydana geleceği açıktır.

Usuli kazanılmış hak, kamu düzenine ilişkin olduğundan, her ne kadar bir ara karara dayanmakta ise de bu ara karardan geri dönülerek uyma kararı yerine artık direnme kararının verilmesi de mümkün olamayacaktır.[336] Aynı şekilde bozmaya uymakla, ilk derece mahkemesinin (alt mahkemenin) bozma kararında gösterilen esaslara göre işlem yapıp karar verme ödevi doğmaktadır. Sonradan bu kararın bir kısmından veya tümünden, açıkça ya da zımnen dönülerek, ilk hükmün aynen ve yeniden kurulması, uyma kararının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Nitekim Yargıtay bir kararında " *Dava; işçilik alacakları istemine ilişkindir.Somut olayda mahkemece bozma kararına uyulması yönünde ara karar verildiği halde, önceki kararda direnilmesine yönelik hüküm kurularak davanın belirtilen şirket yönünden kısmen kabulüne, diğer davalılar yönünden reddine karar verilmiştir. Oysa, bozma kararına uyulmasına açıkça karar verilmesi ile davacı yararına usule dair kazanılmış hak doğmuştur. Bu karar sonrası mahkemenin yapacağı iş, bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak ve gerekli kararı vermekten ibarettir. Kural olarak hakim ara kararından dönebilirse de bozmaya uyulmasına dair karar, bunun istisnalarındandır. Diğer bir anlatımla bozma kararına uyan mahkeme, bununla bağlıdır. İster aynı oturumda, ister daha sonraki oturumlarda olsun bundan dönerek eski hükümde direnemez. Verilen karar direnme kararı değil yeni bir karar niteliğindedir. Usuli kazanılmış hak kurumunun yukarda açıklanan istisnaları da somut olayda söz konusu değildir. O halde mahkemece uyulan bozma kararı*

[336] "Genel nitelikteki bu kuralın tek istisnası verilen ara kararın taraflarından biri yararına (kazanılmış hak) doğurması halidir; daha açık bir anlatımla bir ara kararın verilmesiyle taraflardan biri yararına usuli kazanılmış bir hak doğar, öyle ise mahkemenin artık bu karardan dönmesine yasal olanak yoktur. Bir Yargıtay bozma ilamına uyulmasına ilişkin ara kararı da bu nitelikte olduğundan bundan dönme rücu caiz değildir. Çünkü usule ilişkin kazanılmış hak müessesesi usul yasasının dayandığı ana esaslardandır ve kamu düzeni ile ilgilidir. (9.5.1960 gün ve 21/9;4.2.1959 gün 13/5 sayılı İçt. Bir. kararları) Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş uyulan bozma ilamı doğrultusunda gerekli araştırma ve inceleme yapıldıktan sonra hasıl olacak durum uyarınca yeni bir karar vermekten ibarettir. Bu itibarla direnme kararı bozulmalıdır" (HGK 15.9.1982 T, 7/1798 E, 785 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). Ayrıca bkz. HGK 11.5.1994 T, 8/252 E, 314 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

doğrultusunda işlem yapılması gerekirken, usuli kazanılmış hakka aykırı biçimde verilen direnme kararı isabetsizdir. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır" ifadelerine yer vermiştir (HGK 5.4.2017 T, 2015/22-1848 E, 628 K).

Yargıtay'ın hükmü bozarken "inceleme ve araştırmaya sevk" edecek biçimde mi yoksa "sınırlayıcı ve yol gösterici" olarak mı bozduğu hususu, bozmaya uyma kararının verilmesinden sonra ve özellikle usuli kazanılmış hakkın ortaya çıkıp çıkmayacağının belirlenmesinde önemini gösterecektir. Zira Yargıtay, hükmü, inceleme ve araştırmaya sevk edecek biçimde bozmuş ise bozmaya uyan alt mahkeme esas olarak bu araştırmaları yaparak yeni hüküm (ilk kararından farklı) tesis edebilir. Yani Yargıtay'ın belirtmiş olduğu araştırmaları yapmak suretiyle bozmadan sonraki yargılamayı yapması gereken alt mahkeme ilk kararından farklı bir karar tesis edebileceğinden ilk karar lehine olan tarafın bu defa aleyhine bir karar çıkabilmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla Yargıtay'ın, hükmü, "inceleme ve araştırmaya sevk" edecek biçimde bozduğu hallerde ikinci olarak verilecek kararın mutlaka ilk karar lehine olan tarafın yine yararına olacağı (bu konuda ilk karar lehine olan taraf için aleyhe hüküm verme yasağı çerçevesinde bir usuli kazanılmış hakkın ortaya çıkmış olacağı) sonucuna varılmamalıdır.

İnceleme ve araştırmaya sevk edici bozma çerçevesinde ilk derece mahkemesinin (alt mahkemenin) Yargıtay'ın gösterdiği esaslar dairesinde yapacağı araştırma sonucunda ilk kararını aynen tesis etmesi mümkün olabilir. Bu halde, ilk derece mahkemesi, ikinci kararında da ilk kararını tekrar etmiş ise de bu ikinci karar artık Yargıtay'ın gösterdiği esaslar dairesinde yaptığı araştırmalar sonucunda tesis edilmiş olmaktadır. Bu ihtimalde, Yargıtay'ın alt mahkemenin bozmaya uygun hareket ederek hüküm verdiği hallerde hükmü ikinci defa bozamayacağına ilişkin kural da geçerli olmayacaktır.

c. Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

Bozma kararı, taraflardan yalnız birisinin temyizi ile elde edilmişse, alt mahkemenin yeni kararı hükmü temyiz eden tarafın önceki bozulan karara oranla daha aleyhine olamaz.[337]

Kanaatimizce usuli kazanılmış hak kavramının çok belirgin niteliğinin olmadığı,[338] objektif kriterlerden yoksun bir kurum olduğu söylenebilir. Dolayısıyla usuli kazanılmış hak kurumunu belli bir davranış ya da durumun meydana gelmesi haline gerek doktriner mülahazalar gerekse Yargıtay uygulamaları ile bağlanan bir sonuç olarak da görmek mümkündür. Nitekim dava çeşitlerini bile tanımlamaktan geri durmayan koyucunun usuli kazanılmış hak kavramına ilişkin hiçbir düzenleme yapmamış olması bu kurumun objektif kriterlerden yoksun olmasından kaynaklanmaktadır.

d. Aleyhe Bozma Yasağı

Aleyhe bozma yasağı, temyiz yoluna taraflardan sadece birinin müracaat ettiği hallerde ortaya çıkar ve Yargıtay'ın temyiz incelemesi

---

[337] "Davacı dava dilekçesinde 850.000.000.TL. vefat tazminatı ile % 95 kar paylı birikimini talep etmiştir. Davacının talep ettiği % 95 kar payı birikimi davanın başında davacı tarafından bilinebilecek bir rakam olmayıp, Ticaret Bakanlığı sigorta murakabe kurulunca onaylanan formüle göre hesap edilmesi gereken bir rakamdır. O halde mahkemece bu konuda uzman bilirkişi vasıtasıyla davacının davaya konu poliçe kapsamına göre alması gereken tazminat miktarının tespiti ile aleyhe hüküm verme yasağına da dikkat edilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde talep edilen vefat tazminatına % 95 eklenmek suretiyle tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir" (11. HD 9.10.2000 T, 6624 E, 7598 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Kural olarak, 'mahkeme kararı lehine bozulan taraf için mahkemece bozmaya uyulmasına karar verilmekle usulü kazanılmış hak doğar' Bu durumda, temyiz eden lehine verilen bozma kararına uyan mahkeme, temyiz eden aleyhine yeni bir hüküm veremez. Başka bir ifadeyle aleyhe hüküm verme yasağı sebebiyle mahkeme, davalının ödeyeceği miktarı bozmadan sonra artıramaz" (3. HD 11.2.2013 T, 1008 E, 1905 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[338] Usul hukukunda usuli kazanılmış hak kavramının çok net olmadığına ilişkin en önemli işaret objektif kriterlerden uzak olarak her hangi bir usuli durumun kolaylıkla usuli kazanılmış hakka bağlanabilmesi noktasında kendisini gösterir. Mesela kesin süre verilince, bilirkişi raporuna süresi içinde itiraz edilmezse ya da HMK m. 227/2'nin gerekçesinde bu tür bir kazanılmış hakkın ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Ancak bu kurumun herkes tarafından tespit edilebilir bir sınırı, ölçütü yok görünmektedir. Durum böyle olunca son derece belirsiz bir kurumun usulün geniş bir alanına yayılması tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bunun için usuli kazanılmış hak kurumunun çok sayıda istisnası vardır ve bu yolla söz konusu yayılmanın önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

sırasında temyize tek başına gitmiş olarak tarafın durumunu daha da ağırlaştıracak şekilde hüküm tesis edemeyeceğini ifade eder.[339]

Aleyhe bozma yasağına aykırı olarak Yargıtay bir hüküm tesis ederse ve alt mahkeme kararını, kararı tek başına temyize götüren kimsenin durumunu daha da ağırlaştıracak şekilde bozacak olursa mahkemenin bu karara direnmesi gerekecektir.[340]

Yargıtay, kamu düzenine ilişkin hallerde aleyhe bozma yasağına ilişkin yasağın tatbik edilemeyeceğini ifade etmektedir. Kamu düzenine ilişkin haller zaten genel olarak usuli kazanılmış hakkın bir istisnasını meydana getirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları da usuli kazanılmış hakkın istisnasını meydana getirir.[341]

---

[339] "Dava; icra takibinden sonra açılan takibin iptali ve borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; mahkemenin kısmen kabul kısmen redde dair ilk kararının sadece davalı alacaklı tarafından temyiz edilmiş olmasına ve temyiz dilekçesinin kapsamına göre; özel dairece davanın kabul edilen bölümünün doğru olduğuna işaret edildikten sonra, kararın sadece redde dair bölümünün esasına yönelik olarak serdedilen bozma nedeninin aleyhe bozma yasağı kapsamında kalıp kalmadığı ve usuli kazanılmış hakka aykırılığın bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Kamu düzenine aykırılığa dair bir hal de söz konusu olmadığına göre, davacı tarafın, aleyhine verilen kararı temyiz etmemekle davalı taraf lehine gerçekleşen usulü kazanılmış hakkın Yargıtay'ca da gözetilmesi gerekir" (HGK 7.3.2102 T, 19/799 E, 128 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[340] " Dava, iştirak nafakasının artırılması istemine ilişkindir. Yerel mahkemenin davanın kısmen kabulüne dair kurduğu hükmün, takdir edilen nafaka miktarının fazla olduğu itirazıyla yalnızca davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Özel Dairece, takdir edilen nafakanın azlığına işaretle bozulmuştur.-Davacının ilk kararı temyiz etmemiş olması sebebiyle aleyhe bozma yapılamayacağına ilişkin temel usul kuralına aykırı olarak alınan daire bozmasının, temyiz dilekçesindeki maddi hataya dayanan değerlendirmeden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkeme kararı onanmalıdır" (HGK 16.11.1994 T, 2/475 E, 694 K sayılı karar, İKİD 1995/415, s. 11200).

[341] "Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, usulü kazanılmış hakkın istisnasını teşkil ederler. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, kanun yoluna başvurma, kanun yoluna başvuranların durumunu ağırlaştıramaz (Reformatio in peius) şeklinde özetlenen kuralın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ederler. Bu ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınarak davanın incelenip karara bağlanması gerekir" (HGK 7.4.2004 T, 10/214 E, 198 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

e. Bozma Kararının Kapsamı Dışında Kalmak Suretiyle Meydana Gelen Usuli Kazanılmış Hak

Yargıtay'ın bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan noktalar, lehine olan taraf bakımından usuli kazanılmış hak meydana getirir. Bozmaya uyma kararı verilmesinden sonra ilk derece mahkemesinin (alt mahkemenin) artık usuli kazanılmış hak oluşturan bu noktalara ilişkin yeniden bir inceleme yapması da söz konusu olamayacaktır.[342]

Bozma kapsamının dışında kalmak suretiyle usuli kazanılmış hak oluşumu, yargılamanın uzamasına engel olmak amacına dayanmaktadır.

Hükümdeki asıl talep ve yardımcı talep hakkındaki kararlardan birine yönelen temyiz müracaatı Yargıtay tarafından reddedilirse o talep hakkındaki karar bozma kararının kapsamı dışında kaldığı için kesinleşir. Örneğin asıl alacak talebinin kabul, gecikme faizinin ise reddedildiği karara karşı her iki taraf da temyize gidecek olur ve Yargıtay faize ilişkin temyiz itirazlarını reddedip, asıl alacağa ilişkin kararı bazı hususların tahkiki için bozarsa, faiz konusu bozma kararının kapsamı dışında kalacağından kesinleşmiş olacaktır. Zira bu halde, bozma kararının kapsamı dışında kalan kısım müstakil bir karar niteliğinde olduğundan bu kısım kesinleşir.

Bozma kararının kapsamı dışında kalan kısım müstakil bir karar değil de uygulanacak olan bir hukuk normunun bir kısım unsurları ise (örneğin haksız fiil dolayısıyla açılan davada Yargıtay illiyet bağının olmadığı gerekçesi ile hükmü bozmuşsa) diğer unsurlar yönünden (kusur, zarar, hukuka aykırı fiil) usuli kazanılmış hak meydana gelir. Bu halde kesinleşmeden söz edilemez.

Bu iki halin doğurduğu sonuçlar farklıdır.

---

[342] "Kural olarak bozma kararına uyulmakla orada belirtilen biçimde işlem yapılması yolunda lehine bozma yapılan taraf yararına kazanılmış hak, aynı doğrultuda yerel mahkeme için zorunluluk doğar. Öte yandan bozma kararı dışında kalan yönler ise kesinleşir" (7. HD 10.2.2004 T, 3551 E, 321 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

Kesinleşme hali, maddi anlamda kesinliği ortaya çıkarır, icra kabiliyetini haizdir tarafları sebebi ve konusu aynı olan yeni dava açılamaz, kesinleşmenin bertarafı ancak yargılamanın iadesi ile olur. Bozma kararının kapsamı dışında kalan kısım müstakil bir karar değil de uygulanacak olan bir hukuk normunun bir kısım unsurları ise (örneğin haksız fiil dolayısıyla açılan davada Yargıtay illiyet bağının olmadığı gerekçesi ile hükmü bozmuşsa) diğer unsurlar yönünden (kusur, zarar, hukuka aykırı fiil) usuli kazanılmış hak meydana gelir. Bu halde kesinleşmeden söz edilemez. Dolayısıyla usuli müktesep hak teşkil eden kısmın münferiden icrası kabiliyeti olmaz, bertarafı ancak istisnalardan birisi varsa olur.

f. Usuli Kazanılmış Hakkın İstisnaları

1) İlk derece mahkemesinin (alt mahkemenin) bozmaya uyma kararından sonra, usuli kazanılmış hak kapsamı içine giren herhangi bir hukuki durum ile çelişmekte olan ya da usuli kazanılmış hak kapsamı içine giren herhangi bir hukuki durumu ortadan kaldıran İBK'nın çıkması halinde usuli kazanılmış hakkın değil, bu yeni İBK'nın uygulanması gerekecektir.[343]

2) Bozmaya uyma kararının verilmesinden sonra usuli kazanılmış hakkı etkisiz hale getirecek (geçmişe etkili) bir kanun çıkması halinde yine bu kanun hükümlerinin tatbik edilmesi gerekecektir.[344]

---

[343] "Somut olayda tenkis davası 1987 yılında açılmıştır. Dava görülmekte iken 4/4 sayılı İBK. çıkmıştır. Bir dava sonuçlanıp kesinleşmeden o davaya uygulanabilecek İçtihadı Birleştirme Kararı çıkarsa görülmekte olan davaya uygulanmak zorunluluğu 9.5.1960 gün 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğidir. Keza Yeni İçtihadı Birleştirme Kararına karşı kazanılmış hak sözü konusu olamaz. Bu durumda sağlıklı ve hukuksal bir çözüme ulaşılabilmesi için 11.11.1994 gün 4/4 sayılı İBK'nda belirtilen esaslar çerçevesinde inceleme yapılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi icap eder. Hal böyle olunca Temyiz eden lehine oluşmuş usuli kazanılmış haklarda gözetilmek suretiyle HGK.ca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uymak gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir" (HGK 25.9.1996 T, 2/411 E, 626 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[344] "… usuli kazanılmış hak oluştuğu belirtilen … günlü bozma kararından sonra yürürlüğe giren ve görülmekte olan davalarda uygulanması gereken ….sayılı kanunun ….maddesi karşısında, önceki tarihli bozma kararına uyulmakla usuli kazanılmış hak oluşmayacağına göre.." (HGK 12.3.1997 T, 7/975 E, 196 K sayılı karar, İKİD 1998/455, s.13758-13759).

3) Göreve ilişkin kurallar da usuli kazanılmış hakkın istisnasını meydana getirmektedir.

4) Usuli kazanılmış hakkın başka bir istisnası da hak düşümü süresidir. Davacı, davasını hak düşürücü süre sona erdikten sonra açmış ve ilk derece mahkemesi de bu hususu dikkate almadan karar vermişse, Yargıtay'ın, kararı hak düşümü süresinden farklı bir sebeple bozduğu durumlarda, ilk derece mahkemesinin bu bozma kararına uyması hak düşümü süresi yönünden bir usuli kazanılmış hakkın doğumuna yol açmaz.

5) Kesin hüküm savunması da usuli kazanılmış hakkın istisnalarındandır. Kesin hüküm olumsuz bir dava şartı niteliğini haiz ve kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin konular usuli kazanılmış hakkın istisnasını meydana getireceğine göre (görev, hak düşümü süresi) kesin hükmün de bu bağlamda değerlendirilmesi kaçınılmazdır.[345]

Maddi hata da usuli müktesep hak kurumunun istisnasıdır.

[345] "Olayda, davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı, Özel Dairece, 3402 sayılı Yasaya göndermede bulunarak, uygulanabileceğine işaretle bozulmuş ve mahkemece bozmaya uyulmuştur. Kural olarak, bozmaya uyulmakla, ilgilisi yönünden usuli kazanılmış hak doğar, Mahkemece de, hükmüne uyulan bozmada belirtilen esaslar dairesinde inceleme ve araştırma yapılarak karar verilmesi gerekir. -Ancak, somut olayda vazgeçilemez iki temel usul hukuku kuralı, kesin hüküm ile usuli kazanılmış hak karşılaşmış durumdadır. -Bu durumda öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, gözardı edilemeyecek korunması gerekli bu iki usul kuralının aynı olayda çakışması halinde, hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. -Hemen belirtmek gerekir ki; kesin hüküm, olumsuz dava şartıdır ve usulî kazanılmış hak karşısında öncelikle gözönünde tutulması gerekir. Nitekim bu husus, yargısal kararlarda da hemen hiçbir sapma göstermeden benimsenmiştir: 'Usuli kazanılmış hak, daha önce meydana gelmiş olan kesin hükmü ortadan kaldırmaz' HGK., 20.11.1968 T., 1366-764 sayılı, - Bu nedenle kesin hükmün bulunması halinde bozmaya uyulmakla doğan usuli kazanılmış hakkın nazara alınamayacağına işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da aynen benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. O halde direnme kararı bozulmalıdır" (HGK 12.12.1990 T, 14/492 E, 634 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Kesin hüküm, usuli kazanılmış hakkın istisnasını teşkil eder" (20 HD 25.11.1999 T, 9582 E, 10315 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

6) Hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bütün hususlar usuli kazanılmış hakkın istisnasını meydana getirir.[346]

7) Bozma kararından sonra usulüne uygun olarak iddia ve savunma değiştirilecek olur ise artık usuli kazanılmış haktan söz edilerek bozmaya uyma kararı çerçevesinde karar verilmesi zorunluluğu ortadan kalkmış olur.[347] Ancak bu sadece HMK m.373/1 faraziyesinde söz konusu olabilecektir. Zira BAM yargılamasında HMK m. 357/1 hükmüne göre ıslah mümkün değildir.

Bu noktada bozma kararından sonra ilk derece mahkemesindeki yargılama açısından ıslahın mümkün olup olamayacağının da tartışılması gerekmektedir.

Yargıtay'ın bazı kararları bozma kararından sonra ıslahın mümkün olamayacağı yönündedir. Bu yaklaşımın temelinde ise kazanılmış hakların ihlal edilemeyeceği ile davaların uzamasına engel olmak düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesi, temyizden önce ilk derece mahkemesinde tahkikat yapılmış olması şartına bağlıdır. Eğer mahkeme, tahkikat yapmadan hüküm kurulmuş ise (ya da eksik tahkikat yapmış ise) bozmadan sonraki safhada ıslah kabul edilmektedir.[348]

---

[346] "İş kazası sonucu ölen işçinin hak sahiplerinin işverene karşı açacakları tazminat davasının hukuki sabebi, Sosyal Sigorta Kanunlarınca sağlanmış olan haklar dışındaki zararların ödetilmesi ilkesine dayanır. Hak sahiplerine ödetilmesi gereken tazminat ise aynı zarar dolayısiyle mükerrer ödemeyi önlemektir. Bu nedenle gerçek zararın hesabında davanın görülmesi sırasında yürürlüğe giren yasalar uyarınca sağlanan hakların peşin sermeya değerinin indirilmesi zorunludur. Aksi halde destekten yoksunluk tazminatındaki mükerrer ödemeyi önleme amacı ortadan kaldırılmış olur. Burada ayrıca şu husus da belirtilmelidir ki, davanın hangi safhasında olursa olsun re'sen gözönünde tutulması gereken bu hususa önceki bozma kararında değinilmemiş bulunulması taraflar lehine usuli kazanılmış hak oluşturamaz" (HGK 5.12.1975 T, 9/717 E, 1589 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[347] "Bozmadan sonra davalı vekili mahkemeye verdiği … tarihli dilekçesinde, zamanaşımı def'i iler sürmüştür. Bu dilekçenin bir sureti … tarihli oturumda davacı vekiline verilmesine rağmen savunmanın genişletilmesi itirazında bulunmamıştır. Bu durumda zamanaşımı def'i davanın her safhasında ileri sürülebileceğinden…" (20. HD 25.11.1999 T, 9582 E, 10315 K sayılı karar, YKD 2000/2, s. 256).

[348] Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013, s. 512. "…Açıktır ki, söz konusu sakıncaların doğabilmesi için, her şeyden önce, ortada, hakkında tahkikat yapılmış, hükme bağlanmış ve kurulan hüküm Yargıtay tarafından hukuka uygunluk yönünden denetlenerek bozulmuş istem/istemler bulunmalıdır. Önemle

Yargıtay bozma kararının esasa ilişkin değil de usule ilişkin bir sebeple gerçekleşmesi halinde ıslaha cevaz vermektedir.[349]

Doktrinde bazı yazarlar tarafından Yargıtay'ın bozma kararından sonra ıslahın mümkün olamayacağı yönündeki yaklaşımı eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, bozmadan sonra bozmaya uyma kararı ile yeni bir tahkikat safhası ve dolayısıyla yargılama başlayacağından, bu safhada da ıslaha müracaat edilebilmelidir.[350] Nitekim Yargıtay bir kararında "*Bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir*" ifadelerine yer vermiştir.[351]

Doktrinde başka bir görüş ise ilk derece mahkemesinin davayı esasa ilişkin değil de usule ilişkin bir nedenle karara bağlamış olması halinde, bozmaya uyma kararından sonra da ıslaha müracaatta her hangi bir hukuki engel görmemektedir.[352]

---

belirtilmelidir ki; İçtihadı Birleştirme Kararları konularıyla sınırlı, gerekçeleriyle açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcı nitelik taşırlar" (10. HD 18.1.2010 T, 10265 E, 61 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). "Yargıtay H.G.K.'nun 22.10.2003 gün 2003/9-596 Esas-2003/601 Karar, 15.3.2006 gün 2006/9-21 Esas-2006/72 Karar ile 16.3.2005 gün 2005/13-97 Esas-2003/150 Karar sayılı ilamlarına göre ancak bozmadan önce tahkikat yapılmaması halinde bozmadan sonra ıslah yoluyla istem sonucunun artırılması mümkün olduğu, aksi takdirde bozmadan sonra ıslah suretiyle netice-i talebin artırılamayacağı kabul edildiği ve somut olayda bozmadan önce tahkikat yapılmış olup bu durumda ıslah yoluyla talep artırılamayacağından ıslahla artırılan kısım dikkate alınmaksızın davanın sonuçlandırılması gerekirken bu husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır" (15. HD 24.3.2011 T, 6184 E, 1838 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[349] "Dairemizin 12.7.2010 tarih ve 2010/8483-14153 Sayılı bozma ilamının usule dair olduğu, bu sebeple de bozma sonrası ıslahın mümkün olduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, bozma sonrası ıslahın mümkün olmadığından bahsedilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir" (5. HD 16.1.12103 T, 23519 E, 365 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası)

[350] Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.IV, s.3979. Ancak bu halde dahi bozmaya uyma kararı ile usuli kazanılmış hakkın söz konusu durumlarda ıslahın geçerli olarak yapılabilmesi mümkün olmamak gerektiğini savunan yazarlar da vardır (Bkz. Yılmaz, Ejder, Islah, s. 517).

[351] İBK 4.2.1959 T, 13 E, 5 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

[352] Postacıoğlu, İlhan E, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, s. 454; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000, s. 551; Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 127.

g. Direnme Kararı (HMK m.373/5)

Bozma kararından sonra yukarıda açıklanan prosedüre uygun olarak yapılan duruşmada, ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM, Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararının isabetli olmadığı kanaatinde ise kendi vermiş olduğu kararda ısrar edebilir. Bu ihtimalde, alt mahkeme bozma kararına direnmiş olacaktır.

Direnme kararının varlığından söz edilebilmesi için bozma kararından sonra tesis edilen kararla,[353] öncekinin hüküm fıkrasının aynı olması gerekir.

Mahkemenin direnme kararı üzerine bozma kararı hükümsüz kalacaktır. Bu bağlamda mahkemenin yeni bir hüküm tesis etmesine gerek yoktur. Ancak direnme kararında ilk derece mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına neden direnmiş olduğunun incelenebilmesi bakımından bir gerekçe zorunludur.[354] Dolayısıyla salt bozulan karara atıf yapılarak direnme hükmü verilmiş olmaz.

Direnme kararı, nihai bir karardır. Bu karar ile ilk derece mahkemesi davadan elini çekmiştir. Davadan el çekmeyi gerektiren tüm nihai kararlarda olduğu gibi mahkemenin artık bu kararından dönerek yeni karar tesis edebilmesi mümkün değildir.[355]

---

[353] "Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Bu yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi durum, tereddüt ve ihtilaflar yaratır, dava içinden davalar doğar, hükmün hedefine ulaşmasını engeller, kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşikardır" (HGK 24.3.1999 T, 12/193 E, 171 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[354] "Bozulan bir karar ortadan kalkmış olduğundan, direnme kararı veren yerel mahkemenin, önceki kararına atıf yapmakla yetinmeyerek, bozulan hükmü … maddesine uygun olarak gerekçeleri ile birlikte tekrar edilmesi … gerekir" (CGK 21.1.1985 T, 6/510 E, 39 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

[355] "Direnme kararları, davayı sona erdiren nihai kararlardandır. Bu aşamadan sonra mahkemece yapılacak iş, gerekçeli kararı direnme kararı doğrultusunda yazmaktan ibarettir. Bu bakımdan direnme kararından dönmek mümkün değildir. İlamın tefhim edilen karara uygun yazılması gerekir. Davanın reddine veya kabulüne dair karar tefhim edildikten sonra bundan dönerek yeni hüküm oluşturulamaz" (HGK 21.2.2001 T, 15/123 E, 181 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

aa. Direnme Kararının Temyizi

Direnme kararı ile alt mahkeme (ihtimale göre ilk derece mahkemesi ya da BAM) davadan elini çektiğinden ve dolayısıyla bu karar nihai bir karar niteliğini haiz olduğundan, temyizi mümkündür. Ancak burada temyiz makamı kararına direnilen Yargıtay özel dairesidir. (HMK m. 373/5). Nitekim HMK m. 373/5 hükmünde değişiklik yapan 6763 sayılı yasanın 43. madde ile anılan HMK m. 373/5 hükmü "İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda inceleme, **(Değişik ibare: 6763-24.11.2016 /m. 43)** "kararına direnilen dairece yapılır. Direnme kararı öncelikle incelenir. Daire, direnme kararını yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir" şeklini almıştır. 6763 sayılı yasa değişikliğinden önce direnme kararının temyiz mercii olarak HGK gösterilmekteydi.

İlk kararı (yani istinaf mahkemesi kararını) temyiz etmemiş olan tarafın direnme kararını temyiz edebilmesi de mümkün olamayacaktır.[356] Dolayısıyla ancak aleyhine olan ilk derece mahkemesi kararını istinaf etmiş, istinaf talebi BAM tarafından reddedilmiş, bu ret kararını temyiz etmiş ve istinaf mahkemesinin ret kararı lehine olarak bozulmuş olan taraf direnme kararını temyiz edebilir. Ancak kamu düzenine ilişkin konular bu kuralın istisnasıdır.[357]

İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava olup, davalar birbirinden bağımsız olduğundan ilk hükmü temyiz etmemiş olan bir dava arkadaşının, hükmü temyiz eden dava arkadaşının bu temyizini dayanak yaparak direnme kararını temyiz edemez.

---

[356] HGK 9.6.1993 T, 10/159 E, 429 K sayılı karar, İKİD 1994/400, s. 10232.

[357] "Davacı ilk kararı davalı ile birlikte temyiz etmemiş olmasına rağmen direnme kararını tek başına temyiz etmiştir. Kural, ilk kararı temyiz etmeyen tarafın direnme kararını temyiz etme hakkı olmadığı yönündedir. Bozulan hüküm temyiz edilmemekle usule ilişkin işlemler temyiz etmeyen aleyhine kesinleşir ve buna bağlı olarak bozmadan sonra verilen ilk hükmün tekrarından ibaret olan kararı temyiz yetkisi kalmaz. Ancak bu usul kuralı mutlak bir kural olmayıp istisnaları bulunmaktadır. Yargı yolu (görev) kamu düzenine ilişkindir ve bu durumda davacı ilk kararı temyiz etmemiş olsa bile görev yönünden davanın reddine ilişkin direnme kararını temyiz edebilir" (HGK 6.10.2004 T, 1/433 E, 483 K sayılı karar, kazancı/içtihat bankası).

İlk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne ilişkin kurulan hüküm taraflardan birisince temyiz edilmiş, ancak tüm temyiz itirazları reddedilmişse, hüküm temyiz eden yönünden kesinleşmiştir. O nedenle temyiz edip de temyiz itirazları reddedilen tarafın direnme kararını temyize hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda temyiz istemleri reddedilmelidir.[358] Bu açıklamalardan direnme kararını ancak bir önceki kararı temyize götüren tarafın temyiz edebileceği açık olarak anlaşılmaktadır. direnme kararının temyizi incelemesi duruşmalı olarak yapılamaz.

Bu noktada 6763 sayılı yasa çerçevesinde sevk edilen düzenlemenin de anılması gerekir. Buna göre,

"(*1)Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlarla ilgili Yargıtay hukuk daireleri tarafından verilen bozma kararları üzerine mahkemelerce verilen direnme kararları, kararına direnilen daireye gönderilir.*

(2) Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda bulunan dosyalar, kararına direnilen daireye gönderilir.

(3) Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda bulunan ve 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca ilgili daire tarafından incelenen dosyalar, kararına direnilen daireye yeniden gönderilmez.

(4) Daire, mümkün olan en kısa sürede direnme kararını inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir"

bb. Kısmi Direnme Kararı

Alt mahkeme Yargıtay özel dairesinin bir bozmasına kısmen uyup kısmen de direnebilir. Bu halde, bozma kararının hangi kısmına

[358] HGK 28.2.2001 T, 9/204 E, 206 K sayılı karar, kazancı/içtihat bankası.

uyulup hangi kısmının benimsenmediğinin açık olarak gösterilmesi gerekir.[359]

Kısmi direnme ile bir kısım bozma kararına uyulduğundan, davadan teknik olarak el çekilmiş değildir. Durum böyle olunca, kısmi direnme kararı bir ara karar niteliğini haizdir. Ancak bozmaya uymadan (kısmi direnmenin dışında kalan hususlara yönelik) sonra verilecek olan kararla birlikte temyiz edilmek gerekir. Ancak kısmi direnme kararı bir ara karar niteliğini, haiz olsa da aynen bozmaya uyma kararında olduğu gibi, direnme kararı lehine olan taraf için bir usuli kazanılmış hak meydana getirecektir. Dolayısıyla usuli kazanılmış hak meydana getiren kısmi direnme kararından ilk derece mahkemesinin rücu edebilmesi mümkün olamayacaktır.

Kısmi uyma ve kısmi direnme kararı verildiği hallerde öncelikle uyma kararı verilen hususlarla ilgili yargılama yapılır ve sonunda hem bozmaya uyma hem de direnme kararını kapsayacak şekilde gerekçeli bir hüküm oluşturulur. Bu bağlamda kısmi uyma kararına yönelik yapılan yargılamada bozmanın inceleme ve araştırmaya sevk edici ya da sınırlayıcı ve yol gösterici olmasına göre ilk karar ile aynı ya da farklı bir hüküm tesis edilir ve gerekçelendirilir. Bu kararın içerisinde kısmi direnmenin kapsamına giren hususlarla ilgili kısmi direnmenin de gerekçelendirilmesi gerekir.

Mahkemenin direnmiş olduğu bozma sebepleri, bozmaya kısmi uyulması sebebiyle yapılan yeni yargılamada verilecek olan kararın Yargıtay tarafından onanması halinde incelenmesine gerek kalmayacak nitelikte ise hem bozmaya uyma hem de direnme kararını

[359] "Mahkemece davanın kabulüne ve "dava konusu taşınmazda davalılara ait paya ilişkin kamulaştırma bedelinin 160.282,91 TL olarak tespitine…" ilişkin ilk kararın Özel Dairece bozulmasından sonra yapılan yargılamanın 26.10.2010 günlü celsesinde verilen ara kararı ile "Bozma ilamının birinci bendine karşı direnilmesine; ikinci ve üçüncü bentlerine ise uyulmasına" karar verilmiş; 13.12.2010 günlü karar celsesinde ise kısa kararda direnme ya da uymaya ilişkin açıklama yapılmadan karar verilerek hüküm kurulmuş; gerekçeli kararda kısa kararda belirtilmediği halde 1.nolu bozma nedenine direnildiğinden bahisle hüküm oluşturulmuştur.- Şu hale göre; daha önce ara kararı ile önceki kararda kısmen direnildiğine göre kısa kararda da bozmanın hangi bölümüne direnildiği, hangi bölümüne uyulduğunun tereddüde mahal vermeyecek şekilde açıklanması gerekir. Aksi hal yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere aykırılık teşkil eder" (HGK 6.4.2011 T, 18/195 E, 86 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

kapsayacak şekilde oluşturulacak gerekçeli kararın ilk bozma kararını vermiş olan Yargıtay özel dairesi tarafından incelenmesi gerekir.[360]

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Evet Murat Hocamıza da teşekkür ediyorum sizler adına ve kendi adıma. Süreye de uydu. Değerli Meslektaşlarım günün bu saatinde uygun görürseniz kahve molasını iptal ediyoruz ve bir an önce tartışma bölümüne geçerek süresinde bugünkü çalışmamızı bitireceğiz. Arkasından zaten kahve molası ya da yemek molası süresiz olacak. Evet, söz isteyen. 35 dakikamız var. Buyurun.

[360] "Oysa belirtmek gerekir ki, kabule göre başlığı altında yapılan bozma tamamen bir tavsiye ve eleştiri niteliğindedir. Bu nedenle de bozmada işaret edilen bu tür eleştirilere karşı direnilmesi mümkün değildir.- O itibarla ortada varlığından söz edilebilecek bu direnme kararı mevcut olmayıp olayda değerlendirilmesi gereken, yerel mahkemenin bozma kararına uyarak bozma çerçevesinde yaptığı araştırma sonucu kurduğu yeni hüküm olmak icap eder. Bu durumda dosya yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının tetkik edilmesi için Özel Dairesine gönderilmelidir" (HGK 6.3.1996 T, 14/966 E, 124 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası).

TARTIŞMALAR

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Teşekkür ediyorum. Adem ALBAYRAK, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi. Her iki hocama da çok teşekkür ediyorum. Tam sıcağı sıcağına Murat hocam anlattığınız son konuyla ilgili soru soracağım. HMK 373, basit bir örnekle açıklayın isterseniz. 100.000 TL bir alacak davası açıldı ilk derece mahkemesinde, ilk derece mahkemesi davayı kabul etti. Davalı İstinaf yoluna başvurdu. İstinaf Mahkemesi İstinaf başvurusunu haklı görmedi, esastan reddetti. Konu Yargıtay'a taşındı. 100.000 lira 40.000 liranın üzerinde olduğu için Yargıtay dedi ki; sen burada 10.000 liraya karar vereceksin 90.000 lirayı reddedeceksin dedi ve 373. 4.fıkra hükmü gereğince dosyayı ilk dereceye göndermek durumunda. İlk derece mahkemesi yargılama yaparken bozmaya uydu ve karar verdi. Şimdi yorumunuzu rica ediyorum. 373 - 4.bentte diyor ki; Yargıtay bozma kararı üzerinde ilk derece mahkemesine bozmaya uygun olarak karar verildiği takdirde bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Burada sıçramalı temyiz pozisyonu var. İstinafı atlıyoruz. Buradaki temyiz kelimesi birazcık ilginç geliyor bana. Acaba biz burada HMK'nın bu İstinafa ilişkin 3.110 TL'lik değerini mi uygulayacağız? Yoksa 41.530 TL'lik temyiz sınırını mı uygulayacağız? Burada eğer temyiz kelimesinin lafzıyla yorumlarsak 41.000 lira diyeceğiz ve bu karar kesindir diyeceğiz. Aksi halde diyeceğiz ki hak arama özgürlüğü bu temyiz yoluna gidilebilir diyeceğiz. Bu konudaki yorumunuzu çok merak ediyorum.

İkinci sorum; zaman bakımından uygulamayla ilgili. O da çözemediğimiz bir sorun kafamızda. İlk derece mahkemesi bir karar verdi, İstinaf Mahkemeleri kurulmadan önce, 2010 yılında fark etmez. Bu karara karşı yargılanmanın yenilenmesi yoluna başvuruldu, mahkemeye. Denildi ki bu ele sonradan bir belge geçti. Bu belgeye karşı ve bu belgeyle ilgili yargılanmanın yenilenmesini istiyoruz dedi. 374 ve devamı hükümlerine göre başvurdu. İlk derece mahkemesi İstinaf Mahkemeleri kurulduktan sonra yani 2017 yılında karar verdi. Bu karara karşı ilk derece mahkemesinin ilk kararı verdiği tarih

itibariyle İstinaf Mahkemesi yürürlükte değil. Bu da onun devamıdır deyip temyiz yoluna mı gidilecek, yoksa bu yargılanmanın yenilenmesi yeni bir karardır. Dolayısıyla yeni kanun yoluna mı tabi olacak, yani İstinaf ve temyiz yoluna mı tabi olacak? Anlatabildim mi soruları?

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Anladım. İkinci verilen karar 2017 yılında yani İstinaf Mahkemeleri yürürlüğe girdikten sonra veriliyor.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Buradaki yorumlarınızı rica ediyorum. Şimdiden teşekkür ederim.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

İkinci sorudan başlayım. 2017 yılında verilen karar, ama dava 2010 yılında açılıyor, İstinaf Mahkemelerinin yürürlüğe girmesinden evvel. Şimdi İstinaf Mahkemelerinin fiili olarak devreye girmesinden önce verilen kararlar yönünden kesinleşme açısından eski usul kanun hükümleri tatbik ediliyor. Yargılanmanın yenilenmesinden söz ettiğimize göre burada bir kesinleşme tamamlanmıştır. Benim kanaatime göre bu halde yargılanmanın yenilenmesine ilişkin olarak hangi hükümlerin uygulanacağını mı soruyoruz, yani eski yargılanmanın iadesi hükümleri mi yoksa.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

İstinaf yoluna gidilmesi kanaatindeyim. Şimdi yargılanmanın yenilenmesini o kanun yolunun bir devamı olarak görebilmek mümkün değil. Yani yargılanmanın yenilenmesi belirli durumlar ortaya çıkması halinde maddi anlamda kesinleşmiş olan hükümlere karşı tanınan bir müracaat yolu. Yani İstinafla, temyizin İstinafı takip etmesi gibi bir mantık burada söz konusu değil.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Yani geçici 3.maddenin uygulanması anlamında sormuştum. Şu anda Yargıtay'da en çok tartışılan, üzerinde henüz anlaşma sağlanamayan ve müthiş bir tartışma devam eden bir konu.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Yani benim şu anda söyleyebileceğim İstinafa ilişkin hükümlerin tatbik edileceği biçiminde. İkinci soruyla alakalı ilk derece mahkemesi 100.000 liralık alacak talebini tamamen kabul etti. İstinaf Mahkemesi bunu esastan reddetti. Şimdi burada esastan reddettiği için dosyayı tekrar ilk derece mahkemesine gönderecek. Sonra ilk derece mahkemesine gönderdi, ilk derece mahkemesi 100.000 liranın tamamını kabul etti. İstinaf Mahkemesi istinaf talebini reddetti.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Geldi, temyiz dedi ki; buna 10.000 liraya karar vereceksin. 90.000 lira ret verdi.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Sınırlayıcı ve yol gösterici olarak bozdu. Dosya tekrar ilk derece mahkemesine geldi. İlk derece mahkemesi burada sınırlayıcı, yol gösterici bir bozma olduğu için 10.000 liraya hüküm kurdu.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Temyiz edilecek mi, edilmeyecek mi?

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Şimdi tabi burada bozmaya uyma kararı verildi. Bozmaya uyma kararı verilince haliyle, sınırlayıcı ve yol gösterici bozma söz konusu olduğu için.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Miktar sınırlaması.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Ama miktar sınırlaması da. Burada yapılabilecek şöyle bir şey yok. Bozmaya uyma kararı verildiği için ilk derece yargılamasının artık bozmaya uyma kararı çerçevesinde bir yargılama yürüteceği için bu çerçevede hareket etmek durumdaydı. Aslında şöyle bir durum var.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Etti, uydu, karar verdi. Dedi ki; 10.000 liranın kabulüne, 90.000 liranın reddine. Sizde davacı vekilisiniz bu kararı temyize getirecek misiniz getirmeyecek misiniz ya da siz hakimsiniz temyiz edilince kabul mu edeceksiniz, ret mi edeceksiniz?

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Ben sizin verdiğiniz donelerden gidiyorum. İlk derece mahkemesi 100.000 lirayı kabul etti. Bunu Yargıtay bozdu. Pardon İstinaf Mahkemesi esastan reddetti. İlk derece mahkemesine bu geri döndü. İlk derece mahkemesi bu çerçevede. Parasal sınır açısından müracaat edebilmek mümkün gözükmüyor gibi duruyor.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Nasıl, anlamadım?

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Parasal sınır 40.000 liranın altında kaldığı için müracaat edilemeyecek. Kesin bir hüküm meydana geliyor gibi duruyor.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Çok güzel iki soru. Ama zamanımız dar. İzin verirseniz, cevabı şimdi getirelim veya devamı oturumdan sonra tartışalım. Ama ben ilk soru için ilk cevap için bir cümlelik kendime izin verirseniz, süre vereyim. İstinaf Mahkemesi göreve başlamadan önce verilmiş bir kararın devam eden sürecidir. Onun için ben İstinaf yoluna gidilemeyeceği kanaatindeyim. Evet, diğer cevabı sonra tartışalım. Söz isteyen başka, verelim.

Sayın Serdar KALE:

Ben de Murat hocama temyiz incelemesinin kapsamı konusunda soru sormak istiyorum: Örneğin ilk derece mahkemesinde verilen kararın yalnızca bir kısmı istinafa taşındı ve dolayısıyla istinafa taşınmayan bölümü kesinleşti. Yargıtay incelemesi sırasında, istinafa taşınmayan bölüm için acaba Yargıtay'ın duruşu ne olacak? Mesela Yargıtay istinafa taşınmayan bölüm açısından bir dava şartı incelemesi

gözden geçirecek mi yoksa artık orası kesinleştiği için Yargıtay hiç o noktaya dokunamayacak mı? İlk sorum bu yönde olacak.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Ben isterseniz hemen cevap vereyim. Şöyle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar içerisinde bir dava şartına aykırılık veya kamu düzenine aykırılık söz konusu olmuşsa bu hususun daha sonra sürecin devamında temyiz kanun yoluna geldiği durumlarda dikkate alınamayacağı sonucuna varmak mümkün değil. Eğer burada İstinaf Mahkemesi de bu hususu gözden kaçırmışsa, sırf İstinaf Mahkemesi gözden kaçırdı.

Sayın Serdar KALE:

Gözden kaçırma değil, İstinafa taşınmadı, ileri sürülmedi.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

İstinafa taşınmamış olsa bile. Çünkü bizim için burada hedef tekrar etmek gerekirse usul hukukunun amacı. Bu çok önemli bir kavram. Artı Yargıtay'ın ilk derece mahkemelerine verilen kararların son inceleme merci olduğunu dikkate aldığımızda ve kamu düzenini ilgilendiren bir eksikliğin bulunduğunu dikkate aldığımızda bunun yukarıya taşınıp taşınmadığı meselesiyle ilgilenmek kanaatimce doğru değil. Yargıtay'ın her durumda bunu incelemesine bir engel durum yok diye düşünüyorum.

Sayın Doç. Dr. Serdar KALE:

Yani ana para açısından hiçbir sıkıntım yok. Ona rağmen Yargıtay ana paraya ilişkin ilk derece mahkemesi kararını kabul ediyorum diyor.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Bence değerlendirebilir diye düşünüyorum. Kamu düzenine aykırılık diye soru geldiği için, ben mi yanlış anladım bilmiyorum.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Size söz vereyim. Ama karşılıklı soru cevapla uzuyor. Takipte zorlaşıyor.

İsmini söylemeyen konuşmacı:

Hocam ben Serdar hocamın sorduğu soruyu anladım. Kamu düzenine ilişkin sınırlamalı cevap geldiği için müdahale ettim. İstinaf sebebi yapmadı, temyizde başvuru sebebi yapabilir.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

O zaman durum değişir. Yargıtay'ın bu halde bunu incelemesi kanaatimce mümkün değil. Kamu düzeni olarak algılarsak tabi ki öyle ama söylediğiniz biçimiyle tabi ki Yargıtay tarafından onun denetlenmesi mümkün olmayacaktır.

İsmini söylemeyen konuşmacı:

Bir sorum daha var hazır söz almışken.

Sayın Serdar KALE:

Ben bitireyim mi hakim bey?

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Siz bitirin. Peki, buyurun.

Sayın Serdar KALE:

Sabah konuşuldu. Muhammet hocam ihtiyati tedbirler konusunda bizzat İstinaf Mahkemesi ihtiyati tedbire ilişkin bir karar vermişse artık bunun temyizinin mümkün olamayacağı konusunda 362. maddenin 1. fıkrasının f bendinden hareketle görüş ileri sürdü. Herhalde bu görüşünde içtihadı birleştirme kararı da etkili olmuştur. Çünkü Yargıtay ihtiyati tedbirlere ilişkin kararlar vermeyi çok fazla sevmiyor, Murat Hocam ne düşünüyor bu konuda? Yani tek dereceyle bunu bitirebilir mi, alt derecenin kontrolü olmadan bizzat kendisi ihtiyati tedbir konusunda karar vermesi durumunda temyiz yolu açık olsun mu olmasın mı meselesini ne dersiniz? Bir de herkesin dikkatini çekmesi açısından bir hususu ortaya koymak istiyorum: Tolga Hoca

sunumunu yaparken istinaf mahkemelerinin verdiği kararı türlerini istatistiksel olarak bize sundu. Süreçte istinaf mahkemeleri 200.000'e yakın karar vermiş. Dikkatimi çeken husus şu: 200.000 istinaf mahkemesi kararından sadece biri sulh ile sonuçlanmış. Yani yalnızca bir tane sulh ile sonuçlanan istinaf mahkemesi kararı var. Bu sonuç, sulh kurumunun hukukumuzdaki etkisinin ne olduğunu göstermesi bakımından önemli. Dolayısıyla arabuluculuğu tartıştığımız bir ortamda 200.000 karardan sadece bir tanesinin sulh ile sonuçlanmış olması hususuna da dikkat çekmek istedim.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Sorunuzla ilgili olarak şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir diye düşünüyorum. Evet, tedbir kararları baktığınız zaman bir hukuki himaye ihtiyacını da gideriyor. Fakat tedbir talebi ve bununla alakalı olarak verecek olan karar gerçekten önemli ve bir tedbir yargılaması dediğimiz kavram var.Bir yargılamanın neticesinde aslında tedbir kararına ulaşılıyor veya tedbir talebi reddediliyor. Bu anlamda tedbir talep eden kimsenin tedbirine ilişkin netice talebini açık bir şekilde ortaya koyması vakasını bunu ispat etmesi, yani normal bir alacak davası gibi düşünmek, hani abartarak söylüyorum. Ama bir alacak davası gibi nasıl bir alacak davasına mahkeme bir sonuca ulaşabilmek için yargılama faaliyeti yürütüyorsa tedbir hakkında da bir karara ulaşabilmek, ret veya kabul yönünde bir karara ulaşabilmek de ciddiye alınması gereken bir yargılama faaliyeti. O bakımdan belli bir noktadan sonra bu tedbire ilişkin işlerin kanun yolu mekanizmasından ayrı tutulmasına biraz temkinli yaklaşmakta fayda var. Bunun ciddi bir yargılama faaliyeti olması sebebiyle.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim. Müjgan Hanım.

Sayın Doç. Dr. Müjgan TUNÇ YÜCEL:

Teşekkür ederim Hocam. Müjgan TUNÇ YÜCEL. Ben aslında Serdar Hoca'nın sorduğu soruya verilen cevapla da bağlantılı olan bir soru sormak istiyorum. Malum 353. madde ve 362. madde var. Bu maddelerde, kısaca, görev konusunda istinaf mahkemesinin kesin

karar vereceği ifade ediliyor. İstinaf mahkemesinin önüne iş görevsizlik bağlamında geldiyse, yani ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararı hakkındaki istinaf mahkemesince verilecek kararın kesin olduğu, bu kararın temyizinin kabil olmadığı söyleniyor. Peki, sizin de az önce ifade ettiğiniz gibi, kamu düzeni bakımından istinaf sebepleriyle bağlılık yoktur. İstinaf mahkemesinin görevsizlik hakkında karar verdiği dava daha sonra Yargıtayın önüne başka bir sebeple geldiği zaman resen görev yönünden inceleme yapacak mı, yapmayacak mı bu durumda? Ben bu konuda fikrinizi merak ediyorum. Yani dava istinaf mahkemesinin önüne görev bakımından gelmiş, istinaf mahkemesi de görev konusunda kesin karar vermiş. Daha sonra dava bir şekilde Yargıtayın önüne geliyor. Burada kural, bildiğimiz gibi, yargılamanın sonuna kadar, her aşamada, resen, görev yönünden ve diğer dava şartları yönünden inceleme yapılması. Burada Yargıtay görev yönünden resen bir inceleme yapacak mı, yapmayacak mı? Yargıtay ilk derece mahkemesinin görevsiz olduğuna karar verirse ne yapacak? Teşekkür ederim.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Şimdi kamu düzeniyle alakalı biraz önce söylediklerimi tamamen tekrar ediyorum. Bunun dışında biraz önce tebliğ sırasında ifade ettiğim açıklamaların yine tekrar edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Netice itibariyle Bölge Adliye Mahkemesi de görevle ilgili bir tespit yaparken aslında mevcut bir dosyayı değerlendirmiş oluyor. Bu değerlendirmenin hatalı olabilmesi ihtimali de her zaman mümkündür. Ama görev netice itibariyle kamu düzenini ilgilendiren bir mesele. Dolayısıyla ben burada yapılacak olan bir eksikliğin de Yargıtay denetimine tabi olabileceğini düşünüyorum. Yani kamu düzeniyle alakalı meseleler bakımından Yargıtay'ın ben bu denetlemeyi yapmam ya da şu nedenle gerçekleştiremem demek gibi bir lüksü olduğu kanaatinde değilim. Benim düşüncem bu şekilde.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Görev konusunda verdiği karar kesindir ifadesinin anlamanız nasıl? Kesin derken neyi kastediyor veya neyi görüyor, onu soruyor. Kesin olmasına rağmen nasıl temyiz merci Yargıtay? Onu soruyor.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Hocam evet, bu soru bağlamında şimdi düşünme imkanım oldu. Söylediğim gibi yani bu hakikatken kamu düzenini ilgilendiren davanın her aşamasında dikkate alınabilen Yargıtay'ın da incelemesi, davanın derdest olmasını sağlayan yargılamanın ilerlemesi çerçevesinde, hala incelemenin devam ettiği bir aşamadan söz ettiğimiz için benim kanaatime göre bu aşamada inceleyebilmeli. Ama metin bu şekilde net bir ifade kullanıyor. Ama bu soru çerçevesinde ben Yargıtay'ın bunu denetlemesi gerektiği kanaatindeyim.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Evet, Kudret hocam.

Sayın Kudret ARSLAN:

Kudret ARSLAN, teşekkürler hocam. Şimdi Murat hocama sorum. Şimdi İstinaf sebeplerine bağlılık kuralı var. Diğer taraftan da Yargıtay her yönden hukuka aykırılık bakımından her yönüyle ilk derece mahkemesinin kararını denetleyebiliyor. Yani Yargıtay'da sebep belirtme zorunluluğu yok. Bütün hukuka aykırılık hallerini dikkate alabiliyor. Şunu nasıl bağdaştırabiliriz. Bir taraftan diyoruz ki İstinafta sebeple bağlılık kuralı var. Tarafın sadece İstinaf sebebi olarak yaptığı, İstinaf sebebini İstinaf Mahkemesi inceleyebilir. Öbür taraftan Yargıtay'a geldi. İstinaf sebebi yapılmayan başka hukuka aykırılıklar tespit edildi. Şimdi Yargıtay bu durumda kararı bozarsa İstinafın da bir kararı olmadığına göre ortada, acaba İstinafa mı gönderecek kararı yoksa ilk dereceye mi gönderecek? Kanuna baktığımız zaman başvurunun esastan reddine karar verilirse ilk dereceye gönder diyor sadece. Ama ilk derece mahkemesinin kararında hukuka aykırılık var. İstinaf sebebi olarak ileri sürülmemiş. Sebeple bağlı diyoruz. O zaman Yargıtay'ın bütün hukuka aykırılıkları da dikkate alabileceğini söylediğimizde, bozma kararı verdiği zaman dosyayı ilk dereceye mi gönderecek İstinafa mı gönderecek? Teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Evet, teşekkürler.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Düşünme imkanımız olabilir mi acaba. Yani İstinaf sebebi olarak bildirilmemiş olan bir nedenden dolayı Yargıtay kararı bozuyor. Ama sonuç olarak ilk derece mahkemesi kararına yönelik verilmiş olan karar esastan reddedilmiş oluyor mu?

Sayın Kudret ARSLAN:

Diyelim ki ben bir sebepten dolayı kararı İstinafa götürdüm. Ama başka hukuka aykırılıklarda var. İstinaf sebebi yapmadığım için İstinaf bunu dikkate alamadı. Fakat Yargıtay sebeple bağlı değil. Diğer hukuka aykırılıkları da dikkate alabiliyor. Diyelim ki kararda başka hukuka aykırılıklar var, İstinaf sebebi yapılmayan. Bu durumda madem bütün hukuka aykırılıklar dikkate alınıyorsa temyizde karar bozduğu zaman ilk dereceye mi gönderecek, İstinafa mı gönderecek. Teşekkür ediyorum.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Yani aslında İstinaf Mahkemesi burada karar vermiş olmakla görüşünü de açıklamış oluyor ve o görüşünü o yönde tesis etmiş olduğu için tekrar Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmiş olunması, zaten görüşünü bildirdiği bir konuyla alakalı olarak yeniden kendisine konunun gönderilmesi anlamına gelebilir diye düşünüyorum. Belki ilk derece mahkemesi daha mantıklı gibi duruyor. Yani düşünmek lazım tabi.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Evet, şimdi Değerli Meslektaşlarım, tabi ki tebliğ sahibinin, tebliğ konusunda birçok şeyi bildiği, araştırdığı varsayılır. Ama her soruya cevap verme zorunluluğu yok veya imkanı olmayabilir veya tereddüdü olabilir. Bunun için izin verirseniz bu tartışmayı, bu şeyde keselim. Başka soruya geçelim. Belki oturum sonrası, belki yarın, belki ikili görüşmeyle biraz daha uzatabiliriz. Şimdi Şanver bey ve Adem beye söz veriyorum. Süre dolduğu takdirde başka kimseye veremiyorum.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Ben ikinci kez almak hakkım olmadığını düşünüyorum ama Müjgan hocamın sorusunun cevabını biz daire olarak verdik. Yani Yargıtay'ın artık yerleşmiş diyeceğim, üç karar verdik çünkü bu konuda. Müjgan hocamın bu hani İstinaf Mahkemesi görev konusunu çözmüşse artık **kesin** midir değil midir diye. Biz bunu yorumladık, dedik ki; kanun koyucunun amacı İstinafa görev konusunu İstinafta bitirmek. 362/c bendi ve 353.maddenin kesin olarak karara bağlanmasını düşününce amaç budur dedik. Dolayısıyla o 373'dekini görmezden gelmedik orayı da yazdık. Dedik ki, burasını incelemeye gerek yok. Görevi de fazla kutsamaya da gerek yok. Artık incelemiş bitmiş. Dolayısıyla giremez dedik ve artık yerleşmiş hale geldi, üç tane karar verdik. Teşekkür ediyorum hocam.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Bende aynı doğrultuda söylüyorum. Şanver beye söz verelim.

Sayın Şanver KELEŞ:

Teşekkür ederim hocam. Her iki hocama da ayrı ayrı teşekkürlerimi sunuyorum, güzel tebliğlerini için. Şanver KELEŞ, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi. HMK 373/1. maddesinde kaldırma ve göndermeden bahsediyor, yani Yargıtay kararında. Birde yukarıdaki başlıkta bozmaya uyma. Bu şekilde esastan retle ilgili olarak verilen kararın Yargıtayca kaldırılması durumunda. Yargıtayca bozulmasına ve kaldırılarak gönderilmesine demesi gerekiyor. Yoksa sadece kaldırarak göndermeye mi karar vermesi gerekiyor? Yani orada sanki madde de kaldırarak gönderme ibaresi var, yukarıda da bozma kelimesi var.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Şimdi, zaten bir kere bozmaya uyma ve direnme gibi farazilerin ortaya çıkabilmesi için dosyanın nereye gideceğini görmek lazım. Yani bozmaya uyma veya direnme hem Bölge Adliye Mahkemesi hem ilk derece mahkemesi farazilerinde aynı. Sadece hangi durumda Bölge Adliye Mahkemesi.

Sayın Şanver KELEŞ:

O konuyu sormuyorum. Yani bu tabi ki bozmanın mahiyetine göre ilk dereceye veya bölgeye gidecek. Fakat Yargıtay karar verirken kaldırarak gönderme kararı mı verecek, bozularak kaldırılmasına mı diyecek. Yani o şekilde bir karar mı verecek?Birinci sorum bu.

İkinci sorum; şöyle diyelim. İstinafa tabi olmayan bir karar bir dava var. Bir de İstinafa tabi olan dava var. Her ikisini birleştirdi İstinaf Mahkemesi. Birisini temyiz incelemesi Yargıtay'da yapılacak, diğer İstinaf incelemesine tabi. Bu durumda yapılacak olan iş tefrik et diye karar vermek midir, yoksa bu konuda nasıl karar vermesi gerekir. Çünkü bir tanesi davacı bozmadan geçmiş ve temyize tabi, birisi tabi ki İstinafa tabi bir karar. Birleştirme mi, ayırma mı? Bir de şöyle bir şey var. Bizim İcra İflas Kanunu 363.madde temyize tabi olan olmayan kararlardan bahsediyor. İşte İstinaf Mahkemesi istinafa kabil olmayan bir karar verdi. İstinafa kabil olmayan bir esasına girdi, karar verdi. Normalde reddetmesi gerekiyordu. Örneğin satışın durdurulması. Bunun işin içine girmemesi gerekiyor. Fakat girdi karar verdi. Bu temyiz konusu yapıldı. Bu durumda işte bu kesindir diye hiçbir şekilde ret kararı mı vereceğiz, yoksa İstinafın burada fahiş bir hatası var, esasa girdi. Biz burada bu şekilde bozma yapabilir miyiz?

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Yani İstinaf Mahkemesinin görev alanına girmeyen konuyla alakalı bir karar verildiğinde tabi ki esasa girip

Sayın Şanver KELEŞ:

Ama sonuçta bunlar şey, temyizi kabul olmayan bir durum söz konusu. Yani pardon İstinafı kabul olmayan bir karar söz konusu. Buna rağmen İstinaf karar verdi. İstinafı kabul olmayan bir karar esastan karar verdi.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Biraz önce ifade ettim. Normalde ilk derece mahkemesinden Bölge Adliye Mahkemesine giderken de ilk derece mahkemesi İstinafı kabil olmayan bir karara karşı İstinafa gidildiğinde, aynı şey temyiz

içinde söz konusu. Oralarda dahi bu temyiz talebinin veya İstinaf talebinin reddedilmesi söz konusu olduğundan benim kanaatime göre o söylediğiniz durum bakımından bozma yapılması daha isabetli gibi duruyor.

Sayın Şanver KELEŞ:

Evet, biz de kararlarımız bu şekilde de. Teşekkür ederim, çok sağ olun.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Evet teşekkür ederiz, soru sahibine de cevap veren arkadaşımıza da. Burada izin verirseniz çok kısa iki söz size ve İbrahim'e.

Sayın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Daire Başkanı Yusuf ŞAHİN:

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Daire Başkanı Yusuf ŞAHİN. Sunumlar için teşekkürler. Şimdi Şanver Bey'in sorusu nedeniyle arada müdahale etmek ihtiyacı duydum. Çünkü sorudaki durumda temyiz kabil karar değil. Yani İstinafı kabil olmayan karara İstinaf nasıl müdahale eder derken temyizi kabil olmayan kararda Yargıtay nasıl müdahale eder onun açıklaması yok.

Şimdi Kamil hocama 353/1-a 6'la ilgili bir değerlendirme, aynı zamanda Tolga hocama da sormuş olayım. Şimdi hiç delil değerlendirmeden kasıttan ne anlaşılacağına dair Bizim Dairenin yaptığı iki uygulamayı soracağım. Banka alacağına ilişkin itirazın iptali davasında davalı borçlunun imza inkârı var. İlk Derece Mahkemesince imza inkârı konusundaki savunma üzerinde hiç durulmadan banka alacağı hakkında bilirkişi raporu alındı ve karar verildi. Bu hukuki durumu nasıl değerlendireceğiz? İDM'ince alacağın tutarı konusunda delil toplandı, banka alacağı hesaplatıldı, ama işin esası –öncelikle çözümlenmesi gereken tarafı- imza inkarı. Davalı borçtan sorumlu mu? değil mi? Biz Daire olarak işin esasına ilişkin hiçbir delil toplanmadığı ve değerlendirilmediği için HMK 353/1-a/6' ya göre işlem yaptık. Ama buradaki anlatımlara göre imzayı da İstinaf Mahkemesi incelesin sonucu mu ortaya çıkıyor? Onu bir değerlendirmenizi istiyorum.

Akabinde hocama hemen kısa iki tane soru sorayım.

Benim dünkü toplantıda kullanamadığım soru hakkım var. Şimdi 20 Temmuz 2016'dan önce verilen kararlarda Baki Kuru hocamın bir tebliği var ve biz onu uyguluyoruz. Usule ilişkin kararlar kesinleşmişse HMK uygulanır deyip İstinaf incelemesine geçiyoruz. Esasa ilişkin bir kararsa HMUK'a tabi deyip aradan çekilip dosyayı Yargıtay'a gönderilmesi için İDM'ne geri çeviriyoruz. Burada Yargıtay'la anlaşamadığımız konular var. Yargıtay'da bazı Daireler de "Yargıtay bir kere göreve ilişkin değerlendirme de yapmış, karar vermişse temyizi kabildir" diyen görüşler var. Bu konuda bir görüşünüzü alayım. Saygılar sunuyorum.

Sayın Prof. Dr. Kamil YILDIRIM:

Teşekkür ediyorum Yusuf beye de. Sağ olsun. Şimdi maddenin yorumunda bana göre anlattığınız örnek olayda bu imza inkarı kalmıştı, banka kredi ilişkisinde. Burada aslında yapılması gereken delillerin bir kısmının toplanmış sayılması ilk derecede ve yapılan değerlendirmenin de hatalı olması bu nedenle. Yani hepsini toplamadığı için. Çünkü delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekiyor.

Şimdi deliller hiç toplanmadı veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmedi. Burada bana kalırsa kısmi bir durum söz konusu. Artık İstinafın duruşma açarak, duruşma yaparak incelemesi gerektiği kanaatindeyim.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Bende izin verirseniz yine kendime bir cümlelik süre vereyim. Şimdi HMK'da malum 119 ve 129.maddenin yeni şekli dikkate alındığında iddia ve savunmanın teksifi, delillerin de gösterilmesi zorunlu hale getirildi. Biraz daha vurgulandı. Bu 6.bentteki ihtimal özellikle delilerin hiç toplanmaması nasıl mümkün olabilir. Yani o hükümlerle de çelişir. Toplananın hiç değerlendirilmemesini de bir hakimin yapmayacağı kanaatindeyim. Ama delillerin hiç toplanmaması zaten söz konusu olmaz. Eğer dava usulüne göre açılmış, cevap dilekçesi usulüne göre verilmişse. Göstermişse bir yerden getirilecek.

Bu da hiç kapsamına girmez. Biraz var. Onun için 6.bent, alt bent düzenlemesi sorunlu. Mutlaka bunun çözülmesi lazım. Evet kimdeydi, İbrahim.

Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK:

Doç. Dr. İbrahim ERMENEK, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Ben bu 373.maddedenin 1 ve 4. fıkralarına fazla taktım galiba. Bunun esasen varlık nedenini sorguluyorum. İlk derece mahkemesi bir karar veriyor. Bölge Adliye Mahkemesi olarak ben bunu inceliyorum, değerlendiriyorum. Evet diyorum ilk derece mahkemesinin kararı doğru. Yani esastan reddediyorum. Bu kararım temyiz ediliyor. Yargıtay kararı bozuyor. Ama karar bozulunca dosya ilk derece mahkemesine gönderilecek diyor Kanun. Şimdi sorun aslında buradan itibaren başlıyor, sistemsel bir sorun başlıyor ki bir önceki oturumda Muhammet hocamız söyledi. Bizim kanun yolu sistemimiz basit diye. Bence bizim kanun yolu sistemimizi en çok zorlaştıran ve karmaşıklaştıran düzenleme bu. Burada ilk derece mahkemesine gönderilmesinin hiçbir mantıki açıklaması yok. Burada kararın içeriğinin öncelikle ilk derece mahkemesine ait olduğu söylenebilir; ama ilk derece mahkemesinin kararı hatalı ise, Bölge Adliye Mahkemesinin ki daha büyük bir hatadır. Bölge adliye mahkemesinin hatasını tolere etmek çok daha güçtür. O yüzden de dosya Bölge Adliye Mahkemesine dönerse hem bu 373/4'teki sıçrama yoluyla temyiz olmayacak hem de miktar mıydı, şu muydu, bu muydu, bu tip sorunlar ortadan kalkacaktır. Hem de ilk derece mahkemesinin direnme olayıyla ilişkisini keseceğiz. Yani ilk derece mahkemesi ile Yargıtay arasındaki ilişkiyi kopartacağız. Bunun sistemsel bir sorun olduğunu düşünüyorum. Murat hocam temyiz konusunda da çalıştığı için, bu konudaki görüşlerini merak ediyorum. Teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim. Bu soruya Murat hoca cevap verecek ve çok çok ısrarlı bir dinleyicimiz yoksa benim mutlaka bir cümle, iki cümle söylemem gerekir diyen yoksa kapatıyorum cevapla. Buyurun.

Sayın Doç. Dr. Murat YAVAŞ:

Teşekkür ederim. Şimdi samimiyetle söyleyim bu ifadeler çerçevesinde kesinlikle bende aynı kanaati paylaşıyorum. İlk derece mahkemesi şöyle bir gerekçe söyleniyor aslında. Yargıtay'ın bozması üzerine dosya İstinafa değil de ilk derece mahkemesine gönderiliyor. Çünkü aslında Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını da sahiplenmiş oluyor. Üzerine bir şeyler atmışta değil. Onu aynen sahipleniyor, onu benimsiyor. Dolayısıyla aslında görüşünü de ortaya koymuş oluyor. Tekrar Bölge Adliye Mahkemesine gönderme çelişkili bir durum meydana getirebilir. O nedenle ben bunu ilk derece mahkemesine göndereyim diyor. Aslında baktığınız zaman sistemsel sorun aynı tehlikeler yine ilk derece mahkemesi içinde var. Çünkü üzerine hiçbir katkı yapılmayan aynen benimsenen karar zaten ilk derece mahkemesinin kararı. O yönden ben iştirak ediyorum. Nasıl bir çözüm olabilir, tabi o ayrı tartışılması gereken bir nokta ama. Katılıyorum yani doğru söylüyorsunuz. Tekrar Bölge Adliye Mahkemesine gelip sisteme uygun olarak madem sırayla basamakları çıkıyoruz. Tekrar o şekilde devam etmekte fayda var, diye düşünüyorum.

Sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN:

Teşekkür ederim. Bugünkü oturumlarımız sona erdi. Üçüncü oturumu kapatıyorum. İyi akşamlar diliyorum.

SUNUCU:

Teşekkür belgelerini takdim etmek üzere hocamız Sayın Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN'ü davet ediyorum.

İKİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM

"1879 Tarihli Medeni Usul Kanunu'nda İstinaf"

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

(Kocaeli Üniversitesi)

"Fransız Hukukundaki İstinaf Modeli"

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN

(Anadolu Üniversitesi)

"Tartışmalar"

SUNUCU:

Değerli Hocalarım, Değerli Konuklar, tekrar hoş geldiniz. İkinci günün oturumuna başkanlık yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM'ın ve tebliğlerini sunmak üzere Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK'ın ve Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN'ın kürsüye teşriflerini arz ederim.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Bunun ele alınması, tabi bambaşka bir boyut. Meselenin tarihçesini bilmeden aslını da kavrama imkanı yok. Hiçbir şey birden bire olmuyor. Dolayısıyla Ali Cem beyin bize çok değerli bilgiler vereceğini düşünüyorum. Kendilerini tabi ki tanıyoruz. Fakat bilimsel akrabamda olan Prof. Dr. Ali Cem BUDAK, İstanbul Üniversitesi üzerinden ve İstanbul Üniversitesindeki hocalarımız üzerinden çok güzel bir kariyer çizgisine sahip. Bursa Maarif Lisesini bitirdikten sonra İstanbul Hukuk Fakültesinde lisans eğitimini tamamlamış. Araştırma görevlisi olarak İstanbul Üniversitesinde uzun yıllar hizmet vermiş Prof. Saim ÜSTÜNDAĞ'ın ve Prof. Yavuz ALANGOYA'nın asistanı olarak. Daha sonra bu evrede Londra Üniversitesinde bir mastır tezi yazmış. Doktorasını da Bremen Üniversitesi'nde tamamlamış. Uzun yıllar Yedi Tepe Üniversitesinde çalışan ve halen orada dersler veren Prof. Ali Cem BUDAK, halen Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Size Prof. Selçuk ÖZTEK ile yaptığım görüşme neticesinde ne yazık ki yarım saat süre tanıyabileceğim. Buyurunuz.

1295 tarihli Eski Medeni Usul Kanun-u Muvakkati'nde istinaf

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medenî Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

I. Tanzimat Dönemi Hukukunda İstinafın Gelişimi[361]

Tanzimat'tan sonra mahkeme teşkilatına katılmış olan ve Nizamiye Mahkemeleri olarak anılan çok hâkimli mahkemeler önceleri üç kademeden oluşmakta idi: 7 Kasım 1864 (7 Cemaziyelahir 1281) tarihli Vilayet Nizamnamesi kazalarda bir Meclis-i Deavî ile her liva merkezinde bir Meclis-i Temyiz ve her vilayet merkezinde bir Divan-ı Temyiz kurulmasını öngörüyordu.[362] Bu mahkemelerin adında "temyiz" kelimesi kullanılmış olmasına rağmen, o dönemin kanun yolu anlayışında ve hukuk terminolojisinde "temyiz" ve "istinaf" ayırımı yapılmamakta, bazı davalara ilk derece mahkemesi olarak bakan Meclis-i Temyiz ve Divan-ı Temyiz kanun yolu mahkemesi olarak çalıştıklarında hem hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirmekte hem de derece mahkemesi olarak, istinafen denetim yapmakta idi.[363]

1868 yılında Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye ikiye ayrılarak en üst dereceli mahkemeler olarak Şuray-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin 1868 yılında yürürlüğe giren (8 Zilhice 1284 tarihli) on maddelik nizamnamesinin 3. maddesinde mahkemelerden gerek bidayeten gerekse istinafen verilen hükümlere karşı kanun yolu mercii olarak Divan gösterilmekte; Divan'ın görevi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmayıp Divan deyim yerindeyse bir üst istinaf mahkemesi gibi işlev görmekte idi.[364] Ancak bu düzenleme şeklinin sakıncası kısa sürede görülmüş; 1869 (1285) tarihli bir İrade ile Divan nezdinde bir istinaf mahkemesi

---

[361] Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, "Tazminat ve Adliye Teşkilâtı", Tanzimat I, İstanbul, 1940, s. 211-220; Hıfzı Veldet, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tazminat, Tanzimat I, İstanbul, 1940, s. 139-209; Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Ankara 1996); M. Macit Kenanoğlu, "Nizamiye Mahkemeleri" maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi-İslam Ansiklopedisi (2007).Mehmet Seyitdanlıoğlu, "Tanzimat Dönemi'nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)", Halil İnalcık Adalet Kitabı, yayına hazırlayanlar: Bülent Arı / Selim Aslantaş, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 239-254.

[362] Vilayet Nizamnamesi (Düstur 1. Tertip, Cilt 1, s. 608) m. 18, 38, 51.

[363] Nitekim Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nezdinde bir istinaf mahkemesi kurulması hakkındaki İrade'de şu ifade göze çarpmaktadır: "Buradaki istinaf meclisi vilayetlerdeki temyiz-i hukuk meclisleri gibi her davayı doğrudan doğruya istinaf etmeyecek …".Başbakanlık Arşivi, İrade, Meclis-i Mahsus, 1285, No. 1479 (Bozkurt, s. 140).

[364] Bozkurt 139.

kurulması ve istinaf ve temyiz fonksiyonlarının birbirinden ayrılması yoluna gidilmiştir.[365]

1870 yılında (28 Şevval 1285 tarihinde) Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin dahilî nizamnamesi çıkarılmıştır. Bu dahilî nizamnameye göre Divan'ın davaları re'sen, hasmen ve istinafen görmek üzere üç görevi vardır. Ancak ticaret davalarının istinaf mercii bulunduğundan Divan'ın ticaret davalarının istinafına bakamayacağı kabul edilmiştir.[366] Yine bu dahilî nizamnameye göre Divan iki daire şeklinde teşkilatlanmış; birinci daire "Mahkeme-i Temyiz" adıyla taşradaki, ikinci daire ise istinaf derecesi şeklinde İstanbul'daki nizamiye mahkemelerinin kanun yolu mercii olarak görevlendirilmiştir.[367]

Nihayet 1870 yılında Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesinde bir değişiklik yapılarak istinaf bölümü (ikinci daire) kapatılmıştır. Böylece geriye kalan birinci daire bugünkü Yargıtay'ın ilk biçimini oluşturmuştur.[368]

Yargılama usulü bakımından istinafa ilişkin hükümler ilk olarak 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'in sonraki tarihli zeyli olan 1860 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'de (m. 94 – 121) yer almıştır.[369] Bu devirdeki temyiz usulü ise Mahkeme-i Temyiz'in dahiliye nizamnamesinde düzenlenmekteydi.[370]

Osmanlı mahkeme teşkilatında önemli değişiklikler yapan 1879 (1295) tarihli Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati

---

[365] Başbakanlık Arşivi, İrade, Meclis-i Mahsus, 1285, No. 1479, 25 Cemaziyülevvel 1285 (Bozkurt 140 – 141).
[366] Başbakanlık Arşivi, İrade, Meclis-i Mahsus, 1285, No. 1505 (Bozkurt 141).
[367] Başbakanlık Arşivi, İrade, Meclis-i Mahsus, 1285, No. 1505 (Bozkurt 144 - 145).
[368] Bozkurt, 146.
[369] Düstur 1. Tertip, 1. Cilt, s. 445. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin yeni harflerle dizilmiş metni için bkz. Fikri Gürzumar / Tekin Gürzumar (yeni harflere çevirenler), Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962, s. 111 vd.
[370] Yorgaki, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati, yayına hazırlayanlar: Ahmed Talat – Hacı Mahmud Tahir, Dar-ül-hilâfe 1329 (Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı), s. 5.

de istinaf derecesine yer vermekte idi.[371] Bu kanunun ilk maddesine göre:

"Mehakim-i nizamiye iki nev'idir. Biri ceza diğeri hukuk mahkemeleridir. İşbu hukuk ve ceza mahkemeleri dahi iki derecedir. Birisi bidayet ve diğeri istinaf mahkemeleridir. Bunların fevkinde Dersaadet'te bir mahkeme-i temyiz vardır. […]"[372]

O günkü hukuk dilinde ilk derece mahkemelerine "derece-i ûlâ mahkemeleri" veya "mehakim-i ibtidaiye", istinaf mahkemelerine de "derece-i saniye mahkemeleri", veya "mehakim-i istinafiye" denilirdi. İstinaf derecesini ifade için "derece-i ahire" terimi de kullanılırdı.[373] "Derece mahkemesi" terimi temyiz mercii için kullanılmazdı. Yorgaki Efendi terminolojiye ait bu özelliği "üçüncü derece yoktur" ve "Mahkeme-i Temyiz derecat mehakiminden madud değildir" şeklinde ifade etmektedir.[374]

1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nde bugün anladığımız manada, temyiz kanun yolundan ayrı düzenlenmiş istinaf hükümleri yer almaktadır.

Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati yürürlüğe girdikten sonra da, özellikle muhtelit davalarda (bir tarafı Osmanlı vatandaşı diğer tarafı yabancı olan davalarda) uygulanmaya devam etmiştir. Çünkü 1295 tarihli Kanun'un yürürlükten kaldırılan hükümleri gösteren maddesi, Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin bütün hükümlerini değil, sadece 123 ve 124. maddeleri ile 1295 tarihli

[371] Düstur 1. Tertip, 4. Cilt, s. 235. Yorgaki, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati, yayına hazırlayanlar: Ahmed Talat – Hacı Mahmud Tahir, Dar-ül-hilâfe 1329 (Yorgaki – Usulü Muhakemat), s. 2. (Yorgaki Efendi'nin her ikisi de 1329 yılında ve aynı başlıkla yayımlanan fakat içerikleri farklı olan iki ders notu vardır. Müellifin öğrencileri tarafından hazırlanan ve kendisi tarafından da gözden geçirilen bu kitapların biri Mahkeme Teşkilatı Kanununun diğeri 1295 tarihli Kanun'un şerhi şeklindedir. Aşağıda bu kitaplardan birine "Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı" diğerine "Yorgaki – Usulü Muhakemat" şeklinde atıf yapılacaktır.)

[372] 1879 tarihli Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkati m. 1, fikra 1,1.-5. cüm.

[373] Yorgaki – Usulü Muhakemat, s. 685.

[374] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 12; Yorgaki – Usulü Muhakemat s. 685.

Kanuna aykırı olan hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır.[375] Bu dönemde de ticaret mahkemeleri 1295 tarihli Kanun'a değil, tamamen Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'ye tabi sayılmıştır.[376]

Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin yürürlükte kalması sebebiyle, 1295 tarihli Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de muhtelit davalar, ikraz ve istikraza (para borcu alıp vermeye) ve taşınır mallara dair olursa ticaret mahkemelerinde tercüman huzurunda görülür ve verilen hükümler *taşra ticaret mahkemelerinden verilmiş ise* Birinci Meclis-i Ticarî'de ve deniz ticaretine ilişkin ise Ticaret-i Bahriyye Mahkemesinde istinafen ve yeniden tetkik olunurdu.[377]

Muhtelit davalar hakkında *Dersaadet Ticaret Mahkemelerinden verilen* hükümler ise, 1295 tarihli Kanun döneminde dahi, ister bidayeten ister istinafen verilmiş olsun temyiz edilemediği gibi, hatta bidayeten verilen hükümler Dersaadet'teki istinaf mahkemesine başvurularak istinaf da edilemezdi. Bu hükümler hakkında ancak hükmü veren mahkemeden yargılamanın iadesi talep edilebilirdi. Bunun sebebi Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'de temyize ilişkin hükümlerin bulunmamasıydı. O zamanki siyasî şartlar içinde, hazırlık çalışmaları sırasında İstanbul'daki büyükelçiliklere tebliğ ve büyükelçiliklerce kabul edilmiş olan Nizamname'de temyize ilişkin hükümler yoktu. Esasen bunun sebebi o devirde bir temyiz mahkemesinin bulunmamasıydı. Daha sonra bütün davalar için olduğu gibi muhtelit davalar için de kanun yolu teşkil etmek üzere temyiz mahkemesi kurulmuş, ama büyükelçilikler kendilerine daha önce tebliğ edilen Nizamname'de bulunmayan temyiz ve istinaf kanun yollarının muhtelit davalarda uygulanmasını kabul etmemişlerdir.[378]

Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin istinaf hakkındaki hükümleri (m. 94-121) 1295 tarihli Kanun-u Muvakkat'in hükümlerinden farklı olup, aşağıdaki açıklamalarda bu farklılıklara da işaret edilecektir.

---

[375] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 6.
[376] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 12.
[377] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 6.
[378] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 6.

1295 tarihli Kanun'da kanun yolları olarak bugünkü usulümüzde de yer alan istinaf (m. 171-200; 1329 tarihli zeyl m. 22-26), temyiz (m. 217-251; 1329 tarihli zeyl m. 29-30[379]), karar düzeltme (m. 252-254) ve yargılamanın iadesi (m. 201-216; 1329 tarihli zeyl m. 27-28) yanında, gıyabî hükümlere karşı gıyabında karar verilen kişinin aynı mahkemede itiraz etmesi imkânını veren itiraz ale-l-hüküm yolu (m. 151-160; 1329 tarihli zeyl m. 19-21) ve üçüncü kişilere yargılamanın iadesini talep etmek imkânını veren, genel yargılamanın iadesi hükümlerinden ayrı ve ayrıntılı bir özel yargılamanın iadesi yolu olan itiraz-ül-gayr yolu (m. 161-170) mevcut idi.[380]

Nizamiye mahkemeleri teşkilatındaki istinaf mahkemeleri 1924 yılında, şeriye mahkemelerini ilga eden mahkeme teşkilatı kanunu ile ilga edilmiş; 2005 yılında yürürlüğe giren yeni mahkeme teşkilatı kanunu ile (bu kere "bölge adliye mahkemesi" adıyla) yeniden kurulmaları öngörülerek, ilga edilmelerinden bir asra yakın zaman sonra, 2016 yılının 20 Temmuz günü yeniden göreve başlamıştır.[381]

Bu çalışmada 1295 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nin istinaf hükümleri incelenecektir.[382] Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati Hicrî takvimle 1295, Rumî Takvimle 1296 ve Miladî Takvimle 1879 tarihlidir. Bu kanundan bahsedilirken Hicrî Takvim esas alınarak "1295 tarihli

[379] 1329 tarihli zeylin temyize ilişkin hükümleri de önce Hicrî 1331 ve sonra Hicrî 1340 tarihli kanunlarla değişikliğe tabi tutulmuştur. Bkz. sırasıyla Düstur 2. Tertip, Cilt 5, s. 621; TBMM Kanunlar Mecmuası, Cilt 2, s. 376.

[380] Karar düzeltme yolunun 1295 tarihli Kanun'daki düzenlenme şekli ve uygulaması için bkz. Necip Bilge, Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme (Ankara 1973), s. 75-83. Üçüncü kişilerin başvurabileceği özel bir yargılamanın iadesi yolu olan itiraz-ül-gayr hakkında bkz. Ali Cem Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması (İstanbul: Beta 2000), s. 81 – 104.

[381] Bkz. (mülga) Mehakimi Şeriyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına ait Ahkâmı Muaddil (469 sayılı) Kanun'un 9. maddesi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında (5235 sayılı) Kanun m. 25.

[382] Şer'iyye mahkemelerindeki istinaf kanun yolu için bkz. Mustafa Şentop, Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf (XIX. ve XX. Yüzyıl), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1995.

Kanun-ı Muvakkat" veya kısaca "1295 tarihli Kanun" denilmiş olduğu anlaşılmaktadır.[383]

Belirtelim ki 1295 tarihli Kanun, başlığının düşündürebileceğinin aksine, geçici bir kanuni düzenleme değildir. 1876 Anayasası'nda muvakkat kanunlar, bugünkü kanun hükmünde kararnamelere benzer şekilde, parlamento onayına sunulmak üzere yürürlüğe konan kanun gücünde bakanlar kurulu kararnameleri idi.[384] Düstur'da 1295 tarihli Kanun şu başlık altında yayımlanmıştır: "Meclisi Mebusan'ın içtimaında kanuniyeti teklif olunmak üzere Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkatidir".[385] Şu var ki 1295 tarihli Eski Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati ne Meclis-i Mebusan'ın ne de Türkiye Büyük Milet Meclisi'nin onayına sunulmuş; parlamento onayına sunulmadan yürürlükten kaldırılmıştır.

1295 tarihli Kanun istinaf hükümleri bakımından 1313 ve 1329 yıllarında iki önemli değişikliğe tabi tutulmuştur. Bu değişiklikler "kanunun bazı maddeleri makamına kaim olmak üzere" ve kanuna ek (zeyil) olarak çıkarılan kanunlarla yapılmıştır.[386]

---

[383] Bkz. mesela Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 5; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesi, Hukuk Usul-i Muhakemeleri Kanunu, Adliye Vekâleti, Adlî Kanunlar Sıra 11, 1927, s.7.

[384] 1876 tarihli Kanunu Esasi'nin muvakkat kanunlar hakkındaki 36. maddesi (1909'da değiştiği haliyle) şöyledir: "Meclis-i Umumî münakit olmadığı zamanlarda Devleti bir muhataradan veyahut emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zarureti mübreme zuhur ettiği ve bu babda vazına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için Meclisin celp ve cemine vakit müsait olmadığı halde Kanun-u Esasî ahkâmına mugayir olmamak üzere Heyeti Vükelâ tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaı ile verilecek karara kadar ba irade-i seniye muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde olup ilk içtimada Heyeti Mebusana tevdi edilmek lâzımdır."

[385] Düstur 1. Tertip, 4. Cilt, s. 257.

[386] 14 Zilhicce 1313/15 Mayıs 1312 (1898) (Düstur 1. Tertip, Cilt 7, s. 89-90; Lahika-i Kavanin Mecmuası zeyli, s. 71-72); 8 Rebiyülahir 1329 / 26 Mart 1327 (1911) (Düstur 2. Tertip Cilt 3, s. 261-277; Takvim-i Vekai 18 Rebiyülevvel 1329 /4 Nisan 1328, no. 800). 1329 tarihli zeyil kanununun 29 ve 30. maddeleri de 1331 yılında yürürlüğe giren bir başka muvakkat kanun ile değiştirilmiştir: 9 Ramazan 1331 / 30 Temmuz 1329 (1913) tarihli muvakkat kanunla değiştirilmiştir (Düstur 1. Tertip, Cilt 5, s. 621-623; Takvim-i Vekai 16 Ramazan 1331/16 Ağustos 1329, no. 1007). 1329 tarihli zeylin hazırlık çalışmaları ve Adalet Bakanlığı'nın bu zeyl hakkında yayımlamış olduğu İzahname için bkz. Tevfik Tarık, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ve Mevadı Müzeyele ve İzahnamesi, İstanbul 1327-1329 (1911).

1295 tarihli Kanun'un 231. maddesine göre "Temyizden murad mu'terezünfih olan ilamın tetkikiyle mutazammın olduğu davanın suret-i rü'yet ve hükmü kanuna ve usul-ü muhakemeye muvafık ise tasdik etmek değilse nakz ile yeniden bir hüküm ve ilama rabt ettirmekten ibarettir".

1295 tarihli Kanun'un sisteminde, bugünkü HMK'ya benzer şekilde "istinafta yeni bir dava yani derece-i ûlâ mahkemesinde dermeyan olunmuş olan iddialardan başka bir dava ihdası caiz olmaz" kuralı benimsenmiş,[387] fakat, yine HMK sistemine benzer şekilde, istinaf sebepleri konusunda bir sınırlama getirilmemiştir. 1295 tarihli Kanun hükümlerine göre kural olarak istinaf mahkemesi kararları ve istinaf süresi geçirilmiş olan ilk derece mahkemesi kararları temyiz edilebilirdi.[388] Temyiz (bozma) sebepleri de HMK'dakine benzer şekilde, vakıaların tahkiki hariç tutulmak üzere, kanuna aykırılık ve usule aykırılık olarak belirlenmişti ve bu temyiz sebepleri temyiz mercii tarafından re'sen dikkate alınabilirdi.[389] Bu hukuki duruma göre 1295 tarihli Kanun'daki istinaf ve temyiz ayırımı, ayrıntılardaki farklılıklarına rağmen, HMK sistemindeki istinaf ve temyiz ayırımı ile örtüşmektedir.

Nitekim 1888 tarihli bir hukuk sözlüğünde "istinaf" ve "temyiz-i dava" kavramları şu şekilde açıklanmıştır: "istinaf–Mehakim-i ibtidaiyeden verilip de kanunen istinafı kabil olan deavi-i hukukiye ve cezaiyenin diğer bir mahkeme tarafından ikinci defa rüyet ve muhakeme edilmesidir. (…) temyiz-i dava–Muterizünfih olan ilamın tedkikiyle mutazammın olduğu davanın suret-i rü'yet ve hükmü kanuna ve usul-i muhakemeye muvafık ise tasdik etmek değilse nakz ile yeniden bir hüküm ve ilama rabt ettirmekten ibarettir".[390]

---

[387] Bkz. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 192; karş. HMK m. 357.
[388] Bkz. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 217; karş. HMK m. 361, 362.
[389] Bkz. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 237, 238, 241; karş. HMK m. 371
[390] Hüseyin Galib, Kamus-u Hukuk, İstanbul 1305. Temyiz ve istinaf arasındaki mahiyet farkını bugün anladığımız şekilde açıklayan benzer ifadeler için bkz. Yorgaki – Usulü Muhakemat, s. 685.

II. Eski Hukukta karar kavramı ve Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'ne göre hangi kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabileceği

Tanzimat sonrası hukukumuzda o dönemin düalist düzeninin yansıması olarak, medenî usul hukukuna ait bazı kavramlar Mecelle'de tanımlandığı anlamıyla kullanılmakta ve bu kavramlar Batı hukukundan alınmış 1295 tarihli Kanun hükümleriyle birlikte uygulanmaktaydı. Konumuzu ilgilendirdiği yönüyle "karar" ve "hüküm" kavramları bu özellikleri göstermektedir.

Eski Hukukta davayı sona erdiren mahkeme kararları "kaza-i ilzam" (veya "kaza-i istihkak" ya da "kaza-i mülk") ve "kaza-i terk" şeklinde bir ayırıma tabi tutuluyordu. Bu ayırıma göre eda davasını kabul ve davalıyı edaya mahkum eden kararlara kaza-i ilzam; eda davasını, iddia ispat edilemediği için reddeden kararlara ise kaza-i terk denilirdi (Mecelle m. 1786). Kaza-i ilzam, uyuşmazlığı bugün anladığımız anlamıyla kesin hükme benzer şekilde (fakat kural olarak üçüncü kişilere karşı dahi geçerli olmak üzere) sona erdirirdi. Buna karşılık, kaza-i terk şeklinde verilen nihaî kararlar ("hüküm" diye isimlendirilmelerine rağmen) böyle bir kesinlik taşımaz; davalı yeni deliller ikame ederek davasını tekrar açabilirdi. Buna göre, kaza-i terk, davacının eda davasını reddeden, fakat kesin hüküm etkisine sahip olmayan bir tespit kararı idi. İşte kaza-i terk şeklindeki bu kararlarda hâkim davayı "hakkın yoktur", "münazeadan memnusun" gibi bir ifadeyle reddeder ve davacıyı münazeadan men' ederdi.[391]

O dönemin hukukunda "hükm-ü kat'î" diye anılan ve sözlük anlamıyla bugünkü dilimizdeki "kesin hüküm" terimi ile aynı anlama gelen kavrama terim olarak verilen mana da farklı idi. "Hükm-ü kat'î" istinafen rüyeti kabil olmayan ve yalnız kabil-i temyiz olan hüküm demekti.[392] Buna göre, miktar veya değer olarak istinaf sınırının altında kalan veya istinaf süresi geçirildiği için istinaf kabiliyeti kalmayan hükümler hükm-ü kat'î niteliğindedir. "Kat'îyen verilen hüküm",

[391] Bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm Fi Şerhi Mecellet'il-Ahkâm* (İstanbul: Hukuk Matbaası, 1330), s. 661.
[392] Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 1.

"kat'îyen hüküm ve fasl edilir", "suret-i kat'îyede verilen ilamat" gibi ifadeler içinde yer alan kat'îyet de bu şekilde anlaşılmalıdır.[393]

Hukuk mahkemelerinden verilen kararlar hakkında 1295 tarihli Kanun'un 66. maddesini takiben yer alan lâhikada da aşağıdaki açıklamalar yer almaktadır:

"Deavînin rü'yeti esnada[394] hasb-el-icab verilen kararlar dört nev'i olur. Birincisi karar-ı idâdî, ikincisi karar-ı muvakkat, üçüncüsü, karar-ı karine, dördüncüsü karar-ı kat'îdir.

Karar-ı idâdî [hazırlayıcı karar], davanın tahkik ve rü'yetini teshil [kolaylaştıran] ve netice-i hükmünü i'dâd eden [hazırlayan] bir tedbiri mübeyyen olan karardır.[395]

Karar-ı muvakkat, dava suret-i kat'îyyede fasıl ve hükm olunmazdan evvel muvakkaten ittihaz olunması lazım gelen bir tedbiri mutazammın karar demektir.[396]

Karar-ı karine [belirti/ipucu teşkil eden karar], davanın rü'yetini teshil ve netice-i hükmünü i'dâd ile beraber işbu hükmün ne olacağını hemen ihsas ettiren bir tedbiri mübeyyen karardır.[397]

Karar-ı kat'î dahi davayı fasl eden yani dava onunla mahkemede hitam bulan karardır ki nihayet-i hüküm demektir.

Gerek karar-ı idâdî ve gerek karar-ı muvakkat davanın hükmünden sonra ol hükm ile beraber istinaf olunabilip yoksa evvelce olunamaz."[398]

---

[393] Ahmed Ziya, *Usul-ü Muhakemeyi Hukukiyye Kanunu Şerhi* (İstanbul: Cihan Matbaası, 1339 - 1341), s. 8.

[394] Düstur metninde "rü'yeti esnada" olarak geçen kelimeler "rü'yeti esnasında" olmalıdır.

[395] "Mesela bâlâda beyan olunduğu üzere bir davanın mümeyyizlere havale olunması ve münazaünfih olan akarın keşif ve muayene edilmesi hakkında verilen kararlar karar-ı idâdîdir."

[396] "Mesela münazaünfih olan eşyanın mahzur veya tehlikeden vikayesi için muvakkaten muhafaza altına alınmasına karar verilmesi gibi."

[397] "Mesela bir kimsenin lüzum-u tahlif-i ve bir şirket-i akdin deyninden dolayı şerik olduğu iddia olunan şahsın şerik olduğu hakkında verilen kararlardır ki ol kimse yemin etmez ise aleyhine hükm olunacağı ve ol şahsın şerik olması şirketin deyninden mahkumiyeti müstelzim olacağı mülâbesesiyle zikr olunan kararlar bade verilecek hükmü ihsas ettirir."

1295 tarihli Kanun'un sistemine göre, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi, kural olarak mahkemelerin nihaî kararları istinaf edilebilirdi. Bu kuralın istisnası, daha sonra kanun değişikliğine tabi tutulan bir hükmün ilk şekline göre, "karar-ı karine" denilen ve mahkemenin vereceği nihaî kararı ihsas eden ara kararları idi. Bu hususu düzenleyen 66. madde aşağıdaki gibi idi:

"Karar-ı karine aleyhine davanın asıl hükmünden sonra istinaf olunabileceği misüllü istinaf faslında beyan olunacağı veçhile kabl-el-hükm [hükümden önce] dahi istinaf olunması caizdir. Binaenaleyh davanın rü'yet-i esnada[399] böyle bir karar verilip de tarafeynden biri işbu kararı istinaf edeceğini beyan ile davanın teehhür-ü rü'yetini [istinafın bekletici sorun yapılmasını] talep eder ise istinaf mahkemesine müracaat eylemek üzere bir hafta mehil verilerek ol karar-ı karineyi mutazammın kendisine bir kıt'a ilam ita olunur. Eğer istinaf mahkemesi mahkeme-i ibtidaiyyenin bulunduğu şehirde değilse mehil-i mezkur üzerine beher altı saat için ikişer gün zam olunur. İlamın ita ve tebliği tarihinden itibaren mehlin hitamına kadar istinaf istid'asının verildiğini mübeyyen bir ilmühaber ibraz etmez ise hasmının talebi üzerine celb olunarak davaya devam olunacaktır. Şu kadar ki mehil inkizasıyla davaya devam olunduğu esnada istinaf olunduğu isbat olunur ise istinafın netice-i kararına intizar olunacaktır."

Nitekim 1295 tarihli Kanun'un 177. maddesi de

"Bir davanın birkaç ciheti olup da umumu hakkında hüküm lahik olmaksızın bir cihetin tefrikiyle istinafı caiz değildir. Ancak kabil-i istinaf olduğu bâlâda [madde 178 ve 179'da] ta'dad olunan dava hakkında hükmün lühûkundan evvel verilen karar-ı karinelerin istinafı caizdir"

şeklinde idi.[400]

---

[398] Bu lâhika sonradan ilave edilmiş bir kanun değişikliği olmayıp, Düstur metninde yer almaktadır. Lâhika içinde yer alan dipnotları da Düstur metnine aittir.

[399] Düstur metninde "rü'yeti esnada" olarak geçen kelimeler "rü'yeti esnasında" olmalıdır.

[400] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 105.

Ara kararlara karşı istinaf ve dolayısıyla temyiz yolunu açan bu hükümler kötüye kullanıldığı için eleştirilmiştir. Özellikle karar-ı idadî ve karar-ı muvakkat niteliğindeki kararlar ile karar-ı karine niteliğindeki kararların birbirinden ayırılmasındaki zorluk sebebiyle, birçok ara kararının karar-ı karine sayılarak istinaf edildiği ve bunun da davaların "süründürülmesine" yol açtığı ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil ettiği ("ihkak-ı hakkı" zorlaştırdığı) ifade edilmiştir.[401]

Nihayet 1295 tarihli Kanun'un yukarıda yer verilen 66. maddesi bu kanuna 1313 yılında yapılan zeyil ile bu yöndeki hükmünü kaybetmiştir. Söz konusu zeylin ilgili hükmü aşağıdaki gibidir:

"Mehakimden verilen her nev'i kararlar ayrıca istinaf ve temyiz olunamayıp, asıl dava hakkında lahik olacak hükmü kat'î ile beraber istinaf ve temyiz olunabilir. - Bir davanın birkaç ciheti olup da umumu hakkında hüküm lahik olmaksızın bir cihetinin tefrikiyle istinafı zaten caiz olmadığı gibi temyizi dahi caiz değildir."

1313 tarihli zeyil 66. maddeyi açıkça ilga etmemiş ise de zeyilde yer alan "işbu kanunun bu maddeye muhalif bulunan mevadı münfesihtir" hükmüne göre 66. madde zımnen değiştirilmiştir.

1295 tarihli Kanuna yapılan bu ilaveden sonra karar-ı karinelerin istinaf edilmesi imkânı ortada kalkmıştır. Yukarıda metnine yer verilen 177. maddenin ikinci cümlesinin de hükmü kalmamıştır.[402]

Hangi kararların temyiz edilebileceğine gelince, yukarıda açıklanan anlamıyla kat'î olan yani istinafı kabil olmayan veya istinaf

[401] Ahmed Ziya, s. 270-271, s. 527.

[402] Ahmed Ziya, s. 527. Aynı şekilde Kanun'un 197. maddesinin karar-ı karinenin istinafı hakkında karar veren istinaf mahkemesinin, tahkikat ve muhakemenin tamamlandığına kanaat getirdiği hallerde davayı esastan karara bağlayabileceği hakkındaki birinci cümlesi de hükümsüz kalmıştır (Ahmed Ziya, s. 588); hükümsüz kalan cümle şöyledir: "Derece-i ûlâ mehakim-i nizamiyesi tarafından verilen karar-ı karine aleyhinde istinaf vuku' bulur ve karar-ı mezkur mahkeme-i istinafiyece fesh olunmak lazım gelir ve esas dava dahi karar-ı kat'î verebilmek derecesinde tahakkuk etmiş bulunur ise mahkeme-i istinafiye zikr olunan karar-ı karineyi fesh eylediği ilam ile esas davayı dahi fasl ve hükm edebilir."

süresi geçirilmiş olan ilk derece mahkemesi kararları ile istinaf mahkemesinden verilen kararlar temyiz edilebilirdi.[403]

III. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nde düzenlenen istinaf usulü

Şimdi 1295 tarihli Kanunun istinaf hakkındaki hükümleri mümkün olduğunca madde sırası izleyerek incelenecektir.[404] Bu inceleme yapılırken yeri geldikçe Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati ve diğer ilgili mevzuatın hükümlerine de yer verilecektir.

A. İstinaf incelemesinde görevli ve yetkili mahkemeler

1295 tarihli Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde idari taksimat kaza, liva ve vilayetler şeklinde idi. İstinaf kazalardaki ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kazanın bağlı bulunduğu livanın ilk derece mahkemesine, livalardaki ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı ise livanın bağlı bulunduğu vilayetteki istinaf mahkemesine yapılırdı. Ancak anaparası on bin kuruşu geçen alacak davalarında verilen kararlar ile yıllık bin kuruş irad veya değeri belirlenmemiş bir şey üzerine kaza ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı liva ilk derece mahkemesine başvurulabileceği gibi livanın bağlı bulunduğu vilayet istinaf mahkemesine de başvurulabilir idi.[405] Daha sonraki dönemde her livada da istinaf mahkemeleri kurulduğu ve kaza mahkemelerinden verilen kararların da bu istinaf mahkemelerinde istinaf edildiği anlaşılmaktadır.[406]

Ticaret mahkemeleri kararlarının istinafı ise Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati'nin 37 ve 38. maddesinde düzenlenmişti. 37. madde hükmüne göre vilayet merkezi ticaret

[403] Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 2.
[404] 1295 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nin latin harfleriyle baskısı Bahadır Apaydın tarafından yapılmıştır (Bahadır Apaydın, "1296/1879 tarihli Ûsul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 35-36 (2007), 106 vd.). Ancak bu transkripsiyon kanunu muvakkatin Düstur'daki ilk şeklini (Düstur 1. Tertip, 4. Cilt, s. 257 vd.) esas almış olduğu için, istinaf hükümlerinin en son (yani yürürlükten kalktığı 1924 yılı itibarıyla güncel olan) halini yansıtmamaktadır.
[405] Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati m. 11, 20, 23, 28 ve 29.
[406] Ahmed Ziya, s. 513.

mahkemesi bulunduğu kazanın ticarî davalarını ilk derece mahkemesi olarak; liva merkezi ticaret mahkemelerinin hükümleri ile kaza ticaret mahkemelerinin hükümlerini ise istinafen görürdü. Vilayet merkezi ticaret mahkemelerinin istinaf mercii ise 38. maddeye göre Dersaadet istinaf mahkemesiydi.

Ancak yukarıda belirtildiği gibi Dersaadet istinaf mahkemesine başvurulabilmesi için davanın taraflarının Osmanlı vatandaşı olması lazımdı. Muhtelit davalar tercüman huzuruyla ve bazen heyete yabancı hâkimler de alınarak ticaret mahkemelerinde görülür ve sadece taşrada verilmiş kararlar Birinci Meclis-i Ticarî'de ve deniz ticaretine ilişkin ise Ticaret-i Bahriyye Mahkemesinde istinaf edilebilirdi.[407]

Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati'ne göre (m. 32) göre her istinaf mahkemesi bir başkan ile dört üyeden mürekkep idi. Hukuk ve ceza şeklinde iki daireye ayrılan istinaf mahkemelerinde de her daire dört üyeden oluşurdu. Bu üyelerin ikisi muvazzaf (meslekten hâkim) diğer ikisi fahrîdir. Fahrî üyelerin ne şekilde tayin edileceği aynı Kanunun 33. maddesinde düzenlenmiş olup, fahrî üyeler her vilayet merkezinde veya livalarında "halkın itimat ve vüsukunu celb etmiş ve evsafı hâkimiyeti haiz" kişiler arasından vali, adliye müfettişi ve istinaf mahkemesi başkanı tarafından gösterilen adaylar arasından vilayet meclisi idaresine üye seçmeye yetkili olanlarca, her yıl iki kişi olmak üzere atanır; altı fahrî üyenin de görevini tamamladığı üç yılın sonunda yeniden seçim yapılırdı.

Yine Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati'nin 34. maddesinde fahrî üyelerin "hal vukuunda" muvazzaf üyelerin yerine geçemeyecekleri, fakat görevde oldukları müddetçe muvazzaf üyelerin "rütbe ve imtiyazlarına" sahip oldukları ifade edilmektedir. Yorgaki Efendi'ye göre bu hükmün anlamı bir muvazzaf üyenin gelmediği zaman muvakkat (fahrî) üyenin onun yerine heyete katılabileceği, fakat muvazzaf üyenin ölümü gibi hallerde onun yerine fahrî üyenin geçemeyeceğidir.[408]

[407] Bkz. Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 51.
[408] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 48.

İstinaf mahkemelerinde meslekten hâkim olmayan kişilere yer verilmesi bir hukuk politikası tercihi olmayıp,[409] o devirde Batı Hukuku öğrenimi görmüş hukukçuların azlığından ileri gelmekteydi.[410] Öyle ki, zamanla hukuk mektebi mezunlarının sayısı arttıkça fahrî üyelerin de hukukçular arasından tayin edildiği anlaşılmaktadır. Yorgaki Efendi 1329 yılı itibarıyla ülkedeki istinaf mahkemelerinde fahrî üye kalmadığını, çoğu yerlerde yeni teşkilata göre hukuk mekteplerinden mezun olan hukukçuların istinaf mahkemesi hâkimi olarak tayin edildiğini ifade etmektedir.[411]

Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati'nin 35. maddesine göre istinaf mahkemelerinin teşkilatında bir veya iki üye yardımcısı ile yeteri kadar kâtip ve mübaşir de bulunurdu. Üye yardımcıları mahkemenin yazılı olarak emredeceği işleri görür; gereğinde üyelere vekâlet eder ve mahkeme başkanının talimatı ile davaları heyete özetlerlerdi. Üye yardımcılarının üyelere vekâlet etmesi heyet halinde yapılan işlere katılmayı ve verilen kararlarda oy kullanmayı da içerirdi.[412]

B. Hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği

1. İstinafta parasal sınır

1295 tarihli Kanun'un hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği hakkındaki hükümleri 171 ila 179. maddeleri arasında yer almaktadır. 1295 tarihli Kanun'un istinafta parasal sınırlar ile ilgili hükümleri 171., 173., 175. ve 176. Maddeleridir.[413] Bu kanun hükümleri aşağıdaki gibidir:

"Madde 171-Mehakim-i ibtidaiyyeden beş bin kuruş ve daha ziyade bir meblağ üzerine ve ol miktar kıymette veya senevî beşyüz kuruş ve daha ziyade irad verir emval-i gayrimenkule hakkında tekevvün eden deavîye dair verilen hükümler kabil-i istinaftır".

---

[409] Bkz. Karaaslan, Budak / Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, s. 23.
[410] Bkz. M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 14. Bası, İstanbul 2017, s. 418-419.
[411] Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 47.
[412] Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati m. 36; bkz. Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı, s. 48.
[413] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 95, m. 96, m. 98.

"Madde 173-Müddeinin beşbin kuruştan dun bulunan davasına mukabeleten veyahut matlubuna mahsuben müddeâaleyhin dahi beş bin kuruştan dun bir davası vuku' bulup da birleştirildiği halde ikisinin miktarı beş bin kuruşu tecavüz etse dahi istinafı caiz değildir. Fakat birisi beş bin kuruşu mütecaviz ise ol halde ikisi birlikte istinaf olunur."

"Madde 175-Akçece miktarı gayrimuayyen olan iddialar üzerine terettüb eden hükümler kabil-i istinaftır. Gayri muayyen denilen iddiaların [iddialar][414] haddizatında takdir-i kıymeti mümkün olamayan yahut mümkün olup da tarafeynden takdir-i kıymet kılınmayan müddeadan ibarettir. Takdiri kıymet maddesi müddeinin iddiasında yahut hin-i muhakemede tarafeynin vaki' olacak ifadelerinde beyan olunur."

"Madde 176-Tayin-i hudut misillü kıymet üzerine cereyan etmeyen davalar kabil-i istinaftır."

Belirtelim ki Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu'nun 11. maddesine göre, miktar ve değeri tam beş bin kuruş olan davalar bakımından 1295 tarihli Kanun'un 171. maddesiyle çelişecek şekilde, miktar veya değeri beş bin kuruş veya daha az olan ilk derece mahkemesi kararları kesin olup, istinaf edilemezdi. 171. madde ile aralarında "kabili telif olmayacak bir mübayenet" olan bu kanun hükmünün hem "genel hüküm" niteliğinde hem de daha eski tarihli olması sebebiyle, 1295 tarihli Kanun'un "özel hüküm" niteliğindeki daha yeni tarihli hükmü karşısında uygulanmayacağı; miktar veya değeri tam beş bin kuruş olan davalarda verilen hükümlerin istinaf edilebileceği ifade edilmiştir.[415]

171. maddedeki beş bin kuruşluk parasal sınır daha sonra ellibin kuruşa yükseltilmiştir.[416] Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati'nin 12. maddesine göre bu parasal sınırın tayininde faiz ve yargılama masrafları dikkate alınmadığı gibi, karşı

[414] Düstur metninde de "iddialarının" şeklinde yer alan bu kelimenin "iddialar" olması gerekir.
[415] Ahmed Ziya, s. 508-509. Yorgaki de aynı sonuca varmaktadır: Usulü Muhakemat, s. 686.
[416] Bkz. Ahmed Ziya, s. 513.

dava açılması halinde karşı davanın müddeabihi ile asıl davanın müddeabihi toplanarak da hesap yapılmaz, yani asıl dava ve karşı davada talep edilen tutarlardan her biri elli bin kuruşun altında ise bunların toplamının elli bin kuruşu aşması verilecek kararı istinaf edilebilir hale getirmezdi. Temyiz Mahkemesinin 2 Mart 1297 ve 28 Şubat 1313 tarihli kararları da bu yönde idi.[417]

İstinaf sınırı bakımından dikkat edilmesi gereken ve bugünkü hukukumuza göre (bkz. HMK m. 341/4) farklılık arz eden bir husus, bu parasal sınırın tayininde mahkumunbihe yani hükmolunan tutara değil, müddeabihe yani dava edilen tutara itibar edilmesidir. Buna göre dava edilen tutar elli bin kuruşun üzerinde ise, mahkeme davayı kısmen kabul etmiş ve kabul edilen kısım elli bin kuruşun altında kalmış olsa bile karar istinaf edilebilir. Hatta Ahmed Ziya'ya göre müddeabih dört bin kuruş iken mahkeme her nasılsa, talebi aşacak şekilde davalı aleyhine beş bin kuruşa hükmetmiş ise karar kabili istinaf olmaz.[418]

175. maddenin "takdiri kıymet maddesi müddeinin iddiasında yahut hin-i muhakemede tarafeynin vaki' olacak ifadelerinde beyan olunur" şeklindeki son fıkrası istinaf sınırını belirlemek bakımından önemli idi. Dava konusunun değeri hükme esas alınan bir resmî senetle, mesela sened-i hakanî ile belli olsa bile, davacının dilekçesinde farklı (senette gösterilenden daha düşük veya daha fazla) bir değer belirtilmiş ise kararın istinaf edilip edilemeyeceği konusunda bu değere itibar olunurdu.[419] Bu uygulamanın sonucu olarak davacının, davalının da "sesini çıkarmaması" halinde, dava konusunun değerini yüksek göstermek suretiyle, dava dilekçesinde gerçek değer gösterilse idi istinafı kabil olmayacak bir kararı istinafı kabil kılabildiği anlaşılmaktadır.[420]

Cumhuriyet döneminde, mülga HUMK'nun 2. maddesinde yer alan ve taraflara dava konusunun değeri üzerinde uyuşmazlık çıkarmayarak görevli mahkemeyi dolaylı şekilde belirlemek imkânını

[417] Ahmed Ziya s. 510, zikredilen Temyiz kararlarının metni kitapta yer almamaktadır.
[418] Ahmed Ziya, s. 509 – 510.
[419] Yorgaki – Usulü Muhakemat, s. 691-692.
[420] Yorgaki – Usulü Muhakemat, s. 692.

verdiği için eleştirilen[421] kanun hükmü muhtemelen bu eski anlayışın HUMK metnine bir yansımasıdır.

2. İstinaf hakkından önceden feragat

İstinaf edilebilirlik bakımından dikkat çeken ve bugünkü hukukumuza göre (bkz. HMK m. 349) farklılık arz eden bir düzenleme de istinaf hakkından peşinen feragat meselesi ile ilgilidir. 1295 tarihli Kanun'un 172. maddesine göre taraflar görevli mahkemeye, davada kabil-i istinaf olmamak üzere karar verilmesi konusunda anlaştıklarını belirten yazılı bir belge sunmuşlar ise mahkemenin kararı istinaf olunamaz:

"Kâbil-i istinaf olan bir dava rü'yet olunduğu mahkemenin vazifesine aid ve eshabı dahi fail-i muhtar olup da istinaf olunmamak üzere rü'yetine razı olduklarını havî tarafeyn mahkemeye sened vermiş oldukları takdirde istinaf olunmaz."

Bu kanun hükmüne göre istinaf hakkından feragatin geçerli olabilmesi için öncelikle feragat sözleşmesini imza eden tarafların bu sözleşmeyi yapmak konusunda "fail-i muhtar" olmaları yani bu konudaki irade serbestilerinin kısıtlanmamış olması gerekir. Bu hüküm davanın davacının vekili veya kanuni temsilcisi tarafından yahut davalının kanunî temsilcisine karşı açıldığı haller için geçerli olup, istinaf hakkından feragat konusunda temsil yetkisi bulunmayan vekilin veya temsil ettikleri küçük ya da kısıtlının haklarından feragat etmek konusunda kanunî yetkileri bulunmayan veli veya vasinin yaptıkları istinaf hakkından feragat sözleşmeleri hüküm doğurmazdı.[422]

İkinci olarak istinaf hakkından feragate ilişkin sözleşmenin geçerli olması için davanın görüldüğü mahkemenin görevsiz olmaması lazımdır. Göreve ilişkin kanun hükümleri bugünkü hukukumuzda olduğu gibi (HMK m. 1) 1295 tarihi Kanunda da emredici sayıldığı için (m. 48) görevsiz mahkemenin verdiği karar, istinaf hakkından feragate ilişkin yazılı bir sözleşme yapılmış ve mahkemeye sunulmuş olsa bile istinaf edilebilir; mesela ticaret mahkemesinin görmesi

[421] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 1, İstanbul 2001, s. 172 vd.
[422] Ahmed Ziya, s. 514, 516.

gereken davanın hukuk mahkemesinde açıldığı ve mahkemenin her nasılsa davayı görevsizlik sebebiyle reddetmeyip de esastan karara bağlamış olduğu hallerde durum böyledir.[423]

Üçüncü olarak istinaf hakkından feragate ilişkin sözleşmenin geçerli olması için istinaf hakkından karşılıklı olarak feragati öngörmesi gerekir. Çünkü sadece taraflardan birinin istinaf hakkından feragat etmesine ilişkin bir sözleşme ne kanun hükmünün lafzı ile ne de taraflar arasında eşitliğin gözetilmesi (günümüzde kullanılan terimle silahların eşitliği) ilkesi ile bağdaşır.[424]

İstinaf hakkından karşılıklı olarak feragate ilişkin sözleşme yargılamanın sonuna kadar, davanın her aşamasında mahkemeye sunulabilir.[425] Ancak Temyiz Mahkemesinin içtihadına göre henüz ilk derece mahkemesinde dava açılmadan önce taraflar arasındaki sözleşmeye konulacak, bahis konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak ileride açılabilecek davalarda kanun yollarından feragat edildiğine ilişkin bir şart, tarafların kanun yollarına feragat hakkını kanunda tarif edildiği şekilden farklı ve daha fazla sınırladığı için hükümsüzdür.[426]

Ahmed Ziya istinaf hakkından feragate ilişkin kanun hükmünün Temyiz Mahkemesinin yaptığı şekilde yorumlanması için makul bir sebep bulunmadığı kanaatindedir.[427] Kanımca davayı "rü'yet eden mahkemeye", davanın "istinaf olunmamak üzere rü'yetine razı olunduğu" şeklinde bir belgenin sunulmasından bahseden 172. maddenin lafzı, istinaf hakkından feragate ilişkin sözleşmenin davanın derdest olduğu (rü'yet edildiği) sırada yapılmasına cevaz veren bir hüküm olarak anlaşılmaya müsaittir ve artık hukuk tarihine ait olan bu meselede Temyiz Mahkemesinin verdiği karar hak arama hürriyetinin

[423] Mahkemenin yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkisiz olması ise istinaf hakkından feragate ilişkin sözleşmenin geçerliliğini etkilemez (Ahmed Ziya, s. 515).
[424] Ahmed Ziya, s. 518 – 519.
[425] Ahmed Ziya, s. 515.
[426] Temyiz Mahkemesinin 20 Teşrinisani 1309 tarihli kararı (Ahmed Ziya, s. 518).
[427] Ahmed Ziya, s. 517.

ancak açık kanun hükümleriyle sınırlanabileceği hakkındaki yorum ilkesine uygundur.[428]

3. Nihaî kararlar dışındaki kararların istinaf edilip edilemeyeceği

a. Görev ve davaların birleştirilmesi hakkındaki kararlar

1295 tarihli Kanun'un mahkemenin görevi ve davaların birleştirilmesi hakkındaki kararların istinaf edilip edilemeyeceği hakkındaki 178. maddesine göre "Bir mahkemeye havale olunan davanın rü'yeti kendi vazifesi dahilinde olup olmadığı hakkında verdiği hüküm ve karar istinaf olunur. Ancak ol dava mahkemenin vazifesi dahilinde olup da kanunen caiz olan bir sebepten dolayı diğer mahkemeye nakl ve havalesi muhakemeye bed'a olunmazdan evvel istid'a olunmamış ise olbabda verilecek karar istinaf olunamaz."

178. maddenin ilk cümlesi görev, ikinci cümlesi davaların birleştirilmesi hakkındaki kararlar ile ilgilidir.

Görev hakkındaki 48. maddeye göre: "Bir mahkemeye zat-ı maslahatça vezaifinden olmayan bir dava arz olunduğu takdirde tarafeynden bir guna talep ve itiraz vaki' olmamış ve rü'yetine mübaşeret kılınmış olsa bile mahkeme ol davayı reddetmeye mecburdur. Binâenaleyh tarafeyn arzuhal ve evrakı kıraat olunduktan sonra davanın rü'yetine mahkemenin salahiyeti olmadığı anlaşılır ise bil-müzakere verilecek karar tarafeyne tefhim olunarak mürafaadan sarfı nazar olunur. Olunmayıp da ol davayı rü'yet ettiği taktirde ol hükmü havî olan ilam fesih ya nakz olunur."

Ayrı mahkemelerde görülen davaların birleştirilmesi hakkındaki 49. maddeye göre: "Esbâb-ı kanuniyeden dolayı bir davanın bir mahkemeden diğer mahkemeye nakl ve havalesi tarafeynden biri bunu muhakemeye girişilmezden evvel istida etmedikçe caiz olmaz". Yine 1295 tarihli Kanun'un ilk itirazlar (1295 tarihli Kanun'da kullanılan terimle "müdaafat-ı ibtidaiye) hakkındaki hükümleri arasında yer alan 113. maddeye göre de: "Bir davanın rü'yeti için bir mahkemeye arzuhal verilip de mukaddimce o dava için diğer bir mahkemeye dahi

[428] Bkz. Budak / Karaaslan, s. 15.

arzuhal verilmiş veyahut davanın diğer mahkemede rü'yet olunan âher bir davaya taalluku bulunmuş olduğunu beyan ederek işin evvelki mahkemeye havalesini tarafeynden biri esas davaya girişilmezden evvel talep eder ve mahkemece kanunen kabulü lazım gelir ise havalesine karar verilir. Fakat mahkemenin adem-i salahiyeti iddiası müstesnadır."

178. madde 1295 tarihli Kanunun 66. maddesine 1313 yılında yapılan zeyil ile zımnen ilga edilmiştir. Buna göre 178. maddenin ilk cümlesi şöyle yorumlanmalıdır: Mahkemenin göreve ilişkin vermiş olduğu kararların hepsi değil sadece davadan el çekmesi sonucunu doğuran görevsizlik kararları istinaf edilebilir. Buna karşılık görev konusunda yapılan itirazı reddeden, bugünkü anlayışa göre ara kararı niteliğindeki kararlar kabil-i istinaf değildir.[429]

178. maddenin davaların birleştirilmesi hakkındaki kararlar ile ilgili olan 2. cümlesi ise ikinci davanın açıldığı mahkemeye yöneltilen ve davanın esasına girişilmezden önce yapılmadığı için reddedilen birleştirme talepleri hakkındaki ara kararının (m. 18) istinaf edilemeyeceğini öngörmektedir.

b. Zamanaşımı def'i hakkındaki kararlar

1295 tarihli Kanun'un 179. maddesine göre: "Bir davada müruruzaman olup olmadığına dair verilen kararlar kabil-i istinaftır".

Bu kanun hükmünün de 1295 tarihli Kanunun 66. maddesine 1313 yılında yapılan zeyil ile zımnen tadil edilmiş olduğunu kabul etmek lazımdır.[430] Zamanaşımı def'ini reddeden kararlar istinaf edilemez. Buna karşılık zamanaşımı def'ini kabul eden yani davayı reddeden kararlar kabil-i istinaftır. Hatta 179. maddeyi özel hüküm olarak gören Temyiz Mahkemesine göre bu ikinci durumda karar, esas hakkında verilecek karar kabil-i istinaf olmasa bile istinaf edilebilir:

[429] Ahmed Ziya, s. 529 – 530.
[430] Ahmed Ziya, s. 531.

"Bir de müddeabihin miktarına nazaran asıl dava kabil-i istinaf davalardan olmasa bile, müruruzaman hasebiyle davanın reddine dair verilen karar dahi kabil-i istinaftır."[431]

4. İstinaf edilebilirliğe ilişkin hükümlerin emredici niteliği

1295 tarihli Kanunun 174. maddesine göre, kanunen istinafı kabil olmayan bir karar tarafların karşılıklı rızası ile dahi istinaf edilemez. Bunun gibi, mahkeme kararında her nasılsa kararın kesin olarak verildiği yazılmamış ve hatta açıkça kabil-i istinaf olduğu belirtilmiş olsa bile istinaf caiz olmaz:

"Kabil-i istinaf olmayan bir dava müddei ve müddeialeyh taraflarından bi-l muvafaka istinafı istid'a olunsa veyahut bidayet ilamında hükmün sureti kat'iyyede olduğu beyan olunmamış veyahut istinaf olunabilmesi her nasılsa tasrih kılınmış olsa bile yine istinaf olunamaz."

Bu kanun hükmüne göre kanunen sadece belirli mahkeme kararlarına tanınmış olan iki dereceli yargılama imkânının tarafların anlaşması veya ilk derece mahkemesinin hatalı olarak verdiği karar ile de olsa diğer mahkeme kararlarına teşmiline cevaz verilmemiştir.[432] İstinafı kabil olmayan bir dava hakkında istinaf incelemesi yapmak istinaf mahkemesinin görevi dışında olduğu için, 174. madde hükmü, göreve ilişkin diğer hükümler gibi, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınabilir.[433]

---

[431] Ceride-i Adalet numara 38, sayfa 197 (Ahmed Ziya, s. 531'de zikredilmiştir). Ahmed Ziya Şerhinin 1329 basısının 578. sayfasında şu Temyiz Mahkemesi kararına da yer verilmiştir: "Bu suretle müruruzamandan naşi davanın reddine dair verilen bir karar istinaf olunarak lede'l-tetkik karar-ı mezkur feshedildiği surette 197. madde mucibince davanın istinaf mahkemesince rüyeti icap edeceğinden istinafça rüyet edilmeyip bidayet mahkemesine iadesi mucib-i nakızdır. (Temyiz kararı: 2 Kanunusani sene 316.)" Bu son karar kitabın 1339-1341 basısına alınmamıştır.

[432] Yorgaki – Usulü Muhakemat, s. 687.

[433] Ahmed Ziya, s. 522 – 523. 174. madde hükmünün 190. maddenin "… bidayet mahkemesi suret-i kat'iyyede hükme mezun olduğu halde verdiği ilamda hükmün nev'ini tasrih etmemiş veyahut derece-i evvelide diye tasrih eylemiş ise müstenef aleyh ol hükmün muvakkaten icrasını … taleb edebilir" şeklindeki son cümlesiyle bağdaşmadığı hakkına bkz. age. s. 523.

Şu var ki, yukarıda 175. madde ile ilgili açıklamalarda belirtildiği üzere davacı, davalının aksi yönde beyanı olmadıkça, dava konusunu değerini yüksek göstermek suretiyle, gerçek değer dikkate alınsa idi istinafı kabil olmayacak bir kararı istinafı kabil hale getirebilmekteydi.

5. İstinafta taraflar ile ilgili hükümler

1295 tarihli Kanunun 180. maddesine göre bir hükmü kural olarak taraflar ve halefleri, karşı tarafı veya haleflerini hasım göstererek istinaf edebilir.[434] Aynı kanun hükmünde vekâletnamesinde istinaf konusunda özel yetki bulunan vekillerin, vesayet altında bulunanlar için vasilerin, "şirket müdürleri"nin, Devletin taraf olduğu davalarda "idare memurları"nın istinaf yoluna başvurabilecekleri de tasrih edilmiştir. İlmî içtihatlarda şirket aleyhindeki hükümlerin şirket müdürleri yanında şirketin borçlarından şahsî malvarlığıyla sorumlu ortaklar tarafından da istinaf edilebileceği; Devletin taraf olduğu hukuk davalarında temsil yetkisinin ilgili Devlet kurumunun "en büyük memuruna" ait olacağı belirtilmektedir.[435]

Belirtelim ki, 1295 tarihli Kanunun sisteminde taraflar yanında istinaf olunan hüküm aleyhine itiraz-ül-gayr yoluna müracaata hakkı olan üçüncü kişiler de istinaf yoluna başvurabilirlerdi.[436,437] Bunun gibi davaya taraflardan birinin davetiyle veya kendi talebiyle müdahale eden üçüncü kişiler hükmü istinaf edebilirlerdi.[438]

---

[434] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 99.

[435] Ahmed Ziya, s. 533 – 534.

[436] Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati m. 193: "Tarafeynden başka hiç kimsenin davacı sıfatıyla istinafa duhulü caiz olamaz. Fakat istinaf olunan hüküm aleyhine itiraz-ül-gayr hususuna nizamen hakkı olan üçüncü kimseler istinafa dehalet edebilir ["sığınabilir", başvurabilir]."

[437] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 114.

[438] Davaya müdahale ve davanın ihbarı müesseseleri 1295 tarihli Kanunda bugünkü hukukumuzdan farklı şekilde düzenlenmişti. Üçüncü kişi kendi talebiyle davaya müdahale edebileceği gibi taraflardan her biri de davayı kaybettiği halde bir üçüncü kişiye rücu hakkı olduğu iddiasında ise üçüncü kişiyi davaya davet edebilirdi ki, bu durumda rücu davası asıl davayla birlikte görülerek karara bağlanırdı. İlgili kanun hükümleri şöyledir: Madde 115: "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1637. maddesinde muharrer olduğu vechile hin-i muhakemede bulunmaları meşrut olan eşhastan mâadâ bir maddede müddeialeyh ibtida-i muhakemede ol davadan dolayı bir şahıs-ı salise rücua

1295 tarihli Kanuna göre dava arkadaşlarından sadece birinin başvurduğu istinaf yolundan diğer dava arkadaşlarının yararlanıp yararlanamayacakları sorusuna cevap verilirken mecburî ve ihtiyarî dava arkadaşlığı ayırımı yapılmamakta idi. Bunun yerine, hükmolunan şeyin bölünmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınarak, bölünerek icra edilebilecek olan, mesela para borcunun ödenmesine ilişkin ilamlarda dava arkadaşlarından birinin istinaf yoluna başvurmasından diğerlerinin yararlanamayacağı, bölünerek icrası kabil olmayan ilamlarda ise dava arkadaşlarından birinin hükmü istinaf etmesinden diğerlerinin de istifade edeceği kabul edilmekteydi.[439]

6. İstinaf süresi ile ilgili hükümler

1295 tarihli Kanunun 181. ve 182. maddelerini zımnen ilga eden[440] 1329 tarihli zeyil kanunun 22. maddesine göre

"Mehakimi ibtidayiden kabil-i istinaf olmak üzere gerek gıyaben gerek vicahen sudur eden ilamatın müddet-i istinafiyesi istinaf mahkemesiyle müstenifin bulunduğu mahal beynindeki mesafeye nazaran beher altı saat kadar müddet için bir gün zam ve ilave olunmak üzere ilam-ı müstenifiyenin, mahkumun zatına veya ikametgâhına tebliği tarihinden itibaren otuz gündür.[441] Müddet-i itiraz [istinaf dilekçesine cevap süresi] zarfında[442] verilecek istinaf arzuhalleri dahi kabul olunur. İstinaf istidası istinaf mahkemesine veyahut müstenifin bulunduğu mahal mahkemesine verilebilir. Şıkk-ı

---

hak ve salahiyet olduğunu isbat ile ol şahsın mahkemeye celb ve ihzarını talep eder ve müddei dahi işbu salahiyeti def' edemez ise şahıs-ı salis ile olan dava dava-i asliyye ile birlikte rü'yet ve hükm olunmak mümkün ise ikisi birden fasl olunur. Mümkün değil ise yek diğerinden bi-l-tefrik evvel emirde dava-i asliyye ve ba'de dava-i hâdise başka başka fasl ve ilam edilir." - Madde 117: "Tarafeyn beyninde olan bir davanın rü'yet olunduğu esnada bir şahıs-ı âher ol davaya müdahale etmek hakk ve salahiyetini mübeyyen usulü vechile bir arzuhal takdimiyle muhakemede bulunmasını talep eder ve hakk-ı müdahalesini tarafeyn muvacehesinde ispat eder ise kabul olunur. Ancak işbu müdahale hükm olunmak haline gelmiş olan dava-i asliyyenin ilamını tehir edemez."

[439] Ahmed Ziya, s. 535.

[440] Ahmed Ziya, s. 537, 543.

[441] Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin 100. maddesine göre bu süre yüzyirmi gün idi. Bu sürenin daha uzun olduğu istisna halleri için bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 101.

[442] Bkz. m. 187, aşağıda istinafa başvurulma usulü hakkındaki açıklamalar.

sânide istinaf istidası mahkeme kalemince kayıt olunarak müteferriası ve harç ve resmiyle derhal istinaf mahkemesine gönderilir."

Bu kanun hükmünde öngörülen ve HMK'dakine (m. 345) nispetle uzun olan süreler mülga 181. ve 182. maddelerde daha uzun (kural olarak altmış bir gün, uzak mesafelerde ve vapur işlemeyen adalarda doksan bir gün) idi.[443]

Süresi içinde istinaf yoluna başvurmayan tarafın istinaf hakkı düşerdi (karş. HMK m. 346). İstinafın süresi içinde yapılıp yapılmadığı re'sen dikkate alınırdı.[444]

1295 sayılı Kanunun HMK'daki katılma yoluyla istinaf müessesesini (m. 348) hatırlatan bir hükmüne göre taraflardan biri istinaf yoluna başvururşa, diğer taraf da istinaf incelemesi sona erinceye kadar istinaf yoluna başvurabilirdi. Kanunun 185. maddesine göre:

"Müddet-i mehl istinafın inkızasıyla hakk-ı istinaf tarafeynden hangisi olur ise olsun her biri hakkında sakıt olur. - Fakat ol müddet zarfında hukukça tarafeyn makamına kaim olanlar taraflarından istinaf olunmadığı cihetle mutazarrır olanların onlar aleyhine bidayet mahkemesinde dava etmeye hakları olacaktır ve mehl-i istinafın inkızasıyla hakk-ı istinaf ber minval-i muharrer sakıt olacak ise de tarafeynden biri istinaf eylediği halde onun davası fasl ve rü'yet oluncaya değin müddet-i istinaf münkaziyye [sona ermiş] olsa bile müste'nef aleyh olan diğer tarafın dahi istinaf etmeye salahiyeti vardır."

1295 sayılı Kanun istinaf süresinin kaçırılması hainde başvurulabilecek hukukî düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu

[443] Madde 181: "Mehakim-i ibtidaiyyenin hüküm ve kararları üzerine dava-i istinaf için altmışbir gün mehil tayin olunmuştur. Mehl-i mezkur tarafeyn hazır oldukları halde dava hükm ve fasl olunmuş ise suret-i ilamın tarafeyne bizzat yahut ikametgâhına tebliği tarihinden ve eğer gıyaben hükm olunmuş ise itiraz ale-l-hükm için tayin olunan müddetin inkızasından itibaren hesap olunur." Madde 182: "Müste'nifin ikametgâhı istinaf mahkemesinin bulunduğu beldeden on beş merhale veya daha ziyade mesafede veyahut memalik-i ecnebiyede veyahut muntazam vapur işlemeyen adalarda bulunduğu halde mehl-i istinaf doksan bir gün itibar olunur."

[444] İstinaf talebini süresinde olmaması sebebiyle reddine ilişkin istinaf mahkemesi kararında istinaf süresinin başlangıcını gösteren ilk derece mahkemesi kararının tebliğ tarihinin de belirtilmesi gerekli olup bu tebliğ tarihinin belirtilmemesi bozma sebebi idi; Ceride-i Mehakim, atik numara 290, Ahmed Ziya, s. 547-548.

düzenlemelerden ilki 183. maddede olup (bkz. ve karş. HMK m. 375 (1)(ç), (d)) bu maddeye göre süresi uzatılmış istinaf kanun yolu, ilgili olduğu haller bakımından, yargılamanın iadesi kanun yolunun işlevini yerine getirmekteydi:

"Hüküm ve karar bir sahte sened üzerine vaki' olmuş veyahut tarafeynden birinin hükme medar olacak bir senedi olup da hasmın yed-i ketminde [hasmın elinde saklı] bulunduğundan dolayı mahkum bulunmuş olduğu halde müddet-i mehl-i istinaf ol sahte senedin hasmı tarafından ikrar ve tasdik veyahut bil-muhakeme isbat olunduğu ve ketm olunan sened dahi sahibine iade kılındığı veyahut bir suretle eline geçtiği tarihten itibar olunur. Şu kadar ki sened-i mektumun [ketmolunan senedin] yedinde geçtiği günü bir isbat-ı tahriri ile tebeyyün ettirmeye mecbur olacaktır."[445]

Benzer özellikte olmak üzere 185. maddenin tek cümleden oluşan ikinci fıkrasının ilk kısmı da süresi içinde istinaf yoluna başvurmayarak istinaf hakkının düşmesine sebep olan temsilci aleyhine tazminat davası açılmasına imkân vermektedir: " … ol müddet [istinaf müddeti] zarfında hukukça tarafeyn makamına kaim olanlar taraflarından istinaf olunmadığı cihetle mutazarrır olanların onlar aleyhine bidayet mahkemesinde dava etmeye hakları olacaktır."[446] Bu kanun hükmünde "taraf makamına kaim olan" ibaresi ile kastedilen temsil ilişkisi ve istinaf süresini kaçırdığı için aleyhine tazminat davası açılabilecek olanların çevresi geniş şekilde anlaşılmakta olup bu ibare davayı vekâlet ile takip eden temsilciyi kapsadığı gibi küçüğün kanunî temsilcisini, şirket müdürünü ve kamu kurum ve kuruluşlarını temsil eden kamu görevlilerini de kapsamaktaydı.[447]

Nihayet, zaman zaman kazuistik bir düzenleme şeklini benimseyen 1295 tarihli Kanun istinaf yoluna başvurabilecek tarafın istinaf süresi içinde ölmesi halinde mirasçılar için istinaf süresinin nasıl hesaplanacağı hakkındaki 184. maddesi de aşağıdaki gibidir:

---

[445] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 102.
[446] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 104.
[447] Ahmed Ziya, s. 548-549.

"Müddet-i mehl-i istinaf mahkum olan kimsenin vefatıyla tevkif olunup müddet-i bakiyenin ibtidası hükmün müteveffanın ikametgâhında vereseye tebliği tarihinden itibar olunur."[448]

Bugünkü usul hükümlerimize göre ise taraflardan birinin usulî bir sürenin devamı sırasında ölmesi halinde sürenin mirasçılar için nasıl hesaplanacağı hakkında özel bir hüküm yoktur. Bu durumdaki mirasçılar ancak eski hale iade usulünden (HMK m. 95 vd.) yararlanabilirler.[449]

1295 sayılı Kanun yukarıdaki hükümlere ilave olarak, istinaf süresi dolduğu için kesinleşen ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz yolu açık olduğu gibi, iade-i muhakeme yoluna da başvurulabileceğini öngörmekte idi ki bu dava, bugünkü hukukumuzdakinden farklı olarak (HMK m. 378) istinaf mahkemesinde görülen bir dava idi; Kanun'un 200. maddesine göre:

"Emr-i istinafta gerek tarafeyn muvacehelerinde vuku' bulan ve gerek gıyaben olup da itiraz ale-l-hükm için tayin olunmuş olan müddet zarfında aleyhine istid'a vuku' bulmayan hükm suret-i kat'iyyede addolunur. Ancak nizam-ı mahsusuna tevfikaten işbu hüküm aleyhine iade-i muhakeme caiz olup bu dahi vuku'unda yine mahkeme-i istinafta rü'yet ve kat' olunur."

Ancak aynı hüküm aleyhine hem temyiz hem de iade-i muhakeme yoluna başvurmak caiz olmayıp, bu yollardan birine başvuran tarafın diğerine yaptığı başvuru dinlenmezdi.[450]

7. İstinaf başvurusu ile ilgili hükümler

1295 tarihli Kanuna göre istinaf başvurusu, bugünkü usulümüze benzer şekilde kanunda belirtilen hususları içeren bir dilekçeyle yapılırdı (karş. HMK m. 342). İstinaf süresi içinde olmak kaydıyla şartlara uygun verilmeyen dilekçeler ile ilgili eksikliklerin tamamlanması ya da yeniden dilekçe verilmesi mümkündü (karş. HMK

[448] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 103.
[449] Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nin düzenlemesine benzer bir kanun hükmü İİK'nın 53. maddesinde yer almaktadır.
[450] Ahmed Ziya, s. 590.

m. 342). Ancak bugünkü istinaf usulümüz ile önemli bir farklılık teşkil edecek şekilde istinaf yoluna başvuran tarafın, istinaf dilekçesi ekinde haksız çıktığı takdirde karşı tarafa ödeyeceği yargılama masraflarının güvencesini teşkil etmek üzere resmiyet verilmiş bir kefaletname sunması gerekirdi. İstinaf başvurusunun ne şekilde yapılacağı hakkındaki 186. madde aşağıdaki gibiydi:

"İstinaf davası arzuhal takdimiyle olur *ve bu arzuhal doğrudan doğruya istinaf mahkemesine verilir* ve mahkemeye takdim ve kaydı tarihi dava-i istinafa mebde' addolunur. İşbu arzuhalde müste'nif ve müste'nef aleyhin isim ve şöhret ve san'at ve mahall-i ikametleri ve istinaf olunan hüküm ve karar ile ol hüküm ve kararın hangi mahkemeden sudûr etmiş ve müste'nife hangi tarihte tebliğ olunmuş olduğu ve istinafın esbabı kanunen tayin olunan müddet zarfında müste'nef aleyhin veyahut vekilinin mahkemeye gelmesi talebi ve müste'nif haksız çıkar ise müste'nef aleyhin istinaf muhakemesi masrafıyla kanunen tasdik olunacak masarif-i seferiye ve zarar ve ziyanın tazminine bir kavî kefil gösterilip mevki-i resmîden musaddak kefalet senedinin arzuhale rabt edildiği maddeleri tahrir olunmak lazım gelir. Şerait-i meşruhayı cami' olmayan istinaf istid'ası makbul olamayıp fakat müddet-i istinaf henüz tekmil olmamış ise noksan olan şerait ikmal edilir ve eğer yeniden istid'a tanzimine hacet görünür ise müste'nifin müceddeden istid'a takdimine hak ve salahiyeti olur."[451]

Belirtelim ki, 186. madde de sarahaten ilga veya tadil edilmemiş ise de, 1329 tarihli zeyil kanunun 22. maddesine göre zımnen tadil edilmiş sayılmalıdır. Ezcümle 186. maddede istinaf dilekçesi istinaf mahkemesine verilecek iken, zeyil kanunun 22. maddesinde müstenifin bulunduğu mahal mahkemesine de verilebilirdi.[452]

5 Haziran 1296 tarihli Sadaret tahrirat-ı umumiyesine göre de İstanbul dışındaki kişilerin istinaf ve temyiz başvuruları bakımından istinaf dilekçeleri doğrudan doğruya istinaf mahkemesine verilebileceği gibi ilk derece mahkemesine ve temyiz dilekçeleri de temyiz

[451] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 106. İstinaf dilekçesinin verilebileceği makamlar hakkında karş. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 107.
[452] Ahmed Ziya s. 600.

mahkemesine verilebileceği gibi istinaf mahkemesine verilebilirdi. Bu durumda, bugünkü usulümüzden farklı olarak (HMK m. 346(1)), dilekçe hangi mahkemeye verilmiş ise istinaf veya temyiz şartlarının yerine getirilip getirilmediğini o mahkeme incelerdi.[453]

Nihayet 1329 tarihli zeylin aşağıdaki 23. maddesi ile istinaf dilekçesinin davayı görecek istinaf mahkemesinden başka bir mahkemeye verilebilmesi genel kural haline getirildiği gibi, kefalet şeklindeki teminatın başka şekillerde de gösterilebileceği hükme bağlanmıştır:

"İstinaf için Usul-i Muhakeme-i Hukukiyede muayyen olan usul ve şerait kemakân [eskiden olduğu gibi] mahfuzdur. Şu kadar ki kefalet senedi yerine mahkeme-i istanifiyece takdir olunacak meblağın mahkeme veznesine tevdii ve kefalet için tayin olunan miktar üzerine kayden uhde-i tasarrufunda bulunan emvali gayrimenkulesine haciz vazı suretiyle teminat itası caizdir. - İstidada akçe depozitosu taahhüt edildiği surette mahkemece evvelemirde bunun miktarı tayin edilip vezneye tevdiini mübeyyin ilmühaber sureti diğer evrakla maan [birlikte] müstenif aleyhe tebliğ olunacaktır. - İstida davaya rü'yet edecek olan istinaf mahkemesinin gayri bir mahkemeye verilmiş ise mahkeme-i mezkure depozito akçesinin miktarını takdir ve rüsum-u saire ile beraber ahz ve ait olduğu istinaf mahkemesine ishal edecektir. Mamafih ait olduğu istinaf mahkemesinin işbu kefalet akçesi ve

[453] " … ba irade-i seniyye teessüs eden kaide iktizasınca mehakim-i nizamiye hukuka müteallik arzuhalleri doğrudan doğruya kabule mezun olmalarına nazaran istinaf şeraitinin bademe ne yolda icrası lazım geleceği bazı mahallerden istifsar olunmakta olup istinaf şeraitinin vilayetlerde hükm-i ibtidaiyeyi veren bidayet mahkemesi veyahut müstenif tarafından doğrudan doğruya istinaf mahkemesine müracaat olunur ise mahkeme-i istinafiye tarafından icrası ve temyiz şeraitinin dahi vilayetlerde ilam-ı müstenifi veren istinaf mahkemesi veyahut müstedi-i temyiz tarafından doğrudan doğruya mahkeme-i temyize müracaat olunur ise mahkeme-i mezkure canibinden icra olunması ve fakat Dersaadet'te müstenif veya müstedi-i temyiz olan eşhasın istinaf için bidayet mahkemelerinin ve umur-u temyiz için istinaf mahkemesinin vesatetlerine müracaatlarına mahal olmadığından istinaf şeraitinin doğrudan doğruya mahkeme-i istinafiye ve temyiz şeraitinin kezalik mahkeme-i temyiz marifetiyle icrası irade-i seniyyeye müstenid olan kaidei mevzua mezkurenin neticei tabiiyesinden olduğuna bina olvecile icabının icrası vuku bulan istizan üzerine Makamı Celileyi Sedareti Penahiyeden cevaben emir ve işar buyrulmuş olmakla ber-vech-i meşruh muamele icrası" 5 Recep 1296/ 12 Haziran 1295 (Düstur 1. Tertip, Cilt 4, s. 716).

teminat hakkındaki kararı itiraz vukuunda tadile salahiyeti olacaktır. Şu kadar ki mahkeme tadil hakkındaki kararının infazı için müstenife onbeş günü tecavüz etmemek üzere bir mehil ita edecek mehl-i mezkur mürurunda tadil kararı infaz edilmediği halde istinaf istidası reddolunacaktır. - İstinaf eden taraf istinaf arzuhaline ilamı ibtidaiye ile bidayeten teati olunan evrak ve levaih [layihalar] veya dava ve def'-i dava zabıtnameleri suretlerini raptetmek lazımdır."

1295 tarihli Kanundaki istinafa başvurma usulünün bugünkü usulümüzden önemli bir farkı şuydu ki, istinaf mahkemesine, istinafa başvuru dilekçesinden ayrı olarak ve bu başvuru dilekçesinin verilmesini izleyen bir haftalık süre içinde, istinaf sebeplerini açıklayan ikinci bir dilekçe sunulabilirdi. Bu konuyu düzenleyen 187. maddeye göre:

"İstinaf arzuhalinin mahkemeye itası tarihinden itibaren bir hafta zarfında müste'nif iddia ve itirazlarını şamil arzuhal varakası üzerine bend bend yazılmış bir kıt'a layiha tanzim ve istinaf arzuhali ve kefalet senedi ve mezkur layihanın birer kıt'a suretleriyle beraber istinaf mahkemesine takdim ederek mezkur suretleri ba'de-l-tasdik tarafeynin muhakemesi için kanunen tayin olunacak yevm-i mahsusu mübeyyin davetiye pusulası ile beraber müste'nef aleyhe tebliğ ettirmeye mecburdur."

Bugünkü uygulamamızda "süre tutum dilekçesi" adıyla anılan ve gerekçesi yazılmadan tefhim edilen mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulurken kullanılan dilekçelerin bu eski usulün uygulamadan düşmemiş bir bakiyesi olması ihtimali vardır.

8. İstinafın hükmün icrasına etkisi ile ilgili hükümler

1295 tarihli Kanunun sisteminde temyiz, bugünkü usulümüze benzer şekilde (HMK m. 367) taşınmazlar ve akar hakkındaki hükümlerin icrasını tehir ettiği halde, para ve taşınır teslimine ilişkin hükümlerin icrasını tehir etmezdi.[454] İstinaf ise, bugünkü usulümüzden

[454] Kanunun 224. maddesine göre "Temyiz istid'ası akar hakkında olan ilamın icra-i hükmünü tehir ederse de akçe ve emval-i menkule tahsili hakkında olan ilamın icra-i hükmünü tehir etmez. Ancak müsted'inin ind-el-temyiz haksız çıktığı takdirde mahkumbihi eda ve teslim edeceğine dair kefalet-i kaviye gösterir veyahut mahkum olan nukud ve eşyayı bir mevki-i resmîye depozito eder veya hasmı tarafından emlak ve

(HMK m. 350) farklı olarak bütün kararların icrasını tehir ederdi; Kanunun 189. maddesine göre:

"Bir hüküm *veya karar-ı karineyi* şamil olan ilamda ol hükmün *veya karar-ı karinenin* muvakkaten icrası derc olunmamış ise aleyhinde olan istinaf ilamının icrasını tehir eder."[455,456]

İstinaf edilen bir hükmün icrası ancak kefil gösterilmek kaydıyla, istinaf mahkemesinden alınacak bir "geçici icra edilebilirlik" kararı ile mümkündü; Kanunun 190. maddesine göre:

"İstinaf olunabilecek hüküm ve kararın muvakkaten icrası kanunen caiz olup da ilamda beyan ve tasrih kılınmamış olduğu takdirde müste'nef aleyh dava-i istinafın rü'yetinden evvel bir istid'a takdimi ve mahkeme-i istinafın netice-i hükmünde haksız çıkar ise meblağ-ı mahkumun reddi için bir kefil iraesi ile[457] muvakkaten icrasını mahkeme-i istinaftan talep edebilir. Kezalik bidayet mahkemesi suret-i kat'iyyede hükme mezun olduğu halde verdiği ilamda hükmün nev'ini tasrih etmemiş veyahut derece-i evvelîde diye tasrih eylemiş ise müste'nef aleyh ol hükmün muvakkaten icrasını kaide-i mezkureye tatbikaten talep edebilir,"[458,459]

Kanunun 191. maddesine göre kanunen geçici olarak icrası caiz olmayan bir karar hakkında ilk derece mahkemesi kararında bu kararın geçici olarak icrasının mümkün olduğu yazılmış ise, bu kere aleyhine istinaf yoluna başvurulmuş olan davalı istinaf mahkemesine

---

emvali hacz olunmuş veya taht-ı tevkife alınmış bulunur ise hükmün icrası tehir olunur. - Zikr olunan kefalet ve teminat temyiz istid'asının itasından sonra dahi verilebilir. Ve her ne vakit verilir ise icra maddesi tehir kılınır. Depozito edilecek akçe ve eşya Dersaadet'de Adliye Nezareti veznesine ve taşrada mal sandıklarına ba-ilmühaber vaz' ve teslim olunur."

[455] 177. madde yerine kaim olan ve Kanuna 1329 yılında ilave edilen 66. madde karşısında, maddede iki kere geçen "veya kararı karinenin" ibaresi konusuz kalmıştır.

[456] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 109.

[457] Geçici icra talebinde bulunan davacının kefil göstermesi zorunluluğunun istisnası olmak üzere, 1329 tarihli zeyil kanunu ile davalının ikrarına dayanan hükümler bakımından bu şartın aranmayabileceği öngörülmüştür (1329 tarihli zeyil kanunu m. 43).

[458] 190. maddenin ikinci cümlesi kanunen sadece belirli mahkeme kararlarına tanınmış olan iki dereceli yargılama imkânının ilk derece mahkemesinin hatalı olarak verdiği karar ile de olsa diğer mahkeme kararlarına teşmiline cevaz vermeyen 174. madde ile çeliştiği hakkında bkz. yukarıda dipnotu 73.

[459] Benzer şekilde kz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 110.

başvurarak hükmün geçici olarak icrasını yasaklayan bir karar talep edebilirdi:

"Bidayet mahkemesi kanunen icab etmediği halde bir hükmün muvakkaten icrasına karar vermiş ise müste'nif müste'nef aleyhi serian mahkeme-i istinafa usulü veçhile celb ve davet ettirerek ol hükmün muvakkaten icrasını men' ettirmeye salahiyeti vardır. Bidayet mahkemesinin kanunen mezun olmayarak derece-i kat'iyyede vermiş olduğu hükmün muvakkaten icrası hakkında dahi işbu kaide caridir."[460]

İstinafın hükmün icrasına etkisi hakkındaki bu düzenleme yeni bir İcra ve İflas Kanununun hazırlık çalışmalarının sürdüğü bu dönemde, bugünkü hukukumuz bakımından da örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

9. İstinaf mahkemesinde tahkikat ve yargılama ile ilgili hükümler

Bugünkü istinaf sistemimizde olduğu gibi (HMK m. 360), 1295 tarihli Kanun'un sisteminde de bir hüküm mahkemesi olan istinaftaki tahkikat ve yargılama kural olarak ilk derece mahkemelerindeki tahkikat ve yargılama usulüne tabi idi; Kanun'un 195. maddesine göre:

"Muhakemat hakkında mehakim-i ibtidaiyede cari olan usul ve kavaid-i saire mahkeme-i istinafta dahi ayniyle mer'i olacaktır".[461]

Ancak yine bugünkü istinaf sistemimizde olduğu gibi (HMK m. 357(1)) 1295 tarihli Kanunda da istinaf mahkemesinde yeni iddialar ileri sürülemez; yeni iddiaların incelenmesi istinaf mahkemesinin görevi dışında sayılırdı.[462] Fakat bu kuralın istisnaları bugünkü usulümüzde olduğundan daha fazla idi. Daha önce ileri sürülmemiş olan takas savunması ilk defa istinafta ileri sürülebilirdi. İlk derece

[460] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 111.
[461] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 116.
[462] "… istinaf mahkemesinin vazifesi bidayeten sebk eden dava ve sadır olan hükmü -esbabı kanuniye mevcut olur ise- tekrar rü'yet ile icabına göre hükm-ü vakiyi ya tasdik veya ıslah ve tadil etmekten ibaret olduğu cihetle bidayeten dermeyan edilmemiş olan bir iddiayı rü'yet etmesi … vazifeyi derecat noktasından muhalif-i kanundur."Ahmed Ziya, s. 574.

mahkemesinin verdiği karardan sonra işleyen faiz ve kira ile bunlara ilişkin masraflar ve yine ilk derce mahkemesinin kararından sonra doğan zararlar ilk defa istinaf mahkemesinde talep edilebilirdi. Nihayet istinafta yeni deliller ikame edilmesi de caizdi. Kanunun 192. maddesine göre:

"İstinafta yeni bir dava yani derece-i ûlâ mahkemesinde dermeyan olunmuş olan iddialardan başka bir dava ihdası caiz olmaz. Fakat asıl iddia olunan akçe mukabilinde takas ve mahsub ettirmek iddiası veyahut iddia-i aslîyi cerh veyahut ibtal veya teyid edecek delail-i cedide ibrazı ve derece-i ûlâda terettüb eden hükümden sonra asıl müddeabihin işlemiş olan güzeşte ve icar ve buna müteferri' olacak masraf ile hükmü mezkurdan sonra vuku bulacak zarar ve ziyan iddiaları mesmu' olur."[463]

1329 tarihli zeylin 26. maddesine göre istinaf mahkemelerinde sözlü yargılamanın nasıl yapılacağı ve hükmün nasıl verileceği bakımından da ilk derce mahkemelerinde uygulanan usul geçerli idi.

10. İstinaf dilekçesine cevap verilmemesi ve duruşmaya gelinmemesi ile ilgili hükümler

1295 tarihli Kanunun istinaf usulünde, istinafa cevap verilmemesi halinde bugünkü usulümüzde olduğu gibi sadece istinaf dilekçesi dikkate alınarak karar verilebilirdi. İstinaf edenin duruşmaya gelmemesi halinde ise diğer tarafın talebi halinde istinaf talebi hakkında istinaf edenin yokluğunda karar verilebilirdi. Bu şekilde verilen karar aleyhine itiraz ale-l-hüküm yolu (m. 151 – 160) açık idi. Kanunun 188. maddesine göre:

"187. maddede zikrolunan suretlerle davetiye pusulası müste'nef aleyhe tebliğ olunduğu halde bu dahi davet olunduğu güne değin cevaplarını mübeyyin ve arzuhal varakası üzerine muharrer bir kıt'a layiha vermeye ve kanunen tayin olunan ihzar müddeti zarfında gerek müste'nif ve gerek müste'nef aleyh bizzat mahkeme-i istinafa hazır olmaya veyahut murahhas vekil göndermeye mecburdur. Hilafı takdirinde hazır bulunan tarafın talebi üzerine gıyaben hükm

[463] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 113.

olunabilir. Fakat bu suretle mahkum olan şahıs şerait-i kanuniyeye tevfikan mahkeme-i istinafta itiraz ale-l-hükm edebilir.[464]"

1329 tarihli zeylin 25. maddesine ile ilk derece mahkemelerinde uygulanan gıyap usulünün istinaf mahkemelerinde de cari olacağı kabul edilmiştir.

1295 tarihli Kanunun ilk derece mahkemesinde takipsiz bırakılan davanın düşmesi hakkındaki 118. maddesine göre "mahkemeye arzuhal veren altı ay mahkemeye müracaat etmez ise zikrolunan arzuhal iptal edilir ve müceddeden [yeniden] arzuhal vermedikçe davası istima' olunmaz." Davanın istinaf mahkemesinde takipsiz bırakılması hakkındaki 194. madde ise davanın reddinin müstenif aleyhin talebine bağlı olması ve müstenifin geçerli bir özür beyan etmesi halinde istinaf talebinin düşmesine karar verilmeyecek olması bakımından farklılık arz etmektedir:[465]

"Müste'nif davasını altı mah [ay] bila özr-i mütemadiye terk eder ise müste'nef aleyhin istid'ası üzerine istinaf davasının sukutuna karar verilir ve ol halde bidayet mahkemesinin hükmü suret-i kat'iyyede verilmiş addolunur."[466]

11. İstinaf mahkemesinin kararı

1295 tarihli Kanun'un ilk şeklinde istinaf mahkemelerinin ne şekilde karar verebileceği 196. maddede düzenlenmiş olup, bu hüküm aşağıdaki gibiydi:

"Eğer istinaf davası usul ve kaidesine tevfikaten icra olunup da zata [zaten][467] bi-esas olduğu tebeyyün eder ise red olunup, bidayet mahkemesinin hüküm ve kararı tasdik olunur. Ve bilakis istinaf

[464] Bu durumda itiraz ale-l-hüküm davası istinaf mahkemesinde görülürdü; Kanun'un 199. maddesine göre: "Mahkeme-i istinafta gıyaben vuku' bulan hükümler aleyhine itiraz olunduğu halde işbu itiraz ale-l-hükm davası usul ve kaide-i mahsusası üzerine mahkeme-i istinafta rü'yet olunur."

[465] Ahmed Ziya, s. 387, 579.

[466] Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'nin benzer 115. maddesi hükmünde bu süre üç yıl idi.

[467] Düstur metninde "zata" olarak yazılan bu kelimenin "zaten" olması gerekir; Ahmed Ziya, s. 585'te de böyle yazılmıştır.

hususu haklı olduğu tahakkuk ettiği takdirde bidayet mahkemesinin ilamı fesh ile dava yeniden rü'yet ve hükm olunur."[468]

Ancak 196. madde uygulamada şikâyetlere yol açmıştır. Çünkü bu maddenin uygulamasında, ilk derece mahkemesi kararlarının esasa etkili olmayan sebeplerle de kaldırıldığı hallere rastlamakta, bu da ilk derece mahkemesindeki yargılamayı tekrar etmek ve özellikle yeniden duruşma açmak gerekliliğini ortaya çıkardığı için, usul ekonomisi bakımından sakıncalı görünmekte idi.[469] Bu sakıncayı gidermek üzere, 1329 tarihli zeyil kanununun 24. maddesiyle 196. madde "makamına kaim olmak üzere" yeni bir hüküm vazolunmuştur. 24. madde şöyledir:

"Mahkeme-i istinafiyece hükmü ibtidaiyenin usul ve kanuna muvafık olarak ita ettiği tahakkuk ederse itirazat ve esbabı istinafiyenin esbab-ı reddiyesi birer birer beyan ve irae olunarak hükm-i mezkur tasdik olunur. Bilakis istinaf olunan ilamda şeklen veya esasen nevâkıs [noksanlar] ve mugayir-i kanun muamelat ve hükümler mevcut olduğu takdirde tetkikat icrasıyla noksanı ikmal ve ıslah edildikten sonra bilmüzakere nevâkıs ve hatâiyyât-ı mezkure netice-i hükme tesir etmemiş ve hüküm esas itibariyle muvafık-ı kanun bulunmuş olduğu halde bidayet ilamı kezalik tasdik olunur. Ancak ikmal ve ıslah edilen nevâkıs ve muamelat netice-i hükme tesir etmiş veyahut hükm-i vaki zaten mugayir-i kanun bulunmuş olduğu halde ilam-ı ibtidaî karar-ı vahidle kısmen veya tamamen bilfesih ita-i hükmolunur."

Ahmed Ziya zeyil kanunun en önemli hükümlerinden biri olduğunu ifade ettiği 24. maddeyi aşağıdaki gibi şerh etmektedir: "Demek oluyor ki bir ilamda şeklen veya esasen bazı nevâkıs ve hatâiyyat görüldüğü surette eski usul mucibince yapıldığı gibi evvela ilamın fesih ve bade davanın istinafen rü'yeti gibi külfetlere hacet kalmadan bu nevâkıs ve hatâiyyat ikmal ve ıslah edildikten sonra, eğer bunlar zat-ı hükme tesir ediyor ise hüküm ibtidaiyede ıslah olunur. Bilakis nevâkıs ve hatâiyyat-ı mezkure zat-ı hükme tesir etmemiş ve

[468] Karş. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 117: Bu madde 1295 tarihli Kanunun 196. maddesinden farklı olarak "…dava yeniden rü'yet ve hükm olunur" ifadesi yerine "… haksız olduğu tebeyyün eden maddeleri ıslah kılınacaktır" ifadesi kullanılmıştır.

[469] Ahmed Ziya, s. 585.

hükm-i mutâ netice itibariyle muvafık-ı kanun bulunmuş ise ilamı ibtidaiye tasdik olunur./Fakat bidayet mahkemesinde dava esasa girişilmeksizin reddolunmuş veya hilafı salahiyet hükmedilmiş olduğu takdirde istinaf mahkemesi hükm-i ibtidaiyeyi fesih ile beraber, davayı ait olduğu mahkemeye tevdi eyler.[470]"

24. madde hükmünün mülga HUMK'da (436/2) ve bugünkü HMK'da (m. 370 (2)) yer alan düzelterek onama müessesesinin ilk şekli ve kaynağı olma ihtimali vardır.

1295 tarihli Kanun'un istinaf mahkemelerinin ilga edildiği 1340 yılı itibarıyla uygulamada olan son halinde istinaf mahkemesinin ne şekilde karar verebileceği hakkındaki tek hükmün, 1329 tarihli zeylin anılan 24. maddesi olduğu söylenebilir. Kanunun bu konu ile ilgili olan 197. maddesinin karar-ı karinenin istinaf edilebileceği hakkındaki ilk cümlesi 1313 tarihli zeyil ile, açıkça ilga edilememiş olmakla birlikte, hükümsüz kalmıştır.[471] Aynı 197. maddenin "Derece-i evvelî mehakiminden verilen karar kat'î olup da istinafça feshi iktiza eder ise esas davayı fasl ve hükm eder" şeklindeki ikinci cümlesinin hükmü ise zaten 1313 tarihli zeylin 24. maddesinin son cümlesinde mündemicdir.[472]

Yargılama masrafları bakımından 198. madde istinaf aşamasında haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini ödemeye de mahkum edileceğini öngörmektedir.[473] Bu hükmün, tarafların kısmen haklı çıktıkları hallerde yargılama giderlerinin paylaştırılacağı hakkındaki 138. maddeyle birlikte uygulanırdı.

IV. Sonuç

Tanzimat dönemi hukukumuzdaki temel kanunlar Kıta Avrupası hukukunun kavramlarının benimsenmesi ve buna uygun hukuk terminolojisinin oluşturulması bakımından Cumhuriyet dönemi hukukumuzdaki temel kanunların öncüsü niteliğindedir. Bu bakımdan

---

[470] Ahmet Ziya, s. 585 – 586.
[471] Bkz. yukarıda hangi kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabileceği hakkındaki açıklamalar.
[472] Bkz. Ahmed Ziya, s. 588 – 589.
[473] Benzer şekilde bkz. Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname m. 119.

1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'in zeyli olan 1860 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname tecrübesinden sonra yürürlüğe giren 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati, bu kanuna yapılan ekler de dikkate alındığında, Türk medeni usul hukuku alanında bir olgunluk dönemini temsil etmektedir. Mahkemeler teşkilatını yeniden düzenleyen 1 Mayıs 1924 Adlî İnkılabına kadar uygulamada kalan kanun yolu sistemimiz de bu özellikleri göstermektedir.

Bu bağlamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun temelini teşkil eden 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kullanılan kavram ve terimler bakımından 1879 tarihli usul kanunumuzun devamcısı sayılabilir. Şu var ki Tanzimat dönemindeki temel kanunların mehazları Cumhuriyet dönemindeki temel kanunların mehazlarından farklı olduğu için, her iki döneme ait kanunların önemli farklılıkları da bulunmaktadır. Buna göre Tanzimat dönemi hukukumuz sadece hukuk tarihi bakımından önemli olmayıp – deyim yerindeyse - karşılaştırmalı hukuk kaynağı olmak değerini de taşımaktadır.

1879 tarihli medeni usul kanunumuzun istinafa ilişkin hükümleri ve bu kanun hükümleriyle ilgili ilmî ve kazaî içtihatlar bu anlayışla ele alındığında ilgi çekicidir. Bu eski kanunumuzun hükümleri arasında yeni hukukumuza ve yeni hukukumuzda süren uygulamalara ait "düzelterek onama" ve "süre tutum dilekçesi" gibi müessese ve terimlerin ilk izlerine rastlamak mümkün olduğu gibi hatta kanımca "istinafın hükmün icrasına etkisi" bahsinde görüldüğü üzere, yeni yapılacak temel kanunlar ile ilgili hazırlık çalışmaları bakımından örnek alınabilecek düzenlemeler de bulunmaktadır.

1879 tarihli medeni usul kanunumuz örneğinde görüldüğü üzere, eski hukukumuzun Cumhuriyet'ten önceki son döneminde kaleme alınan ilmî içtihatlar bugünkü hukuk literatürü karşılaştırılabilecek nitelikte olup, bu eserlerin modern Türk hukuk doktrinin bir parçası sayılması gerekir. Bu küçük çalışmayı 1879 tarihli medeni usul kanunu ile ilgili değerli bir şerh kaleme alan Ahmed Ziya'yı saygıyla anarak bitirmek isterim.

KAYNAKÇA

Ahmed Ziya, Usul-ü Muhakemeyi Hukukiyye Kanunu Şerhi (İstanbul: Cihan Matbaası, 1339 - 1341).

Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkâm Fi Şerhi Mecellet'il-Ahkâm (İstanbul: Hukuk Matbaası, 1330).

Apaydın, Bahadır, "1296/1879 tarihli Ûsul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 35-36 (2007).

Aydın, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 14. Bası, İstanbul 2017.

Belgesay, Mustafa Reşit, "Tazminat ve Adliye Teşkilâtı", Tanzimat I, İstanbul, 1940.

Bilge, Necip, Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme (Ankara 1973).

Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Ankara 1996).

Budak, Ali Cem / Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.

Budak, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması (İstanbul: Beta 2000).

Gürzumar, Fikri / Tekin Gürzumar (yeni harflere çevirenler), Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962.

Hıfzı Veldet, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tazminat, Tanzimat I, İstanbul, 1940.

Hüseyin Galib, Kamus-u Hukuk, İstanbul 1305.

Kenanoğlu, M. Macit, "Nizamiye Mahkemeleri" maddesi, Türkiye Diyanet Vakfi İslam Araştırmaları Merkezi-İslam Ansiklopedisi (2007).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 1, İstanbul 2001.

Seyitdanlıoğlu, Mehmet, "Tanzimat Dönemi'nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)", Halil İnalcık Adalet Kitabı, yayına hazırlayanlar: Bülent Arı / Selim Aslantaş, 2. Bası, İstanbul 2015.

Şentop, Mustafa, Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf (XIX. ve XX. Yüzyıl), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1995.

Tevfik Tarık, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ve Mevadı Müzeyele ve İzahnamesi, İstanbul 1327-1329 (1911).

Yorgaki, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati, yayına hazırlayanlar: Ahmed Talat–Hacı Mahmud Tahir, Dar-ül-hilâfe 1329 (Yorgaki – Usulü Muhakemat).[474]

Yorgaki, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati, yayına hazırlayanlar: Ahmed Talat–Hacı Mahmud Tahir, Dar-ül-hilâfe 1329 (Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı).

[474] Yorgaki Efendi'nin her ikisi de 1329 yılında ve aynı başlıkla yayımlanan fakat içerikleri farklı olan iki ders notu vardır. Müellifin öğrencileri tarafından hazırlanan ve kendisi tarafından da gözden geçirilen bu kitapların biri Mahkeme Teşkilatı Kanununun diğeri Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nin şerhi şeklindedir. Metinde bu kitaplardan birine "Yorgaki – Mahkeme Teşkilatı" diğerine "Yorgaki – Usulü Muhakemat" şeklinde atıf yapılmıştır.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Gerçekten oturum başkanlığı çok fazla yapmadığım için. Ama çileli bir işmiş. Çünkü ilgiyle izliyorduk. Sözünüzü kesmek de tereddüt ettim. Selçuk hocanın bakışlarıyla kesebildim. Çünkü çok enteresan şeyler anlatmaya başladınız. Tam böyle sorularla detaylandırabiliriz tartışmalar kısmında. Yapılamayacak işler sayı, süre gibi son derece ilginç konularda açıklamalarda bulunduğunuz anda kesmek zorunda kaldık. Bu değerli tebliğiniz için de size çok müteşekkiriz. Evet şimdi genç bir arkadaşımız karşılaştırmalı hukuk çalışması bize sunacak. Kendisini tanıtmak istiyorum, öncelikle. Gazi Anadolu Lisesi mezunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimini tamamlamış, Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN. Daha sonra İstanbul Anadolu Üniversitesinde yüksek lisans ve doktorasını tamamlamış. Önemli Fransız modeli üzerinde konuşmanız. Çünkü ben frankofon değilim ama. İstinaf modeli açısından Fransız modelinin çok iyi incelenmesi lazım. İstinafı karşılaştırmalı hukuk yöntemleriyle incelemediğimiz zaman temyizi de yazamıyoruz. Çünkü şimdiki temyiz öylesine bir temyiz değil. Anlayabilmeniz için asıl yargılamanın yükünü taşıyan istinaf modelini anlayabilmemiz lazım. Şimdi çok uzun yıllardır bir istinaf sistemini bütün ülke çapında uygulayan Fransa'dan anlatacaklarınız, daha önce de bu konuda bu alanda karşılaştırmalı hukuk çalışmaları yapıldı, çok önemli. Çünkü dediğim gibi temyizi anlamanın ön şartı istinafı anlamak. Temyiz istinafın olmadığı modeldeki temyize aynı istinafın olduğu sistemdeki temyize uyarlayamazsınız. O bambaşka bir şeydir. Çok büyük bir çalışma gerektirir. Üstelikte temyiz dün sabah yaptığım, sunduğum tebliğde belirttiğim üzere giderek daralan ve istinafa daha çok yer açan bir model olarak karşımıza çıkıyor. O bakımdan size müteşekkirim. Böyle bir başlık seçtiğiniz için. Sizi ilgiyle dinleyeceğiz. Buyurunuz.

FRANSIZ HUKUKUNDA İSTİNAF MODELİ

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN*

1. Teşekkür ederim Nevhis Hocam.

Kıymetli Başkanım, Kıymetli Hocalarım, Kıymetli Meslektaşlarım sizleri saygıyla selâmlıyorum. Her şeyden önce bana bu tebliği sunmak imkanını taşıyan organizasyon komitesinde yer alan Sayın Hocalarıma, Selçuk Hocama, Ali Cem Hocama, Müjgan Hocama ve bu organizasyonda emeği geçen herkese teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

Konumun başlığı "Fransız Hukukunda İstinaf Modeli" olarak belirlendi. Şüphesiz son derece geniş bir konu. Üstelik bu konuyu aldıktan kısa bir süre sonra, Fransız Hukukunda da 2017 yılında yürürlüğe giren bir Kararname ile çeşitli değişiklikler getirildiğini gördüm (bkz. *Décret n^{o} 2017-891 du 6 mai 2017*).

Bilginiz olduğu üzere, istinaf özelinde yazılmış çok fazla monografi var. Bu sebeple, şöyle düşündüm: Bizi, Türk hukukçularını hangi konular doğrudan ilgilendirebilir veya bir karşılaştırma yapılmaya müsait konular ekseriyetle neler olabilir. Tespit edebildiğim hususları elimden geldiği ölçüde sizlere aktarmaya çalışacağım:

2. Hiç şüphe yok ki, Fransız Hukuku İstinaf kanun yolu bağlamında Türk Hukuku için önemli bir örnek teşkil etmektedir. Durum gerek tarihsel gerek güncel bakımından, Ali Cem Hocamın da arz ettiği gibi, bu şekildedir.

Osmanlı dönemindeki düzenlemelere de baktığımız zaman, tamamıyla değil belki, fakat belli ölçüde o dönemin kanun koyucusunun Fransız Hukukundan, 1806 tarihli Medenî Usul Kanununun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinden etkilendiğini görüyoruz. Diğer taraftan Cumhuriyet döneminde yapılan kanunlaştırma çalışmalarında, ki esasen Medeni Usul Kanunu tasarılarımızın ilkinde de Fransız Hukukunun etkisinin bir ölçüde devam ettiğini tespit edebiliyoruz.

* Anadolu Üniversitesi.

Son tahlilde Fransız hukukunun Türk istinaf modeli bakımından güncel bakımdan da önemli bir örnek teşkil ettiği kanısındayız. Nitekim istinaf uygulaması, Cumhuriyet hukukunda bir yılı henüz tamamlamış durumdadır. Özellikle, istinaf aşamasında, bölge adliye mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamı noktasında yapılan tartışmalar bağlamında, Fransız hukukunun meseleyi ele alış biçimi, bizler için farklı bir bakış açısı sunmaktadır.

Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, kanun yoluna ilişkin bildiğimiz pek çok kavram veya ayrım, özünde Fransız hukuku kaynaklıdır. Öte yandan Fransız hukuk sisteminin, istinaf özelinde kendisini sürekli yenilediğini görmekteyiz. Bu mesele, kendisini çok farklı boyutlarda göstermektedir:

Bu bağlamda ilk olarak Fransız hukukunda istinaf kanun yolunun yapısına ilişkin hususlar hakkında, kısa bazı açıklamalarda bulunacağız. Nihayetinde, istinaf kanun yolu özelinde Fransız hukukunda henüz bu sene yapılan ve 1 Eylül 2017'de yürürlüğe giren Kararname konuya ilişkin önemli değişikliklere yer vermektedir (*Décret no 2017-891 du 6 mai 2017*).

3. Burada Türk hukuku bakımından en ilgi çekici olan noktalardan biri, en azından bilinen yönüyle, Fransız hukukunun genel olarak geniş istinaf sisteminin benimsendiği bir hukuk düzeni oluşudur. Ne var ki, Fransız hukukunda her ne kadar "geniş istinaf sistemi" uygulanıyorsa da meselenin bu kadar basite indirgenemeyeceğini görmekteyiz. Çünkü, belli bazı temel kaygılar sebebiyle, istinaf incelemesinin kapsamı bakımından getirilen bazı sınırlamalar bu sistem özelinde de mevcut bulunmaktadır.

4. *Fransız hukukunda kanun yollarının genel çerçevesi:* İstinaf kanun yolunun Fransız hukukundaki yerini ortaya koyabilmek için kısa da olsa, bu hukuk düzeninde kanun yollarının genel çerçevesinden söz etmemiz yerinde olacaktır. Fransa'da kanun yolları bakımından öğretide dile getirilen çeşitli ayrımlar bulunmaktadır. Öte yandan Fransız Medenî Usul Kanunu m. 527 hükmünde işaret edilen geleneksel ayrım, olağan – olağanüstü kanun yolu ayrımıdır.



Nitekim bu ayrım içerisinde, temyiz kanun yolu, bir olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmektedir.

Fransız öğretisinde dikkate değer bir diğer ayrım ise, özellikle temyiz kanun yolu ile istinaf yolunun birbirlerini tamamlıyor oluşunu ön plana almaktadır. Hiç şüphe yok ki bu ayrım, uyuşmazlığın ne ölçüde üst mahkemeye aktarıldığını, bu bağlamda istinaf mahkemesinin denetim yetkisinin kapsamını dışlamamaktadır. Buna göre, istinaf ve temyiz birer alelade kanun yoluyken, diğer hukukî çareler, özel (hususî) birer kanun yolu şeklinde değerlendirilebilmektedir.

5. *Fransız hukukunda istinaf kanun yolunun temelleri:* Fransız hukukunda istinaf kanun yolunun temelleri bağlamında özellikle şu hususların aktarmaya değer görüyoruz:

Bu sistemde yargılamanın iki dereceli olması, "*bonne justice*" olarak ifade edilen, mükemmel adaletin ve uyuşmazlığın bir kez daha incelenmesinin, onun bir kez daha yeniden ele alınmasının teminatı olarak kabul edilmektedir.

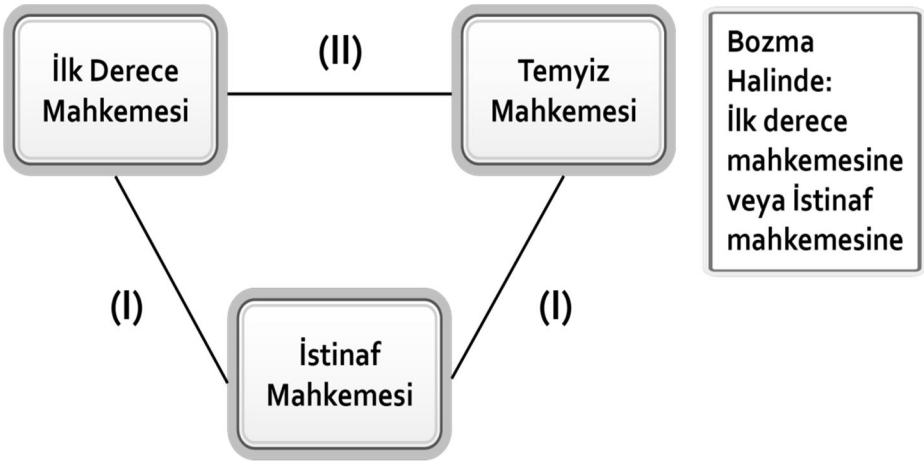
Ne var ki, Fransız Anayasa Konseyi, iki dereceli yargılamanın varlığına tek başına bir Anayasal bir değer atfetmemektedir. Nitekim istinaf yoluna getirilebilecek sınırlamalar bakımından, Fransız Anayasa Konseyinin 2004 yılında verdiği bir kararda bu nokta vurgulanmaktadır (bkz. Cons. const. 12 Şubat 2004, 2004/491). Aynı şekilde gerek Fransız Danıştay'ının gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, iki dereceli yargılamanın adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından şart olmadığına içeren kararları da mevcuttur

(örn. bkz. CE, 17 Aralık 2003 (zikreden, Ferrand (2008), n^{o} 4, s. 6); AİHM, 26 Kasım 1984, De Cubber/Belçika, 9186/80).

Bunun Fransız hukuku bakımından pratik sonucu şudur: Her ne kadar ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar aleyhine, istinaf kanun yolu olabildiğince açık tutulmaktaysa da bazı kararlar aleyhine bu yolun kapalı tutulması, bir yargısal temel hakkın ihlali anlamına gelmemektedir. Bu noktada Fransız hukukçuları da iki dereceli yargılamanın mevcudiyetinin tek başına bir anlam taşımadığını belirtmekte, önemli olanın bu yolların ne ölçüde seri ve etkin olduğuna işaret etmektedirler.

Son tahlilde istinaf yolu, temelde, geleneksel olarak iki hususu hedef tutmaktadır: İlk derece mahkemesi kararının düzeltilmesi, yerine göre bu kararın yeniden inşası, belli hallerde ise, ilk derece mahkemesi kararının iptali.

6. Takip eden başlıklarda bu incelemenin konusu ve kapsamı üzerinde daha detaylı durmaya çalışmakla birlikte bu noktada kısaca bir hususu daha arz etmek istiyoruz:



Fransız hukukunda, şayet istinaf yolu açıksa, dosya ilk etapta istinaf mahkemesine gitmektedir. Son derece basit bir şema ile arz etmeye çalıştığım üzere, **(1)** ile ifade ettiğimiz husus, burada kural olarak, sınırlı bazı hususlar hariç, dosyanın istinaf incelemesi sonucunda yeniden ilk derece mahkemesine dönmesi söz konusu değildir: Burada istinaf başvurusu reddedilebilir; ilk derece mahkemesi

kararı iptal edilebilir, bu bağlamda salt iptal kararı ile yetinilebilir yahut yeniden esas hakkında karar verilebilir.

Nihayet, istinaf mahkemesinin verdiği karar üzerine, şayet temyiz kanun yolu açıksa, dosya temyiz edilebilir. İşte bu faraziyede temyiz mahkemesinin (*Cour de cassation*) istinaf mahkemesinin kararını bozması üzerine dosya ya ilk derece mahkemesine ya istinaf mahkemesine gönderilmektedir.

İkinci (2) ihtimal ise, istinaf yolunun kapalı olması faraziyesinde, dosyanın doğrudan temyizidir. Bu ihtimal inceleme konumuzun kapsamı dışındadır.

7. *İstinaf mahkemelerinin örgütlenmesi ve istinaf aşamasında geçen süre:* Fransa'da (2016 yılı bakımından geçerli veriler itibariyle) toplam otuz altı istinaf mahkemesi bulunmaktadır. Öte yandan bu istinaf mahkemelerinin her biri, bulundukları yargı çevrelerinde, hukuk, ticaret, sosyal güvenlik ve ceza olmak üzere, çeşitli dairelere ayrılmış durumdadır.

İstinaf mahkemesinin bu denli yaygın şekilde örgütlenmesi, ilk etapta ister istemez, istinaf yolunun olabildiğince açık tutulması ve aktarıcı etkinin de bu denli geniş olması bakımından bir avantaj sağlamaktadır.

Ne var ki mevzu bahis, istinaf mahkemelerine başvuru sayısı ile istinafta geçen süreye geldiği zaman, Fransız kanun koyucusunun istinaf incelemesinin kapsamı özelinde neden güncel bazı adımlar attığını anlamak da mümkün hâle gelmektedir. 2014 yılı itibariyle istinaf mahkemelerine toplam 252.000'e yakın başvuru yapılmıştır. İstinaf aşamasında geçen süre ortalama on iki ay, üstelik, bu başvuruların önemli bir kısmı on altı aydan uzun bir sürede sonuçlandırılabilmiştir. Özellikle geçici koruma tedbirleri bağlamında uygulama alanı bulan seri yargılama usulüne (*référé*) ilişkin kararlar bakımından ise bu süreler yaklaşık iki ilâ üç ay şeklinde ifade edilmektedir. Nitekim İstinaf konusunda kaleme alınan ulusal raporlarda bu sürelerin uzunluğuna da dikkat çekildiğini görmekteyiz.

8. *İstinaf yoluna ilişkin güncel tartışmalar ve yapılan değişiklikler:* Burada esasen Fransız hukukunda istinaf yolunun iki temel özelliği arasında bir dengenin sağlanması zorunluluğuna dair yapılan tartışmalar *(9)* ile 6 Mayıs 2017 tarih ve 891 sayılı Kararname ile amaçlanan hususlar *(10)* hakkında açıklamada bulunmak istiyoruz.

9. Birincisi bakımından, istinaf, taraflara her şeyden önce, iki dereceli bir yargılama imkânını sağlamaktadır. Nitekim Fransız hukukunda kabul gören yaklaşım da taraflardan her birinin davasının bir kez daha üst derece hâkimleri tarafından yeniden ele alınması hakkına sahip oldukları yönündedir.

Bununla birlikte söz konusu yaklaşım biçiminin mutlak şekilde egemen olması, istinafın ilk derece mahkemesi kararı aleyhine başvurulan bir kanun yolu olduğunu ikinci plana atmaktadır. Ötesi, bu durum, gayet iyi bilindiği üzere, ilk derece yargılamasını taraflar açısından önemsiz hale getirme riskini barındırmaktadır.

Fransız hukukunda istinaf özelinde tartışılan temel meselelerden biri, hem geniş istinafın kabul edilmiş olması hem de istinafın aynı zamanda bir kanun yolu olmasından kaynaklı olarak, bu iki temel özellik arasında bir dengenin kurulması zorunluluğudur. Nihayetinde Fransız hukuku da, diğer hukuk sistemleri gibi, bu iki hususu, kendi hukuk sisteminin yapısı ve gelenekleri çerçevesinde uzlaştırmaya çalışmaktadır.

10. Nitekim Fransız hukukunda istinaf kanun yolunun amacı, geleneksel olarak hükmün bir kez daha yeniden ele alınması, bu sayede verilen kararın düzeltilmesi ve pek çok halde yeni bir karar verilmesi yahut iptali şeklinde tarif edilegelmiştir. Bununla beraber istinaf kanun yolunun amacının, 6 Mayıs 2017 tarihli Kararname ile yeniden tanımlandığına dikkat çekilmektedir.

Artık, istinafın aslî amacı, ilk derece mahkemesi hâkimleri tarafından verilen kararın eleştiriye tâbi tutulması, biraz daha açık bir söyleyişle denetlenmesi ve düzeltilmesi şeklinde tarif edilmektedir.

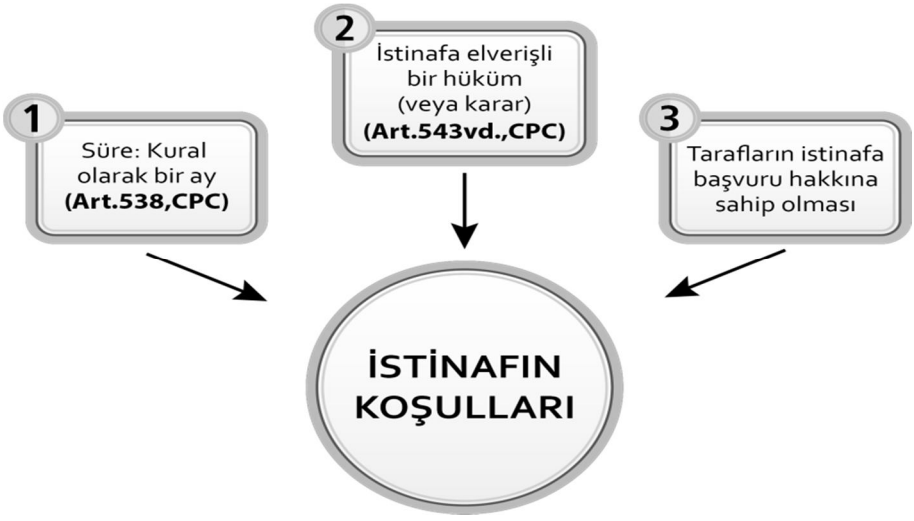
İlk bakışta bu Kararname ile aslında haklı olarak çok da radikal bir değişikliğin getirilmemiş olduğu düşünülebilir. Yine de Fransız

öğretisinde Amrani-Mekki'nin işaret ettiği üzere mesele şudur: İstinaf kanun yolunun birinci ve aslî amacı, bundan sonra uyuşmazlığın *yeniden ele alınması* değil, ilk derece mahkemesi *kararının düzeltilmesi*dir.

İkinci olarak, istinaf yolunun aktarıcı etkisinin kapsamının çerçevesi de bu Kararname ile yeniden belirlenmiştir. Maddi veya hukukî mesele hakkında karar verilmesi, salt bir üst paragrafta belirtilen sınırlar dahilinde gerçekleştirilebilecektir. Yine önceki yıllarda yapılan diğer bazı değişikliklerin de konusunu oluşturmakla birlikte, zikrettiğimiz Kararname ile biraz daha belirgin hale getirilen bir diğer husus ise, istinaf yolunun esas itibariyle sadece hükme ilişkin ve bu hükümden kaynaklanan hususları konu edinecek olmasıdır.

Nihayet Kararname, tarafların ilk dilekçelerinde iddiaların teksifini öngörmektedir (bkz. Art. 562, al. 1; art. 910-4, CPC). Aksi durumda, mahkeme re'sen veya karşı tarafın talebi üzerine, geçersizlik yaptırımına yer vermektedir. Bu maddenin eski hali, istinaf yolunun amacının ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmesi veya iptali olduğu şeklindeyken, bahsettiğimiz kararname ile, biraz nüansla, aslında istinafın bir kanun yolu olduğu vurgusu ön plana çıkartılmıştır.

Son kertede basit bir şema ile gösterecek olursak, istinaf koşulları genel olarak şu şekildedir:



11. *İstinafa elverişli kararlar ve istinaf süresi:* Kural, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulmasıdır. Konuyu düzenleyen FMUK m. 542 hükmü, aslında "hüküm" (*jugement*) ifadesini kullanmakla birlikte, Fransız öğretisi ittifakla bunun ilk derece yargısında verilen kararlar biçiminde yorumlamaktadır.

Hiç şüphe yok ki bu kararlar, ekseriyetle nihai kararlardır. Nitekim bu hukuk düzeninde de ara kararları aleyhine kural olarak ancak esas hakkındaki kararla birlikte istinaf yoluna başvurulabilmektedir (bkz. Art. 545; 170 CPC). Bununla birlikte, delil tespiti de dâhil olmak üzere geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararlar bakımından da istinaf yolu açık tutulmuştur (bkz. art. 544, CPC).

Öte yandan bazı ara kararları aleyhine derhal istinaf yoluna başvurulması mümkündür: Bunlardan ilki, ilk derece mahkemesinin bir hususu bekletici mesele (*sursis à statuer*) saymak yönündeki ara kararlarıdır. Kısaca, Türk hukukundan farklı olarak, bir işlem veya mahkeme kararının bekletici sorun sayılmasına karar verilen hâllerde (bkz. Art. 380, CPC) ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kararı aleyhine istinaf yoluna başvurulabilmektedir. Yine, bilirkişi incelemesine başvuru hakkındaki kararlar aleyhine de belli şartlar dahilinde (kararın karşı taraflardan birinin yokluğunda verilmesi gibi) istinaf yoluna başvurulabilmektedir (bkz. art. 544, CPC). Saydığımız bu iki ihtimalde istinaf yolunun açık tutulmasının sebebi olarak yargılamanın hızlandırılması amacı gösterilmektedir.

Öte yandan, yemin teklifine veya yemin teklifinin reddine ilişkin kararlar (bkz. Art. 320, CPC), boşanma davası sırasında alınan tedbir veya ayrılık kararları ve benzeri bazı konularda istinaf yolu açıktır.

Son olarak, malvarlığına ilişkin davalar bakımından Fransız hukukunda da istinafa başvurulabilmesi için bir parasal sınır mevcuttur. Bu tür davalarda istinaf sınırı, 4.000 Avro olarak kabul edilmektedir.

İstinaf yoluna başvuru süresi ise, kural olarak, verilen kararın taraflara tebliğinden itibaren bir aydır. Bununla birlikte süre, çekişmesiz yargı işlerinde veya geçici koruma tedbirlerinde ise on beş gündür (Art. 535, CPC). Diğer taraftan yine Fransa olarak kabul edilmekle birlikte deniz aşırı yargı çevreleri bakımından bu sürelerin iki aya kadar uzatılması mümkündür (Art. 644, CPC)

12. *İstinaf yolunda avukatla temsil zorunluluğu:* İstinaf başvurusunda uygulanacak usul, esas itibariyle Fransız Medeni Usul Kanununun 899 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiş durumdadır.

Burada dikkat çekici olan husus, istinaf aşamasında kural olarak avukatla temsil zorunluluğunun bulunmasıdır. Esasen bu zorunluluk Fransız hukuku bakımından yeni değildir. Bununla birlikte, iş yargılaması özelinde, 20 Mayıs 2016 tarih ve 660 sayılı Kararname ile iş mahkemesi tarafından verilen kararlar bakımından yapılacak istinaf başvuruları bakımından da avukatla temsil zorunluluğu getirilmiş durumdadır. Ancak burada, temsilcinin sendika tarafından sağlanması da mümkün kılınmıştır. Ne olursa olsun avukatla temsil zorunluluğunun, sosyal güvenlik hukukundan, kamulaştırmadan veya kısmen aile hukukundan kaynaklanan çeşitli istisnaları da mevcuttur (örneğin bkz. Art. L. 142-28, CSS; art. L. 13-21, C. Expr; art. 1163, CPC).

13. *İstinaf dilekçesinin içermesi gereken asgari zorunlu hususlar:* Özellikle Avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu haller bakımından, istinaf dilekçesinin belli bazı hususları içermesi şarttır.

Bunlardan en önemlisi, istinaf incelemesinin hangi hususlara hasredildiğidir. Dilekçede bunun belirtilmemesi, istinaf başvurusunun geçersizliği sonucuna yol açmaktadır (Art. 910-4, CPC). Belli bazı meselelerin ilk derece yargılamasında taraflarca karşılıklı olarak ileri sürülmüş olması, istinaf incelemesi bakımından tek başına bir anlam taşımamaktadır. İstinaf incelemesi bakımından esas olan, başvuran tarafın istinaf dilekçesinde hangi hususları ileri sürmüş olduğudur.

Diğer taraftan Fransız Medeni Usul Kanunu, bu başvurunun avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu hâllerde elektronik ortamda yapılmasını öngörmektedir (bkz. Art. 930-1, CPC).

Nitekim, esasa ilişkin olarak, iddiaların tamamının teksifi gerekmektedir. Ancak, burada kastedilen iddialar veya taleplerdir. Buna karşılık vakıalar veya deliller teksif edilecek hususlar kapsamında yer almamaktadır. Nitekim biraz aşağıda dile getireceğimiz üzere, istinaf incelemesi devam ettiği müddetçe, yeni iddia veya talep yasağının istisnasını teşkil eden hususların ileri sürülebilmesi de pekâlâ mümkündür.

Son olarak istinaf başvurusunda bir eksiklik bulunması hâlinde, bu eksiklik başvurunun doğrudan geçersiz olması sonucunu doğurmamakta, başvuran tarafa, bir aylık bir kesin süre verilmektedir (Art. 905, CPC).

14. *İstinaf yoluna başvurunun hükmün icrasına etkisi:* Fransız Medeni Usul Kanunu uyarınca, bir ilâmın icra edilebilmesi için kural olarak hükmün kesinleşmesi şarttır (Art. 500, CPC). Bir hükmün kesin hüküm niteliğini kazanabilmesi için de herhangi bir kanun yolundan doğan erteleyici etkinin (*recours suspensifs d'exécutions*) bulunmaması gerekmektedir (art. 501, CPC). Kısacası, kanun yoluna başvuru için öngörülen süre geçmediği veya ilgili kanun yolu tüketilmediği müddetçe, hükmün icrasından kural olarak bahsedilemeyecektir.

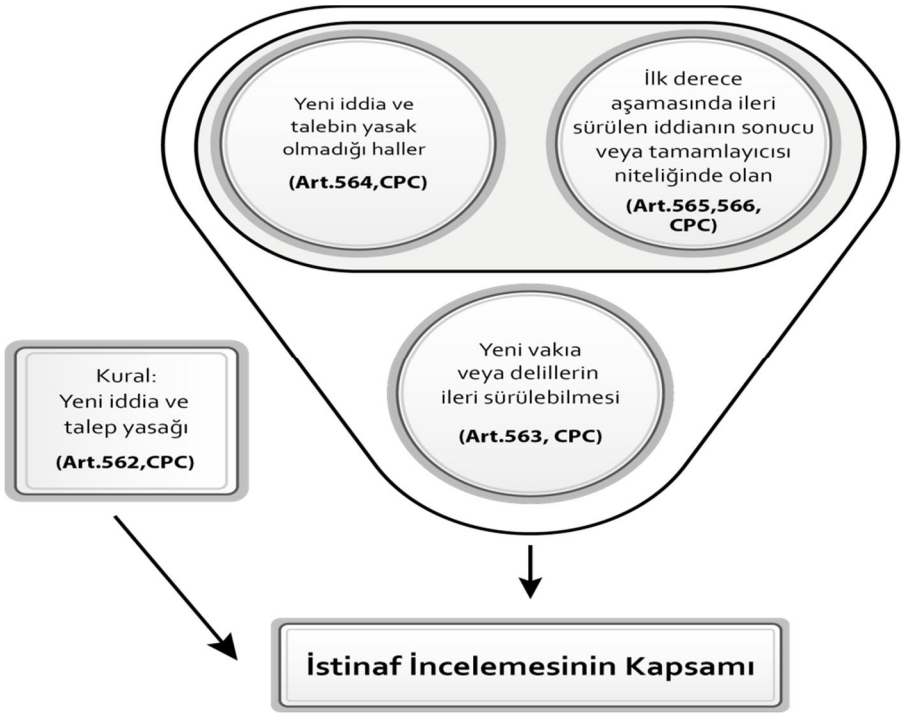
Bununla birlikte, Fransız hukukunda dahi belli bazı hâllerde bir hükmün geçici olarak icrası mümkün olabilmektedir. Bu durum bilinen anlamıyla bir ihtiyati tedbire karar verilmesi bağlamında gerçekleşebileceği gibi, farklı uyuşmazlıklar özelinde de hükmün icra edilebilirliğine yönelik bir karar verilmesi de mümkündür.

Örneğin, Fransız uygulamasında işçilik alacakları bakımından son üç aylık ücretin ortalaması alınıp, dokuz aylık ücret alacağına kadar ödemeye karar verilebilmektedir. Aynı şekilde aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da, bu bağlamda başta nafaka olmak üzere, çocukla kişisel ilişki kurulması ve benzeri konularda, benzer uygulamalar mevcuttur.

İşte istinaf aşamasında ise, genel olarak bu yetkinin istinaf mahkemesi birinci başkanı veya ön inceleme için görevli hâkime ait olduğu ifade edilmektedir. İlgili tedbirlerin gereği, bunlara ihtiyaç duyulması veya ivedilik gibi hususlar dairesinde değerlendirilmektedir.

15. *Haksız yere istinaf yoluna başvurunun sonuçları:* Kısaca ifade etmeye çalışayım, bizde de olduğu gibi, başta haksız yere hükmün kesinleşmesine engel olmak üzere, istinaf hakkının kötüye kullanılmasını, Fransız hukuku da bir yaptırıma tâbi tutmaktadır. Zikrettiğimiz 6 Mayıs 2017 tarihli Kararname öncesinde bu yaptırım 3000 avroya kadardı. Kararname ile bu miktar 10.000 avroya kadar artırılmıştır (art. 559, CPC).

16. *İstinaf incelemesinin kapsamı:* Bu ve takip eden süreçte özellikle, istinaf incelemesinin kapsamı, istinaf aşamasında yapılabilecek veya yapılamayacak işlemler bakımından bazı açıklamalarda bulunmaya çalışacağım:



17. *Yeni iddia ve talep yasağı:* FMUK m. 562 hükmü uyarınca, dava konusu bölünebilir nitelikte değilse yahut ilk derece mahkemesi

kararının iptali söz konusu olmadığı sürece, istinaf incelemesi, sadece ve sadece, verilen ilk derece mahkemesi kararına (ve bundan doğan sonuçlara) karşı ileri sürülen hususlarla sınırlıdır.

Nitekim FMUK m. 564 hükmü de ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş olan bir iddianın ilk defa istinaf aşamasında ileri sürülemeyeceğine işaret etmektedir. Aslında biraz aşağıda aktaracağımız üzere, bu kuralın da istisnaları mevcuttur. Ancak bunu şimdilik bir kenara bırakacak olursak, istinaf aşamasında aktarıcı etki, kural olarak, ilk derece mahkemesinde ele alınıp incelenen hususlarla sınırlı şekilde gerçekleşmektedir.

Nitekim, yeni bir iddia ve talebin ileri sürülmesinin yaptırımı geçersizliktir (art. 564, CPC). Ancak, ilgili FMUK m. 564 hükmünde, bu iddianın "reddinden" söz edilmediğinden, ilgili tarafın bu (yeni) iddia veya talebini yeni bir dava açmak yoluyla ileri sürebilmesi de pekâlâ mümkündür.

Somut olarak yeni iddia veya talep yasağına ilişkin şu klasik örnekler verilmektedir: İlk derece aşamasında mülkiyet hakkının varlığını ileri süren tarafın, istinaf aşamasında intifa hakkının varlığını iddia etmiş olması. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 2007 yılında verdiği bir karara konu olan olayda, davacı, asliye hukuk mahkemesinde geçit hakkı ve bu hakka hâlihazırda engel olunması sebebiyle oluşan zararının karşılanması maksadıyla dava açmış; istinaf aşamasında ise, bu sefer, kendi arazisindeki suyun kullanılmasından kaynaklı olarak bir miktar para talebinde bulunmuştur. İstinaf mahkemesi, bu ek talebi kabul etmiştir. Buna karşılık temyiz mahkemesi ise, istinaf mahkemesi tarafından kabul edilen talebin ilk derece yargılamasında ileri sürülen talepten bağımsız yeni bir iddia niteliğinde olduğunu belirterek, kararı bu yönden bozmuştur.

18. Fransız hukukunda yeni iddia yasağının kamu düzeninden olup olmadığı da tartışılmaktadır. Geçmiş dönemlerde, bunun kamu düzenine ilişkin olmadığı da dile getirilirken giderek kamu düzeninden olduğu görüşünün ağırlık kazandığını görüyoruz. Ancak, ne olursa

olsun şurası kesin ki, karşı taraf bu konuda bir itirazda bulunmuş olmasa dahi, istinaf mahkemesi meseleyi re'sen ele alacaktır.

19. *Yeni iddia ve talep yasağının sınırları ve istisnaları:* Meseleyi birkaç grup altında toplamak istiyoruz. Söz konusu sınır ve istisnalara FMUK m. 564 ilâ 567 hükümlerinde işaret edildiğini görmekteyiz.

Bunlardan ilki, aslında yeni iddia ve talep yasağını düzenleyen FMUK m. 564 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, istinaf mahkemesinde yeni bir takım iddia veya taleplerde bulunulması, ancak ve ancak, takas dermeyan olunması, karşı tarafça ileri sürülen hususların hükümden düşürülmesi, davaya müdahaleden kaynaklanması veya ilk derece yargılamasında ileri sürülmüş bir vakıanın sonucu olması yahut bundan doğması halinde caizdir. Son ihtimal bakımından bir diğer söyleyişle sonradan ortaya çıkan bir vakıa da şüphesiz istinaf aşamasında ileri sürülebilmektedir.

Zikrettiğimiz m. 564 hükmü bakımından söz konusu olabilecek diğer ihtimalleri de somutlaştırmaya çalışacak olursak:

Örneğin ortaklığın giderilmesi gibi davalarda, taraflar karşılıklı olarak davacı ve davalı konumunda oldukları için, ileri sürülen iddiaların zorunlu olarak, karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaya karşı bir savunma niteliğinde olduğu belirtilmektedir.

Aynı şekilde, ilk derece aşamasında bir sözleşmenin ne şekilde ifa edileceğine ilişkin bir karar verilmişken, istinaf aşamasında ifa ile yükümlü tarafın aciz halinde olduğunun ortaya çıkması halinde bunun da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Nitekim bu aslında sonradan ortaya çıkan bir vakıa olduğu için, bizim hukukumuz bakımından da bir farklılık arz etmediğini söyleyebiliriz.

20. Yeni iddia ve talep yasağının bir diğer sınırına ise, FMUK m. 565 hükmünde yer verilmektedir. Buna göre, genel olarak ilk derece aşamasında ileri sürülen iddialar ile aynı amaca yönelen iddialar, dayanılan hukuki sebep farklı olsa dahi, yeni bir iddia veya talep addedilmemektedir.

Nitekim gözde lazer tedavisinin yanlış uygulanmasından kaynaklanan bir tazminat davasında, davacının ilk derece aşamasında dayandığı vekalet sözleşmesinden vazgeçerek, istinaf aşamasında bu sefer eser sözleşmesinin varlığını ileri sürmesi; başta sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlere dayanırken, istinaf aşamasında hilenin varlığının ileri sürülmesi gibi hususları da bu bağlamda örnek gösterebiliriz.

21. Ancak biraz daha önemli bir mesele olarak taraflar, ilk derece yargılamasında ileri sürdükleri iddialara, yalnızca bu iddialar bakımından fer'i nitelikte olan, bu iddiaların sonucu olan veya kaçınılmaz şekilde bu iddianın tamamlayıcısı niteliğindeki iddiaları ekleyebileceklerdir (bkz. Art. 566, CPC).

Yalnız, burada da bir nüans bulunmaktadır, Fransız kanun koyucusu, ilk derece yargılamasında ileri sürülmüş olan iddiayı tamamlayıcı nitelikte olan herhangi bir iddiadan bahsetmemiştir. Fransız öğretisinde hem *Ferrand,* hem *Amrani-Mekki* tarafından da işaret edildiği üzere, bu tamamlayıcılığın gerekli hatta kaçınılmaz olması şarttır.

Konuya ilişkin FMUK m. 566 hükmü, 6 Mayıs 2017 tarihli Kararname ile bu şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte öğretide, neyin gerekli veya kaçınılmaz şekilde tamamlayıcı bir talep olduğu, neyin olmadığı konusuna uygulamanın yön vereceği ve istinaf mahkemesinin sınırlandırıcı bir yaklaşımı benimseyebileceği dile getirilmektedir.

Bununla birlikte uygulama açısından somut bazı örnekler vermeye çalışacak olursak, ilk derece yargılamasında ileri sürülen talep bakımından fer'i olan, iddianın sonucu veya tamamlayıcısı nitelikteki bir iddia bakımından örneğin, bir iş kazası üzerine açılan davada zarar gören kişi, ilk derece yargılamasında kaza sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmişken, istinaf aşamasında ise, buna ek olarak iş görme kaybından doğan zararını da ayrıca talep edilebilmektedir.

Yine eser sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, istinaf aşamasında işin geç tamamlanmasından kaynaklanan zarar talep edilmiş, istinaf mahkemesi talebi reddetmiştir. Buna karşılık, temyiz mahkemesi, istinaf aşamasında ileri sürülen talebin hem ilk derece aşamasında ileri sürülen talep ile aynı amaca yöneldiği, hem bu talebin tamamlayıcısı niteliğinde olmasından kaynaklı olarak başvurunun reddini hukuka aykırı bulmuş ve istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur.

Son olarak, boşanma davası özelinde, istinaf aşamasında ilk defa tazminat talebinde bulunulması; kira bedeli için açılan bir dava bağlamında ise, istinaf aşamasında tahliye veyahut faiz talebinde bulunulması, Fransız hukuku bakımından halihazırda istinaf aşamasında pekâlâ caiz kabul edilen talepler arasında değerlendirilmektedir.

22. *İstinaf aşamasında yeni vakıa veya delillerin ileri sürülebilmesi*: FMUK m. 563 hükmü, davanın taraflarının ilk derece aşamasında ileri sürdükleri iddiaları haklı göstermek adına yeni vakıalar ileri sürebilecekleri veya yeni delil ibraz edebileceklerini kabul etmektedir.

Bu madde bakımından karşılaştırmalı hukuk bakımından kanımızca ilgi çekici olan husus, yeni delillerin serbestçe ileri sürülebilecek olmasıdır. Maddenin lafzına baktığımız vakit, ilk derece aşamasında bu delilin halihazırda mevcut olup olmadığının veya bu delilin zikredilip zikredilmediğinin kural olarak bir önemi bulunmadığı sonucuna ulaşıyoruz.

6 Mayıs 2017 tarihli Kararnamede, ilgili FMUK m. 563 hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmadığını görüyoruz. Sonuçta, Fransız hukukunda her ne kadar istinafın ikinci derece yargısından ziyade kanun yolu olma özelliği ön plana çıkarılmaya çalışılıyorsa da, yeni delil ibrazı hâlâ serbesttir.

Son tahlilde istinaf aşamasında, her türlü yeni inceleme yöntemine karar verilebilir. Daha önce, ilk derece aşamasında başvurulmuş olan tahkikat tedbirlerine (bilirkişi incelemesi, keşif

vb…) bir kez daha başvurulabilir. Hatta, ilk derece mahkemesinde ele alınan, incelenen ve hatta hükme esas alınan deliller yok sayılabilir.

23. *Yeni iddia ve talep yasağının sınır ve istisnalarının olumlu ve olumsuz tarafları*:**Fransız hukukunda yeni iddia veya talep yasağının varlığına rağmen, yeni vakıa veya delillerin istinaf aşamasında ileri sürülebiliyor olmasının, istinaf incelemesine olumlu katkısı bulunduğu, bu sayede adalete erişim hakkının etkin şekilde sağlandığı ifade edilmektedir.**

Öte yandan dile getirilen bir diğer husus, fer'i veya tamamlayıcı nitelikteki taleplerin sunulmasına imkân tanınması sayesinde, taraflar bu konuda yeni (bağımsız) bir dava açmak zorunda kalmamakta; hak, tek bir yargılama sonucunda himaye altına alınabilmektedir. Hatta öyle ki, bunun bir bütün olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm sürecini kısalttığı da belirtilmektedir.

Nihayet, ilk derece aşaması tamamlandıktan sonra, istinaf aşamasında, yeni vakıa veya delillerin ileri sürülmesi sayesinde, istinaf mahkemesi hakimlerinin ilk derece mahkemesi kararından sonra söz konusu olan veya ortaya çıkan tüm hususları görme şansına sahip oldukları, bu sayede daha nitelikli ve doğru karar verilebileceği, bunun da istinafın amacı ile doğrudan örtüştüğü dile getirilmektedir.

24. Buna karşılık, yeni iddia ve talep yasağının istisnalarına yönelik olumsuz bir yaklaşım da şüphesiz mevcuttur. Buna göre, istinaf aşamasında yeni bir vakıa veya delilin yahut ilk derece mahkemesinde ileri sürülenler ile bağlantılı olsa dahi yeni bir iddia veya talepte bulunulmasının, istinaf sürecini yavaşlattığı dile getirilmektedir. Yine bu noktada sıkça ifade edildiğini gördüğümüz ve Türk hukuku için yabancı olmayan bir diğer görüş de, bu istisnaların geniş tutulmasının, ilk derece yargılamasını taraflar nezdinde önemsizleştirdiği yönündedir.

Ne olursa olsun, hâlihazırda hâkim görüş, istinafın çok dar tutulmasına yönelik bir yaklaşımın benimsenmemesi, bununla

birlikte, istinaf yolunun, uyuşmazlık konusu hakkında (yeni) bir hüküm vermekten ziyade, ilk derece mahkemesinin hükmü hakkında bir hüküm kurmayı amaç edinmesi yönündedir.

25. ***İstinaf usulünde özel bazı durumlar:*** **Karşılaştırmalı hukuk bakımından ilgi çekici olabilecek son birkaç husus ise, istinaf aşamasında karşı dava açılması ile istinaf yolunda müdahale meseleleridir.**

26. ***Karşı dava imkânı*****:** FMUK m. 567 hükmü uyarınca, istinaf aşamasında karşı dava açılabilir. Zikrettiğimiz maddede, karşı davanın kabule şayanlığı bakımından açık bir sınırlandırma bulunmamakla birlikte, istinaf aşamasında karşı davanın kabul edilebilmesi için kural olarak, ileri sürülen aslî talep ile karşı talep arasında bir bağlantının mevcudiyeti gerekli ve yeterlidir.

27. *İstinaf aşamasında müdahale:* İstinaf aşamasında müdahale imkânının varlığı, geniş istinaf ilkesinin bir sonucudur. Davaya müdahale (genel olarak bkz. Art. 325 – 333, CPC) imkânının varlığı, istinaf yolunun bir şekilde devam eden davanın bir aşaması niteliğinde olması ve bu çerçevede, ilk derece aşaması itibariyle ortaya çıkabilecek hususların, uyuşmazlık konusu ile beraber incelenebilecek olmasıyla açıklanmaktadır.

Elbette buradaki tartışmalar, bir üçüncü kişinin davaya müdahil olması halinde, ilk derece yargılamasından teknik olarak yoksun kalmasından da kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Fransız öğretisinde, bunu bir tercih meselesi olduğu da ifade edilebilmektedir.

Dile getirilen bir diğer husus istinaf aşamasında müdahale imkânının varlığı, bu sefer, istinaf incelemesinin genel yapısı bakımından da tereddüt uyandırdığıdır. Bu yüzden Fransız öğretisinde tespit edebildiğimiz ölçüde istinaf aşamasında müdahalenin kapsam ve içeriği konusunda bir görüş birliği bulunduğunu söylemek, çok da mümkün gözükmemektedir.

Burada, naçizane, temel olarak üzerinde iyi kötü uzlaşılan bazı hususları aktarmakla yetineceğim. Fransız hukukunda müdahale ikili bir ayrım altında ele alınmaktadır: Bunlardan ilki, ihtiyarî müdahaledir

(*intervention volontaire*) ki, bu görünüm biçimi bildiğimiz anlamda fer'i müdahale *(intervention accessoire)* ile aslî müdahaleye *(intervention principale)* karşılık gelmektedir. Buna karşılık müdahalenin ikinci görünüm biçimi ise mecburî müdahale *(intervention forcée)* olarak ifade edilmektedir.

28. Kısaca ifade edecek olursam, Fransız hukukunda istinaf aşamasında fer'i müdahale mümkündür. Müdahilin menfaati olduğu ve bu anlamda müdahale sebebinin dava konusu ile kâfi derecede bağlantısı olduğu takdirde buna herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hiç şüphe yok ki taraflar bu müdahale talebine itiraz edebilirler.

Buna karşılık, aslî müdahale imkânı kabul edilmemiştir. Bu da son derece makul şekilde, aslî müdahalenin, teknik olarak bir dava açılmasından başka bir anlama gelmemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim yeni iddia veya talep yasağına aykırı olduğundan caiz kabul edilmemektedir. Bununla birlikte,

Son olarak, Fransız hukukunda, ihbar üzerine üçüncü kişinin davaya katılımının mecburi tutulması olarak tarif edebileceğimiz, zorunlu müdahale (*intervention forcée)* usulünde de kendisinden genellikle bir tazmin talebinde bulunulabilecek bir üçüncü kişiye dava ihbar ediliyor ve bu kişinin davada yer alması sağlanıyor (Art. 331 – 333, CPC). Fransız öğretisinde, dava konusu ile ilgili olduğu sürece, bu yolun istinaf aşamasında da mümkün olduğu belirtilmektedir.

29. Nihayet, bu sunumu hazırlarken Fransız hukukunda istinaf yoluna ilişkin olarak, hem yabancı hem de bu hukuk düzeniyle ilgili yerli çalışmalardan yararlandım. Müsaadenizle Fransız hukukunda istinafa da geniş yer veren ve kitap olarak da yayımlanmış bir yüksek lisans tezini anmak istiyorum. Meslektaşım Sayın Deniz Meraklı Hocam tarafından kaleme alınmış. Ona da çok teşekkür ediyorum. Bazı noktalarda çok faydalandım.

Çok teşekkür ediyorum, sabırla dinlediğiniz için.

KAYNAKÇA

Akkaya, T., Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2008.

Amrani-Mekki, S., L'appel en matière civile: en marche vers un nouvel équilibre procédurale? À propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatifs aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, La Semaine Juridique Édition Générale, n° 23, 5 juin 2017, doctr. 659.

Beckers, M., La réforme de la procédure prud'homale: l'illusion de l'éfficacité, Revue de droit de travail, 2017, ss. 279 vd.

Beauchard, J., Appel, Droit et pratique de la procédure civile (éd. Guinchard, S.), Paris 2016.

Cadiet, L./Jeualand, E., Droit judiciaire privé, Paris 2006.

Croze, H./Laporte, C., Guide pratique de procédure civile, Paris 2012.

Deschamps, A. L., Droit judiciaire privé, Paris 2007.

Ferrand, F., Appel, Rep. Pr. Civ. Dalloz, 2008.

Gallet, J.-L., La procédure civile devant la cour d'appel, Paris 2003.

Héron, J./Le Bars, Th., Droit judiciaire privé, Paris 2006.

Konuralp, H., Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından), AÜHFD, 2001, C. 50/1, ss. 25 vd.

Konuralp, H., İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukukçusu Toplantıları, VI, Eylül 2007, Ankara 2008, ss. 133 vd.

Meraklı Yayla, D., İstinaf Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Millo, F./Mathurin, C., La réforme de la procédure prud'homale, La Semaine Juridique Sociale, no 42, 2016, act. 381.

TARTIŞMALAR

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Dediğim gibi en zor işlevlerden bir tanesi oturum başkanlığıymış. O kadar büyük ilgiyle dinliyorum. Her şeyi sonuna kadar dinlemek istiyorum ama buradaki fonksiyonum söz kesmek. Dolayısıyla tartışmalar kısmında bunları detaylandıracağız. Dünde çok tartışamadık. Dünkü ve bugünkü meseleleri. Teşekkür ediyorum size Sayın TORAMAN. İşte yeni vaka getirme hakkı, yeni vaka getirme yasağı. Bunların arasında inanılmaz tonlamalar. İsviçre kanton medeni usul kanunlarında da durum böyleydi. Yeni vaka getirme hakkı, tam istinaf varmış gibi durur. Ama ondan sonra çeşitli kanton usul kanunlarında sınırlanır, sınırlanır. Böyle çok aşırı netlik de yok ama yine de en tam istinaf modellerinden bir tanesi tanıdık. Çok önemli bizim için. Çünkü bizim kanun sistemimizdeki bir maddeyi unutup tam istinaf varmış gibi sonuçlar çıkarmayı absürt buluyorum. Anlatabiliyor muyum? Tam istinaf modelini çok işlemek lazım ki frankofonlara çağrım bu. Tam istinafın ne olduğunu bilelim, bizim de neleri yapamayacağımızı anlarız böylece. Anlatabiliyor muyum? Karşılaştırmalı hukuk çalışması yaparken dikkat etmelidir. Birden böyle aynıymış bütün sistemler gibi sonuçlar çıkaramayız. O sizin bu anlattığınız bu bölümler esas vurucu. Ona göre çünkü hareket ediyoruz. Onun için tam istinaf modelini içselleştirmemiz, iyi anlamamız lazım ki sınırlı istinafın sonuçlarını doğru çıkaralım. Yoksa neler tartışmayız. Ama frankofonlarda şunu yapmasın; bakın Fransa da bu oluyor bizde de olabilir. Biz tam istinafı kabul etmemişiz.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN:

Onlarda da hocam bu yönde bir eğilim mevcut durumda.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Yani onu zaten farkettim Sayın TORAMAN. Tartışmalarda belirtiriz. Fransızlar da tam istinafı terk etmek üzereler. Bütün emareler mevcut. Yavaş yavaş başlıyor. Almanlar'da da böyle başlamıştı 2002'de

birden tam istinaftan sınırlı istinafa döndüler. Çok teşekkür ediyorum. On beş dakikalık bir aramız var. Çünkü bu bölüm çok uzadı. Ondan sonra tartışmalar ve Mihbir ile ilgili bir toplantımız olacak. Alakanız için teşekkür ediyoruz efendim.

Tartışma sadece bugünkü konularımıza yönelik değil. Dün öğleden sonra son oturuma yönelikte olabiliyor. Selçuk hoca özellikle belirtmemi istediler. Dolayısıyla öncelikle tabi bugün tebliğ sunan bilim insanlarına sorularınızı yöneltebilirsiniz. Onun dışında katkılarınız olacaksa katkılarda da bulunabilirsiniz tabi. Buyurunuz efendim.

Sayın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı Nevzat BOZTAŞ:

Nevzat BOZTAŞ, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı. Değerli hocalarıma çok teşekkür ediyorum. Ali Cem hocamın o tarihsel derinlik içeren, o zarif sunumu. Hocamın Fransız Hukukunu bize aktaran içi dolu güzel sunumu. Barış beye bir soru soracağım. Ama ondan önce Nevhis hocamın bir sözünü tekrarlamak istiyorum. İstinaf sisteminin olmadığı bir temyiz ile İstinaf sisteminin olduğu bir temyiz asla aynı olmayacaktır. Bu cümle bence günün sözüydü ve çok değerli, tüm sözlerde olduğu gibi. Barış hocam şimdi bizim sistemimizde dünden beri tartışıyoruz, biliyorsunuz. Bir 6.bent var. 353/1-a/6. İlk derece yargılamasında deliller hiç toplanmamış veya değerlendirilmemişse, gerekçe yazılmamışsa burada bir derece atlaması var diye İstinaf Mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderiyor. Fransa da hangi hallerde böyle bir uygulama var ya da var mı? Teşekkür ederim.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN:

Sağ olun. Çok teşekkür ederim. Tespit edebildiğim kadarıyla, şayet ilk derece mahkemesi tarafından deliller toplanmamışsa, zaten İstinaf Mahkemesi bizatihi kendisi delilleri topluyor. Yani Fransız hukukunda, istinaf mahkemesinin delillerin toplanması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi söz konusu değil. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, işin esasa ilişkin olarak temyiz

mahkemesi tarafından verilen bozma kararından sonra gerçekleşebilecek bir husus.

Bununla birlikte şu örneği verebiliriz diye düşünüyorum. Mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi üzerine istinaf yoluna başvurulduğunda, istinaf mahkemesinin verdiği karar üzerine dosya ilk derece mahkemesine gönderilebiliyor. Yani yetki hakkındaki karar ilk derece mahkemesini bağlıyor.

Bir de elbette şöyle bir şey daha var. Sonuçta hem yeni delil ileri sürülebilmesi söz konusu hem de ilk derece aşamasında söz konusu olan deliller dışında bunları bir tarafa bırakıp farklı delillere de örneğin yeni bir bilirkişi incelemesine veya keşif icrasına gidilmesi Fransız hukuku bakımından zaten kural olarak bir sınır olmaksızın mümkün. Yani bizdeki düzenlemeyi karşılayan deliller bağlamında böyle bir uygulama yok efendim.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Nevzat bey bir hususa değinmek istiyorum, bu söylediğiniz 353.maddeyle ilgili. Şimdi 353.maddenin perde arkasını araştırırken tam İstinaf sisteminin olduğu bir sisteme bakmak bize karşılaştırmalı hukuk çalışması ben çok yaparım. Nerde karşılaştırmalı hukuktan yararlanabileceğimizi, hangi sistemden ne almamız gerektiğini çok iyi bilmemiz lazım. Barış beyin bu konuyu seçmesini çok yerinde buldum. Çünkü nadir kalan, artık bir lüks olan tam İstinafın bir örneğini görüyoruz ki orada da modifiye olmaya başlamış. Şimdi sınırlı Avusturya modelinde ne bir itiraz ne de bir defi ileri sürülebilirin kaynağı var. Orada tam bir yeni vaka getirme yasağının en sert uygulandığı sistemle karşı karşıyayız. Biz Sayın Komisyon Başkanı da tam karşımda oturuyor hocamız. Komisyonun tercihi bu yönde olmuş, kanun koyucunun tercihi. Dolayısıyla Avusturya modelinde gerçekten 353'ün kaynağı var ve o kadar benzeşiyor ki. Mesela sebeplerin olmaması bile benzeşiyor. Sebepleri konseptten çıkarıyoruz. Avusturya medeni usul kanununda İstinaf sebepleri yok, aynı bizde olmadığı gibi. En büyük grubu Kamil hocamız 353. maddenin perde arkasını anlatırken şeyden de bahsetti. Yargılanmanın yenilenmesiyle sebepleriyle arasındaki bağlantıdan. Çünkü hükmün

yani alelade hukuka aykırılıklar değil de çok ağır usul hataları, yargılanmanın yenilenmesi sebebi oluşturan ve oluşturamayan sebeplerde bu ilk derece mahkemesine gönderme var. Dolayısıyla yani şunu demek istiyorum. Aman Fransız modelinde yok diye 353'ü yok etmeyelim. Onlar birbiriyle bağlantılı konular bence, nacizane fikrim. Yeni vaka getirme yasağının söz konusu olduğu bir sistemde böyle bir maddeye ihtiyacımız var. Çünkü ikinci derece olay mahkemesidir diyor muyuz Bölge Adliye Mahkemesine. Siz Nevzat bey acaba kendinizi ikinci derece olay mahkeme hakimi gibi hissedebiliyor musunuz?

Sayın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı Nevzat BOZTAŞ:

Tam değil, yani çok kısmen.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Tabi kısmen hissetmeniz zaten daha doğal. Çünkü doğrudanlık ilkesinin de olmadığı bir sistemde yeni vaka getirme yasağının olduğu bir sistemde bu hissiyata sahip olmamız lazım. Yani o yüzden sizin de işinizi hafifletecek şeyler var, bir tanesi de bu. Çok ağırsa baştan gitsen ilk derece hakimi yeniden yargılama yapsın tabi ki yani. Evet, ikinci bir soru var mı acaba? Buyurunuz efendim. Kendinizi tanıtırsanız.

Sayın Seyhan SELÇUK:

Seyhan SELÇUK. Sorum Barış hocaya olacak. Fransız Hukukunda feri taleplerin ileri sürülebileceğini söylediniz. Buna örnek olarak da faiz talebinde bulunabileceğine ilişkin ifadeniz vardı hocam. İlk sorum hocam, Fransız Hukukunda İstinafta tekzif ilkesi uygulanmıyor mu? İkinci sorum da, bizde bu yönde bir uygulama geliştirilecek olursa bu uygulamanın bizim hukukumuza ne derece bağdaşacağını sormak istiyorum.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN:

Teşekkür ederim. Şimdi hiç şüphe yok ki, özellikle bahsettiğim 6 Mayıs 2017 tarihli Kararnameden sonra, artık istinaf dilekçesinde

iddiaların teksifi ilkesinin benimsendiği noktasında bir tereddüt bulunmamakta. Buna karşılık, mesele, neyin ileri sürülüp neyin sürülemeyeceği. Sonuçta ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddia bakımından onun tamamlayıcısı niteliğinde bir iddia söz konusu olabilir. Elbette arada bir bağlantı olması gerekiyor. Ama burada Fransız kanun koyucusunun kastettiği bu yapılacaksa, yani bağlantılı bir husus, bir iddia veya talep ileri sürülecekse bunun ilk dilekçede yani istinaf dilekçesinde belirtilmesi.

Örneğin ilk derece mahkemesinde işçinin ücret alacağı hakkında karar verilmişse, istinaf aşamasında faiz istenebilmesi pekâlâ mümkün. Yeter ki bunu istinaf dilekçesinde belirtsin.

Tabii burada aslında şu hususun da tartışmaya açılmasında fayda var kanımca. Bizim sistem bu noktada biraz esnetilebilir mi istinaf aşamasında. Verdiğimiz örnek üzerinden gidecek olursak, burada işçi neden istinaf aşamasında faiz isteyemesin, hatta daha ileri gidersek neden ıslah yoluna başvuramasın. Elbette bunlar birkaç cümle ile sonuca varılabilecek hususlar değil. Burada bağlantı bulunduğu sürece o konuda ek bir dava açılacağına meselenin istinaf aşamasında çözülmesinin tartışılabileceğini düşünüyorum.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Tam İstinafı kabul eden nadir ülkelerden bir tanesi. O yüzden biraz egzotik bir havaya büründü. Çünkü eskiden tam İstinaf ana kuralken şimdi tam İstinaf çok istisna. Alternatif uyuşmazlık çözümleriyle İstinafı daraltarak Adalet Bakanlıkları üzerlerindeki yükü yok etmeye çalışıyorlar. Bütün dünyada trend bu. Mesela benim hocam Prof. Schilken çok üzülmüştür, tam istinaftan sınırlı istinaf modeline Almanya'da geçilmesine. Hukuk devleti açısından sakıncalı bulmaktadır, kitabında yazıyor. Ama hayatın gerçekleri. Adalet Bakanlıkları bu tür daraltmalara çok sıcak bakıyorlar. Yani Bölge Adliye Mahkemesi de tam istinaf mahkemesi olabilirdi. Ama siz bu ıslahları filan savunursanız tam İstinafa döneceğiz yani. Islah ne demek yani. Islah her şeyi baştan başlatmak demek, bilmiyorum Sayın meslektaşım yani neyse size bırakayım ama bilmiyorum. Kanun koyucunun ifadesi çok net. Efendim buyurunuz.

Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK:

Doç. Dr. İbrahim ERMENEK. Öncelikle hocalarıma bu güzel sunumları için teşekkür ediyorum. Tabi oturumların ve sunumların hepsi birbirinden güzeldi ama ben Ali Cem hocamın sunumunu çok daha fazla heyecanla bekliyordum. Çünkü bu dönem bizde çok flu bir dönem ve bugüne kadar İstinaf sistemi neden kaldırılmış 1924'te denildiğinde, hiç kurulamamış ki zaten kağıt üstünde var, gerçekte olmayan bir mahkeme diye biliyorduk. Ama hocamın anlattıklarından aslında pek de öyle olmadığını görüyoruz. Sunumun geri kalan kısmını da en azından yayınlandığında okuyup anlayacağız. Hocam o döneme ilişkin uygulama tecrübesi açısından bir şeye rastlayabildiniz mi? Bir de hani 15 adet mahkemeden bahsetmiştiniz, yanlış hatırlamıyorsam. Burayı biraz açabilir miyiz diye sormak isterim. Teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Evet, şimdi şöyle söyleyeyim. Bir defa bir istatistiki veriye sahip değilim. Ama okuduklarımdan anladığım kadarıyla istinaf uygulanmıştır ve İstinafın uygulanmasıyla ilgili meseleler ortaya çıkmış. Birden fazla kanun değişiklikleri, daha doğrusu kanuna ekler yapılmak suretiyle o sıkıntılar giderilmeye çalışılmıştır. Ve bütün okuduklarımdan anladıklarıma göre istinaf hükümleri ölü hükümler değildi. Yine okunduğu zaman yer yer mahkeme kararlarına atıf yapıldığı görülüyor. Mesela hemen şimdi şu "dava birleşmesi halinde İstinaf sınırı nasıl hesaplanacak" konusunda bir içtihat görüyorum, şimdi notlarımın arasında. Bunun gibi şöyle bir içtihat mesela: "Müruruzamanda davanın reddine dair verilen bir karar İstinaf olunarak ladettetkik karar fesh edildiği surette davanın İstinaf Mahkemesince halli icap ettiğinden İstinafça mahkemesine iadesi mucibi nakızdır". Temyiz mahkemesi diyor ki: "Zamanaşımı dikkate alınmadığı için kararı kaldırıyorsan kendin karar ver, dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme". Bunun gibi çok sayıda içtihada, temyiz içtihadına atıf yapılması da gösteriyor ki uygulaması olmuştur. Bu kadarını söyleyebilirim.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Şimdi İstinaf Mahkemelerinin Osmanlı İmparatorluğunda nasıl işlediğiyle ilgili olarak ben de kısa bir araştırma yapmıştım. Şu sonucu çıkarmamak lazım. Osmanlı İmparatorluğunda 15 vilayette 15 tane İstinaf Mahkemesi, binasıyla, kadrosuyla kurulmuştur sonucunu çıkarmamak lazım. Çünkü vilayetlerdeki mahkeme-i asliyeler, kaza ve livalardaki mahkemelerin istinaf mercii olarak görev yapmaktaydılar. İstinaf Mahkemesi tam anlamıyla, yani binasıyla, hakimiyle vs. sadece üç veya dört vilayette kuruldu. ve bunlarda da büyük sorunlar ortaya çıktı. Bu sorunların başında hakim bulma sorunu geliyordu. Çünkü o zamanlar en ciddi mesele Batı hukukunu bilen hakim bulma zorluğu, hatta imkansızlığıydı. Kaldı ki, eğitim ve öğretimin seviyesi o kadar düşmüştü ki, şer'iyye mahkemelerine dahi hakim bulunamıyordu. Osmanlı İmparatorluğunda bu istinaf mahkemeleri tatminkar sonuçlar vermedi. Çünkü hakim yokluğu nedeniyle tuhaf atamalar yapılmak zorunda kalındı İstinaf Mahkemelerine. Emekli, biraz kafası çalışan, biraz bilgili yazı işleri müdürleri falan bu kurulan üç-dört İstinaf Mahkemesine üye olarak atandı. Bu arada Darülfünun'da da batı hukuku öğretilmeye başlanmıştı. Oradan çıkan genç hakimler kazada veya livada görev yapıyordu. Verdikleri kararlar İstinaf Mahkemesine geliyor, İstinaf Mahkemesi kararı kaldırıyor, uyuşmazlık Temyiz Mahkemesine gidiyor, Temyiz Mahkemesi devamlı olarak o genç, yetişmiş hakimlerin kararlarını haklı buluyordu. Bu durum çok ciddi sürtüşmelere neden oldu. Yani İstinaf Mahkemelerinin Osmanlı İmparatorluğunda ciddi ve tatminkar bir şekilde yürüdüğünü söylemek kolay değil kanaatimce. Evet, teşekkür ederim.

Sayın Ankara 21. Hukuk Daire Başkanı Yusuf ŞAHİN:

Öncelikle bizi buraya davet eden organize komitesine ve sunumları yapan tüm hocalarımıza teşekkür ediyorum. Dünkü oturumdan kalarak sorularıma devam edeyim. Öncelikle Tolga beyin istatistiki bilgilerinde bir düzeltme yapalım. Ankara ve İstanbul'da %3'tür, geri göndermemiz 353/1-a/6 'dan. Bir de 353/1-a/6 ile ilgili sorunumuz şu, başka hiçbir maddeye girmeyen geri göndermelerimiz de oraya gerekçe yaparak gönderiyoruz. Çünkü kanunda düzenleme

yok. Şimdi hemen Barış hocamdan başlayım. Hocam ıslaha ilişkin görüşlerinizde Nevhis hocam gibi ben de katılamıyorum ama daha yumuşak geçiş olan bedel arttırmaya ilişkin bir ıslah değil de bedel arttırma nasıl olur, yani İstinaf mantığıyla bağdaşır mı, o konuda bir görüşünüzü alayım. 358.madde de son fıkrada tüm hocalarıma soruyorum. Çünkü uygulamada ortaya çıkan büyük bir sorun var. Duruşmaya gelmeyip gider avansını yatıran İstinaf yoluna başvuran kişi duruşmaya gelmediğinde veya bağlacı nedeniyle mevcut hale göre karar verilir cümlesi uygulamayı zorluyor. Ek rapora gönderdiğiniz dosyada mevcut hal nasıl tespit edilecek? Raporu mu bekleyeceksiniz, duruşmaya gelmedi. Dolayısıyla bunda bir sıkıntı var ama şimdi Tolga beyin kitabında bu maddeyi yazıp devam edip karar verilir diye bir görüşü yakalayınca biz de devam edip karar verme görüşünü benimser gibiyiz. Ama madde metninden bu çıkmıyor.

Genel bir soru da ilk derece mahkemesinin zamanaşımı veyahut şu sebep nedeniyle reddettiği bir davada biz bu reddin yanlış olduğu kanısıyla kaldırıp yeniden esas hakkında dosyada deliller varsa karar verebilir miyiz? İlk derece mahkemesi esasta bir değerlendirme yapmadı ama biz dosyada değerlendirilecek bir şey yok. Esasta da çözülebilir bir karar var deyip doğrudan bir karar verme yetkisine sahip miyiz? Düzelterek karar vermeyi biz uygulamada oturtamadık. Özekes hocam kısmi düzeltme diye bir karar türü çıkardı. Yanılmıyorsam 12. Hukukun bir bozması var. Biz düzelterek bir karar versek bile ilk derece mahkemesinin tüm kararının tekrar yazılması şeklinde bir metot belirledik ki infazda bir sıkıntı olmasın diye. Şimdi savunma hakkının kısıtlanması İstinaf sebepleri arasında ileri sürülmede savunma olarak ileri sürülmese de resen bakılacak kamu düzenine ilişkin bir hak mıdır? Bu HMK 27'deki hukuki dinlenme hakkı yargılamaya esas ilkelerdendirden hareket ederek kamu düzeni mi sayacağız? Yoksa adam savunma hakkınız kısıtlandığını ileri sürmüyor, görmüyor, görmemezlikten mi geleceğiz?

Şimdi Özekes hocamla tartıştığımız bir konu da var. Kısa karar, gerekçeli karar çelişkisinde bir karar var mıdır? İlk derece mahkemesinin kısa kararıyla gerekçeli kararı çeliştiğinde İstinaf kaldırıp kendi mi karar verecek? Biz bunu uygulamadık. Dedik ki,

hangi kararın doğru olduğunu bilmiyoruz ki. Gerekçe mi doğru, kısa karar mı doğru? Bir de onun şeyi var, hüküm sonucuyla gerekçenin çelişkili olması veya hüküm sonucuyla hükmün çelişkili olması. Bu varyasyonlarda biz hep geri çevirdik. 353/1-a/6'yı uyguladık. Böyle bir karar yok dedik. Ben ilginize teşekkür ediyorum. Saygılar sunuyorum.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Biz teşekkür ediyoruz.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN:

Teşekkür ederim. Öncelikle ıslahla ilgili ifade ettiğim hususlara biraz daha açıklık getireyim. Esasen Fransız hukukunu inceledikten sonra, bu konunun bizim hukukumuz bakımından da tartışılmasında yarar olduğunu düşündüm. Yoksa iki hukuk düzeni bakımından, yargısal gerçeklikler bakımından hiç şüphe yok ki farklılıklar mevcut.

Kaldı ki zaten Fransız hukukunda böyle bir müessese yok. Yani orada ıslaha da gerek yok aynı zamanda. Çünkü siz zaten miktar arttırabilirsiniz, buna bir engel yok. Hatta şunu da ifade edeyim, talep edilen miktar, bu konuda menfaat varsa şüphesiz, istinaf aşamasında dahi belirsiz olabilir.

Bununla birlikte sizin işaret ettiğinizle alâkalı özellikle iş yargılaması bağlamında bedensel zararlardan kaynaklanan davalar olabilir. Hatta tam aradayken biraz önce Cemil Simil Hocamla da istişare ettik. Zaten belirsiz alacak davası bakımından burada ıslaha da gerek yok. Belki hocam da eklemek ister.

Kısacası mesele şu; belirsiz alacak davası bakımından istinaf aşamasında istinaf mahkemesi yeniden bilirkişi incelemesine gittiyse, miktar bu aşamada belirli hâle gelmişse, istinaf yargılamasında da baştaki miktar, ıslaha dahi ihtiyaç duyulmaksızın arttırılabilir. Yani en azından bizim hukuk hükümlerimiz çerçevesinde bu zaten olabilir diye düşünüyorum. Öte yandan sadece Fransız Hukukuyla sınırlı olarak incelediğim için diğer hocalarım bu konu özelinde belki ekleme yapacaklardır. Teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Bende kendi tebliğimle ilgili sorulara muhatabım diye düşünüyorum. Sabah, dünkü görüşmeleri yapan kıymetli hocalarımızda sorulara muhatap olabiliyorlar. O yüzden onların yerine geçmek istemem ama bir iki şey söyleyeceğim. Bir tanesi hakikaten hocamın işaret ettiği husus hakkında ben bir kaynağa ulaşmadım. Eski hukukta istinafın ne kadar başarılı uygulandığını bilemiyorum ama dediğim gibi okuduklarımın toplamından çıkarttığım netice 1295 tarihli Kanundaki istinaf hükümlerinin bir şekilde genişçe bir uygulama alanı bulduğu. Mesela Başbakanlıktan soruyorlar o zamanki hukuk anlayışına göre: "Temyiz dilekçelerini temyiz mahkemesine, İstinaf dilekçelerini İstinaf Mahkemesine mi vermemiz gerekir, yoksa istinaf ve temyiz dilekçelerini ilk derece mahkemesine ve İstinaf Mahkemesine verebilir miyiz?" Onunla ilgili mesela Başbakanlık bir tamim yayınlıyor ve o da Düsturda yayınlanıyor. Ama dediğim gibi hakikaten bu konuda bir bilgi boşluğu var. Belki de daha çok çalışırsam bazı kaynaklara ulaşabilirim. Hocamın söylediklerine mutlaka Hocamdan alacağım bilgiyle ulaşacağım.

Şimdi bu zamanaşımı konusu beni çok düşündüren bir konu. Bir iki kelimeyle oradaki düşüncelerimi de paylaşmak istiyorum. Zamanaşımı ıslah yoluyla ileri sürülebilir mi? Zamanaşımı ilk itiraz mıdır, değil midir? Tabi ilk itiraz değil. Maddi hukuka ilişkin bir savunma. Biz doktrinde usul hukukçuları olarak bunu söylüyoruz. Ama bunun aksinin söylendiğine de o kadar çok tesadüf ediyoruz ki. Aslında zamanaşımı tabi maddi hukuka ilişkin bir savunma ama usul hukukuna çok yaklaşan bir durumu var. Hatta devletler hususi hukukundaki vasıflandırma meselesi bakımından da İngilizce konuşulan ülkelerde usul hukukundan sayılan bir şey zamanaşımı. Öyle olunca "talep hakkı mevcut olsa idi bile zamanaşımına uğramış olacaktı" düşüncesiyle dava reddedilmiş ise, teknik manada değil belki ama bütün pratik sonuçları bakımından davanın esasına girilmediğini söylemek mümkün. Onu da 353.maddeye göre de dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sebebi yapmak mümkündür, Olması gereken hukuk bakımından zamanaşımının maddi hukukla ilişkin savunmalardan ziyade usul hukukuna ilişkin

savunmalara yaklaşan bir özelliği olduğunu dikkate alarak değerlendirmemiz gerekir diye düşünüyorum. Onu paylaşmak istemiştim. Teşekkür ederim hocam.

Sayın Prof. Adnan DEYNEKLİ:

Adnan DEĞNEKLİ. Şimdi takasa ilişkin olarak hem Fransız Hukukunda hem de dedelerimizin kanununda takasın mümkün olduğu, yapılabileceği belirtildi. Bizim şu andaki mevcut uygulamamız açısından takasın yapılamayacağı söyleniyor. Acaba şöyle bir ayrım yapılabilir mi; yani dava açılmadan önce takas bildiriminde bulunulmuşsa ve dava sırasında bu hiç ileri sürülmemiş olsa bile acaba İstinaf aşamasında bu takas belirtilebilir mi? İleri sürülebilir mi?

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Şimdi, tabii herkes katkıda bulunabilir. Ama biraz şu ileri sürülebilir, şu olabilir mi, bu olabilir mi demeden önce hepimizin durup kesin hükmün zaman bakımından sınırlarını ve ilkeleri yani teksif ilkesini düşünmeliyiz. Sayın hocam Ramazan ARSLAN beyin oturum başkanlığında hatırlayacaklardır, teksif ilkesi açısından İstinafı tebliğ vermiştim. İlk derece yargılamasında vakaların ne zaman sunulacağına ilişkin bir ülkede, bir hukuk düzeninde neyse kesin hükmün zaman bakımından sınırları da onunla bağlantılı bir konu bildiğimiz üzere. Dolayısıyla bu meseleler yani bu ileri sürülebilir mi, şu ileri sürülebilir mi? Çok net yani. Diyorlar ki bunu ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM'da yazdım. Diyorlar ki; bu kesin hükmün zaman bakımından sınırları, işte yoğunlaştırma ilkesi, konsantrasyon varsa sözlü yargılama bitimine kadar bizde çok daha önce. Ondan sonra kesin hükmün zaman bakımından sınırlarıyla ilgili bir sorun başlıyor. Ama bizim doktrinimiz HMK'da da teksif ilkesinin içeriğine dair iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı yeni vakalar bakımından uygulanmaz. Dolayısıyla yeni vakalar bu kapsamda değillerdir diyerek neler oluyor. Mesela 4. Hukuk Dairesinin eleştirdiğimiz kitabında bir kararı var. Boşanmada hükmün verilmesinden sonra aldatma olayı var diye kararı temyiz mahkemesi hukuki saf bir hukuki kontrol mahkemesi olan Yargıtay tabi ki şeyi atlayamıyor, usul hukukuna. Ne yapmış; çok zekice bir

şey. Çareler tükenmiyor. Evlilikteki sadakat yükümlülüğüne dayandırmış. Yani yeni dava açsın, boşansın. Tam bir boşanma sebebi. Avusturyalılar da böyle söylüyor. Diyor ki, bu kesitten sonra ne zaman artık yasaksa o kesitten sonra oluşan itiraz sebepleri, defi sebeplerini ileri sürmek için yeni dava açmak lazımdır. Artık o İstinaf Mahkemesinin konusuna girmez. Sonra dibi bulunmuyor yani, olabilir mi böyle bir şey. Her dakika yeni delil, yeni vaka. Orada ne itiraz ne defi ileri sürülebilir. Tarafa atfedilemeyecek kusur varsa delil getirilebilir, varken ignore edip şimdi yani her şeyi bollaştırıyoruz. Ama nasıl bollaştırıyoruz yani. Bollaştırmamamız lazım. Sistem net. Kesin hükmün zaman bakımından sınırları, teksif ilkesini absorbe etmek lazım ki bu sorunu doğru çözelim. Yani ikinci derece olay mahkemesi gibi roller biçmek, Bölge Adliye Mahkemesini bu sistem içinde çeşitli imkanları hukuk sisteminde, ama hukuk sistemi tam İstinaf yani. O hukuk sisteminde olacak. Tam İstinafta tespitlerle bağlılık yok ki. Ama sınırlı İstinafta ilk derece mahkemesinin tespitleriyle bağlılık var. Ama vaka tespiti hatalı olabilir. Vaka tespiti hatalı ise tabi ki mesele başlar. Biz de bunu tartışmıyoruz. Yani şimdi ben karşımda Bölge Adliye Mahkemesi hakimleri oturuyor. Yani şunu demek istiyorum. Her şey çok net. Çok fazla detaylandırmamak gerektiğini düşünüyorum. Ama kesin hükmün zaman bakımından sınırları meselesi bu yani. Şey değil, birden sanki ikinci derece olay mahkemesi gibi şey yapabilir miyiz. Ama arada da konuştuk tebliğin sunumundan sonra Ali Cem hocamızla. Fransız Hukukunun etkisiyle hazırlandığı için bu istinaf modeli. Aslında şu anda sahip olmadığımız bir kataloga Osmanlı döneminde sahibiz. Tierce opposition üçüncü kişinin itiraz davası değil mi? Ondan bahsettiniz. Son derece enteresan, üçüncü kişinin itiraz davası bugün Fransız Hukuku çerçevesinde biz anlatırız. Halbuki o dönemde varmış. Sonra çok enteresan o gıyaptaki itiraz bende çağrışımlar yarattı. Verdiğim bir örnek vardır ya gıyapta verilen ihtiyati tedbir kararı duruşma yapılarak verilen ihtiyati tedbir kararına karşı farklı kanun yolları. Duruşma yaparak verirse istinaf yoksa daha başka bir hukuki çare Alman Hukukunda. Yani çok öğreticiydi. Çok teşekkür ediyoruz Ali Cem beye. Yani modeller açısından başarılı uygulanmamış olabilir.

Bilemeyeceğim, hiç konuyu araştırmadım. Ama model olarak hukuki çareler ve kanun yolları konusunda zengin bir kataloga sahipmiş aslında bizi çok aydınlattınız. Sağ olun.

Sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK:

Takas ile ilgili de bir söz söyleyim mi Hocam? Teşekkür ederim Hocam. Çok kısa, yine tebliğimi aşıyor, tebliğimin dışında kalıyor ama. Aslında kanunumuzun mevcut hükmü çerçevesinde takasa bir "pozitif ayrımcılık" yapılabileceğini düşünmüyorum. Ama takasa tıpkı zamanaşımı gibi bir başka gözle bakmak lazım diye düşünüyorum ve orada bırakıyorum. Yani 357.maddeye bir istisna getirmek lazımdır şekilde muvakkat bir fikirim de yok henüz, Muhammet ÖZEKES hocamızın kullandığı tabirle. Bakın yenilik doğran bir hakkın davadan önce kullanılması farklı tabii. Hocamın da ayırdığı gibi, dava sırasında kullanılması farklı. Saim ÜSTÜNDAĞ Hocamız da kitabında -tezinde de var mı emin değilim ama- yenilik doğuran hakların davasında kullanılması halinde savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını uygulanmayacağını söyler. Karşı dava için her şeyde irtibat arıyoruz. Fakat takasa irtibat aramıyoruz. Kesin hükmün sınırlarını çizerken takas savunmasının, mahkeme kararının takasa konu olan alacakla ilgili kısmının kesin hüküm teşkil ettiği yönünde Alman Kanununda özel hüküm var. Dolayısıyla takas da diğer maddi hukuka ilişkin savunma sebepleri arasında özel düşünülmesi gereken, zamanaşımı gibi özel düşünülmesi gereken savunma sebeplerinden biri diye hep değerlendiririm. Onu paylaşmak istedim. Teşekkür ederim Hocam.

Sayın Murat ERDEM:

Murat ERDEM, Sakarya Üniversitesi. Aslında sormak istediğim soruyu siz demin bir açıklama olarak girdiniz, Sayın hocam. İhtiyati tedbirle İstinaf ilişkisi bağlamında. Malum olduğu üzere idari yargılama usul kanunun 27.maddesinde özellikle yürütmeyi durdurma kararlarına karşı tek hakimle verilen yürütmeyi durdurma kararlarına karşı itiraz merci olarak Bölge İdare Mahkemesi gösteriliyor. Bu bağlamda acaba ihtiyati tedbirle ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında da belirtildiği üzere, 5.madde de, diğer bir

mahkemeye veya en yakın bir yerdeki mahkemeye itiraz şeklinde dizayn edilmesi düşünülen bu müessesenin acaba itiraz merci olarak Bölge Adliye Mahkemesine taşınması noktasında görüşünüzü açıklayabilirseniz seviniriz. Bir ihtimal mal kaçırmanın da önüne geçilebilir mi?

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Şimdi Ramazan hocamızla birazcık sohbet ettik bu konuda. Kısa bir sohbet oldu ama sulh ve asliye ayrımını korumakta ısrar ettik biz. İyi ki de ısrar etmişiz. Çok değerli bir ayrım bu bence. Bu genel mahkemelerin birden fazla olması. İyi ki korumuşuz. Güncel hukuk dergisinde Alman İstinaf sistemiyle Türk İstinaf sistemini birbiriyle karşılaştırdığım makalede başından beri ama Ankara'daki o toplantıda da 2003 yılında bunu savunmuştum. Ne demişim? Nihai karar niteliğinde olmayan kararlara karşı, işte sulh mahkemesi mesela, neden asliyeyi kullanmayalım? Bu model Almanya'da var. Niye bu şekliyle almayalım çok demiştim. İhtiyaç olduğu kesin. Bölge Adliye Mahkemesinin iş yükünü de şey yapar. Böyle formüller olabilir yani. Almanlar kullanıyor. Her şeyde kalkıp işte 10 saatlik yoldan geldik, 12 saatlik. Her bir ili kat etmeniz bir buçuk saat alıyor. Yani bu kadar coğrafi bakımından büyük bir ülkedeyiz. Bölge Adliye Mahkemelerine her şeyin taşınması uygun değil. Arada bir de gri alanda birtakım şeyler var. Orada öyle aşamalı hukuki çareler niye olmasın. Yani anlatabiliyor muyum? Ben bunu çok destekliyorum. Kataloğun renklendirilmesi mesela Osmanlı Tanzimat dönemi Osmanlı Hukuku hibrit hukuk sistemi o. Tanzimat dönemindeki o melezleşmeden Atatürk'ün hukuk devrimi çok şey kazanmıştır. Bakın birden tierce opposition çok önemli bir şey. Birden öyle bir şey çıkıyor. Bunun mevcut sistemde sizlere sormak istiyorum. Sayın Başkan ve üyelerden Kamil hocamız karşımızda, neden bu sistem sulh hukuk mahkemesine karşı. Asliye hukuk mahkemesine gidilmesin? Yani bir grup karar elimine olabilir de doğrudanlık ilkesi korunurdu, coğrafi bakımdan yakınlık olurdu herkes büyük yolculuklara çıkmazdı. Acaba neden tercih etmediniz, neden her şey Bölge Adliye Mahkemesi. Öyle bir ara dönem oldu ki ihtiyati tedbir kararlarıyla Yargıtay uğraşmaya başladı yani. Sonu bu oluyor bu işlerin. Siz istediniz mi?

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Düşünüyoruz tabii bazı şeyler. En azından sulh hukuk, asliye hukuk arasında bir kademelendirme bu şekilde yapılabilir mi? Kabul etmedi o dönemin yöneticileri. Bu bir siyasi tercih, Bilim Komisyonu daha öteye gidemiyor, sadece öneriyoruz.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Peki çoğunluk bu aşamalı sistemi istiyor muydu?

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Yani çok itiraz oldu bu aşamalı kademeli sisteme. Bunu özellikle hakimler pek kabul etmek istemiyorlar.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Bölge Adliye Mahkemelerinin iş yükü diye.

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Yani çok itiraz oldu bu aşamalı, kademeli sisteme. Bunu özellikle hakimler pek kabul etmek istemiyorlar.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Değişiklikler yapılabilir diye düşünüyorum ve çok sıcak bakıyorum. Hocamızdan da öğrendik. Komisyon Başkanı ve üyelerden bir kısmı bu çözümü benimsemiş. Ama kabul ettirememişler. Ne zamanki Bölge Adliye Mahkemesinin işi Yargıtay gibi çok artar. Biz bu hukuki çareleri belki düşünebiliriz. Buyurunuz.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Adem ALBAYRAK, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi. Aslında doktrinsel olarak, bilimsel olarak konuşulduğunda bir karara karşı yatay incelemenin çok cazip gibi gözüktüğü ya da öyle düşünülebilir. Bende bir komisyon üyesi olarak bu tartışmalar hocamın bahsettiği çok yoğun tartışmaların içinden geçtik ama şöyle de bir maddi gerçek var. Bilinen bir gerçek var. Yatay incelemeler itiraz yoluyla yatay incelemeler çok etkin olmuyor.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Aktarma etkisi var ama orada.

Sayın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi Adem ALBAYRAK:

Şöyle etkin olmuyor. Şimdi ilk derece mahkemesinde asliye, sulh hukuğun verdiği bir kararı aynı adliyede çalışan her tür yakın ilişkisi içerisinde olan, kendisini hiyerarşik olarak üstte hissetmeyen başka bir hakim tarafından incelettirilmesi etkin olmuyor. Bunun özellikle ceza hukukunda çok modelleri var. Verilen bir kararın bir sonraki numaradaki hakime incelettirilmesi vs. bunların aksine iş barış anlamında da adliyede sorunlar yaratıyor. Çok da etkin olmadığı gözüküyor. Onun için olabildiğince yatay bir itiraz, kanun yolu yerine dikey olması, başka yukarıya doğru bir inceleme yapılmasının daha etkili olduğu gözüktü. Benim hatırladığım kadarıyla da karşı çıkışların ortak ana fikri de bu yöndeydi. Bilmiyorum, anlatabildim mi? Teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Evet hocamız diyorlar ki, 2001 yılındaki gerekçe de aynıydı. Komisyon da tabi sırf bilim insanlarından değil çok ağırlıklı olarak bildiğim kadarıyla hep yüksek hakimlerden de oluşuyor. İlk derece mahkemesi hakimlerinden de oluşuyor. Benim yani belki sizin söylediğiniz durumlarda olduğu gibi belki sulh hukuk mahkemesinin kararlarının tamamının asliye hukuk tarafından incelenmesini önermeyelim de. Ama böyle hukuki çareler bazında birtakım şeyler yapılabilir. O zaman herhalde hakimler arasında dostluk da bozulmaz. Yani bu hukuki çarelerle. Ceza yargılaması çok ağır bir hadise. Hukuk yargılamasında hukuki çareler bazındaki incelemelerin o kadar.

Ondan hiç bahsetmedim. Aktarma etkisi olduğu durumlardan bahsettim, hukuki çarelerden. Çünkü her şey nihai karar formatında değil. Bakın şöyle bir problem var. Bende bilim insanı olarak bakıyorum. Siz kendi endişelerinizi dile getiriyorsunuz. Ben de bir bilim insanı olarak diyorum ki, Osmanlı'daki hukuki çareler beni çok heyecanlandırdı. Orada hukuki çare varken bizde hukuki çarelerin bu kadar dar olması yıllarca temyiz her yükü taşıdı. Hukuki kontrol

mahkemesi iken 5.bendi bollaştırarak bir hukuk devletinde olması gereken olarak delillerin değerlendirilmesindeki hataları da inceledi. Yani böyle misyonlar yüklenmek zorunda kaldı. Tabii tek elinizdeki kanun yolu türü temyiz olunca başka bir şey yapılamıyor. Onu denetletmek zorundasınız. Deliller hatalı değerlendirilmişse denetleme dışı bırakılır mı onlarca yıl, bırakılamazdı. Şimdi istinafı aldık diye çok da rahatlamayalım diyorum ben. Biraz hukuki çarelerde serpiştirelim. Yani Fransız Hukukundan esinlenerek hazırlanmış. Şey de var tabii Mecelle'deki ispat hükümlerinden dolayı Mecelle ağırlıklı da ama böyle işte tam hibrit değil mi, tam hibrit. Ama İstinaf modelinde bence hukuki çarelerin olması Fransız modelinden kaynaklanıyor. Yani bu kadar az hukuki çareye sahip bir sistem ben pek görmüyorum.

Genç arkadaşlar birazcık da çok temyiz çalışsın, çalışmaları lazım diye düşünüyorum. Temyizin iyi anlaşılması lazım. Öyle temyiz eski temyiz hükümlerine bakılarak yazılacak bir şey değil arkadaşlar. Yeni temyiz çok ciddi başka bakış açılarıyla yazılması gereken bir şey. Kolay bir noktada değil. Karşılaştırmalı hukuktan bile yararlanamıyorsunuz, yani temyiz de. Çünkü bakıyorsunuz İsviçre'deki son duruma bakın, temyiz yok. anlatabiliyor muyum? Yani istinaftan daha zor temyiz çalışmak. Onun için temyiz kısmı ve birazcık hukuki çare çalışın hani konu bulamıyorsunuz. Hukuki çare çalışsanız ne iyi olur. Evet efendim ilginize teşekkür ediyorum. Şimdi burada biz oturumumuzu kapatıyoruz. Sözü Selçuk hocaya bırakıyoruz.

SUNUCU:

Teşekkür belgelerini takdim etmek üzere hocamız Sayın Prof. Dr. Kamil YILDIRIM'ı davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr.Selçuk ÖZTEK:

Değerli Katılımcılar, bu organizasyonun yapılmasının bir kahramanı ve onun yardımcısı, yani kahraman yardımcısı var. Bu kişiler, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı Sayın Hakim Niyazi ACAR ve Tetkik Hakimi Sayın Ahmet Hasan KILIÇ. İnanın, birer kardeş gibi bütün sıkıntılarımızı paylaştılar. Çünkü

buraya gelene kadar sizin bilmediğiniz, perde arkasında kalmış olan o kadar sıkıntılarımız oldu ki. Son anda toplantının yapılamaması ihtimali ortaya çıktığı için paniğe kapıldığımız anlar oldu. Niyazi Bey ve Kanunlar Genel Müdürü Hakim Ekrem ÇETİNTÜRK hakikaten bizim bütün dertlerimize deva oldular. Ellerinde sanki bir değnek, bütün engelleri düzlediler. Şu halde bu toplantının gerçekleşmesini bu üç kişiye borçluyuz. O itibarla her üçüne de Birliğimiz adına en derin şükran duygularımızı bir kere daha sunmak istiyorum ve bu vesileyle de kendilerine, anı olarak ufak bir hediye takdim edeceğiz. Teşekkürlerimizle.