

**MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
İSTİNAFA BAŞVURU, İSTİNAF İNCELEMESİ
VE İSTİNAF MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARARLAR**

Tolga AKKAYA

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2008

DOKTORA TEZ ÖZÜ

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA İSTİNAFA BAŞVURU, İSTİNAF İNCELEMESİ VE İSTİNAF MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARARLAR

Tolga AKKAYA
Özel Hukuk Doktora Programı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2008
Danışman: Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Medenî Usûl Hukukunda İstinafa Başvuru, İstinaf İncelemesi ve İstinaf Mahkemesinin Verebileceği Kararlar başlığını taşıyan çalışma, giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Bu çalışmada, 2004 yılında gerçekleştirilen reformla kabul edilen istinaf kanun yolunun temel özellikleri ve aşamaları incelenmiştir.

Birinci bölümde, istinafin tarihi gelişimi ve anayasal temelleri, istinafin temel özellikleri, amacı, konusu, kanun yolları arasındaki yeri ve istinafa tâbi mahkeme kararları incelenmiştir. Bu bölümde özellikle dar ve geniş istinaf sistemleri üzerinde durulmuştur.

Tezin ikinci bölümde, *istinaf başvurusu* başlığı altında, sırasıyla istinafa başvuru hakkına sahip olanlar, istinaftan feragat, istinaf başvurusunun geri alınması, istinafa başvuru süresi, yetkili istinaf mahkemesi, istinafa başvuru şekli, katılma yoluyla istinaf, istinaf sebepleri ve istinaf talepleri incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, *istinaf incelemesi ve karar* başlığı altında, ön inceleme, asıl inceleme (tahkikat), sözlü yargılama ve karar aşamaları incelenmiştir. Bu bölümde ön inceleme başlığı altında ön incelemenin konusu ve sonuçları; asıl inceleme başlığı altında, istinaf incelemesinin nasıl yürütüleceği, incelemenin kapsamı, istinaf derecesinde yapılamayacak işlemler, istinafta dava malzemesi ve duruşma konuları ele alınmıştır. İstinaf mahkemesinin verebileceği kararlar başlığı altında ise, ön inceleme ve asıl inceleme sonunda verilebilecek kararlar, istinaf mahkemesinin geçici hukukî koruma kararı verip veremeyeceği ve istinaf mahkemesi kararının biçimsel özellikleri üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

APPEAL APPLICATION, APPEAL REVIEW AND THE JUDGMENTS OF APPEAL COURT IN CIVIL PROCEDURE LAW

Tolga AKKAYA
Department of Private Law
Anadolu University Institute of Social Science, August 2008
Advisor: Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

The study, under the title of *Appeal Application, Appeal Review and the Judgments of Appeal Court in Civil Procedure Law* comprises an introduction and three chapters. In this study, the fundamental characteristics and main phases of the new appeal system, which was adopted with the reform act in 2004, have been examined.

In the first chapter, historical development and the constitutional basis of appeal, the fundamental characteristics, the purpose and the subject of appeal have been examined. Also the place of the appeal among the other review procedures and the judgments that are subject to the appeal have been analyzed. In this chapter particularly the comprehensive and simple appeal systems have been handled.

In the second chapter of the thesis, under the title of *Appeal Application*, the persons who have the right to appeal, abandon of the appeal, withdrawal of the appeal application, period set for appeal filing, jurisdiction of the appeal court, the form of appeal application, filing an appeal with a responsive brief, grounds of appeal and demands of appeal have been examined.

In the third chapter, under the title of *Appeal Review and the Judgments of Appeal Court*, phases of pre-review, review, oral hearing and judgment have been examined. In this chapter, under the title of *Pre-Review*, the subject and results of pre-review have been handled. Under the title of *Review*, the conduction of review, the scope of review, the transactions of the parties which are not allowed in appeal, the facts and evidences which are admitted in the appeal and finally trial have been analyzed. Under the title of *The Judgments of Appeal Court*, the judgments that can be given at the end of the pre-review and review, preliminary injunction in appeal and formal characteristics of the appeal court's judgments have been examined.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Tolga Akkaya'nın, **Medenî Usûl Hukukunda İstinafa Başvuru, İstinaf İncelemesi ve İstinaf Mahkemesinin Verebileceği Kararlar** başlıklı tezi 19 Eylül 2008 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Doktora Tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Adı Soyadı

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Üye : Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Üye : Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Üye : Doç. Dr. Murat ATALI

Üye : Doç. Dr. Ayşe Tülin YÜRÜK.....

Prof. Dr. Ramazan GEYLAN
ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Enstitü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Tolga AKKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora

Eğitim

Y.Ls.	2003	Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ls.	1999	Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1995	Giresun Anadolu Ticaret ve Meslek Lisesi

İş/İstihdam

1999-	Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mesleki Birlik/Dernek/Kuruluş Üyelikleri

2001-	Eskişehir Barosu ve Türkiye Barolar Birliği

Yayınlar

KARAR İNCELEMESİ "Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu" (Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Y. 2006, C. 2, S.3, s. 661-684).

"İcra ve İflas Hukukunda İptale Tâbi Tasarruflar (İİK m. 277-284)" (Eskişehir Barosu Dergisi, S. 11, Ekim 2006, s. 13-49).

Kitap Tanıtımı: Saim Üstündağ, "İhtiyatî Tedbirler-Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri" (Eskişehir Barosu Dergisi, S. 6, Şubat 2005, s. 207-211)

Kitap İncelemesi: Oğuz Atalay, "Medenî Usûl Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı" (Eskişehir Barosu Dergisi, S. 15-16, Şubat-Haziran 2008, s. 173-181).

"The Problems about the Access to Justice in Turkey and the Actual Reforms Prticularly in Civil Procedure Area", Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association, 2008 Joint Meetings, Montreal/Canada, 29 May-1 June 2008, 30/05/2008.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Ankara, 28.10.1977 **Cinsiyet:** Erkek **Yabancı Dil:** Almanca, İngilizce

İÇİNDEKİLER

DOKTORA TEZ ÖZÜ	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KANUN YOLU OLARAK İSTİNAF VE İSTİNAFA KONU OLABİLECEK KARARLAR

1. KANUN YOLU VE İSTİNAFIN TARİHİ GELİŞİMİ	8
2. TÜRK HUKUKUNDA İSTİNAFIN DAYANAKLARI	17
2.1. Adli Yargıda İstinafa Duyulan İhtiyaç	17
2.2. İstinafin Pozitif Hukuktaki Temelleri.....	22
2.2.1. Anayasa.....	22
2.2.2. Avrupa Birliği Muktesebatı ve AİHM İçtihatları.....	28
3. KANUN YOLUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN İSTİNAF.....	31
3.1. Genel Olarak	31
3.2. Erteleyici Etki.....	35
3.3. Aktarıcı Etki.....	40
3.4. İstinaf Bakımından Değerlendirme.....	41
4. KANUN YOLUNUN AMACI BAKIMINDAN İSTİNAF	44
4.1. Medenî Usûl Hukukunun Amacı.....	44
4.2. Kanun Yolunun Amacı ve İşlevi.....	48
4.2.1. Genel Olarak	48

4.2.2. Somut Olay Adaletinin Gerçekleştirilmesi	49
4.2.3. İctihat Birliğinin Sağlanması	51
4.2.4. Hukukî Güvenliğin Sağlanması	55
4.3. İstinaf Bakımından Değerlendirme	57
5. KANUN YOLUNUN KONUSU BAKIMINDAN İSTİNAF	62
5.1. Genel Olarak Kanun Yolunun Konusu	62
5.2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde İstinafın Konusu	65
5.2.1. Alman Hukuku	65
5.2.2. Avusturya Hukuku	71
5.2.3. İsviçre Hukuku	72
5.3. Türk İstinaf Sistemi Bakımından Değerlendirme	73
6. KANUN YOLLARININ SINIFLANDIRILMASI VE İSTİNAFIN YERİ	75
6.1. Genel Olarak	75
6.2. Kanun Yollarının Sınıflandırılmasında Kullanılan Ölçütler	76
6.2.1. Amaca Göre Sınıflandırma	76
6.2.2. Kanun Yollarının Olağan Olup Olmamasına Göre Sınıflandırma	77
6.2.3. Kanun Yolu İncelemesinin Kapsamına Göre Sınıflandırma: Geniş (Tam) ve Dar (Sınırlı) Kanun Yolu	78
6.3. Türk İstinaf Sistemi Bakımından Değerlendirme	85
7. ALEYHİNE İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLAR	89
7.1. Genel Olarak	89
7.2. Kararı Veren Mercie Göre Sınırlandırma	91
7.3. İlk Derece Mahkemesinin Karar Türlerine Göre Sınırlandırma	95
7.4. Değere Bağlı Sınırlandırma	100
7.5. Malvarlığına İlişkin Olmayan Haklar Konusunda İstinafa Başvurulması	106
7.6. Diğer Kanunlara Göre Temyiz Edilebileceği Kabul Edilen Kararlara Karşı İstinafa Başvurulması	106

7.7. Yok Hüküm ve Etkisiz Hükümlerin İstinafa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu	108

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF BAŞVURUSU

1. İSTİNAFA BAŞVURU HAKKINA SAHİP OLANLAR	111
1.1. Genel Olarak	111
1.2. Hukukî Yararın Bulunması	115
1.3. Dava Arkadaşlarının Durumu.....	120
1.4. Fer'i ve Aslî Müdahilin Durumu	124
1.5. Kendisine Dava İhbar Edilen Üçüncü Kişinin Durumu	128
2. İSTİNAF BAŞVURUSUNDAN FERAGAT	131
2.1. Feragatin Zamanı	132
2.2. Feragatin Şeklî	134
2.3. Feragat Edebilecek Olanlar	138
2.4. Feragatin Sonuçları	140
2.5. İstinaf Başvurusunun Geri Alınması ve Geri Almanın Feragatten Farkı..	141
3. İSTİNAFA BAŞVURU SÜRESİ.....	143
3.1. Genel Olarak	143
3.2. Başvuru Süresinin Hesaplanmasında Dikkat Edilecek Hususlar	147
3.3. İstinaf Süresinin Kaçırılması Durumunda Başvurulabilecek Yollar.....	150
3.3.1. Katılma Yoluyla İstinaf	151
3.3.2. Eski Hale Getirme.....	151
4. YETKİLİ İSTİNAF MAHKEMESİ	154
4.1. İstinaf Mahkemesinin Yargı Çevresi	154
4.2. İstinaftaki Yetki Kurallarının Özelliği	156
5. İSTİNAFA BAŞVURU ŞEKLİ VE KATILMA YOLU İLE İSTİNAF	158
5.1. Başvurunun Dilekçeyle Yapılması ve Dilekçeler Aşaması	158

5.2. Katılma Yolu İle İstinafa Başvurulması	163
6. İSTİNAF SEBEPLERİ.....	169
6.1. Genel Olarak	169
6.2. İstinaf Sebeplerinin Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi	172
6.2.1. Genel Olarak	172
6.2.2. Taraflarca Hazırlama İlkesi	173
6.2.3. Teksif İlkesi	175
6.2.4. Usûl Ekonomisi İlkesi	178
6.3. İstinaf Sebeplerinin Sınıflandırılması	179
6.3.1. Genel Olarak	179
6.3.2. Usûl Kurallarına Aykırılık.....	182
6.3.2.1. Usûl Kurallarına İlişkin Mutlak İstinaf Sebepleri.....	182
6.3.2.1.1. Mahkemeye İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi	185
6.3.2.1.2. Taraflara İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi	190
6.3.2.1.3. Dava Konusuna İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi.....	192
6.3.2.1.4. Diğer Mutlak İstinaf Sebepleri	194
6.3.2.2. Usûl Kurallarına İlişkin Nispî İstinaf Sebepleri	197
6.3.3. Maddî Hukuk Kurallarına Aykırılık (Hukukî Sorunun Yanlış Çözülmesi)	199
6.3.4. Maddî Sorun Hakkında Yanlış Sonuca Varılması (Vakıa Tespitlerine İlişkin Hatalar).....	205
6.4. İstinaf Sebeplerinin Başvuru Dilekçesinde Gösterilmesi	209
7. İSTİNAF TALEPLERİ	213
7.1. Genel Olarak	213
7.2. İstinaf Talepleri ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Arasındaki İlişki.....	217

7.2.1. Tasarruf İlkesi.....	217
7.2.2. Hâkimin Aydınlatma Ödevi.....	219
7.3. İstinaf Taleplerinin İstinaf Sebepleri İle Uyumlu Olması.....	220
7.4. Aleyhe Karar Verme (Reformatio In Peius) Yasağı.....	221
7.4.1. Terim Sorunu	221
7.4.2. Aleyhe Karar Verme Yasağının Dayanağı	224
7.4.3. Aleyhe Karar Verme Yasağının Uygulanması.....	225
7.4.4. İstinaf Açısından Usûli Kazanılmış Hak.....	227
7.4.4.1. Genel Olarak	227
7.4.4.2. Yargıtay Uygulamasında Usûlî Kazanılmış Hak ve Eleştirisi	229
7.4.4.3. İstinaf Bakımından Değerlendirme.....	235

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİNAF İNCELEMESİ VE KARAR

1. GENEL OLARAK.....	239
2. ÖN İNCELEME.....	240
2.1. Genel Olarak	240
2.2. Ön İncelemenin Konusu.....	243
2.2.1. Ön İncelemeye Tâbi Konuların Niteliği ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması.....	243
2.2.2. İncelemenin Başka Bir Dairenin İş Sahası İçinde Olup Olmadığı...247	
2.2.3. İlk Derece Kararına Karşı İstinafa Başvurulup Başvurulamayacağı	247
2.2.4. İstinaf Başvurusunun Süresinde Yapılıp Yapılmadığı.....	249
2.2.5. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği	250
2.2.6. Başvuru Sebeplerinin ve Gerekçesinin Gösterilip Gösterilmediği...252	
2.3. Ön İncelemenin Sonucu.....	256
3. ASIL İNCELEME (TAHKİKAT).....	257
3.1. Genel Olarak	257

3.2. İncelemenin Heyetçe veya Görevlendirilecek Bir Üye Tarafından	
Yürütülmesi	258
3.3. İncelemede Uyulması Gereken Yargılama Usûlü	262
3.4. İncelemenin Kapsamı	265
3.4.1. İstinaf Sebepleriyle Sınırlı İnceleme Yapılması ve Kamu Düzenine	
Aykırılıkların Re’sen İncelenmesi	265
3.4.2. İstinafta Tahkikatın Tamamlanması Çerçevesinde Vakıa Tespitleri	
ve Delil İkamesi Bakımından Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar ..	273
3.5. İstinaf Derecesinde Dava Malzemesi.....	277
3.5.1. Alman İstinaf Sistemindeki Durum	277
3.5.2. Avusturya İstinaf Sistemindeki Durum	285
3.5.3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme.....	289
3.5.3.1. Vakıa Tespitleriyle Bağlılık.....	292
3.5.3.2. Yeni Dava Malzemesi Sayılan Hâller	295
3.5.3.3. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi	295
3.5.3.4. Yeni Delillerin İleri Sürülmesi.....	299
3.6. İstinaf Derecesinde Yapılamayacak İşlemler	302
3.6.1. Genel Olarak	302
3.6.2. Karşı Dava Açılmaması.....	303
3.6.3. Davaya Katılma İmkânının Bulunmaması.....	304
3.6.3.1. Fer’i Müdahalede Bulunulamaz.....	304
3.6.3.2. Aslî Müdahalede Bulunulamaz.....	305
3.6.3.3. Dava İhbar Edilemez	306
3.6.4. Davanın Islah Edilememesi.....	307
3.6.5. Davaların Birleştirilememesi	309
3.7. Duruşma	311
3.7.1. Duruşmanın Önemi ve İlkelerle İlişkisi.....	311
3.7.2. Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen Hâller	315
3.7.2.1. Usûle İlişkin Olarak Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen	
Hâller.....	316

3.7.2.2. Esasa İlişkin Olarak Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen Hâller.....	317
3.7.3. Duruşma Açılması ve Tahkikatın Tamamlanması	319
4. SÖZLÜ YARGILAMA	323
5. İSTİNAF MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARARLAR	325
5.1. Genel Olarak	325
5.2. Ön İnceleme Sonunda Verilebilecek Kararlar.....	331
5.3. Asıl İnceleme (Tahkikat) Sonunda Verilebilecek Kararlar	334
5.3.1. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması Halinde Verilebilecek Kararlar	335
5.3.2. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması Halinde Verilebilecek Kararlar	336
5.3.2.1. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın Gönderilmesi Kararı.....	339
5.3.2.1.1. Genel Olarak	339
5.3.2.1.2. Dosyanın Gönderileceği Mahkeme.....	344
5.3.2.1.3. Gönderme Kararının Niteliği ve Sonuçları	347
5.3.2.2. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Davanın Kabulü Kararı	350
5.3.2.3. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Davanın Reddi Kararı.....	351
5.4. İstinaf Yargılamasının Hüküm Dışında Başka Nedenlerle Sona Ermesi ...	352
5.4.1. Davaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Nedeniyle Davanın Sona Ermesi Halinde Verilecek Kararlar	352
5.4.2. Davanın Konusuz Kalması Halinde Verilecek Karar	358
5.5. İstinaf Mahkemesinin Geçici Hukukî Koruma Kararı Vermesi ve Geçici Hukukî Koruma Kararlarına Karşı İstinafa Başvurulması.....	360
5.5.1. İstinaf Mahkemesinin Geçici Hukukî Koruma Kararı Vermesi.....	360
5.5.2. Geçici Hukukî Koruma Kararlarına Karşı İstinafa Başvurulması Halinde İstinaf Mahkemesince Verilecek Kararlar	363

5.6. Şeklî Bakımdan İstinaf Mahkemesi Kararı.....	368
5.6.1. Kararın Oluşturulması ve Tefhimi	368
5.6.2. Kararın Şekli.....	371
5.6.3. Kararın İçeriği	376
SONUÇ	383
KAYNAKÇA.....	391

KISALTMALAR*

a.g.b.	: Adı geçen bildiri
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AD	: Adalet Dergisi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun
AÖFY	: Açık Öğretim Fakültesi Yayınları
aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
AY	: Anayasa
B.	: Band
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle

* Bu çalışmada sadece “m.” kısaltması ile verilen hükümler Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 5236 s.K. ile yapılan değişiklikten sonraki maddelerini, “eski m.” kısaltmasıyla verilenler ise 5236 s.K. ile değişiklik yapılmadan önceki hükümleri göstermektedir.

CGK	: Ceza Genel Kurulu
CPC	: Code de Procédure Civile
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
DEÜHFY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
dn.	: Dipnot
dZPO	: deutsche Zivilprozessordnung
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FPR	: Familie - Partnerschaft - Recht vereinigt mit NJWE-FER
	Interdisziplinäres Fachjournal für die Praxis
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HK	: Harçlar Kanunu
HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
HPD	: Hukukî Perspektifler Dergisi
Hrsg.	: Herausgeber (Editör)
HTMYİY	: Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İş MK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İYUK	: İdari Yargılama Usûlü Kanunu
JuS	: Juristische Schulung -Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	: Juristenzeitung

K.	: Karar
KİB	: Kazancı İçtihat Bankası
KK	: Kadastro Kanunu
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHF	: Marmara Üniveristesi Hukuk Fakültesi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
öZPO	: österreichische Zivilprozessordnung
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.K.	: Sayılı Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TNBD	: Türkiye Noterler Birliği Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİY	: Yargıtay İç Yönetmeliği

YK	: Yargıtay Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YL	: Yüksek Lisans
yuk.	: Yukarıda
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bakımından hukukun rolü, temel olarak iki ayak üzerinde yapılanmaktadır. Bunlardan biri kişiye tanınan hak ve yetkiler ile kişinin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını düzenleyen maddî hukuk kuralları, diğeri maddî hukuk kurallarıyla garanti altına alınan subjektif hakları gerçekleştirmenin ve korumanın aracı olan yargılama usûlleridir.

Yargılama usûlleri, uyuşmazlık konusu menfaatlerin niteliğine göre, kapsamı ve sınırları kanunla belirlenen farklı türlere ayrılmıştır. Kişilerin kendi aralarındaki veya kişiler ile devlet arasındaki özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklar hakkında yargılama yapma ve hüküm verme yetkisi adlî yargı mahkemelerine verilmiştir (AY m. 9). Anayasa ile teminat altına alınan hukukî korunma hakkı, tahkim veya diğeri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmaması hâlinde, kural olarak mahkemeler tarafından gerçekleştirilir.

Mahkemeler belli bir uyuşmazlık hakkındaki yargılamayı kanunda öngörülen usûl kurallarına göre yürütmek ve uyuşmazlığı yürürlükteki maddî hukuk kurallarına göre çözmekle yükümlüdürler.

Mahkemelerde başta hâkimler olmak üzere, çeşitli adlî personel görev almaktadır. Adlî yargıdaki hâkimler, genel bir hukuk eğitimi ve hâkimlik stajı ile tamamlanan pratik eğitimden geçerek adalet hizmetlerinde çalışan profesyonellerdir¹. Yeterli hayat tecrübesi ve hukuk bilgisine sahip olduğu varsayılan hâkim, gereken özen ve dikkati göstererek

¹ Halûk Konuralp, **Medenî Usûl Hukuku** (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi AÖFY, 2006), s. 6; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı** (18. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 93; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku** (6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 138 vd.; Bazı hukuk sistemlerinde, profesyonel olmayan, yani belli bir hukuk eğitimi almamış, ancak kendi alanında uzman olan veya belli bir çıkar grubunu temsil eden kişiler de mahkemelerde hâkim olarak görev yapabilmektedir. Örneğin, bazı hukuk sistemlerinde iş mahkemeleri meslekten bir hâkim, işveren temsilcisi ve işçi temsilcisinden oluşmaktadır. Böyle bir düzenleme, daha önce Türk Hukukunda da bulunmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından hâkimlerin bağımsızlığı ile bağdaşmadığı için iptal edilmiştir.

yargılama yapmak ve karar vermekle yükümlüdür. Hâkim çoğu zaman uyuşmazlık konusu olayları doğru tespit etmekte ve somut olayda doğru sonuca varmaktadır veya en azından kendisinden böyle davranması beklenmektedir. Ancak, bazen olumsuz etkenler nedeniyle yargılama sonunda doğru sonuca ulaşamayabilir. Buradaki olumsuzluklar, yargılamayı yürüten ve karar veren hâkimden kaynaklanan içsel etkenler veya yargılama sürecini etkileyen dış etkenler şeklinde ortaya çıkabilir. İçsel etkenler, hâkimin bilgi düzeyi, psikolojik durumu, akıl yürütme ve sonuç çıkarsamalarının doğru ya da yanlış olmasıyla ilgilidir. Örneğin, belli bir olayın varlığı veya yokluğu konusunda sunulan delillerin yanlış değerlendirilmesi ve yanlış bir sonuca varılması içsel etkenlerdir. Dış etkenler ise, hâkimin iradesi dışında gerçekleşen ve çoğu zaman onun egelleyemeyeceği koşul veya durumlardır. Örneğin, tarafların dava malzemesinin kaynağı olan vakıaları eksik sunmaları, mahkemenin aşırı iş yükü altında olması, hâkimin zaman baskısı altında çalışması, tarafların yargılamayı sürüncemede bırakmak veya yanlış yönlendirmek amacıyla kullandıkları taktikler dış etkenlerdir.

Yargılama ve uyuşmazlık çözme faaliyetinin doğasından kaynaklanan bir başka zorluk, uyuşmazlık konusu olayların geçmişte meydana gelmesi ve bunların ispatında yaşanan güçlüklerdir. Taraflar, geçmişteki bir vakıayı hukukun izin verdiği delillerle ispat etmeye çalışır. Hâkim ise bir yandan tarafların ortaya koyduğu bilgi ve belgeleri, diğer yandan kendisinin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tespit ettiği izleri takip ederek uyuşmazlığı çözmeye çalışır. Geçmişte yaşanan olayın içinde olmayan hâkim, ancak önüne gelen delillere ve yürüttüğü inceleme sonundaki değerlendirmelerine göre karar verir. Bu sürecin bazı halkalarının eksik olması veya yargılamaya yanlış aksetmesi durumunda hatalı bir yargısal sonuca ulaşılabilir.

Yargılama sürecini olumsuz etkileyen koşullar nedeniyle, hâkimin hükmedeceği yargısal çözümün dayanakları olan vakıaların tespitinde, hukukî uyuşmazlıkla ilgili takdir hakkının kullanılmasında ve hukuk kurallarının uygulanmasında hata veya eksiklikler olabilir. Söz konusu hatalar hâkimden, tarafların mazur görülebilir ihmallerinden veya önlenemeyen başka olumsuzluklardan kaynaklanmaktaysa düzeltilmelidir. Zira, Anayasa ile güvence altına alınan hukukî korunma hakkı (AY m. 36), sadece şeklî olarak bir

yargılama yapılmasını değil, aynı zamanda adil ve doğru bir yargılamayı gerektirmektedir. Adil yargılanmanın teminatlarından biri de kanun yollarıdır².

Kanun yolu, uyuşmazlıkların psikolojik ve pratik olarak sona ermesine yardımcı olur³. Yargılama sonunda verilen hüküm, tarafların hukukî statülerinde, maddî menfaatleri üzerinde etkili olduğu kadar, kişilerin psikolojik durumlarını ve adalet ile ilgili değer yargılarını da etkilemektedir. Örneğin, bir davayı usûlî bir hata nedeniyle kaybeden taraf, çoğu zaman kendi lehine karar verilmemiş olmasının bu hatadan etkilendiğini düşünme eğilimindedir. Kanun yolu, kararın doğruluğu konusundaki kuşkuları gidererek adalete güven duyulmasını sağlamaktadır.

Kanun yolları, hukukî istikrarın ve güvenliğin sağlanmasına katkıda bulunur⁴. Somut olayda yargılama usûlüne aykırılık olmasa bile, benzer veya aynı sorunlarda farklı kuralların uygulanması, birbirinden farklı sonuçlara varılması, hukukun vazgeçilmez unsurlarından hukukî istikrara ve güvenliğe zarar verecektir. Kanun yolu, benzer olaylarda çelişkili kararlar verilmesini önleyerek hukukî istikrarı ve güvenliği tesis etmektedir.

Kanun yolu, hukukun gelişimine katkı sağlar. Kanun koyucu tarafından öngörülen soyut normlar, tüm hukukî sorunlara tam olarak çözüm üretemeyebilir. Hukukun güncel sorunlarıyla ilgili yargıya yansıyan uyuşmazlıklar hakkında üst mahkemelerin örnek teşkil eden kararları hukukun gelişimine ve hukuk birliğinin sağlanmasına hizmet eder.

Üst mahkeme kararlarının otoritesini destekleyen önemli bir unsur, hâkimlerin kalitesi ve mahkemenin yapısıdır. Üst mahkeme hâkimleri yeterince tecrübe ve bilgi sahibi olan başarılı hâkimler arasından seçilirler. Ayrıca kanun yolu denetiminin üç veya beş hâkimden oluşan heyetler veya daha büyük kurullar tarafından yapılması, üst mahkeme

² Burada kanun yolunun anayasal bir hak olarak teminat altında olup olmadığı konusunda öğretide tartışma olduğunu belirtmekle birlikte, bu konuyu daha sonra ayrıntılı olarak açıklayacağımızdan, şimdilik bir yargılama sisteminde kanun yolu olmasa dahi, yargılamanın adil ve doğru yürütülmesini sağlayacak teminatların bulunması gerektiğini belirtmekle yetinelim. Bkz. a.ş. 1. Bölüm, Başlık 2.2.1.

³ Michael D. Bayles, **Principles of Law- A Normative Analysis-Law and Philosophy Library** (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1987), s. 69; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri** (7. Baskı. Ankara: AÜHFY, 1960), s. 342.

⁴ Bayles, **a.g.e.**, s. 69.

kararlarının güvenilirliğini sağlayan faktörlerden biridir. Kanun yolları, daha sonraki uygulamalara yön vererek hataların azaltılmasına yardımcı olur⁵.

Kanun yolu, ilk derece mahkemelerinin daha dikkatli davranmalarını sağlayarak hata yapılması olasılığını azaltır. İlk derece mahkemeleri, kararlarının bir üst derece mahkemesi tarafından denetleneceğini ve hatalı karar vermeleri hâlinde kararlarının bozulacağını veya değiştirileceğini bildiklerinden, uyuşmazlığı çözmek konusunda daha fazla sorumluluk hissederler. Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de hâkimlerin yükselme ve üst mahkemelere atanmalarında ilk derece hâkimi olarak verdikleri kararların isabetli olup olmadığı dikkate alındığından, kararların üst mahkemelerce denetlenmesi, hâkimlerin yargısal davranışlarını ve motivasyonlarını olumlu yönde etkilemektedir.

Kanun yolları, yargılamada belirli standartların sağlanması, mahkemelerin vakıaları eksiksiz tespit etmesi⁶ ve hukuk kuralını doğru uygulaması bakımından bir teminat işlevini yerine getirmektedir⁷.

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız yararları dikkate alındığında, kanun yollarının hataları önlemek ve düzeltmek gibi iki önemli işlevi ortaya çıkmaktadır⁸. Buna göre, kanun yolunun kapsamını genel olarak şu şekilde belirleyebiliriz: Gerçekleri bulmak amacıyla yargılamanın denetimi (vakıa⁹ denetimi diyebiliriz), somut olaya uygulanması gereken

⁵ Aynı, s. 70; Bilge, **Üst Mahkemeler**, s. 76 vd.

⁶ Hâkimin uyuşmazlığı yürürlükteki hukuk kurallarına göre çözebilmesi için öncelikle, uyuşmazlığın esası bakımından önemli olan vakıaların var oldukları konusunda kesin bir kanaate sahip olması gerekir. Vakıaların tespiti, varlık âlemindeki somut durumların hâkimin zihninde canlandırılması amacına hizmet eder. Bu süreç mantık ve psikolojinin kurallarına göre gerçekleşir. Vakıanın tespiti, uyuşmazlıkla ilgili olayın var olup olmadığının, varsa ne zaman meydana geldiğinin, olayın meydana geliş sebebinin ve meydana geliş şeklinin hâkim tarafından ortaya konulması anlamına gelir. Böylece dava hakkında hüküm verilmesi için gerekli olan dava malzemesi somutlaştırılmaktadır. Bkz. Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **AÜSBFD**, C. XI, S. 3: 258-285 (1956), s. 263, 267.

⁷ Roscoe Pound, **Jurisprudence-Volume 5-Part 8-The System of Law** (Union-New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000), s. 609.

⁸ Halûk Konuralp, “**İstinafta Kamu Düzeni Kavramı**”, VI. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısında Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ, 19-20 Ekim 2007, İzmir, s. 1.

⁹ Bir davanın vakıalarından kasıt, dış aleme veya insanın fikri ve ruhi sahasına ait, geçmiş veya halen mevcut olan, müspet veya menfi, yargılama sırasında veya yargılama dışında gerçekleşen, zamanı ve mekanı bilinen hal ve şartlardır. Dava açılmadan meydana gelen vakıalar genellikle dava sebebi teşkil ederler. Bkz. Gürdoğan, “**Vakıa ve Hukuk**”, s. 260, 262.

hukuk kuralının doğru tespit edilip edilmediğinin denetimi (soyut hukuk normunun doğru tespit edilip edilmediğinin incelenmesi) ve tespit edilen hukuk kuralının vakıalara doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi (hukuk kuralının somut olaylara doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi). Bu işlevler her kanun yolunda tam olarak ve aynı şekilde bulunmamaktadır¹⁰. Zira tüm kanun yollarında hukukî denetim mevcut olmasına rağmen, vakıa denetimi içermeyen kanun yolları da bulunmaktadır. Örneğin, istinafta vakıa ve hukuk denetimi bir arada yapılırken, temyiz yolunda sadece hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı incelenir.

Yukarıda saydığımız ihtiyaçlar kanun yolunu medenî yargılamanın vazgeçilmez bir unsuru yapmaktadır. Ancak, kanun yolunun bir hak olup olmadığı, bu hakkın anayasal nitelikte olup olmadığı, kanun yolu hakkının ve kanun yolu denetiminin sınırları gibi konular tartışılması gereken genel soru başlıklarıdır. Zira, devlet her işlevinde ve hizmetinde olduğu gibi yargıda da belli mali kaynakları ve altyapı unsurlarını kullanır. Devletin mali kaynaklarının sınırlı olduğu ise tartışmasız bir gerçektir. Kanun yolunun bir hak olup olmadığı tartışması bir yana, böyle bir hakkın var olduğu kabul edilse dahi, bunun mutlak ve sınırsız olmadığı kabul edilmektedir¹¹. Bu sebeple kanun yolları, kanun yoluna başvuru, kanun yolu incelemesini yapacak merci, kanun yolu denetiminin kapsamı, kanun yolu mahkemesinin vereceği kararlar bakımından sınırlandırılmıştır.

Buradaki sınırlamalar işin niteliğinin gerektirdiği düzenlemeler olduğundan bir olumsuzluk ifadesi olarak anlaşılmamalıdır. Aksi takdirde, çok sayıda basit uyuşmazlığın, üst mahkemelerin önüne götürülmesi sebebiyle iş yükü çok artacağından kanun yolu sistemi çalışamaz hale gelebilir. Mahkeme kararları arasında bir ayrım yapmaksızın tüm mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması, taraflarca kötü niyetli olarak davanın sürüncemede bırakılması amacıyla kullanılabilir. Örneğin, tüm ara kararlara karşı kanun yoluna başvurma imkânı tanınırsa, taraflar birçok ara karara itiraz etmek isteyeceğinden, mahkemenin davayı yürütmesi ve sonlandırması oldukça zorlaşır. Oysa bu kararları hâkim kendisi de düzeltebileceğinden kanun yoluna başvurulmasına gerek

¹⁰ Pound, **a.g.e.**, s. 607.

¹¹ Ansay, **a.g.e.**, s. 342.

kalmamaktadır¹². Diğer yandan, eğer kanun yolu mahkemesinin denetim yetkisinin kapsamı geniş tutulursa, hem davalar uzayacağından zaman kaybı oluşur hem de yeniden yargılama yapılması sebebiyle yargılama giderleri artabilir. Oysa doğru yargılama yanında, makul sürede ve en az giderle yargılama yapılması da adlî sistem içinde göz önünde tutulması gereken hususlardandır.

Ayrıca ilk derece hâkimi taraflara, olaya ve delillere daha yakındır. İlk derece hâkimi tarafları aracısız dinleme, keşif ve bilirkişi gibi ispat araçlarına başvurarak olay hakkında bizzat bilgi edinme ve delilleri doğrudan inceleme imkânına sahiptir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yoluna başvurulunca, üst mahkeme, öncelikle ilk derece yargılamasına ait mahkeme tutanakları üzerinden ve tarafların iddiaları kapsamında inceleme yapacaktır. Her ne kadar bazı kanun yollarında, örneğin istinafta, üst mahkeme bizzat vakıa incelemesi yapıyorsa da öncelikle ilk derece yargılamasında tespit edilen vakılardan hareket etmektedir. Diğer yandan, sözlü delil olarak nitelendirebileceğimiz tanık beyanlarının tutanağa geçirilmesi, hiçbir zaman tanıkların mahkemede bizzat görülmesi ve dinlenmesine eşdeğer değildir. Bu faktörler dikkate alındığında, kanun yolu mahkemesinin vakıalar hakkında yapacağı denetimin sınırlı olacağı, gerçekte ilk derece yargılamasının yerini tam olarak tutmayacağı söylenebilir¹³. Nitekim istinaf derecesinde dahi, vakıaların tespiti bakımından daha iyi inceleme yapıldığının ve delillerin daha doğru değerlendirildiğinin ileri sürülemeyeceğini, yeni delil ikamesinin güvenilirliğinin ve etkinliğinin delil ikamesinin tekrar edilmesinden kaynaklandığını kabul eden bir görüş de bulunmaktadır¹⁴. Kanun yolu denetiminin sınırlandırılmasının diğer başka nedenleri olmakla birlikte, bunlar yeri geldikçe ilgili başlıklar altında açıklanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımız, kanun yoluna duyulan ihtiyaç ve sağlıklı bir kanun yolu denetimi bakımından yapılması gereken sınırlandırmalar hakkında genel bir fikir

¹² Bayles, **a.g.e.**, s. 72.

¹³ Pound, **a.g.e.**, s. 611, 644.

¹⁴ *Kuderna'nın görüşü için bkz. Felix Graf von Stosch, Prozessförderung durch das Mittel der Praekclusion im österreichischen und deutschen Recht- de lege lata-de lege ferenda* (Berlin: Duncker&Humblot, 2000), s. 231. Ayrıca bkz. a.ş. 3. Bölüm, Başlık 3.4.2.

vermektedir. Bu çalışmada kanun yolları arasında önemli bir yeri olan istinafı incelemeye ve değerlendirmeye çalışacağız. Temel bakış açımız, bir başvuru yolu olarak istinafın Türk Hukukundaki temellerini ortaya koymak, istinafın usûl hukukunun kurumları ve kanun yolları içindeki yerini tespit etmek, istinafın amacını, işlevlerini, başvuru koşullarını, istinaf incelemesinin özelliklerini ve sınırlarını, istinaf mahkemesinin verebileceği kararları yukarıda belirtmeye çalıştığımız genel hususlar çerçevesinde ve pozitif hükümler kapsamında tahlil etmektir.

Çalışmanın birinci bölümünde, istinafın tarihi gelişimi ve Türk Hukukunda istinafın temelleri özetlendikten sonra, istinaf kanun yolunun temel özellikleri, amacı, kanun yolları içinde istinafın yeri ve istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, istinafa başvuru başlığı altında istinafa başvuru hakkına sahip olanlar, istinaf başvurusundan feragat, istinafa başvuru süresi, yetkili istinaf mahkemesi, istinafa başvuru şekli, istinaf sebepleri ve istinaf talepleri açıklanacaktır. Bu bölümde istinaf sebepleriyle ilgili kısım geniş tutularak, istinaf sebebi olabilecek hâller sınıflandırılacak ve istinaf sebeplerinin kanun yoluna başvuru dilekçesinde gösterilmesi yükümlülüğü incelenecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, istinaf incelemesinin özellikleri başlığı altında ön inceleme ve asıl inceleme, istinaf derecesinde yapılamayacak işlemler, duruşma ve sözlü yargılama gibi konular üzerinde durulacak, istinaf incelemesinin kapsamı başlığı altında istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme yapılması, kamu düzenine aykırılıkların re'sen incelenmesi ve delil ikamesinin tekrarlanmasını gerektiren durumlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ayrıca, istinaf mahkemesinin verebileceği kararlar başlığı altında, sırasıyla ön inceleme ve asıl inceleme sonunda verilebilecek kararlar, davayı sona erdiren taraf usûl işlemleri nedeniyle istinafta verilebilecek kararlar, istinafta geçici hukukî koruma kararları ve nihayet istinaf mahkemesi kararlarının biçimsel özellikleri incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KANUN YOLU OLARAK İSTİNAF VE İSTİNAFA KONU OLABİLECEK KARARLAR

1. KANUN YOLU VE İSTİNAFIN TARİHİ GELİŞİMİ

Kanun yolu, yargılama hukukunda bugünkü anlamıyla olmasa da hep var olmuştur¹. Türk Hukukunun özellikle Tanzimat ve Cumhuriyet'in kurulmasından sonra üyesi olduğu Kara Avrupası Hukuk Sistemi, tarihi kökleri Roma Hukukuna dayanan bir yargılama sistemine sahiptir. Bugün kullandığımız kanun yolu sisteminin temelleri Roma hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Roma Hukukunda yargılama, bugünkü gibi medenî yargı, ceza yargısı veya idarî yargı gibi ayrımlara sahip değildi. Roma Hukukunda yargılama usûlleri çeşitli dönemlerde *legis actiones*, *formula usûlü* ve *cognitio extra ordinem* (sistem dışı yargılama) usûlü biçiminde vücut bulmuştur².

Gerek *legis actio*'lar zamanında gerek *formula usûlü*nde, davayı kaybeden taraf, bir üst makama veya mahkemeye başvurarak ilk kararın denetimini sağlama imkânına sahip değildi. Bu durumun temel sebeplerinden biri, bu yargılama usûllerinde uyuşmazlığın taraflarca seçilen bir hakem tarafından çözülmesi ve onun kararlarının kesin olması, diğeri ise denetimi gerçekleştirecek bir üst makamın bulunmamasıydı³.

¹ Kanun yolu denetiminin ilk hâlinde amaç, verdiği karardan dolayı hâkimi denetlemektir. Başka bir deyişle denetime tâbi olan karar değil, hâkimin kendisiydi. Bkz. Pound, **a.g.e.**, s. 612.

² Roma Hukuku bakımından *legis actio* usûlü ve *formula usûlü*, *ordo iudiciorum* (özel yargılama usûlü) olarak adlandırılan sistemin önceki ve sonraki ayakları olup, Krallık döneminin ortalarından başlayarak M.S. 342 yılına kadar uygulanan yargılama sistemini oluşturur. Bu sistemde hakların korunması esas olarak özel kişilerin faaliyet alanı içindeydi. Devlet taraflara dava hakkı tanımakla yetinmekteydi ve uyuşmazlıkları hakem denilebilecek özel kişiler çözmekteydi. *Cognitio extra ordinem* (sistem dışı yargılama) ise M.S. 342 yılından itibaren Iustinianus döneminin sonuna kadar uygulanmış yargılama sistemidir. Bu sistemde uyuşmazlıkları devletin memuru olan yargıçlar çözmekteydi ve özel yargılama usûlünden farklı olarak kısmen yazılı yargılama usûlü uygulanmaktaydı. Roma Hukukunda uygulanan yargılama sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nadi Günel, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 27-35.

³ Günel, **a.g.e.**, s. 61, 73.

Legis actio'lar döneminde, bugünkü anlamda olmasa dahi, kanun yolu olarak nitelendirilebilecek tek bir yol vardı. Buna göre, preator, hâkimin verdiği karar hakkında bir “*in integrum restitutio*”, yani eski hale iade imkânı tanıyabilirdi. Bu yolla karar hiç verilmemiş gibi işlem görür ve yeni bir karar verilirdi; başka bir deyişle karar düzeltilmez tamamen yeni bir karar verilirdi⁴.

Roma Hukukunun ilk dönemlerinde “*a iudex*” karşı “*actio in factum*” yoluna başvurulurdu. *Gaius*'a dayandırılan bir fikre göre, bu bir tazminat davasıydı. Ayrıca bir hükmün geçersizliğini sağlamak için “*revocatio in duplum*” yoluna başvurulabilirdi. Diğer yandan hile ile verilen kararlara karşı, hakkaniyete dayalı bir başvuru yolu da vardı. Mahkeme kararlarının modern anlamda denetimi ise, ilk olarak imparatorluk döneminde başlamıştır⁵.

Cognitio Extra Ordinem usûlü ile birlikte, yargılamayı artık taraflarca seçilen hakem değil, devlet iradesini temsil eden bir hâkim yürütürdü. Bu dönemde imparatora bağlı çeşitli derecelerde magistralar görev yapardı ve bunlardan biri önünde davayı kaybeden taraf, davanın bir üst mahkeme önünde yeniden görülmesini ve karar verilmesini isteyebilirdi. Üst mahkemede, ilk derece kararının denetimi biçiminde değil, uyuşmazlık hakkında yeniden inceleme yapıp, karar vermek suretiyle yargılama yapılırdı. Üst mahkemenin kararı kesindi⁶.

Bu kanun yolu, bugünkü anlamıyla istinafa karşılık gelen, *appellatio* olarak adlandırılmaktaydı. İstinafın temel özelliklerinden erteleyici ve aktarıcı etki, bu başvuru yolunun da belirleyici özelliklerindendi. Üst mahkemeye başvuru ilk derece

⁴ Belgin Erdoğan ve Bülent Tahiroğlu, **Roma Usûl Hukuku**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s. 41; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları** (3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999), s. 286; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması** (7. Baskı, Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 2000), s. 361; Günel, **a.g.e.**, s. 73; Arwed Blomeyer, **Zivilprozessrecht**, (2. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot, 1985), s. 533; Peter Gilles, **Rechtsmittel im Zivilprozess-Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (Frankfurt: Athenaeum Verlag, 1972), s. 204.

⁵ Pound, **a.g.e.**, s. 613.

⁶ Erdoğan/Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 41; Umur, **a.g.e.**, s. 286; Karadeniz/Çelebican, **a.g.e.**, s. 361; Günel, **a.g.e.**, s. 73; Pound, **a.g.e.**, s. 613.

mahkemesindeki tüm işlemleri ertelerdi. Kanun yolu yargılamasında yeni vakıalar ve deliller gösterilebilirdi ve diğer hususlar bir sınır olmaksızın ileri sürülebilirdi. İlk derece mahkemesinin hükmü üst mahkeme tarafından onaylanabilir, bozulabilir veya bizzat düzeltilebilirdi⁷.

Üst mahkeme *appelatio* başvurusunu haklı bulduğu takdirde, ilk derece yargılamasına konu uyuşmazlık hakkında doğrudan karar verebilmekteydi. Gilles, Alman Hukuku bakımından yaptığı değerlendirmede, Kraliyet Roma'sındaki kanun yolunun bu özelliğinin bugünkü istinaf yolunda da devam ettiğini belirtmiştir⁸.

İlk derece mahkemesi, tereddüt ettiği bir hukukî sorun varsa, cevaplanması için imparatora havale edebilirdi. İmparatorun cevabı, “emir” olarak adlandırılır, bir hukuk kuralı olarak bağlayıcı olurdu. Ancak, ilk derece mahkemesi, kanun yolundan önce vakıaları tespit etmek zorundaydı. Kanun yoluna başvurarak kararı doğrudan imparatora götüren hâkim, vakıaları tespit eden ve delillerin sonuçlarını içeren bir raporu, tarafların bu konudaki itirazlarını da içeren bir rapor şeklinde imparatora sunardı. Bir dava hakkında imparatorun temsilcisi karar verirse, imparatorun talep edilmesi üzerine, aynı mahkeme yeniden inceleme yapabiliyordu. İmparatorun davayı yeniden görmesi için aynı dilekçenin verilmesi yeterliydi⁹.

Roma Hukukunda vakıaların ve hukuk kuralının doğru tespit edilmesi ve uygulanmasını sağlamak için dört yöntem geliştirilmiştir: Hukuka ilişkin olmayan hatalar için tutanakların incelenmesi, davanın üst mahkemede yeniden görülmesi, hukuka ilişkin zor sorunlar hakkında kesin cevap verilmesi için yetkili merciye başvurmak ve talep üzerine davanın aynı mahkemede yeniden görülmesi. Roma Hukukunda geliştirilen bu yöntemler, zaman içinde gelişerek farklı şekil ve içeriklerle hukuk dünyasında hep uygulanmıştır¹⁰.

⁷ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 206-208; Günel, **a.g.e.**, s. 111.

⁸ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 210; Aynı yönde Andreas Piekenbrock, **Der italienische Zivilprozess im europaischen Umfeld, Eine rechtsvergleichende Studie unter Hervorhebung der richterlichen Verfahrensleitung** (Berlin: Duncker&Humblot, 1998), s. 321.

⁹ Pound, **a.g.e.**, s. 613.

¹⁰ Aym, s. 614.

Kıta Avrupası da Roma Hukukundaki bu gelişimden etkilenmiştir. Daha önceleri tek dereceli yargılamanın geçerli olduğu Almanya’da, 1450 yılında kanun yolu sistemi Roma Hukuku örnek alınarak yapılandırılmıştır. Bu dönemde kilise yönetimi, Roma devlet organizasyon yapısını ve kanun yolu sistemini destekleyerek, bunu birçok feodal beyliğe bölünmüş kraliyetin egemenliğinin sağlanması ve korunmasında bir araç olarak görmüştür. 1495 yılına gelindiğinde Kraliyet Mahkemesi yeniden yapılandırılarak, kral ilk derece uyuşmazlıklarının yanında kanun yolu denetimi yapma yetkisine de sahip olmuştur. Ancak kralın bu yetkilere sahip olması, feodal beylerde bir karşı çıkışa yol açmış ve beylikler de kendi egemenliklerini sürdürmek amacıyla, beylikler derecesinde, kralın kanun yolu sistemine benzer hukukî çareler ihdas etmişlerdir. Kral ile feodal beyler arasındaki egemenlik mücadelesi, mahkemeler hiyerarşisinde nihaî bir hukukî düzenleme yapılmasını engellemiştir. Kanun yolu sistemi ve mahkemeler hiyerarşisi bakımından var olan politik mücadele, ilerleyen zamanlarda daha da derinleşmiş, kanun yolu sisteminin organizasyonu, yapısı ve anlayışı bu durumdan etkilenmiştir. Bu dönemde, devlet teşkilatının alt derecelerinde idare ve yargı yetkisi aynı organda toplandığından, yargısal bağımsızlık sözkonusu değildi. Buna karşılık üst mahkemeler, etki altında kalmadan makul bir yargılama yapabiliyordu¹¹.

“Müşterek Hukuk” olarak adlandırılan ve 11’inci yüzyıldan başlayarak 14-15. yüzyıl Avrupa’sında uygulanan Kanonik Roma Hukuku bugünkü Avrupa hukuk sistemlerinin temelini oluşmasında etki göstermiştir. Ancak, kanun yolu yargılaması alanında, özellikle Alman istinaf sistemi, müşterek hukuktan ziyade Krallık Roması’ndaki *appelation* modelinin takipçisi olmuştur¹².

Türk Hukukunda bugün uygulanan kanun yolu sisteminin temelleri ise Tanzimat dönemi ve bu dönemde yapılan yeniliklere dayanmaktadır. Tanzimat döneminde

¹¹ Panagiotis Kolotouros, **Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozess: Die Rechtsmittel zwischen Kassation und Verfahrensfortsetzung** (Berlin: Duncker&Humblot, 1992), s. 20 vd.; İstinafın tarihi geçmişinin hukukî nedenlerden ziyade siyasi nedenlere dayandığı ve yerel yargı mercilerinin gücünü azaltmak amacıyla oluşturulduğu konusunda ayrıca bkz. Faruk Erem, “Üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı” **YD**, S. 3: 240-256 (1994), s. 240 vd.; Necip Bilge, “Üst Mahkemeler”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**: 61-89 (Ankara: AÜHFY, 1964), s. 69 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, **SÜHFD**, C. 9, S. 1-2: 158 (2001), s. 80-82.

¹² Müşterek hukuk döneminin istinaf modeli hakkında bkz. Gilles, **Rechtsmittel**, s. 211 vd.

benimsenmeye başlanan Avrupa tipi modern yargı örgütü, bugünkü sistemin temeli olmuştur¹³. İstinaf kanun yoluna ilişkin ilk düzenlemeler de Tanzimatta gerçekleştirilen ıslahatlar çerçevesinde yapılmıştır. Ancak, Osmanlı İmparatorluğu’nun klasik döneminde de kadıların kararlarına karşı genel olarak kanun yolu olarak nitelendirebileceğimiz başvuru yolu mevcuttu. Tanzimatın ilanından önce, 18’inci yüzyılın ortalarına kadar temyiz mahkemesi Divanı Hümayun’dur. Divanı Hümayun bazen uyuşmazlıkları bizzat çözer, bazen de yeniden görülmesi ve karar verilmesi için uyuşmazlığı ilgili yerin kadısına havale ederdi. On sekizinci yüzyılın ortalarından sonra, Divanı Hümayun tamamen bir merasim toplantısı hâline dönüşmüş, divanın yargı yetkisi bundan sonra Bab-ı Asafi’ye geçmiştir¹⁴.

Divanı Hümayun’daki yargılamanın daha ziyade temyize benzediği söylenebilirse de, dar ve teknik anlamda temyiz, istinaf veya yargılamanın yenilenmesi yolu olarak nitelendirilmesi doğru değildir¹⁵. Divanı Hümayun’da, üst merci olarak inceleme sırasında duruşma yapılmasının zorunlu olmaması, incelemenin evrak üzerinden yapılması, tarafların (özellikle mağdur olan tarafın) yargılamaya katılmak zorunda olmayışı¹⁶, bu yargılamanın temyize benzediğini göstermektedir. Şer’iyye mahkemelerinde hükme karşı kanun yoluna

¹³ Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu, **Türk Hukuk Tarihi**, (7. Baskı. Ankara: Savaş Yayınları, 1991), s. 279; Ejder Yılmaz, **İstinaf** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 17. İslam hukukunda ise bugünkü anlamda istinaf ve temyiz kanun yolunun olduğu söylenemez. İslam hukukunda hâkim (mahkeme) kararlarına karşı bir başka mahkemeye ya da hâkime başvurma imkânı tanınmış olmasına rağmen, kanun yoluna başvuru hakkını bir kural hâline getirmekten kaçınılmıştır. Var olan başvuru yolları ise, mahkemenin kararının hukuka uygunluğunu denetlemekten ziyade hâkimleri denetlemeye yöneliktir. Bu konuda Peygamber, Halifeler, Endülüs ve Abbasi dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Şentop, “Önceki Hukukumuzda Mahkeme Hükmünün Kontrolü, Teorik Temelleri, **Hukuk Dünyası**, Nisan-Haziran: 43-56 (2006), s. 43 vd.; Servet Armağan, “İslam Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme Velâyet-ül Mezalim”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**: 96-119 (İstanbul: İÜHFY, 1979), s. 97 vd.; Ekinci, **a.g.m.**, s. 113, 156. Ayrıca bkz. Ahmet Mumcu, **Divan-ı Hümayun** (Ankara: Phoenix Yayınevi, 2007), s. 73; Sedat Bingöl, **XIX. Yüzyılda Kurulan Nizamiye Mahkemeleri’nin Tutanaklarında Yargı Gücünün Kullanımı ve Tutanakların Kaynak Bakımından Değeri** (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi, 2006), s. 1. İslam Hukukunda istinaf ve temyiz kanun yollarına rastlanmamasının nedenleri hakkında bkz. Ekinci, **a.g.m.**, s. 106-111.

¹⁴ Sedat Bingöl, **Tanzimat Devrinde Osmanlı’da Yargı Reformu, Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876**, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2004), s. 18-19; Zekeriya Bülbül, **Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi** (2. Baskı. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2000), s. 204. Bab-ı Asafi, sadrazam başkanlığındaki teşkilata verilen isimdir. XIX. yüzyıla kadar Bab-ı Asafi, Vezir Kapısı, Paşa Sarayı, Paşa Kapısı gibi isimlerle anılmış, I. Abdülhamit döneminden sonra Bab-ı Ali ismini almıştır. Gamze Güldan, “**Osmanlı Merkez Teşkilatında Babı Ali’nin Durumu, Görevleri ve Etkileri**”, Dr. Bekir Günay’ın Kişisel Web Sayfası, http://www.geocities.com/begunay/z9.htm#_ftnref3, 1.12.2007.

¹⁵ Mumcu, **Divan-ı Hümayun**, s. 73 vd.

¹⁶ **Aynı**, s. 84.

başvurulunca, üst mahkeme önce hükmün usûle ve hukuka uygun olup olmadığını inceler, hükmü hatalı bulursa davaya istinafen yeniden bakardı veya yeniden görülmesi için ilgili mahkemeye gönderirdi. Bu yol, hükümde hata olup olmadığına bakılmaksızın davanın baştan sona yeniden görülmesi ve yeni karar verilmesi şeklinde cereyan eden klasik istinaftan oldukça farklıydı¹⁷.

Osmanlı Devleti'nin Batı ile olan ticari ilişkilerinin gelişmesi neticesinde 20 Mayıs 1839'da Ticaret Nezareti ve ticari uyuşmazlıkları çözmek amacıyla Ticaret Nezaretine bağlı Meclis-i Deavi kurulmuştur. Bu mahkeme önce Dersaadette (İstanbul'da) daha sonra taşrada kurulmuştur. Ticaret Nezareti daha sonra kaldırılmasına rağmen, ticaret mahkemeleri uyuşmazlıkları çözmeye devam etmiştir. 1 Mayıs 1860 tarihinde Fransız Ticaret Kanunun IV. Cildi tercüme edilerek "Ticaret Kanunname-i Hümayunu'na Zeyl" adıyla yayınlanmıştır. Bu Kanunla ticaret mahkemelerine yeni bir düzen getirilmiş; Kanunun 3'üncü maddesine göre, Dersaadet'te (İstanbul'da) bir İstinaf-ı Deavi Ticaret Divanı kurulmuştur¹⁸.

İstinaf-ı Deavi Divanı, Ticaret Nazırının başkanlığında üç daimi ve beş geçici üyeden oluşmaktaydı. Ticaret mahkemeleri için oluşturulan bu üst mahkeme, istinaf mahkemesi sıfatıyla alt mahkemelerden gelen kararları inceliyordu. Ticaret mahkemelerini kuran kararnameden kısa bir süre sonra, 15 Ekim 1861'de, "Usûl-ı Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname" adıyla bir usûl kanunu yayınlandı. Bu kanun istinaf divanının kuruluşunu da düzenliyordu. Vakanüvis *Ahmet Lütfi*'ye göre, istinaf divanı kurulmasıyla,

¹⁷ Mustafa Şentop, **Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik** (İstanbul: Klasik Yayınları, 2005), s. 116 vd.; Mehmet Akman, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması** (İstanbul: Eren Yayıncılık, 2004), s. 124, 127; Necip Bilge, **Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme** (Ankara: AÜHFY, 1973), s. 57; Mumcu, **Divan-ı Hümayun**, s. 85-88. Osmanlı Devleti'nin yargı sisteminin aslında tek dereceli olduğunu belirtmeliyiz. Divanı Hümayun, kadıları ve onlar tarafından verilen hükümleri denetleme yetkisine sahip olmakla birlikte, tek görevi yargılama yapmak değildi. Olağanüstü yetkileri olan bu kurum, idarî işlerle ilgilenmekteydi ve davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla talep olmadan da bakabilirdi. Bkz. Mumcu, **Divan-ı Hümayun**, s. 53 vd.; Bilge, **Karar Düzeltme**, 55; Gürsel Mol, **Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay** (Ankara: Yargıtay Yayınları, 2004), s. 27.

¹⁸ Bingöl, **a.g.e.**, s. 136; Üçok/Mumcu, **a.g.e.**, s. 280.

Osmanlı tüccarlarının kanun ve muameleleri pek iyi bilmemelerinden dolayı gördükleri zararların kısmen önlemesi amaçlanmaktaydı¹⁹.

8 Ekim 1864’de yayınlanan Vilayet Nizamnamesi ile Osmanlı Devleti’nde 1842’den beri devam eden ülke yönetimine ilişkin değişikliklere yeni bir şekil verilmiştir. Nizamnameye göre, imparatorluk vilayet, sancak, kaza ve köy olarak tasnif edilen mülkî birimlere ayrılmıştı²⁰. Bu idarî yapılanma içinde, kazalarda “deavi meclisleri”, livalarda (sancak) ve vilayetlerde ise “meclis-i temyiz-i hukuk” mahkemeleri kurulmuştu. Livalardaki mahkeme, hem ilk derece mahkemesiydi hem de kazalardaki deavi meclislerinin verdiği kararların istinaf incelemesini yapıyordu. Vilayetlerdeki mahkeme ise, liva mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların istinaf incelemesini yapıyor ve aynı zamanda vilayette doğan uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi olarak inceliyordu²¹. İstinaf incelemesi uyuşmazlığın yeniden incelenmesi şeklinde gerçekleşiyordu. Vilayetlerdeki meclisi temyizi hukuk mahkemeleri, daha sonra işlerinin az olduğu gerekçesiyle kaldırılarak, yine vilayette görev yapan ve ceza işlerine bakan Cinayet Meclisiyle birleştirilmiştir. Buna göre ceza mahkemesi aynı zamanda hukuk davalarına da bakıyordu²².

21 Haziran 1867’de çıkarılan “Vilayetlerin İdarem Muhsusası ve Nizamının Süver-i İcraiyyesi Talima-ı Umumiyye” ile vilayetlerde yer alan yargı meclislerinin yetkileri de kısmen düzenlenmiştir. Buna göre, davaya bakmakla yetkili merciler dört dereceye ayrılmıştır. Bunlar:

- 1) İhtiyar Meclisleri (sulhen bitirilebilecek uyuşmazlıklara bakmaktaydı).
- 2) Deavi Meclisleri (bulundukları kasabaya ait hukuk davalarını incelemekteydi).

¹⁹ Bingöl, **a.g.e.**, s. 140-142.

²⁰ Bu idarî yapı, Fransız idare usûlü ve idarî teşkilatı örnek alınarak oluşturulmuş, önce Tuna Vilayetinde daha sonra Bosna, Erzurum, Halep, Edirne ve Trablusgarb vilayetlerinde uygulanmaya başlanmıştır (Bingöl, **Nizamiye Mahkemeleri**, s. 14).

²¹ Bu sistem “mürekkep istinaf” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Pekcanitez, “**İstinaf**”, s. 26.

²² Bingöl, **a.g.e.**, s. 157-167; Bingöl, **Nizamiye Mahkemeleri**, s. 11 vd.; Ayrıca bkz. Osman Çalışkan, “Ülkemizde İstinaf Mahkemelerinin Tarihi Sürecine Bir Bakış”, **MİHDER**, C. 3, S. 6: 69-73 (2007), s. 69.

3)Temyiz-i Hukuk Meclisleri (livalarda bulunurdu ve deavi meclislerinin kararlarına karşı yapılan istinaf taleplerini incelemekteydi. Aynı zamanda hukuk ve ceza davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakmaktaydı).

4) Vilayet Temyiz-i Hukuk Meclisi (istinaf merci olarak görev yapan bu mahkemeler hukuk ve ceza davalarına bakmaktaydı)²³.

10 Mayıs 1868’de ise Divan-ı Ahkâmı Adliye kurulmuştur. Divanı Ahkâmı Adliye bugünkü Yargıtay’ın temelini oluşturmaktadır²⁴. Divan-ı Ahkâmı Adliye en yüksek mahkeme olarak kurulmuştu ve üst mahkeme sıfatıyla nizamiye mahkemelerinin kararlarını incelemekteydi. Bu mahkeme ceza ve hukuk olmak üzere iki daireden oluşuyordu. Divan, hem temyiz hem de istinaf merci olarak faaliyet göstermekteydi ve Dersaadet’te doğan uyuşmazlıklara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmaktaydı. Divanı Ahkâmı Adliye, vilayetlerdeki temyiz divanlarının ilk derece mahkemesi olarak gördükleri davaları, istinaf ve temyiz merci olarak incelerdi²⁵. Divanın istinaf bölümü ceza, hukuk ve ticaret dairelerinden oluşmaktaydı. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’nin istinaf bölümü, ihtiyaç olmadığı düşüncesiyle 1870 yılında kaldırılmış ve geriye sadece temyiz bölümü kalmıştır²⁶.

Tanzimat döneminde art arda yapılan bu değişiklikler ve yargı teşkilatının içinde bulunduğu durum, yargı sisteminin işlemediğini ve reforma ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Bu dönemde birden fazla mahkemenin var olması, bunlar arasında yetki ve görev uyuşmazlıklarına neden olmuş, ülkede hukuk birliği sağlanamamıştır. Esasında mevcut sistemin taraftarı olan Ahmet Cevdet Paşa’nın adlî mahkemelerin sulh, bidayet, istinaf ve temyiz olarak dörde ayrılmasını ve iki dereceli bir üst denetim modelinin kurulmasını önermesi dahi, yargısal karmaşanın bir göstergesi olarak kabul edilmektedir²⁷.

²³ Bingöl, **a.g.e.**, s. 178-179; Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1979), s. 34 vd.; Yılmaz, **İstinaf**, s. 17. Bu mahkemelerin görevleri şeriat, cemaat, ticaret ve konsolosluk mahkemelerinin yargı yetkisi dışındaki işlerdi (Üçok/Mumcu, **a.g.e.**, s. 281).

²⁴ Mol, **a.g.e.**, s. 50.

²⁵ Bingöl, **a.g.e.**, s. 186 vd.

²⁶ Üçok/Mumcu, **a.g.e.**, s. 281-282

²⁷ **Aynı**, s. 280.

Cumhuriyetin kurulmasından sonra 1924 yılında çıkarılan Mehâkimi Şer’iyyenin İlmasına ve Mehâkim Teşkilatına Muadil Kanun ile şer’iye mahkemeleriyle birlikte istinaf mahkemelerinin görevlerine de son verilmiştir. İstinaf, davaların süratle sonuçlandırılmasını engellediği ve arzu edilen yararı sağlamadığı gerekçesiyle kaldırılmıştır. Ayrıca, laik hukuku bilmeyen, şer’i hukuktan gelen kadıların istinaf hâkimi olarak atanması, bu hâkimlerin isabetli kararlar vermemiş olmaları²⁸, zabıt katibi gibi hâkim sınıfından olmayan kişilerin hâkimlik yapması²⁹ gibi nedenler de istinaf mahkemelerinin kaldırılmasında etkili olmuştur. *Karayalçın* istinaf mahkemelerinin kaldırılması sebeplerine, Çanakkale Savaşındaki ağır kayıplar nedeniyle yeterli hâkim bulunmayışını da eklemektedir³⁰.

Türk Hukuk Devrimiyle hukuk alanında resepsiyonlar yapılmış, buna karşılık iktibas edilen usûl kanunları içinde istinaf bir kanun yolu olarak bulunmasına rağmen hukukumıza alınmamıştır. Daha sonra 1932 yılından başlayarak çeşitli tarihlerde istinafin kabul edilmesi için tasarılar hazırlanmış, 2004 yılında hazırlanan son tasarı hariç, hiçbirisi yasalaşamamıştır³¹.

²⁸ Ansay, **a.g.e.**, s. 43; Feridun Yenisey, “**Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları**”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 18; Özlem Yenerer Çakmut, “İstinaf Mahkemesi Olarak Bölge Adliye Mahkemeleri, Kuruluşu ve İşleyişi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1: 343-362 (2005), s. 345; Erdoğan Yücel, “Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri”, **AD**, Y. 97, S. 25: 158-182 (2006), s. 162; Ekinci, **a.g.m.**, s. 75. Mehakimi Şeriyenin İlmasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanun’un istinaf mahkemelerini kaldıran hükümlerinin gerekçesi ve meclisteki görüşmeler için bkz. Çalışkan, **a.g.m.**, s. 70 vd.

²⁹ Pekcanıtez, “**İstinaf**”, s. 27.

³⁰ Yaşar Karayalçın, “Adli Yargıda Usûli Müktesep Hak”, **Tuğrul Ansay’a Armağan**: 143-169 (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), s. 162.

³¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 618 vd.; 2004 yılına kadar hazırlanan istinaf tasarılarının akıbeti hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Handan Surlu, “Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi”, **YD**, C. 26, S. 3: 275-291 (2000), s. 286.

2. TÜRK HUKUKUNDA İSTİNAFIN DAYANAKLARI

2.1. Adlî Yargıda İstinafa Duyulan İhtiyaç

Bu bölümde, bir başvuru yolu olarak istinaf kanun yolunun bugünkü usûl hukuku sisteminde kabul edilmesinin nedenlerini ortaya koymaya çalışacağız. Bu değerlendirmelerimizde tarihsel perspektiften ve adlî yargının ihtiyaçlarından hareket edeceğiz.

Türk Hukukunda istinafa ilişkin tartışmalar Cumhuriyet'in kuruluş yıllarından bugüne kadar devam etmiştir. Adlî yargı sisteminde 5235 ve 5236 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklik ile ilk derece mahkemelerinin kararlarının denetlenmesi amacıyla istinaf kanun yolunun ve bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının altında yatan çeşitli olgusal ve hukukî nedenler bulunmaktadır. Belirtmeliyiz ki, Türkiye'deki istinaf düzenlemesinin temelinde yatan sebepler, bu kurumun Anglo Amerikan ve Avrupa hukuk sistemlerindeki gelişim çizgisinden oldukça farklıdır ve yukarıda yaptığımız tarihsel tespitlere göre, ayrı bir zeminde değerlendirilmelidir.

Bugün geline nokta, istinafı bir mecburîyet hâline getiren temel sorunlardan biri, adlî yargıda artan iş yükü ve iki dereceli yargılama sisteminde tek kanun yolu mercii olan Yargıtay'ın temyiz yolu ile sağlanmak istenen kontrol fonksiyonunu artık gerektiği gibi yerine getiremediğidir. Yargıtay, bir kanun yolu mahkemesinden beklenen ölçüde gerekçeli ve tatmin edici kararlar vermekte zorlanmaktadır³².

Adlî yargı sisteminin işleyişiyle ilgili istatistiksel veriler sınırlı sayıda olduğundan, Yargıtay'ın iş yükü ve bunun yargılamaya etkisi konusunda somut sonuçlara varmak zor olsa da, bugün neredeyse hukukçuların bir araya geldiği her toplantıda, yargılamanın uzun sürdüğü, mahkemelerin hatalı kararlar verdikleri, Yargıtay'ın dosyaları yeterince inceleyemediği, Yargıtay'ın hatalı kararları sebebiyle sıkça karar düzeltme yoluna başvurulduğu, hem ilk derece mahkemelerinin hem de Yargıtay'ın çok basit hatalar

³² Karayalçın, “Usûlî Müktesep Hak”, s. 161 vd.; Pekcanıtez, “İstinaf”, s. 21, 27. Söz konusu soruna henüz 1940'lı yıllarda dahi dikkat çekildiğini görmekteyiz. Bkz. Naci Şensoy, “İstinaf”, *İÜHFM*, C. XII, S. 4: 1058-1072 (1946), s. 1068 vd.

yaptıkları ve bu hataları düzeltmek adına yargılamanın uzadığı ve masrafların arttığı yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Bu durum Kanundaki ifade ile “maruf ve meşhur vakıa” hâline geldiğinden, artık istatistik verilerine de ihtiyaç duymayan açık bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır.

Bu olumsuzlukların altında yatan tarihsel nedenlerden biri şudur: İstinaf mahkemeleri 1924 yılında 469 sayılı Kanun ile kaldırıldıktan sonra, heyet hâlinde çalışması düşünülen ve üç hâkimden oluşan asliye mahkemelerinin kurulması öngörülmüş, böylece asliye mahkemeleri toplu mahkeme şeklinde çalıştırılarak istinaf mahkemelerinin yokluğundan kaynaklanan eksikliğin giderilebileceği düşünülmüştür. Ancak, hâkim yetersizliği sebebiyle bu mümkün olmayınca, 1927 yılında yapılan değişiklikle 469 sayılı Kanun’un geçici 1’inci maddesi değiştirilerek asliye mahkemelerinin tek hâkimle çalışmasına imkân tanınmıştır. Sonuç olarak, asliye mahkemelerinin üç hâkimli olmasından beklenen yarar sağlanamamış, istinaf mahkemelerinin olmayışının yarattığı sorunlar gün geçtikçe artmıştır. Yargıtay, tek kanun yolu mahkemesi olarak istinaf mahkemelerinin görevini de dolaylı olarak üstlenmek zorunda kalmıştır³³.

Yargıtay’ın “mesele-i maddîyenin takdirinde hata edilmesi” sebebine dayanarak ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine ve takdir hakkına müdahale etmesi (eski m. 428/5) veya usûl hukukunda karar düzeltme gibi bir hukukî çarenin öngörülmüş olması, istinaf kanun yolunun olmayışından ve iki dereceli yargılama sisteminin olumsuzluklarından

³³ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 73.

kurtulma ihtiyacından kaynaklanmıştır³⁴. Bu durum, Yargıtay’ın zaten ağır olan iş yükünü daha da artıran bir etken olarak kabul edilmektedir³⁵.

Adli istatistik verileri incelendiğinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve hukuk dairelerine 1986 yılında geçen yıldan devredenler ve yeni gelenlerle birlikte toplam 233.076 dava dosyası aktarıldığı; 2004 yılında 361.836 dosyanın, 2005 yılında 388.106 dosyanın incelendiği; 2006 yılına gelindiğinde ise, bu sayının 395.062’ye ulaştığı görülmektedir³⁶. Yargıtay Başkanı *Osman Arslan*’ın, “Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı’nda” yaptığı açılış konuşmasında, 2005 yılı itibariyle Yargıtay’ın tüm dairelerinin verdiği karar sayısı 518.881 olarak ifade edilmiştir³⁷. Bu basit sayısal verilerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay’ın iş yükü, her geçen gün artan uyuşmazlık ve dava sayısı ile birlikte çoğalmakta ve mevcut kanun yolu sistemini işlemez hale getirmektedir³⁸.

³⁴ Ansay, *a.g.e.*, s. 359; Bilge, *Karar Düzeltme*, s. 93 vd.; Burhan Gürdoğan, “Tashihi Karar Müessesesi”, *Ahmet Esat Arsebük’e Armağan*: 285-306 (Ankara: 1958), s. 286; Baki Kuru ve Ramazan Arslan, “1711 sayılı Kanun’un Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Makaleler: 343-364 (İstanbul: Arıkan, 2006), s. 359-360; Saim Üstündağ, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum”, *İÜHFMD*, C. XXVIII, S. 1: 133-192 (1962), s. 134; Ejder Yılmaz, “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, *SÜHFD*, *Şakir Berki’ye Armağan*, C. 5, S. 1-2: 55-76 (1996), s. 70; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 598. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aynı yöndeki kararı için bkz. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (4. Baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2004), s. 509

³⁵ Baki Kuru, “Bugünkü Yapısı İçinde Yargıtay’ın İş Yükünü Azaltma Çareleri”, Makaleler: 365-385 (İstanbul: Arıkan, 2006), s. 366; Saim Üstündağ, “Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı”, *YD*, C. 15, S. 1-4: 73-93 (1989), s. 85. Yücel ise, öğretideki yaygın kanaatin aksine, Türk kanun yolu sisteminin yapısını üç dereceli yargılamaya benzetmekte; Yargıtay dairelerinde istinaf benzeri, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda ise gerçek bir temyiz incelemesi yapıldığını kabul etmekte; dolayısıyla adli denetim hakkının yeterince kullanılabildiği gerekçesiyle Türk Hukukunda istinaf yolunun açılmasını rasyonel bulmamaktadır. Bkz. Mustafa Tören Yücel, *Türkiye’de Yargının Etkinliği* (Ankara: TBB, 2008), s. 220 vd. Tam da bu olgusal tespit nedeniyle yazarın görüşüne katılmamaktayız. Zira, Yargıtay daireleri istinaf benzeri bir inceleme yapmaya çalışmakta, ancak Yargıtay’da duruşma yapılmaması, sadece hukuka aykırılık yönünden incelemesi yapılması, davanın esası hakkında karar verme yetkisinin bulunmaması, istinaf işlevinin olması gereken şekilde yürütülemediğini göstermektedir.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Dairelerinin İş Yükü (1986-2006), *Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Resmi Web Sitesi*, <http://www.adli-sicil.gov.tr>.

³⁷ *Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı* (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 6.

³⁸ Hakan Pekcanitez, “İstinaf Mahkemeleri”, *GÜHFD*, S. 1: 17-29 (2006), s. 19.

Yargıtay’ın açılış konuşmalarında kanun yolu sisteminde yaşanan sorunlar Yargıtay başkanlarınca dile getirilmiştir. Yargıtay Başkanı *Sami Selçuk* tarafından, 2000-2001 adlî yılı açılış konuşmasında istinafin uluslararası sözleşmeler gereğince bir hak olduğu, temyiz mahkemesinin kendi aslî görevleri yanında istinaf mahkemesi gibi hareket etmek zorunda bırakılmaması gerektiği, bu çerçevede var olan bir temyiz aslında gerçek anlamda işlevlerini yerine getiremeyeceği ifade edilmiştir³⁹. Yine, *Eraslan Özkaya* tarafından 2002-2003 ve 2003-2004 adlî yılı açılış konuşmalarında, daha kaliteli bir adaletin amaç olması ve Yargıtay’ın iş yükünün azaltılmasının da buna bağlı bir sonuç olarak gerçekleşebilmesi için en kısa sürede bölge adliye mahkemelerinin kurulması ve istinaf yolunun yürürlüğe girmesi, bununla beraber istinafin ikinci bir temyiz gibi algılanmasının önlenmesi gerektiği dile getirilmiştir⁴⁰.

Hukuk öğretisinde, Yargıtay’ın asıl işlevinin ülke genelinde hukukî sorunlar hakkında içtihatlar oluşturarak hukukun yeknesak uygulanmasına ve gelişimine hizmet etmek olduğu, ancak ilk derece mahkemesi kararlarının denetimine yönelik başka bir kanun yolu mevcut olmadığından, Yargıtay’ın içtihat oluşturma işlevini kısıtlayacak derecede

³⁹ Sami Selçuk, Yargıtay Onursal Başkanının 2000-2001 Adlî Yılı Açılış Konuşması, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce/tarihce_aak.php, (1.7.2006); Ayrıca bkz. Yılmaz, “**Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi**”, s. 71.

⁴⁰ Eraslan Özkaya, 2002-2003, 2003-2004 Adlî Yılı Açılış Konuşmaları, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce/tarihce_aak.php, (1.7.2006). Daha önceki tarihlerde, Yargıtay başkanlarınca yapılan adlî yıl açılış konuşmalarında da aynı taleplerin dile getirildiğini görmekteyiz. Bu konuda bkz. Surlu, “**İstinaf Mahkemeleri**”, s. 277 vd.; Mehmet Handan Surlu, “**Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından istinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dizinmeye Özlemi**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan İzmir: 90-103 (İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000), s. 92 vd. Yargıtay’ın iş yükünün aşırı artmış olmasının istinaf mahkemelerinin kurulması için bir gerekçe olamayacağı, Yargıtay’ın iş yükünün başka önlemlerle azaltılabileceği, istinafin asıl amacının güvenceli adaleti gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir. Bkz. Süha Tanrıver, “Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, C. XVIII, S. 1-2: 151-156 (1995), s. 155; Kuru, “**Yargıtay’ın İş Yükü**”, s. 366, dn. 3. İstinaf mahkemelerinin Yargıtay’ın iş yükünü azaltmak amacıyla kurulamayacağını, Yargıtay’ın iş yükünün azalmasının ancak bir sonuç olarak ortaya çıkacağını belirten görüş için bkz. Sami Selçuk, “Üst (İstinaf) Mahkemeler Tezelden Kurulmalıdır”, **ABD**, Y. 49, S. 1: 20-25 (1992), s. 24. *Berkin*’e göre, Yargıtay’ın iş yükünün hafifletilmesinden anlaşılması gereken, Yargıtay hâkimlerinin mesailerini azaltmak ve yorulmalarını önlemek değil, içtihat birliğini sağlama konusunda önemli kararlar alabilmesine ve yüksek mahkeme işlevini yürütebilmesine imkân yaratmaktır. Bkz. Necmeddin Berkin, **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981), s. 273. İstinafin daha güvenceli bir yargılama için gerekli olduğunda şüphe yoktur. Yargıtay’ın altından kalkamayacağı kadar iş yükünü üstlenmesi, güvenceli yargılamayı tehdit eden bir engeldir. Yargıtay’ın hukukî ve maddî denetimi birlikte yapmak zorunda kalması, hem somut olay adaleti hem de genel adaletin sağlanmasını güçleştirmektedir.

maddî olgu değerlendirmesine de girmek zorunda kaldığı ve bunu yaparken inceleme yetkisinin sadece hukukî sorunla kısıtlı olması nedeniyle yetersiz kaldığı, bu sebeple yargılamaların uzadığı ifade edilmiştir⁴¹.

Öğreti ve yargı mensuplarınca dile getirilen ihtiyaçlar yanında, 1961 yılından sonra hazırlanan beş yıllık kalkınma planlarında da, özellikle dördüncü beş yıllık kalkınma planıyla birlikte, istinaf mahkemelerinin kurulması bir hedef olarak belirlenmiştir⁴².

Uygulamanın ve öğretinin tespitleri, adlî yargıda davaları yürütme ve sona erdirmeye sürecinin sık sık tıkanıldığını, sistemin hak arayanlar açısından ciddi rizikolar taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu çerçevede istinaf, niteliği gereği içermek zorunda olduğu daha güvenli bir yargılama ile bu tıkanıklığın giderilmesinde önemli bir ihtiyaç hâline gelmiştir.

İstinaf yolunun düzenlenmesinin bir diğer nedeni, Avrupa Birliği'ne üyelik yolunda Türkiye'nin yargı alanında yapması gereken reformlar kapsamında istinafin de yer almasıdır. Avrupa Birliğine üye ve aday ülkeler, usûl hukuku sistemlerini yeknesaklaştırmaya çalışmaktadır. İstinaf düzenlemesi, özellikle hukuk yargılamasında yaşanan sorunlara ilişkin genel çözüm arayışlarının da bir parçasıdır. İstinaf kanun yolunun oluşturulması, sistem ve yargılama teknikleri alanındaki yenilikler arasında sayılmaktadır⁴³.

⁴¹ Ejder Yılmaz, **Olağanüstü Temyiz- Kanun Yarına Bozma, Yazılı Emirle Bozma** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 47 vd.; Tahir Alp, "İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Bir Öneri", **ABD**, Y. 49, S. 1: 26-39 (1992), s. 26; E. Yücel, **a.g.m.**, s. 174. Yargıtay'ın içtihat oluşturma işlevini yerine getirdiği ve hatta bunları yayınladığı gerekçesiyle bu eleştiriyi haksız bulan görüş için bkz. Mustafa Tören Yücel, "İstinaf Sorunu", **YD**, C. 26, S. 1-2: 68-83 (2000), s. 73; Surlu, "**İstinaf Mahkemeleri**", s. 290.

⁴² Surlu, "**İstinaf Mahkemeleri**", s. 282-285.

⁴³ Sistem ve yargılama teknikleri kapsamında, çekişmesiz yargı işleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve icra dairelerinin yeniden yapılandırılması alanlarında gündemde olan diğer yenilikler hakkında bkz. Halûk Konuralp, "Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 14. Kitap: 65-79 (2005), s. 68 vd.

2.2. İstinafın Pozitif Hukuktaki Temelleri

2.2.1. Anayasa

Adlî yargıdaki sorunların aşılması bakımından, istinafı bir çözüm yolu olarak ortaya çıkaran tarihsel ve olgusal gelişmelerin yanında, pozitif hukuk açısından istinafın temellerine de değinilmelidir. Kuşkusuz pozitif hukuk normlarının en üstünü anayasadır. Anayasa sadece vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini değil, aynı zamanda bu hak ve hürriyetleri korumaya hizmet edecek temel hukukî kurum ve organları da düzenlemektedir. Bu çerçevede Anayasa, Cumhuriyetin temel organları başlığı altında yasama ve yürütmenin yanında yargıyı da düzenlemiştir (AY m. 75-160).

Yargı bölümünde hâkimler ve savcılara ilişkin temel teminatlar, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkilerine ilişkin esasların nasıl düzenleneceği ve nihayet üst mahkemeler düzenlenmiştir. Anayasada çeşitli yargı kollarına göre üst mahkemeler tek tek sayılmış, her birine ilişkin temel esaslar belirlenmiştir. Bu kapsamda sayılan üst mahkemeler Yargıtay (AY m. 154), Danıştay (AY m. 155), Askerî Yargıtay (AY m. 156), Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AY m. 157) ve Uyuşmazlık Mahkemesi'dir (m. 168). Anayasa, yüksek mahkemeler arasında yer vermemekle beraber yine “yargı” bölümünde Sayıştay'ı da ayrıca düzenlemiştir (AY m. 160).

Konuya adlî yargı açısından bakıldığında, istinaftan önce mevcut olan temyiz kanun yolunun ve bu incelemeyi yapan Yargıtay'ın açık anayasal temellerinin bulunduğu, hatta iki dereceli yargılamanın anayasal bir zorunluluk olduğu görülür. Anayasanın 154' üncü maddesine göre, “*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*”. Ancak, bir üst mahkeme olan bölge adliye mahkemesi bakımından aynı sonuca varılamayacağından, bölge adliye mahkemeleri, anayasal bir kurum olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bu mahkemelerinin kurulması bakımından devletin anayasal bir zorunluluk içinde olduğu da söylenemez. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kuruluşu pozitif hukuk bakımından 5235 sayılı Adlî Yargı

İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’a dayanmaktadır⁴⁴.

Görüldüğü üzere, Anayasa her bir yargı kolunda en üst derecede yer alan yüksek mahkemeleri düzenleyerek, en azından iki dereceli bir yargılamanın olması ve mahkeme kararlarının denetlenmesi bakımından bir zorunluluk öngörmüştür⁴⁵. Ancak, bu mahkemelerde uygulanacak kanun yolu ve bunların esasları konusunda bir düzenleme yapmayıp, konuyu kanunla düzenleme yapmak kaydıyla kanun koyucunun takdirine bırakmıştır⁴⁶. Adlî yargı kapsamında temyiz, yargılamanın yenilenmesi, karar düzeltme,

⁴⁴ *Alangoya*, Türk Hukuku bakımından, mahkeme kararlarının hukukî denetiminin anayasal bir gereklilik olduğunu, iki dereceli bir yargılama modelinin Anayasa ile zorunlu kılındığını, buna karşılık istinafin da dahil olduğu üç dereceli bir yargılamanın Anayasa bakımından zorunlu olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Yavuz Alangoya, “Kanun Yolunun Anayasal Temeli HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**: 17-48 (Ankara: TBB, 2004), s. 31, 40.

⁴⁵ Kanun yollarının anayasal boyutu üzerinde Alman Hukukunda da oldukça yoğun olarak durulduğunu görmekteyiz. Zira, son yıllarda yapılan reformlar nedeniyle kanun yollarının kapsamı sınırlandırılmış olduğundan, Federal Mahkeme sık sık usûl kurallarının anayasaya aykırılık itirazlarını incelemek zorunda kalmaktadır. Bu gelişme, öğretiyi konunun anayasal temelleri üzerinde düşünmeye sevk etmiştir. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, uyumsuzluğun etkili bir biçimde denetlendiği tek bir derecenin teminat altına alınması adaletin gerçekleştirilmesi bakımından yeterlidir. Hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı, ikinci derece yargılamanın oluşturulmasını zorunlu kılmamaktadır. Nitekim, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Ancak, Alman Anayasası’nın 19’uncu maddesinden ve hukuk devleti ilkesinden hareket eden diğer bir fıkreye göre, etkin hukukî korumanın teminat altına alınabilmesi, ikinci dereceyi gerekli kılmaktadır. Bkz. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gotwald, **Zivilprozessrecht** (16. Auflage. München: Beck, 2004), s. 931 vd. Alman Federal Mahkemesi de kanun yolunu anayasal bir hak olarak kabul etmemektedir. Bkz. Christoph G. Paulus, **Zivilprozessrecht**, (3. Auflage. Berlin: Springer, 2003), s. 189; Michael Stürner, **Die Anfechtung von Zivilurteilen** (München: Verlag C.H. Beck, 2002), s. 51. Alman ve İngiliz Hukukunda, bir hak olarak kanun yolunun anayasal dayanakları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Stürner, **a.g.e.**, s. 45-94.

⁴⁶ Üstündağ, “**Mukayeseli Hukukta Yargıtay**”, s. 74. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin bir kararına değinilebilir. Malvarlığına ilişkin davalar bakımından belli bir değerin altındaki hukukî uyumsuzluklar hakkında verilen mahkeme kararlarına karşı kanun yolu hakkının tanınmamasının Anayasa’nın sosyal devlet ve eşitlik ilkesine, hak arama hürriyetini düzenleyen 36’ncı maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, HUMK’un 427’nci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının iptali için Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme, kararını kamu yararının gerektirdiği hâllerde kanun yoluna başvuru imkânının sınırlandırılabilceği, sözkonusu kuralın davaların süratlendirilmesi ve Yargıtay’ın iş yükünün hafifletilmesi amacıyla düzenlendiği, yargı denetiminde sınırsızlığın hiçbir zaman sözkonusu olamayacağı, Anayasa’da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkeme denetiminden geçmesini zorunlu kılan bir hükmün mevcut olmadığı, Yargıtay’ın görev ve yetkilerine ilişkin esasları düzenleyen 154’üncü maddede bütün mahkeme kararlarının Yargıtay’ca incelenmesini zorunlu kılan bir hüküm bulunmadığı ve mevcut sınırlandırmanın hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak derecede olmadığı gerekçelerine dayanmıştır. (AMK, 20.1.1986, 1985/23 E., 1986/2 K., www.anayasa.gov.tr, (14.8.2006) Burada Anayasa Mahkemesi’nin görüşlerine ek olarak belki şunu da belirtebiliriz: Eğer hak arama

kanun yararına temyiz, itiraz gibi başvuru yolları Anayasa’da düzenlenmediği gibi, istinaf da tamamen kanun koyucunun düzenleme yetkisi alanına bırakılmıştır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, ne bölge adliye mahkemelerinin kurulması ne de istinaf kanun yolunun oluşturulması konusunda anayasal bir zorunluluk bulunmaktadır. Bununla beraber ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında, ilk derece mahkemesinin kararlarının başka merci tarafından incelenebilmesi yönünde düzenleme yapılmasına temel teşkil edebilecek anayasal hükümler ve ilkeler bulunmaktadır.

İstinaf kanun yolu ve bölge adliye mahkemelerinin en somut anayasal dayanağı, Anayasa’nın 154’üncü maddesidir. Anayasa’nın 154’üncü maddesi Yargıtay’ın görevine ilişkin temel esasları belirlerken kanunun “*başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı*” ilk derece mahkemesi kararlarının Yargıtay’ca incelenmesinden bahsetmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu ilk derece kararlarının incelenmesi görevini, Yargıtay dışında başka bir üst mahkemeye bırakılabilecektir.

Ayrıca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceğini öngören 142’nci madde de istinaf yolunun ve bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına temel teşkil eden anayasal hükümlerdendir. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşunu düzenleyen 5235 ve istinaf yolunu düzenleyen 5236 sayılı Kanun düzenlemeleri Anayasanın 142’nci maddesine dayanmaktadır.

İstinaf kanun yolu ve bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu bakımından dayanak olabilecek diğer bir anayasal hüküm ise, Anayasanın “*hak arama hürriyetini*” düzenleyen 36’ncı maddesidir⁴⁷. Bu maddeye göre, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”. Hak arama hürriyeti, devletin kişilere etkin bir adil

hürriyeti sınırsız sağlarsa, sözleşme ve davranış özgürlüğünün sınırsız olması durumunda doğabilecek sakıncalar gibi, burada da toplumsal yaşamı olumsuz etkileyen bir karmaşa oluşabilir. Bu nedenle toplumsal düzenin zorunlu kıldığı hâllerde hakların sınırlandırılması kaçınılmazdır. Hak arama hürriyetinin, hangi ölçütlerden yararlanarak ve nasıl sınırlandırılacağı konusunda bkz. Alangoya, “**Kanun Yolunun Anayasal Temeli**”, s. 34-40.

⁴⁷ Alangoya, mahkeme kararlarının denetimini, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir. Bkz. Alangoya, “**Kanun Yolunun Anayasal Temeli**”, s. 31.

yargılanma imkânı sunması ve dava açma imkânı önündeki engellerin kaldırılmasını gerektirir. Daha somut bir ifadeyle, haklarını elde etmek amacıyla yargıya başvuran kişilerin zorluklarla karşılaşmamaları, yargılama harç ve giderlerinin kısıtlayıcı bir unsur olmaması ve yargılamanın kişilerin üstesinden gelebileceği kolaylıkta olması anlamına gelir. Teknik anlamda hak arama hürriyeti ise, Anayasanın sağladığı asgari hukukî korunma garantisi olarak tanımlanmaktadır⁴⁸. Bu asgari korumanın aynı zamanda kanun yolunu da kapsayıp kapsamadığı konusu tartışmalıdır. Özellikle Alman Hukukunda, anayasal bir hak olarak kanun yolunun dayanaklarını bulma çabası çerçevesinde, hukuk devleti ilkesi, hukukî korunma hakkı ve etkin hukukî korunma ilkelerine dayanan görüşler ileri sürülmüştür.

Hak arama hürriyeti, hukuk devleti ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Devlet hukukî uyumsuzlukları çözme ve hakların icrasını gerçekleştirme konusunda tekel hakkına sahiptir. Tarafların haklarını zorla ve bizzat elde etmeleri yasaklandığından, bir hukuk devletinde, devletin sağladığı hak arama özgürlüğü tam ve etkin olmalıdır. Aksi takdirde boşluklar kişiler veya başka meşru olmayan oluşumlar tarafından doldurulur. Hak arama hürriyetinin etkin hukukî korumayı sağlaması noktasından hareket eden görüş, kanun yolu hakkını hak arama hürriyetinin tamamlayıcısı gibi görmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Stürner, **a.g.e.**, s. 59; Esra Atalay, “Yargısal Temel Haklar”, **Şükrü Postacıoğlu’na Armağan**: s. 437-454 (İzmir: 1997), s. 449. Hak arama hürriyetinin, anayasa hukuku bakımından bağımsız bir hak kategorisi oluşturmadığı, temel hakların uygulanması ve korunmasında önemli bir araç olduğu kabul edilmektedir. Atalay, hak arama hürriyetini yargısal temel hak olarak nitelendirmekte, yargısal temel hakların kişisel haklar veya pozitif statü hakları içinde yer alabileceğini ifade etmektedir (Atalay, **a.g.m.**, s. 443 vd). *Konuralp ve Hanağası*, yargısal temel hakları “başlıbaşına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmayan, fakat maddî nitelikteki temel hakların ve insan haklarının yargılama faaliyeti içinde gerçekleştirilmesine hizmet eden şekli nitelikteki haklar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Halûk Konuralp ve Emel Hanağası, “Fransız Hukuku’nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu”, **LHD**, Y. 5, S. 54: 1795-1818 (2007), s. 1797, dn. 10. *Gözler* ise, hak arama hürriyetini Jellinek’in haklar ayrımında negatif statü hakları içinde nitelendirmiştir. Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş** (7. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2006), s. 217; Anayasa Mahkemesi’ne göre, “... dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.” AYM, 17.1.2008, 2004/25, 2008/42 (RG, 25.2.2008).

⁴⁹ Stürner, **a.g.e.**, s. 62. Hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyetinin de içinde bulunduğu yargısal temel hakların dayandığı temel ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir (Atalay, **a.g.m.**, s. 444). İstinaf

Hak arama hürriyetinin kapsamı belirlenirken hukukî korunma hakkının esas alınması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. İlk olarak *Wach* tarafından ortaya konulan hukukî korunma hakkı görüşüne göre, hak sahibinin gerçekten ve gerçekleştirilebilir maddî haklarının olması hâlinde, davacı veya davalının hem devlete hem de diğer tarafa karşı kendi lehine verilen karara katlanmasını bekleme hakkı vardır. *Wach*'ın bu görüşü daha sonra *Blomeyer* ve *Pohle* tarafından geliştirilerek, maddî hakların ve usûlî koşulların var olması hâlinde, daha uygun bir karar verilmesi yönünde bir sübjektif kamusal hakkın var olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, ilk derece mahkemesi tarafından hatalı bir karar verilmişse, hüküm aleyhine olan tarafın kendi lehine hüküm verilmesini talep hakkı doğacaktır. Ancak, bu görüş de anayasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁰.

Kanun yolunun bir hak olarak kabul edilmesinin dayandırıldığı diğer bir argüman ise, etkin hukukî korunma hakkıdır. Etkin hukukî korunma, uyuşmazlık hakkında maddî ve hukukî yönden kapsamlı bir denetim yapılmasını ve hâkim tarafından bağlayıcı bir karar verilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak, etkin hukukî korunmanın bağımsız bir hukuk ilkesi olmadığı ileri sürülerek bu görüş eleştirilmiştir. Etkinlik, bağımsız bir hukuk ilkesinden ziyade, her bir temel hakkın düzenlenmesine hizmet eden bir unsur olarak kabul edilmektedir. Yani kanun yolunun bir hak olarak var olup olmadığını belirlemekten ziyade, kanun yolunun var olduğu veya olmadığı bir sistemde hukukî korunmanın nasıl etkin olacağını belirler. Etkinlik ilkesi, hak arama hürriyeti gibi anayasal hakların tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir⁵¹. Sonuç olarak, ne hak arama hürriyeti ne de tamamlayıcı bir ilke olarak kabul edilen etkin hukukî korunma hakkı, anayasal bir kanun yolu hakkı

derecesinin hukuk devletinin gereği olduğunu ifade eden görüşler için bkz. Yılmaz, **Olağanüstü Temyiz**, s. 48; Kâmil Yıldırım, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf** (İstanbul: 2000), s. 1 vd.; İstinafin hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir unsuru ve gereği olmadığı yönünde bkz. Pekcanitez, **“İstinaf”**, s. 20.

⁵⁰ Stürner, **a.g.e.**, s. 63.

⁵¹ **Aym**, s. 65-66. Etkin hukukî korunma hakkında bilgi için bkz. Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma” , **MİHDER**, C. 3, S. 6: 29-68 (2007), s. 37 vd.

konusunda yeterli dayanak oluşturmaktadır. Kanun yoluna başvuru hakkı, sübjektif kamusal bir hak olarak nitelendirilmektedir⁵².

Türk Hukukunda ise, hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36'ncı maddesinin genel bir hüküm olduğu ve özellikle adlî yargı açısından önem arz ettiği, mahkemelere davacı olarak başvurunun yanı sıra, itiraz, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme gibi başvuru yollarının ise ilgili yasalarda düzenlendiği ifade edilmektedir. Hak arama hürriyeti bakımından, hakları ihlâl edilen herkesin yetkili makama başvurma ve zararının tazmini isteme hakkı olduğu ve bunun adlî yargıya ilişkin çeşitli olanakları içerdiği kabul edilmektedir (AY m. 40)⁵³.

Anayasanın 36'ncı maddesi ile düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı, pozitif hukukun kişilere tanıdığı hakların elde edilmesi bakımından etkin bir yargısal mekanizmanın kurulması konusunda kesin ve açık bir teminat oluşturmakla beraber⁵⁴, dereceli bir yargılamanın oluşturulması, kişilere kanun yoluna başvuru hakkının tanınması konusunda devlete anayasal bir görev yüklememektedir. Bununla beraber, devletin etkin hukukî korunmayı gerçekleştirmek amacıyla istinafı da içeren üç dereceli bir adlî yargı sistemi kurması, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakları ile bunların temelinde yatan hukuk devleti ilkesinin eksiksiz gerçekleştirilmesi konusunda önemli bir teminat sağlayacaktır⁵⁵.

Anayasanın 40'ıncı maddesine 4709 s.K. ile 3.10.2001'de eklenen ikinci fıkraya göre, devlet, işlemlerinde ilgililerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Bu hüküm ise kapsamı, niteliği ve sayısı kanun tarafından belirlenmek şartıyla, devlete kanun yollarının oluşturulması konusunda bir ödev yüklediğini göstermekle birlikte, kanun yolunun kaç dereceli olacağı konusunda bir emir

⁵² Stürner, **a.g.e.**, s. 81; Yıldırım, **İstinaf**, s. 17.

⁵³ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku** (2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001), s. 188.

⁵⁴ Akkan, **a.g.m.**, s. 38.

⁵⁵ İsveç Hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. Lars Wennerstorm, **“Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliği”**, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı (Ankara: 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 15.

içermemektedir. Hükmün gerekçesinde kişilere yargı mercileri önünde haklarını sonuna kadar aramak bakımından kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir⁵⁶.

2.2.2. Avrupa Birliği Müktesebatı ve AİHM İçtihatları

İstinaf düzenlemesinin Türk Hukukundaki temelleri bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir konu, Avrupa Birliği normlarının etkisidir. Bu çerçevede incelenmesi gereken en önemli pozitif hukuk metni, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Türkiye 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamıştır. Yargısal temel haklar bakımından sözleşmenin en önemli hükümleri “adil yargılanma hakkı”nı düzenleyen 6'ncı madde ve “etkili bir hukukî yola başvuru hakkı”nı düzenleyen 13'üncü maddedir⁵⁷. Adil yargılanma hakkı ile ilgili 6'ncı madde, bu sözleşmeden kaynaklanan bir kanun yolu hakkının var olup olmadığı konusunda hüküm içermemekte, sadece adil yargılanma hakkının unsurlarını saymaktadır. Sözleşme'nin 13'üncü maddesinde de etkin bir hukukî yola başvuru imkânından bahsedilmekle yetinilmiş, ancak bunun için kanun yolu hakkının bulunması zorunluluğuna değinilmemiştir. Buna göre, sözleşme hükümlerinden kanun yolunun bir hak olarak düzenlenmesi zorunluluğunun bulunmadığı ve taraf ülkelerin dereceli yargılama teşkilatı oluşturmakla görevli olmadıkları

⁵⁶ Anayasanın 40'ıncı maddesine 4709 s.K. ile eklenen ikinci fıkranın gerekçesine göre, “Bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline gelmiştir”. Burada ayrıca belirtmeliyiz ki gerekçe, esasında yasama faaliyetinin hazırlık aşamasında, yürütme veya teklifte bulunanlar tarafından hazırlanan, hükümlerin gerekliliği ve doğruluğu konusunda kanun koyucuyu ikna etmeye yönelik bir unsurdur. Kanunun genel gerekçesinin veya madde gerekçelerinin aslî amacı, yasama organını ikna etmektir. Ancak gerekçe Anayasa ve kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra aslî amacının yanı sıra yargı organları ve hukukçular tarafından ilgili kuralın açıklanmasında ve yorumlanmasında da kolaylık sağlar. Bkz. Halûk Konuralp, “Hukukî Bir Gerçeklik Olarak Kanun Koyucu”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 3-7 Ocak 2006, C. 2: 444-451.

⁵⁷ AİHS'nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen hükmüne göre, “Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir”. Sözleşmenin etkili bir hukukî yola başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesine göre, “Bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmî sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukukî yola başvurma hakkına sahiptir.” (<http://aihm.anadolu.edu.tr/>, 21.08.2006).

sonucu çıkmaktadır⁵⁸. Adil yargılanma hakkı ve etkin başvuru imkânını yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da dereceli bir yargılama modeli ve üst mahkeme kurulmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁹.

Avrupa Birliği müktesebatında incelenmesi gereken diğer bir düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7'nci Protokoldür⁶⁰. Kanun yolu bakımından protokolün cezai konularda temyiz hakkını düzenleyen 2'nci maddesi önemlidir. Bu hükmün ilk fıkrasına göre, *"Cezai bir fiilden ötürü bir yargı yeri tarafından mahkûm edilen kimse, verilen mahkûmiyeti ve cezayı daha yüksek bir yargı yerinde yeniden incelemek hakkına sahiptir. Bu hakkın hangi esaslar içinde kullanılabileceği yasayla düzenlenir"*. Türkiye'nin

⁵⁸ Stürner, **a.g.e.**, s. 96; Wennerstorm, **a.g.m.**, s. 13, 14; Franciscus J. H. Hovens, "Hukuk Yargılamasında İstinaf, Hukuk Davalarında İstinafin İşlevlerine Yönelik Mukayeseli Bir Araştırma", Çev.: Mustafa Özbek, **MİHDER**, C. 2, S. 5: 1317-1324 (2006), s. 1318.

⁵⁹ "Yukarıda özetlenen savunmanın hareket noktası, Oudenaarde mahkemesi önündeki yargılamanın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası dışında kaldığı iddiasıdır. İlk bakışta bu savunma bir ikilem içermektedir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, öncelikle İlk Derece Mahkemeleriyle ilgilidir; daha yüksek derecelerde mahkemelerin varlığını zorunlu kılmamaktadır. Bu fıkradaki tarafsızlık gibi temel güvencelerin, Sözleşmeciler Devletlerin kurmayı yeğledikleri üst veya Temyiz Mahkemelerinde de bulunmasını gerektirdiği doğrudur (bk. yukarıda geçen Delcourt kararı, parag. ... ve en yakın tarihli karar olarak 22.02.1984 tarihli Sutter kararı, parag. 28). Ancak böyle bir durumda bile, buradan alt mahkemelerin gerekli güvenceleri taşımak zorunda olmadıkları sonucu çıkmaz. Böyle bir sonuç, birden fazla düzeyde mahkemelerin kurulmasındaki niyetle, yani uyumsuzluğun taraflarına sağlanan korumanın daha fazla güçlendirilmesi niyetiyle bağdaşmaz". De Cubber-Belçika Davası, 26.10.1984, Başvuru No: 9186/80, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=90>, 21.8.2006. İnsan Hakları Mahkemesi'nin Delcourt olayındaki kararı ise şu şekildedir: "Mahkeme'ye göre, Temyiz Mahkemesinin bir davanın esasına girememesi, bu mahkemenin bir suç isnadının "karara bağlanması"na karışmadığı anlamına gelmez. Temyiz Mahkemesinin görevi, dava mahkemesinin kararını onamak veya bozmak ile sınırlı olmakla birlikte verdiği karar, kişinin statüsünü "mahkum" veya "aklanmış" kişi olarak değiştirebilmekte veya sanık hakkındaki isnada konu olan suçların kovuşturulmasını sona erdirebilmektedir. Ceza yargılaması bütünsel bir yapı olup, icrai bir kararla sona erer; Temyiz Mahkemesi önündeki yargılama bu sürecin özel bir aşamasını oluşturduğundan Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının dışında kaldığını düşünmek zordur. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası Sözleşmeciler Devletleri Üst derece mahkemeleri veya Temyiz Mahkemesi kurmaya zorlamamaktadır; ancak bu tür mahkemeler kurmuş olan Devletler, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilere 6. maddedeki hakları sağlamak zorundadırlar. Sözleşmedeki anlamıyla demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı öylesine öncelikli bir role sahiptir ki, 6(1). fıkranın dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmez. Bu nedenlerle Mahkeme, temyiz yargılamasında da 6. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmış, ancak uygulanma tarzının her davanın özel koşullarına bağlı olduğunu belirtmiştir". Delcourt-Belçika Davası, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=11>, 21.8.2006.

⁶⁰ 22 Kasım 1984'de imzalanan bu protokol 1 Kasım 1988'de yürürlüğe girmiştir. Protokol Türkiye tarafından 19 Ekim 1992'de imzalanmıştır. 23 Şubat 1994 gün 3975 s.K. ile onaylanması uygun bulunmuş ve 9 Haziran 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla çıkarılmıştır.

taraf olduğu protokol, ceza yargılaması bakımından dereceli yargılamanın oluşturulmasını, üye devletler bakımından bir yükümlülük olarak düzenlemektedir. Ancak, özel hukuk uyumsuzluklarının çözümü için dereceli yargılama ve kanun yolu oluşturulması konusunda bir zorunluluk veya tavsiye öngörülmemiştir. Ceza hukukunda dereceli yargılamanın zorunlu görülmesinin nedeni olarak, ihlâl edilen hakların ve uğranılan zararların hukuk davalarına göre daha ağır olabileceği görüşü ileri sürülmüştür⁶¹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Hukukî ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi Hakkındaki 1995/5 sayılı Tavsiye Kararında", Ek 7'nci protokole atıfta bulunularak, ceza hukuku bakımından sağlanan kanun yolu garantisinin (bir üst mahkeme tarafından inceleme yapılması anlamında) hukuk davalarında tanınmamasının hukukî boşluk yarattığı ve tüm ilk derece mahkemesi kararlarının kanun yolu denetiminden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Öneride kanun yolu hakkına getirilebilecek sınırlandırmalara değinilmiş, bu kapsamda küçük uyumsuzluklara karşı kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılabilmesi, kanun yoluna başvuru imkânının sadece nihaî kararlara karşı tanınabileceği belirtilmiştir.

Avrupa Birliği müktesebatının üstlenmesine ilişkin 2003 Yılı Türkiye Ulusal Programında, yargının işlevselliğinin güçlendirilmesi, adlî ve idarî kapasitenin artırılması başlığı altında, yargının bağımsızlığının ve etkinliğinin güçlendirilmesi ve istinaf mahkemelerinin kurulması öncelikli hedefler arasında belirlenmiştir⁶². 14 Nisan 2003 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesinde de istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin hazırlıklar öncelikler arasında alınmıştır⁶³.

⁶¹ Stürner, **a.g.e.**, s. 98-99.

⁶² 2003 Yılı Ulusal Program Dokümanları, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=196&l=1>, 12.09.2007; T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013, Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu** (Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2007), s. 41.

⁶³ Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Birliği İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, **Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi**, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2003.pdf, (Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2003), s. 9. Katılım Ortaklığı Belgesi, tam üyelik için alınması gereken önlemleri sıralayan bir tür yol haritası olarak kabul edilmektedir. Bugüne kadar iki adet Katılım Ortaklığı Belgesi yayınlanmıştır. Bkz. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, <http://www.abgs.gov.tr/tarama/Ozet.htm>, 12.09.2007.

Avrupa Birliği müktesebatı bakımından değerlendirildiğinde, hukuk davalarında kanun yolunun bir hak olarak düzenlenmesi zorunlu değildir. Ancak tavsiye kararlarıyla kanun yolu düzenlemelerinin yapılması yönünde önerilerde bulunulduğu ve Türkiye'nin katılım ortaklığı belgesinde ve ulusal programda istinaf mahkemelerinin kurulmasını hedefleri arasına aldığı olgusu göz ardı edilmemelidir.

3. KANUN YOLUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN İSTİNAF

3.1. Genel Olarak

Kanun yollarının temel özelliklerini açıklamadan önce, kanun yolu kavramıyla hangi hukukî kurum veya kurumların kastedildiği açıklanmalıdır. Mahkeme kararlarına karşı başvuru yolları, genel olarak geniş anlamda ve dar anlamda kanun yolu⁶⁴ veya kanun yolu ve hukukî çare ayrımına tâbi tutulmaktadır. İlk sınıflandırma daha ziyade Fransız Hukukunun, ikincisi ise Alman Hukukunun etkisiyle benimsenen ayrımdır. Aşağıda öncelikle geniş ve dar anlamda kanun yolu ayrımını özetleyip, daha sonra hukukî çare ve kanun yolu ayrımına değineceğiz.

Geniş anlamda kanun yolu, mahkeme tarafından verilen her tür kararın bir kez daha gözden geçirilmesini ve hatalı ise düzeltilmesini sağlayan bir denetim kurumudur. Mahkemelerin ara kararlarına ve nihaî kararlarına karşı başvurulmuş tüm başvuru yolları, geniş anlamda kanun yolu kapsamına girmektedir. Buna göre, mahkeme kararlarına karşı öngörülen itiraz ve yargılamanın yenilenmesi gibi başvuru yolları geniş anlamda kanun yolu kavramına dahildir⁶⁵.

Dar anlamda kanun yolu ise, mahkemeler tarafından verilen kesinleşmemiş nihaî kararlara karşı başvurulmuş ve bir üst mahkeme tarafından kararın denetimini ve

⁶⁴ Ramazan Arslan, **Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi** (Ankara: 1977), s. 8; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 3 vd.

⁶⁵ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 8; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 876; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 3-4; Hakan Pekcanitez, **İcra-İflas Hukukunda Şikâyet** (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986), s. 33; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 566; Hâluk Konuralp, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri-Hukuk Davaları Açısından", **AÜHFD**, C. 50, S. 1: 25-39 (2001), s. 25; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 638; Yılmaz, **Olağanüstü Temyiz**, s. 47.

düzeltilmesini sağlayan başvuru yolu olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Buna göre, sadece istinaf ve temyiz dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirilebilir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise, geniş veya dar anlamda kanun yolu kavramını esas alarak düzenleme yapmamıştır. 5236 sayılı Kanun’un 17’nci maddesi ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun “Hükümlere Karşı Müracaat Tarikeleri” başlığını taşıyan üçüncü babının başlığı “Kanun Yolları” olarak değiştirilmiştir. Son değişiklikten sonra, kanun yollarını düzenleyen üçüncü bab, dört kısımdan oluşmaktadır. Bu kısımlar sırasıyla istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve hükümlerin tavgizidir. Geniş anlamda kanun yolu olarak kabul edilen itiraz ise, kanun yolları başlığı altında yer almamaktadır⁶⁷. İtiraz, Türk Hukukunda hukukî çare olarak nitelendirilmektedir⁶⁸.

Kanımızca itirazın Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda kanun yolları arasında düzenlenmeyişinin nedeni, usûl hukukunda tek bir itiraz prosedürünün bulunmamasıdır. Zira, itiraz, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî koruma kararlarına karşı belirli şartlarla başvurulabilecek bir yol (m. 107; İİK m. 265) veya tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı tüketici mahkemesine yöneltilen bir talep olarak karşımıza (TKHK m. 22, V, c. 4) çıkabilmektedir. İtiraz başvurusunu incelemeye yetkili merciler ve itiraz sebeplerinde ortaya çıkan farklılıklar sebebiyle yeknesak bir düzenleme yapılamamıştır.

Başvuru yollarının sınıflandırılmasında kullanılan diğer bir ayrım hukukî çare ve kanun yolu ayrımıdır. Hukukî çare kavramı, daha ziyade Alman, Avusturya ve İsviçre Hukuklarında kullanılmaktadır. Alman Hukukunda hukukî çare, kanun yolu olarak nitelendirilen başvuru yollarının da dâhil olduğu, daha genel ve üst bir kavramı ifade

⁶⁶ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 9; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 3; Pekcanitez, **Şikâyet**, s. 33; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 567; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930; Walter Zeiss ve Klaus Schreiber, **Zivilprozessrecht**, (10. Auflage. Mohr Siebeck, 2003), s. 251; Othmar Jauernig, **Zivilprozessrecht**, (28. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2004), s. 286; Karl Eichele, Bernd Hirtz ve Rainer Oberheim, **Handbuch Berufung im Zivilprozess** (München: Luchterhand, 2006), s. 1; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 532.

⁶⁷ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 8, 42. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda ise, kanun yolları, sekizinci kısımda 345-385’inci maddeler arasında düzenlenmiştir. Sekizinci kısım üç bölümden oluşmaktadır: Bu bölümler sırasıyla istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesidir. Hükümlerin tavgizi, isabetli olarak kanun yolları arasında değil, Kanunun beşinci kısmının, “hükümün tashihi ve tavgizi” başlıklı ikinci bölümünde 308-310’uncu maddeler arasında düzenlenmiştir.

⁶⁸ **Aym**, s. 40.

etmekte olup, kanun yolları bu hukukî çareler arasında özel bir grubu oluşturmaktadır. Buna göre, hukukî çare bir mahkeme kararına karşı koymak ve düzeltilmesini sağlamak için başvurulabilecek yolların tümü olarak tanımlanabilir⁶⁹.

Avusturya Hukukunda farklı hukukî çare tanımları yapılmaktadır. Bu tanımların kanun yolunu da içine alan en kapsamlısına göre, mahkeme kararlarının da dâhil olduğu belirli usûlî durumların değiştirilmesi veya iptal edilmesine yönelik usûlî taleplerin tümü hukukî çaredir. Başka bir tanıma göre, açıkça kanun yolu olarak nitelendirilen başvuru yolları arasında yer almamakla beraber, aleyhte olan mahkeme kararının başka bir mahkeme kararıyla değiştirilmesini sağlayan tüm başvuru yolları hukukî çaredir. Diğer bir tanıma göre hukukî çare, yanlış veya hukuka aykırı mahkeme kararlarına karşı gidilen bir yol olmayıp, bir taraf dinlenmeden verilen mahkeme kararlarına yöneliktir⁷⁰. Kanımızca hukukî çare konusunda farklı tanımlar yapılmasının nedeni, hukukî çare olarak nitelendirilen başvuru yollarının sayıca fazla olması ve farklı özelliklere sahip olmalarıdır.

Türk Hukukundaki tanımlardan birine göre, bir hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi için kabul edilen her türlü usûlî araca hukukî çare denilmektedir⁷¹. Başka bir tanıma göre, mahkeme kararlarına karşı tarafların başvurabileceği bazı olanaklar düzenlenmiştir ki, bunlara hukukî çare denilmektedir. Geniş anlamda kanun yolu kavramı hukukî çareyi de kapsamaktadır. Diğer bir tanıma göre ise, yargılama devam ederken mahkemelerin bazı ara işlemlerine veya ara kararlarına karşı tanınan başvuru olanakları hukukî çare olarak adlandırılmaktadır⁷². Son iki görüş, hukukî çareyi daha ziyade ara kararlara yönelik bir başvuru yolu olarak kabul etmektedir⁷³.

⁶⁹ Hans-Joachim Musielak, **Grundkurs ZPO** (7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2004), s. 298; Paulus, **a.g.e.**, s. 189; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 532; Pekcanitez, **Şikâyet**, s. 34. Başka bir görüşe göre hukukî çare, bir hakkın gerçekleştirilmesini sağlayan her tür usûlî araçtır. Örneğin dava, itiraz gibi hak arama yolları hukukî çaredir. Bkz. Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung** (63. Auflage. München: C.H. Beck, 2005), s. 1639.

⁷⁰ Tanımlar için bkz. Hans W. Fasching, **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht** (2. Auflage. Wien: Manzsche Verlag- und Universitaetsbuchhandlung, 1990), s. 845.

⁷¹ Pekcanitez, **Şikâyet**, s. 34; Erdal Tercan, **Medenî Usûl Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde Eski Hâle Getirme** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), s. 60.

⁷² Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 40.

⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 566; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 40.

Hukukî çare tanımlarının kapsamı ülkelere göre farklılık arz etmekteyse de hepsinin ortak noktası, hukukî çare olarak nitelendirilen başvuru yollarının dar ve teknik anlamda kanun yolu dışında kalan başvuru yolları olmasıdır.

Hukukî çare ve kanun yolunun ortak özelliği, her ikisinin de aleyhte olan mahkeme kararının denetimini ve düzeltilmesini amaçlamasıdır. Ancak, hukukî çare mahkeme kararlarının denetimi yanında, ilgililere daha önce tanınmayan hukukî dinlenilme hakkının kullandırılmasını da amaçlamaktadır. Örneğin, ihtiyatî haciz kararına itiraz edilmesi, ihtiyatî haciz yargılamasında geçici olarak tanınmayan hukukî dinlenilme hakkının daha sonra kullandırılmasını sağlar⁷⁴.

Hukukî çare, sadece mahkemenin karar şeklinde ortaya çıkan usûlî işlemlerine karşı değil, aynı zamanda usûlî sonuç doğuran diğer hukukî durumlara karşı da bir hukukî korunma sağlamaktadır. Örneğin, ihtiyatî haciz kararına karşı itiraz yoluna başvurulması (İİK m. 265) birinci gruba, kanunda belirlenen kesin bir sürenin elde olmayan bir nedenle geçirilmesi nedeniyle hak kaybını önlemek için başvurulmuş eski hale getirme (m. 166-174), hükmün tavrı (m. 455-459) veya icra dairesi işlemlerine karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulması (İİK m. 16 vd.) ikinci gruba örnek teşkil eder⁷⁵.

Hukukî çare ile kanun yolu arasındaki diğer bir fark, hukukî çare olarak nitelendirilen usûlî taleplerin bir üst mahkemeye veya kararı veren mahkemeye ya da aynı düzeydeki başka bir mahkemeye yöneltilebilmesine rağmen, kanun yolu talebinin mutlaka bir üst mahkeme yöneltilmesidir⁷⁶.

⁷⁴ Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 212 vd.

⁷⁵ Olağan ve olağan dışı hukuksal çare ayrımı ile eski hale getirme talebini olağan dışı hukuksal çare olarak nitelendiren görüş için bkz. Tercan, **Eski Hâle Getirme**, s. 61. Hükmün tavrı erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olmadığı için dar anlamda kanun yolu olarak kabul edilmediği gibi (Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku C. I-II** (6. Baskı. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1997), s. 907; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 530; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 13; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 753), hüküm sonucunu değiştirici etkiye sahip olmadığı için geniş anlamda kanun yolu olarak da kabul edilmemektedir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 598). Tavrının başvuru yolları arasında hangi grupta yer aldığı belirtilmemiştir. Kanımızca tavrın hukukî çare olarak nitelendirilmelidir.

⁷⁶ Bruno Rimmelspracher, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung- 4. Band Aktualisierungsband ZPO Reform 2002 und weitere Reformgesetze** (München: Beck, 2002), s. 231.

Taraflara hukukî koruma sağlayan başvuru yolları konusunda hukukî çare kavramından hareketle yapılan sınıflandırmada, dar ve geniş anlamda kanun yolu ayrımı yerine, kanun yolu ve hukukî çare ayrımı tercih edilmekte, belirli karakteristik özelliklere sahip kanun yolları dışında kalan başvuru yolları hukukî çare olarak nitelendirilmektedir. Bu sınıflandırmaya göre, istinaf ve temyiz dar ve teknik anlamda kanun yolu; itiraz, eski hale getirme, tavzih ve yargılamanın yenilenmesi gibi kurumlar ise hukukî çare olarak nitelendirilmelidir⁷⁷.

Yukarıda açıklanan dar ve geniş anlamda kanun yolu veya kanun yolu ve hukukî çare gibi sınıflandırmalardan hangisi kabul edilirse edilsin, bir başvuru yolunun dar ve teknik anlamda kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için belirli özelliklere sahip olması gerekir. Başka bir deyişle, dar ve teknik anlamda kanun yolunu, geniş anlamda kanun yolu ve hukukî çarelerden ayıran özellikler bulunmalıdır. Kara Avrupası Hukuk Sisteminde hâkim olan yaklaşım, dar anlamda kanun yolu kavramı bakımından iki karakteristik özelliğin bulunması şartını aramaktadır: Erteleyici etki (Suspensiveffekt) ve aktarıcı etki (Devolutiveffekt)⁷⁸.

3.2. Erteleyici Etki

Kanun yoluna başvuru ilk derece mahkemesinin nihaî kararının kesinleşmesini ve hukukî uyumsuzluğun sona ermesini engeller⁷⁹. Erteleyici etki, kanun yoluna başvurma

⁷⁷ Arslan, hukukî çare her türlü olanağı içeren üst kavram olarak kabul edilirse yargılamanın yenilenmesi yolunun da hukukî çare olarak nitelendirilebileceğini; ancak, hukukî çare kavramının bu şekilde geniş anlamda kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 41.

⁷⁸ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 9; Üstündağ, **Yargılama**, s. 816; Hans-Joachim Musielak, **Grundkurs ZPO** (7. Auflage. München: C. H. Beck, 2004), s. 298. Yunan kanun yolu sisteminde, erteleyici etki ve aktarıcı etki, bir başvuru yolunun kanun yolu olarak nitelendirilmesi için gerekli unsurlar olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Stelios Koussoulis, **Recourse against Judgement in the European Union, Civil Procedure in Europe-Greece**, (Hrsg) J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee, Vol. 2: 175-189 (Kluwer Law International, 1999), s. 175.

⁷⁹ Blomeyer, **a.g.e.**, s. 532; Paulus, **a.g.e.**, s. 189; Eberhard Schilken, **Zivilprozessrecht** (Köln: C. Heymans, 2005), s. 435; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 567. Erteleyici etkiyi sadece hükmün kesinleşmesinin veya icrasının ertelenmesi şeklinde anlamlandırmanın yetersiz olduğu ileri sürülmüştür. Bu yaklaşıma göre, erteleyici etki hükmün etkilerinin ortaya çıkmasını engeller. Bkz. Peter von Salis, **Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht** (Zürich: Schultess, 1981), s. 3.

doğal bir sonucudur. Zira, kanun yoluna başvurulması, kararın doğruluğu konusunda belirsizlik olduğunu gösterir⁸⁰. Kesin hüküm, mahkeme kararının bağlayıcı olması anlamına geldiğine göre⁸¹, bu belirsizlik aşılmadan ve kararın değiştirilip değiştirilmeyeceği veya bozulup bozulmayacağı belirlenmeden bağlayıcı etkinin ortaya çıkmasını benimsemek tutarlı olmayacaktır.

Erteleyici etki, Alman (§ 704, Abs. 1 dZPO), Fransız (CPC m. 500, 501) ve Avusturya (§ 466 öZPO) hukukunda hem hükmün şekli anlamda kesinleşmesini engelleme hem de hükmün icrasını durdurma şeklinde ortaya çıkar. Ancak, bu hukuk sistemlerinde aleyhine kanun yoluna başvuru hükmün geçici icrasına (l'exécution provisoire, vorläufige Vollstreckbarkeit, provisional enforcement) karar verilebilmektedir⁸².

İsviçre Hukukunda erteleyici etki, kanton hukuklarındaki düzenlemelere göre farklılık arz etmekte; bazı kantonlarda sadece hükmün kesinleşmesinin veya icrasının ertelenmesi, bazılarında ise her ikisinin de ertelenmesi şeklinde belirmektedir. Bununla beraber en yaygın düzenleme, kanun yolu başvurusunun hükmün kesinleşmesini engellemesidir⁸³.

Türk Hukukunda ise, (m. 426/J; m. 433 ve 5311 s.K. ile değişik İİK m. 36) kanun yoluna başvuru kural olarak hükmün icrasını değil, sadece şekli anlamda kesinleşmesini engeller⁸⁴. Buna karşılık kişiler ve aile hukukuna, taşınmazın aynına ilişkin kararlar

⁸⁰ Salis, **a.g.e.**, s. 22.

⁸¹ **Aynı**, s. 6.

⁸² Fransız Hukuku hakkında bkz. Konuralp, “**İstinafın Yeri**”, s. 35; Konuralp/Hanağası, “**İptal Amaçlı İstinaf**”, s. 1812; Robert W. Byrd ve Marian Barbier, “Civil Appeal Procedures in France” **Civil Appeal Procedures Worldwide**, Ed.: Charles Platto (London/Dordrecht/Boston: Graham and Trotman and International Bar Association, 1992), s. 161; Raymond Martin and Jacques Martin, “Civil Procedure in France”, **International Encyclopedia of Laws Civil Procedure**, Ed.: Piet Taelman, Volume 1 (Hague-Netherlands: Kluwer Law International, 2005), s. 81; İrem Berksoy, “Kanun Yoluna Başvurunun İcra Etkisi”, **LHD**, Y. 5, S. 54: 1845-1864 (2007), s. 1858. Avusturya Hukuku hakkında bkz. Bajons, **a.g.e.**, s. 35; Rechberger/Kodek, **a.g.e.**, s. 54; Fasching, **Lehrbuch**, s. 853. Alman Hukuku için bkz. Schilken, **a.g.e.**, s. 435; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 533; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 451; Fritz Baur ve Wolfgang Grunsky, **Zivilprozessrecht** (10. Auflage. Neuwied-Kriftel: Luchterhand, 2000), s. 186. Yunan Hukukunda da aynı prensipler geçerlidir (Stelios, **a.g.e.**, s. 180).

⁸³ Salis, **a.g.e.**, s. 2. *Salis'e* göre, hükmün kesinleşmesinin ve icrasının birlikte ertelenmesi istisnadır. Zira, ilk derece mahkemesinin eda hükmü dışındaki kararları cebri icraya elverişli değildir. Tespit hükmü, inşai hüküm ve usûle ilişkin kararlar icraya elverişli olmadığından, icranın ertelenmesi bu karar türleri bakımından söz konusu değildir (Salis, **a.g.e.**, s. 88-91).

⁸⁴ Bu sistemin tercih edilmesinde, yargılamanın ve icranın hızlı gerçekleşmesinin faydalı olacağı görüşünün etkili olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Halûk Konuralp, “**Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda**

kesinleşmedikçe icra edilemezler (m. 426/J, II). Diğer hukuk sistemlerinin aksine, Türk (İİK m. 36) ve İsviçre Hukukunda, kanun yoluna başvuru kendiliğinden hükmün icrasını ertelememekte, ancak tarafların başvurusu üzerine hükmün icrasının ertelenmesine karar verilebilmektedir. İcranın ertelenmesi kararı ise, hükmün şeklî anlamda kesinleşmesini engellemeyip, sadece icrayı ertelemektedir⁸⁵.

Özellikle hükmün icrasını da engelleyici şekilde ortaya çıkan erteleyici etki, kanun yoluna başvuran tarafın lehinedir. Zira, hükmün icrası ertelenmediği takdirde, hükmün icrasından önceki hukukî durumun yeniden sağlanması oldukça zordur. Bununla beraber, icranın ertelenmesi, aleyhine hüküm verilen tarafın icrayı geciktirmek amacıyla kullanabileceği bir olanak olduğundan, kanun yoluna başvurunun hükmün icrasını da ertelediği sistemlerde, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için ara yollar bulunmuştur. Buna göre kanun yoluna başvurulması hâlinde, mahkeme hükmün geçici icrasına karar verebilmektedir⁸⁶.

Erteleyici etkinin, sadece hükmün şeklî anlamda kesinleşmesinin önlenmesi anlamına geldiği hukuk sistemlerinde ise, menfaat dengeleri farklı algılandığından, hükmün icrasının ertelenmesine yönelik hukukî kurumlar öngörülmüştür. Kanun yolunun hükmün icrasını da ertelediği sistemlerde, davayı kazanan taraf, mahkemeden geçici icra kararı almak zorunda olmasına rağmen; kanun yolunun sadece hükmün kesinleşmesini engellediği sistemlerde, davayı kaybeden taraf üst mahkemeden icranın ertelenmesini talep etmelidir. Örneğin, Kanunun 426/J ve 433'üncü maddelerinin atfıyla İcra ve İflâs Kanunu'nun 5311 s.K. ile değişik 36'ncı maddesine göre, istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, teminat göstererek veya hükmolunan şeyi resmî bir merciye depo ederek, icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'dan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilmesini isteyebilir. Bu süre içinde davayı kaybeden tarafa (borçluya) karşı icra takibi yapılması mümkün değildir.

Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi", Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir 3-5 Ekim 2003 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007), s. 34.

⁸⁵ Walter Habscheid, **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht** (2. Auflage. Basel und Frankfurt am Main: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1990), s. 427.

⁸⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 848.

Medenî usûl hukukunda erteleyici etki, sadece dar anlamda kanun yollarına başvurulması hâlinde ortaya çıkar. Bunlar, Türk Hukukunda istinaf ve temyizdir⁸⁷. Yargılamanın yenilenmesi (m. 445-454), kesinleşmiş kararlara karşı bunların kaldırılması ve gerçek duruma uygun yeni bir karar verilmesi için başvurulmuş bir başvuru yolu olduğundan ertleyici etki doğurmamaktadır. Eski hale getirme ise kanun veya hâkim tarafından belirlenen sürelerin tarafın iradesi dışında bir sebeple kaçırılması hâlinde, hak kaybını önleyen ve tarafa yapamadığı işlemi yapma imkânı tanıyan bir hukukî çaredir. Eski hale getirme talebi de yargılamayı ve hükmün icrasını ertelemeyiz⁸⁸.

Erteleyici etkinin doğabilmesi için kanun yolunun caiz olması gibi bir şart aranmayacaktır. Kanun yolu caiz olmasa dahi, en azından bu konuda bir karar verilmeye kadar ilk derece kararının kesinleşmesi ertelenecektir⁸⁹. Başvuru süresi geçtikten sonra veya kesin bir karara karşı istinafa başvurulduğu takdirde, ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verse dahi, bu karara karşı da yedi gün içinde kanun yoluna başvurulduğunda hükmün kesinleşmesi ertelenir (m. 426/F).

Erteleyici etki kanun yoluna başvurulması ile kendiliğinden ortaya çıkacağından, mahkemenin ayrıca erteleme kararı vermesine ihtiyaç yoktur.

Kanun yolu başvurusunun hükmün kesinleşmesini tamamen mi yoksa kısmen mi ertelediği ise, erteleyici etkinin kapsamıyla ilgilidir. İsviçre'nin bazı kantonlarında, kanun yolu başvurusu hükmün tamamının kesinleşmesini ertelemekte, bazılarında ise, erteleyici etki kanun yoluna başvuran tarafların taleplerine göre belirlenmektedir. Kanun yoluna başvuru dilekçesinde istinaf taleplerinin de gösterilmesi gereken hukuk sistemlerinde, erteleyici etki, ileri sürülen istinaf talepleriyle sınırlı olarak gündeme gelir. Buna karşılık, istinaf taleplerinin istinaf başvurusunda değil de daha sonraki bir aşamada ileri sürülmesine imkân tanıyan sistemlerde erteleyici etki hükmün tamamı bakımından ortaya çıkar.

⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 567; Alman Hukukunda bunlara ek olarak şikâyet de (*Beschwer*) erteleyici etkiye sahiptir (Musielak, **a.g.e.**, s. 298; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252).

⁸⁸ Tercan, **Eski Hâle Getirme**, s. 274; Kuru/Arsan/Yılmaz, **Usûl**, s. 788.

⁸⁹ Avusturya Hukukunda ise caiz olmayan istinaf başvurusunun hükmün kesinleşmesini ertelemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. Alexander Klausner ve Georg E. Kodek, **JN-ZPO Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht** (16. Auflage. Wien: Manzsche Verlag, 2006), s. 1235.

Örneğin, Zürich Kantonu'nda istinaf talepleri, başvuru sırasında değil de, daha sonra başka bir istinaf dilekçesiyle ileri sürülebileceğinden, istinafa başvuru hükmün tamamının kesinleşmesini ertelemektedir⁹⁰. Zira, henüz istinaf sebepleri ve talepleri ileri sürülmediği için erteleyici etkinin sınırlarını belirlemek mümkün değildir.

Avusturya Hukukunda, erteleyici etkinin kapsamı tarafların taleplerine göre belirlenmesine rağmen⁹¹, Alman Hukukunda bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, erteleyici etkinin kapsamı tarafların taleplerine göre belirlenmelidir⁹². Federal Mahkeme'nin de benimsediği diğer görüşe göre, hükmün bir kısmına karşı istinafa başvurulmuş olsa bile, erteleyici etki hükmün tamamı bakımından ortaya çıkar⁹³.

Kanımızca erteleyici etkinin kapsamı, kural olarak kanun yoluna başvuran tarafın talep sonucuna göre belirlenmelidir. Zira, kanun yolu mahkemesi tarafın talep ettiğiinden daha fazlasına karar veremez. Erteleyici etkinin tüm hüküm bakımından sonuç doğurması için hükmün tamamına karşı kanun yoluna başvurulmuş olmalıdır. Eğer hükmün bir kısmına karşı kanun yoluna başvurulur ve karşı taraf katılma yoluyla kanun yoluna başvurmazsa, kanun yoluna konu olmayan hüküm kısımları kesinleşir.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda (örneğin boşanma ve ayrılık davaları, babalık davası vb.) kanun yoluna başvuru hükmün tamamının kesinleşmesini önlemektedir⁹⁴. Bu davalar kamu düzenini ilgilendirdiğinden, üst mahkemenin incelemesi taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri ve taleplerle sınırlı değildir.

⁹⁰ Salis, **a.g.e.**, s. 112 vd.

⁹¹ Fasching, Hans W. **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 4. Band/1. Teilband** (Wien: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, 2005), s. 5.

⁹² Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930; Heinz Thomas ve Hans Putzo, **Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar** (27. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005), s. 936.

⁹³ Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 186; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, s. 1639. Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 3; Alman Federal Mahkemesi'nin görüşü için bkz. Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 936.

⁹⁴ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930.

3.3. Aktarıcı Etki

Aktarıcı etki, kanun yolu incelemesini bir üst mahkemenin yapması anlamına gelir⁹⁵. Kanun yoluna başvuru üzerine, hukukî uyuşmazlık üst derece mahkemesine havale edilir. Üst mahkeme, uyuşmazlık hakkında, kanun yolunun türüne göre maddî ve hukukî inceleme yapıp yeni bir karar verebileceği gibi, sadece hukukî denetimle de yetinebilir⁹⁶.

Çağdaş medenî usûl hukuku sistemlerinde, aktarıcı etkiye sahip kanun yollarının üstünlüğü kabul edilmektedir. Buna karşılık, aktarıcı etkiye sahip olmayan başvuru yollarına veya hukukî çarelere sınırlı hâllerde yer verilmektedir⁹⁷.

Aktarıcı etkiye sahip kanun yollarının en önemli avantajı, uyuşmazlık hakkında ilk kararı veren hâkimden başka bir hâkim veya mahkeme heyeti tarafından karar verilmesidir. Zira, bu hâkim heyeti daha bilgili, tecrübeli ve uyuşmazlık konusunda daha fazla uzmanlık sahibidir. Buna karşılık, dosyanın bir üst mahkemeye gönderilmesi, o mahkemenin uyuşmazlık hakkında bilgi edinmesi ve karar vermesi için zamana ihtiyaç olması, daha fazla masraf ve zaman kaybı gibi dezavantajları ortaya çıkarmaktadır⁹⁸.

Bir kanun yolunun aktarıcı etkiye sahip olup olmadığının belirlenmesinde başvurunun hangi mahkemeye yapıldığının önemi yoktur. Başka bir deyişle, başvuru dilekçesinin ilk derece mahkemesine veya üst mahkemeye verilmesinden ziyade, incelemeyi hangi derece mahkemesinin yapacağı önemlidir⁹⁹.

Kanun yolu başvurusunun usûlüne uygun yapılması, aktarıcı etkinin ortaya çıkması için yeterlidir. Aktarıcı etkinin oluşması için, kanun yolunun haklılığı ile ilgili usûle ve esasa ilişkin başka koşulların gerçekleşmesi gerekli değildir. Kanun yolu başvurusu, tek başına, alt derece yargılamasının konusu olan uyuşmazlığın bir üst mahkemeye aktarılması ve derdestliğinin sürdürülmesi için yeterlidir. Bununla beraber aktarıcı etkinin kapsamı,

⁹⁵ Jauernig, **a.g.e.**, s. 286; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 931; Paulus, **a.g.e.**, s. 189; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 533; Schilken, **a.g.e.**, s. 435; Fasching, **Lehrbuch**, s. 853.

⁹⁶ Schilken, **a.g.e.**, s. 435.

⁹⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 847.

⁹⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 847; Bilge, **Üst Mahkemeler**, s. 76.

⁹⁹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 847-848.

tarafların taleplerine ve kanun yolu mahkemesinin bu konuda vereceği karara göre belirlenir¹⁰⁰.

3.4. İstinaf Bakımından Değerlendirme

İstinaf, ilk derece mahkemesinin kesinleşmemiş nihaî kararlarına karşı başvurulanan, maddî ve hukukî denetimin bir arada yapılmasına olanak sağlayan bir kanun yoludur. İstinaf yoluna başvurulduğu takdirde ilk derece mahkemesinin nihaî kararı bir üst mahkeme tarafından maddî ve hukukî yönden incelenir ve nihaî karar verilinceye kadar yargılama devam eder.

İstinaf, hükmün kesinleşmesini ertelemesi sebebiyle, erteleyici etkiye sahip bir kanun yoludur. İstinafa tâbi mahkeme kararlarının kesinleşmesi, istinafa başvuru süresinin sona erdiği tarihe veya süresinde istinafa başvurulmuşsa, istinaf yargılaması sona erinceye kadar ertelenir. İstinaf mahkemesinin kararı temyize tâbi değilse, karar verildiği anda kesinleşir. Karar temyize tâbi ise, kararın temyiz edilmemesi hâlinde temyiz süresinin sona erdiği tarihe veya temyize başvurulmuşsa, temyiz incelemesi sonunda nihaî bir karar verilinceye kadar hükmün kesinleşmesi ertelenir.

Erteleyici etkinin kapsamı, istinafa başvuran tarafın talep sonucuna göre belirleneceğinden, ancak taraflarca karşı koyulmayan hüküm kısımları kesinleşir. Kısmî kesinleşme, özellikle bölünebilir nitelikteki veya birden fazla talep hakkında hüküm içeren kararlar bakımından önemlidir. Bölünemeyen mal ve haklara ilişkin mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulması hâlinde ise, hükmün tamamının şeklî anlamda kesinleşmesi ertelenir¹⁰¹.

¹⁰⁰ Aktarıcı etkinin ortaya çıkışı bakımından bu birinci seçeneği eleştiren Gilles, kanun yolunun aktarıcı etkiyi ortaya çıkarabilmesi için caiz ve haklı olması gerektiği kanısındadır. Zira, alt derece mahkemesinin kararı ancak caiz ve haklı bir başvuru söz konusu olduğu takdirde iptal edilebilir. Yazara göre, kanun yolu başvurusunun reddedilmesi veya geri çevrilmesi hâllerinde aktarıcı etki ortaya çıkmamaktadır. Aktarıcı etkinin ve derdestliğinin sınırları, iptal kararı ve bununla birlikte kanun yolu mahkemesinin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi ile uyumludur (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 99-103).

¹⁰¹ Salis, **a.g.e.**, s. 114.

İstinaf yoluna başvurulması, kural olarak mahkeme kararının icrasını durdurmaz (m. 426/J, I, c. 1)¹⁰². Davayı kazanan taraf, davalı borçluya karşı hükmün kesinleşmesini beklemeden ilâmlı icra takibi yapabilir. Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu’nun 5311 s.K. ile değişik 36’ncı maddesindeki koşulların yerine getirilmesi hâlinde, icra takibinin ertelenmesi mümkündür. Hükme karşı istinaf yoluna başvuran borçlu, hükmolunan şeyin veya paranın resmî bir merciye depo edildiğini ispat ederse veya özellikleri kanunda belirtilmiş yeterli miktarda teminat gösterirse ya da borçlunun hükmolunan parayı veya şeyi karşılayacak malı daha önce haczedilmişse, icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesinden karar alınmak üzere icra dairesinden kendisine süre vermesini talep edebilir. İcranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi istinaf mahkemesine aittir (m. 426/J, I, c. 2).

Nafaka taleplerine ilişkin mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulması durumunda da genel kural geçerlidir. İstinafa başvurulması nafakaya ilişkin mahkeme kararının şeklî anlamda kesinleşmesini erteler. Buna karşılık, istinafa başvurulsa dahi nafaka hükmünün icrası ertelenemeyecektir. Kanun koyucu, ihtiyacı olan taraf açısından nafaka kararlarının arz ettiği önemi dikkate alarak, nafaka ilâmları konusunda icranın geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır (m. 426/J, I, c. 3).

Kişiler ve aile hukukuna, taşınmaz mal ve bununla ilgili aynî haklara ilişkin mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulması ise hem kararın kesinleşmesini hem de icrasını ertelemektedir. Kanunda bu kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir (m. 426/J, II).

¹⁰² Alman, Avusturya ve Fransız Hukukunda ise istinaf başvurusu kural olarak hükmün icrasını da erteler. Bu hukuk sistemlerinde de mahkeme talep üzerine hükmün geçici icrasına karar verebilir. Ancak, icrası ertelenmesine rağmen hükmün varlığı devam eder. Bkz. Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 182; Walter Rechberger ve Georg Kodek, “**Civil Procedure in Austria**”, **International Encyclopedia of Laws Civil Procedure**, Ed.: Piet Taelman, Volume 1 (Hague-Netherlands: Kluwer Law International, 2005), s. 54; Byrd/Barbier, **a.g.e.**, s. 161; Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 81. Gilles’e göre, Alman Hukukunda kanun yoluna başvuru, teorik olarak hükmün kesinleşmesini ve icrasını ertelemesine rağmen, uygulamada geçici icra kararı, istisna olmaktan çıkmış ve kural hâline gelmiştir. Bu sebeple kanun yolu başvurusunun hükmün icrasını ertelemesi, teknik anlamda kanun yolu kavramı bakımından belirleyici bir faktör olarak kabul edilmemelidir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 165).

İlk derece mahkemesinin kararına karşı istinafa başvurulursa, uyuşmazlık maddî ve hukukî yönden yeniden incelenmesi için istinaf mahkemesine havale edilir. Mahkeme kararının ve dolayısıyla uyuşmazlığın üst mahkemeye havale edilmesi aktarıcı etki olarak adlandırılır. Fransız Hukukunda aktarıcı etki, taraflarca kararın belli bir kısmına hasredilmedikçe kural olarak tüm uyuşmazlığı kapsar¹⁰³. Buna göre, istinaf mahkemesi uyuşmazlığın tümü hakkında yeniden yargılama yaparak esasa ilişkin yeni bir karar verebilir.

Avusturya Hukukunda, aleyhine kanun yoluna başvuru hâkim, istinaf başvurusundaki hukukî korunma talebiyle sınırlı olarak üst mahkemeye havale edilir. Başka bir deyişle aktarıcı etki, ileri sürülen istinaf sebepleri ve istinaf talepleri kapsamında ortaya çıkar¹⁰⁴.

Yunan Hukukunda aktarıcı etki, ancak istinaf sebepleri ile belirlenen sınırlar içinde söz konusu olur¹⁰⁵. İstinaf sebepleri arasında yer almayan ve taraflarca karşı koyulmayan hüküm kısımları, istinaf mahkemesi tarafından incelenmez.

Türk Hukukunda da aktarıcı etki, süresinde ve caiz bir istinaf başvurusu yapıldığı takdirde ortaya çıkar. İlk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun süresinde yapıldığını, kesinleşmemiş ve istinafa tâbi mahkeme kararına karşı istinafa başvurulduğunu tespit ederse, dosyayı yetkili istinaf mahkemesine gönderir (m. 426/C, IV; m. 426/F, I). Yetkili istinaf mahkemesi, 5235 sayılı Adlî Mahkemeler Kanunu’nun¹⁰⁶ 33’üncü maddesi ile kurulan bölge adliye mahkemesidir.

Aktarıcı etki, kural olarak istinaf yoluna başvuran tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri istinaf sebepleri ve istinaf talepleri kapsamında ortaya çıkar. Kanunun açık hükmüne göre, istinaf mahkemesi, kamu düzenine ilişkin hususlar dışında, istinaf

¹⁰³ Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 81; Byrd/Barbier, **a.g.e.**, s. 162; Konuralp/Hanağası, “İptal Amaçlı İstinaf”, s. 1813.

¹⁰⁴ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 6.

¹⁰⁵ Stelios, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁰⁶ Bu Kanunun tam adı “5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkilerini Hakkında Kanun” dur. Ancak bu ifadenin çok uzun olması sebebiyle ifade kolaylığı bakımından bundan böyle Adlî Mahkemeler Kanunu olarak ifade edilecektir.

sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapabilir (m. 426/O). Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde ise, aktarıcı etki, istinaf sebepleri ve taleplerine bağlı olmaksızın tüm uyumsuzluk bakımından ortaya çıkar¹⁰⁷.

4. KANUN YOLUNUN AMACI BAKIMINDAN İSTİNAF

Adlî yargı belli kurum, kişi ve kurallardan oluşan bir sistemdir. Bu sistemin temellerinin sağlam olması, çarklarının kusursuz işleyebilmesi için öncelikle belli hedefler tespit edilmelidir. Medenî yargılama sistemi ve bunun önemli bir parçası olan kanun yolu yargılaması da belli bir amacı gerçekleştirmeye hizmet eder. İstinaf konusunda gerçekçi ve sağlıklı değerlendirmeler yapılabilmesi, medenî usûl hukukunun ve kanun yollarının amacının doğru tespit edilmesine bağlıdır.

4.1. Medenî Usûl Hukukunun Amacı

Medenî usûl hukukunun amacı konusunda ifade edilen görüşler şu şekilde özetlenebilir. Bir görüşe göre, medenî usûlün amacı gerçek hukukî durumun tespit edilmesi, başka bir deyişle gerçeğe ulaşmaktır¹⁰⁸. Bir başka görüşe göre amaç, özel hukukun tanıdığı hakların, yani sübjektif hakların korunmasıdır¹⁰⁹. Daha genel bir

¹⁰⁷ Bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 3.4.1.

¹⁰⁸ Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979), s. 86 vd; Erdal Tercan, **Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 41-42; M. Kamil Yıldırım, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi** (İstanbul: Kazancı, 1990), s. 32 vd; Ancak *Gaul*, her şeye rağmen davanın amacının yargılama teorisi anlamında gerçeği aramak olmadığını belirtmiştir. Ona göre gerçek kavramı hakkındaki felsefi tartışmalar mahkeme önüne taşınmamalıdır. Aristo'nun gerçeğe örtüşen doğruluk kavramı hâkimin gücünü aşar. Çünkü onun emrine güvenilir, her türlü hatayı önleyen sübjektif bağlayıcı ölçütler verilmemiştir. Gerçek "algılama"ya dayalı yargılama imkânından daha güçlü olmamalıdır. Bu imkân ise dünya üzerindeki hâkimlerin kapasitesiyle sınırlıdır. Bkz. Hans Friedhelm Gaul, **"Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu"**, Medenî Usûl Hukuku Konferansı, (İstanbul: 16 Mayıs 2000), Almanca'dan Çev.: N. Deren Yıldırım. **İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku**. Der.: M. Kamil Yıldırım, (2. Baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2001), s. 82-117, s. 103.

¹⁰⁹ Ramazan Arslan, **Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı** (Ankara: S Yayınları, 1989), s. 38; Gaul, **a.g.b.**, s. 102; Sema Taşpınar, "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", **Faruk Erem'e Armağan: 759-787** (Ankara: TBB, 1999), s. 786; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 2. "... sübjektif haklar, objektif hukukun, yani mevzu, pozitif hukukun kişiye tanıdığı ve uyulmasını cebri müeyyidelerle temin ettiği menfaatlerdir. Mesela, Medenî Kanun'un tanıdığı mülkiyet, bir sübjektif haktır". Bkz. Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 11.

yaklaşımına göre, usûlün amacı adaleti gerçekleştirmektir¹¹⁰. Bir diğer görüşe göre ise, yargısal kararın temel amacı uyuşmazlıkları hukuka uygun biçimde ve akılcı bir yöntemle çözmektir¹¹¹. Bu sayılanlardan başka, hukukî barışın korunması ve bu yolla objektif hukukun gerçekleştirilmesi de¹¹² medenî usûlün amaçları arasında gösterilmektedir.

Katıldığımız görüşe göre, medenî usûl hukuku birden fazla amacı bir arada gerçekleştirmeye çalışır¹¹³. Zira, amaç olarak ifade edilen hedeflerin her biri yargılama sonunda elde edilmek istenen ve hiç biri ihmal edilemeyecek menfaatlerdir. Bununla beraber, öğretide değişik amaçların öne sürülmesinin nedeni, belirlenen hedefin diğerlerini kapsadığı veya diğerlerine göre daha öncelikli olduğu düşüncesidir.

Bu esastan hareket ettiğimizde, medenî usûlün amacı konusunda şu sonuca varmaktayız: Medenî usûl hukukunun öncelikli ve esas amacı, özel hukuk uyuşmazlıklarını usûl kanunları ile belirlenen kurallar çerçevesinde maddî hukuka uygun şekilde sona erdirmek ve sübjektif hakları gerçekleştirmektir. Diğer hedefler ise, asıl amacın gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan sonuçlardır. Çizmeye çalıştığımız bu çerçevenin birinci ayağı uyuşmazlıkların çözümü, ikinci ayağı ise sübjektif hakların gerçekleştirilmesi amacıyla ilgilidir¹¹⁴. Kanımızca bunlar madalyonun iki yüzü gibidir. İlki, uyuşmazlıkların devlet açısından, ikincisi ise taraflar açısından görünümünü temsil eder.

Hukukî barışın sağlanması ve korunması, objektif hukukun gerçekleştirilmesi, adaletin gerçekleştirilmesi gibi amaçlar, yargılama sonucunda kanunlara ve hukuka uygun doğru bir karar verilmesi hâlinde ortaya çıkacağı varsayılan sonuçlardır. Hukukî barışın sağlanması ile kastedilen, mahkeme kararlarının uyuşmazlığı sona erdirici fonksiyonu ve

¹¹⁰ Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Islah** (İstanbul: Kazancı, 1982), s. 6; Ejder Yılmaz, “Usûl Ekonomisi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1: 243-274 (2008), s. 248.

¹¹¹ Halûk Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları** (Ankara: AÜHFY 1999), s. 6. İngiliz hukukçu *Jeremy Bentham*'a göre, devlet yargısının en üstün amacı “doğru karar verilmesidir”. Bir mahkeme kararı, bu amacı hukuk kuralını somut vakıalara uygulayarak gerçekleştirebilir. Usûl hukukunun amacı, yürürlükteki hukuk kuralına göre doğru kararlar vermektir (Stürner, **a.g.e.**, s. 32).

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 50 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 12.

¹¹³ Alangoya, **İlkeler**, s. 76; Konuralp, **İspat**, s. 6; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 51 vd.; Karayalçın, “**Usûlî Müktesep Hak**”, s. 148.

¹¹⁴ Stürner, **a.g.e.**, s. 32.

maddî anlamda kesin hüküm etkisidir. Bu amaç kişiler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında ön plandaki bir konu olmayıp, uyuşmazlığın çözülmesi ile ortaya çıkan ve toplumsal açıdan önem arz eden bir sonuçtur. Objektif hukukun gerçekleşmesi de ancak uyuşmazlıkların çözümü ve sübjektif hakların gerçekleştirilmesiyle mümkün olur¹¹⁵.

Maddî gerçeğin araştırılması ise, doğru bir karar verilmesi için gerekli olan dava malzemesinin toplanması ve değerlendirilmesiyle ilgilidir. Maddî gerçeğin araştırılması ve bunu sağlayacak yöntemler, usûlün amacı değil, amaca ulaşmak için başvurulacak araçlar olabilir. Ayrıca gerçek kavramının kendisi oldukça tartışmalı bir konudur. Zira, gerçeğe ulaşma amacını garanti edebilecek hiçbir sistem yoktur. Yargılamayı yürütme, ispat faaliyeti ve hüküm verebilme birçok yönden sınırlandırılmıştır. Yargı mercileri, devletin sınırlı imkân ve kaynaklarını kullanarak yargılama yaptıklarından, gerçeğin ortaya çıkması için kaynaklarını sınırsız biçimde kullanamazlar¹¹⁶. Dolayısıyla kaynakların yetmediği hâllerde gerçeğe ulaşma çabasından taviz verilmektedir. Yargılama masraflarının artmasını önleme ve uyuşmazlıkların makul sürede çözülmesi çabası, kanun yoluna başvuru hakkını, uyuşmazlık konusunun değeri ve genel olarak süre bakımından sınırlandırmıştır.

Diğer yandan medenî usûl hukuku, daha ziyade tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkeleri üzerine kurulduğundan, hâkimin kararına esas olacak dava malzemesini taraflar belirlemektedir. Dolayısıyla maddî gerçek, daha ziyade sınırları taraflarca belirlenen alan içinde araştırılabilir. Tüm dava malzemesi mahkemeye sunulmuş olsa dahi, uyuşmazlığı devam ettirip ettirmemek tarafların ihtiyarındadır. Taraflar sulh olarak, davayı kabul ederek veya haklarından feragat ederek yargılamayı sona erdirebilir ve hüküm sonucunu etkileyebilirler. Ayrıca, hukukî işlemler ve sözleşmeler gibi vakıaların, kanunda özellikleri belirtilen sınırlı delillerle ispat edilebilmesi gerçeğin araştırılmasını sınırlandıran diğer bir etkidir¹¹⁷.

¹¹⁵ Aym, s. 36 vd.

¹¹⁶ Hannes Unberath, "Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform-Theorie und Praxis", **ZZP**, Band 120, Heft 3: 323-345 (2007), s. 327.

¹¹⁷ Stürner, **a.g.e.**, s. 33-36.

Medenî yargılamanın amacını bu değişkenler üzerine oturtmak, gerçekçi bir yaklaşımdan ziyade bir beklentinin ifadesi olabilir. Ancak bu yaklaşımımız medenî usûl hukukunun şekliyle gerçekle yetindiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aslında gerçeğin araştırılmasını sınırlandıran hususlar, medenî yargılama hukukunun konusu olan özel hukuk ilişkilerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, irade serbestisinin geçerli olduğu özel hukuk alanında gerçeği belirleyen en önemli unsur tarafların iradesidir. Özel hukuk alanında gerçek, kural olarak tarafların iradelerine ve davranışlarına göre şekillenir¹¹⁸.

Medenî usûl hukuku, sadece devlet mahkemelerince yürütülen yargılamayla ilgilenmez. Usûl kanunlarında devlet yargısı dışında uyuşmazlıkları çözmeye hizmet eden tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de düzenlenmektedir¹¹⁹. Nitekim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun sekizinci babı, devlet yargısının yanında tahkimi de düzenler (m. 516–536). Kabul (m. 92), sulh ve feragat (m. 91) gibi işlemler de yargılamayı hâkimin iradesi ve hükmü ile sona erdiren işlemler olmayıp, taraf iradesine bağlı olarak sonuç doğurur. Ayrıca medenî yargıya tâbi uyuşmazlıklar bakımından Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen uzlaşma (AK m. 35/A) veya tüketici şikâyetlerinde belli bir değer altındaki uyuşmazlıklara tüketici sorunları hakem heyetinin bakması (TKHK m. 22) gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri¹²⁰ benimsenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri medenî usûl hukukunun dışında değil, aksine içinde ve amacın gerçekleştirilmesine yardımcı araçlardır.

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 52-53; Yılmaz, “**Usûl Ekonomisi**”, s. 249; Taşpınar, “**Amaç**”, s. 768.

¹¹⁹ Medenî usûl hukukunu ekonomik analiz yaklaşımıyla değerlendiren bir görüşe göre, hukuk düzeni ve dolayısıyla medenî usûl hukuku, dava olmadan da varlığını gösterebilmelidir. Bkz. Peter Gotwald, “Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz”, Çev. Sema Taşpınar, **AÜHFD**, C. 51, S. 1: 1-17 (2002), s. 4.

¹²⁰ Türk Hukukundaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda bkz. Mustafa Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü** (Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2004).

4.2. Kanun Yolunun Amacı ve İşlevi

4.2.1. Genel Olarak

Kanun yolu, mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek çeşitli başvuru yollarını kapsayan üst bir kavramdır. Her kanun yolu, niteliği gereği belli mahkeme kararları ve belli dereceler için hüküm ifade eder. İlk derece mahkemesinin nihaî kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu istinaftır (m. 426/A, I). İstinaf mahkemesinin nihaî kararlarına karşı ise temyize başvurulur (m. 427, I). Bunlardan başka bazı mahkeme kararlarına karşı hukukî çare olarak nitelendirilen itiraz yoluna (İİK m. 265, I), kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı ise yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir (m. 445-454).

Çağdaş medenî usûl sistemleri, tüm mahkeme kararları için tek bir kanun yolu yerine, ulaşılmak istenen sonuca bağlı olarak farklı kanun yolları oluşturmuştur. Kanun koyucu çok sayıda hukukî çare imkânı ve farklı kanun yolu türleri öngördüğüne göre bunların her biri farklı işlevlere sahip olmalıdır. Dolayısıyla her birinin esas amacı ve sonuçları diğerinden farklıdır. Örneğin, somut olayda hata denetimi ile hukuk düzeni için hata denetimi birbirinden farklı amaçlara hizmet etmektedir. İlkinde bireysel yararlar, ikincisinde ise kamu yararı ön plandadır¹²¹. Bununla beraber kanun yollarının ortak amaçlara ve özelliklere sahip olduğu konusunda da şüphe yoktur. Her şeyden önce yargılama bir bütün olarak kabul edildiğinde, kanun yolları da usûl hukukunun amacını gerçekleştirmeye hizmet etmelidir. Buna göre, kanun yolu kişilerin sübjektif haklarının gerçekleştirilmesine ve uyuşmazlıkların sona ermesine hizmet eder¹²².

Bir başvuru yolu olarak kanun yolunun temelinde yatan düşünce, yargılama yapan hâkimlerin de hata yapabilecek olmalarıdır¹²³. Hâkim her ne kadar maddî hukuk ve usûl kuralları ile bağlı olsa da uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan dava malzemesinin

¹²¹ Unberath, **a.g.m.**, s. 333.

¹²² Stürner, **a.g.e.**, s. 38.

¹²³ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 933; Stürner, **a.g.e.**, s. 38; Paulus, **a.g.e.**, s. 190; Yılmaz, **İstinaf**, s. 16; Konuralp/Hanağası, “**İptal Amaçlı İstinaf**”, s. 1795.

toplanmasında, vakıaların tespitinde, hukuk kuralını belirlerken veya somut olaya uygularken hata yapabilir. Hâkim hata yapmamış olsa dahi, tarafların ihmalinden kaynaklanmayan başka eksiklikler nedeniyle yanlış karar verebilir. Bu bağlamda kanun yollarının öncelikli ve ortak amacı hatalı, eksik ve yanlış mahkeme kararlarının düzeltilmesini ve doğru karar verilmesini sağlamaktır¹²⁴. Kanun yoluna başvuran taraf açısından bunun hangi kanun yoluyla ve nasıl gerçekleştiği pek önemli değildir. Kanun yoluna başvuranın nihaî amacı kendi lehine karar verilmesini sağlamaktır.

Kanun yolunun diğer bir işlevi, hukukî güvenliğin sağlanmasına katkıda bulunmak ve tarafların yargıya olan güvenini artırmaktır. Kanun yolu denetimi ile mahkeme kararlarının doğruluğu konusundaki kuşkulara son verilmiş olur¹²⁵.

Kanun yolu, ilk derece mahkemelerinin daha dikkatli ve özenli karar vermelerini teşvik edeceğinden, ilk derece mahkemelerinin gelişimine olduğu kadar, kamu yararına da hizmet eder¹²⁶.

4.2.2. Somut Olay Adaletinin Gerçekleştirilmesi

Bazı kanun yollarında somut olayda adaletin gerçekleştirilmesi öncelikli amaçtır. Özellikle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvuru kanun yollarında amaç, aleyhine karar verilen tarafın iddialarını inceleyerek, somut olayda ilk derece mahkemesince yapılan hataların düzeltilmesi, eksikliklerin tamamlanması ve sübjektif hakların gerçekleştirilmesidir. Çağdaş hukuk sistemlerinde istinaf, öncelikle denetim ve gerektiğinde ilk derece mahkemesi gibi inceleme yaparak, eksikleri tamamlayarak bizzat karar verme özelliklerine sahip olup, daha ziyade somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet eder¹²⁷.

¹²⁴ Arslan, **a.g.e.**, s. 9; Jauernig, **a.g.e.**, s. 286; Schilken, **a.g.e.**, s. 435; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Paulus, **a.g.e.**, s. 190.

¹²⁵ Abdullah Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 9, S. 1-3: 143-155 (1995), s. 148.

¹²⁶ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 933; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Musielak, **Grundkurs**, s. 298.

¹²⁷ Stürner, **a.g.e.**, s. 43; Herbert Roth, “Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess-Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit”, **JZ**, Heft 4: 174-178 (2005), s. 174, 175; Stosch, **a.g.e.**, s. 247; Andreas

Somut olay adaleti kavramının anlamı, somut olayda doğru karar verilmesi ve maddî hukukun taraflara sağladığı sübjektif hakların gerçekleştirilmesidir¹²⁸. İstinaf hâkimi uyuşmazlık hakkında ilkesel nitelikte değil, tamamen somut olaya ilişkin bir karar vermektedir. Zira, ilk derece kararının incelenmesi ve değiştirilmesi veya delil ikamesinin tekrarlanması, doğrudan doğruya kamunun değil, somut davadaki tarafların veya ilgililerin menfaatinedir¹²⁹.

İstinafın amacı olarak somut olay adaleti, Türk Hukukunda daha ziyade “hakkaniyete göre karar verilmesi” anlamında kullanılan “somut olay adaleti” kavramından farklı olarak, daha genel ve üst bir kavramdır.

Yargıtay “somut olay adaleti” kavramını, genellikle salt hakkaniyete göre karar verilmesi gereken durumlarda kullanmaktadır¹³⁰. Buna göre, somut uyuşmazlıkta pozitif hukuk kurallarının mutlak biçimde uygulanması hakkaniyete aykırı olacaksa, söz konusu kural esnetilerek farklı bir çözüm şekli benimsenmektedir. Hakkaniyete göre karar verme,

Baumann, **Prüfungsumfang und Prüfungsprogramm im Berufsverfahren nach der Zivilprozessreform 2002** (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006), 45; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-II, I. Oturum Tartışmalar**, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, (Ankara: TBB, 2007), s. 45.

¹²⁸ Tanrıver, **Tartışmalar**, s. 45; Roth, **a.g.m.**, s. 178.

¹²⁹ Horst-Eberhard Henke, “Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz”, **ZZP**, Band 109, Heft 2: 135-182 (1996), s. 162.

¹³⁰ “...Yerel mahkemenin de kabulünde olduğu üzere somut olayda 4473 sayılı Yasanın uygulama yeri bulunmamaktadır. Ne var ki, Anayasada açıklanan temel kurallara göre kesinleşen mahkeme ilâmlarının yetkili idarî merciler tarafından aynen infaz edilmesi zorunludur. Öte yandan Tapu sicillerinin oluşturulması ve doğru tutulmasından devlet, dolayısıyla Hazine sorumludur. Hal böyle olunca, davacı tarafın isteminin niteliği ve içeriği özellikle 3402 sayılı Kadastro Kanununun 1. maddesi hükmünün özü ve sözü orada açıklanan hukuksal olguların kamu düzenine ilişkin olması, hukukun sorun üretmeye yönelik normatif kurallar üretmek olmadığı, hukukun çözüm üretmek metodu olduğu, dikkate alındığında, **somut olay adaleti** bakımından bir dava dosyasının yangın, yer sarsıntısı dışında bir nedenle kaybolması hâlinde nasıl yenileneceğine dair bir hükmün yasalarımızda mevcut olmasa da 4473 sayılı Yasanın “dosya yenilenmesine” ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması somut olayda orada belirtilen hukukî perspektif içinde değerlendirilerek paralel bir uygulama yapılmalıdır” 7. HD, 9.5.2006, 1604/1521 (KİB); “...Bunlara büyük çoğunluğu da aynı nedene dayalı olarak, kurutanlar tarafından açılan davalar kabul suretiyle sonuçlanmış, derecattan geçerek kesinleşmiş ve bu yerleri kurutanlar adlarına tapuya tescil edilmiştir. Emsal nitelikteki davalarda verilen kararlarda birlikteliğin sağlanması da yargıda saygınlığın gereğidir. O itibarla olaya bu açıdan yaklaşıldığında; **somut olay adaleti** de gözetilerek davanın kabulüne ilişkin kurulan yerel mahkeme kararı usûl ve yasaya uygun olduğundan onanmalıdır” YHGK, 15.6.1994, 17-144/414 (KİB).

daha ziyade, hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda, kanun boşluklarının doldurulmasında söz konusu olmaktadır¹³¹.

Oysa kanun yolunun amacı olarak somut olay adaleti, salt hakkaniyete göre karar verilmesini de içeren daha üst bir kavram olup, somut olayda doğru karar verilmesi anlamına gelir. Çoğu zaman, olayın gerçeğe uygun tespit edilmesi ve bu gerçeğe pozitif hukuk kurallarının doğru uygulanması somut olay adaletini gerçekleştirmeye yetmektedir. Ancak, bazı durumlarda sübjektif hakkı gerçekleştirmek için pozitif hukuk yetersiz kalmakta ve hakkaniyete göre karar verilmektedir.

Hukuk kuralları, adaletin bir uzantısı olan hakkaniyetin¹³² gereğini doğrudan doğruya ve tam olarak yerine getiremeyeceğinden, hakkaniyeti ancak hâkimin somut olaydaki işlemleri ve kararları gerçekleştirebilir. Her kişinin veya olayın özelliklerine göre çıkarılamayan hukuk kuralları, çoğunlukla genel soyut normlar olarak düzenlenirler. Hukuk kurallarının hayata geçirilebilmesi ve böylece hukuk düzeninin kurulabilmesi için, bu soyut ve genel normların somut olaya hâkim tarafından uygulanması gerekir¹³³.

Mahkemenin somut uyuşmazlıkla ilgili vakıaları tam ve doğru olarak tespit etmesi ve bu olaylar bütünü bakımından hukuk kurallarını yorumlayarak somut uyuşmazlık konusunda doğru bir sonuca varması, somut olay adaletini gerçekleştirmek için atılması gereken, olmazsa olmaz adımlardır. Somut olay adaletine uygun karar verilmesi ise, hem genel anlamda adalete hem de hakkaniyete uygun karar verildiğini gösterir. İstinaf, her iki adım açısından da yargılamanın ve kararın doğruluğunu gerçekleştirmeyi amaçlayan bir kanun yoludur.

4.2.3. İçtihat Birliğinin Sağlanması

Bazı kanun yollarında ise somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi arka plandadır. Burada göze çarpan özellik, önemli hukukî uyuşmazlıklarda (uyuşmazlığın

¹³¹ Rona Serozan, **Medenî Hukuka Giriş** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997), s. 21, 100.

¹³² “Sevgi ve hoşgörü duygularıyla zenginleştirilmiş olan vicdanlı (duyuncşal), insaflı, süzme (rafine) adalettir hakkaniyet.” Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 21.

¹³³ Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 134.

önemi, hukukî sorunun niteliğine, ilkesel değerine ya da maddî değerine göre belirlenebilir) üst mahkemelerce içtihat oluşturulmasını sağlamaktır. İçtihat oluşturulması, bir yandan hukukun yeknesak uygulanmasını sağlarken, diğer yandan hukukun gelişimine katkıda bulunur¹³⁴.

Hukukun yeknesak uygulanması ile kastedilen, üst mahkeme kararlarının ilk derece mahkemeleri bakımından bağlayıcı olması değil, daha ziyade yol gösterici olmasıdır. Nitekim Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği kararlar, somut uyuşmazlıkta bağlayıcı olmakla birlikte, benzer olaylarda tüm mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahip değildir. Bununla beraber, Türk Hukukunda Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukukî konularda Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı öngörülmüştür (YK m. 45, V). İçtihadı birleştirme kararları sadece yol gösterici değil, teknik anlamda bağlayıcı nitelikte ilke kararlarıdır¹³⁵. Hukukun yeknesak uygulanması, öncelikle ve aslî olarak Yargıtay'ın somut uyuşmazlıklara ilişkin kararlarıyla gerçekleşir. Ancak, Yargıtay dairelerinin benzer olaylarda farklı kararlar vermesi nedeniyle bu mümkün olmadığı takdirde ise, hukuk birliği, ilke kararı niteliğindeki içtihadı birleştirme kararlarıyla sağlanır¹³⁶.

Hukukun yeknesak uygulanması, hukukî güvenliğin ve yargıya güvenin sağlanmasında önemli bir etkindir. Bunu sağlamak için, sadece ilk derece mahkemesi kararlarını kanun yolu denetimine tâbi kılmak yeterli olmadığından, kanun yolu mahkemelerince verilen kararlar arasındaki çelişkilerin de giderilmesi gerekir.

¹³⁴ Jauernig, **a.g.e.**, s. 287.

¹³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 711; Ejder Yılmaz, **“İçtihadı Birleştirme ve Adaletteki Çelişkiye Son Verme İhtiyacı”** Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Ankara: 9-10 Haziran 2000 (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000), s. 16 vd.

¹³⁶ Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları veya Büyük Genel Kurulu tarafından verilen içtihadı birleştirme kararlarının, mahkemeler açısından bağlayıcı olması kuralı, Türk Hukukuna özgü bir düzenleme olup, diğer hukuk sistemlerinde yer almaz. İçtihadı birleştirme kararının bağlayıcı olmasının temelinde, Cumhuriyetin ilk yıllarından günümüze kadar, adli yargı uyuşmazlıklarında tek kanun yolu (temyiz) mahkemesinin bulunması, temyiz mahkemesinin birden fazla daireden oluşması, dairelerin çelişkili kararlar vermesi ve hâkim yetersizliği ve iş yoğunluğu nedeniyle Yargıtay'ın içtihatları birleştirmeye (hukukun yeknesak uygulanmasına) hizmet edemeyeceği kaygısı yatmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, **“İçtihadı Birleştirme”**, s. 3-19.

Hukukun gelişimi ile kastedilen, soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında yaşanan zorlukların aşılmasıdır. Üst mahkemelerin yorumları, bir yandan mevcut uyuşmazlıklarda mahkemelere yol göstermekte, diğer yandan ileride yapılacak yasal düzenlemeler konusunda kanun koyucuya yardımcı olmaktadır.

İçtihat birliğini sağlama amacını ön planda tutan kanun yolu temyizdir¹³⁷. Yargıtay'ın, ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlı olmaksızın ve sadece hukuka aykırılık yönünden inceleme yapması, tarafların duruşmaya gelmemesi durumunda ilk derece yargılamasından farklı olarak yokluklarında incelemeye devam etmesi¹³⁸, temyiz incelemesi sonunda uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisinin bulunmaması, hükmü sadece bozmakla yetinmesi, temyiz yolunun hukuk birliğini sağlamaya ve hukukun gelişmesine hizmet ettiğini göstermektedir¹³⁹. Ancak, temyiz amacı bununla sınırlı olmayıp, aynı zamanda somut olayda doğru karar verilmesi de hedeflenen sonuçlardan biridir. Temyiz incelemesinin talep üzerine yapılabilmesi, yargılama giderlerinin taraflara ait olması, başvurunun caiz olması için hukukî yarar şartının aranması, soyut bir hukukî sorundan ziyade somut bir uyuşmazlık hakkında karar verilmesi, aleyhe karar verme yasağının uygulanması ve verilen hükmün sadece taraflar açısından kesin hüküm arz etmesi gibi özellikler, temyiz aynı zamanda taraf menfaatlerinin korunmasını amaçladığını gösteren argümanlardır¹⁴⁰.

¹³⁷ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Musielak, **Grundkurs**, s. 298; Hans-Joachim Musielak, **Zivilprozessordnung Kommentar** (3. Auflage. München: Franz Vahlen, 2002), s. 1098; Necmeddin Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Esasları** (İstanbul: 1969), s. 214; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 880; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 707; Üstündağ, **“Temyizin Nakzı”**, s. 134; Recep Akcan, **Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri** (Ankara: Nobel, 1999), s. 16 vd.; Sedat Gürgen, “İstinaf Yargılaması ve Paris İstinaf Mahkemesi Deneyimi”, **THD**, Y. 2, S. 9: 65-69 (2007), s. 68-69.

¹³⁸ İlk derece yargılamasında her iki taraf da haklı bir mazeret olmaksızın duruşmaya katılmadıkları takdirde, yargılamaya devam edilmeyerek dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir (m. 409, I). Buna karşılık temyiz yolunda, tarafların duruşmaya gelmemesinin yaptırımı yoktur. Duruşmaya gelinmemesinin tek sonucu tarafların yokluklarında inceleme yapılmasıdır. Eğer temyizde taraf menfaatleri ön planda olsaydı, tarafların duruşmaya gelmemesi durumunda temyiz incelemesine son verilmesi gerekirdi. Zira, taraflar kendi menfaatleri için yapılması gerekenleri yapmadıkları için, onların yokluğunda yargılama yapılması tasarruf ilkesiyle bağdaşmazdı.

¹³⁹ Öztekin, **“Kesinlik Sınırı”**, s. 67; Gürdoğan, **“Vakıa ve Hukuk”**, s. 274; Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri** (3. Baskı. Ankara: AÜHFY 1978), s. 640.

¹⁴⁰ Artur May, **Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren** (2. Auflage. Köln: Heymanns, 1977), s. 17-21; Henke, **a.g.m.**, s. 161 vd.; Üstündağ, **“Mukayeseli Hukukta Yargıtay”**, s. 74.

Aslında temyiz yolunun ilk ortaya çıkış nedeni, içtihat birliğini veya somut olay adaletini sağlamak değildir. Temyiz ilk zamanlarda, daha ziyade siyasi otorite tarafından varlığını sürdürmek ve kendisine itaat edilmesini sağlamak amacıyla kullanılmıştır. Merkezi iktidarın otoritesine karşı çıkan veya başkaldıran mahkeme kararları temyiz konusuna olmuştur. Bugün gelinen noktada ise, temyiz büyük ölçüde ülke genelinde hukukî konularda uygulama birliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak, sosyolojik bakımdan temyiz ilk ortaya çıkış nedeni tamamen ortadan kalkmış değildir¹⁴¹.

Türk Hukukunda temyiz, kamu¹⁴² ve taraf yararlarının bir arada gerçekleştirilmesini amaçlayan bir kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Nitekim Yargıtay diğer ülkelerdeki içtihat mahkemelerinden farklı olarak delil takdirine dahi müdahale etmektedir¹⁴³. Ancak,

¹⁴¹ Temyiz ilk olarak Roma Hukukunda kralın emirnamelerine ve otoritesine aykırı olan hâkim kararlarını iptal etmek amacıyla ortaya çıkmıştır. Aslında, emirnamelere aykırı olan hâkim kararlarının iptal edilmesine bile gerek yoktu. Temyiz sadece ilgilinin başvurusu üzerine mahkeme kararının yokluğunu tespit eden açıklayıcı bir kararla sonuçlanıyordu. Daha sonra Cermen Hukukunun etkisiyle emirnamelere aykırı mahkeme kararları tamamen batıl sayılmayarak, temyiz, bu kararların iptalini sağlayan bir başvuru yolu oldu. Çağdaş temyiz mahkemelerinin kurulmasına öncülük eden Fransa’da da temyiz, ilk olarak kral ile yerel iktidar sahipleri arasındaki siyasi mücadelenin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kral kendi siyasi otoritesini sağlamak ve korumak için yerel iktidarların vermiş olduğu yargı kararlarına karşı kendi mahkemesinde kanun yoluna başvurma hakkı tanıdı. 1789 Fransız İhtilalinden sonra ise temyiz mahkemesi parlamentonun yanında ve adeta onun yardımcısı olarak, yerel mahkemelerin kanunlara başkaldırmasını önlemek amacıyla yapılandırıldı. Bu dönemde, parlamentonun kararlarına aykırı mahkeme kararları temyiz mahkemesi tarafından iptal ediliyordu. Bkz. Selçuk Öztekin, “HUMK m. 427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 2, S. 2: 62-74 (1987), s. 62 vd.; Ekinci, **a.g.m.**, s. 79-87. Temyiz talebini haklı bulan yüksek mahkeme, sadece kararı bozarak ilk derece mahkemesine göndermekteydi. Bununla beraber 1967 ve 1980 yıllarındaki değişikliklerden sonra, *Cour de Cassation* bazı hâllerde davanın esası hakkında karar verebilme imkânına kavuşmuştur. Bkz. Martin Meyer-Mickeleit, **Revision, Kassation und Final Appeal-Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verfahren in Zivilsachen vor den obersten Gerichtshöfen in Deutschland, Frankreich und England** (München, AluReda Verlag, 1996), s. 21 vd., 93-94. Kanımızca bu tarihi olayların sonucu olarak Fransız Hukukunda temyiz (*Cassation*), öncelikle kamu yararına ve devletin otoritesini sağlamaya yönelik; buna karşılık Alman Hukukundaki (*Revision*) ise daha ziyade taraf menfaatlerini korumaya hizmet eden bir kanun yolu olarak kabul edilmiştir. Nitekim İkinci Dünya Savaşı sona erinceye kadar Alman Temyiz Mahkemesi, istinafta olduğu gibi, hükmü bozmanın yanında, değiştirme yetkisine de sahipti. Bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 345; Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 141, dn. 12a; May, **a.g.e.**, s. 25. Ansay, ülkemizdeki temyiz yolunun, Fransız ve Alman sistemlerinden etkilendiğini ve pek de başarılı olmayan karma bir yapı gösterdiğini ifade etmiştir. Örneğin, kanun yararına bozma yolu Fransa’dan alınmıştır (Ansay, **a.g.e.**, s. 347). İlk derece mahkemesinin direnme kararı verebilmesi de Fransız Hukukunun etkisini göstermektedir. Bkz. Meyer, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁴² Hukuk kurallarının tüm ülkede istikrarlı ve aynı şekilde uygulanması, Anayasa’nın 10’uncu maddesindeki kamu yararıyla ilgili eşitlik ilkesinin de bir sonucudur. Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 707; Dinçkol, **a.g.m.**, s. 147.

¹⁴³ Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 141.

bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra Yargıtay'ın birleştirici rolü daha fazla önem arz edecektir. Türkiye'nin üniter devlet yapısı dikkate alındığında, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen farklı kararların, adlî yargı alanındaki en üst merci olan Yargıtay tarafından denetlenmesi, öncelikle hukuk birliğinin korunmasına, hukukî güvenliğe ve kamu yararına hizmet edecektir (YK m. 15, II).

Türk Hukukunda iki tür temyiz sözkonusudur. Biri istinaf mahkemesince verilen nihaî kararlara karşı başvurulana olağan temyiz¹⁴⁴, diğeri ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararla, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı başvurulana kanun yararına (olağanüstü) temyizdir (m. 427 ve 429).

Olağan temyiz incelemesi, tarafların başvurusu üzerine yapıldığından kamusal yararlarla birlikte bireysel menfaatleri de temin etmektedir. Zira, olağan temyiz sonunda verilen bozma veya onama kararı, somut olayda tarafların menfaatlerini etkilemektedir. Kanun yararına temyiz ise kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı Adalet Bakanı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından başvurulana olağanüstü kanun yoludur (m. 429)¹⁴⁵. Kanun yararına temyizde, Yargıtay bozma kararı verse dahi hükmün hukukî sonuçları ortadan kalkmayacağından, tamamen kamu yararının gözetildiği söylenebilir. Bozma kararının bir örneği, Adalet Bakanlığı tarafından Resmî Gazetede yayınlanır. Bu başvuru yolunun tek amacı, mahkemelere yol göstererek ülkenin her yerinde hukukun aynı şekilde ve doğru uygulanmasını sağlamaktır¹⁴⁶.

4.2.4. Hukukî Güvenliğin Sağlanması

Hukukî güvenliğin sağlanması ile kastedilen, uyuşmazlığın kesin olarak sona erdirilmesidir. Bu çerçevede kanun yoluna başvuru imkânı çeşitli ölçütlerden hareketle

¹⁴⁴ Kanun “olağan temyiz” terimini kullanmamıştır. Ancak, bu kanun yolunun özellikleri ve sonuçları ileride açıkladığımız olağan kanun yolları kapsamında bulunduğundan bu terim tercih edilmiştir.

¹⁴⁵ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 427'nci maddesi 5236 s.K. ile değiştirilmeden önce, kanun yararına temyiz yoluna Adalet Bakanlığının talebi üzerine sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından başvurulabiliyordu.

¹⁴⁶ Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 648; Belgesay, **a.g.e.**, s. 210; Yılmaz, **Olağanüstü Temyiz**, s. 31, 39.

sınırlandırılmıştır. Bazı hukuk sistemleri, kanun yoluna başvuru imkânını tamamen ilk derece mahkemesinin veya üst mahkemenin iznine bağlamış; bazıları ise, genel olarak malvarlığına ilişkin davalar bakımından parasal bir sınır belirlemiş, ayrıca bu sınırın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından kanun yoluna izin verilmesi esasını benimsemiştir. İlk sistemi uygulayan İngiliz Hukukunda, ilk derece mahkemesi kararları arasında ayırım yapılmadan, kanun yoluna başvuru kural olarak ilk derece mahkemesinin iznine bağlı kılınmıştır. İkinci sistemi benimseyen Alman Hukukuna göre ise, yasayla belirlenen belli bir meblağın üzerindeki uyuşmazlıklarda doğrudan, bu değerin altındakilerde ise ilk derece mahkemesinin izni ile kanun yoluna başvurulabilir¹⁴⁷.

Alman Hukukunda, kesinliğin sağlanması bakımından istinafta somut olay adaleti ön planda iken, temyizde hukukun gelişimi ve yeknesaklaştırılması daha üstün bir amaçtır. İstinafta, karşı koyulan hükmün hatalı veya eksik olması, başvurunun caiz olması için yeterli olmasına rağmen, temyizde hükmün sadece hatalı olması yeterli görülmemiş, uyuşmazlığın ilkesel değere sahip olması, hukukun gelişimi ve hukuk birliğinin sağlanması bakımından önemli olması (§ 543 dZPO) veya alt derece mahkemesinin üst derece mahkemesi içtihatlarından ayrılmış olması şartı da aranmıştır¹⁴⁸.

Türk Hukukunda ise, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, belirli bir parasal değerin üstünde olan mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna veya temyize başvuru, karar veren mahkemenin veya üst mahkemenin iznine bağlanmamıştır. Buna göre, miktar veya değeri 1.000 lirayı geçen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinafa, miktar veya değeri 5.000 lirayı geçen istinaf mahkemesi kararlarına karşı ise temyize başvurulabilir, bu miktarın altında kalan kararlar ise kesindir¹⁴⁹. Şahıs ve aile hukukuna ilişkin mahkeme kararları ise kural olarak herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmaksızın istinafa ve temyize tâbidir. Ancak çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar ile irs ve soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran kararlar hariç, nüfus

¹⁴⁷ Hovens, **a.g.m.**, s. 1320; Stürner, **a.g.e.**, s. 42. *Stürner*, İngiliz Hukukunun bakış açısını açıklarken, bu konuda İngilizler tarafından kullanılan bir deymi de aktarmıştır. İngilizlerin deyişiyle, davayı kaybeden taraf “kirazdan ikinci bir ısırık daha almak ister” (a second bite of cherry), yani çoğunlukla kanun yoluna başvurmak ister.

¹⁴⁸ Stürner, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁴⁹ Parasal sınır yıllara göre değişmektedir. Bu konuda bkz. aşa. 1. Bölüm, Başlık 7.4.

kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin mahkeme kararları temyize tâbi değildir (m. 428, I, b. 4, 5)

4.3. İstinaf Bakımından Değerlendirme

İstinaf ilk derece mahkemesince verilen nihaî kararlara karşı başvurulmuş bir kanundur. İstinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesi kararının hatalı, eksik veya yanlış olduğunu iddia ederek kendi lehine karar verilmesini talep eder. İstinaf mahkemesi yapacağı inceleme sonunda ilk derece mahkemesince verilen kararın hatalı veya yanlış olduğu kanaatine varırsa, dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebileceği gibi, duruma göre bizzat inceleme yaparak uyuşmazlığın esası hakkında da karar verebilir¹⁵⁰.

İstinafın kapsamı, tarihsel süreç içinde ve ülkeden ülkeye farklılıklar göstermiştir. Alman Hukukunda istinaf, önceleri ilk derece mahkemesince verilen kararların yeniden ve tamamen incelenebileceği ikinci bir olay derecesi (ilk derece mahkemesi) gibi düzenlenmişti. Buna göre, istinaf mahkemesi uyuşmazlık konusunda yeni bir yargılama yapabilmekteydi, bu yargılamada taraflar yeni iddia ve savunma sebepleri ileri sürebilmekteydi, yeni delillere dayanabilmekteydi, hatta yeni taleplerde bulunabilmekteydi. Klasik (geniş, tam) istinaf denilebilecek bu yol¹⁵¹, uyuşmazlığın devam ettirilmesini ve yeniden görülmesini sağlamaya hizmet ediyordu. Ancak zaman içinde yapılan reformlarla istinaf mahkemesinin yetkileri ve istinaf incelemesinin kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu süreçte tarafların yeni vakıalara dayanma imkânı kaldırılmış, dava malzemesinin tamamen ilk derece yargılamasında tespit edilmesi öngörülmüş ve istinaf mahkemesinin kural olarak ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitleri ile bağlı olması esası getirilmiştir (§ 529 dZPO). Bugün gelinen noktada, istinafın amacı, artık uyuşmazlığın tamamen yeniden görülmesi değil, ilk derece mahkemesi kararlarının hukukî ve maddî açıdan denetlenmesi ve düzeltilmesi olarak belirlenmiştir¹⁵². Almanya'daki reform, hataların denetimine yönelik bir

¹⁵⁰ Bkz. a.ş. 3. Bölüm, Başlık 5. vd.

¹⁵¹ Yılmaz, **İstinaf**, s. 21.

¹⁵² Henke, **a.g.m.**, s. 156 vd.; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 934; Schilken, **a.g.e.**, s. 435; Paulus, **a.g.e.**, s. 190 ve 194; Musielak, **Grundkurs**, s. 307; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 463; Roth, **a.g.m.**, s.

istinaf modelinin oluşturulmasını, kanun yoluna başvuru sayısının azaltılmasını ve hukukî barışın daha kısa sürede temin edilmesini amaçlamıştır¹⁵³.

İngiliz Hukukunda da istinaf, ilk derece mahkemesinin yargısal hatalarının tespiti ve düzeltilmesine yöneliktir. İngiliz istinafında somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi amacı ağır basmaktadır¹⁵⁴. Bu durum, İngiliz Usûl Hukukunda benimsenen bireysel hukukî korunmanın sağlanması amacıyla da uyumludur. Bu hukuk sisteminde ilk derece mahkemesi kararlarının doğru olduğu varsayımı kabul edildiğinden, istinafa başvuru tamamen mahkemenin iznine tâbi tutulmuştur¹⁵⁵.

Fransız Hukukunda istinaf, ilk derece mahkemesi kararlarının düzeltilmesini ve iyileştirilmesini amaçlayan bir kanun yoludur. İstinaf mahkemesi, hukukî uyuşmazlığın tamamen kendisine havale edilmesinden sonra hem hukukî hem maddî sorunu inceleyerek davayı yeniden görmektedir. İstinaf mahkemesi, taraflarca karşı koyulan karar kısımlarını ve karara dayanak olan unsurları yeniden incelemektedir. Hatta aleyhine istinafa başvuru hâkim, esasa ilişkin olmayıp sadece usûle ilişkin olsa dahi, istinaf hâkimi tüm davayı ele

174. İstinafın 2001 yılında yapılan reformdan önceki işlevi ve niteliği hakkında bkz. Blomeyer, **a.g.e.**, s. 534.

¹⁵³ Reformun ardından yaklaşık üç yıl sonra yapılan olgusal bir çalışmada, reformun etkilerine ilişkin sonuçlar ortaya konulmuştur. Buna göre, amaçlar beklenen ölçüde gerçekleşmemiştir. Kanun yoluna başvuru sayısında önemli bir azalma olmamış, istinaf mahkemeleri ikinci vakıa derecesi karakterinden sıyrılammış ve yargılama giderlerinde beklenen azalma olmamıştır. Bununla beraber dava malzemesinin ilk derece mahkemesinde toplanması konusunda olumlu gelişmeler tespit edilmiştir. Yapılan ankete göre, ankete katılan avukatların %81'i istinaf yargılamasının zorlaştığını belirtmiş, hâkimlerin %44'ü yargılamanın kolaylaştığını, %54 ise kısmen zor kısmen kolay olduğunu belirtmiştir. Bkz. Reinhard Greger, "Die ZPO-Reform-1000 Tage danach", **JZ**, Y. 59, S. 17: 805-817 (2004), s. 808 vd. Daha sonra 2007 yılında yapılan daha yeni bir çalışmaya göre, istinafa başvurusu sayısı nispeten azalmış, yargılama süresi kısalmış, istinaf derecesindeki delil ikamesi sayısı % 30 gerilemiş, ilk derece mahkemesindeki delil ikamesinin tekrarlandığı istinaf sayısında belirgin azalma olmuştur. Bkz. Unberath, **a.g.m.**, s. 337.

¹⁵⁴ Stürner, **a.g.e.**, s. 40, 44.

¹⁵⁵ Gilles'e göre, Alman Hukuku bakımından da aleyhine kanun yoluna başvuru ilk derece kararı hatalı olma olasılığına rağmen geçerli kabul edilmekte ve etkilerini göstermektedir. Zira, modern yargılama hukukunda, doğru ve eksiksiz bir yargılama yapılabilmesi ve hâkimin hukuka uygun karar verebilmesi için gerekli önlemler alınmış ve bunlar yasayla usûl kuralları hâline getirilmiştir. Nitekim, hükmün etkilerini hemen doğurması ve icra edilebilir olması bu anlayışın bir sonucudur. Bu nedenle kanun koyucu öncelikle kararın doğru olduğunu varsaymaktadır (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 35, 54).

alıp yeni bir karar verebilmektedir¹⁵⁶. İstinaf, ilk derece mahkemesi kararlarının gözden geçirilmesine ve gerektiğinde yeniden tahkikat yapılmasına olanak sağlamaktadır¹⁵⁷.

Avusturya Hukukunda istinaf, kanun yollarının en kapsamlısı olarak kabul edilir. İstinaf derecesinde maddî ve hukukî sorun birlikte incelenerek, hukukî sorun kapsamında maddî ve şeklî hukuk ele alınır¹⁵⁸. İstinafın amacı, uyuşmazlığı devam ettirmek ve tamamen yeniden yargılama yapmak değil, daha ziyade ilk derece mahkemesi kararını istinaf talepleriyle belirlenen sınırlar dâhilinde denetlemektir (§ 462, 1; § 483 öZPO)¹⁵⁹. İstinaf, ilk derece yargılamasındaki eksiklikleri ve hataları tespit etmeyi ve düzeltmeyi amaçlamaktadır. İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararı, tarafların sübjektif haklarını etkilediği için, somut olayda adaleti gerçekleştirmeye yöneliktir.

Türk Hukukunda istinafın amacı ve işlevi, esasen çağdaş hukuk sistemlerinin geldiği son noktadan farklı değildir. İstinaf, ilk derece mahkemesinin nihaî kararlarına karşı başvurulmuş bir kanun yoludur. Aslî işlevi, ilk derece mahkemesinin kararını maddî ve hukukî yönden incelemek, eğer bir eksiklik veya hata varsa bunları gidererek gerektiğinde uyuşmazlığın esas hakkında yeni bir karar vermektir¹⁶⁰.

İstinaf incelemesinin kapsamına ilişkin hükümler de istinafın salt yeniden yargılama yapma amacına yönelmediğini göstermektedir. İstinaf mahkemesinin tamamen yeni bir yargılama yapıp yapmayacağı veya ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlı olup olmadığı konusunda Kanunda açık hüküm yoktur. Bununla beraber, istinaf derecesinde karşı dava açılmayacağı, davaya katılma isteminde bulunulamayacağı, davanın ıslah edilemeyeceği, kural olarak davaların birleştirilmesinin istenemeyeceği, bölge adliye

¹⁵⁶ Buna “evocation” hakkı denilmektedir. Bkz. Byrd/Barbier, **a.g.e.**, s. 162; Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 79-81.

¹⁵⁷ Konuralp/Hanağası, “İptal Amaçlı İstinaf”, s. 1796.

¹⁵⁸ Rechberger/Kodek, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁵⁹ Leo Rosenberg, “Empfielt sich die Einführung des Neuerungsverbots im Berufungsverfahren in das deutsche Prozessrecht nach dem Vorbild der österreichischen Zivilprozessordnung”, **ZZP**, Band 64, Heft 1: 6-28 (1950), s. 17; “Das Berufungsgericht überprüft die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge” (§ 462, 1 öZPO). Bu madde, Türkçe’ye şu şekilde çevrilebilir: İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını istinaf talepleri kapsamında inceler.

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. Muhammet Özkes, **Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz** (Ankara: TBB, 2008), s. 7; Mehmet Akif Tutumlu, “İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları”, **THD**, Y. 2, S. 7: 57-64 (2007), s. 60.

mahkemesince re'sen dikkate alınması gerekenler dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenmeyeceği ve yeni delillere dayanılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (m. 426/R, I). Bölge adliye mahkemesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağını re'sen dikkate alacağından, taraflar ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri iddia ve savunma sebeplerini, karşı tarafın muvafakatiyle dahi ileri süremeyecektir¹⁶¹.

Tarafların istinaf derecesinde yapabilecekleri işlemler önemli ölçüde sınırlandırıldığından, istinaf derecesinde tamamen yeni bir yargılama yapıldığını veya ilk derece yargılamasının tamamen tekrarlandığı söylemek mümkün değildir¹⁶². Bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesini maddî ve hukukî sorun açısından birlikte yürütmekle birlikte, bu model, ilk derece yargılamasının yeniden ve tamamen tekrarlanacağı anlamına gelmemektedir. İstinafın esas amacı, ilk derece mahkemesi kararlarının maddî ve hukukî yönden denetlemek, bu denetim sırasında tespit edilen eksikleri gidermek ve hataları düzeltmektir. İstinaf denetimi, ilk derece yargılamasının usûlüne uygunluğunu, vakıa tespitlerinin doğru veya eksik olup olmadığını, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını kapsamaktadır. Böylece yargılama süreci ve hükmün doğruluğu konusunda daha fazla güvence sağlanmaktadır.

İstinaf derecesinin denetim yargılaması şeklinde yapılandırılması etkinlik ilkesine de uygundur. Etkinlik ilkesi, belirli bir amaca ulaşmak için en uygun yöntem ve araçların seçilmesini gerektirmektedir. Yargılamanın baştan sona tekrar edilmesi, somut olay adaletini gerçekleştirmek bakımından doğru bir yol değildir. Zira bu yöntem davanın gereksiz biçimde uzamasına, yargılama giderlerinin yükselmesine ve mahkemelerin iş

¹⁶¹ Hükümet Gerekçesi.

¹⁶² İstinafa ilişkin düzenleme yapılmadan önce Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlenen uluslararası toplantıda, kurulacak istinaf sisteminin yapısı ve işlevi bakımından, istinaf bir kontrol derecesi olarak düzenlenecekse, istinaf mahkemesinin taraflarca ileri sürülen sebeplerle bağlı olması esasının benimsenmesi ve teksif ilkesi yumuşatılarak ilk derece yargılamasının güçlendirilmesi önerilmiştir. Bkz. Kamil Yıldırım, **“Kanun Yolu Olarak İstinaf”**, İstinaf Mahkemeleri-Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003), s. 315. İstinaf bir denetim derecesi olarak yapılandırılmış ve istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme esası benimsenmiştir. Ancak, ilk derece yargılamasında hâkimin yetkilerinin artırılması veya teksif ilkesinin yumuşatılması yönündeki öneriler kabul edilmemiştir.

yükünün artmasına neden olacaktır. Adalet hizmeti sunan yargı organlarının mali kaynaklarının ve personel sayısının sınırlı olması, yargılamanın tamamen tekrarlanmasını imkânsız ve aynı zamanda gereksiz kılmaktadır.

Türkiye’de adalet hizmetlerinin maliyetine ilişkin somut çalışmalar bulunmadığından, ayrıntılı ekonomik analizler yapmak mümkün olmamaktadır. Bununla beraber, her yeni yargılamanın uyuşmazlık konusuna ve yargılamaya yükleyeceği ek maliyetler kolaylıkla tasavvur edilebilecektir. Hukuk mahkemelerindeki dava süresi ortalama bir yılın üzerindedir¹⁶³. Bu rakamlar dikkate alındığında istinafın ikinci bir olay derecesi olarak düzenlenmesi davaların iki kat, hatta belki daha fazla uzamasına neden olacaktır. Temyize tâbi kararlar da dikkate alındığında yargılama süresinin en az iki yılı bulacağı kuşkusuzdur. Kanun koyucu bu sakıncaları dikkate alarak istinafı daha ziyade bir denetim derecesi olarak düzenlemiştir.

Sonuç olarak istinaf, Türk Hukukunun da dâhil olduğu birçok hukuk sisteminde, somut olay adaletini gerçekleştirmeye, başka bir deyişle somut olayda doğru karar verilmesi amacına yönelmiştir¹⁶⁴. Bu amacın etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için, istinafa tâbi olan kararlar ile istinafın içeriği ve kapsamı konusunda sınırlandırıcı düzenlemeler yapılmış, istinaf saf bir ikinci olay derecesinden ziyade, denetimi ön planda tutan tâli bir vakıa derecesi olarak yapılandırılmıştır. İstinafın denetim işlevine ağırlık verilmiş, ancak yargılama işlevinden de tamamen vazgeçilmemiştir.

¹⁶³ Adli Sicil Genel Müdürlüğü’nün istatistiklerine göre, 2006 yılı itibarıyla, hukuk mahkemeleri ortalama dava süresi asliye ticaret mahkemelerinde 406 gün, asliye hukuk mahkemelerinde 274 gün, iş mahkemelerinde 397 gün, icra mahkemelerinde 101 gün, sulh hukuk mahkemelerinde 100 gün, kadastro mahkemelerinde 340 gün, tüketici mahkemelerinde 262 gün, aile mahkemelerinde 153 gün, fikri ve sınai haklar mahkemesinde ise 331 gündür (Bkz. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Resmi Web Sitesi, <http://www.adli-sicil.gov.tr/>). Ancak, bu istatistiklerde verilen rakamlar, çekişmeli yargı açısından gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır. Zira, özellikle sulh hukuk mahkemelerindeki yargılama süresi kısa gibi görünmektaysa da mirasçılık belgesi verilmesi gibi çekişmesiz yargı işlerinin ortalama süreyi kısalttığı, aslında dava süresinin daha uzun olduğu belirtilmelidir.

¹⁶⁴ Öztekin, “Kesinlik Sınırı”, s. 67.

5. KANUN YOLUNUN KONUSU BAKIMINDAN İSTİNAF

5.1. Genel Olarak Kanun Yolunun Konusu

İlk derece yargılamasında olduğu gibi, kanun yolu derecesinde de taraflarca mahkeme önüne getirilen ve karara bağlanması gereken bir uyuşmazlık konusu bulunmaktadır. İlk derece yargılamasında dava konusunun ne olduğu ve nasıl belirlendiği konusunda öğretide fikir birliği bulunduğu söylenebilir. Buna göre dava konusu, dava ile elde edilmek istenen neticedir, başka bir deyişle dava konusunu belirleyen unsur tarafların talep sonuçlarıdır¹⁶⁵. Mahkeme, talep sonuçlarının her biri hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorunda olduğundan, dava ve cevap dilekçesindeki talep sonucuna göre karar verecektir (m. 388, II).

Dava konusu tarafların talep sonucuna göre belirlendiğinden, aynı unsur, bu kez kanun yolu dilekçesindeki içeriği ve kapsamıyla, kanun yolu konusunun belirlenmesinde etkili olur¹⁶⁶. Kanun yolu yargılamasında başvuruda bulunanın talep edebileceği hukukî korunma, kanun koyucu tarafından o kanun yoluna yüklenen işleve göre belirlenir. Taraflar, ancak başvurdukları kanun yolu bakımından yasanın kendilerine sağladığı imkânlar çerçevesinde talepte bulunabilirler. Dolayısıyla kanun yolunun konusu, hukuk düzeninin kanun yoluna yüklediği işleve, tercih edilen kanun yolu modeline ve kanun yolunun özelliklerine göre değişecektir.

Türk Hukukunda istinaf yürürlüğe girmeden önce, sadece temyiz dar anlamda kanun yolu olarak kabul edildiğinden, kanun yolunun konusu, daha ziyade temyiz açısından değerlendirilmiştir. Ayrıca geniş anlamda kanun yolu olarak kabul edilebilecek karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi gibi diğer başvuru yollarının konusu hakkında da değerlendirmeler yapılmıştır.

¹⁶⁵ Berkin, **Usûl**, s. 94; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 232; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 296, 440; Yılmaz, **Islah**, s. 153; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 311. Mahkeme, dava dilekçesindeki taleplere göre karar verecektir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 312).

¹⁶⁶ Johann Semmelmayr, **Der Berufungsgegenstand** (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), s. 36.

Temyiz, yerel mahkeme kararlarının hukuka ve usûle uygun olup olmadığının incelenmesine imkân tanıyan, olağan kanun yolu olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁷. Temyizin konusu, mahkemelerce verilen nihaî kararların hukuka uygun olup olmadığı yönünden denetlenmesi ve hukuka aykırılık varsa bozma kararı verilmesi talebidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, hükmün maddî ve şeklî hukuka uygun olup olmadığı noktasında toplandığından, Yargıtay, somut uyuşmazlığı çözmeksizin, sadece ilk derece kararının doğru olup olmadığını inceler¹⁶⁸.

Yargıtay davanın esasına ilişkin ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir karar vermediği için, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılamasının farklı uyuşmazlık konularına sahip oldukları söylenebilir. Eğer ilk derece yargılamasının konusu ile temyiz konusu aynı olsaydı, Yargıtay ilk derece mahkemesi gibi tahkikat yapabilir ve bizzat davanın esasına ilişkin karar verebilirdi. Hatta belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde iddia ve savunmanın değiştirilmesine veya yeni delillerin sunulmasına imkân tanınabilirdi. Oysa Yargıtay ilk derece yargılamasında veya kararında hukuka aykırılık tespit ederse, sadece ilk derece kararını bozarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir.

Yargılamanın yenilenmesi ise, kesin olarak verilen veya kesinlik kazanmış bir kararın Kanunda sayılan sebeplerden etkilenmesi durumunda, yargılamanın aynı mahkemede tekrar edilmesini sağlayan bir başvuru yoludur¹⁶⁹. Yargılamanın yenilenmesi de bağımsız bir çekişme konusuna sahiptir¹⁷⁰. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, yargılamanın yenilenmesi yolunun iki ayrı konusu vardır. Yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen mahkeme, öncelikle ilk hükmün ortadan kaldırılmasını gerektiren nedenlerin bulunup bulunmadığını tespit etmeli, eğer hükmün kaldırılmasını gerektiren bir

¹⁶⁷ İlhan E. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri** (6. Baskı. İstanbul: İÜHFY, 1975), s. 719; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 574; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. V** (6. Baskı. İstanbul: Demir Demir, 2001), s. 4498 vd.

¹⁶⁸ Postacıoğlu, **Usûl**, s. 719; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 572.

¹⁶⁹ Bkz. Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 12 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 567; Kuru, **Usûl C. V**, s. 5165.

¹⁷⁰ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 53 vd.

neden varsa, ilk yargılamadaki çekişme konusu hakkında yeni bir hüküm vermelidir (m. 445, 450)¹⁷¹.

Karar düzeltme ise, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği kararlara karşı, kanunda sayılan belirli ve sınırlı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda (m. 440, I, b. 1-4) tanınmış bir kanun yoludur¹⁷². Öğretide karar düzeltme yolunun konusu açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, karar düzeltme talebi üzerine hangi konularda inceleme yapılması gerektiği ortaya konulmuştur. Yargıtay öncelikle karar düzeltme yoluna başvurulması için gerekli geçerlilik koşullarının (süreyle, taraflara ve mahkeme kararına ilişkin sınırlandırmalar) bulunup bulunmadığını incelemeli, geçerlilik koşulları varsa 440'ıncı maddede sayılan karar düzeltme sebeplerini incelemelidir. Daire karar düzeltme sebeplerinin mevcut olduğu ve esasa etkili olduğu kanısına varırsa, daha önceki kararının düzeltilmesine karar verir¹⁷³. Buna göre, karar düzeltme yolunun konusu, temyiz incelemesi üzerine Yargıtay tarafından verilen onama veya bozma kararının düzeltilmesi talebidir.

İstinaf dışındaki kanun yolları bakımından ulaştığımız sonuç istinaf için de geçerlidir. İstinafın konusu hakkındaki görüşümüzü ve gerekçelerini ise öncelikle yabancı hukuk sistemlerinin konuya bakış açısını özetledikten sonra açıklamaya çalışacağız.

¹⁷¹ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 59; Diğer yazarlar, yargılamanın yenilenmesi yolunun konusunu açık şekilde nitelendirmemekle beraber, inceleme yapan mahkemenin bu iki konuda karar vermek zorunda olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 615; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 781; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 593; Kuru, **Usûl C. V**, s. 5254 vd.

¹⁷² Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 102; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4851; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 598; Bir başka görüşe göre, karar düzeltme, temyiz yolunun bir uzantısı ve devamı niteliğindedir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 539);

¹⁷³ Kuru, **Usûl C. V**, s. 4931-4941; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 606; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 549; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 774; *Bilge*, başvuru koşulları ile karar düzeltme sebeplerinin ilk aşamada ve bir arada incelenmesinden sonra, ikinci aşamada başvuru sebeplerinin yerinde olup olmadığının esastan inceleneceğini belirtmiştir (Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 182 vd.).

5.2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde İstinafın Konusu

5.2.1. Alman Hukuku

İstinafın konusu, yabancı hukuk sistemleri arasında en çok Alman Hukukunda tartışılmıştır. Alman istinaf modelinin yapısı ve başlangıçtan bugüne kadar geçirdiği evreler istinafın konusu hakkındaki görüşlerin sürekli gündemde kalmasını sağlamıştır.

Alman öğretisinin kanun yoluna bakış açısı temel olarak iki gruba ayrılmaktadır. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüş, kanun yolunu, yargılamanın devam ettirilmesi modeli ile açıklamaktadır. Buna göre kanun yolu, yargılamanın bir üst derece mahkemesinde aynı içeriksel imkânlarla ve özellikle aynı ilkesel amaçlarla, ilk derece yargılamasında olduğu gibi sürdürülmesidir. Kanun yolu, çekişmeli yargının bağımsız olmayan bir bölümü niteliğinde olup, ilk derece yargılaması ile aynı yargılama ve karar konusuna ve benzer usûli koşullara sahiptir¹⁷⁴.

Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin yargılamayı nasıl yürütmesi ve nasıl karar vermesi gerektiğini incelemeyen, kanun yolu derecesindeki nihaî dava malzemesine göre uyuşmazlık hakkında kendisi karar verir. İstinaf mahkemesi karşı koyulan hükmün doğru olup olmadığına bakmaksızın esasa ilişkin yeni bir karar verir¹⁷⁵. Bu yaklaşım büyük ölçüde Alman istinaf sisteminin oluşum sürecinin bir ürünüdür. 1877 tarihli Medenî Usûl Kanunu'nun gerekçesine göre, istinafın temel karakteri Roma Hukukundaki "*Appellation*" ile örtüşmektedir. İstinaf daha ziyade ilk derece yargılamasındaki uyuşmazlığın bir başka hâkim tarafından tekrar edilerek yeni bir

¹⁷⁴ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 15; Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 26, 28; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 489; Musielak, **Kommentar**, s. 1152; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 192; Peter Gilles, "Anschliesung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Partei Dispositionen über die Sache in höherer Instanz", **ZZP**, Band 91, Heft 2: 128-176 (1978), s. 134. Yunan Hukukunda da istinaf yolu ile ilk derece yargılamasının konularının aynı olduğu, ilk derece mahkemesine sunulan taleplerin istinafın da konusunu belirlediği, istinafa başvurusu ile ikinci bir vakıa derecesinin söz konusu olduğu ve istinafın ilk derece yargılamasının devam ettirilmesine hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Koussoulis, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁷⁵ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 24.

hüküm verilmesi yolu olarak görülmektedir. Devlet istinaf yolu ile taraflara uyuşmazlığı bir başka yargılamada yeniden tartışma hakkını tanımaktadır¹⁷⁶.

Tarafların istinaftaki talepleri, istinaf mahkemesinin kararı ve tarafların rolleri gibi unsurlar, istinafin ilk derece yargılamasının devamı olarak yorumlanmasına neden olan başlıca argümanlardır. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, istinaf talepleri dava dilekçesindeki taleplerin tekrarından ibarettir¹⁷⁷. Ayrıca ilk derece yargılamasının konusu ile istinaf kararının konusu aynıdır ve istinaf mahkemesi her hâlükarda davaya ilişkin bir karar verir. Karşı görüşe göre ise, istinaf yargılamasının konusu ile ilk derece yargılamasının konusu aynı olsaydı, istinaf mahkemesinin her hâlükarda davanın reddine veya kabulüne karar vermesi gerekirdi. Oysa istinaf mahkemesi ilk derece yargılamasının da konusu olan uyuşmazlık hakkında, ancak geçerli bir kanun yolu başvurusu varsa karar verebilir. İstinaf mahkemesi, süresinde başvuru yapılmadığı veya karar istinafa tâbi olmadığı için başvuruyu reddederse, doğrudan uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir karar verilmeyecektir¹⁷⁸. İlk derece yargılamasındaki davacı ve davalının istinafta rollerini korumaları argümanı da tarafların ilk derece yargılamasındaki rollerinin istinaf yargılamasının konusunun belirlenmesinde önemli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira, taraflar ilk derece yargılamasındaki rolü ne olursa olsun istinafa başvurma hakkına sahiptir. Örneğin, ilk derece yargılamasındaki davalı taraf, aleyhindeki hükmün değiştirilmesi için istinafa başvurabilecektir¹⁷⁹.

Çoğunluğun benimsediği görüşe göre, istinafa başvurulabilmesi için gerekli caizlik koşulları, bağımsız bir yargılamanın caizlik şartları olarak değil, yargılamanın sürdürülebilmesi için aranan diğer geçerlilik koşulları olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu görüş de kanunda “yargılamanın sürdürülmesine ilişkin geçerlilik koşulları” gibi bir hüküm bulunmadığı için eleştirilmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Aynı, s. 25; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 191 vd.

¹⁷⁷ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 30; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 193.

¹⁷⁸ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁷⁹ Aynı, s. 33.

¹⁸⁰ Aynı, s. 28.

Kanun yolları konusundaki ikinci temel yaklaşım ise, her yargılama derecesinin yapısının kendine özgü olduğunu ve bunların birbirinden bağımsız dereceler olduklarını kabul etmektedir. Buna göre, yargılama dereceleri arasında, görev paylaşımına dayalı bir işlevsel dağılım bulunmaktadır. İlk derece yargılaması hüküm verilmesi işlevini, kanun yolu derecesindeki yargılama ise hükmün kontrol edilmesi işlevini yerine getirmektedir. Kanun yolu, mükemmel hüküm kalitesini sağlamaya değil, karşı koyulan kararın doğru olduğu varsayımı konusundaki şüphe ve tereddütleri ortadan kaldırmaya yaramaktadır. Kanun yolu alt derece yargılamasına bağlı bir ek aşama değil, alt derece kararının kaldırılmasını amaçlayan bağımsız bir yargılamadır. Dolayısıyla kanun yolu, bağımsız bir yargılama konusuna ve kendine özgü usûlî caizlik koşullarına sahiptir. Burada her ne kadar ilk derece yargılamasının konusu ile kanun yolunun konusu arasında fiilî bir bağlantı bulunmaktaysa da işlevsel olarak her iki yargılamanın konusu farklıdır¹⁸¹.

Öğretide *Gilles* tarafından savunulan ve kanun yolunun konusunu “iptal (ortadan kaldırma)” talebiyle şekillendiren yaklaşıma göre, erteleyici ve aktarıcı etki kanun yolunu karakterize eden özellikler olarak kabul edilmemektedir. *Gilles’e* göre, kanun yolunun konusu, bir mahkeme kararının iptal edilmesi için mahkemeye yöneltilen taleptir¹⁸². Kanun yolu daha ziyade kendine özgü amacı, konusu, geçerlilik koşulları ve karar türleri olan bağımsız bir yargılama derecesidir¹⁸³. Bu yaklaşıma göre, her yargılamanın konusu, o yargılama türünün amacına göre şekillenir. Kanun yolu yargılaması, mahkeme kararlarının doğruluğu konusundaki şüpheleri gidermeye yönelik olup, niteliği gereği ilk derece yargılaması gibi yaratıcı değil, denetleyicidir. Kanun yolu mahkemesi, ilk derece hükmünü düzeltebilmek için öncelikle mahkeme kararının kaldırılmasına (iptaline) karar vermelidir. Başka bir deyişle, aktarıcı etki en erken, hükmün kaldırılmasıyla ortaya çıkar¹⁸⁴.

Gilles’e göre, kanun yolunu karakterize eden unsur “denetleme işlevi” olup, bu denetim her kanun yolu açısından farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Örneğin temyizde,

¹⁸¹ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 17; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 50; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 144, dn. 54.

¹⁸² Gilles, **Rechtsmittel**, s. 37.

¹⁸³ Aym, s. 158 vd.; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 138; Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 34; Kolotouros, **a.g.e.**, s. 17;

¹⁸⁴ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 35. *Gilles*, istinaf mahkemesi tarafından ilk derece kararının değiştirilmesini dahi, bir tür bozma kararı olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, ilk derece hükmün değiştirilmesi, hükmün iptali yanında aynı zamanda düzeltici bir karar verilmesidir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 33).

mahkeme kararı doğru bulunursa temyiz talebi reddedilir, başvuru haklı bulunursa bozma (iptal) kararı verilir. İstinafın amacı da esasında temyizdeki gibi ilk derece kararının ortadan kaldırılmasıdır. İstinaf derecesinde belli koşullarda yeni iddia ve savunma vasıtalarının incelenebilmesi, kanun yolunun temel karakteri bakımından anlam ifade etmemektedir. Yeni vakıalara izin verilmesi, kanun yolunun denetim işlevini ortadan kaldırmamaktadır¹⁸⁵.

Gilles, kanun yolu yargılamasının ayrı bir amacı ve konusu olduğunu savunmaktadır. Zira, kanun yolu incelemesi sonunda sadece dava konusunda değil, aynı zamanda kanun yolu talebinin geçerliliği ve haklı olup olmadığı konusunda da karar verilir. *Gilles'in* bakış açısına göre, istinaf mahkemesi sadece ilk derecede gerçekleşen yargılamayı, vakıa tespitlerinin ve hukukî nitelendirmelerin doğru olup olmadığını inceleyebilir. İlk derece yargılamasındaki dava malzemesi istinaf aşamasında değişmez¹⁸⁶.

Gilles'in kanun yollarının kendine özgü konusu olduğu tespitine katılmakla birlikte, bunun sadece “hükümün iptali (ortadan kaldırılması)” talebinden ibaret olduğu düşüncesinde değiliz. Zira, istinafa başvuran taraf sadece ilk derece kararının iptalini (kaldırılmasını) değil, aynı zamanda ilk derece kararından farklı olarak davanın esası hakkında kendi lehine karar verilmesini de talep eder. İstinaf talebinde bulunanın, özellikle uyuşmazlığın esası bakımından, sadece iptal talebinde bulunması, istinaf incelemesinin lehine sonuçlanması için yeterli değildir.

Semmelmayr tarafından savunulan üçüncü bir görüşe göre, istinaf ikinci vakıa derecesi olarak uyuşmazlığın sürdürülmesine hizmet etmekle beraber, bağımsız bir yargılama konusuna da sahiptir. Daha önce ilk derece yargılamasında hüküm verildiğinden, istinaf mahkemesinin hükmü sadece uyuşmazlığın esasıyla değil, aynı zamanda ilk derece kararıyla da ilgilidir. İstinaf mahkemesinin hükmü, ilk derece kararında değişiklik yapan bir karar şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 35; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 191.

¹⁸⁶ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 36-39.

¹⁸⁷ **Aynı**, s. 41; *Semmelmayr* doktora çalışmasını yayınladığı tarihte henüz Alman istinaf sisteminde istinafın kapsamını daraltan son Reform gerçekleşmemiştir. Reformdan önce, tarafların istinaf derecesinde dahi yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanmaları ve yeni dava malzemesi getirilmesi mümkündü. Bu sebeple yazarın reformdan önceki hükümlere göre nitelendirme yaptığını belirtmek gerekir.

Semmelmayr istinafa iki yönlü bir yapı olarak algılamaktadır. İstinafa başvuran tarafın iki ayrı amacı vardır. Taraf bir yandan aleyhine olan ilk derece kararının kaldırılmasını (iptal edilmesini), diğer yandan talebinin caiz ve haklı olup olmadığı konusunda ilk derece kararından farklı bir karar verilmesini talep eder. İstinafa başvuranın amacı, hem hükmün ortadan kaldırılması hem de esasa ilişkin yeni bir karar verilmesidir¹⁸⁸. Kanımızca *Semmelmayr*'in bu tespiti yerindedir ve istinafin düalist yapıda olduğunu göstermektedir¹⁸⁹.

Bu yaklaşıma göre, istinafin konusu başvuruda bulunanın amacı doğrultusunda, aleyhe olan ilk derece kararının değiştirilmesi talebidir. İstinafin konusunu belirleyen iki unsur bulunmaktadır. İstinafa başvuran taraf, bir yandan ilk derece hükmünün hangi kapsamda ortadan kaldırılacağını, diğer yandan da davanın esasına ilişkin değişiklik talebini belirlemelidir. Sırasıyla başvurunun kapsamı ve başvurunun amacı olarak nitelendirilen bu unsurlar uyumlu olmalı ve birbirini tamamlamalıdır. Ortadan kaldırılması talep edilmeyen hüküm kısımlarının değiştirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesi hükmünün değiştirilmesi talebi her iki talebi de içermektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ **Aym**, s. 43.

¹⁸⁹ Alman Hukukunda istinafin hem ilk derece kararının iptaline hem de davanın esasına ilişkin yeni bir karar verilmesine izin veren yapısı nedeniyle, öğretide istinafin çift yapılı, çift karakterli veya kendine özgü karma karakterli bir kanun yolu olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu yaklaşımı eleştiren diğer bir görüşe göre, istinafin iki ayrı konusunun olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir yandan istinafin hükmün doğruluğunu denetleme ve yapıcı nitelikte iptal kararı verme işlevini kabul edip, diğer yandan yargılamanın devam ettirilmesi veya uyuşmazlığın baştan sona tekrar edilmesi anlayışını benimsemek mümkün değildir. Geçerli ve hüküm doğuran bir mahkeme kararının düzeltilmesini amaçlayan kanun yolunun, aynı zamanda davanın esasına ilişkin olarak kendi kararını vermeyi amaçlaması birbiriyle çelişmektedir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 89 vd.). Kanımızca, Alman Hukukunda çoğunluğun benimsediği görüş olan “yargılamanın devam ettirilmesi” anlayışı bakımından, *Gilles'in* eleştirileri haklıdır. Zira, yargılamanın devam ettirilmesi anlayışına göre, istinaf mahkemesi adeta ilk derece mahkemesinin bıraktığı davaya kaldığı yerden devam ederek, tahkikat sonunda oluşan güncel duruma göre karar vermektedir. İstinaf ilk derece mahkemesinde tamamlanmayan yargılamanın devamı olarak kabul edilmektedir. Ancak, Reformdan sonra bu görüşü benimseyenlerin azalması muhtemeldir. *Musielak'a* göre, 2001 yılındaki Reformdan sonra, Alman istinaf sistemi işlevsel bakımdan, hukukî uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasından ziyade, ilk derece mahkemesindeki saf olay yargılaması ile sadece hukuka uygunluk denetimiyle sınırlandırılan temyiz arasında yer almakta olup, her iki aşamanın da unsurlarını içermektedir (Musielak, **Kommentar**, s. 1109). Kanımızca istinaf, yargılamanın devam ettirilmesine hizmet eden salt ikinci vakfa derecesi olarak kabul edilemeyeceğinden, istinafin düalist yapılı olduğu yönündeki tezimiz *Gilles'in* eleştirileri dışında kalmaktadır.

¹⁹⁰ *Semmelmayr*, **a.g.e.**, s. 43-44.

Semmelmayr istinaf mahkemesinin, ilk derece yargılamasındaki dava konusu hakkında doğrudan karar vermeyip, kendisine yöneltilen değişiklik talebinin (istinaf talebinin) haklılığı çerçevesinde karar verildiğini kabul etmektedir. İstinaf mahkemesinin esas hakkında yargılama yapması ve hüküm vermesi, önce ilk derece hükmünün ortadan kaldırılması, daha sonra yargılama yapılması şeklinde cereyan etmemekte, her iki adım tek seferde ilk derece hükmünün değiştirilmesiyle gerçekleşmektedir. Buna göre, istinaf mahkemesinin hükmü, ne davaya ilişkin yeni bir hüküm niteliğindedir ne de sadece hükmün ortadan kaldırılmasından ibarettir. İstinaf mahkemesinin hükmü ya ilk derece kararını değiştirmektedir ya da bu değişiklik talebini usûlden veya esastan reddetmektedir¹⁹¹.

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşler istinafın Alman Hukukundaki işlevine ilişkin tartışmalardan doğmuştur. Bunlardan biri istinaf mahkemesinin saf ikinci derece vakıa mahkemesi olduğunu, diğeri ise istinafın ilk derece kararının denetlenmesi ve düzeltilmesine hizmet eden bir kanun yolu olduğunu kabul etmektedir. İstinafı ilk derece yargılamasının sürdürülmesine hizmet eden, ilk derece yargılamasının devamı niteliğinde ikinci vakıa derecesi olarak gören kanun yolu yaklaşımının, özellikle 2002 yılında yapılan değişikliklerden sonra pek savunulamayacağı kanısındayız. İstinafta yeniden yargılama yapılmasını gittikçe artan oranda sınırlandıran hükümlerin getirilmesi ve teksif ilkesinin daha yoğun uygulanması, istinafı ikinci vakıa derecesi olmaktan çıkarmıştır¹⁹². Öğretide çoğunluğun benimsediği görüş, artık istinafın denetim işlevi ağır basan ikinci derece yargılaması olduğunu kabul etmektedir¹⁹³. İstinaf bir denetim yargılaması olarak nitelendirildiğine göre, bu denetimin konusu kuşkusuz ilk derece mahkemesinde görülen dava konusu ile ayı değildir.

¹⁹¹ **Aym**, s. 45.

¹⁹² **Aym**, s. 35; Kolotouros, **a.g.e.**, s. 38.

¹⁹³ Musielak, **Kommentar**, s. 1098; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 463; Stürner, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Jauernig, **a.g.e.**, s. 287; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 4, 10; Paulus, **a.g.e.**, s. 194; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 267; Richard Zöller, **Zivilprozessordnung** (25. Auflage. Köln: O. Schmidt, 2005), s. 1213; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 233; Schilken, **a.g.e.**, s. 452; Karşı görüş için bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 930; Stefan Krehl, “**Almanya’da Hukukî Himaye ve Kanun Yolu**”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara 2-3 Mart 2006, (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007), s. 77.

5.2.2. Avusturya Hukuku

Avusturya Hukukunda kanun yolunun konusu ile uyuşmazlık konusunun birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir. Kanun yolunun konusu, ilk derece yargılamasındaki hukukî korunma talebine göre, yargılamanın ve bu yargılama sonunda verilen kararın yasaya uygun olup olmadığının incelenmesidir¹⁹⁴. Bu nedenle kanun yolunun konusu, ilk derecedeki dava konusundan bağımsız bir uyuşmazlık konusudur¹⁹⁵.

Fasching, ilk derece yargılamasının dava konusu ile istinafin dava konusunu aynı gören yaklaşımın Alman Hukukundaki geniş (tam) istinaf modelinden kaynaklandığını belirterek, dar (sınırlı) kanun yolu modelini benimseyen Avusturya Hukukunda, sadece hükmün ve bu hükme dayanak olan yargılama sürecinin denetlendiğini ifade etmektedir¹⁹⁶.

Avusturya’da, istinafin hataları denetleme ve düzeltme işlevi ön planda olup, yargılamanın istinaf mahkemesinde devam ettirilmesi söz konusu değildir. İstinaf salt ikinci vakıa derecesi olarak görülmemekte, daha ziyade yardımcı bir vakıa derecesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim istinaf mahkemesinin inceleme yetkisi, yeni vakıa getirme yasağının (*Neuerungsverbot*)¹⁹⁷ etkisiyle, sadece ilk derece yargılamasının denetimiyle sınırlandırılmıştır¹⁹⁸.

Avusturya Hukukunda, tarafların dava malzemesi üzerindeki tasarruf yetkisi, istinaf derecesinde daha fazla sınırlandırılmıştır. Örneğin, davacı istinafta kural olarak yeni iddia ve savunmalar ileri süremez, yeni delillere dayanamaz ve davaya ilişkin talep sonucunu değiştiremez. Buna karşılık davacı tek taraflı olarak davasından feragat edebilir, davasını geri alabilir veya taraflar karşılıklı olarak sulh olabilirler¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 12; Fasching, **Lehrbuch**, s. 881; Stosch, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁹⁵ Fasching, **Lehrbuch**, s. 881.

¹⁹⁶ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 12; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 445, 458; Feil/Kroisenbrunner, **a.g.e.**, s. 919. Avusturya’da kural olarak dar (sınırlı) istinaf modelinin geçerli olduğu, istisnai olarak ise, aile hukuku ve iş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarda tam istinaf modelinin benimsendiği yönünde bkz. Walter Buchegger, Astrid Deixler-Hübner ve Richard Holzhammer, **Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren** (6. Auflage. Wien, New York: Springer, 1998), s. 379; Fasching, **Lehrbuch**, s. 881.

¹⁹⁷ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 3.5.2.

¹⁹⁸ Konency, **a.g.m.**, s. 483; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 151.

¹⁹⁹ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 13.

Dar (sınırlı) istinaf modelini benimseyen Avusturya Hukukunda, istinaf mahkemesi ilk derece yargılamasında nihaî kararın verildiği an itibariyle denetim yapar ve istinaf başvurusunun haklı olup olmadığını buna göre değerlendirir. Geniş (tam) istinaf modelinde ise, esasa ve hukukî duruma ilişkin olarak, istinaf yargılamasının sona erdiği andaki güncel duruma göre karar verilir²⁰⁰. İstinaf ilk derece yargılamasından farklı olarak doğrudan dava konusuna değil, kanun yolu talebi kapsamında ilk derece yargılamasının ve kararının denetlenmesine, bu çerçevede ilk derece kararında değişiklik yapılmasına yönelik bir kanun yoludur.

5.2.3. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda kanun yolu, mahkeme kararlarının denetlenmesi ve gerektiğinde iyileştirilmesi için yasa tarafından taraflara tanınan bir başvuru yoludur. Kanun yolu, hâkimlerin de insan olarak takdir hakkını yanlış kullanabileceği ve hatalı karar verebileceği gerçeğinden hareket ederek, mahkeme kararlarının denetimine ve düzeltilmesine imkân tanıyan bir hukukî çare olarak nitelendirilmektedir²⁰¹.

İsviçre’de de geniş (tam) ve dar (sınırlı) kanun yolu ayrımı yapılmaktadır. Ayrıca kanun yolları kantonal ve federal düzeyde olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kantonal kanun yolu sistemleri ise birbirinden farklıdır. Kanun yolu mahkemesi hem vakıa tespitlerinin doğru olup olmadığını hem de hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını inceliyorsa, geniş (tam) kanun yolundan söz edilmektedir. Buna göre, kantonal istinaf düzeltici ve geniş anlamda (tam) kanun yolu olarak nitelendirilmektedir²⁰².

İsviçre Hukukunda istinaf, tüm dava malzemesinin ve tüm ilk derece yargılamasının denetlenmesine imkân veren bir kanun yolu olup, ilk derece yargılamasının denetlenmesi ve hataların düzeltilmesi işlevini gerçekleştirir. Yukarıdaki tartışmalar çerçevesinde ele alındığında, İsviçre Hukukunda da istinafin bağımsız bir konusu olduğu kabul edilmelidir.

²⁰⁰ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 458; Stosch, **a.g.e.**, s. 195.

²⁰¹ Oscar Vogel ve Karl Spühler, **Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz** (8. Auflage. Bern: Staempfli Verlag, 2006), 361; Spühler/Vock, **a.g.e.**, s. 3; Habscheid, **a.g.e.**, s. 426.

²⁰² Vogel/Spühler, **a.g.e.**, s. 367-368, 374; Guldener, **a.g.e.**, s. 507. Zürich Kantonunda istinaf aktarıcı etkiye sahip düzeltici, tam ve olağan bir kanun yolu olarak kabul edilmektedir (Spühler/Vock, **a.g.e.**, s. 19).

5.3. Türk İstinaf Sistemi Bakımından Değerlendirme

Yabancı istinaf sistemleri incelendiğinde, istinafi ilk derece yargılamasından ayıran unsurun istinafa yüklenen rolle ilgili olduğu görülmektedir. İstinafin denetim yargılaması olarak yapılandırıldığı modellerde, ilk derece yargılamasının ve istinafin konusu aynı değildir. İlk derece yargılamasının dava konusu hakkında karar verilebilmesi için öncelikle tarafların kanun yolu talebinin caiz ve haklı olması gerekmektedir. İstinaf mahkemesinin uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilmesi için, ilk derece mahkemesinin kararı veya bu karara dayanak teşkil eden yargılama hatalı olmalıdır.

İstinaf derecesinde hukukî sorun yanında maddî olgunun da (vakıa tespitlerinin) incelenmesi, sınırlı olarak yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanma imkânı tanınması ve uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi, istinafin ilk derece yargılamasının sürdürülmesine hizmet eden yargılama derecesi olarak kabul edilmesini haklı kılmaz. İstinafi henüz tamamlanmayan bir yargılamanın devamından ibaret gören anlayış doğru değildir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/R maddesine göre, istinaf mahkemelerinde karşı dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, davanın ıslahı ve davaların birleştirilmesi istenemez. Ayrıca re'sen dikkate alınacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar ileri sürülemez, yeni delillere dayanılmaz. Burada sayılan sınırlandırmalar aslında ilk derece yargılamasında da mevcuttur. Örneğin, ıslah hakkı sadece bir kez kullanılabilir (m. 83), karşı dava ancak esasa cevap süresi içinde açılabilir (m. 203) veya karşı tarafın muvafakatı olmadıkça taraflar iddia ve savunmalarını değiştiremez ve genişletemezler (m. 185, 2). Kanun koyucu istinafin denetim işlevine ağırlık vererek bu sınırlandırmaları istinafta açıkça düzenlemiş, hatta ilk derece yargılamasına nazaran daha da katılaştırmıştır. İstinaf derecesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesine, hatalı taraf işlemlerinin ıslah ile düzeltilmesine veya karşı dava açılmasına izin verilseydi, istinaf mahkemesinin kararına dayanak olan dava malzemesi değişeceğinden, artık bir denetimden söz edilemezdi ve tamamen yeni bir

karar verilmiş olurdu²⁰³. İstinaf derecesine yeni uyuşmazlık konuları, vakıalar ve deliller getirmek mümkün olmadığından, istinaf mahkemesi, ikinci yargılama derecesinde ortaya çıkan güncel maddî ve hukukî duruma göre değil, kural olarak ilk derece hükmünün verildiği tarih itibarıyla var olan duruma göre karar vermelidir.

Bir uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yetkili olan asıl merci, ilk derece mahkemesidir. Davaya konu olan uyuşmazlığın çözülmesinde esas adım ilk derece mahkemesi tarafından atılır. Kural olarak ilk derece mahkemesinin kararı, gerçeğin tespiti ve uyuşmazlığın çözülmesi için yeterlidir. Ancak, diğer yandan eksik veya hatalı yargılama yapılması olasılığı da göz ardı edilemez. İstinafın işlevi, bu noktada ortaya çıkan tereddütleri ve şüpheleri gidermektir.

İstinafın somut olayda uyuşmazlığı çözme işlevi aslî değil, tâlî niteliktedir. İstinaf mahkemesinin uyuşmazlık hakkında karar verebilmesi için, ilk derece mahkemesi tarafından nihaî bir karar verilmeli ve bu karara karşı istinaf yoluna başvurulmalıdır. İstinaf incelemesi, ancak bu nihaî karar dolayısıyla, taraflarca gündeme getirilen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılabilir (m. 426/O; 426/B, I, 7; 426/U).

İlk derece yargılamasında dava konusunun belirlenmesinde olduğu gibi, istinaf konusu da başvuruda bulunan tarafın taleplerine göre belirlenmelidir. Taraf hatalı bulunduğu kararın kaldırılmasını ve kendi lehine değiştirilmesini talep edecektir. İstinaf mahkemesi ise, ilk derece kararını hatalı bulursa, kararı kaldırarak dosyayı yeniden yargılama yapması için ilk derece mahkemesine gönderecek veya uyuşmazlığın esası hakkında tahkikatı tamamlayarak esasa ilişkin karar verecektir. İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararı, tamamen bağımsız ve yeni bir karar olmayıp, daha ziyade ilk derece kararını değiştiren bir karar niteliğindedir.

Sonuç olarak, istinafın konusu ilk derece yargılamasındakinden farklıdır. İstinaf mahkemesi, doğrudan ilk derece mahkemesinde görülen dava konusu hakkında değil, ilk derece kararının iptali veya değiştirilmesi talebi hakkında karar verecektir. İlk derece mahkemesindeki dava konusunun istinafın da konusu olabilmesi için, ilk derece mahkemesi

²⁰³ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 337.

karar vermiş olmalı ve istinaf mahkemesinden bu kararın değiştirilmesi talep edilmelidir²⁰⁴. Belirtmeliyiz ki, ilk derece kararının önce kaldırılması ve daha sonra değiştirilmesi söz konusu değildir. İlk derece mahkemesinin kararı, istinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararı ile aynı anda (eş zamanlı olarak) kaldırılır ve değiştirilir. Başka bir deyişle her iki adım, tek seferde hükmün değiştirilmesi ile gerçekleşir²⁰⁵.

6. KANUN YOLLARININ SINIFLANDIRILMASI VE İSTİNAFIN YERİ

6.1. Genel Olarak

Kanun yollarının sınıflandırılması, kurumun uygulanışı ve pratik sonuçları bakımından bir farklılık yaratmamakla birlikte, konunun teorik izahı ve incelenen kanun yolunun niteliğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Böylece benzer kurumlarla karşılaştırma ve yorum kolaylıkları sağlanabilir.

Sınıflandırmada kullanılan kıstaslar, kişiden kişiye veya ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu sebeple özellikle öğretilerde genellikle kabul gören ve istinaf açısından önemli olduğunu düşündüğümüz kıstaslar üzerinde duracağız. Bu çerçevede, kanun yollarını amaçları, olağan olup olmaması ve inceleme yetkisinin kapsamı yönünden sınıflandırarak, istinafin diğer kanun yolları arasındaki yerini belirlemeye çalışacağız²⁰⁶.

²⁰⁴ Musielak, **Kommentar**, s. 1152.

²⁰⁵ Semmelmayr, **a.g.e.**, s. 45. Gilles, yasadaki ifadedden iptal (*Aufhebung*) ve değişiklik (*Abaenderung*) kararlarının aynı anda verildiği sonucu çıkmasına rağmen, aslında bu iki karar arasında zaman bakımından öncelik-sonralık ilişkisi olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, iptal kararının değişiklik kararından önce verilmesi mantıksal bir gerekliliktir. İptal kararı ile ilk derece kararı hükümsüz hale gelmekte ve istinaf mahkemesi daha önceki kararı ikame eden yeni bir karar vermektedir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 33, 92). Mantık kuralları bakımından iptal kararının değişiklik kararından önce oluşması bir gereklilik olmakla beraber, istinaf mahkemesi hükmünü her iki kararı aynı anda açıklayarak vermektedir. İptal ve değişiklik kararları arasında, sonuçlarının ortaya çıkması bakımından öncelik sonralık ilişkisi yoktur.

²⁰⁶ Kanun yoluna tâbi kararların esasa ilişkin olup olmamaları, kanun yolu incelemesini aynı veya üst mahkemenin yapması, inceleme sonunda sadece bozma veya onama ile yetinilmesi veya düzeltme yapıp yapılmaması, incelemenin hukukî sorunla sınırlı olup olmaması veya maddî sorunu da kapsayıp kapsamaması, tam ve sınırlı denetim yapılması, kanun yolu başvurusunun derhal ve önceden bildirimde bulunmak suretiyle yapılması, karşı tarafa savunma tanınıp tanınması, erteleyici etkiye sahip olup olmaması gibi farklı kıstaslar da bulunmaktadır. Bkz. Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 14; Yıldırım, **İstinaf**, s. 35 vd.; Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht** (3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1979), s. 484 vd.

6.2. Kanun Yollarının Sınıflandırılmasında Kullanılan Ölçütler

6.2.1. Amaca Göre Sınıflandırma

Amaca göre sınıflandırma Fransız Hukuku kaynaklıdır. Kanun yolunun amacı bakımından yapılan sınıflandırmaya göre, kanun yolu ya mahkemenin kararından geri dönmesi (kararını geri alması) amacına veya mahkemenin kararını düzeltmeye (iyileştirmeye) yöneliktir. Kararın aynı mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesi ve ilk karardan dönülmesi imkânını veren başvuru yolu geri dönme amaçlı, kararın üst mahkemece denetlenmesi ve gerektiğinde yeniden tahkikat yapılması imkânını sağlayan başvuru yolu ise, düzeltme amaçlı kanun yolu olarak nitelendirilir. Bu ayrım bakımından, incelemenin üst mahkeme tarafından yapılıp yapılmadığı da önemlidir. Fransız Hukukunda benimsenen bu ayrıma göre, itiraz ve yargılamanın yenilenmesi ilk grubun, istinaf ise ikinci grubun örnekleri arasında gösterilir²⁰⁷.

Burada, itiraz ve yargılamanın yenilenmesi gibi imkânların kanun yolu olarak nitelendirilmesi dikkat çekicidir. Zira, erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olmayan bu başvuru yolları Türk Hukukunda dar ve teknik anlamda değil, geniş anlamda kanun yolu sayılmaktadır²⁰⁸. Geniş anlamda kanun yolu kavramı esas alınır, itiraz ve yargılamanın yenilenmesi geri dönme amaçlı, istinaf ve temyiz ise düzeltme amaçlı kanun yolları olarak kabul edilebilir. Ancak, itiraz ve yargılamanın yenilenmesi, dar ve teknik anlamda kanun yolu olarak kabul edilmediğinden²⁰⁹, itiraz geniş anlamda kanun yolu olarak nitelendirilebilecek bir hukukî çaredir²¹⁰. Yargılamanın yenilenmesi ise, *Arslan*’ın ifadesiyle “kanun yolu ve diğer hukuksal çarelerin bazı özelliklerini taşıyan, fakat teknik anlamda kanun yolunun ayırt edici unsurlarına sahip olmayan ve dava şeklinde ileri sürülebilen bir kurum olup, istisnâ ve olağanüstü bir olanaktır”²¹¹.

²⁰⁷ Konuralp, “İstinafın Yeri”, s. 25-26, dn. 4; Konuralp/Hanağası, “İptal Amaçlı İstinaf”, s. 1798.

²⁰⁸ Bkz. 1. Bölüm, Başlık 3.1. vd.

²⁰⁹ Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 41-46; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *Usûl*, s. 482.

²¹⁰ Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 39; Habscheid, *a.g.e.*, s. 427.

²¹¹ Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 48; Yargılamanın yenilenmesi, 5236 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun kanun yollarını düzenleyen “hükümlere karşı müracaat tarikleri” başlıklı 3’üncü babı altında, temyizden sonraki 2’nci fasılda düzenlenmişti.

6.2.2. Kanun Yollarının Olağan Olup Olmamasına Göre Sınıflandırma

Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımı da Fransız Hukuku kaynaklı bir sınıflandırmadır. Fransız Hukukunda kanun yolları, geleneksel olarak olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılır. Fransız Hukukundaki bu sınıflandırma, doğrudan Fransız Usûl Kanunu’nun 527’nci maddesinden kaynaklanmakta olup, öğreti ve içtihatlarla oluşan teorik bir ayrım değildir. Fransız Hukukuna göre olağan kanun yolu, başvuru için özel bir kanun hükmünün var olmasını gerektirmeyen ve herkese açık başvuru yoludur. Olağanüstü kanun yolu ise, sadece istisnâ hâllerde tanınan ve kanunda açıkça öngörülen hâllerde gidilen başvuru yoludur. Buna göre istinaf ve itiraz olağan, üçüncü kişinin itirazı, yargılamanın yenilenmesi ve temyiz ise olağanüstü kanun yoludur²¹².

Bu ayrım İsviçre Hukukunda da benimsenmiş olmasına rağmen, sınıflandırmada kullanılan kıstas Fransız Hukukundan farklıdır. İsviçre Hukukuna göre, olağan kanun yolu kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı, olağanüstü kanun yolu ise kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvuru yollarıdır. Olağanüstü kanun yollarının ortak özelliği, erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olmamalarıdır. Ancak, butlan şikâyetinde (*Nichtigkeitsbeschwerde*) başvurunun üst mahkemeye yapılması ayrık bir durumdur. İsviçre Hukukunda, istinaf ve kantonal *Rekurs* olağan, temyiz (*Revision*) ve butlan şikâyeti (*Nichtigkeitsbeschwerde*) ise olağanüstü kanun yolunun örneklerindendir²¹³.

Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımı Türk Hukukunda da benimsenmiş, ancak hangi kanun yolunun olağan, hangisinin olağanüstü olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür²¹⁴. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, mahkemenin kararı henüz

Değişiklikten sonra ise, 3’üncü babın başlığı “kanun yolları” olarak değiştirilmiş; yargılamanın yenilenmesi bu babın altında, 3’üncü fasılda eski haliyle muhafaza edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda da, yargılamanın yenilenmesi, kanun yollarını düzenleyen 5’inci kısımda düzenlenmiştir (HMK m. 378-385).

²¹² Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 79; Konuralp, “İstinafın Yeri”, s. 27; Konuralp/Hanağası, “İptal Amaçlı İstinaf”, s. 1797 vd.; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 42.

²¹³ Habscheid, **a.g.e.**, s. 426 vd.; Guldener, **a.g.e.**, s. 485; Yıldırım, **İstinaf**, s. 45.

²¹⁴ Bu ayrım için ifade edilen diğer kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 15 vd.; Arslan **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 42 vd.

kesinleşmemişse olağan, kesinleşmişse olağanüstü kanun yoluna başvurulmaktadır²¹⁵. Kanımızca Öğretide çoğunluğun benimsediği görüş tarafından benimsenen kıstas somut ve objektif olduğundan tercihe şayandır. Zira, bu kıstasa göre bir sınıflandırma yapmak, dar anlamda kanun yolunun karakteristik özelliklerinden erteleyici ve aktarıcı etkiyle de anlamlı bir bağlantı oluşturmaktadır. Dar ve teknik anlamda kanun yolu, bir başka deyişle olağan kanun yolu erteleyici ve aktarıcı etkiye birlikte sahip olmasına rağmen, olağanüstü kanun yolu bu etkileri göstermemektedir. Bu perspektiften değerlendirildiğinde, istinaf ve temyiz olağan²¹⁶, yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmelidir.

6.2.3. Kanun Yolu İncelemesinin Kapsamına Göre Sınıflandırma: Geniş (Tam) ve Dar (Sınırlı) Kanun Yolu

Kanun yollarına ilişkin diğer bir sınıflandırma geniş ve dar kanun yolu, başka bir deyişle tam ve sınırlı kanun yolu ayrımıdır²¹⁷. Geniş ve dar kanun yolu ayrımı ülkelerin hukuk politikaları gereğince tercih ettikleri kanun yolu modellerinden ortaya çıkan bir ayrımdır. Bu ayrımın belirlenmesinde kanun yolunun amacı, yeni iddia ve savunma vasıtalarına izin verilip verilmemesi, kanun yoluna başvuru dilekçesinde sebep göstermenin zorunlu olup olmaması, mahkeme kararının geçici icra imkânına ilişkin düzenlemeler ve kanun yolu mahkemesinin kararı gibi çeşitli kıstaslar dikkate alınmaktadır²¹⁸.

²¹⁵ Berkin, **Usûl**, s. 212; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 876; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 567; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 632; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 16; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 641; *Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım ve Üstündağ*, genel eserlerinde kanun yolları bakımından olağan ve olağanüstü kanun yolu sınıflandırmasına yer vermemişlerdir.

²¹⁶ Geniş anlamda kanun yollarından sayılan karar düzeltme, daha önce olağan kanun yolları arasında sayılmakla beraber, 5236 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırıldığından artık olağan veya olağanüstü kanun yolu sınıflandırmasının dışında kalmıştır.

²¹⁷ “Tam ve sınırlı istinaf” terimleri yerine “klasik ve dar anlamda istinaf” terimi de kullanılmaktadır. Bkz. İsmail Özmen, “İstinaf Mahkemeleri”, **TNBD**, S. 131: 27-38 (2006), s. 32; Mehmet Handan Surlu, **“İstinaf Usûlünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması, Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar”**, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 38-41.

²¹⁸ Max Lorenz, “Über die volle Berufung im deutschen und die beschraenkte Berufung im österreichischen Zivilprozessrecht”, **ZZP**, Band 65, Heft 3: 169-193 (1952), s. 170-171.

Liberal düşünce yapısının etkisiyle şekillenmiş geniş (tam, klasik) kanun yolu sisteminde, tarafların haklarını herhangi bir şekilde sınırlandıran hak düşürücü kurallar, örneğin yeni iddia ve savunma imkânını sınırlayan yasaklar yoktur. Mahkemenin inceleme yetkisi, kanun yolu talebini haklı göstermeye yönelik iptal sebepleriyle sınırlı değildir. Buradaki taleplerin işlevi mahkemeyi sınırlandırmaya yönelik olmadığından, istinaf sebeplerinin gösterilmesi, kanun yolunun caizlik koşullarından biri değildir. Sebep gösterme zorunluluğunun amacı, esasa ilişkin yeni bir karar verilmesini sağlamaktır²¹⁹. Hükümün denetlenmesi amacına yönelik olmayan bu tür kanun yolunu karakterize eden özelliklerden biri şudur: Kanun yolu mahkemesi ilk derece mahkemesi kararının usûlüne uygun olduğu kanaatinde ise, kanun yolu talebinin reddedilmesi şeklinde karar vermez, aksine karşı koyulan mahkeme kararını kanun yolu derecesinde doğrulayarak tekrar eder. Ayrıca kanun yolunun konusu olan hükmün varlığı, sınırsız iddia ve savunma hakkı nedeniyle ikinci planda kaldığından, hükmün geçici icrası kurumu bulunmamaktadır.

1976 yılında yenilenen Zürich Medenî Usûl Kanunu bu sistemin örneklerinden biridir. Bu kantonda, istinaf yargılamasının sonunda tamamen yeni bir karar verilmektedir. İstinaf mahkemesinin kararı, kanun yolu hakkında değil, daha ziyade davaya ilişkin talepler hakkındadır²²⁰. Ayrıca taraflar, koşulları gerçekleşmişse yeni vakıalara ve delillere dayanabilmektedirler²²¹.

Hollanda Hukukunda da istinaf, bir kontrol derecesi olmaktan ziyade, tarafların davalarını yeniden gördürebilecekleri bir başvuru yoludur. Taraflar, istinafa başvurarak ilk derece mahkemesindeki hatalarını giderebilir ve iddialarını değiştirebilirler²²².

²¹⁹ Lorenz, “Über die volle Berufung”, s. 170.

²²⁰ Kolotouros, a.g.e., s. 31; Yıldırım, **İstinaf**, s. 46.

²²¹ Habscheid, a.g.e., s. 452; Yıldırım, **İstinaf**, s. 48. dn. 51. Bugün Zürich kantonunda dahi istinafta yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanma imkânı sınırsız değildir. Yeni iddia ve savunma vasıtaları, ancak ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkmaları ve karar bakımından önemli olmaları hâlinde incelenebilir. Bkz. Karl Spühler ve Dominik Vock, **Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund** (Zürich: Schulthess, 1999), s. 31.

²²² Willibrod J. M. Davids, “Hollanda İstinaf Prosedürü”, **Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı** (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 83; Hovens, a.g.m., s. 1321.

Fransız Hukuku da geniş istinafa yaklaşan bir modeli benimsemiştir. İstinafa başvuru *Cour d'Appel'e* sunulan istinaf talebiyle yapılır. İstinaf mahkemesince belirlenen süre içinde istinaf sebeplerinin gösterilmesi gerekir. Sebep gösterme dilekçesindeki eksiklik, kanun yolunun caizliği bakımından önemli değildir. Taraflar sınırsız olarak yeni vakıa ve delil getirme imkânına sahiptir. Bu sebeple davanın genişletilmesi, davacının yeni talepte bulunması, yeni vakıaların ileri sürülmesi, yeni tarafların katılması, karşı taleplerin ileri sürülmesi, takas beyanında bulunulması, davalının karşı dava açması gibi taraf işlemleri istinaf derecesinde de yapılabilmektedir. Ayrıca geçici icra kararı verilebilmesine rağmen, bu imkân büyük ölçüde mahkemenin takdirine bağlanmıştır²²³.

Geniş istinafı benimseyen sistemlerde, istinaf derecesi tamamen yeni bir usûl kesiti olarak kabul edilmektedir. Geniş istinafın amacı, hüküm sebeplerinin yeni baştan ortaya konulmasını sağlayarak, eksiksiz ve gerçeğe daha çok yaklaşan bir yargılama yapılmasıdır²²⁴. İstinaf, sadece mahkeme hatalarının değil, aynı zamanda taraf hatalarının da düzeltilmesine hizmet etmekte, taraflara ilk derece yargılamasındaki dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı sunmaktadır. Böylece hukukî uyumsuzluk yenilenmekte ve güncel dava malzemesine göre yeni bir karar verilmektedir. Geniş istinaf sisteminde, istinaf mahkemesi ikinci derece olay mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmakta²²⁵ ve mahkeme hükmünün mutlak doğruluğu hedeflenmektedir²²⁶.

²²³ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 33.

²²⁴ Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 18; Stosch, **a.g.e.**, s. 191.

²²⁵ Stosch, **a.g.e.**, s. 191; Deren Yıldırım, “**İstinaf**”, s. 268. Alman Hukukunda istinaf mahkemesinin, kanun yolu incelemesinin sonunda oluşan güncel duruma ve dava malzemesine göre karar verdiği konusunda bkz. Gilles, **Rechtsmittel**, s. 58, 63; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 140, dn. 46. *Yenisey*, ceza hukuku bakımından, ilk derece mahkemesinde yapılmış her işlemin yeniden tekrarlanmasını, klasik istinaf sistemi olarak nitelendirmekte ve bu tür bir tercih yapılması durumunda ilk derece yargılamasının önemini kaybetme tehlikesinin mevcut olduğuna işaret etmektedir (Yenisey, “**İstinaf Mahkemesi Standartları**”, s. 18). Aynı değerlendirmeyi hukuk yargılaması için yapan görüş için bkz. Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 172. Geniş ve dar istinaf ayrımı bakımından yapılan bir değerlendirmede, dar anlamda istinaf sistemi “küçük temyizcikler” olarak nitelendirilmiş, özellikle duruşma yapılmasına gerek olmayan durumların var olması “kestir at” anlayışı olarak eleştirilmiş, istinaf yargılamalarının % 25’inin duruşmalı, % 75’nin duruşmasız yapılacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Surlu, “**İstinaf Usûlü**”, s. 38-41; Surlu, daha önceki başka bir çalışmada da kısmen istinaf, kısmen temyiz işlevini yerine getirecek bir üst mahkeme yapılanmasının uygun olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Surlu, “**İstinaf Mahkemeleri**”, s. 288. Biz bu eleştiriye katılmamaktayız. İstinafı klasik anlamda ilk derece yargılamasının bütünüyle tekrarından ibaret gören anlayış, olumsuz yanları nedeniyle, çağdaş hukuk sistemlerinde terk edilmiştir (Yılmaz, **İstinaf**, s. 22). Ayrıca, hukuk davalarına ilişkin olarak 5236 s.K. ile kabul edilen istinaf

Alman istinaf sistemi 2002 yılındaki reformdan önce yargılamanın devam ettirilmesi modeli şeklinde yapılandırılmıştı ve geniş (tam) kanun yolu sistemine daha yakındı²²⁷. 1877 yılında yürürlüğe giren Alman Usûl Kanunu'na göre, taraflar ilk derece yargılamasında dayanmadıkları iddia ve savunma vasıtalarını (yeni vakıalar ve deliller) sınırlama olmaksızın istinafta ileri sürme hakkına sahipti. 1898 yılında yapılan değişiklikle de bu yapı korunmuştur. Alman kanun koyucusu, istinafı mahkeme kararlarının doğru olup olmadığına denetimi ve düzeltilmesi aracı değil, daha ziyade hukukî uyumsuzluğun bir başka hâkim önünde yeniden görülmesi ve tekrarlanması yolu olarak yapılandırmıştır²²⁸. Ancak, geniş (klasik, tam) istinaf modeli, taraflara sağladığı aşırı serbesti nedeniyle zamanla işlemez ve savunulamaz hale gelmiştir. Bu modelde yargılamanın ağırlığı istinaf derecesine kaymış, ilk derece yargılaması önemini kaybederek, sadece bir hazırlık aşaması, esasa ilişkin inceleme yapılmayan transit bir süreç gibi algılanmış²²⁹, ilk derece mahkemesinin yürütmesi gereken tahkikat sürekli istinaf mahkemesi önünde tamamlandığından, yargıya ayrılan kaynaklar israf edilmiştir²³⁰. Yargılamanın ikinci derece mahkemesinde yeniden tekrarlanması, ne taraflar bakımından etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesini sağlamış ne de usûl ekonomisine hizmet etmiştir. Bu nedenle 1924, 1933, 1942 ve 1976 yıllarında geniş istinaf modelinin sakıncalarını önlemek amacıyla reformlar yapılmıştır²³¹. En son reformla, istinaf büyük ölçüde salt ikinci vakıa derecesi

sisteminde, 426/M maddesinde düzenlenen istisnaî hâller dışında, kural olarak istinaf mahkemesince duruşma yapılması ve tahkikatın tamamlanması gerekmektedir. Bkz. 3. Bölüm, Başlık 3.7.2. vd.

²²⁶ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 28; Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 171.

²²⁷ Alman Medenî Usûl Hukuku da başlangıçta büyük ölçüde liberal görüşün etkisi altında kalmış, daha sonra sosyal usûl teorisinin etkisiyle bu yaklaşım zayıflamıştır. Bkz. Stosch, **a.g.e.**, s. 191, 202-204.

²²⁸ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 191.

²²⁹ Unberath, **a.g.m.**, s. 328; Baumann, **a.g.e.**, s. 47; Pekcanitez, “**İstinaf**”, s. 23; Deren Yıldırım, “**İstinaf**”, s. 268-269; Ansay, **a.g.e.**, s. 343. Alman Hukukçular, istinaftaki hak düşürücü normların (*Praekklusionsregel*) ilk derece mahkemesindeki kadar sert olmaması nedeniyle, daha önce ileri sürülmeyen iddia ve savunma vasıtalarını istinaf derecesinde ileri sürme çabasını, “*Flucht in die Berufung*” (istinafa kaçış) deyiimiyle ifade etmektedirler. Bkz. Baumann, **a.g.e.**, s. 36.

²³⁰ Baumann, **a.g.e.**, s. 47.

²³¹ Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 188-192; Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 19; Stosch, **a.g.e.**, s. 192.

olmaktan çıkarılmış, ilk derece mahkemesi kararlarının denetlenmesi işlevini yerine getiren bir yapıya kavuşturulmuştur²³².

Geniş istinafta, istinaf mahkemesince davanın tamamı hakkında yeniden inceleme yapılması, taraflarca ileri sürülen yeni iddia ve savunma vasıtalarının yargılamayı uzatması, yargılama giderlerinin artması gibi olumsuzluklardan etkilenmek istemeyen hukuk sistemleri, dar istinaf sistemini benimseyerek, istinafı denetim yargılaması olarak yapılandırılmıştır²³³.

Dar istinaf sistemi hükmün denetlenmesi modeli ile şekillenmiştir²³⁴. Bu sistemde hükmün mutlak doğruluğundan ziyade, etkin hukukî korumanın mümkün olduğunca en hızlı şekilde sağlanması amaçlanmıştır. Bu modelde kanun yolu derecesinde maddî hukuka ilişkin durum kontrol edilmez, sadece mahkemenin işlemleri ve nihaî kararı incelenir. Bu sistemde hem dava ve hüküm konusuyla hem de bunun dayanağını oluşturan dava malzemesiyle ilgili usûlî materyallerin sunulması gerekir. Başka bir deyişle, dar (sınırlı) kanun yolunda, kanun yolu sebeplerinin mutlaka gösterilmesi gerekir. Bu sistemde yeni iddia ve savunma vasıtalarının getirilmesi yasaklanmıştır. Bu sebeple, dar istinafı kabul eden hukuk sistemlerinde, ilk derece hâkiminin dava yönetme yetkisi oldukça genişletilerek, ilk derece mahkemesinde esasa ilişkin kapsamlı bir inceleme yapılması teminat altına alınmaktadır. Diğer yandan, kanun yolu mahkemesinin denetimi, ilk derece

²³² Paulus, **a.g.e.**, s. 194; Markus Gehrlein, **Zivilprozessrecht** (2. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2003), s. 267; Musielak, **Grundkurs**, s. 303. Alman istinaf sisteminin kronolojik gelişimi incelendiğinde, istinaf yargılamasında yeni vakia ve delil sunulabilmesi imkânının 1924, 1933, 1976 yıllarında yapılan değişikliklerle sınırlandırıldığı ve teksif ilkesinin gittikçe daha katı uygulandığı, hatta son reformla birlikte Alman istinaf sisteminin yeniden yapılandırıldığı görülmektedir (Kolotouros, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Yıldırım, **İstinaf**, s. 48). Stosch'a göre, Alman Hukukunun yüzyıllık usûl ideolojisinde, son zamanlarda çatlaklar olduğundan, artık Avusturya Hukukundaki yenileme yasağının (Neuerungsverbot) iktibas edilmesi yönündeki öneriler reddedilmemelidir. Tarihsel süreç bakımından, Alman istinaf sistemindeki yeniden yapılandırma çalışmaları hakkında bkz. Stosch, **a.g.e.**, s. 192 vd. İstinafa ilişkin son reformla, Alman kanun yolu sisteminin Avusturya hukukuna bir adım daha yaklaştığı yönünde bkz. Unberath, **a.g.m.**, s. 328.

²³³ Andreas Konency, "Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewaehrung", **ZZP**, Band 107, Heft 4: 481-498, (1994), s. 483; Lorenz, "**Über die volle Berufung**", s. 172.

²³⁴ Lorenz, "**Über die volle Berufung**", s. 170-171; Deren Yıldırım, "**İstinaf**", s. 269. Eğer kanun yolu derecesinde, dava konusu değiştirilebiliyor veya genişletilebiliyorsa ve istinaf mahkemesi bu yeni hukukî sorun hakkında yeni bir karar veriyorsa, artık hükmün doğruluğunun denetlenmesinden ve hataların düzeltilmesinden bahsedilemez (Kolotouros, **a.g.e.**, s. 40; Stosch, **a.g.e.**, s. 197).

mahkemesinde eksiksiz olarak tamamlanmış dava malzemesine dayanmaktadır²³⁵. Bu sistemin en önemli örneklerinden biri Avusturya istinaf modelidir²³⁶.

Dar istinafın öncelikli amacı ve işlevi, ilk derece mahkemesince verilen kararı denetlemek ve hataları düzeltmektir. Bu sebeple istinaf mahkemesi kural olarak ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ve ilk derece yargılamasındaki dava malzemesi ile bağlıdır. Başka bir deyişle, istinaf derecesinde, dava malzemesinin toplanması işlemleri kural olarak tekrar edilmez²³⁷. Buna karşılık, ilk derece yargılaması sırasında mevcut olmasına rağmen tarafın kusuru olmaksızın ileri sürülemeyen (*nova reperta*) veya ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra ortaya çıkan vakıaların (*nova producta*) ileri sürülmesine izin verilebilir²³⁸. Dar istinaf sisteminde, istinaf mahkemesi kural olarak başvuruda bulunanın istinaf sebepleri ve talepleri ile bağlı olduğundan, istinaf talepleri ve sebeplerinin dışında kalan hususlar bakımından kısmî kesinleşme meydana gelir ve aleyhe karar verme yasağı ortaya çıkar²³⁹.

Geniş istinaf sisteminin önemli dezavantajları vardır: İstinaf derecesinde yargılamanın baştan sona tekrarlanması yargılama giderlerinin artmasına ve gecikmeye neden olmakta, davanın tarafları ve tanıklar istinaf mahkemesinin bulunduğu yere uzak

²³⁵ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 29; Stosch, **a.g.e.**, s. 195 vd.

²³⁶ Yıldırım, **İstinaf**, s. 46 vd.; Deren Yıldırım, **“İstinaf”**, s. 270; Rechberger/Kodek, **a.g.e.**, No: 132; Ena-Marlis Bajons, **Recourse against Judgement in the European Union, Civil Procedure in Europe-Austria** (Hrsg) J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee, Vol. 2: 25-41 (Kluwer Law International, 1999), s. 27 vd., dn. 7; Konency, **a.g.m.**, s. 483; Stosch, **a.g.e.**, s. 195 vd. Dar istinafın başka bir örneği, İtalyan istinaf sistemidir. İtalya Medenî Usûl Kanunu’na göre, istinaf derecesinin konusu sınırlandırıldığından, istinafta yeni dava talepleri ileri sürülemez. Daha önceden İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun 345’inci maddesi sınırsız şekilde yeni iddia ve savunma vasıtaları ile yeni delillerin sunulmasına imkân tanımaya rağmen, maddenin yeni şekli dar istinaf ilkesini benimsemiştir. Buna göre, istinaf derecesinde sadece mahkemenin re’sen dikkate alabileceği itirazlar ile tarafın kusuru olmaksızın ilk derece yargılamasında ileri süremediği delillere dayanmak mümkündür. Bkz. Piekenbrock, **a.g.e.**, s. 312-322; Kolotouros, **a.g.e.**, s. 32; Yıldırım, **İstinaf**, s. 49; Hakan Pekcanitez, **“Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler”**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan 2000 İzmir: 52-74 (İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000), s. 56; Ansay, **a.g.e.**, s. 343.

²³⁷ Deren Yıldırım, **“İstinaf”**, s. 269; Rosenberg, **“Neuerungsverbot”**, s. 18. Kanun yolu, mahkeme kararının denetimine yönelmişse, ilk derece mahkemesinin nihaî kararını verdiği ana kadar oluşan dava malzemesi, kanun yolu mahkemesinin de dava malzemesidir. Zira, denetime yönelmiş bir kanun yolunda yeni taleplerde bulunulması, yeni vakıaların ve itirazların ileri sürülmesi, yeni delillere dayanılması mümkün değildir. Bunlar ancak mahkeme tarafından re’sen dikkate alınması gerekli ise caizdir. Bkz. Guldener, **a.g.e.**, s. 488-489.

²³⁸ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 3.5.3. vd.

²³⁹ Yıldırım, **İstinaf**, s. 46-47.

olduğu için hem mahkemenin çalışmasında hem de taraflar ile avukatları arasındaki iletişimde sorunlar yaşanmaktadır. İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların istinaf derecesinde aynı beyanlarda bulunmama riski ve istinafta yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanma imkânının tanınması, ilk derece yargılamasının ağırlığını azaltmaktadır. İkinci derecenin de salt olay mahkemesi olarak yapılandırılması, ilk dereceyi sadece dava malzemesi toplama aşamasına çevirmekte ve taraflar stratejik bir mücadeleye girerek birbirlerinin bir sonraki adımlarını beklemektedirler. Tarafların başarı şansı, istinaf mahkemesindeki yeni yargılamaya kaldığından, davanın sulh ile sonuçlanma olasılığı zayıflamaktadır. İkinci derecede yeniden yargılama yapılması, yargılamanın uzamasına ve dolayısıyla yargılama kalitesinin düşmesine neden olmaktadır. Buna karşılık sınırlı istinaf sisteminin pek çok avantajı vardır: İstinaf derecesindeki yenileme yasağı sebebiyle, taraflar ilk derece yargılamasına ağırlık vermekte ve hüküm için önemli olan dava malzemesi ilk derece mahkemesinde eksiksiz toplanmaktadır. Yenileme yasağı, tarafları daha dikkatli ve özenli olmaya zorlamakta, bu sayede mümkün olduğunca hızlı, basit ve masrafsız bir yargılama yapılmaktadır²⁴⁰.

Öğretide, geniş ve dar istinaf sistemlerinin yanında son olarak karma sistemden de söz edilmektedir. Geniş istinaf sisteminin, yargılamanın sürüncemede kalması, yargılamanın taraflar üzerindeki maddî ve manevi yükünün artması ve yargılamanın ağırlığının istinafa kayması gibi sakıncalarından kaçınmak amacıyla modern usûl kanunlarında reformlar yapılmıştır. Bu kapsamda yeni vakıa ve delil gösterme, mahkeme kararının geçici icrası gibi imkânlar sınırlandırılmış ve ilk derece mahkemesinin kararının maddî hukuk ve usûl kurallarına uygun olması hâlinde, onama kararının kanun yolu talebinin reddedilmesi şeklinde olması öngörülmüştür²⁴¹.

²⁴⁰ Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 172-173; Stosch, **a.g.e.**, s. 213-214; Unberath, **a.g.m.**, s. 331. Dar istinaf sistemi ve istinaf derecesindeki yenileme yasağı, tarafların gerekli gereksiz tüm dava malzemesini ilk derece mahkemesinin önüne yığacakları için dosyaların ve iş yükünün aşırı artmasına neden olabileceği, istinafta yeni vakıalara dayanılamadığı için yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması hâlinde yargılama süresinin uzayabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 11 vd.; Stosch, **a.g.e.**, s. 214-216.

²⁴¹ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 35.

Yunan Hukuku dar istinaf sistemine yaklaşmakla birlikte, karma istinaf sisteminin örneklerinden sayılmaktadır. Yunan istinaf sistemini karakterize eden unsur, yeni vakıalara ve delillere dayanma imkânının sınırlı olmasıdır. Bu sistemde kural olarak yeni talepler ileri sürülemez, ancak sadece sonradan ortaya çıkan yeni talepler bakımından bu imkân söz konusudur. Karşı dava açılması kesinlikle mümkün değildir. Hüküm sebeplerinin değiştirilmesi, sadece sonradan ortaya çıkan vakıalar bakımından sözkonusu olabilir. Ayrıca, istinaf sebepleri, ancak yeni sebeplerin ileri sürülmesi konusundaki gecikme haklı bir mazerete dayanıyorsa değiştirilebilir. Kural olarak yeni delil sunulması ve istinaf mahkemesinin bu delilleri incelemesi mümkündür. İstinaf mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamı istinaf dilekçesi ile belirlenir. Bu sebeple, istinaf sebeplerinin dilekçede eksiksiz olarak belirtilmesi gerekir²⁴².

Kanımızca geniş ve dar kanun yolu sistemlerinin yanında karma sistemden de söz edilebilir. Zira burada, dar istinaf modelinden farklı olarak, taraflar kural olarak yeni delillere dayanma ve bazı hâllerde yeni vakıalar ileri sürme hakkına sahiptir. Oysa dar istinaf modelinde istinaf derecesindeki yenileme yasağı daha katıdır. Kural olarak, ilk derece yargılamasında gündeme gelmeyen vakıa ve delillere istinaf derecesinde dayanılmaz. Yeni vakıalar, ancak yargılamanın yenilenmesi ya da yeni bir dava açmak suretiyle ileri sürülebilir.

6.3. Türk İstinaf Sistemi Bakımından Değerlendirme

Kanun yolunun amacı bakımından istinaf, ilk derece mahkemesi kararlarını düzeltme ve iyileştirme amacına yönelik bir kanun yoludur. İstinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesi kararının iptalini veya değiştirilmesini talep eder. İstinaf mahkemesi yapacağı inceleme sonunda başvuruda bulunanın talebini haklı görürse, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebileceği gibi (m. 426/M, I, 1-6), uyuşmazlığın esası hakkında tahkikat yapıp yeni bir karar da verebilir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak

²⁴² Kolotouros, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Stelios, **a.g.e.**, s. 178 vd.

uyuşmazlığın esası hakkında davanın kabulü, reddi veya kısmen kabulü ve reddi şeklinde karar verebilir²⁴³. Bu kararlar ilk derece mahkemesinin kararını değıştirmeyi amaçlar.

Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımına göre, istinaf olağan bir kanun yoludur. İstinaf, ilk derece mahkemesinin henüz kesinleşmemiş nihaî kararlarına karşı başvuru ve kararın kesinleşmesini erteleyen olağan bir kanun yoludur.

Geniş, dar ve karma kanun yolu ayrımı bakımından, Avusturya Hukukuna göre daha esnek bir dar istinaf modelinin benimsendiğı kanısındayız²⁴⁴. Türk Hukukunda istinafın amacı, ilk derece yargılamasını ve mahkemenin nihaî kararları denetlemek ve tespit edilen eksikleri, hataları gidermektir. İstinaf mahkemesi vakıa mahkemesi gibi hareket edebilmekteyse de, bunu ilk derece mahkemesi gibi tamamen yeni bir yargılama yapmak ve doğrudan uyuşmazlığı çözmek için değil, ilk derece yargılamasındaki veya kararındaki hataları düzeltmek amacıyla yapmaktadır.

İstinafa başvuran taraf, dilekçesinde istinaf sebeplerini belirtmek zorundadır (m. 426/B, I, 6). İstinaf sebepleri dilekçede hiç gösterilmemişse, kamu düzenine aykırılık bulunmadığı takdirde, istinaf talebi ön inceleme aşamasında reddedilir (m. 426/L)²⁴⁵. Zira, istinaf incelemesi istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılabilir ve istinaf sebebi olarak ileri sürülmeyen hususlar mahkeme tarafından dikkate alınamaz.

Kanun koyucunun istinafı bir denetim yargılaması olarak sınırlandırmış olması, dar istinaf sisteminin benimsendiğini gösteren önemli argümanlardan biridir. İstinafta yapılamayacak işlemleri düzenleyen 426/R maddesine göre, istinaf derecesinde karşı dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, dava ıslah edilemez, aynı istinaf mahkemesinde görülen davalar hariç davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye

²⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 632 vd.; Konuralp, **Usûl**, s. 187 vd.

²⁴⁴ İstinaf incelemesinin kapsamına ilişkin hükümlerden hareketle aynı sonuca varan görüş için bkz. Karayalçın, **Usûli Müktesep Hak**, s. 163, dn. 23.

²⁴⁵ Ancak, istinaf dilekçesi başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıyorsa diğer hususlar bulunmasa bile istinaf dilekçesinin reddedilmeyeceğı ve 426/O maddesi kapsamında inceleme yapılabileceğı kabul edilmiştir (m. 426/B, II). 426/O maddesine göre, istinaf mahkemesi incelemesini istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapabilir. Ancak, kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumlar istinaf mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınabilir.

mahkemesince re'sen gözetilecekler dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmez, yeni delillere dayanılmaz²⁴⁶.

Kanun koyucu, istinafı salt ikinci olay derecesi şeklinde yapılandırmak isteseydi, özellikle dava malzemesinin toplanması konusunda sınırlama getirmeyi tercih etmezdi. Geniş istinaf kabul edilmiş olsaydı, her hâlukarda davanın esasına ilişkin yeni bir karar verileceğinden, duruşma yapılmadan esas hakkında karar verilmesi mümkün olmazdı. Oysa benimsenen modelde, istinaf mahkemesi bazı hâllerde esas hakkında duruşma yapmadan da karar verebilmektedir (m. 426/M, II, 1-3). İstinaf mahkemesi, istinaf talebini haklı bulmadığı takdirde ise, ilk derece mahkemesi kararının doğruluğunu tekrarlayarak yeniden esas hakkında karar vermeyecek, sadece istinaf talebini reddedecektir(m. 426/M, II, 1).

İstinaf mahkemesi esas hakkında tahkikat yapılmasına karar verirse, tahkikat tüm yargılamanın yeniden tekrarlanması şeklinde gerçekleşmeyecektir. İstinaf mahkemesi, sadece hatalı bulunduğu işlemleri tekrar edecek veya eksik olan hususları tamamlayacaktır²⁴⁷.

İstinaf derecesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanma imkânı tanınmamış, ancak istisnâî birkaç durumda (bunların çoğu gerçek anlamda yeni iddia ve savunma vasıtası değildir), yeni delillerin getirilmesine ve yeni vakıalara izin verilmiştir. Bu bağlamda Türk istinaf sistemi, karma istinafa benzemekteyse de iki sistem arasında önemli bir fark vardır. Karma sistemde, kural olarak yeni delillere ve vakıalara dayanma imkânı kabul edilmekte, ancak bu hak sınırlandırılmaktadır. Türk Hukukunda ise, tam tersine kural olarak yeni iddia ve savunma vasıtaları yasaklanmakta, ancak pek istisnâî durumlarda yeni iddia ve savunma vasıtalarına izin verilmektedir²⁴⁸. İlk derece yargılamasının sona ermesinden sonra ortaya çıkan vakıalar, taraflarca ileri sürüldüğü takdirde istinaf mahkemesinde dikkate alınmalıdır. Kanunda bu tür yeni vakıaların dikkate alınmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. İstinafın öncelikli işlevi ilk derece mahkemesinin kararını denetlemek ve hataları düzeltmekse de bu görev sadece ilk derece hâkiminin

²⁴⁶ İstisnai olarak, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilemeyen deliller istinaf derecesinde incelenebilir.

²⁴⁷ Bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 3. vd.

²⁴⁸ Bkz. aşağı. 3. Bölüm, Balık 3.5.3. vd.

sübjektif hatalarını düzeltmekten ibaret değildir. Başka bir deyişle, istinaf mahkemesi ilk derece kararının verildiği durum ve tarih itibarıyla ilk derece kararını denetlemekle yetinmeyip, aynı zamanda objektif doğruluğu da araştırmakla yükümlüdür²⁴⁹.

Hâkimin vakıaları hatalı veya eksik tespit etmesi ya da hukuku yanlış uygulaması, hukukun “sübjektif ihlâli” olarak nitelendirilmektedir. Zira, yanlış karar verilmesine neden olan işlem ve kararlar hâkime aittir. Buna karşılık, ilk derece yargılamasında taraflarca bilinmeyen bir delilin hüküm verildikten sonra ortaya çıkması, hüküm verildikten sonra meydana gelen bir vakıanın ilk derece mahkemesi tarafından dikkate alınamaması ya da ilk derece mahkemesi hükmünü verdikten sonra yeni hukuk kurallarının yürürlüğe girmesi gibi durumlar da ilk derece kararının yanlış olmasına neden olabilir. Bu kez hâkimin sübjektif hatasından değil, mahkeme kararının “objektif yanlışlığından” söz edilir. Zira, yanlış karar verilmesine neden olan hâkimin işlemi veya eylemleri değil, onun elinde olmayan bazı gelişmelerin gerçekleşmesidir²⁵⁰.

Objektif doğruluğu araştırmaya yönelik araçların türü, sayısı ve kapsamı, benimsenen istinaf modeline göre farklı olabilir. Türk Hukukunda, kural olarak, istinaf derecesinde yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesine izin verilmemiş (m. 426/R, I), dava malzemesinin ilk derece yargılamasında zaten toplanacağı varsayılmıştır. Buna karşılık, istinaf hâkimi bazı vakıaları ve delilleri re’sen inceleyebilecek veya ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan yeni vakıaları, taraflarca ileri sürülmesi hâlinde, dikkate alabilecektir. İstinafta kural olarak yeni delillere başvurulmasına izin verilmemiştir (m. 426/R, III). Ancak, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, istinaf mahkemesince incelenebilecektir (m. 426/R, III)²⁵¹.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, Türk Hukukundaki istinaf, daha çok dar istinaf modelinin temel özelliklerini almış²⁵², bundan doğabilecek sakıncaları

²⁴⁹ Kolotouros, **a.g.e.**, s. 39; Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 171.

²⁵⁰ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 59.

²⁵¹ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 3.4. ve 3.5.

²⁵² Aynı yönde bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 646.

önlemek amacıyla, yeni iddia ve savunma vasıtalarının yargılamaya sokulması noktasında açık kapı bırakmıştır. Bir yandan tarafları ve mahkemeyi daha fazla düşünmeye, dikkatli davranmaya yönlendiren, diğer yandan da tarafları kendi ihmalleri ve kusurlarından kaynaklanmayan eksikliklerden koruyan bir model oluşturulmuştur.

Kanımızca kanun koyucu dar istinafı benimseyerek isabetli bir tercihte bulunmuştur²⁵³. Bu model, etkin hukukî korumayı sağlamaya ve adil yargılanma hakkını gerçekleştirmeye hizmet edebilecek niteliktedir. Hataların denetimini amaçlayan dar istinaf, usûlün nihaî amacına ulaşmak bakımından yeterli teminatları içermektedir. Ancak, bu hedefe ulaşılabilmesi için, ilk derece yargılamasında dava malzemesinin eksiksiz toplanması, değerlendirilmesi ve uyuşmazlığı çözmeye yönelik doğru bir karar verilmesi için gerekli özen ve gayret gösterilmelidir. İlk derece mahkemesi ve taraflar üzerlerine düşen görevleri yerine getirirlerse, istinaf derecesinde yapılacak denetim daha hızlı ve sağlıklı olabilecektir.

İstinaf derecesi, ilk derece yargılamasının devamı niteliğinde ve uyuşmazlığın çözümü yolunda tarafların kozlarını paylaşacakları asıl arena olarak görülmemelidir. Aksi yöndeki yaklaşım, Almanya’da 2002 yılındaki reformdan önce olduğu gibi, ilk derece yargılamasının sadece dava malzemesinin toplandığı bir derece olarak önemsiz görülmesine, istinaf mahkemelerinin iş yükünün aşırı artmasına ve davaların uzamasına neden olmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır.

7. ALEYHİNE İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLAR

7.1. Genel Olarak

Uyuşmazlıkları çözmek ve sübjektif hakları gerçekleştirmek amacıyla oluşturulan yargılama ve kanun yolu modelleri, istisnasız her hukuk sisteminde, çeşitli sınırlamalara tâbi kılınmaktadır. Bu sınırlandırmalar, bir yandan uyuşmazlıkların devlet yargısı önünde

²⁵³ Türk Hukukunda klasik istinaf yerine, atipik bir istinaf modelinin daha yararlı olacağı, baştan sona yeniden yargılama yapılması yerine eksikliklerin tamamlanması anlayışını benimseyen bir modelin benimsenmesi gerektiği konusunda bkz. Alp, “İl Üst Mahkemelerinin Kuruluşu”, s. 31.

mümkün olan en kısa süre içinde çözülmesi ihtiyacından, diğer yandan devletin yargı işlevinin yerine getirilmesi için tahsis edilen kaynakların kısıtlı olmasından kaynaklanmaktadır. Büyük-küçük veya önemli-önemsiz her uyuşmazlık bakımından hak arama hürriyetinin sınırsız kullanılması, uyuşmazlıkların sona ermesini geciktireceği gibi, yargı mercileri önünde biriken işler sebebiyle hukukî sorunların çözülemez hale gelmesine neden olabilir. Hukukî korunmayı temin etmeye çalışan usûl hukuku, hak arayanlar için etkin hukukî korunmayı ve hukukî güvenliği aynı zamanda sağlamalıdır²⁵⁴. Yargısal hakların kullanılmasına ancak belli bir dereceye kadar izin verilebilmesi bu denklemin bir sonucudur²⁵⁵.

Hak arama hürriyetinin uzantısı sayılan kanun yoluna başvuru hakkı, mahkemelerin belirli türdeki veya belirli bir değer altındaki kararları bakımından sınırlandırılmaktadır. Buna ek olarak mahkeme gibi yargısal karar veren başka mercilerin kararlarına karşı istinafa başvurulması engellenmiş olabilir. Ayrıca, öngörülen sınırlamaların kapsamı ve uygulanış şekli ülkeden ülkeye farklılık arz edebilir. Örneğin Almanya’da, belirli bir değer altındaki kalan ilk derece kararlarına karşı istinafa başvurulamazken²⁵⁶; İngiltere’de değere bağlı başvuru sistemi yerine, kural olarak kararı veren veya istinaf denetimini yapacak olan mahkemenin iznine bağlı bir sınırlandırma yöntemi benimsenmiştir²⁵⁷.

Aşağıda açıklamaya çalışacağımız başvuru engelleri, taraflar açısından hak arama özgürlüğünün sınırlarını, mahkemeler ve yüksek yargı organları bakımından ise, yargılama ve denetim işlevinin kapsamını belirlemektedir. Söz konusu sınırlandırmalar istinafin caizliği ile ilgili olup, üst mahkemenin bu konuda vereceği karar, istinaf talebinin haklı olup olmadığına değil, sadece usûlüne uygun ve geçerli olup olmadığına ilişkindir²⁵⁸.

²⁵⁴ Krehl, **a.g.e.**, s. 74; Koussoulis, **a.g.e.**, s. 177; Akkan, **a.g.m.**, s. 41 vd., 50.

²⁵⁵ Mahkemelerin bütün kararlarına karşı kanun yolu hakkının tanınmasının, kararların denetimini olumsuz yönde etkilediği ve yargının işlevselliğine zarar verdiği kabul edilmektedir. Bu sebeple kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılması, Anayasa bakımından hakkın özünü ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. Alangoya, “**Kanun Yolunun Anayasal Temeli**”, s. 38.

²⁵⁶ Krehl, **a.g.e.**, s. 74; Stürner, **a.g.e.**, s. 150.

²⁵⁷ Stürner, **a.g.e.**, s. 154.

²⁵⁸ Bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 2.2. vd.

İstinafın caizliği veya haklılığı birbirinden farklı konulardır. İstinafın caiz olması hukukî yararı olan tarafın, istinafa başvurarak ilk derece kararının incelenmesini ve değiştirilmesini talep edebilmesini ve istinaf mahkemesinin esas hakkında inceleme yapabilmesini ifade eder. İlk derece mahkemesi kararının kanun yoluna tâbi olması, süresinde kanun yoluna başvurulması, hukukî yarar bulunması, kanunda belirlenen şekil kurallarına uygun başvuru yapılması, malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun belirli bir değer üzerinde olması kanun yolunun caiz olması için aranan şartlardır²⁵⁹. İstinafın caiz olup olmadığını, hem istinaf mahkemesi hem de kararı veren ilk derece mahkemesi inceleyebilir. İlk derece mahkemesi istinaf başvurusunun caiz olmadığı kanısındaysa istinaf talebini reddedebilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/F maddesine göre, kararı veren ilk derece mahkemesi, yasal süre geçtikten sonra veya kesin olan bir karara karşı istinafa başvurulduğunu tespit ederse bu talebi reddeder.

İstinafın haklılığı ise, istinafa başvuranın taleplerinin kısmen veya tamamen yerinde görülmesi ve lehine karar verilmesidir. İstinaf talebinin esastan kabul edilmesi, başvurunun haklı olduğu anlamına gelir. İstinafın haklı olup olmadığına, sadece istinaf hakkında esastan inceleme yapan istinaf mahkemesi karar verebilir.

Bundan sonraki başlıklarda, hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceğini ve bu konudaki sınırlamaları açıklamaya çalışacağız.

7.2. Kararı Veren Mercie Göre Sınırlandırma

Kişiler arasındaki uyuşmazlıklar, kanunî düzenlemelere ve tarafların tercihlerine göre, farklı türdeki yargılama faaliyetlerine tâbi olabilir. Kural olarak uyuşmazlıkların çözüm yeri devlet yargısıdır. Haklarının ihlâl edildiğini düşünen kişiler, mahkemelere başvurarak devletin uyuşmazlığı çözmesini ve haklarının cebri icra yoluyla elde edilmesini isterler. Devlet yargısında, öncelikle ilk derece mahkemelerinin yargılama faaliyeti söz konusu olduğundan, kanun yolu denetiminin konusunu da öncelikle bu mahkemelerin kararları oluşturmaktadır.

²⁵⁹ Schilken, **a.g.e.**, s. 436 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, s. 1640; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 188 vd.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/A maddesi, ilk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı istinafa başvurulabileceğini öngörmüştür. Maddenin açık hükmüne göre, ilk derece mahkemeleri arasında ayırım yapılmamıştır. Adli yargıda bulunan ilk derece hukuk mahkemeleri, genel mahkemeler ve özel (uzmanlık) mahkemeler olarak ikiye ayrılır. Buna göre, genel ve özel mahkemeler tarafından verilen usûle ve esasa ilişkin nihaî kararlar, diğer koşullar da mevcutsa, istinafa konu olabilir²⁶⁰.

Mahkemelerin sadece çekişmeli yargıda verdikleri kararlar değil, aynı zamanda çekişmesiz yargı işleri hakkındaki kararları da kanun yoluna tâbidir²⁶¹. Yargıtay özellikle kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukukuyla ilgili çekişmesiz yargı kararlarının temyiz edilmesine izin vermektedir²⁶². İstinaf mahkemeleri göreve başlayınca, çekişmesiz yargı kararlarına karşı sadece istinaf yoluna başvurulabilecek, temyiz yoluna gidilemeyecektir (m. 428, I, b. 4).

Kişiler devlet yargısına başvurmak yerine, belli uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu da tercih edebilirler. Bu durumda uyuşmazlık hakem denilen özel kişilerce çözülür. Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri haklar konusunda başvurabilecekleri ve esasları HUMK, MTK veya uluslararası düzenlemelerle belirlenen özel yargılama faaliyeti niteliğindeki uyuşmazlık çözme yöntemidir. Hakem mahkemesi tarafından verilen karar, mahkeme kararları gibi uyuşmazlığı esastan çözer ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Hakem kararına karşı, mevcut (tek dereceli) kanun yolu sisteminde, sadece temyize başvurulabilmektedir (m. 533, I). Yargıtay, temyiz incelemesini 533'üncü maddede sınırlı olarak sayılan sebeplere istinaden yapmaktadır. Bu temyiz sebepleri, hakem kararının esas ve içeriğinden ziyade şeklî koşullara ilişkindir. Örneğin,

²⁶⁰ Nevhis Deren Yıldırım, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", **Özer Seliçi'ye Armağan**: 693-712 (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s. 695. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5308 s.K. ile değişik (RG 18.3.2005, S. 25759) 8'inci maddesinde, iş mahkemesince verilen nihaî kararlara karşı istinafa başvurulabileceği, para ile değerlendirilemeyen davalar ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri 1.000 lirayı geçmeyen davalarda verilen nihaî kararların ise kesin olduğu belirtilmiştir.

²⁶¹ Türk Hukukunda bağımsız bir çekişmesiz yargı sisteminin mevcut olmaması nedeniyle, çekişmesiz yargı kararları ile çekişmeli yargı kararlarına karşı başvuru kanun yolları bakımından farklılık olmadığı konusunda bkz. Baki Kuru, **Nizasız Kaza** (Ankara: 1961), s. 199 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 56.

²⁶² Ali Cem Budak, **Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması** (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2000), s. 132.

hakem heyetinin altı aylık tahkim süresi sona erdikten sonra veya yetkisi dışındaki hususlar hakkında karar vermiş olması bu sebeplerden birkaçıdır. Temyiz sebeplerinin tahdidi olarak sayılması, devletin hakem kararına ve dolayısıyla tarafların iradesine pek fazla müdahale etmek istemediğini göstermektedir.

Hakem kararlarına karşı, sınırlı sebeplerle de olsa temyiz yolu açık olmasına rağmen, istinaf tahkimin niteliğine aykırı olduğundan, hakem kararlarına karşı istinafa başvurulamayacaktır. Taraflar tahkim yolunu tercih ederek, uyuşmazlığı devlet mahkemeleri dışında çözmeyi, zamandan tasarruf etmeyi ve gizliliği amaç edinirler. Tahkimin amacı, uyuşmazlığın esasına ilişkin incelemeyi, mahkemeler yerine hakem denilen özel kişilere yaptırmaktır. Hakemler çoğu zaman hukukî ve teknik sorun hakkında uzman kişiler olduklarından, devlet yargısına tercih edilirler. Oysa istinaf mahkemesi, maddî ve hukukî sorunu bir arada inceleyebilir, vakia tespitlerini doğru veya yeterli bulmazsa, tahkikatı tamamlayarak ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararını değiştirebilir. İstinafın bu özelliği, hakeme gitmek yönündeki taraf iradelerine aykırı olduğundan, hakem kararlarını istinaf denetiminin dışında bırakmayı gerekli kılmaktadır. Pozitif hukuk da hakem kararlarını istinafa tâbi kararlar arasında sayılmamış, Kanunun 533'üncü maddesinde, bu kararlara karşı sadece temyiz hakkı tanınmıştır. Sonuç olarak, HUMK'da düzenlenen hakem kararlarına karşı istinafa değil, önceden olduğu gibi sadece temyize başvurulabilecektir²⁶³.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre verilen ve yabancılık unsuru içeren hakem kararlarına karşı da istinafa başvurulamayacaktır. Bu Kanuna dayanan hakem kararlarına

²⁶³ Yabancı hukuk sistemlerinin bir kısmında hakem kararlarına karşı istinaf yolu açıktır. Örneğin Fransız Hukukunda, iç tahkimde verilen hakem kararlarına karşı istinafa başvurulabilmektedir. Bkz. Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973), s. 191; Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 124. Alman Hukukunda, hakem kararlarına karşı iptal yoluna başvuru hakkı tanınmış (§ 1059 dZPO), istinaf ve temyiz yolu açılmamıştır. Bkz. Alangoya, **Tahkimin Niteliği**, s. 191; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 1295. Avusturya Hukukunda, § 595 öZPO'da sınırlı olarak sayılan nedenlere dayanılarak iptal davası açılabilir, istinaf ve temyiz imkânı yoktur. Bkz. Feil/Kroisenbrunner, **a.g.e.**, s. 1262 vd.; Rechberger/Kodek, **a.g.e.**, s. 95. İsviçre Hukukunda, milletlerarası ticari tahkime ilişkin hakem kararlarına karşı temyize değil, iptal yoluna başvurulabilmektedir. Bkz. Mesut Aygün, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu", **MİHDER**, C. 3, S. 8: 661-695 (2007), s. 664, 683.

karşı öngörülen hukukî çare iptal davasıdır²⁶⁴. Taraflar, hakem kararının iptali için o davaya bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine başvurabilirler (MTK m. 15, I). İptal davasında verilen karara karşı ise, temyize gidilebilecektir (MTK m. 15, VI). Bu noktada, iptal davasında verilen kararlara karşı istinafa başvurulup başvurulamayacağı sorusu akla gelmektedir. Hakem yargılamasının niteliği ve kanuni düzenleme dikkate alındığında bu soruya da olumsuz yanıt verilmelidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenen iptal davası ve temyiz nedeniyle zaten uzun olan tahkim süreci, istinafin da eklenmesiyle daha da uzun hâle gelebilir. İptal davası hakkında verilen kararlara karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği Kanunda açıkça belirtilmiş; ancak, başvuru yolları arasında istinafa yer verilmemiştir.

Bazen taraflar istemese dahi, belli kişiler veya belli türdeki hukukî uyuşmazlıkların davadan önce, mahkeme dışında başka bir merci tarafından çözülmesi öngörülmüş olabilir. Örneğin, tüketici hukukuyla ilgili ve hukukî ilişkinin bir tarafında tüketicinin yer aldığı uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusunun değeri belli bir parasal miktarın altında ise, öncelikle tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması gerekmektedir (TKHK m. 22, V, c. 1). Tüketici sorunları hakem heyeti tarafından verilen kararlar, ilâm niteliğinde kabul edildiğinden, mahkeme kararı gibi cebren icra edilebilmektedir (TKHK m. 22, V, c. 2). Tüketici sorunları hakem heyetine başvuru, Türk Hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmektedir²⁶⁵.

Tüketici sorunları hakem heyetinin belirli bir değerin altındaki uyuşmazlıklara ilişkin kararlarına karşı, sadece tüketici mahkemesinde itiraz yoluna başvurulabilir. İtiraz üzerine tüketici mahkemesi tarafından verilen kararlar kesin olduğundan, başka bir deyişle, bu kararlara karşı kanun yolu açılmadığından istinafa başvurulamaz (TKHK m. 22, V, c. 4). Buna karşılık, kanunda öngörülen parasal sınırın üzerindeki tüketici uyuşmazlıklarında tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu değildir. Bu durumda hakem heyetinin

²⁶⁴ Aygün, **a.g.m.**, s. 677.

²⁶⁵ Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s. 129 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 724; Konuralp, **İspat**, s. 7; Halûk Konuralp, “20. yy. Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış”, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Y. 2, S. 10: 537-543, s. 538; Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, s. 396.

verdiği karar tüketici mahkemesine sadece delil olarak sunulabilir (TKHK m. 22, VI). Bu ihtimalde, tüketici sorunları hakem heyetinin kararına karşı değil, ama tüketici mahkemesinin kararına karşı, koşullarının bulunması hâlinde, istinafa başvurulabilecektir.

7.3. İlk Derece Mahkemesinin Karar Türlerine Göre Sınırlandırma

İlk derece mahkemesinin kararları, ara kararlar ve nihaî kararlar şeklinde veya esasa ilişkin ve usûle ilişkin kararlar olarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma, istinafa tâbi kararların belirlenmesi bakımından önemlidir. Ara karar ve nihaî karar ayrımı, kararını veren hâkimin uyuşmazlığı çözmeye devam edip etmemesine göre yapılır. Hâkim kararını verdikten sonra uyuşmazlıktan elini çekiyorsa bu bir nihaî karardır. Hâkim uyuşmazlığı görmeye devam ediyor ve işten el çekmiyorsa bu bir ara karardır²⁶⁶.

Bu ayrıma göre, ilk derece mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı istinafa başvurulabilir (m. 426/A, I)²⁶⁷. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen ve kesin olmayan hüküm ve nihaî kararlar istinafa tâbidir (5235 s.K. m. 33, b. 1). Mahkemelerin ara kararlarına karşı ise tek başına kanun yoluna başvurulamayacağından, ancak esas hakkında verilen nihaî kararla birlikte istinafa başvurulabilir. Belirtmeliyiz ki, ara kararları bu sınırlandırma nedeniyle tamamen istinaf ve temyiz denetimi dışında kalmamakta, sadece yargısal faaliyetin işleyişini kolaylaştırmak ve denetimi etkin kılmak amacıyla daha sonraki bir zaman dilimine ertelenmektedir²⁶⁸.

Kanun yolu denetiminin yapılabilmesi için öncelikle uyuşmazlığa ilişkin tahkikatın tamamlanmasını ve esasa veya usûle ilişkin bir karar verilmesini beklemek pratik bir gerekliliktir. Zira, henüz yeterli bir inceleme yapılmadan, sadece bu incelemenin

²⁶⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 522; Üstündağ, **Yargılama**, s. 82; Muhammet Özekes, “Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, **YD**, C. 26, S. 4: 661-699 (2000), s. 663; Abdurrahim Karslı, **Medenî Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler** (İstanbul: 2001), s. 150.

²⁶⁷ Ancak nihaî karar niteliğinde olmasına rağmen istinafa tâbi olmayan yargısal kararlar da olabilir. Örneğin, TTK m. 5, III; KMK m. 33, III; TTK m. 249, Kooperatifler Kanunu m. 21, son; TKHK m. 22, IV vb.

²⁶⁸ Fransız Hukukunda, ara kararlara veya ihtiyatî tedbir kararlarına karşı asıl hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulması “ertelenmiş istinaf” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Konuralp/Hanağası, “**İptal Amaçlı İstinaf**”, s. 1805.

ilerlemesini sağlayıcı nitelikteki kararı kanun yoluna tâbi tutmak, mahkemelerin yargılama yapmasını ve karar vermesini oldukça güçleştirebilir. Mahkemenin yargılamayı yürütmek ve ileride esas hakkında vereceği karara hazırlık yapmak amacıyla verdiği ara kararları kanun yoluna tâbi kılmak, mahkemelerin işleyişini ve uyuşmazlıkların makul sürede çözülmesini engelleyerek, iş yükünün artması ve yargılamanın katlanılamayacak derecede uzaması gibi sorunlara neden olabilir.

Mahkeme kararları, usûle ve esasa ilişkin kararlar veya karar vermeye gerek olmayan hâllerde davanın konusuz kalması nedeniyle verilen kararlar şeklinde de sınıflandırılmaktadır. Usûle ilişkin kararlar, mahkemenin uyuşmazlığın esası dışında usûli sorunlar hakkında verdiği kararlardır. Örneğin, hâkimin davaya bakmasının yasaklı olması nedeniyle verdiği çekinme kararı usûle ilişkindir. Esasa ilişkin kararlar ise davada ileri sürülen talepler hakkında, maddî hukuka göre yapılan inceleme sonunda, hukukî korunma isteminin kabul veya reddine ya da kısmen kabul ve reddine ilişkin kararlardır²⁶⁹. Esasa ilişkin nihaî kararlar hüküm olarak da adlandırılır²⁷⁰.

Esasa ilişkin karar, maddî hukuka ilişkin uyuşmazlığı kesin ve nihaî olarak ortadan kaldırmaya (çözmeye) yöneliktir. Usûle ilişkin karar ise daha ziyade hâkimin yargılamayı yürütme yetkisi kapsamında yapılan mahkeme usûl işlemleridir. Örneğin, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesi kararı (m. 45) veya yanlış mahkemede açılan davada verilen görevsizlik kararı (m. 27) bu niteliktedir. Usûle ve esasa ilişkin karar ayrımı, mahkeme kararının kanun yoluna tâbi olması bakımından farklılık yaratmaz. Nihaî karar niteliğinde olması kaydıyla, kural olarak usûle ilişkin kararlara karşı istinafa başvurulabilir²⁷¹.

²⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 522; Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 664; Karslı, **Usûli İşlemler**, s. 151 vd.

²⁷⁰ Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 664. Ayrıca bkz. HMKT m. 298.

²⁷¹ Usûle ilişkin nihaî karar olmasına rağmen, işbölümü itirazının kabulü ile verilen gönderme kararının (TTK m. 5, III), temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir (YİBK 24.4.1967, 12/3- RG 28.6.1967, 12633; YİBK, 11.10.1976, 5/5- RG 7.12.1976, 15782). İşbölümü itirazının kabulü üzerine verilen gönderme kararı, verildiği anda kesin olan kararlara benzeyen bir karardır ve ancak esas hakkında verilen hükümle birlikte temyiz edilebilir. Bu kural münhasıran iki tarafın arzusuna tâbi olmayan davalarda uygulanmaz. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 86-87; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 133; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 199. “24.04.1967 tarih ve 12/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme

Usûle ve esasa ilişkin karar ayrımı, özellikle başvuru neticesinde yapılacak denetimin kapsamı bakımından önemlidir. Eğer istinafın konusu usûle ilişkin bir kararsa, istinaf mahkemesi sadece usûl kurallarına aykırılık olup olmadığını inceleyebilir; ancak uyuşmazlığın esası hakkında bir denetim yapamaz ve esas hakkında karar veremez. Zira, bu ihtimalde maddî ve hukukî soruna ilişkin istinaf denetiminin konusu olabilecek bir mahkeme kararından söz edilemez. İstinaf mahkemesi usûle ilişkin karar hakkında yapacağı incelemenin yanında, esas hakkında da karar verirse, bir yandan ilk derece mahkemesinin yetki alanına müdahale etmiş, diğer yandan da ilk derece mahkemesine başvurma hakkını ortadan kaldırmış olacaktır²⁷².

İstinafa tâbi ilk derece mahkemesi kararları bakımından incelenmesi gereken diğer bir karar türü de geçici kararlardır. Bunlar daha çok ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî koruma tedbirine ilişkin mahkeme kararlarıdır²⁷³. İhtiyatî haciz bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 258'inci maddesinde 5311 s.K. ile yapılan değişikliğe göre,

Kararı'nda ve gönderme kararının verildiği tarihte yürürlükte olan Tarife'nin 7/son maddesi hükmünde, gönderme kararları nedeniyle vekalet ücretine hükmedilemeyeceği öngörüldüğü halde, mahkemece, davacı aleyhine vekalet ücretine de hükmedilmiştir. Az önce belirtilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, "TTK.nun 5/3 ncü madde hükmü karşısında, gönderme kararlarının verildikleri anda kesin olup, yalnız başına temyiz edilemeyeceği ve ancak esas hükümle birlikte temyiz olunabileceği, bu kararın niteliğine tamamen yabancı olan ve onunla bağdaşması mümkün olmayan nihaî bir hükmün bu karar ile birlikte yanılı sonuca verilmesi hâlinde, gönderme kararının nihaî hükme ilişkin bu bölümünün yalnız başına temyizinin mümkün olduğu" öngörülmüştür." 11. HD, 29.11.2004, 2680/11555; Aynı yönde 11. HD, 3.2.2005, 2004/15255, 2005/649 (KİB). Bu çözüm tarzının istinaf bakımından da benimsenmesi gerektiği kanısındayız. İşbölümü itirazı üzerine verilen gönderme kararı tek başına istinafa tâbi değildir. Gönderme kararı, ancak esas hakkında verilen hükümle birlikte istinaf incelemesinin konusu olabilir. İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın ilgili ticaret veya asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verebilmesi için, istinaf sebepleri arasında işbölümü kurallarına uyulmadığının, istinafa başvuran tarafça belirtilmesi ve işbölümüne aykırılık dışında başka maddî veya hukukî hataların da bulunması gerekir. Aksi halde, sadece işbölümü kuralına uyulmamış olması gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilemeyeceği kanısındayız. Ayrıca, İİK' nun 134'üncü maddesine göre, ihalenin feshi yoluna başvurulması hâlinde görevsiz veya yetkisiz olduğunu düşünen genel mahkeme ve icra mahkemesi tarafından verilen yetkisizlik ve görevsizlik kararı kesindir. Bu karar usûle ilişkin nihaî karar olmasına rağmen istinafa tâbi değildir (İİK m. 134, III). İcra takibinin satış aşamasında icra dairesi tarafından haczedilen taşınmazların kıymet takdirine ilişkin icra dairesi kararlarına karşı yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet yetkisiz icra mahkemesine yapılırsa icra mahkemesi dosya üzerinden inceleme yaparak yetkisizlik kararı verebilir. Bu yetkisizlik karar kesindir (İİK m. 218a, IV). Hacizde üçüncü şahsın istihkak iddiası üzerine alacaklı veya borçlu itiraz ederse dosya takibin devamı veya ertelenmesi yönünde karar vermesi için icra mahkemesine gönderilir. İcra mahkemesinin takibin devamına dair kararı kesindir (5311 s.K. ile değişik İİK m. 97, V).

²⁷² Bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 5.3.2.1.1. vd.

²⁷³ Özkes, **İhtiyatî Haciz**, s. 41, 233; Özkes, **"Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm"**, s. 664.

ihtiyatî haciz talebi reddedilen alacaklının kanun yoluna, bu çerçevede istinafa başvurabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu başvuru istinaf mahkemesince öncelikli işlerden kabul edilerek hemen incelenir ve kesin olarak karar verilir (5311 s.K. ile değişik İİK m. 258, III). Yeni düzenlemeye göre ihtiyatî haciz talebinin reddi kararına karşı artık sadece istinafa gidilebilecek, temyize başvurulamayacaktır. Bu durum hak arama hürriyetini ihlâl eden veya sınırlandıran bir düzenleme olarak düşünülmemelidir. Zira, davanın esası hakkında genel hükümlere göre temyize başvurma imkânı zaten varlığını korumaktadır²⁷⁴.

İhtiyatî haciz bakımından istinafa başvuru imkânı öngörülmesine rağmen, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı aynı hak tanınmamıştır. Bununla beraber yakın zamanda öğretilde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, geçici nihaî karar olarak kabul edilmesi gereken ihtiyatî tedbir kararlarına karşı, kanun yoluna başvuru imkânı tanınmalıdır²⁷⁵. Bu eksiklik, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 395’inci maddesinde yapılan düzenlemeyle giderilmek istenmektedir. Söz konusu hükme göre, “*İhtiyatî tedbir talebinin reddi hâlinde, istinaf yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır*”. Ayrıca ihtiyatî tedbir kararları hakkındaki itiraz başvurusu sonunda verilen kararlara karşı da kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmektedir (HMKT m. 398, V).

Tasarıda, ihtiyatî tedbir kararına itiraz üzerine verilen mahkeme kararına karşı, sadece kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiş, ancak bu kanun yolunun türü gösterilmemiştir. Kanımızca, “kanun yolu” kavramıyla kastedilen öncelikle istinaftır²⁷⁶. Zira, ihtiyatî tedbir kararı ve bu karara itirazın gündeme gelebileceği ilk ve asıl aşama, ilk derece yargılamasıdır. İstinaf mahkemesince ihtiyatî tedbir talebinin reddi hâlinde (HMKT m. 395, III) ve ihtiyatî tedbir kararına itiraz hakkında verilen kararlara (HMKT m. 398, V) karşı ise temyize başvurulacaktır. Tasarıda, hangi kanun yolunun açık olduğu somut olarak belirtilmeden, genel olarak “kanun yoluna” başvuru olanağının tanınması, istinaf

²⁷⁴ Bkz. Adalet Komisyonu Raporu (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss804m.htm>).

²⁷⁵ Bu konuda bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 5.5.2. Geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulabileceği yönünde bkz. Deren Yıldırım, **İstinaf Sebepleri**, s. 695.

²⁷⁶ İhtiyatî haciz kararları konusunda aynı yönde yapılan yorum için bkz. Özkes, “**İstinaf**”, s. 3104-3105; Pekantez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 621 vd.

mahkemelerinin de ihtiyatî tedbir talepleri hakkında karar verebilecekleri ve bu kararlara karşı temyize başvurulabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

Tasarıda, “kanun yolu” gibi genel bir ifadenin kullanılmış olması, ihtiyatî tedbir talebi hakkında karar veren merciin ilk derece veya istinaf mahkemesi olmasına göre, istinaf veya temyiz yoluna başvurulmasına imkân tanımaktadır. Ancak, ihtiyatî haciz bakımından İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan düzenleme, Tasarıdaki düzenleme ile uyumlu değildir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 5311 s.K. ile değişik 265’inci maddesinin son fıkrasında, ihtiyatî haciz kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı sadece istinafa başvurulabileceği ve bölge adliye mahkemesinin vereceği kararın kesin olduğu; keza 5311 s.K. ile değişik 258’inci maddenin 3’üncü fıkrasına göre, ihtiyatî haciz talebinin reddi hâlinde istinaf yoluna başvurulabileceği ve istinaf mahkemesinin kararının kesin olduğu belirtilmiştir. İstinaf mahkemesi tarafından ihtiyatî haciz talebi hakkında karar verilmesi durumunda kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda Kanunda açık hüküm bulunmaması tereddütlere neden olacaktır. Kanımızca, Tasarının ihtiyatî tedbir bakımından öngördüğü düzenleme, ihtiyatî haciz bakımından da yapılmalı ve ihtiyatî haciz talepleri konusundaki istinaf mahkemesi kararlarına karşı kanun yolu açılmalıdır. Böylece benzer amaçlara hizmet eden kurumlar arasında uyum sağlanacaktır.

Kanımızca, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz dışındaki diğer geçici hukukî koruma kararlarına karşı da istinaf yolu açılmalıdır²⁷⁷. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na göre, ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbir ve delil tespiti talepleri hakkında verilen kararlara karşı istinafa başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir (HMKT m. 345, I). Böylece geçici hukukî koruma tedbirleri konusundaki yanlışlıklar düzeltilerek, çelişkili hukukî uygulamalar önlenebilecektir.

²⁷⁷ Aynı yönde bkz. Özkes, “İstinaf”, s. 3105; Baki Kuru, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-II**, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, I. Oturum Tartışmalar (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007), s. 68.

7.4. Değere Bağlı Sınırlandırma

İstinafin konusu, ilk derece mahkemesinin esasa ve usûle ilişkin nihaî kararlarıdır. Ancak her nihaî karara karşı istinafa başvurulamaz. Kanun koyucu, malvarlığına ilişkin davalarda verilen kararlara karşı istinafa başvurulabilmesini belirli bir parasal sınırın aşılmasına bağlamıştır. Uyuşmazlığın değerine göre kanun yoluna başvuru imkânı tanıyan ya da tanımayan bu sistem, “değere bağlı kanun yolu sistemi” olarak nitelendirilmektedir²⁷⁸.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 426/A, II maddesine göre, miktar veya değeri 1.000 (2008 yılı için 1.250) lirayı²⁷⁹ geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Buna göre, belirli bir değer altında kalan malvarlığı uyuşmazlıkları hakkında istinafa başvurulamaz. Bu parasal sınır icra mahkemesi kararları bakımından da geçerlidir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 5311 s.K. ile değişik 363’üncü maddesine göre, maddede sayılan istisnalar dışında, icra mahkemesinin kararlarına karşı ait olduğu alacak, hak veya malın değer veya miktarının 1.000 (2008 yılı için 1.250) lirayı geçmesi durumunda istinafa başvurulabilir²⁸⁰.

²⁷⁸ Öztek, “**Kesinlik Sınırı**”, s. 63.

²⁷⁹ Kanunda parasal sınır 1000 YTL olarak gösterilmekle birlikte, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı Kanun’un 19’uncu maddesi ile eklenen Ek Madde 4’e göre, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırın, o yıl için 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu’nun 298’inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır.

²⁸⁰ Genel mahkemeler bakımından istinafa tâbi kararları belirlemek için öngörülen parasal sınırın, Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağı açıkça öngörülmüş olmasına rağmen (5236 s.K. ile HUMK’a eklenen Ek Madde 4), icra mahkemesi kararlarının istinafi bakımından 5311 s.K. ile değişik 363’üncü maddede öngörülen parasal sınırın yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkin 4949 s.K. ile eklenen Ek Madde 1 hükmü net değildir. Bu maddede, sadece 363’üncü maddede öngörülen parasal sınırların yeniden değerlendirme oranında artırılacağı belirtilmiş, açıkça istinaftaki parasal sınırlardan bahsedilmemiştir. Ek Madde 1’in yürürlükte olduğu tarih itibarıyla icra mahkemesinin temyizi kabul kararlarını düzenleyen ve şu anda uygulanan 363’üncü maddedeki parasal sınır yeniden değerlendirme oranlarına göre artırılmaktadır. Buna karşılık, istinafa tâbi icra mahkemesi kararlarını gösteren ve 5311 s.K. ile İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen Geçici Madde 7’ye göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanacak olan 5311 s.K. ile değişik 363’üncü maddede öngörülen 1.000 liralık parasal sınır sabit kalmaktadır. Kanımızca İİK’deki Ek Madde 1’e eklemeler yapılarak yeniden değerlendirme oranlarının 5311 s.K. ile değişik 363’üncü madde veya istinaf bakımından da uygulanacağı açıkça belirtilmelidir. Böylece istinaf mahkemeleri göreve başladığında, genel mahkeme kararları ile icra mahkemesi kararlarına karşı istinafa başvuru hakkını belirleyen parasal sınır bakımından eşitlik sağlanacaktır. Bu değişiklik yapılmazsa, istinaf mahkemeleri göreve

Kanun yoluna başvuru hakkının belirli bir parasal değere bağlanması, hak arama hürriyetini engellediği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, hatta bu konuda 1986 yılında, temyize başvuru hakkını belirli bir parasal değere bağlayan kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu tür sınırlandırmaların eşitliğe aykırı olmadığı ve hak arama hürriyetini sınırlandırmadığı gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir²⁸¹.

Türkiye'de özellikle küçük uyuşmazlıklarda gidilebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının pek az oluşu veya bunlara başvurma alışkanlığının bulunmaması dikkate alınırsa, neredeyse her uyuşmazlığın devlet yargısı önünde çözüldüğünü söylemek yanlış olmaz. Her davada, özellikle davayı kaybeden tarafın, kanun yoluna başvurarak şansını bir de üst mahkemede denemek istemesi kuvvetle muhtemeldir. Malvarlığına ilişkin davalarda, kanun yoluna başvuru konusundaki olası istemleri sınırlandırmanın en kolay ve etkili yolu belirli bir değer sınırı koymaktır. Kanımızca böyle bir sınırlama, olumsuzluk veya dezavantaj olarak kabul edilmemelidir. Zira, bu yöntem her şeyden önce objektif bir kriter koymaktadır ve bu kriteri sağlayan her uyuşmazlık hakkında kanun yolu denetimi gerçekleşmektedir.

İstinafın caiz olabilmesi için aranan belli bir değeri aşma şartı, küçük uyuşmazlıkları kanun yolu denetimi dışında bırakarak, mahkemelerin iş yükünün artmasını önlemeye yöneliktir²⁸². Bu tür düzenlemeler diğer çağdaş hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Nitekim, temyiz bakımından da bu tür bir sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, değer veya miktarı 5.000 (2008 yılı için 6.330) liradan az olan malvarlığına ilişkin davalarda verilen kararlar ve sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen kararlar, bundan böyle kural olarak temyiz denetiminden geçmeyecektir (m. 8, I ve m. 428, b. 1, 2)²⁸³.

başladığında, icra mahkemesi kararlarının istinafa tâbi olup olmayacağı konusunda daha düşük bir parasal sınır geçerli olacaktır.

²⁸¹ Kararın tam metni için bkz. 16.4.1986 tarih ve 19080 sayılı RG. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Resmî Web Sitesi <http://www.anayasa.gov.tr/>.

²⁸² Öztekin, “**Kesinlik Sınırı**”, s. 63.

²⁸³ Belirtmeliyiz ki sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı kural olarak temyiz yoluna başvurulamaması, büyük olasılıkla içtihat birliğinin bozulmasına neden olmayacaktır. Daha doğrusu içtihat uyuşmazlıklarının giderilmesi mümkün olacaktır (Pekcanitez, “**İstinaf**”, s. 26). Zira, kanun yollarına

Değere bağlı kanun yolu (temyiz), Türk Hukukunda daha önce sadece para alacaklarına ve taşınırlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından öngörülüyordu. Zira, miktar veya değeri 1.000 (2008 yılı için 1.250) lirayı geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olacağı kuralı, yalnız taşınır mal ve alacak davalarını kapsamaktaydı ve ilgili hükümde taşınmazlardan bahsedilmiyordu (eski m. 427, II). Bu sebeple taşınmaz mal uyuşmazlıklarında verilen nihaî kararlar, dava konusu taşınmazın değerine bakılmaksızın temyize konu olabiliyordu.

İstinafla ilgili yeni düzenlemede ise, uyuşmazlığın değeri bakımından buna benzer bir sınırlandırma yapılmamış, 426/A maddesinde miktar veya değeri 1.000 (2008 yılı için 1.250) lirayı aşmayan malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Nihaî kararlar arasında taşınır, taşınmaz ve para alacaklarına ilişkin olup olmadıklarına göre bir ayırım yapılmamış, sadece “malvarlığı davalarında verilmiş bir karar olması” ölçütü öngörülmüştür.

Değere bağlı istinafta, alacağın tamamı dava edilmişse, kararda asıl istemin kabul edilmeyen bölümü 1.000 (2008 yılı için 1.250) lirayı geçmeyen taraf istinafa başvuramaz (m. 426/A, IV; HMKT m. 345, IV). Alacağın bir kısmı dava edilmiş ise, 1.000 (2008 yılı için 1.250) liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir (m. 426/A, III; HMKT m. 345, III).

İstinafa ilişkin parasal sınır dava açıldıktan sonra değişirse (artarsa veya azalırsa), hükmün istinafa tâbi olup olmadığı, ilk derece kararının verildiği tarihteki parasal değere

ilişkin yeni düzenlemede, mahkeme teşkilatının ve görev paylaşımının yeni durumu da dikkate alınarak, içtihatların birleştirilmesi usûlü değiştirilmiştir. Aynı veya farklı istinaf mahkemelerinin, kesin olarak verdikleri kararlar arasında hukuk daireleri veya ceza daireleri arasında uyuşmazlık bulunursa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilir. (5235 s.K. m. 35, b. 3 ve 5235 s.K. ile değişik YK m. 15, 2, a). Karar düzeltmenin istinafin eksikliği nedeniyle hukukumuzda bulunduğu ve istinafin mevcut olmadığı dönemde sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmadığı dikkate alınır, yeni sistemin bir hak kaybına ve gerilemeye neden olmadığı görülecektir. İstinaf mahkemeleri göreve başladıktan sonra, hukuk yargılamasında içtihat aykırılıklarının nasıl giderileceği konusunda bkz. Muhammet Özkes, “İstinaf Sistemi İle Birlikte Hukuk Yargılamasında İchtihat Aykırılıklarının Giderilmesi”, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007), s. 143 vd. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 5236 s.K. ile değişik 428’inci maddenin 2’nci bendine göre, sulh hukuk mahkemesinin görevine girmesine rağmen, Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan doğup gayrimenkulün aynına ilişkin olan davalarda verilen kararlar temyiz edilebilecektir.

göre belirlenir. Zira, aksine bir hüküm olmadıkça usûl hukukuna ilişkin kurallar Resmî Gazete’de yayımlandıkları andan itibaren yürürlüğe girer. Ayrıca istinafa başvuru hakkının doğduğu ve başvurunun yapılabileceği en erken tarih hükmün verildiği tarihtir. Yürürlüğe giren usûl kuralı, henüz yapılmamış veya tamamlanmamış usûl işlemlerini de etkiler²⁸⁴.

Değere bağlı istinaf, insan kaynaklarının ve finansal yapının sınırlı olması gibi pratik zorunluluklar nedeniyle tercih edilmekteyse de hak arama hürriyetinin daha etkin kullanılması ve hukukun gelişimi için başka araçlardan da yararlanılabilir. Bazı hukuk sistemleri, örneğin Alman Hukuku, değere bağlı istinaf yanında, izne bağlı istinafı da düzenleyerek kanun yolu sistemine esneklik kazandırmıştır. Değere ve izne bağlı kanun yolu sistemini birlikte uygulayan hukuklar “karma sistem” olarak nitelendirmektedir²⁸⁵.

İzne bağlı istinaf, malvarlığına ilişkin davalarda, parasal sınırın altında kaldığı için istinafa götürülemeyen uyuşmazlıkların istinaf denetiminden geçmesine olanak sağlayan bir hukukî çaredir. Örneğin Alman Hukukunda, malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlığın değeri 600 Avro’yu geçmese dahi, uyuşmazlık ilkesel değere sahipse veya hukukun gelişimi ya da hukuk birliğinin sağlanması için istinaf mahkemesinin kararı gerekliyse ilk derece mahkemesi istinafa başvurulmasına izin vermelidir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin izin kararı ile bağlıdır (dZPO § 511, IV)²⁸⁶.

Türk Hukukunda, belli bir değer altında kaldığı için istinafa tâbi olmayan mahkeme kararlarına karşı benzer bir hukukî çare öngörülmemiştir. Buna benzer nitelikteki

²⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 575 vd.

²⁸⁵ Üstündağ, **Yargılama**, s. 830. Sözü edilen “karma sistem” ile yukarıda dar ve geniş istinaf ayrımında açıklanan “karma istinaf” farklı durumları ifade etmektedir. Bkz. yuk. 1. Bölüm, Başlık 6.2.3. ve 6.3.

²⁸⁶ Alman Hukukunda izne bağlı istinafa başvurmak için gerekli olan koşulları kısaca şu şekilde açıklayabiliriz: Somut hukukî uyuşmazlığın çözümü için önemli olan hukukî sorun hakkında daha önce yüksek mahkeme emsal bir karar vermemişse ve bu konuda hukukun yeknesak uygulanması çoğunluğun hukukî yararı için gerekliyse ilkesel değer var olduğu kabul edilir. Bu hukukî sorun somut uyuşmazlığın taraflarının menfaatleri ile ilgili değil, belirsiz sayıdaki somut bir çok durumla ilgili olmalıdır. Bir hukukî uyuşmazlık hakkında öğretide fikir birliği yoksa hukukun gelişimi açısından istinaf mahkemesinin karar vermesi gerekebilir. Yine bir ilk derece mahkemesi daha önceki kararlarından farklı bir karar verirse veya istinaf mahkemesi ya da temyiz mahkemesinin içtihatlarından farklı bir karar vermek isterse içtihat birliğinin sağlanması için istinafa başvuru yapılmasına izin verilmelidir. Bkz. Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 663 vd.; Schilken, **a.g.e.**, s. 450; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 261; Jauernig, **a.g.e.**, s. 299 vd.; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 269 vd. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin izin kararıyla bağlı olmasına rağmen, uyuşmazlığa ilişkin maddî ve hukukî değerlendirmeleriyle bağlı değildir (Musielak, **Grundkurs**, s. 312).

tek kurum, kanun yararına temyizdir. Ancak, kanun yararına temyiz, izne bağlı istinafin faydalarını sağlayabilecek şekilde yapılandırılmamıştır. Kanun yararına temyiz başvurusu, sadece Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılabilir (m. 429, I)²⁸⁷. Uyuşmazlığın tarafları kanun yararına temyiz yoluna başvuramazlar. Kanun yararına temyiz talebi haklı bulunarak ilk derece mahkemesinin kararı bozulsa dahi, bozmaya konu olan ilk derece mahkemesi hükmünün etkilerini ortadan kaldırmadığından (m. 429, II), taraflar bundan yararlanamazlar. Kanun yararına temyiz incelemesi, sadece hukuka aykırılık incelemesiyle sınırlı olduğundan, olguya ilişkin tespitler incelenmez.

Kanun yararına temyiz, izne bağlı istinafin Türk Hukukundaki muadili olarak nitelendirilemez. İki kurum arasında, sadece hukukun gelişimi ve hukuk birliğinin sağlanması bakımından işlevsel benzerlik olduğu söylenebilir²⁸⁸. Kanımızca değere bağlı istinaf yanında izne (ilk derece mahkemesinin) veya kabule (istinaf mahkemesinin) bağlı istinaf sisteminin benimsenmesi hak arama hürriyetinin daha etkin kullanılmasına hizmet edebilir. Bu model bir izin veya kabul koşulunu öngördüğü için yargının iş yükünün gereksiz artması tehlikesi de söz konusu olmayacaktır²⁸⁹.

²⁸⁷ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 5236 s.K. ile değişiklik yapılmadan önceki düzenlemeye göre, kanun yararına temyiz başvurusu, Adalet Bakanlığının göreceği lüzüm üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılabilmekteydi (eski m. 427/VI).

²⁸⁸ Kanun yararına temyiz haklı bulunması hâlinde tarafların durumlarında değişiklik olmaması öğretide eleştirilmiş, tarafların yargıya güveninin zedelendiği ifade edilmiştir. *Bilge/Önen'e* göre, kanun yararına temyiz haklı bulunmasına rağmen tarafların durumlarında değişiklik meydana gelmemesi, sadece taraflarca süresinde temyize başvurulmadığı için kararın kesinleşmesi durumuyla sınırlı olmalıdır. Zira, temyize başvurmayan taraflar bu eylemlerinin sonucuna katlanmalıdırlar. Buna karşılık temyiz incelemesinden geçerek kesinleşen kararlar bakımından kanun yararına temyiz başvurusunun kabul edilmesi tarafların sübjektif durumlarını da etkilemelidir. Bkz. Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 648. Açıkça adalete aykırı olan veya hâkimin yetkilerini aşarak verdiği kararların değeri ne olursa olsun temyiz edilmesi gerektiği hakkında bkz. Belgesay, **a.g.e.**, s. 210.

²⁸⁹ Temyize başvuru hakkının değere bağlı olarak sınırlandırılması, temyiz içtihat birliğinin sağlanması amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira, içtihat birliğinin sağlanması bakımından önemli olan uyuşmazlığın değeri değil, hukukî önemidir. Eğer temyiz mahkemesinin içtihatlarından ayrılan bir karar verilmişse bu karara karşı temyize başvuru hakkının tanınmasının yararlı olacağı savunulmuştur. Bkz. Öztekin, **“Kesinlik Sınırı”**, s. 65-66. *Alangoya*, HUMK m. 573, II hükmüne göre, hâkimin açık kanun hükmüne rağmen, keyfi olarak ve izah edilemeyecek şekilde kanuna aykırı karar vermesi durumunda ve Anayasa'da yer alan yargısal temel hak ve hürriyetlere aykırılık söz konusu olduğunda, uyuşmazlığın değerine bakılmaksızın temyiz yoluna başvurulması gerektiği, aksi durumda hak arama hürriyetinin özüne zarar verilmiş olacağı kanaatindedir. Bkz. *Alangoya*, **“Kanun Yolunun Anayasal Temeli”**, s. 47-48. Bkz. ayrıca Ercan, **a.g.m.**, s. 724.

İşlevsel açıdan izne bağlı istinaf sistemine benzememekle birlikte, hak arama hürriyetinin etkin kullanılmasını sağlamaya yönelik diğer bir imkân da Fransız Hukukunda geliştirilmiştir. Kanun yoluna başvuru hakkını sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran kurallar nedeniyle olağan istinafa başvurulamayan durumlarda, “iptal amaçlı istinaf” yoluna başvurulabilmesi kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında ilk ve son derece mahkemesi olarak verdiği kararların, başka bir deyişle verildiği anda kesin olan kararların, geçerliliğini etkileyen önemli sakatlıklar söz konusu ise iptal amaçlı istinaf yoluna başvurulabilir. İptal amaçlı istinaf, daha ziyade kamu düzenine ilişkin kuralların ihlâlini müeyyidelendirmeye yöneliktir. İptal amaçlı istinafa başvurulabilmesi için ilk derece yargılamasında veya kararda önemli sakatlıklar olmalı ve ilk derece kararına karşı başka bir kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamalıdır. Örneğin, temel usûli ilkelerin veya anayasal nitelikteki savunma haklarının ihlâli, tebligat aşamasındaki usûlsüzlükler veya kararın gerekçesiz olması gibi sakatlıklar nedeniyle, aslında istinafa tâbi olmayan bir mahkeme kararına karşı iptal amaçlı istinafa başvurulabilir. Başvuruyu kabul eden istinaf mahkemesi, olağan istinafta olduğu gibi, ilk derece mahkemesinin kararını değiştirerek uyuşmazlığın esasına ilişkin yeni bir karar verebilir²⁹⁰.

İptal amaçlı istinaf, izne bağlı istinaftan farklı olarak sadece değere bağlı kanun yolu sınırlandırmasının istisnası değildir. Kanunda olağan istinaf hakkının tanınmadığı tüm durumlarda, koşulları gerçekleşmişse iptal amaçlı istinafa başvurulabilir. Bu imkân somut olayda doğru karar verilmesi, hukukî barışın ve güvenliğin sağlanması konusunda ek bir güvence oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, değere bağlı kanun yolu sisteminin sakıncalarını gidermek, hukukun yeknesak ve eşit şekilde uygulanması konusunda toplumda güvensizlik oluşmasını önlemek bakımından, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda veya kanunlaşması beklenen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda izne bağlı istinaf veya iptal amaçlı istinaf benzeri bir düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı kanısındayız.

²⁹⁰ İptal amaçlı istinaf yolu hakkında bkz. Konuralp/Hanağası, “İptal Amaçlı İstinaf”, s. 1795 vd.

7.5. Malvarlığına İlişkin Olmayan Haklar Konusunda İstinafa Başvurulması

Malvarlığına ilişkin olmayan haklara ilişkin mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulması konusunda ayrıca bir sınırlandırma yapılmamıştır (m. 426/A). Buna göre, ilk derece mahkemesinin malvarlığıyla ilgili olmayan tüm nihaî kararlarına karşı istinafa başvurulabilir²⁹¹.

Bu çerçevede belirtebileceğimiz örnekler, özellikle şahıs varlığı haklarına ve aile hukukuna ilişkin davalarda verilen nihaî kararlardır. Bu tür davalarda verilen kararlar, kişinin malvarlığı haklarını doğrudan etkilemeyip, onun şahıs varlığına ve aile hukukuna ilişkin menfaatlerini ilgilendirdiğinden, büyük bir bölümü kamu düzenine ilişkindir. Örneğin, babalık davası kabul edilirse, çocuk ile baba arasında bir soy bağı ilişkisi kurulur, boşanma davası kabul edilirse evlilik ilişkisi ortadan kalkar ve eşlerin birbirlerine karşı eş olmaktan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri sona erer. Kuşkusuz bu davalar neticesinde verilen karardan tarafların ekonomik menfaatleri de etkilenmektedir. Ancak, malî sonuçlar, dava ile doğrudan talep edilen bir hak şeklinde değil, asıl hükmün yan sonuçları olarak ortaya çıkmaktadır. Burada maddî menfaatler önemli ve ön planda olmadığından, kanun koyucu önemli-önemsiz ayrımı yapmadan, malvarlığına ilişkin olmayan davalarda verilen tüm kararları kanun yolu denetimine açık tutmak istemiştir.

7.6. Diğer Kanunlara Göre Temyiz Edilebileceği Kabul Edilen Kararlara Karşı İstinafa Başvurulması

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/A maddesinin 5'inci fıkrasına göre, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da istinaf mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihaî kararlarına karşı istinafa başvurulabilecektir. Maddenin gerekçesine göre, bu hükmün amacı, diğer kanunlardaki mevcut hükümler bakımından söz

²⁹¹ Muhammet Özkes, "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", **LHD**, Y. 2, S. 23: 3103-3116 (2004), s. 3104. Pekantez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 621.

konusu olabilecek duraksamaları gidermek, böylece temyiz yolu açık kararlar bakımından öncelikle istinafa başvurulmasını sağlamaktır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucu 426/A, V ile amacını tam olarak ifade edememiştir. Zira, diğer kanunlarda kararın “*temyiz edilebileceği*” veya karara karşı “*Yargıtay’a başvurulabileceği*” şeklinde değil de, “*temyize başvurulamayacağı*” veya “*kararın kesin olduğu*” şeklinde bir ifadenin yer alması durumunda, uygulamanın nasıl olacağı konusunda tereddütler oluşabilecektir²⁹².

Kanunun ifadesi lafzî yorumlanır ve ifadenin mefhumu muhalifinden hareket edilirse, diğer kanunlarda “*temyiz edilebileceği*” veya “*Yargıtay’a başvurulabileceği*” açıkça belirtilmeyen kararlar bakımından, kanun yoluna başvuru imkânının bulunmadığı, dolayısıyla kararın istinaf edilemeyeceği gibi bir sonuca varılabilecektir. Oysa maddeyle amaçlanan bu olmadığı gibi, gerekçeden de böyle bir sonucun arzulandığı anlaşılmamaktadır²⁹³. Kanun koyucunun temyiz yolunu kapattığı tüm kararlara karşı, peşinen ve mutlak surette istinafa da başvurulamayacağını kabul etmek doğru olmayacaktır.

Kural olarak, kanunlarda temyize başvurulamayacağını veya kararın kesin olduğunun belirtilmediği durumlarda, temyize başvurulması caizdir (m. 427 ve 428; Eski m. 427)²⁹⁴. İstinaf mahkemesinde ön inceleme sonunda verilen başvurunun usûlden reddi kararları bakımından, kanun yolu kapatılmadığı veya kararın kesin olduğu belirtilmediği için temyize başvurulabilecek olması, bu ilkenin örneklerinden biridir²⁹⁵.

Kanımızca maddedeki ifade eksikliği, amaçlanan sonucun gerçekleşmesini engellememelidir. Buna göre, kesin olduğu veya temyiz edilemeyeceği diğer kanunlarda açıkça belirtilmeyen kararlara ya da tam tersine açıkça temyiz edilebileceği veya Yargıtay’a başvurulabileceği belirtilen ve istinaf mahkemesinin görev alanına giren kararlara karşı istinaf yolu açık olmalıdır. Başka bir deyişle, temyiz başvurusunu yasaklayan açık bir

²⁹² Alangoya, “**Kanun Yolunun Anayasal Temeli**”, s. 18, dn. 4.

²⁹³ Aynı, s. 18, dn. 4.

²⁹⁴ Alangoya, “**Kanun Yolunun Anayasal Temeli**”, s. 18, dn. 4; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 654; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 574.

²⁹⁵ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 2.2.1. ve 2.3.

kanun hükmü olmadığı takdirde, diğer koşullar da mevcutsa, mahkemenin kararına karşı istinafa başvurulabilecektir.

7.7. Yok Hüküm ve Etkisiz Hükümlerin İstinafa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu

Kanun yolu, ilk derece mahkemesinin karar niteliğini haiz işlemlerine karşı gündeme gelmektedir. Ancak bazen ilk derece mahkemesi görünürde bir karar vermiş olmasına rağmen, bu karar usûl hukuku yönünden karardan bahsedilebilmesi için gerekli şartları içermiyor olabilir. Kararın unsurlarındaki eksiklik onun varlığını veya doğuracağı etkiyi tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilir²⁹⁶. Bu tür sakatlıklar içeren mahkeme kararları, sakatlığın türüne ve derecesine göre, yok hüküm ve etkisiz hüküm olarak nitelendirilmektedir²⁹⁷. Yok hükme ve etkisiz hükümlere karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, istinafa tâbi yargı kararlarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu konuda nihaî bir değerlendirme yapmadan önce yok hüküm ve etkisiz hüküm kavramları kısaca açıklanmalıdır.

Bir mahkeme hükmünün mevcudiyetinden bahsedebilmek için, kanuna ve hukuka uygun şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından, kanunda öngörülen şekilde verilen ve alenîleşen bir kararın bulunması gerekir. Hükmün dış alemde mevcut sayılması için gerekli temel unsurları taşımayan karar, yargılama hukuku anlamında karar değildir²⁹⁸. Kanunen mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organ tarafından karar verilmiş olması, mahkemenin kanunun aradığı şekilde oluşmadan veya yargı gücünü kullanmadan karar vermesi, kararın tefhim edilmemesi gibi durumlarda yok hükümden bahsedilir²⁹⁹.

²⁹⁶ Özkes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 669; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 543; M. Reşit Belgesay, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler İspat Teorisi** (3. Baskı. İstanbul: 1950), s. 192.

²⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 543.

²⁹⁸ Özkes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 670-671; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 543.

²⁹⁹ Yok hüküm sayılan hâller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 672-685; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 543 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 811; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 114-115; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 435 vd.; Zöller, **Zivilprozessordnung**, s. 878; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 473 vd.; Jauernig, **a.g.e.**, s. 245; Musielak, **Grundkurs**, s. 297; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 417.

Yok hükümde görünüşte bir karar olmasına rağmen, aslında bu karar hiçbir etki doğurmaz, daha doğru bir deyişle varlık ve geçerlilik kazanmaz. Yok hüküm hâllerinden biri gerçekleşmişse, mahkeme bunu re'sen dikkate almalıdır. Yok hüküm varsa, şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm, hükmün icra edilebilirliği gibi sonuçlar ortaya çıkmaz³⁰⁰.

Hukuken var olmayan ve sonuç doğurmayan bir hükme karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda, birbirini tamamlayan görüşler ileri sürülmüşse de bu görüşlerin gerekçeleri birbirinden farklıdır. Bir görüşe göre, yok hükümlere karşı kanun yoluna başvurmaya gerek yoktur. Ancak, yok hüküm olmasına rağmen görünüşte bir hüküm varsa, bunun doğurabileceği fiilî etkileri ve uygulamadaki tereddütleri önlemek amacıyla kanun yoluna başvurulabilmek gerekir³⁰¹. Başka bir görüş ise, yok hükümlere karşı olağan kanun yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir³⁰². Kanımızca yok hüküm, görünüşte bir hüküm gibi görünmekteyse ve buna bağlı olarak fiilî bazı tehlikeler doğabilecekse, yok hükmün tespit edilmesi ve yanlışlığın düzeltilmesi için kanun yoluna başvuru imkânının tanınması gerekir. Teorik olarak var olmayan bir hüküm sözkonusu olsa dahi, bu hükmün fiilî etki doğurmayacağının garantisi yoktur. Bu imkân tanınırsa, en azından üst mahkeme tarafından hükmün yokluğu tespit edilmiş olacaktır.

Yok hüküm dışında, hüküm sakatlıklarının doğurduğu bir başka durum etkisiz hükümdür. Yok hükümden farkı olarak etkisiz hükümde hukuken geçerli bir karar bulunur. Bu kararda ne kararı veren makam ne de kararın temel unsurları bakımından bir eksiklik vardır³⁰³. Yargı hakkı bulunmayan bir mahkeme tarafından karar verilmesi, mevcut olmayan bir taraf hakkında karar verilmesi, hükmün tarafların hakları ve borçları konusunda belirsizlikler ve çelişkiler içermesi, mevcut olmayan bir hukukî ilişkinin karara

³⁰⁰ Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 685; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 545; Üstündağ, **Yargılama**, s. 812; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 473 vd.

³⁰¹ Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 686; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 545; Üstündağ, **Yargılama**, s. 812; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, s. 1643; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 115-116; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 473; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 14; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 418.

³⁰² Musielak, **Kommentar**, s. 1103; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 436; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 939; Zöller, **Zivilprozessordnung**, s. 878; Jauernig, **a.g.e.**, s. 246; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1215.

³⁰³ Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 687; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 546; Jauernig, **a.g.e.**, s. 246.

bağlanması, derdest olmayan bir dava hakkında karar verilmesi, imkânsız bir edim hakkında hüküm verilmesi gibi durumlarda etkisiz hüküm sözkonusu olur. Etkisiz hüküm hâlleri sınırlı sayıda değildir. Yargılama ve icra hukuku bakımından etki doğurmayan hükümler etkisiz hüküm olarak kabul edilmektedir³⁰⁴.

Etkisiz hükümlere karşı da kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Zira, etkisiz hükümler yargılamayı sona erdirir ve şeklî anlamda kesinleşebilir. Bu durum, yok hüküm ve etkisiz hüküm sakatlığı arasındaki en önemli farktır³⁰⁵. Kanımızca çeşitli eksiklikler nedeniyle kendisinden beklenen etkiyi doğurmayan etkisiz hükümlere karşı kanun yoluna ve dolayısıyla istinafa başvurulabilir.

³⁰⁴ Etkisiz hüküm verilmesine neden olan durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 688-691; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 546-547; Üstündağ, **Yargılama**, s. 812-813; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 436-437; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 473; Zöller, **Zivilprozessordnung**, s. 878; Jauernig, **a.g.e.**, s. 246.

³⁰⁵ Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 692; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 547; Üstündağ, **Usûl**, s. 814-815; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 438; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 473; Zöller, **Zivilprozessordnung**, s. 879; Jauernig, **a.g.e.**, s. 246; Musielak, **Kommentar**, s. 1103; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 14; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 419. Roma Hukukunda ise, bugünkü anlamda etkisiz hüküm diyebileceğimiz hüküm sakatlıklarına karşı istinafa başvurulması gerekli değildi. Örneğin, mahkemenin kararı hukukî ve fiilî olarak icra edilebilir nitelikte değilse, tarafın istinaf yoluna başvurmakta hukukî yararı olmadığı kabul edilmekteydi. Ölmüş kişi hakkında karar verilmesi durumunda istinafa başvurmaya gerek olmadan karar iptal edilirdi. İstinafa başvurmaya gerek olmadan iptal edilebilecek kararlar hakkında bkz. Günal, **a.g.e.**, s. 98 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF BAŞVURUSU

1. İSTİNAFA BAŞVURU HAKKINA SAHİP OLANLAR

1.1. Genel Olarak

Kural olarak, istinafa başvurma hakkına sahip olanlar, ilk derece mahkemesindeki davanın taraflarıdır¹. İlk derece yargılamasında davayla ilgili olarak işlem yapma ve tasarrufta bulunma hakkına sahip olan taraflar, caiz olması hâlinde kanun yoluna başvurabilirler (m. 426/A, IV).

Külli halefler de halefiyetin gerçekleşmesinden sonra, taraf sıfatıyla, kanun yoluna başvurabilirler². Cüz’i halefiyette ise, halefiyet dava devam ederken gerçekleşirse, davaya cüz’i halefle devam edilmesi durumunda onun hakkında hüküm verileceğinden (örneğin m. 186, c. 2), başka bir deyişle cüz’i halef taraf sıfatını kazanmış olduğundan, kanun yoluna başvurabilir. Hüküm verildikten sonra fakat henüz kesinleşmeden dava konusunu devralan üçüncü kişi de, davanın tarafı hâline geleceği için, kanun yoluna başvurabilir. Zira, henüz dava sona ermediği ve hüküm kesinleşmediği için davanın tarafı hâline gelen üçüncü kişi her türlü usûl işlemini yapabilir³. Hem külli hem de cüz’i halefiyette, esasında kanun yoluna başvuru hakkı, taraf sıfatının kazanılmasına bağlı olarak doğmaktadır.

Külli ve cüz’i haleflerin, taraf sıfatını kazanmaksızın kanun yoluna başvurmaları ancak kanunda düzenlenen istisnai hallerde mümkün olabilir. Örneğin, boşanma davası

¹ Benimsediğimiz şekli taraf teorisine göre, davacı taraf, hasım aleyhine hüküm verilmesini kendi adına talep eden, davalı taraf ise aleyhine hüküm verilmesi talep edilendir. Bkz. Alangoya, *Dava Ortaklığı*, s. 44; Ulukapı, *Dava Arkadaşlığı*, s. 11; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Ankara: AÜHFY, 1998), s. 62; Nevhis Deren Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996), s. 20; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 196 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *Usûl*, s. 121; Mustafa Saldırım, *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), s. 44, 52.

² Bilge/Önen, *Yargılama*, s. 658.

³ Karafakih, *Usûl*, s. 255; Bilge/Önen, *Yargılama*, s. 658.

devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, davacının mirasçısının, taraf olmadığı halde, külli halef sıfatıyla davaya devam etmesi (TMK m. 181, II), dolayısıyla bu davanın sonunda kanun yoluna başvurusu mümkündür. Keza Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 446'ncı maddesine göre, ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşmiş olsa dahi, cüz'i ve külli halefler, kendilerine karşı vuku bulan hile sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilirler⁴.

Katılma yoluyla istinaf bakımından ise bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, ilk derece yargılamasının tarafı olan her ilgili katılma yoluyla istinafa başvuramaz. Katılma yoluyla istinaf, ancak aleyhine istinafa başvurulmuş tarafın başvurabileceği bir yoldur. Örneğin, ilk derece yargılamasındaki dava arkadaşlarından sadece biri hakkında verilen hükme karşı istinafa başvurulursa, bu istinaf başvurusuna katılma imkânı, sadece başvurunun muhatabı olan ihtiyarî dava arkadaşına ait olduğundan, diğer dava arkadaşları kendileriyle ilgisi olmadığı için katılma yoluyla istinafa başvuramazlar⁵.

Tarafların avukatları da vekâletnamelerinde özel bir yetki bulunmasına gerek olmaksızın istinafa başvurabilirler⁶. Zira avukat, özel yetki verilmesi gereken haller hariç, hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi için icap eden tüm işlemleri gerçekleştirmeye, hatta icra takibi yapmaya dahi yetkilidir (m. 62, I; AvK m. 34).

Burada belirtmenin uygun olacağını düşündüğümüz bir durum ise, Avrupa hukuk sistemlerinde istinaf derecesinde avukat tutmanın zorunlu olmasıdır. Buna göre, istinafa başvurma hakkı ve bu hakkın kullanılması konusunda tarafların sahip olduğu tasarruf yetkisi, ancak bir avukat vasıtasıyla kullanılabilir. Örneğin, Alman, Avusturya, Fransız ve

⁴ “... Hemen belirtmek gerekir ki, taraflardan birinin külli veya cüz'i halefleri, kesin hüküm kendilerine tesir ettiği ölçüde o tarafın halefi olarak ve olağanüstü bir yasa yolu olan HUMK'ın 445. maddesinde yazılı sebeplerden birine dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecekleri gibi, kendilerine karşı da yargılamanın yenilenmesi davası açılabilir. Bu husus HUMK'ın 446. maddesi hükmü gereğidir. O itibarla mahkemenin olayda yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkin davanın dinlenme olanağı bulunduğuna değinen direnmesi yerindedir. ...” HGK, 14.4.1993, 2-40/165 (KİB).

⁵ Claus –Dietet Schumann ve Wolfgang Kramer, **Die Berufung in Zivilsachen** (6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2002), s. 138; Guldener, **a.g.e.**, s. 499.

⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usul**, s. 266; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usul**, s. 207; Meral Sungurtekin, **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri** (İzmir: DEÜHFY, 1995), s. 235.

Yunan Hukuk sistemlerinde, istinafa başvurmak isteyen taraf, kural olarak kendisini avukatla temsil ettirmek zorundadır⁷.

Kanımızca, üst mahkemeye başvurunun dava açmaktan farklı olarak yargılama hukukuna özgü uzmanlık bilgisi gerektirmesi, istinafa başvuran tarafın istinaf sebeplerini dilekçesinde gösterme zorunluluğu ve mahkemenin bu sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapabilecek olması, ilk derece kararını yanlış ve yetersiz gören tarafın daha ehil bir incelemeye ihtiyaç duyması, üst mahkemede yapılacak inceleme nedeniyle oluşabilecek zaman kaybının asgari düzeye çekilmesi gibi ihtiyaçlar, avukatla temsil zorunluluğunu haklı kılmaktadır⁸. Türk Hukukunda, istinaf bakımından avukatla temsil zorunluluğu kabul edilmemiştir. Taraflar daha önce olduğu gibi tüm yargılama derecelerinde davalarını bizzat takip edebilirler. Olması gereken hukuk açısından, Türk Hukukunda da ekonomik ve altyapıyla ilgili koşullar sağlandıktan sonra, kanun yolu mahkemelerinde avukatla temsil zorunluluğu getirilmelidir⁹.

⁷ Fransız Hukuku için bkz. Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 80; Alman Hukukunda en azından istinaf dilekçesinin istinaf mahkemesinde işlem yapmaya yetkili bir avukat tarafından imzalanması gerekir. Dilekçeyi imzalayan avukat dilekçenin içeriğinden sorumludur. Yetkili olmayan bir avukat tarafından imzalanan istinaf dilekçesi caiz olmadığı için reddedilir. Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1124-1125; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 149; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 954; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 672; Schilken, **a.g.e.**, s. 451; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 272; Nordrhein Westfalen Eyaleti Adalet Bakanlığı Resmî Web Sayfası, http://www.justiz.nrw.de/BS/Gerichte/Zivilgericht/Einzelfahren/Berufung_und_Revision/, 12.07.2007; Avusturya Hukuku için bkz. (§ 463, Abs. 2 öZPO), Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 756; Fasching, **Lehrbuch**, s. 899; Yunan Hukuku için bkz. Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Athen, **Rechtsberatung und Rechtsverfolgung in Griechenland**, http://www.athen.diplo.de/Vertretung/athen/de/02/Botschafter_und_Abteilungen/Download/DownloadDatei_Rechtsrat.property=Daten.pdf, 15.3.2005; Kolliopi Kerameos, **Der Rechtsanwalt in Griechenland**, <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/dzeuanwr/derrechtsanwaltingriechenland.pdf>, s. 3, 12.07.2007. Yabancı hukuk sistemleri konusundaki açıklamalar ve avukatla temsil zorunluluğunun istisnaları hakkında ayrıca bkz. İbrahim Ercan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu", **MİHDER**, C. 2, S. 5: 1275-1299 (2006), s. 1283 vd.

⁸ Genel olarak avukatla temsil zorunluluğunun leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Ercan, **Avukat İle Temsil**, s. 1278 vd.

⁹ Nitekim, Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 76'ncı maddesine göre, malvarlığına ilişkin davalar bakımından, dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk veya iş yahut kadastro mahkemelerinin görevine giren davalar ile değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere, davasını ve kendisi aleyhine açılan davayı ancak bir avukat aracılığıyla takip edebilir. Şahısvarlığına ilişkin davalarda ise, avukat tutma mecburiyeti getirilmemiştir. Tasarısının yasalaşması halinde, bu kural, kanun yolu mahkemelerinde de geçerli olacaktır.

Çekişmesiz yargı işlerinde ise yargılamanın niteliğine göre, çekişmesiz yargı kararından etkilenen her ilgilinin istinafa başvurma hakkı vardır. Burada ilgili kavramıyla kastedilen sadece şekli anlamda ilgililer değil, menfaati etkilenen bütün ilgililerdir. Her bir çekişmesiz yargı işi bakımından kimlerin kanun yoluna başvurabileceği kanunlarda düzenlenmediği için, çekişmesiz yargı işinde kimlerin istinafa başvurabileceği somut olaya göre belirlenmelidir¹⁰.

Cumhuriyet savcısı da davanın tarafları gibi, devleti temsilen taraf sıfatıyla katıldığı veya hazır bulunmak zorunda olduğu davalarda verilen kararlara karşı istinafa başvurabilir. Cumhuriyet savcısının dava açması veya davaya katılması özellikle kamu yararı bakımından gerekli olduğundan, kanun yoluna ve istinafa başvurma hakkı da kamu yararı görüşünün bir sonucu olarak kabul edilmelidir¹¹. Cumhuriyet savcısının davaya katılması, üçüncü kişilerin davaya katılmasından farklı olarak taraflara bağlı olmayan bir katılmadır. Cumhuriyet savcısı davaya kamu adına ve bağımsız olarak katılır¹². Cumhuriyet savcısı ne fer'i müdahil ne de aslî müdahil olarak kabul edilmektedir. Cumhuriyet savcısının dava açması gereken veya davalı olarak gösterildiği hâllerde, aynı tarafta bulunanlar ile Cumhuriyet savcısı arasında şekli mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi vardır¹³.

İstisnaî bazı durumlarda, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler de kanun yoluna başvurabilir. Taraf olmadığı halde bir malı ve hakkı konusunda karar verilen, kendisine külfet yüklenen veya hakkı ihlâl edilen kişilerin de kanun yoluna başvurabileceği kabul

¹⁰ Kuru, **Usûl C. V**, s. 4571; Budak, **Üçüncü Kişiler**, s. 133; Guldener, **a.g.e.**, s. 493.

¹¹ Temyiz ve karar düzeltme bakımından aynı görüşü savunanlar için bkz. Ejder Yılmaz, "Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri", **AÜHFD**, C. XXIX, S. 1-2: 255-287 (1972), S. 276; Saldırım, **a.g.e.**, s. 72; Hakan Pekcanitez, **Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale** (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992), s. 51; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 141-142; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4570; Örneğin dernekle ilgili davalarda (TMK m. 60; 89; 90); vakıfla ilgili davalarda (TMK m. 116, II); evlenme talebinin reddedilmesi üzerine açılan davalarda (TMK m. 138, II); batıl evlenmeler için açılan mutlak butlan davasında (TMK m. 146); soy bağının kurulmasına itiraz davasında (TMK m. 294, I); tanınmanın iptali davasında (TMK m. 298, I); babalık davasında (TMK m. 301, III); evlat edinme yargılamasında (TMK m. 318, I) verilen kararlara karşı Cumhuriyet savcısı istinafa başvurabilecektir. Bunlar gibi Ailenin Korunmasına Dair Kanunda, Dernekler Kanununda, Sendikalar Kanununda Cumhuriyet savcısının dava açması veya davaya katılması gereken hâller bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Saldırım, **a.g.e.**, s. 152 vd.

¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 48-49; Saldırım, **a.g.e.**, s. 71.

¹³ Saldırım, **a.g.e.**, s. 65 vd., 69.

edilmektedir¹⁴. Yargıtay, bono iptali için açılan bir davada, iptaline karar verilen bonolardan ikisinin hamili olan dava dışı üçüncü kişilerin kanun yoluna başvurabileceğini kabul etmiştir¹⁵. Kanımızca bu uygulama, hak arama hürriyeti ve hukukî dinlenilme hakkının gereklerine uygundur¹⁶.

Yargılamanın tarafı kabul edilen kimseler ve usûl işlemi yapma hakkına sahip olanlar, ilk derece yargılamasını düzenleyen usûl kurallarına göre belirlenir. Davaya taraf olarak katılan her ilgilinin kanun yoluna başvurma hakkı yoktur. Zira, kanun yolu da mahkemelere yöneltilen diğer talepler gibi, hukukî korunma talebini içerir. Hukukî korunma talebinin incelenebilmesi ve hukukî koruma sağlanabilmesi için, talepte bulunanın hukukî yararı bulunmalıdır¹⁷.

1.2. Hukukî Yararın Bulunması

İstinafa başvurulabilmesi için başvuruda bulunan tarafın veya ilgilinin hukukî, güncel ve kişisel bir yararı bulunmalıdır. Kural olarak hukukî yararı olan kişi, mahkemenin kararı kısmen veya tamamen aleyhine olan taraftır¹⁸. Örneğin dava reddedilirse davacının, kabul edilirse davalının, kısmen ret kısmen kabul edilirse her iki tarafın da hukukî yararı

¹⁴ Musielak, **Kommentar**, s. 1104; Guldener, **a.g.e.**, s. 492; Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 322.

¹⁵ “... Davacı vekili taraflar arasında bağitlanan satım sözleşmesi uyarınca alıcı durumundaki davacının davalı emrine muhtelif vadeli bonolar düzenleyip verdiğini, sonradan sözleşmenin taraflarca fesih edildiğini ve davalının elinde bedelsiz kalan bonoları iade etmeyi yükümlendiğini ileri sürerek davalının lehdarı bulunduğu her biri 1.000.000 TL’lık toplam 9.000.000 TL tutarında 9 adet bononun iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece davalının kabulü nedeniyle dava konusu bonoların iptaline karar verilmiştir. Hüküm iptaline karar verilen bonolardan ikisinin hamili olan dava dışı Y.G. ve ... Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş. vekillerince temyiz edilmiştir. Temyiz edenler davanın tarafı değillerse de tarafı olmadıkları bir menfi tespit davası sonucunda hamili bulundukları bonoların iptaline karar verildiği cihetle haklarını haleldar eden hükme karşı temyiz yoluna gitmekte hukukî yararlarının mevcudiyetinin kabulü gerekmiştir.” 11. HD, 6.11.1990, 1989/6521, 1990/7075 (KİB); Üçüncü kişinin hak sahibi olduğu bir mal hakkında hüküm verildiği takdirde, üçüncü kişiye kanun yoluna başvuru hakkı tanınması konusunda bkz. Budak, **Üçüncü Kişiler**, s. 80; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 497; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4567.

¹⁶ Taraflar dışında, yargılamadan veya karardan hakkı veya hukukî durumu etkilenen üçüncü kişilerin de hukukî dinlenilme hakkı vardır. Zira, hukukî dinlenilme hakkı, bir karardan hukuken etkilenebilecek olanlara sağlanır. Böylece bu kişiler de kararı etkileyebilme imkânına sahip olurlar. Bkz. Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 281 vd.

¹⁷ Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 135.

¹⁸ Konuralp/Hanağası, **“İptal Amaçlı İstinaf”**, s. 1807.

olduğu kabul edilir. Kural olarak, davası tamamen kabul edilen davacının veya aleyhine açılan dava tamamen reddedilen davalının hukukî yararı yoktur¹⁹. İstem sonucuna ulaşan tarafın, sadece ilk derece mahkemesinin kararını teyit ettirmek amacıyla istinafa başvurması, kanun yolunun niteliğiyle bağdaşmamaktadır²⁰.

Hukukî korunma ihtiyacının görünüm şekillerinden biri olarak kabul edilen²¹ hukukî yarar, taraf ve kamu yararının çakıştığı bir noktada bulunur. Taraf, ulaşmak istediği sonucu ilk derece mahkemesinin hükmü ile elde etmesine rağmen kanun yoluna başvurursa, bir yandan kanun yolu başvurusu başarısızlıkla sonuçlanacak, diğer yandan mahkemeler ve uyuşmazlığın diğer tarafı gereksiz biçimde meşgul edilecektir. Bu sebeple genel olarak hukukî korunma talep eden veya kanun yoluna başvuran tarafın, bu hukukî çare sonunda mevcut duruma göre daha avantajlı bir hukukî duruma gelme imkânı olmalıdır²².

Öğretide çoğunluğun benimsediği görüş ve uygulama, hukukî yararı ilk derece yargılaması bakımından genel dava şartı olarak kabul etmektedir²³. Buna paralel olarak,

¹⁹ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 454; Guldener, **a.g.e.**, s. 494; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 32, 48; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 877.

²⁰ Gilles, “**Anschliessung**”, s. 147.

²¹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 941; Jauernig, **a.g.e.**, s. 289; Schilken, **a.g.e.**, s. 438; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 254; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 255; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 454; Fasching, **Lehrbuch**, s. 34; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 382; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1216; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 278; Konuralp, **Usûl**, s. 69; İbrahim Ercan, “Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinâf Sistemi”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaşgünü Armağanı**: 671-741 (İstanbul: Beta Basın Yayın Dağıtım, 2001), s. 682.

²² Fasching, **Lehrbuch**, s. 34; Ercan, **a.g.m.**, s. 682.

²³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 278; Üstündağ, **Yargılama**, s. 312; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 211; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 284; Konuralp, **Usûl**, s. 69; Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 320. “...Eğer davacı (hazine), mahkemeye başvurup bir ilâm almadan başka bir yol ile de hakkına aynı güvenle kavuşabilmekte ise, artık dava açmakta hukuksal yarar yok demektir. Buna rağmen dava açılırsa, davanın, dava şartı yokluğundan (usûlden, mesmu olmadığından) ötürü reddedilmelidir.” HGK, 25.2.2004, 1-120/96; “...Bu bağlamda, davacının mahkemeden hukukî korunma istemesinde, korumaya değer bir yararı olmalıdır. Eş söyleyişle, davacının bir davayı açmakta hukukî yararı bulunmalıdır. Nitekim, uygulamada hukukî yararın dava şartı olduğu açıkça kabul edilmektedir HGK.10.01.1968 gün ve 8/1083-8 ; HGK.24.11.1982 gün ve 7/1874-914; HGK, 4.6.2003, 13-380/401; “Bilindiği gibi, bir davanın dinlenebilmesi (esasına girilebilmesi) için gerekli şartlardan birisi de, davacının o davayı açmakta hukukî yararı bulunması gerekir. Çünkü hukukî yarar dava şartıdır.” HGK, 29.5.2002, 2-401/451 (KİB).

hukukî yarar kanun yolu başvurusunun da caizlik şartlarındandır. Hukukî yararı olmayan tarafın istinaf başvurusu caiz olmadığından reddedilmelidir²⁴.

Hukukî yararı dava şartı olarak kabul etmeyen, aksine hukukî yararının hukukî korunma talebinin başarılı olması için gerekli bir şart olduğunu kabul eden görüşe göre, hukukî yarar ne genel anlamda dava şartı ne de kanun yolu bakımından caizlik şartıdır. Hukukî yarar, davanın esasına ilişkin bir konudur ve hukukî yararın var olup olmadığı ancak esas hakkında yapılacak bir incelemeden sonra anlaşılabilir. Dolayısıyla kanun yoluna başvuranın hukukî yararı yoksa, başvuru caiz olmadığından usûle ilişkin nihaî kararlar değil, aksine esasa ilişkin nihaî kararlar reddedilmelidir²⁵.

Hukukî yararın şekle veya esasa ilişkin olup olmadığı konusundaki teorik görüşlerin hangisi kabul edilirse edilsin, hukukî yararın var olup olmadığı mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Ayrıca, kanun yoluna başvuru sırasında aranan hukukî yarar, daha sonra karar aşamasında da varlığını koruyorsa olmalıdır. Kanun yoluna başvurulduktan sonra hukukî yarar ortadan kalkarsa, mahkeme kendiliğinden başvurunun reddine karar vermelidir. Burada başvurunun reddi kararının esastan mı yoksa usûlden mi olacağı, hukukî yararın niteliği konusunda tercih edilen yaklaşıma göre belirlenir²⁶.

Davalının, mahkûm olduğu edimi, kanun yolu başvurusu ile hüküm verilmesi arasında kalan dönemde ifa etmesi hukukî yararı ortadan kaldırmamaktadır. Davalı bu şekilde kanun yolu talebinin incelenmesini değil, sadece cebri icrayı önleyebilir²⁷.

Hukukî yararın var olup olmadığı konusunda iki ölçüt kabul edilmiştir: Bunlar şeklî ve maddî hukukî yarar ölçütüdür. Şeklî hukukî yarar görüşüne göre, hukukî yararın var olup olmadığının tespit edilmesi için tarafın talep sonucu ile ilk derece mahkemesi

²⁴ Avusturya Hukukunda çoğunluğun benimsediği görüş, hukukî yararı kanun yolu bakımından bir caizlik şartı olarak kabul etmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 36; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1216. Hukukî yarar, Alman Hukukunda da kanun yolu için bir caizlik şartı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Gilles, “**Anschliessung**”, s. 147; Jauernig, **a.g.e.**, s. 289; Schilken, **a.g.e.**, s. 438; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 254, Paulus, **a.g.e.**, s. 191; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 255; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 454. İsviçre Hukukunda da aynı görüş kabul edilmektedir. Bkz. Guldener, **a.g.e.**, s. 494.

²⁵ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 35.

²⁶ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 37.

²⁷ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 458; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1217.

kararının hüküm sonucu kısımlarının karşılaştırılması yeterlidir. Kararın hüküm sonucu, tarafın talep sonucundan farklı ise hukukî yararın var olduğu, buna karşılık talep sonucu ile hüküm sonucu aynı ise hukukî yarar bulunmadığı kabul edilmelidir²⁸.

Maddî hukukî yarar ölçütüne göre, hukukî yarardan söz edilebilmesi için tarafın mahkemenin hükmünden maddî anlamda zarar görmesi gerekir. Başka bir deyişle, hükmün içeriği kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine olmalıdır. Hukukî yarar, ancak hükmün kanun yoluna başvuran tarafın hukukî durumunu etkilemesi durumunda mevcut olabilir. Örneğin, hüküm kanun yoluna başvuranın haklarının azaltılmasına, daha sonra ileri sürebileceği haklarının sona ermesine, yükümlülüklerinin artmasına veya yeni yükümlülüklerin doğmasına neden olmaktaysa hukukî yararın var olduğu kabul edilir²⁹.

Kanımızca, hukukî yararın var olup olmadığı belirlenirken her iki ölçütten de yararlanılabilir. Bununla beraber, öncelikle şeklî hukukî yarar ölçütünün uygulanması daha pratik ve kolaydır. Zira bu ölçüte göre, sadece kanun yoluna başvuranın davadaki talep sonucu ile mahkemenin hüküm sonucunun karşılaştırılması yeterlidir. Kararın hüküm sonucu yeterince açık değilse, gerekçe de bu karşılaştırmada dikkate alınabilir. Ancak, sadece gerekçe ile hüküm sonucunun karşılaştırılması hukukî yararının tespit edilmesi için yeterli değildir. Zira, gerekçe kesin hüküm etkisi göstermemektedir³⁰. Hüküm lehine olan taraf, sadece gerekçenin kendi görüşüne uygun olmaması sebebiyle kanun yoluna başvuramaz.

²⁸ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 941; Musielak, **Kommentar**, s. 1099 vd.; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 37; Jauernig, **a.g.e.**, s. 290; Schilken, **a.g.e.**, s. 439; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 255; Paulus, **a.g.e.**, s. 192; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 255; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 188; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1216; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 136; Ercan, **a.g.m.**, s. 682 vd.; Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 320.

²⁹ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 37; Schilken, **a.g.e.**, 438; Paulus, **a.g.e.**, s. 192; Jauernig, **a.g.e.**, s. 290; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 257; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1216. Başka örnekler için bkz. Ercan, **a.g.e.**, s. 685 vd. Gilles, maddî hukukî yarar ölçütü konusunda yaptığı değerlendirmede, hükmün olumsuz etkilerinin kanun yolu kurumunun yapısında zaten bulunan bir unsur olduğunu ifade etmiştir. Zira, hükümle birlikte etkileri de ortaya çıkar. Hüküm bir üst mahkeme tarafından iptal edilinceye veya değiştirilinceye kadar etki ve sonuçlarını doğurur. Maddî hukukî yarar, tarafın maddî hukuk bakımından hukukî statüsünde bir değişiklik olup olmamasına göre değil, tarafın hükümden önceki ve sonraki usûl hukukuna ilişkin durumuna göre belirlenmelidir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 30-31).

³⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1100; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, s. 1641; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1217. Sadece daha iyi veya uygun bir gerekçe elde etmek amacıyla kanun yoluna başvurulamayacaktır (Gilles, **“Anschliessung”**, s. 146).

Bazı durumlarda şeklî ölçüte göre, kanun yoluna başvuranın hukukî yararının olmadığı sonucuna varılabilmesine rağmen, maddî hukukî yarar ölçütü tam tersini gösterebilir. Mahkeme davalının talep sonucunun tamamını kabul etmiş olmasına rağmen, hüküm içerik itibari ile davalının aleyhine ise hukukî yararın bulunduğu kabul edilmelidir³¹. Örneğin, bir alacak davasında, davalı cevap dilekçesinde davacıya borcunun olmadığını, aralarında herhangi bir sözleşme olmadığını belirtmiş, ayrıca mahkemede aksi kanaat hasıl olursa kendisinin de davacıdan alacaklı olduğunu ileri sürerek takas def'ini ileri sürmüştür. Mahkeme, davalının takas def'ini kabul ederek davanın reddine karar verirse, görünürde talep sonucu ile hüküm sonucu arasında bir farklılık bulunmadığından, kanun yoluna başvurmakta hukukî yarar yoktur. Ancak, hükmün içeriği esasında davalının aleyhinedir. Zira, davalı öncelikle borcu bulunmadığını ileri sürmüştü; mahkeme ise takas def'ini dikkate alarak davayı reddetmiştir. Bu hüküm sebebiyle, davalı takas def'ine konu alacağını daha sonra davacıdan talep etme hakkını kaybeder.

Terditli dava açılması durumunda davacının asıl talebi yerine ikinci talebinin kabul edilmesi de aynı duruma örnek teşkil eder. Keza davanın haksız olduğu için değil de caiz olmadığı için reddedilmesi durumunda davalının hukukî yararı olduğu kabul edilmelidir. Zira, dava haksız olduğu için reddedilmiş olsaydı, talep edilen hakkın var olmadığı mahkeme kararı ile tespit edilmiş olacaktı³².

Tarafların taleplerine dayanmayan mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması durumunda, hukukî yararın nasıl tespit edileceği konusunda ise iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, mahkemenin re'sen yapabileceği işlemlerde ve karşı taraf dinlenmeksizin verilen kararlarda şeklî hukukî yarar, hüküm sonucu ile kanun yolu dilekçesindeki talep sonucu karşılaştırılarak bulunmalıdır³³. Diğer bir görüşe göre, burada karşılaştırmaya konu olabilecek talep sonuçları bulunmadığından, tarafların şeklî

³¹ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 38-40; Schilken, **a.g.e.**, s. 440; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 256; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 256; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 454, 457; Guldener, **a.g.e.**, s. 494; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 189; Klausner/Kodek, **a.g.e.**, s. 1220.

³² Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 257; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 457; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 32.

³³ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 40.

hukukî yarar ölçütünden yararlanılamaz, ancak maddî hukukî yarar ölçütü kullanılabilir³⁴. Kanımızca, burada maddî ve şeklî yarar ölçütlerinin her ikisinden de yararlanılabilir. Her ne kadar ilk aşamada tarafın dilekçesi yoksa da, daha sonra kanun yoluna başvuru dilekçesinde taleplerini ifade etmektedir. Kanun yoluna başvuru dilekçesinin talep sonucu ile mahkeme kararının hüküm sonucu karşılaştırılabilir.

Kural olarak, istinafa başvurma hakkına sahip olanlar davanın taraflarıdır. Davacı ve davalı yanda birer tarafın bulunması hâlinde kimin istinafa başvurabileceğini tespit etmek kolaydır. Bununla beraber, birden fazla tarafın yargılama katıldığı durumlarda, kimlerin, hangi koşullarda kanun yoluna başvurabileceği ayrıca belirlenmelidir. Aşağıda dava arkadaşlığı, davaya müdahale ve davanın ihbarı gibi durumlarda kanun yoluna başvuru hakkına sahip olanları açıklamaya çalışacağız.

1.3. Dava Arkadaşlarının Durumu

Aynı yargılamada birden fazla davanın görülmesine neden olan durumlardan biri, davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin yer almasıdır. Bu durum öğretilde “dava ortaklığı”³⁵, “dava arkadaşlığı”³⁶, “sübjektif dava birleşmesi”³⁷ gibi terimlerle adlandırılmaktadır. Dava arkadaşlığı ihtiyarî ve mecburî dava arkadaşlığı³⁸, mecburî dava arkadaşlığı ise usûlî ve maddî mecburî dava arkadaşlığı olarak sınıflandırılmaktadır³⁹. Kanun yoluna başvuru hakkının kullanılması ve etkileri bakımından, somut olayda hangi

³⁴ Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 382. Alman Hukukunda özellikle dilekçe vermeyen davalının hukukî yararı tespit edilirken maddî hukukî yarar ölçütünün kullanılması gerektiği yönünde bkz. Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 255; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 257; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 457. Maddî hukukî yarar ölçütünün ağır bastığını kabul etmekle beraber, şeklî hukukî yarar ölçütünden de yararlanılabileceğini kabul eden görüş için bkz Paulus, **a.g.e.**, s. 192; Jauernig, **a.g.e.**, s. 290-291.

³⁵ Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Dava Ortaklığı -Tarafların Taaddüdü-** (2. Baskı. İstanbul: 1999), s. 37.

³⁶ Ömer Ulukapı, **Medenî Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı** (Konya: Mimoza Yayınları, 1991), s. 27.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 209.

³⁸ Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 248 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 352 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 141 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 210 vd.; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 43 vd.

³⁹ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 59 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 508 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 213.

tür dava arkadaşlığının mevcut olduğunun tespiti önemlidir. Zira, ihtiyarî ve mecburî dava arkadaşlığı, hükümleri ve özellikleri bakımından birbirinden farklıdır.

İhtiyari dava arkadaşlığı Kanunun 43'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İhtiyari dava arkadaşlığının ayırt edici özelliği, dava arkadaşı sayısı kadar ayrı davanın var olmasıdır. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşları birbirinden bağımsız olduğundan, taraflara ilişkin dava şartları her bir dava arkadaşı bakımından ayrıca değerlendirilir. Dava arkadaşları yargılamada birbirilerinden bağımsız olarak usûl işlemi yapabilirler. Her bir dava arkadaşı kendi davası üzerinde tasarrufta bulunabilir (davadan feragat, kabul vb. işlemler). Dava arkadaşları birbirinden bağımsız olduğundan süreler de her biri için bağımsız olarak işler⁴⁰.

İhtiyari dava arkadaşlarının her biri bakımından mahkeme farklı kararlar verebilir. Dava arkadaşlarından birinin davasını kabul eden mahkeme, diğerinin davasını reddedebilir. Buna bağlı olarak her dava arkadaşı, diğerlerinden bağımsız olarak kendi davası bakımından taraf sıfatıyla istinafa başvuru hakkına sahiptir⁴¹.

İhtiyari dava arkadaşının hukukî yararının olup olmadığı ve malvarlığı davalarında istinafa başvuru için getirilen parasal sınırın aşılp aşılmadığı, kendi davası bakımından ayrıca belirlenmelidir⁴².

İhtiyari dava arkadaşları ayrı ayrı istinafa başvursalar dahi, istinaf mahkemesi bu başvuruları birlikte incelemelidir. Böylece ilk derece mahkemesinde geçerli olan dava arkadaşlığı istinaf derecesinde de devam ettirilmelidir.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 212; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 118 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 361 vd.

⁴¹ Musielak, **Kommentar**, s. 159; Schilken, **a.g.e.**, s. 352; Guldener, **a.g.e.**, s. 493; Özekes, “**İstinaf**”, s. 3105. Temyiz bakımından aynı değerlendirmeyi yapan görüş için bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 354; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 658; Kuru, **Usûl C. III**, s. 3376; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 581; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 128; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 227 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 362; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4573; Karar düzeltme konusunda aynı değerlendirme için bkz. Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 141.

⁴² Temyiz bakımından aynı değerlendirme için bkz. Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 228. “Temyiz dilekçesinin verilme usûlü H.U.M.K.nun 434 ncü maddesinde açıklanmış olup, buna göre temyiz dilekçesinin temyiz defterine kayıt ettirilip, temyiz harcının yatırılmış olması gerekmektedir. Davalı Selahattin D. tarafından bu işlemler yapılmaksızın, aralarında mecburî dava arkadaşlığı bulunmayan diğer davalı Ali Y.'a ait temyiz istemine ilişkin olduğu anlaşılan temyiz harcı makbuzuna istinaden verilmiş temyiz dilekçesinin incelenme kabiliyeti bulunmaması nedeniyle temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmıştır” 11. HD, 10.11.2003, 10232/10602 (KİB).

Mecburî dava arkadaşlığı ise, maddî hukuk sebebiyle birden fazla kişinin birlikte dava açmasını veya dava arkadaşlarına karşı birlikte dava açılmasını zorunlu kılan dava arkadaşlığıdır. Maddî hukuk, bir hakkın birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı birlikte dava edilmesini zorunlu kılmaktaysa, mecburî dava arkadaşlığından söz edilir⁴³.

Kanunda mecburî dava arkadaşlığından söz edilmiş (m. 47), ancak hangi hâllerde mecburî dava arkadaşlığının var olduğu düzenlenmemiştir. Mecburî dava arkadaşlığının öncelikli amacı, taraflar hakkında tek bir karar verilmesini sağlayarak, çelişkili kararlar verilmesini önlemektir⁴⁴.

Mecburî dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte dava açmalıdır veya onlara karşı birlikte dava açılmalıdır. Maddî mecburî dava arkadaşları, davayla ilgili tasarruf işlemlerini birlikte yapmak zorundadırlar. Müddeabih üzerinde doğrudan etki doğurmayan usûl işlemlerini maddî mecburî dava arkadaşlarından biri yaparsa, diğerleri de bundan yararlanırlar. Ancak, müddeabih üzerinde doğrudan sonuç doğuran işlemler, mutlaka tüm dava arkadaşları tarafından birlikte yapılmalıdır. Örneğin, dava arkadaşları davadan ancak birlikte feragat edebilir veya davayı birlikte kabul edebilirler. Maddî mecburî dava arkadaşlığında tek bir dava ve tek bir hüküm sözkonusu olduğundan dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır⁴⁵. Usûlî mecburî dava arkadaşlığında ise, dava arkadaşları

⁴³ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 212; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 152; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 92; Üstündağ, **Yargılama**, s. 366. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 64'üncü maddesine göre, "Maddî hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburî dava arkadaşlığı vardır".

⁴⁴ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 44 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 213; "Açıklanan bu nedenlerle Çağdaş Ltd. hakkında ödemenin varlığı araştırılıp sonucuna göre ve Alarko A.Ş. için ise davanın reddi hususunda hüküm kurmak gerekirken mahkeme kararında yazılı nedenlerle davanın kabulü ve Dairemizin de usûl ve yasaya uygun olmayan bu kararı onaması doğru olmamıştır. Bu nedenle onamaya dair Dairemizin 15.1.2001 T., 2001/2250 E., 4523 K. sayılı kararının kaldırılması ve mahkeme kararının davalı borçlu ve onunla zorunlu dava arkadaşı olan davalılar yararına bozulması gerekir". HGK, 8.10.2003, 15-526/547 (KİB).

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 214; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 156; Üstündağ, **Yargılama**, s. 374.

birlikte dava açmak zorunda olsalar dahi, her biri diğerinden bağımsız usûl işlemi yapabilir⁴⁶.

Mecburî dava arkadaşlığında kanun yoluna başvuru, usûlî ve maddî mecburî dava arkadaşlığı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, maddî mecburî dava arkadaşları kanun yoluna birlikte başvurmak zorundadır⁴⁷.

Yargıtay'ın da benimsediği diğer görüşe göre, maddî mecburî dava arkadaşlarından biri kanun yoluna başvurursa, diğer dava arkadaşları ilgisiz kalmasına rağmen bu başvuru sonuç doğurur. Mecburî dava arkadaşlarından biri, süresinde kanun yoluna başvurmuyarak bu hakkını kaybetse dahi, daha sonra diğer dava arkadaşı kanun yoluna başvurursa, kanun yolu sonucunda hüküm değişikliğinden kanun yoluna başvurmayan dava arkadaşı da yararlanır veya olumsuz etkilenir. Burada temyiz yoluna başvuranın diğer dava arkadaşlarını temsil ettiği kabul edilmektedir⁴⁸. Ancak, mecburî dava arkadaşlarından biri başvuru süresi içinde bu hakkından feragat ederse, artık diğer dava arkadaşlarının kanun yolu başvurusu kabul edilemez⁴⁹. Diğer yandan, tüm dava arkadaşları kanun yoluna başvurmuşsa, daha sonra mecburî dava arkadaşlarından biri tek başına kanun yolu hakkından feragat edemez. Zira, onun feragatinin geçerliliği, diğer dava arkadaşlarının da bu işleme katılmasına bağlıdır.

⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 214; "... Bazı hâllerde ise, birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmasında maddî bir zorunluluk olmadığı halde, kanun; gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin doğru sonuca bağlanmasını sağlamak için, birden fazla kişiye karşı dava açılmasını usûlen zorunlu kılmıştır ki bu durumda şekli bakımından bir mecburî dava arkadaşlığı söz konusudur. Böyle bir davada, dava arkadaşları hakkında aynı şekilde tek bir karar verilmesi veya dava arkadaşlarının hep birlikte ve aynı şekilde hareket etme zorunluluğu yoktur. Bunlara örnek olarak, olağanüstü zamanaşımına dayalı olarak açılan davalar veya nesebin reddi gibi davalar gösterilebilir". 14. HD, 28.4.2003, 2541/3337 (KİB).

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 581; Özekes, "**İstinâf**", s. 3105; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 192; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 513; Kuru, **Usûl C.V**, s. 4573; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 135; Guldener, **a.g.e.**, s. 493.

⁴⁸ Üstündağ, **Yargılama**, s. 375; İbrahim Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), s. 335; Musielak, **Kommentar**, s. 166-167; Örnekler için bkz. Kuru, **Usûl C. III**, s. 3335.

⁴⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 497.

Kanımızca, maddî mecburî dava arkadaşları, birlikte istinafa başvurmak zorundadırlar. Maddî mecburî dava arkadaşlarından biri süresinde istinafa başvurmamasına rağmen, diğer dava arkadaşı süresinde başvuru yaparsa, istinaf yargılaması ancak daha önce süresi içinde istinafa başvurmayan veya başvuramayan tarafın da yargılamaya katılmasıyla yürütülebilir. Aksi takdirde, istinaf mahkemesi istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir. Zira, mahkeme istinaf başvurusunu haklı bulursa davanın esası hakkında tahkikatı tamamlayacak ve yeniden yargılama yapacaktır. Bu yargılamada maddî mecburî dava arkadaşlarından birinin bulunmaması düşünülemez.

Usûlî (şeklî) mecburî dava arkadaşları ise, ihtiyarî dava arkadaşlığında olduğu gibi birlikte hareket etmek zorunda olmadıklarından, birbirlerinden ayrı ve bağımsız olarak istinafa başvurabilirler⁵⁰. Kanımızca usûlî mecburî dava arkadaşlarından biri istinafa başvurduktan sonra, diğer dava arkadaşlarının da yargılamaya katılımı sağlanmalıdır. Zira, istinaf mahkemesi Yargıtay'dan farklı olarak sadece hukuka uygunluk denetim yapmakla yetinmeyip, gerektiğinde tahkikatı tamamlayarak esas hakkında karar vereceğinden mecburî dava arkadaşlarının istinaf yargılamasında bulunması, dava malzemesinin incelenmesine ve değerlendirilmesine katkıda bulunması faydalı olacaktır.

Dava arkadaşları, kural olarak kanun yoluna başvuru hakkına sahiptirler; ancak davanın tarafı olmalarına rağmen, kanun yoluna başvuru haklarını kullanmaları sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma ilk derece yargılamasına paralel biçimde yargılamanın basit, ucuz ve hızlı yürütülmesi ve çelişik kararlar verilmesinin önlenmesi amacıyla veya maddî hukukun tanıdığı haklar üzerinde birlikte tasarrufta bulunma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır.

1.4. Fer'i ve Aslî Müdahilin Durumu

Medenî yargılama hukukunda dava iki taraf esasına göre yürür; dava sonunda verilen hüküm de kural olarak sadece o davanın tarafları bakımından sonuç doğurur. Ancak, bazı hâllerde taraflar dışında üçüncü kişiler de mahkemenin hükmünden

⁵⁰ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 193; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4573 ve **C. III**, s. 3337; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 513.

etkilenebilirler. Bu durumla karşı karşıya kalabilecek üçüncü kişilerin haklarını koruyabilmeleri için davaya katılmalarını sağlayan kuruma fer'i müdahale denilmektedir. Fer'i müdahil, davayı kazanmasında yararı olan tarafın yanında davaya katılarak, davanın o tarafın lehine sonuçlanması, dolayısıyla kendi lehine sonuçlanması için çaba sarf eder⁵¹.

Fer'i müdahil davaya katılmasına rağmen taraf olarak kabul edilmez. Fer'i müdahil tarafın yardımcısıdır ve yanında katıldığı tarafla birlikte hareket eder, onun yapabileceği usûl işlemleri yapabilir. Kural olarak asıl tarafın bir işlemi yapmaması, fer'i müdahilin de o işlemi yapamayacağı anlamına gelmez. Ancak, fer'i müdahilin işlemleri asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olamaz, aksi takdirde fer'i müdahilin işlemi geçersiz kabul edilmelidir. Diğer yandan asıl taraf, fer'i müdahil tarafından yapılan işlemleri geçersiz kılabilir⁵².

Fer'i müdahilin kanun yoluna başvurup başvuramayacağı konusunda Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu'nda açık hüküm yoktur. Kanunun 57'nci maddesinde, sadece fer'i müdahilin katıldığı tarafla birlikte hareket edebileceği belirtilmiştir. Bu belirsizliğe rağmen, öğreti ve uygulama genel olarak fer'i müdahilin mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabileceğini benimsenmiştir. Bununla beraber fer'i müdahilin temyiz yoluna tek başına başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, fer'i müdahil ancak asıl tarafla birlikte temyiz yoluna başvurabilir. Zira, hüküm asıl taraf hakkında verildiği için kanun yoluna başvurma yetkisi de tarafa aittir. Ayrıca, fer'i müdahile kanun yoluna başvurma hakkı tanınması hâlinde, kanun yolu mahkemesinin başvuruyu haklı bulmasından sonra yargılamaya nasıl ve kim tarafından devam edileceği belirsizdir⁵³.

Diğer bir görüşe göre, asıl taraf temyize başvuramamış olsa dahi, fer'i müdahil temyiz yoluna başvurabilir⁵⁴. Zira, asıl tarafın yardımcısı olan fer'i müdahil, asıl taraf gibi

⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 216; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 17 vd.

⁵² **Aynı**, s. 218; **Aynı**, s. 40, 137 vd.

⁵³ Postacıoğlu, **Usûl**, s. 315; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 143-144; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 658; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 532; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4570 ve **C. IV**, s. 3477; Konuralp, **Usûl**, s. 81; Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 323, 326.

⁵⁴ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 155 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 219; Üstündağ, **Yargılama**, s. 379; Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 452; Ansay, **a.g.e.**, 354; Karafakih, **Usûl**, s. 255. Asıl taraf feragat

gerekli usûl işlemlerini yapabilir. Asıl taraf temyize başvurmayı ihmal etmişse, fer'i müdahil hükmü temyiz ederek, tarafın davayı kazanmasına yardımcı olabilir. Fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması taraf bakımından olumsuzluk yaratmayacaktır. Fer'i müdahilin yaptığı işlemleri kabul etmeyen taraf, itiraz ederek bu işlemi geçersiz kılabilir. Asıl taraf temyiz hakkında feragat ederse fer'i müdahil de temyize başvuramayacaktır⁵⁵. Bu görüş esasında fer'i müdahilin bağımsız bir kanun yoluna başvuru hakkı olduğunu iddia etmemekle beraber, asıl tarafın aleyhine oluşabilecek durumları önlemek amacıyla fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabileceğini benimsemektedir.

İlk görüşü benimseyen Yargıtay'a göre, fer'i müdahil ancak kendisi hakkında hüküm verilen durumlarda tek başına temyize başvurabilir⁵⁶.

Temyiz açısından savunulan görüşler istinafta da geçerli olacaktır. Kanımızca asıl taraf istinafa başvurmamış olsa dahi fer'i müdahil hükme karşı istinafa başvurabilir. Fer'i müdahile ve dolayısıyla asıl tarafa tanınan bu imkân, fer'i müdahilin asıl taraftan bağımsız olarak istinafa başvuru hakkı olduğu anlamına gelmez. Asıl tarafın istinafa başvuru hakkından açıkça feragat etmesi veya fer'i müdahil tarafından istinafa başvurulmasına itiraz ederek istinaf başvurusunu geçersiz kılması mümkün olduğundan, fer'i müdahilin istinafa

etmemişse fer'i müdahilin tek başına karar düzeltme yoluna başvurabileceğini kabul eden görüş için bkz. Gürdoğan, "**Tashihi Karar**", s. 202.

⁵⁵ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 155 vd.

⁵⁶ "...Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 57 nci maddesi hükmü uyarınca, kural olarak fer'i müdahilin mahkeme kararını ancak yanında bulunduğu tarafla birlikte ve o tarafın temyiz etmesi hâlinde temyiz yoluna başvurması mümkün olup, tek başına temyiz hakkı bulunmamakla birlikte, temyize konu kararda davanın konusunu oluşturan hakkın özünün (imtiyaz haklarının) aslî müdahale talepleri reddedilen fer'i müdahillere ait olduğu ve bu durumun bu konuda verilecek karar doğrudan doğruya onların hukuklarını etkileyeceğinden temyiz yoluna başvurmada hukukî menfaatlerinin bulunduğu kabulü gerekmiştir. ..." 11. HD, 13.11.2003, 7508/10845; "... Bu kabulün doğal sonucu olarak da davaya fer'an katılan kişi ancak lehine katılan tarafla birlikte hükmü temyiz edebilir. Somut olayda, Hazine temyiz isteğinde bulunmadığına göre, Hazine yanında davaya katılan İl Özel İdare Müdürlüğünün hükmü Tek başına temyiz etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, İl Özel İdare Müdürlüğü vekilinin avukatlık ücretine ilişkin temyiz isteminin reddi gerekmiştir. ..." 8. HD, 4.10.2005, 3879/6420; "... Her ne kadar fer'i müdahilin katıldığı taraf ile birlikte hareket etmesi ve katıldığı tarafın temyizi olmadıkça müstakilen temyiz hakkını haiz değilse de, müdahil aleyhine de hüküm kurulmuş olmasına göre hükmü temyizde müdahilin menfaati bulunduğundan temyiz talebinin incelenmesi gerekmiştir. ..." 19. HD, 23.6.2003, 9517/6708; Bkz. ayrıca 9. HD, 18.1.1996, 332/407; 15. HD, 29.3.2003, 1309/4389 (KİB). Ayrıca Bkz. Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 144.

başvurma imkânı sınırlandırılmamalıdır. Bu hakkın tanınması, asıl tarafın tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamakta, asıl tarafın aleyhine değil, bilakis lehine sonuç doğurmaktadır. Buna göre, asıl taraf istinafa başvuru hakkından feragat etmemişse fer'i müdahil tek başına istinafa başvurabilecektir. Fer'i müdahilin istinafa başvurması üzerine, asıl taraf istinaf yargılamasına devam edilmesini istemezse, istinaf mahkemesi fer'i müdahilin başvurusunu hukukî yarar yokluğundan reddetmelidir⁵⁷.

İlk derece mahkemesinde fer'i müdahil hakkında da hüküm verilmişse, fer'i müdahilin tek başına istinafa başvurabileceği ve istinaf yargılamasına katılabileceği kanısındayız⁵⁸. Kanun yoluna başvuran fer'i müdahil, kuşkusuz istinafin gerekçelendirilmesine yarayan istinaf sebeplerini de ileri sürebilecektir⁵⁹.

Davaya katılmanın diğer şekli ise aslî müdahaledir. Aslî müdahale, fer'i müdahaleden farklı olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak, diğer kanunlarda aslî müdahale olarak nitelendirilen özel düzenlemeler olduğu gibi⁶⁰, öğreti ve uygulamada da oybirliği ile kabul edilmektedir⁶¹.

Aslî müdahale, derdest bir davada, davanın tarafları dışında üçüncü bir kişinin, dava konusu üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu ileri sürerek, bu davanın

⁵⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 73'üncü maddesinde de müdahilin, yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemini yapabileceği hükme bağlanmıştır.

⁵⁸ Kuru, **Usûl C. IV**, s. 3478; "İki kişi arasındaki bir davada üçüncü bir kişinin dava konusu şey veya hak üzerinde hak iddia ederek müdahale etmesi hâlinde aslî müdahale söz konusu olur ve aslî müdahil taraflar temyiz yoluna başvurmaya bile onlardan bağımsız olarak kararı temyiz edebilir. Davada Azot Sanayii iddiası itibarıyla aslî müdahil niteliğini haiz bulunduğundan direnme kararını temyiz hakkı vardır. Kaldı ki fer'i müdahil kabul edilse dahi olayda mahkemece müdahale isteği reddedildiğinden yukarıda açıklanan esaslara göre temyiz hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir." HGK, 1.4.1987, 1986/11-143, 1987/259 (KİB).

⁵⁹ Musielak, **Kommentar**, s. 1130.

⁶⁰ Örneğin, TMK'nın 713'üncü maddesinde düzenlenen tescile itiraz davası aslî müdahale davası olarak kabul edilmektedir. Diğer örnekler için bkz. Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale** (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995), s. 6 vd.

⁶¹ Yasalaşması umulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 70'inci maddesinde ise bu konuda düzenleme yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasına göre, "Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir".

taraflarına dava açmasıdır⁶². Aslî müdahale, mevcut davanın taraflarına karşı açılan bağımsız bir dava olarak kabul edildiğinden, gerçek anlamda bir müdahale değildir. Aslî müdahalede, biri taraflar arasında daha önceden derdest olan, diğeri ise ilk davanın taraflarına karşı açılan aslî müdahale davası olmak üzere iki ayrı dava bulunmaktadır. İlk davanın tarafları aslî müdahale davasında mecburî dava arkadaşısıdır. Buradaki dava arkadaşlığı, aslî müdahalenin niteliği gereği usûlî mecburî dava arkadaşlığı olup, taraflar birbirilerinden bağımsız hareket edebilirler ve dava sonunda her biri hakkında farklı hüküm verilebilir. Aslî müdahil ise, fer’i müdahilden farklı olarak, bu davanın (aslî müdahale davasının) tarafıdır ve dava sonunda onun hakkında da hüküm verilir⁶³.

Aslî müdahalede iki ayrı dava olduğundan, taraflar kendi taraf oldukları davada verilen hükme karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurabilirler. Buna göre, ilk davanın tarafları hem ilk dava hakkında verilen hem de aslî müdahale davasında verilen hükme karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurabilirler. Aslî müdahil ise, ancak kendisinin taraf olduğu aslî müdahale davasında verilen hükme karşı kanun yoluna başvurabilir⁶⁴.

Kanun yolları bakımından yapılan bu genel değerlendirme istinafta da geçerlidir. Aslî müdahil, aslî müdahale davasının tarafı sıfatıyla o davada verilen hükme karşı istinafa başvurma hakkına sahiptir. Diğer yandan, aslî müdahale davasının davalıları da birbirlerinden bağımsız olarak hükme karşı istinafa başvurabilirler.

1.5. Kendisine Dava İhbar Edilen Üçüncü Kişinin Durumu

Üçüncü kişilerin davaya katılmasını sağlayan kurumlardan biri de davanın ihbarıdır. Davanın ihbarı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 49-52’nci maddeleri arasında

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 226; Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 16; Üstündağ, **Yargılama**, s. 381; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 533; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 171.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 226; Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 67; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 171; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 106-107. Aslî müdahil, ilk dava açısından ise ne fer’i müdahil ne de taraf olarak kabul edilir. Bu sebeple aslî müdahil derdest davaya hiç katılmamış sayılmalıdır (Üstündağ, **Yargılama**, s. 381).

⁶⁴ Halûk Konuralp, “Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi”, **Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı**: 553-566 (Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988), s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 229; Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 80; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 536; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4570 ve **C. IV**, s. 3513.

düzenlenmiştir. Davanın ihbarı, taraflardan birinin, kendisini temsil etmek veya davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılarak kendisine yardım etmek üzere davayı üçüncü kişiye duyurmasıdır⁶⁵.

Kural olarak, ilk derece yargılaması sona erinceye kadar dava ihbar edilebilir⁶⁶. Temyiz incelemesi sırasında ise davanın ihbar edilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Yargıtay bozma kararı verir ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderirse, uyma kararından sonra yapılan yargılama sona erinceye kadar dava ihbar edilebilecektir⁶⁷.

Kendisine dava ihbar edilen üçüncü kişi kural olarak üç şekilde davranabilir: Dava ihbar edilmesine rağmen herhangi bir işlem yapmayabilir, davaya fer'i müdahil olarak katılabilir veya ihbarda bulunanın talebi üzerine onun adına davayı takip edebilir⁶⁸. Üçüncü kişi, koşulları oluşmuşsa davaya aslî müdahil olarak da katılabilir⁶⁹.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 221; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 54; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 172; Üstündağ, **Yargılama**, s. 384; Murat Atalı, **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 41.

⁶⁶ Davanın yargılama sona erinceye kadar ihbar edilebilmesinin nedeni, ihbar üzerine üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılabilme imkânına sahip olması gerekliliğidir. İhbarın amacı, üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil veya temsilci olarak katılmasını sağlamaktır. Bununla beraber ihbarın etkili olabilmesi için üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılabilecek durumda bulunması gerekir (Atalı, **a.g.e.**, s. 88).

⁶⁷ Kuru, **Usûl C. IV**, s. 3521; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 221 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 172; Üstündağ, **Yargılama**, s. 385; Atalı, **a.g.e.**, s. 89-90. İlk derece yargılamasında dahi etkili olabilmesi ve üçüncü şahıs bakımından kapsamlı sonuç doğurabilmesi için mümkün olduğunca davanın başında ihbar yapılması gerekmektedir (Ansay, **a.g.e.**, s. 139). BK m. 190, II'de bir malın alıcısına karşı, satılan üzerindeki bir hakkı dolayısıyla üçüncü kişi tarafından dava açılmışsa, davalı alıcının, müdahale ve müdafaaya elverişli bir zamanda, davayı satıcıya ihbar etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Davalı alıcı, davayı zamanında satıcıya ihbar etmişse, satıcı davaya katılmasa dahi verilen hüküm satıcıya da bağlamaktadır. Burada davanın ihbar edilmesi alıcı bakımından bir külfet olarak düzenlenmiştir. Bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 138 vd.; Konuralp, "**İhbar**", s. 554; Üstündağ, **Yargılama**, s. 385-386; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996), s. 85; Deren Yıldırım, **Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, s. 64 vd.; Budak, **Üçüncü Kişiler**, s. 71-72.

⁶⁸ Konuralp, "**İhbar**", s. 556; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 223; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 172; Üçüncü kişi sadece davayı ihbar eden temsil etmektedir, yoksa hiçbir zaman onun yerine geçmemektedir (Atalı, **a.g.e.**, s. 112, 117). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 68'inci maddesine göre, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişinin, tarafı davada temsil etmesi imkânı yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre, üçüncü kişi, ihbar üzerine ya hareketsiz kalır veya davayı kazanmasında hukukî yararı olan taraf yanında davaya katılabilir. Kanımızca, davanın ihbarı üzerine üçüncü kişinin tarafı temsil etmesi, bugüne kadar pek uygulanmamış ve kabul görmemiş olduğundan Tasarıda bu kuruma yer verilmemiştir.

⁶⁹ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 56; Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 329.

Üçüncü kişi, ihbara rağmen hareketsiz kalırsa, davayla hiçbir ilişkisi olmayacağından, kendi aleyhinde hüküm verilmediği sürece, istinafa başvuru hakkına sahip değildir. Buna karşılık mahkeme, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi aleyhine karar verirse, üçüncü kişinin istinafa başvurmakta hukukî yararı vardır.

Üçüncü kişi ihbar üzerine, davayı kazanmasında yararı olan tarafın yanında fer'i müdahil olarak davaya katılarak ona yardımcı olabilir. Bunun için fer'i müdahalenin koşulları gerçekleşmiş olmalı ve mahkeme müdahale talebini kabul etmelidir⁷⁰. Üçüncü kişi, fer'i müdahil olarak yanında katıldığı tarafla birlikte veya onun açıkça feragat etmemesi hâlinde tek başına, mahkemenin kararına karşı istinafa başvurabilmelidir. Bu konuda fer'i müdahale başlığı altındaki açıklamalar geçerlidir⁷¹.

Üçüncü kişi aslî müdahil olarak davaya katılırsa, şartları olduğu takdirde, aslî müdahale davası hakkında verilen nihai karara karşı istinafa başvurabilir.

Üçüncü kişi davanın ihbarını ve tarafın kendisini temsil ettirme talebini kabul ederse, taraf adına tüm işlemleri yapma yetkisine sahip olur. Kendisine ihbarda bulunulan kişinin tarafı temsil etmesi, tarafların ancak bir avukatla temsil edilebileceği kuralının istisnasıdır. Üçüncü kişinin temsil yetkisi avukatın temsil yetkisi ile paraleldir. Üçüncü kişi avukatın genel vekâletnameye bağlı olarak yapabileceği işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Buna göre üçüncü kişi, mahkemenin hükmü kesinleşinceye kadar dilekçe verebilir, iddia ve savunma vasıtalarına dayanabilir veya delil tespiti gibi işlemleri temsilci sıfatıyla yapabilir. Özel yetki gereken durumlarda ise, bu yetkinin temsilci tarafından kullanılabilmesi, ayrıca yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır⁷².

Temsilcinin tek başına kanun yoluna başvurup başvuramayacağı konusunda, vekilin yetkilerine paralel bir değerlendirme yapılmalıdır. Vekilin istinafa başvurabilmesi için özel yetki verilmesine ihtiyaç yoktur, tam tersine vekil kanun yoluna başvurmayacaksa bunu müvekkiline bildirmelidir. Vekil bildirimde bulunmaz ve hükmü temyiz etmeyerek

⁷⁰ Konuralp, “İhbar”, s. 556; Atalı, **a.g.e.**, s. 113.

⁷¹ Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 1.4.

⁷² Kuru, **Usûl C. IV**, s. 3529 vd.; Konuralp, “İhbar”, s. 560-561; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 224; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 173.

müvekkilin zarar görmesine neden olursa, disiplin cezası alabileceği gibi, müvekkili tarafından kendisine maddî tazminat davası da açılabilir⁷³. Buna göre üçüncü kişi, davanın tarafı açıkça feragat etmediği ve yasaklamadığı takdirde, mahkemenin nihaî kararına karşı istinafa başvurabilir. Üçüncü kişi kendi adına değil, tarafı temsilen başvuruda bulunur⁷⁴.

Son olarak belirtmeliyiz ki, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi, uyuşmazlık bakımından başkasına rücu hakkı olduğunu düşünmekteyse, kendisi de davayı bir başka kişiye ihbar edebilir ve ihbarı tevali ettirebilir (m. 52). Bu durumda kendisine ihbar yapılan son kişi de davayı kazanması lehine olan tarafın yanında davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Ancak, üçüncü kişi davadaki asıl tarafın temsilcisi olamaz⁷⁵. Tevali edilen ihbarı alan üçüncü kişi, davaya fer'i müdahil olarak katılmak ister ve bu talebi kabul edilirse, fer'i müdahilin yetkileri çerçevesinde asıl taraflar birlikte ve asıl taraf açıkça feragat etmemişse tek başına istinafa başvurabilmelidir.

2. İSTİNAF BAŞVURUSUNDAN FERAGAT

Özel hukuk uyuşmazlıkları ve usûl hukukunun kuralları büyük ölçüde tasarruf ilkesinden etkilenmiştir. Tasarruf ilkesine bağlanan en önemli sonuçlardan biri, açık kanun hükmüyle veya içtihatla kabul edilen istisnalar dışında⁷⁶, kimsenin dava açmaya veya açtığı bir davayı devam ettirmeye zorlanamamasıdır. Kural olarak, tarafın talebi olmaksızın mahkemenin uyuşmazlığı çözmesi mümkün değildir. Tasarruf ilkesi, etkisini sadece davanın açılması sırasında değil, dava devam ederken de gösterir. Örneğin davalı, davayı

⁷³ Kuru, **Usûl C. V**, s. 4568-4569 ve **C. IV**, s. 3531.

⁷⁴ Konuralp, “**İhbar**”, s. 564; Hakem Kararlarının temyizi bakımından bkz. Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 331; Mahkeme kararlarına karşı temsilcinin temyize başvurabileceği hakkında bkz. Atalı, **a.g.e.**, s. 120.

⁷⁵ Atalı, **a.g.e.**, s. 125-126.

⁷⁶ “Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi (HUMK m. 79), davacı da açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Usûl hukukumuzda kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar her davadan feragat edilebilir. Ancak bazı istisna hâllerinde feragat davayı sona erdirmez. Hâkim, feragate rağmen davaya devam etmekle yükümlüdür. Bu istisnalardan biri de sosyal sigortalılık süresinin tespiti için açılan hizmet tespiti davalarıdır.” HGK, 11.2.2004, 21-54/54, (KİB).

kabul edebilir veya ilk derece mahkemesinin hükmüne karşı kanun yoluna başvurmadan feragat edebilir⁷⁷.

Kanun yoluna başvuru hakkında feragat, ilgilinin aleyhine olan mahkeme kararının bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi yönündeki usûli haktan vazgeçmesidir. Kanun yoluna başvuru hakkında feragat edilmişse, hükme karşı kanun yoluna başvurulması caiz değildir⁷⁸.

2.1. Feragatin Zamanı

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, taraflar ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilirler (m. 426/İ, I). Feragat, aşağıda ihtimallerini saydığımız çeşitli zaman aralıklarında gündeme gelebilir. Ancak bu zaman aralıklarından bazılarında istinaftan feragat geçerli değildir.

Birinci ihtimalde, taraflar henüz dava açılmadan önce kanun yoluna başvurmayacaklarını kararlaştırmak isteyebilirler. İkinci ihtimalde, ilk derece mahkemesi, henüz hükmünü vermemiştir, ancak taraflar aralarında anlaşarak veya tek taraflı olarak hükme karşı kanun yoluna başvurmayacaklarını beyan edebilirler. Üçüncü ihtimalde, ilk derece mahkemesi hükmünü vermiştir, ancak hüküm henüz taraflara tebliğ edilmemiştir. Taraflar, bu aşamada da kanun yoluna başvuru hakkında feragat etmek isteyebilir. Dördüncü ihtimalde, mahkeme hükmünü vermiş ve taraflara tebliğ etmiştir. Taraflar henüz kanun yolu süresi sona ermeden kanun yoluna başvuru hakkında feragat edebilirler. Beşinci ve son ihtimalde ise, kanun yoluna başvurulmuştur. Kanun yolu mahkemesi inceleme yaparken, taraf kanun yolundan feragat etmek isteyebilir⁷⁹.

⁷⁷ Musielak, **Kommentar**, s. 1113; Fasching, **Lehrbuch**, s. 864; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 236.

⁷⁸ Gehrlein, **a.g.e.**, s. 265; Musielak, **Grundkurs**, s. 302; Musielak, **Kommentar**, s. 1113; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 460; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 193.

⁷⁹ Son ihtimal bakımından “kanun yoluna başvuru hakkında feragat” yerine “kanun yolu talebinden feragat” kavramının kullanılması daha uygundur. Zira, kanun yoluna başvurulduktan sonra gerçekleşen bir feragat sözkonusu ise bunu başvuru hakkında feragat olarak nitelendirmek terminolojik bakımdan pek doğru değildir (İbrahim Ercan ve İbrahim Özbay: “Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, (2006), s. 434). *Ercan ve Özbay’ın* dikkat çektikleri kavramsal farklılık terminolojik açıdan doğru olmakla beraber, feragatin etkisi ve sonuçları bakımından pratik bir farklılık

Yukarıda saydığımız beş ihtimalden ilk üçünde, kanun yoluna başvuru hakkında feragat geçerli değildir. Kanun yoluna başvuru hakkı mahkeme kararının taraflara tebliğ edilmesi ile doğacağından⁸⁰, karar tebliğ edilmeden kanun yoluna başvuru hakkında feragat edilemez⁸¹. Zira, taraflar bu aşamada mahkeme kararının aleyhlerine olup olmayacağını veya hükmün ne derece aleyhlerine olacağını bilemezler⁸².

İstinafla ilgili değişiklikler yapılmadan önce, Kanunun 535'inci maddesi bu görüşe dayanak oluşturmaktaydı. Esasında tahkime ilişkin olan, ancak özel hukukla ilgili diğer mahkeme kararları bakımından da uygulanması kabul edilen bu hükme göre, tarafların yargılamanın yenilenmesi ve temyiz hakkında feragat için daha önce akdedecekleri bir sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul edilmekteydi. Ancak, yukarıda belirttiğimiz ihtimallerin her biri hakkında, bu hükmün lafzından kesin sonuçlara varmak mümkün değildi.

İstinaf düzenlemesi tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde kaleme alınmıştır. İstinafa başvuru hakkında feragati düzenleyen 426/İ maddesine göre, taraflar ilâmın kendilerine tebliğinden önce istinafa başvuru hakkında feragat edemezler. Aynı hüküm 432'nci maddenin atfı nedeniyle temyiz yolunda da geçerlidir. Kanunun açık hükmüne göre, istinafa veya temyize başvuru hakkı en erken ilâmın taraflara tebliği ile doğar.

yaratmayacaktır. Zira, her durumda feragat nedeniyle kanun yolu başvurusunun reddine karar verilmelidir.

⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Yılmaz, **İstinaf**, s. 62. “Doğmamış bir haktan feragat sözkonusu olmaz. Bu sebeple karar tebliğ edilmeden 02/10/1995 günlü dilekçe ile yapılan davalı vekilinin feragati geçerli değildir”. 2. HD, 20.3.1996, 2123/2871 (KİB). Feragatin geçerli olması için kararın tefhim edilmiş olmasını yeterli sayan görüş için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 634.

⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 444; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4490; Yılmaz, **İstinaf**, s. 61-62; Üstündağ, **Yargılama**, s. 865. “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 432/1. madde uyarınca temyiz süresi, ilâmın usûlen tebliği ile başlar. Tarafların, gerekçeli karar tebliğ edilmeden temyizden feragat etmeleri hüküm doğurmaz. Zira, bu nitelikteki bir feragatin geçerli kabul edilmesi hâlinde, tarafların hüküm gerekçesini ya da tefhim edilen kararlar sonradan yazılan kararın çelişmesi hâlinde bile, temyiz hakkında yoksun olmaları sonucunu doğuracaktır.” 2. HD, 26.2.2004, 1182/2300 (KİB).

⁸² Üstündağ, **Yargılama**, s. 865.

Kararın tebliğinden itibaren kanun yolu mahkemesince karar verilinceye kadar kanun yolu hakkından feragat edilebilir⁸³.

Kanun, sadece feragatin hangi andan itibaren yapılabileceğini düzenlemiş, ancak en son hangi zaman dilimine kadar yapılabileceğini belirtmemiştir. Kanımızca, istinaf mahkemesi nihaî kararını veya hükmünü tefhim edinceye kadar istinaftan feragat edilebilir. Hükmün tefhim edilmesiyle yargılama son bulur, hüküm varlık kazanır ve mahkeme elini uyuşmazlıktan çeker. Bu aşamadan sonra istinaftan feragat edilmesi sonuç doğurmayacaktır.

2.2. Feragatin Şekli

Kanunda, istinaftan feragatin şekli ve usûlü hakkında düzenleme yapılmadığından, istinafa başvuru hakkından feragatin şekli, kimlerin feragat edebileceği gibi konular daha önceki içtihatlarla ve bilimsel görüşlere göre değerlendirilmelidir.

Kural olarak feragat hiçbir tereddüde neden olmayacak derecede açık ve net olmalıdır. Ancak, feragat dilekçesinde mutlaka “vazgeçme veya feragat” terimlerinin kullanılması şart değildir. Tarafın beyanından açık ve net olarak hükmü kabul ettiği ve kanun yoluna başvurma hakkını kullanmak istemediği anlaşılıyorsa, geçerli bir feragatten söz edilebilir⁸⁴.

Taraflar istinafa başvuru hakkından tek taraflı bir irade beyanı veya karşılıklı akdedecekleri bir sözleşme ile feragat edebilirler. Feragat iradesinin geçerli olması için

⁸³ İstinaf değişikliğinden önce, kanun yoluna başvuru hakkının ne zaman doğduğu konusu tartışmalıydı. Bir görüşe göre, kanun yoluna başvuru hakkı hükmün verilmesi ile doğmaktaydı. Hüküm verildikten sonra taraflara tefhim veya tebliğ edilmemiş olsa dahi, taraflar kanun yoluna başvuru hakkından feragat edebilirdi (Kuru, **Usûl C. V**, s. 4490; Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 444). Bir başka görüşe göre ise, kanun yoluna başvuru hakkı, en erken hükmün tefhim veya tebliği ile doğduğundan, kanun yoluna başvuru hakkından ancak hükmün tefhim veya tebliğinden sonra feragat edilebilirdi (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569). Kanun yoluna başvuru hakkının hangi anda doğacağı konusunda Yargıtay içtihatlarında da birlik yoktu. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 484, dn. 9. Yeni düzenleme, öğretideki tartışmayı ve Yargıtay içtihatlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmıştır.

⁸⁴ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 110; Jauernig, **a.g.e.**, s. 293; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 266; Musielak, **Grundkurs**, s. 302; Musielak, **Kommentar**, s. 1113; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1248.

herhangi bir şekil şartı aranmamıştır. Bu beyanın geçerliliği karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir⁸⁵.

İstinaf hakkından feragat etmek isteyen taraf, henüz istinafa başvurmadan önce, ilk derece mahkemesine vereceği bir dilekçeyle bu hakkını kullanabilir. İstinaf başvurusu yapıldıktan sonra ise, feragat dilekçesi istinaf mahkemesine verilmelidir. İstinaf incelemesinin duruşmalı yapıldığı hâllerde, başvuru yapan taraf, duruşma sırasında sözlü beyanda bulunarak da feragat edebilir. Bu durumda feragat beyanı tutanağa geçirilir ve altı feragat eden tarafından imzalanır. Mahkeme kendisine yöneltilen feragat beyanını re'sen dikkate almalıdır⁸⁶.

Mahkeme yerine karşı tarafa yöneltilen feragat beyanının geçerli olup olmadığı konusunda açık hüküm yoktur. Kanımızca, karşı tarafa yöneltilen yazılı feragat beyanı da geçerli kabul edilmeli ve sonuç doğurmalıdır. Bu ihtimalde feragat, ancak karşı tarafın bu beyanı mahkemeye sunması ile sonuç doğurabilir⁸⁷.

Kanun yoluna başvuru hakkından zımnî olarak feragat edilip edilemeyeceği konusunda Kanunda açık hüküm yoktur. Öğretide ise, zımnî feragat olarak kabul edilen çeşitli durumlar ifade edilmiştir. Bir görüş, kanun yoluna başvuru süresi içinde bu hakkın kullanmamasını zımnî feragat olarak değerlendirmektedir⁸⁸. Bu yaklaşım, kanun yolu hakkının sona ermesini, süresi içinde kanun yoluna başvurulmaması şeklinde ortaya çıkan zımnî bir feragat iradesine bağlamaktadır. Kanımızca süresi içinde başvuru yapılmaması nedeniyle kanun yolu hakkının sona ermesi, tarafların zımnî feragatlerinden değil, kanun yolu sürelerinin hak düşürücü süre olmasından kaynaklanır. İstinafa başvuru için öngörülen on beş günlük hak düşürücü süre içinde başvuru yapılmazsa istinaf hakkı ortadan kalkar.

⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 110 vd.; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 448; Schilken, **a.g.e.**, s. 443; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 253; Musielak, **Grundkurs**, s. 302; Musielak, **Kommentar**, s. 1114. Bir görüşe göre, istinafa başvuru hakkında sözleşmeyle feragat edilemez (Özekes, “İstinaf”, s. 3106).

⁸⁶ Jauernig, **a.g.e.**, s. 293; Schumann/Kramer, **Die Berufung**, s. 32; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 266.

⁸⁷ Alman Hukukunda karşı tarafa yöneltilen feragat beyanı da hüküm doğurmaktadır. Bu durumda mahkeme feragati re'sen değil, karşı tarafın itirazı üzerine dikkate alabilmektedir. Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1115; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 460; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 193. Avusturya Hukukundaki benzer uygulama için bkz. Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1249

⁸⁸ Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 448; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 138.

Hakkın sona ermesinde tarafların iradesi değil, doğrudan hak düşürücü kanun normu etkilidir. Nitekim, süresinde başvuru yapılmaması tarafın elinde olmayan bir engelden kaynaklanmışsa, tarafın feragat iradesinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Zımnî feragat olarak kabul edilen durumlardan diğeri, kanun yoluna başvuru için yatırılması gereken harç ve giderlerin ödenmemesidir⁸⁹. Kanunun 426/D maddesine göre, kanun yoluna başvuru için yatırılması gereken harç ve giderlerin eksik ödendiği anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususunun başvurana yazılı olarak bildirileceği öngörülmüştür. Kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmazsa, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Kanun koyucu, istinafa başvuru iradesi olmasına rağmen, harç ve giderlerdeki eksikliğin tamamlanmamasını, başvuru hakkından zımnî feragat olarak değerlendirmiştir.

Kanımızca, birbiri ile çelişen ayrı hukukî durumlar bir arada düzenlenmiştir. Kanun koyucunun iradesi, harç ve giderlerin süresinde tamamlanmamış olmasını başvuru hakkından zımnî feragat olarak değerlendirmek yönündeyse, bu nedenle istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi gerekirdi. Zira, başvuru hakkından feragat, ilk derece mahkemesi hükmünün kesinleşmesine neden olan bir usûl işlemidir. Oysa başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermek, her hâlükarda başvuru hakkını sona erdirmez ve hükmün kesinleşmesine neden olmaz. Harç ve giderlerin tamamlanmaması sebebiyle başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilirse, düşük bir ihtimal olsa dahi, kalan süre içinde istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Şartları oluşmuşsa yeniden kanun yoluna başvurulabilecektir.

Harç ve giderlerin hiç yatırılmaması veya eksik harçların tamamlanmaması, kanun yoluna başvuru hakkından zımnî feragat olarak nitelendirilmemelidir. Bu eksiklik, başvurunun geçerliliğine ilişkin şeklî şartların yerine getirilmemesi olarak değerlendirilmeli ve sadece başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Eğer başvuru süresi

⁸⁹ Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 451.

henüz sona ermemişse hukukî yararı olan taraf veya ilgililer kanun yoluna başvuru hakkını yeniden kullanabilmelidir.

Başvuru hakkından vazgeçme ve başvurunun yapılmamış sayılması gibi birbirinden farklı kavramların kullanılması, teorik açıdan isabetli olmasa da pratikte bir farklılık yaratmayacaktır. Kanunda her ne kadar harç ve giderler tamamlanmadığından istinafa başvuru hakkından vazgeçilmiş sayılacağı ifade edilmişse de hükmün bir sonraki cümlesinde başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verileceği öngörülmüştür. Başvuru harç ve giderleri, mahkeme tarafından verilen kesin süre içinde tamamlanmazsa, ilk derece mahkemesi gerekçesi ne olursa olsun istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir.

Kanun yoluna başvuru hakkından kısmen feragat edilip edilemeyeceği, tam veya kısmî feragat şeklindeki bir kavramsal tercihin isabetli olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre, kanun yoluna başvuru hakkından feragatin tam veya kısmî olarak yapılabilmesi mümkündür⁹⁰. Kanımızca, kanun yoluna başvuru hakkından kısmen feragat edilemez. Kanun yoluna başvuru hakkından feragat ancak bu hakkın hiç kullanılmaması yoluyla gerçekleşir. Başvuru hakkından feragat, tüm olağan kanun yolları açısından aynı şekilde gerçekleşir. İlk derece mahkemesinde aleyhine karar verilen taraf, istinafa başvuru hakkından kısmen feragat edemez. Zira, kanun yolundan feragat haktan veya dava sonunda verilen hükümden feragat değildir⁹¹. Kanun yoluna başvuru hakkından feragat kanun yolunun konusundan, daha doğrusu iptal talebinden vazgeçilmesidir⁹².

Kanun yoluna başvuru hakkı, usûli temel haklardan biridir ve bu hak maddî hukuktaki haklar gibi (örneğin alacak hakkı vb.) bölünebilir nitelikte değildir. Her hangi bir hakkın bir kısmından feragat edilebilmesi için önkoşul, o hakkın bölünebilir ve kısmen talep edilebilir nitelikte olmasıdır. Taraf istinaf yoluna başvurduğu takdirde artık ilk derece mahkemesi kararının hukukî ve maddî yönden denetimini talep etmiştir. Bu talebin ve buna

⁹⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1115; Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 456; Hakem kararlarına karşı temyize başvuru hakkından kısmen feragat edilebileceği hakkında bkz. Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 301.

⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 71.

⁹² Gilles, **Rechtsmittel**, s. 45.

dayanak teşkil eden istinaf sebeplerinin sınırlı olması, başka bir deyişle bazı istinaf sebeplerini bilerek veya bilmeyerek ileri sürülmemesi, kanun yoluna başvuru hakkından kısmen feragat edildiği anlamına gelmez⁹³.

Temyiz yoluna başvuru hakkından da kısmen feragat edilemez. Zira, istinaf mahkemesince aleyhine karar verilen taraf temyize başvurduğu takdirde, Yargıtay hem o tarafın ileri sürdüğü temyiz sebeplerini hem de re'sen tespit ettiği temyiz sebeplerini dikkate alarak, istinaf mahkemesinin kararının bütününe hukuka uygun olup olmadığı yönünden inceler.

İstinafa başvuru hakkından kısmen feragat edilebilmesi, ancak objektif dava birleşmesinde birden fazla dava konusu hakkında karar verilmesi durumunda söz konusu olabilir. Mahkemeye yöneltilen ve hükme bağlanan taleplerden (davalardan) biri veya bir kısmı için kanun yoluna başvurulmasına rağmen, diğer talepler bakımından kanun yolundan feragat edilebilir⁹⁴.

2.3. Feragat Edebilecek Olanlar

İstinafa başvuru hakkından kimlerin feragat edebileceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kural olarak, davanın tarafları istinafa başvuru hakkından feragat edebilir. Taraflar vekille temsil ediliyorsa vekiller de vekâletnamelerinde özel yetkileri olmak şartı ile feragat edebilirler.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarından her biri kanun yoluna başvuru hakkından feragat edebilir. Dava arkadaşlarından birinin hakkından feragat etmesi, sadece kendi davası bakımından sonuç doğurur, diğer dava arkadaşları istinafa başvurabilirler⁹⁵.

⁹³ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 459.

⁹⁴ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 459.

⁹⁵ Musielak, **Kommentar**, s. 1115; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 229; Üstündağ, **Yargılama**, s. 362; İhtiyarî dava arkadaşlarının her biri hükmü tek başına temyiz edebilir ve temyize başvurmayan dava arkadaşı için hüküm kesinleşir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 151). Tek başına temyiz hakkı olan dava arkadaşı bu hakkından yine tek başına feragat edebilir (Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 128).

Mecburî dava arkadaşlığında ikili bir ayrım yapılmalıdır. Mecburî dava arkadaşlığı maddî ve usûlî sebeplerden kaynaklanabilir. Usûlî sebeplerden kaynaklanan dava arkadaşlığı usûlî mecburî dava arkadaşlığı, maddî sebeplerden kaynaklanan dava arkadaşlığı ise maddî mecburî dava arkadaşlığı olarak nitelendirilir. Maddî mecburî dava arkadaşlığında, taraflar hükme karşı ancak birlikte kanun yoluna başvurabilirler. Kanun yoluna başvuru hakkını birlikte kullanabildikleri için bu haktan ancak birlikte feragat edebilirler. Usûlî mecburî dava arkadaşlığında ise, taraflara karşı birlikte dava açılması veya onların birlikte dava açmaları zorunlu olmasına rağmen, dava devam ederken yapılan işlemler bakımından ihtiyarî dava arkadaşlığının hükümleri uygulanır. Usûlî mecburî dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorunda değildir. Dava arkadaşları birbirlerinden bağımsız olarak istinafa başvuru hakkından feragat edebilirler. Bu feragat sadece kendileri bakımından hukukî sonuç doğurur.

Fer’i müdahilin kanun yoluna başvuru hakkını tek başına kullanıp kullanamayacağı ve dolayısıyla bu haktan feragat edip edemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler daha önce açıklandığından burada tekrar edilmeyecektir⁹⁶. Kanımızca fer’i müdahalede istinafa başvuru hakkı bakımından ortaya çıkan tahditler, feragat için geçerli değildir. Fer’i müdahil istinafa başvuru hakkından feragat edebilir, ancak feragat sadece kendisi bakımından sonuç doğurur.

Aslî müdahil de istinafa başvuru hakkından feragat edebilir. Zira, aslî müdahale ilk davanın taraflarına karşı açılmış bağımsız bir dava olarak kabul edilir⁹⁷. Aslî müdahil bu bağımsız davada taraftır ve her türlü işlemi yapabilir. Aslî müdahil, mahkemenin aslî müdahale davasında verdiği karara karşı istinafa başvuru hakkından feragat edebilir⁹⁸.

Davanın ihbar edilmesi üzerine üçüncü kişi davaya fer’i müdahil olarak katılmışsa, istinafa başvuru hakkından ancak kendisi bakımından feragat edebilir. Üçüncü kişi, tarafın

⁹⁶ Bkz. 2. Bölüm, Başlık 1.4. vd.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 226; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 171.

⁹⁸ “İki kişi arasındaki bir davada üçüncü bir kişinin dava konusu şey veya hak üzerinde hak iddia ederek müdahale etmesi hâlinde aslî müdahale sözkonusu olur aslî müdahil taraflar temyiz yoluna başvurmasa bile onlardan bağımsız olarak kararı temyiz edebilir.” HGK, 1.4.1987, 11-143/129 (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 171). Bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilen aslî müdahil doğal olarak bu haktan feragat edebilir.

talebi üzerine onun temsilcisi olarak davayı takip etmişse, vekil gibi işlem yapabilir. Feragat özel yetkiyi gerektirdiğinden, üçüncü kişi temsilcisi olduğu tarafın kendisine özel yetki vermesi hâlinde, istinafa başvuru hakkında feragat edebilir. Aksi takdirde feragat edemez, feragat etse dahi bu asıl taraf açısından hüküm doğurmaz.

2.4. Feragatin Sonuçları

İstinafa başvuru hakkında feragat edilmesinin en önemli sonucu ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmesidir⁹⁹. Feragat, kanun yoluna ve onun erteleyici etkisine son verir.

İstinafa başvuru hakkında feragat edilmesinin sonucu, Kanunun 426/İ maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre, istinaf başvurusu yapıldıktan sonra feragat edilirse, kararı veren ilk derece mahkemesi dosyayı istinaf mahkemesine göndermez ve başvurunun reddine karar verir. Dosya istinaf mahkemesinde incelenirken ve henüz karar verilmeden önce feragat edilirse, bu kez istinaf mahkemesi başvurunun feragat nedeniyle reddine karar verir. Yargıtay'ın uygulamasına göre de, başvuruda bulunan taraf, temyiz incelemesi sırasında temyizden feragat ederse, Yargıtay, feragat nedeniyle temyiz isteminin reddine karar vermektedir¹⁰⁰.

⁹⁹ Musielak, **Kommentar**, s. 1114; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 253; Jauernig, **a.g.e.**, s. 293; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 460; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 193; Ercan/Özbay, **a.g.m.**, s. 448; Ercan, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s. 301.

¹⁰⁰ “Dairemizce feragat nedeniyle kararın bozulmasına karar verilmiş olup davacı talebinin temyizden feragat istemini içerdiği anlaşıldığından dairemizce maddî hataya müstenit olarak verilen 3.3.2005 tarihli 2005/1589 Es.-2068 K. sayılı Bozma ilâmının kaldırılmasına ve davacının vaki temyizden feragat nedeniyle temyiz edilmemiş sayılarak mahalline iadesine, 1.12.2005 günü oybirliğiyle karar verildi.” 3. HD, 1.12.2005, 12084/12926; “... Davalı vekili kararı temyiz etmiş ancak daha sonra temyizden feragat etmiştir. ... 1-Hükmü temyiz eden Cavit Çağlar vekili Avukatı Özkan Polat 5.12.2003 tarihli dilekçesi ile temyiz isteğinden feragat ettiğini bildirdiği ve vekâletnamesinde temyizden feragata yetkili olduğu anlaşıldığından temyiz isteminin feragat nedeniyle reddi gerekmiştir. ...” 19. HD, 11.12.2003, 3875/12494; Aynı yönde 11. HD, 23.10.1990, 5806/6839; HGK 27.2.2002, 6-187/119 (KİB). Buna karşılık başvuruda bulunan taraf davadan ve temyizden birlikte feragat ederse, Yargıtay kendisi karar vermemekte, kararı bozarak feragat nedeniyle karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. “... Davacı vekili temyiz aşamasında verdiği 30.04.2004 havale tarihli dilekçesi ile davalı D. Restaurantları A.Ş hakkındaki davasından ve temyizden feragat ettiğini açıklamış olup, anılan vekilin vekâletnamesine göre davadan feragate yetkisinin bulunduğu anlaşılmıştır. Davadan feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur ve karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir. Feragat karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Bu durum karşısında karar ortada durdukça mahkemenin davayı yeniden

Bu hükümde düzenlenmeyen bir başka ihtimal de şudur: İlk derece mahkemesinin hükmü taraflara tebliğ edildikten sonra, fakat henüz istinaf başvurusu yapılmadan önce istinafa başvuru hakkından feragat edilebilir. Bu ihtimalde, ilk derece mahkemesi süre sona erinceye kadar beklemelidir. Bu süre içinde diğer taraf da istinafa başvurmazsa ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir.

Asıl istinaf başvurusunu yapan tarafın istinaftan feragat etmesi, katılma yoluyla istinaf başvurusunu da etkiler. Kanun'a göre, istinaf yoluna başvuran, bu isteminden feragat ederse, katılma yoluyla başvuranın istemi de reddedilir (m. 426/H, II). Hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, katılma yoluyla istinaf başvurusu asıl istinafa bağımlıdır. Asıl istinaf istemi incelenmezse, ona bağlı olan katılma isteminin de incelenmemesi gerekir. Ancak, asıl istinaf başvurusunu yapan tarafın istemi istinaf mahkemesince feragat nedeniyle değil de esastan reddedilirse, bu durum katılma yoluyla istinaf isteminin incelenmesini engellemez¹⁰¹.

2.5. İstinaf Başvurusunun Geri Alınması ve Geri Almanın Feragatten Farkı

İstinafa başvuru hakkından feragat gibi, gündeme gelebilecek diğer bir işlem, istinaf başvurusunun geri alınmasıdır. İstinafın geri alınabilmesi tasarruf ilkesinin sonucudur ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona ermesini ve mahkemelerin iş yükünün azalmasını sağlar¹⁰².

Bir başvurunun geri alınması, niteliği ve sonuçları bakımından başvuru hakkından feragat edilmesinden farklıdır. Başvurusunu geri alan taraf, başvuru hakkından tamamen vazgeçmemekte, sadece somut talebini geri almakta ve daha sonra aynı yola başvurma

ele alıp feragat nedeniyle bir karar vermesi mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemenin feragat hakkında hüküm verebilmesi için kararın bozulmasına karar vermek gerekmektedir. Nitekim, Yüksek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu şekildedir. (11.4.1940 gün ve 70 sayılı YİBK., HGK.21.11.1981 gün ve 1981/2-551) O halde, mahkemece feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir. ..." 11. HD, 14.9.2004, 1111/8268; Aynı yönde bkz. HGK, 20.9.1995, 12-661/763 (KİB).

¹⁰¹ İstinafa ilişkin düzenleme yapılmadan önce ileri sürülen bir görüşe göre, asıl kanun yolu başvurusu feragat nedeniyle sona erse bile karşı tarafın katılma yoluyla kanun yolu istemi incelenmelidir (Kuru, **Usûl C. V**, s. 4492).

¹⁰² Gehrlein, **a.g.e.**, s. 263-264; Musielak, **Kommentar**, s. 1116.

hakkını saklı tutmaktadır. Başvurunun geri alınması, sadece somut başvurunun yapılmamış sayılması sonucunu doğurur. Başvuru hakkından feragat edilmesi ise, başvuruya konu olan hakkın tamamen son bulmasına neden olur. Başvurunun geri alınması hâlinde, koşullarının mevcut olması durumunda tekrar aynı yola başvurulması mümkün olmasına rağmen, başvurudan feragat edildiği takdirde aynı hakkın tekrar kullanılması mümkün değildir¹⁰³.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda davanın geri alınması konusunda düzenleme yapılmış olmasına rağmen (m. 185, b. 1), istinafin geri alınabileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur.

Alman Hukukunda ise, istinafin geri alınabilmesine izin verilmiş ve sonuçları kanunda düzenlemiştir (§ 516 dZPO). Buna göre, istinaf mahkemesi hükmünü verinceye kadar istinaf geri alınabilir. İstinafin geri alınabilmesi için, karşı tarafın muvafakatine gerek yoktur. İstinafin geri alınması beyanı mahkemeye yöneltilmelidir. İstinaf geri alınırsa, istinaf mahkemesi başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir ve somut istinaf başvurusu hükümsüz kalır. İstinafi geri alan taraf, aynı zamanda başvuru hakkından feragat etmemişse, kanun yolu süresinin sona ermediği durumlarda tekrar istinafa başvurabilir. İstinaf başvurusunu geri alan taraf, hem asıl hem de katılma yoluyla istinaf masraflarına katlanmak zorundadır¹⁰⁴.

Kanımızca Türk Hukukunda da istinaf başvurusu geri alınabilir¹⁰⁵. Her ne kadar kanunda istinafin geri alınabileceğine dair açık bir hüküm yoksa da 426/U maddesinde, istinaf kanun yoluna ilişkin fasılda hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün istinaf mahkemesinde de uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre, ilk derece yargılamasında davanın geri alınmasına ilişkin usûl hükümleri (m. 185) kıyasen istinafta da uygulanabilir.

¹⁰³ Musielak, **Kommentar**, s. 1118; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 322; Kuru/Arsan/Yılmaz, **Usûl**, s. 321; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 459.

¹⁰⁴ Musielak, **Kommentar**, s. 1116 vd.; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 266; Schilken, **a.g.e.**, s. 443; Jauernig, **a.g.e.**, s. 293.; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 264; Musielak, **Grundkurs**, s. 301; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 461; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 192 vd.

¹⁰⁵ Temyiz talebinin geri alınabileceğini kabul eden görüş için bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 865.

Kanun yoluna başvurulduktan sonra, fakat dosya henüz istinaf mahkemesine gönderilmeden önce veya istinaf mahkemesinde nihai karar veya hüküm verilinceye kadar istinaf geri alınabilir. İstinafa başvuran taraf, istinafi geri alma talebini açıkça mahkemeye beyan etmelidir. İstinafin zımnen geri alınması mümkün değildir.

İstinaf, henüz on beş günlük başvuru süresi dolmadan, yani dosya istinaf mahkemesine gönderilmeden önce geri alınırsa, ilk derece mahkemesi, geri alma talebini karşı tarafa iletmeli, karşı taraf açıkça muvafakat ederse başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir. Başvuru istinaf incelemesi sırasında geri alınır ve karşı taraf geri alma beyanına açıkça muvafakat ederse, bu kez istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. İstinaf başvurusu nedeniyle ortaya çıkan yargılama giderlerinden istinafi geri alan taraf sorumlu olacaktır.

İstinafin geri alınması durumunda, henüz istinafa başvuru süresi sona ermemişse veya eski hale getirme yolunun koşulları mevcutsa yeniden istinafa başvurulabilecektir¹⁰⁶. Zira, istinafin geri alınması ilk derece kararının yanlış olduğu iddiasından vazgeçildiği anlamına gelmeyip, sadece somut istinaf başvurusunun geri çekilmesidir. Bu işlem nedeniyle sadece daha önceki istinaf başvurusu etkisiz hale gelecektir¹⁰⁷. Başvurunun geri alınmasından sonra yeniden istinafa başvurulması mümkün olmasına rağmen, zaman kısalığı nedeniyle böyle bir uygulamaya pek rastlanmayacağı kanısındayız.

3. İSTİNAFA BAŞVURU SÜRESİ

3.1. Genel Olarak

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/E maddesine göre, istinaf yoluna başvuru süresi kural olarak on beş gündür¹⁰⁸. Çağdaş hukuk sistemlerindeki örneklerle karşılaştırıldığında, Türk Hukukundaki başvuru süresinin kısa tutulduğu görülmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Musielak, **Kommentar**, s. 1118.

¹⁰⁷ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 46.

¹⁰⁸ İstinaf sistemine sahip yabancı ülke hukuklarında bu süre genellikle daha uzundur. Örneğin, Alman Hukukunda bir ay (§517 dZPO), Avusturya Hukukunda dört hafta (§ 464 Abs. 1 öZPO), İsviçre

On beş günlük başvuru süresi, kanunda aksine bir hüküm olmadığı takdirde tüm özel ve genel mahkeme kararları bakımından geçerlidir. Daha önce asliye ve sulh hukuk mahkemeleri arasında temyiz yoluna başvuru süresi bakımından var olan farklılık istinafta bulunmamaktadır. Buna göre, sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi, aile mahkemesi (4787 s. AMK m. 7, son), kadastro mahkemesi (3402 s. KK m. 32, I), denizcilik ihtisas mahkemesi (TTK m. 4, son), fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi (5846 s. FSEK m. 76, I) ve tüketici mahkemesi kararlarına (4077 s. TKHK m. 23, II; HUMK m. 511, I) karşı istinafa başvuru süresi on beş gündür.

Hukukunda federal istinafta otuz gün (Vogel/Spühler, **a.g.e.**, s. 395), Fransız Hukukunda bir ay (Martin/Martin, **a.g.e.**, s. 79), Danimarka Hukukunda dört hafta, Kanada Hukukunda 30 gün olarak belirlenmiştir. Bkz. **International Encyclopaedia of Laws-Civil Procedure Volume 1**, Ed.: Piet Taelman (Netherland: Kluwer Law International, 2005).

- ¹⁰⁹ Esasında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapan 5236 sayılı Kanun Tasarısı'nın ilk hâlinde istinaf süresi otuz gün olarak belirlenmiştir. Tasarıdaki 426/E maddesinin gerekçesine göre, istinaf süresinin otuz gün olarak düzenlenmesinin nedeni, istinaf yoluna başvuran tarafın, istemini başvuru dilekçesinde eksiksiz gösterebilmesini sağlamaktır. Zira, istinaf mahkemesi, başvuruda bulunan tarafın ileri sürdüğü istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapabilecektir. Ancak, Tasarısının yasalâşan hâlinde, istinaf süresi kısaltılarak on beş güne indirilmiştir. Kanımızca on beş günlük süre, başvurunun usûlüne uygun ve eksiksiz yapılabilmesi için yeterli değildir. İstinaf mahkemesi, ancak taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapabileceğinden ve hiç istinaf sebebi gösterilmemesi durumunda başvurunun reddine karar vereceğinden, başvuru süresinin kısa tutulması, hem tarafların aleyhine olacak hem de istinaf mahkemelerinin yetersiz denetim yapmasına neden olacaktır. İstinaf sebeplerinin gösterilmemesi nedeniyle sadece kamu düzenine aykırılık olup olmadığı bakımından yapılacak bir denetim ise, istinaf mahkemesini şartları oluşmamış olsa bile her zaman uyuşmazlığın esasını da incelemek zorunda bırakacağı için pratik ve tutarlı değildir. Kanun koyucu, bir yandan istinaf sebeplerinin eksiksiz gösterilmesini arzu etmesine rağmen, diğer yandan bunun gerçekleşmesi için gerekli ortamı sağlamamakta, sadece kamu düzeni çerçevesinde re'sen inceleme yapılmasını öngörmektedir. Kamu düzeni ise, içeriği belirsiz bir kavram olup, denetim yapan istinaf mahkemelerince ilk derece yargılaması ve kararlarına ilişkin olarak taraflarca ileri sürülmeyen hataların re'sen düzeltilmesi için bir araç olarak kullanılabilecektir. İstinaf mahkemelerinin farklı kararlar vermesi kamu düzeni kavramı konusundaki belirsizlikleri daha da çoğaltacaktır. Kanımızca, Tasarının ilk halindeki gibi, istinaf süresi otuz gün olarak muhafaza edilmeliydi ve bu süre içinde istinaf sebeplerinin gösterilmemesi durumunda, başvurunun esasını incelenmeden, başvuru şartlarındaki eksiklik sebebiyle istinaf başvurusunun usûlden reddedilmesine yönelik açık bir düzenleme yapılmalıydı. Böylece, taraflar yeterli zamana sahip olmalarına rağmen gerekli hazırlıkları yapmadıkları takdirde, mahkemeler gereksiz yere meşgul edilmeyecek ve başarı ihtimali olmayan başvurularla ilgilenmek zorunda kalmayan istinaf mahkemeleri, usûlüne uygun başvuruları incelemek için daha fazla vakit bulabilecektir. Karşı görüş için bkz. Türkiye Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi ve İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı** (Ankara: 2007), s. 40. Ayrıca, ilk derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarını tebliğ etmeleri uygulamada uzun zaman aldığından, on beş günlük sürenin aslında fiilen bir aya çıktığı söylenebilirse de, hukuken istisna olması gereken bir çözümün uygulamada kural hâline getirilmiş olması, istinaf süresinin belirlenmesinde kanun koyucunun tercihini etkileyen bir faktör olmaması gerektiği kanısındayız. Kanun yoluna başvuru sürelerinin hukukî dinlenilme hakkı dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Muhammet Özekes: **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 210.

Buna karşılık Kanunda istinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiş (m. 426/E, son cümle) ve bazı uzmanlık mahkemelerinin kararları bakımından farklı istinaf süreleri öngörülmüştür. İş mahkemesinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, tarafların yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür (5308 s.K. ile değişik İş MK m. 8, II). İcra mahkemesinin kararlarına karşı istinafa başvuru süresi, kararın taraflara tefhim veya tebliği tarihinden itibaren on gündür (5311 s.K. ile değişik İİK m. 363, I, son cümle). İş yargılamasının ve cebri icra prosedürünün çabuk sonuçlandırılması yönündeki beklenti, bu alandaki mahkeme kararları bakımından istinaf süresinin kısa tutulmasına neden olmuştur.

Başvuru süresi, 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumları hakkında otuz gündür. 4353 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin C bendine ve 3'üncü maddesinin B bendine göre, bakanlıklara ve genel bütçe içindeki diğer dairelere ait her türlü hukuk ve ceza davaları ile icra işlerinde temsil yetkisi Maliye Bakanlığına verilmiştir. Maliye Bakanlığı bu yetkiyi hazine avukatları ile kullanmaktadır. Buna göre hazine avukatları tarafından temsil edilen kamu kurumları için otuz günlük süre geçerlidir.

4353 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan kamu kurumları ise otuz günlük süreden yararlanamazlar. Örneğin, belediyeler bakımından istinaf süresi otuz gün değil, on beş gündür. Kanımızca 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kuruluşları ile diğer kamu kurumları ve kişiler arasında kanun yoluna başvuru imkânı bakımından farklılık yaratılması doğru değildir. Nitekim, 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumları bakımından öngörülen otuz günlük temyiz süresi konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin 2.12.2004 tarihli 2001/126 E. ve 2004/120 K. sayılı kararı bulunmaktadır. Avanos Asliye Hukuk Mahkemesi bakmakta olduğu bir davada, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 195, II ve 432, I hükümlerinin¹¹⁰ Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa

¹¹⁰ HUMK m. 195: "Davalı, ilk itirazları ile birlikte esas dava hakkındaki cevabını ve varsa karşı delillerini, dava dilekçesinin kendisine tebliği tarihinden itibaren on gün veya hâkim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde mahkeme kalemine bildirmek ve bir örneğini de davacıya tebliğ ettirmek zorundadır. Yukarıda belirtilen on günlük süre, 8/1/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür". İstinafa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce HUMK m. 432, I: "Temyiz süresi

Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın geçici 15'inci maddesi sebebiyle Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan yasaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle m. 195, II hükmünü inceleme yetkisi olmadığından bahisle bu madde yönünden başvuru reddedilmiş; buna karşılık 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumları ile diğer kamu kurumları ve kişiler arasında eşitsizlik yarattığı ve adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 432'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi iptal edilmiştir. Yüksek mahkeme, sözkonusu cümlenin iptal edilmesi nedeniyle oluşacak boşluğun kamu yararına aykırı olması sebebiyle iptal hükmünün Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı 21.10.2005 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış ve 4.10.2006 tarihinde iptal hükmü yürürlüğe girmiştir¹¹¹. İptal kararından sonra istinaf mahkemeleri fiilen göreve başlayıncaya kadar geçen sürede on beş günlük temyiz süresi tüm gerçek ve tüzel kişiler bakımından uygulanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen, 7.10.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak 1.5.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5236 s.K. ile 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumları bakımından, istinafa ve temyize başvuru süresi konusunda daha önce var olan farklılık korunmuş, iptal kararı ve gerekçeleri dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yeni kanun maddelerini (m. 426/E; m. 427, I) kapsamadığı için, istinaf mahkemeleri göreve başlayınca, hem istinafta hem de temyizde 4353 sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları için otuz günlük başvuru süresi geçerli olacaktır.

Bu çelişki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın hazırlanması aşamasında tespit edilmiş ve yeni kanun tasarısında, sözkonusu kamu kurumları için farklı olan süre hükmü kaldırılarak tüm taraflar açısından yeknesak ve eşit bir başvuru süresi kabul edilmiştir. Tasarının yasalaşması halinde bu süre on beş gün olarak uygulanacaktır (HMKT m. 349 ve m. 365, I).

onbeş gündür. Bu süre 8.1.1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür”.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin kararının tam metni için bkz. 21.10.2005 tarih ve 25973 sayılı RG.

3.2. Başvuru Süresinin Hesaplanmasında Dikkat Edilecek Hususlar

İstinafa başvuru süresi, kural olarak kararın usûlüne uygun şekilde taraflardan her birine tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (m. 426, c. 3). Her bir taraf için başvuru süresi, ilâmın o tarafa tebliğ edildiği güne göre farklı bir tarihten başlayabilir. İlâmın taraflara farklı tarihlerde tebliğ edilmesi ve istinafa başvurulmaması durumunda, hükmün kesinleşme tarihi, en son tebliğin yapıldığı güne göre hesaplanır¹¹². Tarafın külli ve cüz’i halefleri de aynı süre içinde istinafa başvurmalıdırlar.

İş ve icra mahkemesi kararlarına karşı ise, süre kararın taraflara tefhim veya tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Kararın taraflara tefhim edilmesi hâlinde, temyiz yoluna başvurmak isteyen tarafların, uygulamada bazen süre tutum dilekçesi verdiklerine rastlanmaktadır. Belirtmeliyiz ki, süre tutum dilekçesi, ne temyiz ne de istinaf başvurusunda mevcut olan bir hukukî kurumdur. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 435, II’nci maddesinde temyiz sebeplerinin, temyiz dilekçesinin verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde başka bir dilekçeyle bildirilmesine olanak tanıyan hüküm 18.7.1981 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 2494 s.K. ile değiştirilmiş, “süre tutum” veya “müddeti muhafaza” olarak adlandırılan kurum yürürlükten kaldırılmıştır¹¹³.

¹¹² Kuru, *Usûl C. V*, s. 4556; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *Usûl*, s. 493.

¹¹³ Kuru, *Usûl C. V*, s. 4578; Muhammet Özkes, “**Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları**”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 160; “... Böylece, uygulamada “Müddeti muhafaza” olarak adlandırılmış olan müessese de ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla, hukuk yargılamasında, süre tutum müessesesi mevcut değildir. ...Yargıtay kararının düzeltilmesinin istenildiğine ilişkin açık bir irade beyanı ortaya konulmaksızın, sadece, ileride karar düzeltme isteminde bulunulacağının bildirilmesiyle yetinilmesi hâlinde, Usûl hukuku bakımından, karar düzeltme iradesini yukarıda açıklanan şekilde ortaya koymuş olan bir dilekçenin varlığından söz edilemez. Bu açıklamalar çerçevesinde, davacı vekilinin, metni yukarıya aynen alınmış olan dilekçesindeki ifadenin, açık bir karar düzeltme iradesini ortaya koymadığı, sadece, ileride bu yolda bir işlem yapılacağına ilişkin müddeti muhafaza anlamında dilekçe verdiği ve 15 günlük yasal sürede de gerekçeli karar düzeltme dilekçesi vermediği açıktır. Her ne kadar, davacı vekilince verilen 26.5.2003 günlü dilekçede hem karar düzeltme iradesi ortaya konulmuş ve hem de bunun gerekçeleri bildirilmiş ise de, bu dilekçe, tebliğden itibaren işleyen yasal 15 günlük sürenin bitiminden sonra verildiğinden, dikkate alınamaz.” HGK, 1.10.2003, 13-581/527; aynı yönde 20. HD, 26.4.1993, 1992/9167, 1993/3528 (KİB). HUMK m. 435, II’nin 2494 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki metni şu şekildeydi: “Esbabı temyiziye temyiz arzuhalinin itasından itibaren bir hafta içinde verilecek bir layiha ile de beyan olunabilir.”

Yargıtay, bazı kararlarında süre tutum dilekçesini temyiz başvurusu olarak kabul etmemekte, mahkemenin kararını tefhim etmesi üzerine süre tutum dilekçesi verildiği takdirde, gerekçeli kararın tebliğinden sonra süresi içinde temyiz yoluna başvurulmuş ise temyiz istemini incelemektir. Buna karşılık tefhimden hemen sonra süre tutum dilekçesi verilmiş olsa dahi, gerekçeli kararın tebliğinden sonra süresi içinde temyiz başvurusu yapılmamışsa başvuruyu reddetmektedir¹¹⁴. Bazı Yargıtay daireleri ise, kararın tefhim edilmesi üzerine temyiz süresi içinde süre tutum dilekçesi verilmişse, bunu süresinde yapılan bir temyiz başvurusu olarak kabul etmektedir¹¹⁵.

Kanımızca, istinaf süresinin başlangıcı tespit edilirken, gerekçeli kararın tebliğ tarihi dikkate alınmalıdır. Gerekçeli karar hüküm sonucu ile birlikte tefhim edilmişse, istinaf süresi tefhimden başlamalı, hüküm sonucu tefhim edilmesine rağmen gerekçeli karar verilmemişse, istinaf süresi gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlamalıdır. Böylece aslında hukuk davalarında mevcut olmayan süre tutum dilekçesine gerek kalmayacaktır.

Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının tespiti açısından yanıtlanması gereken diğer soru, başvurunun hangi tarihte yapılmış sayılacağıdır. İstinaf başvurusunun hangi

¹¹⁴ “Temyiz edilen mercii kararı davacı 3. kişi vekilinin yüzüne karşı 3.10.2000 tarihinde tefhim edilmiştir. Davacı 3. kişi vekilince aynı tarihli dilekçeyle "temyiz süresinin muhafazası" istenilmiş ise de dilekçenin İİK. nun 363. maddesinde öngörülen 10 günlük temyiz süresi içinde temyiz esas defterine kaydı yapılmadığı gibi temyiz harcı da yatırılmamıştır. Temyiz defterine kaydedilmeyen ve harcı yatırılmayan müddeti muhafaza dilekçesi temyiz süresini kesmeyeceğinden yasal temyiz süresi geçirildikten sonra 14.11.2000 tarihinde temyiz dilekçesi verilerek temyiz harcı yatırılması temyiz süresinin geçirilmesiyle doğan hukukî durumunu ortadan kaldırmaz. Hal böyle olunca İİK.nun 365/son maddesi gereği davacının temyiz dilekçesinin süre yönünden reddine karar verilmesi gerekmiştir.” 21. HD, 23.1.2001, 200/9257, 2001/101; “Mahkemece davalı işverenin süresini geçirdiğinden bahisle Torbalı İş Mahkemesince verilen 23/10/1997 günlü E. 1997/206, K. 1997/591 sayılı kararın temyiz isteminin süresi geçtiğinden bahisle reddine karar verilmişse de, davalının yukarıda sözü edilen İş Mahkemesi kararına karşı 28/10/1997 tarihinde müddeti muhafaza kaydıyla temyiz isteminde bulunduğu ve bu istemin temyiz defterine kaydedildiği bilahare temyiz harcının yatırıldığı anlaşılmakla 25/1/1984 günlü 5/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gözönünde tutularak Torbalı İş Mahkemesinin 28/11/1997 günlü E. 1997/206, K. 1997/595 sayılı kararının ortadan kaldırılmasına karar verildi ve işin esasını incelenmesine geçildi. ...” 21. HD, 25.12.1997, 8435/8640 (KİB).

¹¹⁵ “...Hüküm, kararın tefhiminden sonra süresi içerisinde, davalı (temlik alacaklısı) vekili tarafından temyiz edilmiş, temyiz isteminin süresinde yapılmadığı gerekçesiyle temyiz istemi reddedilmiş ise de, Mercii kararının 23.11.2001 tarihinde tarafların yüzüne karşı verildiği davalı vekilinin 28.11.2001 tarihli müddeti muhafaza dilekçesi ile hükmü temyiz ettiği ve temyiz süresinde olduğu anlaşıldığından Dairemizin 24.9.2002 gün ve 2002/3704-6006 Karar sayılı ilâmının kaldırılarak davalı vekilinin temyiz isteminin incelenmesine geçilmiştir.” 19. HD, 28.2.2003, 46/1604 (KİB).

tarihte yapılmış sayılacağı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 178'inci maddesine göre belirlenir (m. 426/C, III). Davanın açıldığı tarihi belirlemeye yarayan bu maddeye göre, dava dilekçesinin mahkeme kalemine (esas defterine) kaydı tarihinde dava açılmış sayılır. Ancak, uygulamada harca tâbi olan ve olmayan davalar bakımından davanın hangi tarihte açılmış sayılacağı konusunda tereddüt oluşmuş, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 1984 yılında verdiği karar ile bu sorunu çözmüştür¹¹⁶. Bu karara göre, harca tâbi davalarda harcın yatırıldığı tarih, harca tâbi olmayan davalarda ise hâkimin dilekçeyi havale tarihi davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmiştir. Ancak, kalem tarafından dilekçenin harcın yatırıldığı tarihten veya havale tarihinden sonra esas defterine kaydedildiği ispatlanabiliyorsa, dilekçenin esas defterine kaydedildiği tarihte dava açılmış sayılır. Bilgisayar kullanan hukuk ve ticaret mahkemelerinde ise davanın açıldığı tarih, dava dilekçesinin tevzi bürosu bilgisayarına kayıt tarihidir (HTMYİY m. 18/a, II).

Davanın açılma tarihini belirlemek için kullanılan ilkeler istinaf başvurusunda da geçerli olacaktır. İstinafa başvuran taraf, maktu başvuru harcı ve duruma göre nispî veya maktu karar ve ilâm harcı yatırmakla yükümlüdür (5235 s.K. m. 52, HK 1 sayılı Tarife). İstinafa başvuru tarihi, maktu başvuru harcı ile nispî karar ve ilâm harcının mahkeme vizesine yatırıldığı tarihtir¹¹⁷. Tevzi bürosu sadece ilk derece mahkemesinde görülen işlerin dağıtımıyla görevli olduğundan, istinaf başvurusu bakımından tevzi bürosunun bir etkisi olmayacaktır.

Vekille takip edilen davalarda, istinafa başvuru süresi ilâmın vekile tebliğ edildiği tarihten işlemeye başlar. Taraf birden fazla vekille temsil ediliyorsa, ilâm ilk olarak hangi vekile tebliğ edilmişse, süre ona yapılan tebligatla işlemeye başlar. Bir taraf vekille temsil edilmesine rağmen, ilâm tarafın kendisine tebliğ edilirse süre işlemeye başlamayacaktır¹¹⁸.

İhtiyari dava arkadaşlığında, her bir dava arkadaşı için istinafa başvuru süresi hükmün kendisine tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Mecburî dava arkadaşlığında ise,

¹¹⁶ İBK, 6.2.1984, E. 1983/7, K. 1984/3 (19.3.1984 tarihli ve 18346 sayılı RG).

¹¹⁷ Benzer bir uygulama temyizde de söz konusudur. Temyiz isteği, harca tâbi değilse dilekçenin temyiz defterine kaydedildiği, harca tâbi ise harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılır (HTMYİY m. 18, VII).

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 583; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4557.

istinafa başvuru süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı, mecburî dava arkadaşlarının tek başına kanun yoluna başvurup başvuramayacağı konusunda kabul edilen görüşe göre farklı olacaktır. Mecburî dava arkadaşlarının kanun yoluna birlikte başvurabilecekleri kabul edilirse, ilâm dava arkadaşlarından en son kime tebliğ edilmişse, süre o tarihten işlemeye başlar. Zira, mecburî dava arkadaşları kural olarak istinafa birlikte başvurmak zorundadırlar. Mecburî dava arkadaşlarının ayrı ayrı kanun yoluna başvurabileceği kabul edilirse, her bir dava arkadaşı bakımından süre, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden itibaren başlar. Sonuçları bakımından ihtiyarî dava arkadaşlığına benzeyen usûlî mecburî dava arkadaşlığında ise, başvuru süresi kararın dava arkadaşlarından her birine tebliği tarihine göre farklı tarihlerde işlemeye başlar¹¹⁹.

Fer'i müdahil bakımından istinafa başvuru süresinin hangi tarihte işlemeye başlayacağı, ilâmın asıl tarafla birlikte fer'i müdahile tebliğ edilip edilmediğine göre belirlenmelidir. Mahkemenin kararı, fer'i müdahile tebliğ edilmediği takdirde, istinafa başvuru süresi asıl tarafa göre belirlenir. Fer'i müdahil yanında katıldığı taraf için geçerli olan süre içinde istinafa başvurmalıdır¹²⁰. Mahkemenin kararı fer'i müdahile de tebliğ edilmişse, fer'i müdahil için başvuru süresi kendisine tebligatın yapıldığı tarihten işlemeye başlamalıdır¹²¹. Fer'i müdahile tebligat yapılması ve buna bağlı olarak sürenin tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlaması, hukukî dinlenilme hakkına ve fer'i müdahale kurumunun amacına da uygundur¹²².

3.3. İstinaf Süresinin Kaçırılması Durumunda Başvurulabilecek Yollar

İstinaf süresi, kanun tarafından kesin olarak belirlenen ve kaçırılması hâlinde konusu olan hakkın sona ermesine neden olan hak düşürücü süre niteliğindedir (m. 163).

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 583; Kuru, **Usûl C. III**, s. 3336; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4556; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 193.

¹²⁰ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 471; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 156;

¹²¹ Kuru, **Usûl C. IV**, s. 3476.

¹²² Fer'i müdahil tarafların sahip olduğu ölçüde hukukî dinlenilme hakkına sahip olmamakla birlikte, hükmün kendisi aleyhine olumsuz bir etki doğurmasını önlemek çerçevesinde hukukî dinlenilme hakkına sahiptir (Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 261-263). Yetkileri uygun olmadığından fer'i müdahilin hukukî dinlenilme hakkına sahip olmadığı yönünde bkz. Hakan Pekcanitez, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", **Seyfullah Edis'e Armağan: 753-791** (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000), s. 763.

Hâkim, istinafa başvuru süresini uzatamaz ve kısaltamaz (m. 159, c. 2). İstinaf süresinin kaçırılması hâlinde ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir. Hak düşürücü istinaf süresinin taraflar aleyhine doğabilecek sonuçları iki şekilde bertaraf edilebilir: Bunlardan biri katılma yoluyla istinaf, diğeri eski hale getirme yoludur.

3.3.1. Katılma Yoluyla İstinaf

Başvuru süresini kaçıran taraf, süresinde vereceği cevap dilekçesi ile kendisi bakımından sözkonusu olan nedenleri ileri sürerek istinaf yoluna başvurabilir (m. 426/H, I). İstinafa cevap süresi, istinaf dilekçesinin karşı tarafa tebliğinden itibaren on beş gündür (m. 426/G, II). İstinaf süresini kaçıran veya başvuru hakkı olmayan tarafın, istinaf dilekçesine cevap vermek suretiyle istinafa başvurması, katılma yoluyla istinaf olarak adlandırılır. Bu konu aşağıda incelendiğinden burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır¹²³.

3.3.2. Eski Hale Getirme

Süresi içinde istinafa başvurulamaması, tarafın veya ilgilinin elinde olmayan bir nedenden kaynaklanıyorsa, eski hale getirme yoluna başvurulması da mümkündür. Eski hale getirme yoluna başvurulabilmesi için tarafın, ilgilinin veya vekilin iradesi dışında ortaya çıkan objektif bir nedenin var olması gerekir (m. 167, b. 1). Örneğin ağır hastalık, kaza, muhatabın tebligatı öğrenmesini engelleyen uzun bir seyahatte olması eski hale getirme nedenlerindendir.

Eski hale getirme yolunun caiz olması bakımından, süreyi kaçıran ilgilinin başka bir kanunî yola başvuru imkânı da kalmamış olmalıdır (m. 167, b. 2). Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre, buradaki “kanunî yoldan” kasıt, temyiz gibi teknik anlamda kanun yolu veya ıslah değil, ilgilinin elinde olmayan bir nedenle süresi içinde yapamadığı işlemi yapabilmesi için başvurulabilecek başka bir çarenin bulunmamasıdır¹²⁴.

¹²³ Bkz. aşı. Başlık 5.2. vd.

¹²⁴ Tercan, **Eski Hâle Getirme**, s. 236-237; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 186; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 187; Üstündağ, **Yargılama**, s. 443; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 311.

Başvuru süresini kaçıran tarafın, cevap dilekçesi vererek katılma yoluyla istinafa başvuru imkânının bulunması, eski hale getirme yoluna başvurma olanağını ortadan kaldıran bir kanunî imkânın mevcut kabul edilmesi için yeterli değildir. Zira, katılma yoluyla istinaf başvurusu, diğer tarafın asıl istinaf başvurusuna bağımlı bir yoldur. Her şeyden önce, diğer taraf istinafa başvurmamışsa, katılma yoluyla istinafa başvuru imkânı da doğmaz. İlk istinaf başvurusunu yapan taraf, isteminden feragat eder veya istemi istinaf mahkemesince esasa girilmeden reddedilirse, katılma yoluyla istinaf başvurusu da reddedilir (m. 426/H, II). Katılma yoluyla istinaf, sadece bu yola başvuran tarafa ait şartların gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ve eski hale getirme yoluna başvurulmasını engelleyen bağımsız bir kanunî imkân olarak nitelendirilemez. Ayrıca katılma yoluyla istinafa başvuran tarafın amacı, daha ziyade aleyhine karar verilmesini önlemektir; eski hale getirme yoluna başvuranın amacı ise, doğrudan istinafa başvurarak ilk derece kararının değiştirilmesini sağlamaktır. Kanımızca bu iki kurum, amaçları ve işlevleri bakımından birbirini ikame edebilecek mahiyette değildir¹²⁵.

İstinaf başvurusunu süresinde yapamayan taraf, engelin ortadan kalkmasından itibaren on gün içinde eski hale getirme yoluna başvurmalıdır (m. 168, I). Eski hale getirme talebi, asıl işi incelemeye yetkili merciye yöneltilmelidir (m. 169, c. 1). Buna göre, eski hale getirme talebi istinaf başvurusunu inceleyecek olan istinaf mahkemesinin ilgili dairesine yapılmalıdır (m. 169, c. 2; HMKT m. 104, II). İstinaf dilekçesi eski hale getirme talebini de içerecek şekilde hazırlanmalı ve istinaf mahkemesine gönderilmek üzere ilk derece mahkemesine verilmelidir¹²⁶.

Eski hale getirme talebi, Kanunun 174'üncü maddesine göre, bir davada yalnız bir kez kullanılabilir. İstinaf süresini elinde olmayan nedenle kaçıran taraf, daha önce ilk derece yargılamasında eski hale getirme yoluna başvurmuşsa, artık eski hale getirme yolundan yararlanamaz.

¹²⁵ Temyiz süresini kaçıran tarafın, katılma yoluyla temyize başvuru imkânının var olmasını eski hale getirme yoluna başvurmayı engelleyen bir imkân olarak kabul eden görüş için bkz. Tercan, **Eski Hâle Getirme**, s. 238. Bu yaklaşım kabul edilirse, asıl kanun yolu isteminin feragat nedeniyle veya esasa girilmeden reddedilmesi hâlinde hükümsüz kalan katılma yoluyla kanun yolu başvurusunun nasıl ayakta tutulacağı, eski hale getirme yoluna başvurma imkânının kullanılıp kullanılmayacağı belirsizdir.

¹²⁶ İstinaf El Kitabı, s. 42.

Eski hale getirme yolunun davada bir kez kullanılabilmesi, katı ve kurumun amacına uygun olmayan bir düzenleme olduğu için öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Bu nedenle 174'üncü maddenin daha esnek yorumlanması önerilmiştir. Buna göre, 174'üncü madde taraflar açısından değil de mahkeme açısından ele alınarak, mahkemenin bir davada birden fazla eski hale getirme talebini kabul edemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır. Bu yorum benimsenirse, taraflar, mahkeme tarafından daha önce kabul edilmemiş olması şartıyla, birden fazla eski hale getirme talebinde bulunabilirler¹²⁷. Kanımızca bu yorum, kurumun amacı ile uyumlu olup, daha adil bir yargılama yapılmasına katkıda bulunmaktadır.

İstinaf mahkemesi, eski hale getirme talebini, ön sorun hakkındaki hükümlere göre incelemelidir (m. 170; m. 222 vd.; HMKT m. 106, I). Eski hale getirme talebi incelenmeden istinaf incelemesi yapılması mümkün değildir. Karşı taraf, eski hale getirme talebine itiraz ederse, mahkeme kural olarak dosya üzerinden veya duruşma yaparak karar verebilir (m. 223, II; m. 224). Kanımızca, istinaf mahkemesi kural olarak eski hale getirmenin koşullarının oluşup oluşmadığını dosya üzerinden incelemeli, ancak tanık dinlenmesi gereken hâllerde duruşma yaparak karar vermelidir.

İstinaf başvurusu yasal süre sona erdikten sonra yapılırsa, kararı veren ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunu reddeder ve daha önce yatırılan giderlerden karşılayarak ret kararını kendiliğinden başvuruda bulunan tarafa tebliğ eder (m. 426/F, I). Kanunda belirlenen süre geçtikten sonra istinafa başvurulması, istinaf mahkemesinde yapılan ön inceleme aşamasında da dikkate alınması gereken bir ret sebebidir (m. 426/L). Başvuru süresi, hak düşürücü nitelikte olduğundan, mahkeme sürenin geçip geçmediğini re'sen incelemelidir.

Başvurusu reddedilen taraf, ret kararına karşı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde istinafa başvurabilir. Gerekli giderler de yatırılmışsa, dosya, kararı veren ilk derece mahkemesi tarafından yetkili istinaf mahkemesine gönderilir. İstinaf mahkemesi istinaf

¹²⁷ Tercan, **Eski Hâle Getirme**, s. 250 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ise eski hale getirme hakkının davada bir kez kullanılabilmesine ilişkin sınırlayıcı hiçbir hükme yer verilmemiştir. Tasarının yürürlüğe girmesi durumunda, koşullarının oluşması hâlinde bir çok kez eski hale getirme yoluna başvurulabilecektir (HMKT m. 101-107).

başvurusunun süresinde yapıldığı kanaatine varırsa, ilk istinaf dilekçesine göre inceleme yapacaktır (m. 426/F, II).

4. YETKİLİ İSTİNAF MAHKEMESİ

4.1. İstinaf Mahkemesinin Yargı Çevresi

Adlî yargıda istinaf başvuruları, ikinci derece bölge adliye mahkemeleri tarafından incelenecektir (5235 s.K. m. 3). Bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğuna göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından kurulur. Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine ve bu mahkemelerin kaldırılmasına ise Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilir. Bu kararların tümü Resmî Gazete'de yayınlanır (5235 s.K. m. 25).

Adalet Bakanlığı'nın 5.6.2007 tarihli 26543 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan kararı gereğince İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da olmak üzere dokuz bölge adliye mahkemesi kurulmuştur. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun aynı tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan kararıyla da bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresi belirlenmiştir¹²⁸. Böylece hangi il merkezlerindeki ve

¹²⁸ 1-İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; İstanbul, Kırklareli, Edirne, Tekirdağ, Kocaeli, Sakarya ve Düzce,
 2- Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Bursa, Çanakkale, Balıkesir, Kütahya, Bilecik ve Yalova,
 3- İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; İzmir, Manisa, Uşak, Aydın, Denizli ve Muğla,
 4- Konya Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Konya, Afyonkarahisar, Isparta, Burdur, Antalya, Aksaray ve Karaman,
 5- Adana Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Adana, Mersin, Niğde, Kayseri, Hatay, Osmaniye, Kahramanmaraş, Adıyaman, Gaziantep, Malatya ve Kilis,
 6- Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Ankara, Eskişehir, Bolu, Zonguldak, Karabük, Bartın, Kastamonu, Çankırı, Çorum, Kırıkkale, Kırşehir, Nevşehir ve Yozgat,
 7- Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Samsun, Sinop, Amasya, Tokat, Sivas, Ordu, Giresun, Gümüşhane, Trabzon, Rize ve Artvin,
 8- Erzurum Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Erzurum, Erzincan, Bingöl, Muş, Ağrı, Iğdır, Kars, Ardahan ve Bayburt,

ilçelerdeki ilk derece mahkemesi kararlarını, hangi istinaf mahkemesinin inceleyeceği belirlenmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın 2008 yılı Yargı Reformu Strateji Taslağı'na göre, altyapı ve personel yetersizliği nedeniyle faaliyete geçemeyen bölge adliye mahkemelerinin, personel atamalarının 2009 yılında tamamlanması ve Ocak 2010'dan itibaren faaliyete geçirilmesi planlanmaktadır¹²⁹.

Belirtmeliyiz ki, dokuz bölge adliye mahkemesi ile yetinilmesi yetersizdir. İstinaf mahkemelerinin amacı, işlevi ve inceleme yetkisinin kapsamıyla birlikte muhtemel iş yoğunluğu dikkate alındığında, az sayıdaki bölge adliye mahkemesinin ihtiyacı karşılayamayacağı kanısındayız. İstinaf mahkemelerinin faydalı olabilmesi, yeterli sayıda ve ilk derece mahkemelerine yakın yerlerde kurulmalarına bağlıdır¹³⁰. İstinaf mahkemesi taraflarla ve dava malzemesi ile doğrudan temas etmeli, kural olarak (m. 426/M, I ve II) duruşmalı inceleme yapmalıdır.

İstinaf mahkemesinin yargı çevresinin çok geniş tutulması, bu yargı çevresinde bulunan illerin sayıca çok olmasına ve istinaf mahkemesinin bulunduğu il merkezine uzaklıklarının artmasına neden olacaktır. Bu tür olumsuzluklar ise, istinaf mahkemelerini

9- Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Diyarbakır, Elazığ, Tunceli, Şanlıurfa, Mardin, Batman, Siirt, Bitlis, Van, Şırnak ve Hakkari illerinin mülkî hudutlarını kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verilmiştir.

¹²⁹ Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Resmi Web Sitesi, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2008/mayis2008.html>, 23.7.2008.

¹³⁰ Pekcanıtez, “İstinaf”, s. 25; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 274. Adli İstatistik Genel Müdürlüğünün 2005 yılı verilerine göre, 2005 yılında hukuk mahkemelerinden çıkan karar sayısı toplam 1.422.745; 2005 yılında, yıl içinden Yargıtay hukuk dairelerinin önüne gelen iş sayısı toplam 323.750'dir (Bkz. <http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATIST.HTM>). Hukuk mahkemelerinden çıkan iş sayısı ile Yargıtay hukuk daireleri gelen iş sayısı karşılaştırıldığında, yıl içinde verilen ilk derece hukuk mahkemesi kararlarının % 22,7'sinin temyiz edildiği anlaşılmaktadır. İstinaf mahkemeleri göreve başladığında, aşağı yukarı aynı sayıda iş istinaf mahkemelerinin önüne gelecektir. 5235 sayılı Kanun'a göre, her istinaf mahkemesi en az 3 hukuk dairesinden oluşmak zorundadır. İstinaf mahkemesinin yargı çevresi ve iş yoğunluğuna göre daire sayısını artırmak mümkündür. Adalet Bakanlığı'nın 22.5.2007 tarihli duyurusuna göre, dokuz istinaf mahkemesinin toplam hukuk dairesi sayısı 77'dir (Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2007/mayis2007.html>). 2005 yılı itibariyle kanun yoluna başvuru sayısı 323.750 olduğuna göre, bu sayının istinaf mahkemelerinin daire sayısına bölünmesi durumunda, daire başına düşen ortalama iş sayısı 4.204'tür. İlerleyen yıllarda biriken işlerle bu sayı daha da artacaktır. Kanımızca, yargı çevrelerinin genişliği ve diğer il merkezlerine uzak olmaları nedeniyle, istinaf mahkemelerinin bu iş yoğunlu altında kendisinden beklenen işlev ve yararları gerçekleştirmesi oldukça zordur.

duruşma yapmaktan kaçınmaya, tahkikatı bizzat tamamlamak yerine sürekli ilk derece mahkemelerini istinabe etmeye yönlendirecektir¹³¹. Böyle bir sonuç, istinaf mahkemelerinin işlevi ve yararları konusundaki şüpheleri ve kuruma yönelik eleştirileri¹³² haklı olarak artıracaktır.

İstinaf mahkemeleri kendi yargı çevreleri içinde yer alan ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hüküm ve kararların istinaf incelemesini yapmakla görevlidir (5235 s.K. m. 33, b. 1).

4.2. İstinaftaki Yetki Kurallarının Özelliği

İstinaf mahkemelerine ilişkin yetki kuralı, niteliği ve sonuçları bakımından ilk derece mahkemelerine ilişkin yetki kurallarından farklıdır. İncelemeyi hangi istinaf mahkemesinin yapacağı, kesin yetki kuralı şeklinde düzenlenmiştir¹³³. İstinafa başvuran taraf, dilekçesinde yetkili istinaf mahkemesini yanlış göstermiş olsa dahi, kararı veren ilk derece mahkemesi, dosyayı re’sen yargı çevresine dahil olduğu istinaf mahkemesine göndermelidir¹³⁴.

Kanun istinaf mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılmasını açıkça yasaklamıştır (m. 426/R, II). Taraflar istinaf incelemesinin belirli bir istinaf mahkemesinde yapılmasını

¹³¹ Berkin 1981 tarihli genel eserinde, Fransız örneğine değinmiş, istinaf mahkemelerinin iş yoğunluğu gerekçesiyle tanık dinlemekten imtina etmelerinin ve sıkça dosya üzerinden inceleme yapmalarının öğretilde şiddetle eleştirildiğini belirtmiştir (Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 274-275). Bugün nüfusu altmış üç milyon olan Fransa’da otuz beş istinaf mahkemesi, nüfusu elli sekiz milyon civarındaki İtalya’da yirmi dokuz istinaf mahkemesi görev yapmaktadır. Nüfusu daha az olan ülkelerde dahi otuz civarında istinaf mahkemesi bulmasına rağmen, yetmiş milyon nüfuslu Türkiye’de göreve başlaması planlanan dokuz istinaf mahkemesi ihtiyaçları karşılamayacaktır. En az yirmi beş civarında istinaf mahkemesi kurulması gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez, “**İstinaf**”, s. 19.

¹³² İstinaf mahkemelerinin küçük temyiz mahkemeleri gibi yapılandırıldığı, yargılamanın kalitesini artırmayacağı, içtihat aykırılıklarına neden olacağı, Cumhuriyet öncesi dönemde yaşanan olumsuz deneyimlerden farklı bir sonuca ulaşamayacağı, sadece Yargıtay’ın iş yükünü hafifletmek amacıyla kurulduğu gibi eleştiriler hakkında bkz. Bilge, **Üst Mahkemeler**, s. 68. vd.; İmran Öktem, “Üst Mahkeme-İstinaf”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**: 91-103 (Ankara: AÜHFY, 1964), s. 95 vd. İstinaf incelemesinde iş yoğunluğu ve yargı çevresinin geniş olması nedeniyle sık sık istinabeye başvurulacağı ve bu durumun istinaftan beklenen faydayı azaltacağı eleştirisi için bkz. Surlu, “**İstinaf Usûlü**”, s. 43.

¹³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 624; Konuralp, **Usûl**, s. 181; Özekes, “**İstinaf**”, s. 3106; İstinaf El Kitabı, s. 39;

¹³⁴ İstinaf El Kitabı, s. 39.

kararlaştırsalar dahi, bu yetki sözleşmesi geçersiz olup hüküm doğurmayacaktır. Bu kural, istinaf mahkemeleri için doğrudan yetki sözleşmesi yapılmasını yasaklamasına rağmen, ilk derece mahkemeleri için yapılan yetki sözleşmeleri ile dolaylı olarak yetkili istinaf mahkemesinin belirlenmesini engellemektedir.

Kural olarak ilk derece mahkemelerinin yetkisi kesin yetki değildir. Kesin yetki kuralı bulunmayan durumlarda, taraflar yazılı yetki sözleşmesiyle davanın istedikleri yerdeki ilk derece mahkemesinde görülmesini kararlaştırabilirler (m. 22) veya dava yetkisiz mahkemede açılmış olmasına rağmen, karşı taraf esasa cevap süresi içinde yetki itirazında bulunmadığı için o mahkeme davaya bakmaya yetkili hale gelebilir (m. 23; m. 187, b. 2). Yetkili ilk derece mahkemesi tarafların iradesiyle belirlendiği takdirde, buna bağlı olarak yetkili istinaf mahkemesi de değişecektir. Örneğin, aslında Eskişehir mahkemelerinin yetkili olduğu bir davaya, yetki sözleşmesi nedeniyle Bilecik'te bakılırsa, istinaf incelemesini Eskişehir'i yargı çevresi içine alan Ankara yerine, Bilecik'i yargı çevresine alan Bursa istinaf mahkemesi yapacaktır.

İlk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin yargı çevresi içinde değilse, istinaf mahkemesi, re'sen dosyanın yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir (m. 426/M, I, b. 3). İstinaf mahkemesinin gönderme kararı, ilk derece mahkemesinin yetkisizliğe dayanarak verdiği gönderme kararından farklıdır¹³⁵. Yetkisizlik nedeniyle gönderme kararı veren ilk derece mahkemesi, dosyayı re'sen yetkili mahkemeye göndermez. Taraflar yetkisizlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren, istinafa başvuru süresinin sona erdiği (yani kararın kesinleştiği) veya yetkisizlik kararına yönelik istinaf başvurusunun¹³⁶ reddine ilişkin kararın (temyize tâbi olmayan kesin karar niteliğindedir) tebliğinden itibaren on gün içinde dilekçe vererek karşı tarafa yeniden tebligat yaptırmalıdır. Aksi takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (m. 193). Oysa yetkisiz olduğunu düşünen istinaf mahkemesi, gönderme kararıyla, dosyayı re'sen yetkili

¹³⁵ Aynı, s. 39; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 624; Konuralp, *Usûl*, s. 181.

¹³⁶ İlk derece mahkemesinin yetkisizlik kararına karşı istinafa başvurulabilmesi için, dava konusunun değerinin Kanunun 426/A maddesinde belirlenen parasal sınırın üzerinde olması gerekir.

istinaf mahkemesine göndereceğinden, başvuruda bulunan tarafın başka bir işlem yapmasına gerek yoktur.

Dosya kendisine gönderilen istinaf mahkemesinin bu gönderme kararıyla bağlı olup olmadığı konusunda Kanunda açıklık yoktur. İlk derece mahkemelerinin kesin yetki hâllerine ilişkin olarak verdikleri yetkisizlik kararlarında olduğu gibi, dosya kendisine gönderilen mahkemenin de bu kararla bağlı olmadığı ileri sürülebilir¹³⁷. Buna göre, gönderme kararıyla dosyayı alan istinaf mahkemesi yetkisizlik kararı verirse, kesinleşmiş iki yetkisizlik kararına bağlı olarak ortaya çıkan olumsuz yetki uyuşmazlığı sebebiyle, Kanunun 25'inci maddesine göre merci tayini için Yargıtay'a başvurulmalıdır.

Usûl ekonomisi ilkesine dayanan bir başka görüşe göre ise, dosya kendisine gönderilen istinaf mahkemesi gönderme kararı ile bağlı olmalıdır¹³⁸. Kanımızca ilk görüş daha isabetlidir. Her ne kadar usûl ekonomisi nedeniyle, gönderme kararının bağlayıcı olması gerektiği savunulabilirse de, istinaf mahkemelerinin de yanlış karar verebileceği olasılığı göz ardı edilmemelidir. Pek nadir olsa dahi, gerçekleşme olasılığı bulunan bir yetki uyuşmazlığında, üst mahkeme tarafından merci tayini yoluna gidilmesi hukukun doğru uygulanması, adil yargılama yapılması ve tarafların yargıya güveninin tesisi için önemlidir. Taraflar, istisnâî birkaç olayda, merci tayini yoluna gidilmesi sebebiyle yargılamanın uzamasına katlanabilirler.

5. İSTİNAFA BAŞVURU ŞEKLİ VE KATILMA YOLU İLE İSTİNAF

5.1. Başvurunun Dilekçeyle Yapılması ve Dilekçeler Aşaması

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, istinaf başvurusu dilekçe ile yapılır. Dilekçeler aşaması, daha sonra istinaf derecesinde yapılacak işlemlerin taraflarca

¹³⁷ Kesin yetki hâllerinde, kanun yoluna başvurulmadan kesinleşen yetkisizlik kararı, dosya kendisine gönderilen mahkemeyi bağlamadığından, o mahkeme de yetkisizlik kararı verebilir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 130; Konuralp, *Usûl*, s. 55; Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usûl*, s. 190.

¹³⁸ İstinaf El Kitabı, s. 40.

hazırlığının yapıldığı bir zaman dilimidir. İstinaf incelemesinin akıbetini belirleyen en önemli unsur tarafların dilekçeleridir.

İstinafın iki temel etkisinden biri olan erteleyici etki, istinaf dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile ortaya çıkar. İstinaf başvurusu, tek başına hükmün kesinleşmesini ertelemeye muktedirdir. Buna karşılık aktarıcı etkinin ortaya çıkması için, istinafa başvurulması yanında, ilk derece mahkemesince başvuru reddedilmeden, dosyanın dizi listesine bağlı olarak istinaf mahkemesine gönderilmesi gerekir¹³⁹.

İstinaf sebepleri, istinaf talepleri ve aleyhe karar verme yasağı konusunda öngörülen kurallar, esasında doğrudan dilekçeler aşamasıyla ilgilidir. Zira, istinaf dilekçesinin veya katılma yoluyla istinaf dilekçesinin zorunlu unsurları olan istinaf sebepleri ile talep sonucu en geç dilekçeler aşamasında mahkemeye sunulmuş olmalıdır. Aleyhe karar verme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı veya uygulanacaksa kapsamı dilekçeler aşamasında belirlenir.

İstinaf başvurusu dilekçeyle yapılır ve dilekçeye karşı taraf sayısı kadar örnek eklenir (m. 426/B, I). Kanun, asliye ve sulh hukuk mahkemeleri ile diğer uzmanlık mahkemeleri bakımından tek bir başvuru şekli öngörmüş, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne (yazılı, basit veya sözlü yargılama usûlü) bakmaksızın başvurunun dilekçeyle yapılması koşulunu getirmiştir.

İstinaf dilekçesinde hangi unsurların bulunması gerektiği, Kanunun 426/B maddesinde sayılmıştır. Buna göre, dilekçede tarafların davadaki sıfatları ile ad soyadı ve adresleri¹⁴⁰, varsa yasal temsilci ve vekillerin ad soyadı ve adresleri, kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ile tarih ve sayısı, kararın başvuruda bulunana tebliğ edildiği tarih, kararın özeti, başvuru sebepleri ve gerekçesi, istem sonucu ve son olarak başvuruda bulunanın veya yasal temsilcisi ya da vekilinin imzası yer almalıdır.

¹³⁹ Bkz. yuk. 1. Bölüm, Başlık 3. vd.

¹⁴⁰ Kanunda sadece “ad ve soyadı” ibaresinin kullanılması eleştirilmiştir. Zira, soyadı, sadece gerçek kişiler açısından söz konusu olup, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda tüzel kişinin adının, türünün ve merkezinin belirtilmesi daha uygun olacaktır. Bkz. Konuralp, “İstinaf Derecesi”, s. 32. Nitekim uygulamada tüzel kişilerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda, tüzel kişinin adı, türü ve adresine dilekçede yer verilmektedir.

İstinaf dilekçesi, kural olarak 426/B maddesinde sayılan tüm unsurları içermelidir. İstinafa başvuran, dilekçesinde özellikle istinaf sebeplerini ve talep sonucunu eksiksiz göstermelidir. İstinaf mahkemesi kural olarak, tarafların talepleri ve ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapabilir. Bununla beraber, başvuranın kimliği ve imzasıyla başvurulmuş kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içeren bir istinaf dilekçesi, diğer unsurlar bulunmasa dahi reddedilmeyecek, istinaf mahkemesi sadece 426/O maddesi çerçevesinde kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığını inceleyebilecektir (m. 426/B, II). Bu konu, önemi sebebiyle aşağıda incelendiğinden burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır¹⁴¹.

Kanunda açıkça zikredilmemekle birlikte, istinaf dilekçesinin konusunu gösteren bölümde, istinaf yoluna başvurulduğu belirtilmelidir. Bununla beraber, açıkça istinafa başvurulduğu belirtilmese dahi, dilekçedeki beyanlardan bu yola başvurulduğunun anlaşılması yeterlidir¹⁴².

İstinaf dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesine veya o mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verilebilir (m. 426/C, I, c. 1). Doğrudan istinaf mahkemesine başvuru yapılması mümkün değildir. Başvuru dilekçesi istinaf mahkemesine verilirse, on beş günlük hak düşürücü süre korunmaz ve kanun yolu başvurusu yapılmamış sayılır. İstinaf dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse, o mahkeme, istinaf istemini bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydetmeli ve başvuruda bulunana ücretsiz bir alındı belgesi vermelidir (m. 426/C, I, c. 2). İstinaf dilekçesi, kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye verilirse, o mahkeme tarafından, bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydedildikten sonra, örnekleriyle birlikte kararı veren mahkemeye gönderilmelidir (m. 426/C, II).

¹⁴¹ Bkz. a.ş. 2. Bölüm, Başlık 6.4. ve 3. Bölüm, Başlık 2.2.6. ve 3.4.

¹⁴² Alman Hukukunda istinaf dilekçesini düzenleyen 519'uncu paragrafa göre, dilekçede istinafa başvurulduğunun belirtilmesi gerekir. Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1123; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 262; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 674. Avusturya Hukukunda ise, dilekçede açıkça istinaf başvurusundan söz edilmese dahi, dilekçenin içeriğinden aynı sonuca varılması yeterlidir. Bkz. Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1237, 1245.

İstinaf dilekçesinin ilk derece mahkemesine verilmesi, özellikle taraflar açısından kolaylık sağlamaktadır. Taraflar dilekçelerini önceden muhatap oldukları, bildikleri ve coğrafi olarak kendilerine yakın olan bir mahkemeye kolayca sunabilirler. Böylece yetkili istinaf mahkemesinin hangisi olduğu konusunda ortaya çıkabilecek sorunlar baştan en aza indirilmiştir. İstinaf dilekçesini alan ilk derece mahkemesi, harç ve giderler ödenmişse (m. 426/D), istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı olmaksızın (m. 426/C, IV), dosyayı yetkili istinaf mahkemesine gönderecektir. Başvurunun ilk derece mahkemesine yapılmasının diğer bir yararı, süresinde yapılmayan veya kesin kararlara ilişkin istinaf başvurularının ilk derece mahkemesi tarafından reddedilecek olması nedeniyle (m. 426/F), istinaf mahkemesinin inceleme yükünden kurtulmuş olmasıdır.

İlk derece mahkemesi istinaf dilekçesini karşı tarafa ve varsa karşı tarafın yanında davaya katılmış olan fer'i müdahile tebliğ etmelidir. Fer'i müdahil istinafa başvurduğunda ise, karşı tarafa ve fer'i müdahilin yanında katıldığı tarafa tebligat yapılmalıdır. Dava arkadaşlarına karşı istinafa başvurulmuşsa her bir dava arkadaşına ayrıca tebligat yapılmalıdır. Karşı taraf ilk derece mahkemesinde avukatla temsil edilmişse istinaf dilekçesi avukata tebliğ edilmelidir.¹⁴³

Tebliğat ile kanun yolu başvurusunu öğrenen taraf, hukukî dinlenilme hakkını kullanmak amacıyla savunma hazırlığı yapma ve cevap verme fırsatına sahip olur. Karşı taraf, tebliğden itibaren on beş gün içinde cevap vermelidir. Cevap dilekçesi kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verilebilir (m. 426/G, I, ve II).

İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, istinafa başvuru hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa dahi, cevap dilekçesi vererek katılma yoluyla istinafa başvurabilir. İstinaf yoluna başvuran taraf da buna karşı on beş gün içinde cevap verebilir (m. 426/H, I).

İlk derece mahkemesi, istinaf başvurusunu ve karşı taraf cevap vermişse cevap dilekçesini aldıktan sonra iki tür karar verebilir: Mahkeme ya istinaf başvurusunu reddeder

¹⁴³ Musielak, **Kommentar**, s. 1135.

ya da usûlüne uygun bir başvuru yapılmışsa, dosyayı dizi listesine bağlı olarak yetkili istinaf mahkemesine gönderir (m. 426/G, III). İstinaf dilekçesi yasal süresi geçtikten sonra verilirse veya kesin olan bir mahkeme kararına karşı istinafa başvurulursa, ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verir (m. 426/F, I). Ayrıca istinaf dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin de yatırılması gerekir¹⁴⁴. Bunların eksik ödendiği daha sonra anlaşılırsa, ilk derece mahkemesi başvuru sahibine yedi günlük kesin süre vermeli ve eksik tamamlanmadığı takdirde başvurusundan feragat etmiş sayılacağını yazılı olarak bildirmelidir. Kesin süre içinde harç tamamlanmazsa, bu kez başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilecektir (m. 426/D)¹⁴⁵.

Dilekçenin reddi veya başvurunun yapılmamış sayılması kararları, 426/D maddesine göre yatırılan giderlerden karşılanarak ilgiliye re'sen tebliğ edilir. Bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde istinafa başvurulabilir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi dosyayı yetkili istinaf mahkemesine gönderir. İstinaf mahkemesi başvurunun reddi veya yapılmamış sayılması kararını doğru bulmazsa, ilk istinaf dilekçesine göre istinaf incelemesi yapmalıdır (m. 426/F).

İlk derece mahkemesi istinaf başvurusunu kabul ederse, dosyayı istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı olmaksızın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir (m. 426/C, III).

Kanun yoluna başvuran istinaf dilekçesi, karşı taraf ise cevap dilekçesi olmak üzere bir kez dilekçe verebilir. Katılma yoluyla istinafa başvurulursa, asıl istinaf başvurusunu yapan taraf, ayrıca cevap dilekçesi verebilir (m. 426/H, I). Ancak, katılma yoluyla istinafa başvuran artık cevaba cevap dilekçesi veremez. İlk derecede yargılamasından farklı olarak, istinafta replik ve düplik dilekçeleri verilmesi mümkün değildir. Taraflar dilekçelerini

¹⁴⁴ Harçlar 26.9.2004 tarih ve 5235 s.K. ile değişik Harçlar Kanunu'nun 1 sayılı tarifesinde gösterilmiştir. Buna göre, maktu başvurma harcı ile işin esası hakkında karar verilen işler bakımından, duruma göre nispi veya maktu karar ve ilâm harcı yatırılması gerekir. Bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>.

¹⁴⁵ İstinaf başvurusunun süresinde yapılmaması, istinafa tâbi olmayan bir karara karşı başvuru yapılması veya başvuru sırasında yatırılması gerekli harç ve giderlerin yatırılmamasına rağmen dosya istinaf mahkemesine gönderilirse, istinaf mahkemesi de gerekli kararları verebilecektir. Bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 2.2. vd.

verdikten sonra, mahkeme başvuru usûlüne uygun bulursa dosyayı yetkili istinaf mahkemesine gönderir.

Dilekçeler aşaması ilk derece mahkemesinde tamamlanır. Dosyanın istinaf mahkemesine gönderilebilmesi için, her iki taraf da süresi içinde dilekçelerini vermiş veya Kanunda öngörülen cevap süreleri geçmiş olmalıdır (m. 426/G, III).

5.2. Katılma Yolu İle İstinafa Başvurulması

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan veya başvuru süresini kaçırmış olan tarafa, asıl istinaf talebine vereceği cevap dilekçesi ile istinafa başvurma imkânı tanımıştır. Kendisine istinaf dilekçesi tebliğ edilen taraf, daha önce istinafa başvurmamış, istinaf süresini geçirmiş veya istinafa başvuru hakkı olmasa dahi, on beş gün içinde vereceği cevap dilekçesi ile kendi istinaf sebepleri ileri sürerek istinafa başvurabilir (m. 426/H, I). Katılma yoluyla istinaf başvurusunun süresi içinde yapıp yapılmadığı, başka bir deyişle başvurunun caiz olup olmadığı, mahkemece re’sen incelenmelidir. Caiz olmayan katılma yoluyla istinaf başvurusu reddedilmelidir¹⁴⁶.

Katılma yoluyla istinaf, hükmün kendi lehine değiştirilmesini talep eden karşı tarafın daha önce başlayan istinaf sürecine katılmasıdır. Ancak, ilk istinaf başvurusundan sonra yapılan her istinaf başvurusu, katılma yoluyla istinaf olarak nitelendirilemez. Bir taraf istinafa başvurmuş olmasına rağmen, hukukî yararı olan diğer taraf için henüz istinaf süresi sona ermemişse, ikinci istinaf talebi de bağımsız bir istinaf başvurusu olarak kabul edilmelidir¹⁴⁷. İkinci istinaf başvurusu, bağımsız bir istinaf başvurusu olarak nitelendirildiği takdirde, asıl istinaf feragat veya usûle ilişkin bir nedenle ortadan kalksa dahi, ikinci istinaf başvurusu geçerli kalmaya devam edecektir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Musielak, **Kommentar**, s. 1145.

¹⁴⁷ Uwe Gerken, “Probleme der Anschlussberufung nach § 524 ZPO”, **NJW**, Heft 15: 1095-1097 (2002), s. 1095; Musielak, **Kommentar**, s. 1142.

¹⁴⁸ Bettina Heiderhoff, “Zur Abschaffung der Anschlussberufung”, **NJW**, Heft 19: 1402-1403 (2002), s. 1403

Asıl istinaf ile katılma yoluyla istinaf arasında başvuru zamanı açısından bir ayrım yapılamaz. Zira, asıl istinaf için öngörülen başvuru süresi içinde, bağımsız istinaf başvurusu yerine katılma yoluyla istinafa da başvurulabilir. İstinafın bağımsız ve katılma yoluyla istinaf olup olmadığı, hem başvuru zamanı hem de başvuranın amacı ve beyanı dikkate alınarak belirlenmelidir. Diğer yandan bağımsız istinaf başvurusu caiz değilse, hemen reddedilmemeli, şartlarını sağlaması durumunda katılma yoluyla istinaf olarak işlem görmelidir¹⁴⁹.

Katılma yoluyla istinafın dar ve teknik anlamda kanun yolu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Alman Hukukunda çoğunluğun benimsediği görüş, asıl istinafa bağımlı olduğu gerekçesiyle, katılma yoluyla istinafın kanun yolu karakterine sahip olmadığı yönündedir¹⁵⁰. Diğer görüş ise, kanun yolu karakterinin belirlenmesi bakımından hukukî yarar şartının aranmaması gerektiği kanaatindedir. Bu görüşe göre, katılma yoluyla istinaf erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olduğu için kanun yolu olarak kabul edilmelidir. Ertelenici ve aktarıcı etki, katılma yoluyla istinaf talebinin yöneldiği hüküm kısımları açısından ortaya çıkar. Bu hüküm kısımları hakkında istinaf mahkemesince inceleme yapılması gerektiğinden (aktarıcı etki), ilgili hüküm kısımlarının kesinleşmesi de ertelenmiş

¹⁴⁹ Florian Jakoby, “Das Anschlussrechtsmittel und seine Kosten nach dem Zivilprozessreformgesetz”, **ZZP**, Band 115, Heft 2: 185-213 (2002), s. 187-188; Schumann/Kramer, **Die Berufung**, s. 146-147; Musielak, **Kommentar**, s. 1137; Musielak, **Grundkurs**, s. 309. “HUMK.’un 433/II-C: 2 hükmü 2494 sayılı yasa ile kabul edilmiş bir hüküm olup, “katılma yoluyla temyiz” başka bir deyimle karşı tarafa bağlı temyiz denilebilen bir müessese getirmiştir. Buna göre kendi temyiz süresi içinde temyiz hakkını kullanmamış olan taraf karşı tarafın temyizi üzerine ona tâbi olarak temyiz yoluna gidebilecektir. Olayımızda, davacı hükmün kendisine tebliği üzerine yasal sürede temyiz hakkını kullanmamış ancak davalının temyizi üzerine ve bu temyiz dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren 10 günlük yasal sürede harcını yatırarak temyiz hakkını kullanmış hükmü esastan temyiz etmiştir. Bu nedenle davacı temyizi anılan madde gereğince süresinde kabul edilmiştir.” 6. HD, 23.10.2000, 8478/9140 (KİB).

¹⁵⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1142; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 685; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 264; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 486; Zeiss/Schreiber, **Zivilprozessrecht**, s. 265; Musielak, **Grundkurs**, s. 309; Gerken, **a.g.m.**, s. 1095. Reformdan önce Alman Hukukunda katılma yoluyla istinaf, bağımsız ve bağımlı katılma yoluyla istinaf olarak ikiye ayrılmaktaydı. Taraflardan birinin istinaf başvurusuna karşılık, diğer taraf henüz kanun yoluna başvuru süresi dolmadan katılma yoluyla istinafa başvurursa bağımsız katılma yoluyla istinaftan, süre sona erdikten sonra istinafa başvurulursa bağımlı katılma yoluyla istinaftan söz edilmekteydi. Bir görüşe göre, bu ayrım ve pratik sonuçları Reformdan sonra da devam etmektedir. Kanunda her ne kadar asıl istinaf başvurusunun feragat veya geri alma nedeniyle sona ermesi hâlinde katılma yoluyla istinafın da hükümsüz kalacağı belirtilmiş olsa dahi, bu düzenleme bağımsız katılma yoluyla istinafı etkilememektedir. Bkz. Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 192; Musielak, **Kommentar**, s. 1142; Johan Schneider, “Die Anschlussberufung (§ 524 ZPO)”, **ZZP**, Band 119, Heft 4: 423-434 (2006), s. 424, 433.

olur¹⁵¹. Üçüncü ve karma bir görüş ise katılma yoluyla istinafı kendine özgü bir kanun yolu olarak kabul etmektedir¹⁵². Kanımızca ikinci görüşün ortaya koyduğu gerekçeler nedeniyle katılma yoluyla istinaf da dar ve teknik anlamda bir kanun yolu sayılmalıdır.

Katılma yoluyla istinaf, iş yoğunluğunun azaltılmasında önemli yararlar sağlamaktadır. Alman Hukukundaki tecrübelerle göre, taraflar istinafa genellikle diğer tarafın bu yola başvurusu durumunda yönelmektedirler. Katılma yoluyla istinafa başvuru imkânının tanınması, tarafların her hâlükarda ve gerekmediği halde istinafa başvurma eğilimlerini azaltmaktadır¹⁵³. İlk derece mahkemesinin kararına razı olan, fakat diğer tarafın istinafa başvurma olasılığı sebebiyle aleyhine karar verilmesinden çekinen taraf, katılma yoluyla istinafa başvuru imkânına güvenerek aceleci davranmayıp istinafa başvurmamaktadır. Her iki taraf açısından da mevcut olan bu imkân, yargılamanın akıbeti konusunda doğabilecek belirsizliği ve güven eksikliğini gidermektedir. Karşı tarafın katılma yoluyla istinafa başvurma ihtimali, diğer tarafın istinaf sebeplerini ve gerekçesini göstermeden istinafa başvurma eğilimini azaltmaktadır. Böylece istinafa başvuru sayısındaki gereksiz artışlar önlenilmekte ve usûl ekonomisi sağlanmaktadır¹⁵⁴.

Ayrıca katılma yoluyla istinafa başvurmak için hukukî yarar ve uyuşmazlık konusunun belirli bir değeri aşması şartının aranmaması¹⁵⁵, istinafa başvuran taraf bakımından ortaya çıkan aleyhe karar verme yasağını etkisiz hale getirmesi¹⁵⁶ katılma yoluyla istinafın sağladığı diğer avantajlardır.

¹⁵¹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 965; Gehrlein, **Zivilprozessrecht**, s. 258;

¹⁵² Schilken, **a.g.e.**, s. 444; Wolfgang Lücke, **Zivilprozessrecht** (8. Auflage. München: C. H. Beck, 2002), rn. 390

¹⁵³ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 964; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 486 vd.; Ercan, **a.g.m.**, s. 701.

¹⁵⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesinin görüşünü nakleden Schumann/Kramer, **Die Berufung**, s. 138; Musielak, **Kommentar**, s.1142.

¹⁵⁵ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 486-487; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 191; Gerken, **a.g.m.**, s. 1095; Heiderhoff, **a.g.m.**, s. 1402. Katılma yoluyla kanun yoluna başvuruda hukukî yarar şartının aranmamasının eşitlik ilkesine aykırı bulan Gilles, hukukî yarar şartının aranması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Gilles, **Rechtsmittel**, s. 47.

¹⁵⁶ Jakoby, **a.g.m.**, 186; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 963; Habscheid, **a.g.e.**, s. 444; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 258; Musielak, **Grundkurs**, s. 308; Mustafa Özbek, “İş Mahkemelerinde Katılma Yoluyla Temyiz”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**: 939-962 (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2003), s. 949 vd.

Katılma yoluyla istinafin akıbeti asıl istinafa bağlıdır. İlk istinafa başvuran taraf, başvuru hakkından feragat eder veya istinaf mahkemesi başvuruyu esasa girmeden reddederse, katılma yoluyla istinaf başvurusu da reddedilir (m. 426/H, II)¹⁵⁷. Örneğin, süresinde başvuru yapılmadığı veya kesin bir karara karşı istinafa başvurulduğu için caiz olmayan asıl istinaf istemi ön incelemede reddedilirse, katılma yoluyla istinaf talebi de reddedilir¹⁵⁸.

Kanımızca mahkemenin katılma yoluyla istinafa ilişkin ret kararı, teknik anlamda değil, katılma yoluyla istinafin hükümsüz kalması ve etkisini kaybetmesi şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵⁹. Burada ret kararı verilmesinin sebebi, katılma yoluyla istinafin geçersizliği veya başarısızlığı değil, asıl istinafin ortadan kalkmasına bağlı olarak etkisiz kalmasıdır.

Buna karşılık, asıl istinaf başvurusunun esasa girildikten sonra reddedilmesi, katılma yoluyla istinaf başvurusunun da buna bağlı olarak reddedilmesi sonucunu doğurmaz¹⁶⁰; istinaf mahkemesi mutlaka katılan tarafın istemini inceledikten sonra karar vermelidir.

¹⁵⁷ Jakoby, **a.g.m.**, s. 187. Yargıtay uygulamasında ise, asıl temyizden feragat edilse dahi, katılma yoluyla temyizcinin inceleneceği kabul edilmekteydi. Bkz. Kuru, **Usûl C. V**, s. 4609 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 851-852; Özbek, **“Katılma Yoluyla Temyiz”**, s. 953. “1-Davacı vekili 23.3.2001 tarihli dilekçe ile temyizden feragat ettiğinden temyiz dilekçesinin feragati nedeniyle reddine karar vermek gerekmiştir. 2-Davalının katılma yolu ile temyizine gelince, ilâmın tenfizine karar verilebilmesi için yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usûlen onanmış aslı ve onanmış tercümesinin dilekçeye eklenmesi gerekmektedir.” 2. HD, 30.4.2001, 5266/6736 (KİB). Bu uygulama, katılma yoluyla kanun yolunun asıl kanun yoluna bağımlı olması ilkesi ile bağdaşmamaktaydı. İstinaf ve temyiz hakkında yürürlüğe giren yeni hükümlere göre, artık temyiz yolunda da asıl temyiz isteminden feragat edildiği takdirde katılma yoluyla temyiz istemi hükümsüz kalacaktır (m. 426/H, II; m. 432).

¹⁵⁸ Musielak, **Kommentar**, s. 1145.

¹⁵⁹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 965; Schumann/Kramer, **Die Berufung**, s. 148-149; Schilken, **a.g.e.**, s. 445; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 266; Jauernig, **a.g.e.**, s. 293; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 260, 265; Musielak, **Grundkurs**, s. 309; Heiderhoff, **a.g.m.**, s. 1402; Vogel/Spühler, **a.g.e.**, s. 373; Habscheid, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁶⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1145.

İstinaf başvurusunun geri alınması veya istinaf yargılaması devam ederken tarafların sulh, (davayı) kabul, (davadan) feragat gibi işlemlerle yargılamayı sona erdirmeleri durumunda da katılma yoluyla istinaf hükümsüz kalır¹⁶¹.

Katılma yoluyla istinaf başvurusunun geçerli olması, Kanunun 426/H hükmünden çıkarılan şu şartların gerçekleşmesine bağlıdır: İlk olarak geçerli bir istinaf başvurusu yapılmış olmalıdır. Karşı taraf asıl istinaf başvurusundan feragat etmemiş ve istinaf başvurusunu geri almamış olmalıdır. Asıl istinaf esasa girilmeden reddedilmemiş olmalıdır. Katılma yoluyla istinaf başvurusu, istinaf dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde ilk derece mahkemesine verilecek cevap dilekçesiyle yapılmalıdır. Katılma yoluyla istinaf için gerekli harç ve giderler yatırılmalıdır¹⁶². Bu şartlardan başka, istinaf dilekçesi bakımından asıl istinaf için aranan koşullar, katılma yoluyla istinafta da sağlanmalıdır. Katılma yoluyla istinafa başvuran tarafın dilekçesi, 426/B maddesinde sayılan unsurları içermeli, özellikle istinaf sebepleri ve talepleri dilekçede gösterilmelidir¹⁶³.

Katılma yoluyla istinafa başvurulabilmesi için hukukî yarar, uyuşmazlığın belirli bir tutarı aşması veya istinaf mahkemesinin izin vermesi gibi şartlar aranmayacaktır¹⁶⁴.

İlk derece mahkemesinin nihaî kararının tebliğinden sonra istinafa başvuru hakkından feragat eden tarafın, katılma yoluyla istinafa başvurup başvuramayacağı konusunda Kanunda açıklık yoktur. Alman Hukukunda gündeme gelen bu soru, istinafa başvuru hakkından feragat eden tarafın dahi, katılma yoluyla istinafa başvurabileceği yönünde düzenleme yapılarak çözülmüştür (§ 524, Abs. 2 dZPO). Kanımızca bu çözüm, Türk Hukukunda da benimsenebilir. Tarafın kanun yoluna başvuru hakkından feragat

¹⁶¹ Jakoby, **a.g.m.**, s. 198 vd.; Musielak, **Kommentar**, s. 1146; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 965; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 266; Habscheid, **a.g.e.**, s. 445; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 488.

¹⁶² 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 1 sayılı tarifesinde 25.12.2003 tarihli ve 5035 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre, bölge adliye mahkemelerine yapılacak başvurularda başvuru harcı alınması, uyuşmazlığın belirli bir değerle ilgili olması hâlinde nispî, değere bağlı olmaması hâlinde ise maktu karar ve ilâm harcı alınması öngörülmüştür. Katılma yoluyla temyizde de normal temyiz harçları alınmaktadır. Bkz. Kuru, **Usûl C. V**, s. 4608.

¹⁶³ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 265; Jauernig, **a.g.e.**, s. 293; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 488.

¹⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 966; Schumann/Kramer, **Die Berufung**, s. 137; Schilken, **a.g.e.**, s. 444, 450; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 265; Jauernig, **a.g.e.**, s. 292; Paulus, **a.g.e.**, s. 193; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 259; Musielak, **Kommentar**, s. 1143; Musielak, **Grundkurs**, s. 309; Gerken, **a.g.m.**, s. 1095. Temyiz bakımından yapılan benzer değerlendirmeler için bkz. Kuru, **Usûl C. V**, s. 4606 vd.

etmesinin nedeni, ilk derece mahkemesinin kararına razı olması ve karşı tarafın da kendisi gibi hükmü kabul edeceği düşüncesidir. Ancak, diğer taraf hükümden tatmin olmadığı için kanun yoluna başvurursa, başvuru hakkından daha önce feragat eden taraf da bu kanun yoluna katılma hakkına sahip olmalıdır¹⁶⁵. Ayrıca, istinafa başvuru hakkından feragat eden taraf, katılma yoluyla istinaf hakkından değil, sadece asıl istinafa başvuru hakkından vazgeçmektedir. Bir tarafın katılma yoluyla istinafa başvuru hakkı, o tarafın asıl istinafa başvuru hakkından bağımsızdır¹⁶⁶. Katılma yoluyla kanun yoluna başvurulabilmesi, aslında temyize veya istinafa cevap hakkının uzantısıdır. Taraflar cevap hakkından yoksun bırakılamayacağına göre, katılma yoluyla istinaftan da yoksun bırakılamazlar.

Katılma yoluyla istinaf konusunda, bazı Yargıtay dairelerinin katılma yoluyla kanun yoluna başvuru konusundaki uygulamalarına da değinilmelidir. Yargıtay Dokuzuncu ve Onuncu Hukuk Daireleri, katılma yoluyla temyize başvuru imkânının iş mahkemesi kararlarının temyizinde uygulanmayacağını kabul etmektedir¹⁶⁷. İş mahkemeleri uygulamasında, temyiz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmemekte, başvuran haberdar olamayan taraf, katılma yoluyla kanun yoluna başvuru hakkını kullanamamaktadır. Bu uygulama eşitlik ilkesine, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğundan eleştirilmektedir¹⁶⁸.

Kanımızca, iş mahkemesinin kararlarına karşı katılma yoluyla istinafa başvurulması mümkündür. İş mahkemesi kararları bakımından katılma yoluyla istinafa başvurulmasını engelleyen bir hüküm ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ne de İş Mahkemeleri Kanunu'nda bulunmaktadır. İş mahkemeleri de diğer ilk derece mahkemeleri gibi istinaf

¹⁶⁵ Gehrlein, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁶⁶ Bu bağımsızlık, katılma yoluyla istinafın karşı tarafça başvurulması asıl istinafa bağımlı olması kuralı ile çelişmemektedir. Taraf sahip olduğu hakların birinden feragat etmiş olsa bile diğerini kullanabilir. Bkz. Özbek, “**Katılma Yoluyla Temyiz**”, s. 953, 955. Katılma yoluyla temyiz ek bir temyiz hakkı olduğu yönünde bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 502. Yargıtay ise bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir. “Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmişlerdir. 1-Davacı asıl ve vekilinin temyizden feragat bildirimi nedeniyle katılma yolu ile temyiz isteyen davacı tarafın temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir. 11. HD, 28.3.2002, 748/2839 (KİB).

¹⁶⁷ 9. HD, 24.4.2001, 1221/6725; 9. HD, 5.6.1992, 757/6131; 10. HD, 22.11.2005, 8162/12033; 9. HD, 13.6.2005, 16275/21218; 9. HD, 10.2.2005, 2004/10699, 2005/3935 (KİB).

¹⁶⁸ Kuru, **Usûl C. V. S.** 4613; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 503; Özbek, “**Katılma Yoluyla Temyiz**”, s. 940 vd.; Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 210.

dilekçesini karşı tarafa tebliğ etmelidir (m. 426/G, I). İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, cevap hakkından mahrum bırakılamayacağı için vereceği cevap dilekçesi ile katılma yoluyla istinafa başvurabilir (m. 426/H, I).

6. İSTİNAF SEBEPLERİ

6.1. Genel Olarak

İstinaf sebepleri, istinaf mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamının belirlenmesi bakımından nirengi noktasıdır. İstinaf mahkemesi, kural olarak istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapabilir. Ancak, istinaf sebepleri arasında gösterilmese dahi kamu düzenine aykırı hususlar istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınabilir (m. 426/O)¹⁶⁹.

İstinaf sebepleriyle sınırlı inceleme yapılmasının nedeni, ilk derece mahkemesi kararının yanlış olduğunun tespit edilmesi durumunda, yeniden yargılama yapılarak, esasa ilişkin farklı bir karar verilebilecek olmasıdır¹⁷⁰. Mahkemenin esas hakkındaki kararında, tarafların iradeleri ve kendi hakları üzerindeki tasarrufları belirleyici rol oynamaktadır. İstinafın öncelikli amacı somut olay adaletini gerçekleştirmekse, tarafların iradesine ve tasarruf yetkisine üstünlük tanınması doğal bir sonuç olmalıdır. Bu nedenle, mahkemenin istinaf sebepleriyle bağlı olması, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesine tâbi olan davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde, istinaf mahkemesi taraflarca gösterilen istinaf sebepleriyle kural olarak bağlı değildir¹⁷¹.

İstinaf sebepleriyle kastedilen, ilk derece mahkemesi kararının ve buna dayanak teşkil eden yargılamanın neden hatalı veya eksik olduğunu gösteren iddialardır¹⁷². Aslında

¹⁶⁹ Benzer bir düzenleme Hollanda Hukukunda da mevcuttur. İstinaf incelemesinde belirleyici etken, taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleridir. İstinaf mahkemesi tarafların açıkça veya zımnen karşı koymadığı hususları inceleyemez. Kamu düzenine ilişkin hususlar ise bu kuralın istisnasıdır. Bkz. Davids, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁷⁰ Bkz. 426/0 maddesinin Hükümet Gerekçesi.

¹⁷¹ İstinaf El Kitabı, s. 49; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1226.

¹⁷² Fasching, **Lehrbuch**, s. 861.

bu kavram Türk Hukukunda diğer kanun yollarından bildiğimiz kanun yolu sebeplerinden pek farklı değildir. Örneğin, temyizde hangi sebeplerle bozma kararı verilebileceği Kanunda belirtilmiştir. En önemli bozma sebeplerinden biri, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmasıdır (m. 437; Ayrıca bkz. eski m. 437, 1). Kanunda açıkça temyiz sebebi olarak zikredilen bu husus aynı zamanda bir istinaf sebebidir. İstinaf sebepleri, temyiz sebeplerine göre, sayıca ve içerik yönünden daha kapsamlıdır. İlk derece mahkemesinin tüm hataları, hüküm sonucunu etkilemesi ve tarafın aleyhine olması koşulu ile istinaf sebebi olabilir¹⁷³.

İstinaf sebepleri işlevsel olarak yargılamanın yoğunlaştırılmasına ve hızlandırılmasına hizmet ederek mahkemelerin işini kolaylaştırır, yargının iş yükünü hafifletir¹⁷⁴. İstinaf dilekçesi öncelikle karşı tarafa tebliğ edilir ve belli bir süre içinde cevap vermesi beklenir¹⁷⁵. Böylece karşı taraf, istinafa başvuranın ilk derece mahkemesinin kararını hangi noktalardan yanlış bulduğunu ve bunları hangi maddî ve hukukî gerekçelere dayandığını görerek, cevap verip vermeyeceği, cevap verecekse veya katılma yoluyla istinafa başvuracaksa bunların içeriği konusunda kendini ayarlama ve savunma imkânına sahip olur¹⁷⁶.

İstinaf mahkemesi, daha istinaf yargılamaının başında, istinaf incelemesinin kapsamı ve tarafların talepleri konusunda bilgi sahibi olur. Hâkim taraflarca ortaya konulan

¹⁷³ Walter R. Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, **Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren** (6. Auflage. Wien: Manzschke Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, 2003), s. 458. İstinaf sebeplerine benzeyen diğer bir kavram dava sebepleridir. Dava sebepleri, tarafların ilk derece yargılamaındaki iddia ve savunmalarına dayanak teşkil eden ve talep sonucunu haklı göstermeye yarayan vakialardır. Dava sebepleri, tarafların iddia ve savunmaları ile sundukları deliller çerçevesinde ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıalar olup, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek kararın dayanak noktalarıdır. Kanımızca istinaf sebepleri, işlevsel açıdan, dava sebeplerinden daha kapsamlıdır. Zira, istinaf sebepleri içeriğinde bazen dava sebeplerini de barındırabilir. Özellikle, yeni iddia ve savunma vasıtalarının caiz olduğu durumlarda, bu vakıalar da bir istinaf sebebi olarak ortaya çıkabilir. Ancak, vakıalar doğrudan ve her zaman istinaf sebebi olamaz. Yeni vakıaların istinaf sebebi sayılabilmesi, öncelikle bu vakıaların tespiti ve değerlendirilmesi konusunda ilk derece mahkemesinde hata yapılmış olmasına bağlıdır. Bkz. aşa. 2. Bölüm, Başlık 6.3.4.

¹⁷⁴ Musielak, **Kommentar**, s. 1132; Deren Yıldırım, **İstinaf Sebepleri**, s. 701.

¹⁷⁵ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/G maddesine göre, istinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, tebliğden itibaren on beş gün içinde cevap vermelidir. Ayrıca 426/H maddesine göre, cevap süresi içinde katılma yoluyla istinafa başvurulabilir.

¹⁷⁶ Musielak, **Kommentar**, s. 1132.

farklı hukukî bakış açılarını, tarafların anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususları tespit eder. Bu şekilde istinaf yargılamasına hazırlıklı başlayan hâkim, yargılamanın uzamasına neden olacak davranışlardan kaçınır ve tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik girişimlerini engelleyebilir.

Kural olarak, taraflar ileri sürdükleri istinaf sebepleriyle bağlıdır (m. 426/O, c. 1). İstinafa başvuran taraf, daha sonra istinaf sebeplerini genişletemez ve değiştiremez. İstinaf sebeplerinin genişletilmesi veya değiştirilmesi konusunda istinafı düzenleyen bölümde bir hüküm bulunmadığından, bu durumda ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün uygulanması gerektiği kanısındayız (m. 426/U). Buna göre, taraflar kural olarak başvuru dilekçelerinde ileri sürdükleri istinaf sebeplerini değiştiremez ve genişletemezler. Tarafın istinaf sebeplerini değiştirebilmesi veya genişletebilmesi, karşı tarafın muvafakatine bağlıdır. Karşı taraf muvafakat ederse veya itiraz etmezse, istinaf mahkemesi yeni durumu dikkate alarak inceleme yapmalıdır¹⁷⁷. İstinaf sebeplerinin bu şekilde değiştirilmesi, belirsiz ve yetersiz olan istinaf sebeplerinin düzeltilmesine olanak sağlayacaktır¹⁷⁸.

İstinafa başvuran taraf, karşı tarafın muvafakat etmesi hâlinde, 426/R maddesinde öngörülen yasakları ihlâl etmeyecek şekilde istinaf sebeplerini değiştirebilir veya genişletebilir (m. 426/U; m. 185). Taraf, istinaf sebeplerini değiştirmek bahanesiyle ilk derece mahkemesinde ileri sürmediği iddia ve savunmaları ileri süremez, yeni delillere dayanamaz veya karşı dava açamaz¹⁷⁹.

Kanımızca, istinaf dilekçesinde gösterilen istinaf sebepleri ıslah edilerek de değiştirilebilir. Kanun, her ne kadar istinaf derecesinde davanın ıslah edilemeyeceğini öngörmüş olsa da, ıslah yasağı, dava sebepleri ve talep sonucu bakımından geçerlidir (m. 426/R, I). İstinafta ıslaha yasak getirilmesinin amacı, ilk derece mahkemesinin kararına

¹⁷⁷ Avusturya Usûl Kanunu, karşı tarafın açıkça veya zımnen muvafakat etmesi durumunda istinaf sebeplerinin genişletilmesine ve değiştirilmesine izin vermektedir (§ 483 öZPO). Bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 861; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 158 vd. Alman Hukukunda usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş istinaf sebepleri kapsamında olmak şartıyla, istinaf taleplerinin genişletilmesine izin verilmesine rağmen, istinaf sebeplerinde değişiklik yapılması yasaklanmıştır. Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1131; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 475, 501; Kurt Schellhammer, “Der Prozessstoff in der Berufungsinstanz - oder: Die Rätzel des § 529 ZPO n.F.”, **FPR**, Heft 12: 597-600 (2002), s. 600.

¹⁷⁸ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 159.

¹⁷⁹ İstinaf derecesinde yapılamayacak işlemler hakkında bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 3.6. vd.

konu olan davanın değiştirilmesini engellemektir. Böylece istinaf incelemesinin kapsamı, ilk derece kararının denetimiyle sınırlandırılmış olmaktadır. Buna karşılık, istinaf sebeplerinin ıslahını yasaklayan hüküm bulunmadığına göre, ilk derece yargılamasında uygulanan ıslah kuralları istinafta da geçerli olmalıdır (m. 426/U; m. 83 ve 84). İstinaf sebeplerinin değiştirilmesi, davanın değiştirilmesini değil, ilk derece kararının düzeltilmesine yönelik kanun yolu başvurusundaki eksikleri ve hataları gidermeyi amaçlar. Sonuç olarak, dava sebeplerini ve talep sonucunu değiştirmemek kaydıyla istinaf sebepleri ıslah edilebilmelidir.

İstinaf sebepleri karşı tarafın muvafakatı olmadan veya ıslah edilmeden değiştirilememesine rağmen, istinaf sebeplerinin tek taraflı olarak sınırlandırılması mümkündür. İstinaf sebeplerinin sınırlandırılması, kamu düzenine ilişkin hususlar hariç, istinaf mahkemesinin o istinaf sebeplerini dikkate almasını engelleyecektir¹⁸⁰.

6.2. İstinaf Sebeplerinin Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

6.2.1. Genel Olarak

Medenî usûl hukukuna hakim olan ilkeler, usûl hukukunun bu güne ulaşan istikrarlı uygulamaları sonunda ortaya çıkan, bir kısmı anayasal düzeyde teminat altına alınan yargısal temel haklar, bir kısmı ise usûl hukukunda yargılamanın yürütülmesine ilişkin temel kurallardır¹⁸¹.

Medenî usûl hukukuna hakim olan ilkeler, sadece ilk derece yargılamasında veya yargılamanın belli bir bölümünde değil, ağırlığı değişmekle beraber, yargılamanın tamamında etkilidir. Bu çerçevede usûl hukukuna hakim ilkelerden olan tasarruf ilkesi, taraflarca hazırlama ilkesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, doğrudanlık, usûl ekonomisi, teksif ve yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkesi ile hukukî dinlenilme, adil yargılanma hakkı ve alenîyet gibi yargısal temel haklar, kanun yolu aşamasında da

¹⁸⁰ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 159.

¹⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 233 vd.

geçerlidir¹⁸². İstinafta vakıa denetimi yapılması, ilk derece yargılamasındaki eksik ve hatalı tahkikatın tamamlanması ve nihayet davanın esası hakkında karar verilmesi mümkün olduğundan, ilkelerin etkisi temyize nazaran daha fazla görülecektir.

Türk Hukukunda uygulanacak olan istinaf sisteminin anlaşılması ve doğru işletilmesi için, istinafla ilgili kurumlar, ilkelerin sağladığı esneklikten yararlanılarak ve ilkelerin ışığında yorumlanmalıdır. Bu çerçevede, aşağıda istinaf sebepleri ile medenî usûl hukukuna hâkim ilkeler arasındaki ilişkiyi, özellikle taraflarca hazırlama, teksif ve usûl ekonomisi ilkeleri bakımından açıklamaya çalışacağız. Ayrıca çalışmanın sonraki bölümlerinde, yeri geldikçe diğer ilkelerin etkileri üzerinde de duracağız¹⁸³.

6.2.2. Taraflarca Hazırlama İlkesi

Taraflarca hazırlama ilkesi, dava malzemesinin toplanması sorumluluğunun ağırlıklı olarak taraflarda olduğu anlamına gelir. Özel hukuka ilişkin haklarının gerçekleştirilmesi veya korunması için dava açan taraf, haklılığını gösteren vakıaları ve bunların delillerini mahkemeye sunmalıdır. Mahkemenin uyuşmazlığı pozitif hukuka göre çözebilmesi için, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının unsur vakıalarının somut olayda gerçekleştiği ispat edilmelidir. Taraflarca hazırlama ilkesi, medenî yargılama sistemine temel niteliği veren ilkeler arasında gösterilmektedir¹⁸⁴.

Bu ilkenin medenî usûl hukukunda benimsenmesinin nedeni, özel hukuk alanında irade serbestisinin geçerli olması ve özel hakların gerçekleşmesi konusunda devletin doğrudan bir menfaatinin olmayışıdır. Taraflarca hazırlama ilkesinin en önemli sonucu, hâkimin kararına dayanak teşkil eden vakıaların mahkemece kendiliğinden araştırılamamasıdır. Bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için gerekli unsur vakıaların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği taraflarca ispat edilmelidir¹⁸⁵.

¹⁸² **Aym**, s. 235.

¹⁸³ Doğrudanlık, sözlülük ilkeleri ve hukukî dinlenilme hakkı konusunda bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 3.7.1.

¹⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 235.

¹⁸⁵ **Aym**, s. 241 vd.

İlk derece yargılamasına hâkim olan taraflarca hazırlama ilkesi, istinaf derecesinde de geçerlidir. İstinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve değiştirilmesini gerektiren istinaf sebeplerini dilekçesinde göstermelidir. Aksi takdirde istinaf hâkimi, ileri sürülmeyen istinaf sebeplerini kendiliğinden inceleyemeyecektir. Örneğin, ilk derece yargılamasında karar veren hâkim hakkında hâkimin reddi sebeplerinden biri bulunmasına rağmen, taraflarca bunda bir sakınca görülüyorsa, istinaf mahkemesi sırf bu sebeple ilk derece mahkemesinin kararını iptal edemez. Ancak, kamu düzenine ilişkin hususlar (örneğin, dava şartlarının yokluğu, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması), kamu düzenini ilgilendiren davalar (örneğin babalık, nesebin reddi, hizmet tespiti davaları vb.) ve uyuşmazlığa uygulanması gereken maddî hukuk kuralının belirlenmesi (m. 76) bu ilkenin istisnalarıdır.

Taraflarca hazırlama ilkesi, özellikle vakıa tespitleriyle ilgili hata ve eksiklerin giderilmesi bakımından etkilidir. İstinaf sebebi olarak yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanmanın caiz olduğu durumlarda (m. 426/R, III), bu vakıalar ve deliller, kural olarak taraflarca mahkemeye sunuldukları takdirde dikkate alınabilir. Taraflarca ileri sürülmeyen vakıaların istinaf mahkemesince incelenmesi mümkün değildir.

Taraflarca hazırlama ilkesi, hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevinin etkisiyle yumuşatılmıştır¹⁸⁶. İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller istinaf mahkemesince incelenebilir (m. 426/R, II). İstinaf mahkemesi, mevcut bir vakıanın delili sayılan ve dosyadan anlaşılmasına rağmen taraflarca ileri sürülmeyen delillerin mahkemeye sunulmasını talep edebilir. İstinaf derecesinde tahkikatın tamamlanması aşamasında, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü geçerli olacağından, istinaf hâkimi dosya münderecatından anlaşılan, ancak taraflarca mahkemeye ibraz edilmeyen delillerin gösterilmesini isteyebilecektir (m. 426/U). Zira, hâkim sadece tarafların ibraz ettikleri delillere göre karar vermemekte, gerektiğinde delillerin mahkemeye verilmesini emredebilmektedir (m. 75 ve 378). Örneğin, hâkim, dava dosyasından vakıalar

¹⁸⁶ Aym, s. 244.

hakkında bilgisi olduğu anlaşılan kişiyi, tanık listesinde yer almasa dahi dinleyebilmektedir¹⁸⁷.

Ayrıca bilirkişiden görüş alınması, keşif yapılması veya özel hüküm sebeplerinin¹⁸⁸ bulunması gibi durumlarda, taraflarca ilk derece mahkemesinde veya istinaf dilekçesinde talep edilmemiş olsa dahi, istinaf mahkemesi özel ve teknik bir konu hakkında re'sen bilirkişi raporu hazırlanmasını (m. 275 ve 276), uyuşmazlık konusu hakkında re'sen keşif yapılmasını isteyebilir veya uyuşmazlıkla ilgili özel hüküm sebeplerinin incelenmesine karar verebilir (m. 363). Hâkimin delilleri toplama yetkisi, aynı zamanda davanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkesinin de bir sonucudur¹⁸⁹. Ancak, bu ispat araçlarından re'sen yararlanılabilmesi için, istinafa başvuranın, ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğunu dilekçesinde ileri sürmesi gerekir.

6.2.3. Teksif İlkesi

Teksif (yargılamanın yoğunlaştırılması) ilkesi, iddia ve savunmaların belli bir usûl kesitine kadar ileri sürülmesi anlamına gelir. İlke dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulması konusunda tarafların özensizliğini ve davayı uzatma çabalarını önlemeyi amaçlar.

Teksif ilkesinin önemli sonuçlarından biri iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağıdır¹⁹⁰. İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, teksif ilkesini katılaştıran bir unsur

¹⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 446; Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi** (Eskişehir: Yayınlanmamış YL Tezi, 2003), s. 95.

¹⁸⁸ Özel hüküm sebepleri, senetle ispat zorunluluğunun bulunmadığı durumlarda, davanın karara bağlanması için önemli olan şeylerin, hâkim tarafından duyuları vasıtasıyla doğrudan muayene edilmesi, yoklanması, tadılması, koklanması ve dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerdir. Özel hüküm sebebi, uyuşmazlık konusu vakıaların aydınlanmasına hizmet edebilecek nitelikte olup da Kanunda düzenlenmeyen her türlü takdiri delildir. Bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 315; Kuru/Arsalan/Yılmaz, **Usûl**, s. 461; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 553; Kuru, **Usûl C. III**, s. 2871; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 401; Üstündağ, **Yargılama**, s. 614; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 518; Halûk Kanuralp, **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı** (Ankara: Olgaç Basım Yayım Dağıtım, 1988), s. 28; Konuralp, **İspat**, s. 37.

¹⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 248.

¹⁹⁰ HUMK'un 179'uncu maddesine göre, davacı iddiasının dayanağı olan tüm vakıalarını dava dilekçesinde göstermelidir. Ayrıca bu vakıalara ilişkin delillerinin neler olduğunu da belirtmelidir. Buna göre, davacı dava dilekçesinde belirttiklerinden farklı vakıalara dayanamaz ve vakıaları genişletmez. Ancak, dava dilekçesinde belirtmiş olduğu vakıa özetlerini açıklamaya yarayan başka vakıaların ileri sürülebileceği

olmasına rağmen başka hükümlerle bu yasak esnetilmiştir. İlk derece yargılamasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi için karşı tarafın muvafakat etmesi (m. 185, 2) veya ıslaha başvurmak (m. 83-90) yeterlidir.

Teksif ilkesine yöneltilebilecek en önemli eleştiri, tarafların acemilikleri veya bilgisizlikleri sebebiyle hak ettikleri hukukî korunmadan yararlanamama tehlikesidir. Ancak teksif ilkesine getirilen istisnalar ile (ıslah, karşı tarafın muvafakatı) bu tehlikenin azaldığı söylenebilir. Ayrıca, belirsiz ve çelişik vakıalar hakkında hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında soru sorabilmesi de (m. 75, II) teksif ilkesini yumuşatmaktadır. Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise teksif ilkesi geçerli olmadığından, hâkim kendiliğinden dava malzemesi toplayabilmektedir¹⁹¹.

İlk derece yargılamasında uygulanan teksif ilkesinin istinaf derecesinde uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa kapsamının nasıl belirleneceği yanıtlanması gereken sorulardan biridir. Belirtmeliyiz ki, teksif ilkesi, sadece ilk derece yargılaması ile sınırlı olmayıp, ikinci ve üçüncü dereceleri içine alarak yargılamanın tümünü kapsamaktadır.

Teksif ilkesinin etkisi ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddia ve savunma vasıtaları ile istinaf başvurusunda ileri sürülen istinaf sebepleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanunun istinaf yargılamasında yapılamayacak işleri düzenleyen 426/R maddesine göre, bölge adliye mahkemesince re’sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz ve ıslah yoluna başvurulamaz. Buna göre, ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen iddia ve savunma vasıtaları istinaf yargılamasında incelenemez.

Söz konusu hüküm, Türk Hukukunda dar istinaf modelinin benimsendiğini göstermektedir. Bu modelde taraflar farklı ve yeni vakıalara dayanamayacakları gibi yeni delil de gösteremezler. Bu yasak aslında ilk derece mahkemesinde öngörülen iddia ve

kabul edilmektedir Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 328; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 260.

¹⁹¹ Deren Yıldırım, “**Teksif İlkesi**”, s. 271 vd.

savunmanın değiştirilmesi yasağının devamı niteliğindedir¹⁹². İlk derece yargılamasında taraflara bu imkânı vermeyen kanun koyucu, istinafta da aynı sınırlamayı sürdürmüştür.

Teksif ilkesinin diğer bir boyutu ise doğrudan istinaf sebepleriyle ilgilidir. İstinaf dilekçesini düzenleyen 426/B maddesinde, istinaf sebeplerinin ve gerekçelerinin dilekçede gösterilmesi gerektiği, 426/O maddesinde ise bu istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak istinaf sebeplerinin daha sonra genişletilip genişletilemeyeceği konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. 426/U maddesine göre, Kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü istinafta da uygulanır. Buna göre, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı ve istisnaları istinafta da geçerli olmalıdır¹⁹³.

Re'sen dikkate alınması gereken hususlar dışında, istinaf ve cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen istinaf sebepleri incelenmemelidir¹⁹⁴. Bununla beraber ıslah veya karşı tarafın rızası ile yeni istinaf sebeplerinin ileri sürülebilmesi mümkün olmalıdır.

Kanunun 426/R maddesinde ıslaha başvurulamayacağını belirten hüküm, kanımızca ilk derece yargılamasındaki iddia ve savunmalar ile taraf usûl işlemleri bakımından geçerlidir. Zira maddede, açıkça, davanın ıslah edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşın, sözkonusu hüküm istinaf sebeplerini kapsamamaktadır. Aksi görüşün benimsenmesi, teksif ilkesinin çok katı uygulanması nedeniyle, istinafin kendisinden beklenen işlevi ve yararı gösterememesine neden olabilecektir.

¹⁹² Bir görüşe göre, bu durum iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağıyla da ilgili değildir. Zira, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı karşı tarafın açık ya da zımnî rızası ile aşılabılır. Burada, kanun koyucu karşı tarafın açık veya zımnî muvafakati olsa bile bu işlemleri yapılamayacağını düzenlemiştir (İstinaf El Kitabı, s. 55).

¹⁹³ Alman Hukukunda, daha sonra ileri sürülen yeni istinaf sebepleri, yargılamayı sürüncemede bırakmaması ve bunu ileri sürenin kusuruna dayanmaması kaydıyla incelenebilmektedir (§§ 530; 296, I, IV dZPO) (Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 95).

¹⁹⁴ Avusturya Hukukunda bu çıkarımımıza paralel olan açık bir düzenleme vardır. Avusturya Usûl Kanunu'nun 483'üncü paragrafına göre, istinaf talepleri ve istinaf sebepleri istinaf yargılamasında karşı tarafın rızası olmaksızın genişletilemez ve değiştirilemez. Diğer taraf bu değişikliği itiraz etmez ise değiştirilen talepler veya yeni istinaf sebepleri hakkında rızasının olduğu var sayılır (§ 483 Abs. 1, 2 öZPO). Bu madde aynı zamanda dar (sınırlı) istinafi düzenleyen hüküm olarak kabul edilmektedir.

6.2.4. Usûl Ekonomisi İlkesi

Usûl ekonomisi ilkesi yargılamanın basit, çabuk ve olabildiğince az masrafla görülmesi anlamına gelir¹⁹⁵. Usûl ekonomisi anayasal bir ilkedir. Anayasa'nın 141'inci maddesinin son fıkrasına göre, yargının görevi, davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırmaktır. Bu anayasal ilke etkin hukukî korunmanın da bir gereğidir. Etkin hukukî korunma, sadece doğru karar verilmesi ile değil, aynı zamanda hakkın mümkün olduğunca çabuk gerçekleştirilmesiyle de sağlanır. AİHS'nin 6'ncı maddesine göre, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri makul sürede yargılanmadır.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 77'nci maddesine göre, hâkim, tahkikat ve yargılamayı mümkün olduğunca süratli ve düzenli gerçekleştirmekle ve gereksiz masraf yapmamakla yükümlüdür. Pozitif hukuk metinleri, açıkça düzenleme yaparak yargılamanın etkinliğine verdikleri önemi göstermişlerdir¹⁹⁶.

Usûl ekonomisine uygun davranma yükümlülüğü öncelikle mahkemenin görevidir. Bununla beraber taraflar da yargılamanın uzamaması, giderlerin artmaması, mahkemenin işini kolaylaştırmak için gereken özen ve dikkati göstermelidirler. Buna göre, istinaf sebepleri açık, eksiksiz ve veciz bir şekilde ifade edilmelidir. İstinaf sebeplerinin gösterilmesi, basitçe ilk derece mahkemesi kararının yanlış olduğunu belirtmekten ibaret değildir. İstinafa başvuran taraf, talebinin haklılığını ortaya koymak için ilk derece mahkemesi kararında hangi noktaların hatalı ve eksik olduğunu, bu hataların neden kaynaklandığını ve hükmü nasıl etkilediğini, ilk derece mahkemesi kararının nasıl düzeltilmesi gerektiğini açıklamakla yükümlüdür¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Usûl ekonomisinin unsurları olan basitlik, ucuzluk ve hızlilik hakkında daha fazla bilgi için bkz. Yılmaz, “Usûl Ekonomisi”, s. 251-266.

¹⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 266 vd.

¹⁹⁷ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 956.

6.3. İstinaf Sebeplerinin Sınıflandırılması

6.3.1. Genel Olarak

Bazı hukuk sistemlerinde nelerin istinaf sebebi olabileceği usûl kanunlarında belirtilmiştir. Örneğin Alman Hukukunda, istinaf sebepleri ZPO’nun 513’üncü paragrafında istinaf sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. Alman Usûl Kanunu’nda temel olarak iki istinaf sebebi düzenlenmiştir: Bunlardan biri, ilk derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olması (§ 513, Abs. 1 dZPO), diğeri ise 529’uncu paragraf çerçevesinde dikkate alınan vakıaların farklı bir karar verilmesini gerektirmesidir (§ 513, Abs. 1 dZPO). Birinci durum hukukî sorunun, ikinci durum ise maddî sorunun çözümü ile ilgili istinaf sebebidir¹⁹⁸.

Alman Hukukunda istinaf sebeplerinin gösterilmesi aslında “istinafin gerekçelendirilmesi” olarak nitelendirilen taraf usûl işleminin önemli bir parçasıdır. Bu modelde istinafin caiz olabilmesi ve istinaf talebi hakkında esastan karar verilebilmesi için istinaf sebeplerinin, istinaf taleplerinin ve istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmesini gerektiren yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi gerekir. Taraflar bunu istinafa başvuru dilekçelerinde yapabilecekleri gibi, daha sonra “gerekçelendirme dilekçesi” olarak adlandırılan ve başvuru dilekçesinden bağımsız bir dilekçeyle de yapabilirler¹⁹⁹.

Bazı hukuk sistemlerinde ise, istinaf sebeplerini ayrıca düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin Avusturya Hukukunda, istinaf sebepleri kanunda ayrı bir madde ile düzenlenmemiş, sadece ZPO’nun 467’nci paragrafında, istinafa başvuru dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan biri olarak belirtilmiştir. Buna göre, istinafa başvuran, ilk derece mahkemesinin kararını neden yanlış bulduğunu, karara karşı koyma sebeplerini, hükmün iptali ve değiştirilmesi yönündeki açıklamalarını ve nihayet talep sonucunu

¹⁹⁸ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 264; Paulus, **a.g.e.**, s. 412; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 274; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 463.

¹⁹⁹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 956; Schilken, **a.g.e.**, s. 451; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 263-264; Jauernig, **a.g.e.**, s. 296 vd.; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 273 vd.

belirtmelidir. Ayrıca istinaf sebeplerinin var olduğunu kanıtlamaya yarayan iddia ve savunma vasıtaları ile delillerini de göstermelidir. İstinaf sebepleri, açıkça zorunlu bir unsur olarak düzenlenmesine rağmen, nelerin istinaf sebebi olabileceği kanunda ayrıntılı bir şekilde sayılmamış, sadece belli özel durumlar açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede, bir tarafın aleyhine olacak şekilde ortaya çıkan tüm ilk derece mahkemesi hataları, istinaf sebebi olarak kabul edilmektedir²⁰⁰.

Avusturya Hukukunda, istinaf sebepleri temel olarak üç grup altında toplanmaktadır: Bunlar usûle aykırılık, maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerinde hata yapılması) ve hukukî sorunun yanlış çözülmesidir (maddî hukuk kurallarına aykırılık)²⁰¹.

Türk Hukukundaki düzenleme Avusturya Hukukuna benzemektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf sebepleri ayrı bir madde ile düzenlenmemiş ve nelerin istinaf sebebi olabileceği açıkça belirtilmemiş²⁰², sadece duruşma yapmadan karar verilebilecek hâlleri düzenleyen 426/M maddesinin ilk fıkrasında, istinaf sebebi olabilecek önemli usûl hataları belirtilmiştir. Kanunun 426/B maddesinin ikinci fıkrasının altıncı bendinde, istinaf sebepleri ve gerekçesinden bahsedilmiştir. Ayrıca, 426/O maddesinde istinaf incelemesinin istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Son olarak istinaf mahkemesinin kararında bulunması gereken unsurlar arasında istinaf sebeplerine de yer verilmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, istinaf sebeplerinin sınırlandırılmadığı, ilk derece yargılaması veya kararının yanlış veya eksik olmasına neden olabilecek her hatanın istinaf sebebi olabileceği sonucuna varılmaktadır²⁰³.

²⁰⁰ Fasching, **Lehrbuch**, s. 887; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 458.

²⁰¹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 888; *Rechberger ve Simotta* bu ayrımı tam olarak benimsememekle beraber içeriğine katılmaktadır. Zira, bu yazarların yaptığı ayrıma göre istinaf sebepleri, yokluk sebepleri, diğer önemli usûl hataları, hatalı vakıa tespitleri ve hatalı hukukî değerlendirme şeklinde sınıflandırılmaktadır (Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 459-463). Bu ayrımda, ilk iki grup içinde yer alan istinaf sebepleri, aslında genel olarak usûle aykırılık başlığı altında toplanabilir. Bu ayrım hakkında bkz. Deren Yıldırım, “**İstinaf Sebepleri**”, s. 702.

²⁰² Bu durum istinaf kanun yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira istinaf, ilk derece yargılamasında ve kararındaki her türlü hatanın giderilmesini amaçlamaktadır (Konuralp, **Usûl**, s. 183).

²⁰³ Özkes, “**İstinaf**”, s. 3105; Özmen, **a.g.m.**, s. 37. İsviçre Hukukunda da ilk derece kararındaki her hatanın istinafin konusu olabileceği yönünde bkz. Habscheid, **a.g.e.**, s. 451.

Temyiz sebepleri, maddî hukuka ve usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddî hukuk kurallarına aykırılık, mahkemenin hükmünü her zaman etkileyeceğinden, ilk derece mahkemesi kararının bozulması için yeterlidir. Usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri ise mutlak ve nispi temyiz sebepleri olarak ikiye ayrılır. Mutlak bozma sebeplerinde, sözkonusu aykırılığın kararı etkileyip etkilemediği araştırılmadan, mahkeme kararının bu usûl hatasından mutlak surette etkileneyeceği varsayılır²⁰⁴. Örneğin, eski 428'inci maddenin ikinci bendine göre, ilk derece yargılamasında karar veren mahkemenin görevsiz olması, 437'nci maddenin ikinci bendine göre, ilk derece yargılamasında dava şartlarından birinin eksik olması mutlak temyiz sebebidir. Aynı maddenin dördüncü bendinde karara etki eden yargılama hatası veya eksiklerin bulunması ise nispi bir bozma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Kanımızca, temyiz sebepleri bakımından kabul edilen bu sınıflandırma, istinafin niteliğine ilişkin unsurların eklenmesi suretiyle istinaf sebepleri bakımından da kabul edilebilir. Buna göre, istinaf sebepleri üç gruba ayrılabilir: Maddî hukuk kurallarına aykırılık (hukukî sorunun yanlış çözülmesi), usûl kurallarına aykırılık (hatalı yargılama yapılması) ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerine ilişkin hatalar)²⁰⁵. Bunların dışında kalan hususlar ise istinaf sebebi sayılmayacaktır. Buna göre, taraflar ilk derece yargılamasında yaptıkları hatalarını düzeltmek amacıyla istinaf yoluna başvuramazlar. Taraflarca bilinmesine rağmen ilk derece yargılamasında ileri sürülmeeyen vakıalar istinaf sebebi olarak kabul edilemez²⁰⁶.

²⁰⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 578 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 657 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 508 vd.; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. ; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4536 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 832 vd.; Üstündağ, **“Temyizin Nakzı”**, s. 138.

²⁰⁵ Diğer bir görüş, istinaf sebeplerini genel istinaf sebepleri ve özel istinaf sebepleri şeklinde sınıflandırmaktadır. Buna göre, genel istinaf sebebi ilk derece mahkemesinin usûl ve esas yönünden hukuka aykırı olması, özel istinaf sebepleri ise Kanunun 426/M maddesinin ilk bendinde sayılan özel durumlardır. Bkz. Özmen, **a.g.m.**, s. 37. Kanımızca 426/M maddesinin ilk bendinde sayılan durumları özel istinaf nedeni olarak nitelendirmek yeterli değildir. Zira, burada sayılan istinaf sebeplerini diğerlerinden ayıran özellik, usûl hukukuna ilişkin ağır ve temel usûl hatalarını içermeleridir. Sonuçları dikkate alınırsa, esasında usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin düzenlendiği anlaşılmalıdır. Bkz. aşı. Başlık 6.3.2.1. vd.

²⁰⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 887.

6.3.2. Usûl Kurallarına Aykırılık

Bir istinaf sebebi olarak usûl kurallarına aykırılık yargılamanın yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesini sağlar. Usûl kurallarına aykırılık iki farklı şekilde ortaya çıkabilir: Temel yargısal güvencelerin ihlâl edilmesine neden olan usûl hataları ve somut olayda yanlış veya eksik karar verilmesine neden olan usûl hataları²⁰⁷.

Birinci grup usûl hataları, temyizde olduğu gibi usûl hukukuna ilişkin mutlak bozma sebeplerine, ikinci grup ise nispî bozma sebeplerine benzemektedir. Buna göre birinci grup usûl hataları mutlak istinaf sebepleri²⁰⁸, ikinci grup usûl hataları ise nispî istinaf sebepleri olarak nitelendirilebilir.

6.3.2.1. Usûl Kurallarına İlişkin Mutlak İstinaf Sebepleri

Usûle aykırılığın mahkeme kararını etkileyip etkilemediği ve hüküm ile usûl hatası arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, maddî hukuka ilişkin hatalar gibi kolayca tespit edilemez. Zira, usûle aykırılık, her zaman mahkemenin yanlış karar vermesine neden olmayabilir. Başka bir deyişle, usûl hatası mahkemenin kararını etkileyecek derecede ciddi olmayabilir. Örneğin, keşif yapılması gereken bir olayda, ilk derece mahkemesi keşif yapmadan karar vermiş ise, bu usûl hatasının mahkemenin hatalı karar vermesine neden olup olmadığı somut olayda incelenmeli ve hüküm ile hata arasındaki illiyet bağı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Usûl hatalarının hükmü etkileyip etkilemediğinin tespitindeki güçlükler, kanun koyucuyu bazı usûl hatalarını mutlak istinaf sebebi²⁰⁹ olarak kabul etmeye yöneltmiştir.

²⁰⁷ Aynı, s. 888.

²⁰⁸ Aynı yöndeki teorik sınıflandırma için bkz. Deren Yıldırım, “İstinaf Sebepleri”, s. 709. İstinaf mahkemelerinin kurulması çerçevesinde Yargıtay’da yapılan toplantıda, bu tür istinaf sebebi “özel istinaf nedeni” olarak da nitelendirilmiştir. Bkz. Surlu, **a.g.e.**, s. 41. Kanımızca, “özel istinaf nedenleri” kavramı, hükmü yeterince ifade etmemektedir. Burada sayılan istinaf sebeplerinin (m. 426/M, I, 1-6) ayırtedici özelliği, mutlak karakterli olmalarıdır. Maddede sayılan hâllerden birinin gerçekleşmesi durumunda, başka bir araştırma yapılmadan hüküm kaldırılmalı (iptal edilmeli) ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

²⁰⁹ Avusturya Hukukunda, bu tür usûle aykırılıklar yokluk sebebi olarak (Nichtigkeitseründe) nitelendirilmektedir (Rechberger, **Lehrbuch**, s. 888). Yokluk sebebi olarak düzenlenen usûle aykırılıkların Avrupa’daki müşterek hukuk döneminden kalma bir kavram olduğu kanısındayız. Müşterek

Usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri Kanunun 426/M maddesinin ilk bendinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesine göre, bu fıkrada sayılan usûl hataları önemli ve klasik usûl eksiklikleridir²¹⁰.

Mutlak istinaf sebebi saydığımız usûle aykırılıklar, hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın, kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine olsa dahi, mahkemece re'sen dikkate alınmalıdır. Bu tür usûl hataları, ilk derece kararının doğru olduğu konusundaki varsayımın yıkılmasına neden olduğundan²¹¹ kamu yararı açısından mutlaka düzeltilmelidir. Usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebeplerinde, hukukî korunmanın kamusal işlevi ile özel hukukî korunma ihtiyacı iç içe geçmiştir²¹².

Mutlak istinaf sebeplerinin başında dava şartlarının gerçekleşmemiş olması gelir²¹³. Bununla beraber Kanunun 426/M maddesinde ağır usûl hataları arasında sadece dava şartına ilişkin eksiklikler (m. 426/M, I, 3, 4) sayılmamış, yargılamayı ve mahkemenin kararını etkilediğine kesin gözle bakılan diğer usûl hataları da (m. 426/M, I, b. 1, 2, 5, 6) belirtilmiştir.

Genel dava şartları yanında, bazı özel dava türleri bakımından aranan özel dava şartlarının eksikliği de mutlak istinaf sebebi sayılmalıdır. Zira, bunlar davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı aranan ve kamu düzenine ilişkin oldukları için

hukuk döneminde bu tür bir usûle aykırılıktan etkilenen mahkeme kararları yok hüküm (*Nichturteil, Nichtigesurteil*) olarak nitelendirilmekteydi. Bu kavram çağdaş Alman Hukukunda terk edilmiş olmasına rağmen (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 77; Gilles, “**Anschliesung**”, s. 140) Avusturya Hukukunda korunmuştur. Gilles ağır usûl hatalarını mutlak kanun yolu sebebi (*absolute Anfechtungsgründe*) olarak nitelendirmektedir (Gilles, **Rechtsmittel**, s. 78). Kanımızca bu tür istinaf sebeplerini Türk Hukuku bakımından usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Alman Hukukunda da usûl kurallarına aykırılığın hükmü etkileyip etkilemediğinin, maddî hukuk kurallarına aykırılıktaki kadar kolay ve net belirlenemeyeceği ifade edilmiştir. Temyizde usûl kurallarına ilişkin mutlak temyiz sebepleri olmasına rağmen, istinaf yolunda mutlak istinaf sebeplerinin bulunmadığı, bu sebeple usûl kurallarına aykırılığın istinaf sebepleri arasında mutlaka gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 480. Usûl hukukuna ilişkin mutlak ve nispi bozma sebepleri konusunda bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 579 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 510 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 838 vd.; Kuru, **Usûl C. V.**, s. 4539 vd.

²¹⁰ Ayrıca bkz. Selçuk Öztek, “**Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan 2000 İzmir: 104-114 (İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000), s. 110.

²¹¹ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 77.

²¹² Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 123-124; Rechberger, **Lehrbuch**, s. 888-889.

²¹³ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 123.

re'sen dikkate alınması gereken kurallardır. Örneğin, icra ve iflâs hukukundaki tasarrufun iptali davasında (İİK m. 277 vd.), davacı alacaklının elinde aciz belgesi bulunması özel bir dava şartı olarak kabul edilmektedir²¹⁴. Alacaklı, dava açarken aciz belgesini ibraz etmemiş veya daha sonra bu belgeyi mahkemeye sunmamışsa, istinaf mahkemesi dava şartı yokluğundan davanın reddine karar vermelidir.

Kanunda sayılan mutlak istinaf sebepleri örnek niteliğinde olduğundan, 426/M, I maddesinde sayılmamasına rağmen mutlak istinaf sebebi olabilecek başka usûl hataları da söz konusu olabilir. Kanımızca, 426/M maddesinde sayılan usûle aykırılıklara eşdeğer ve benzer etkilere sahip diğer usûl hataları da mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilmelidir. Özellikle 426/M maddesinde sayılmamasına rağmen herhangi bir dava şartının eksik olması mutlak bir istinaf sebebi olarak değerlendirilmelidir²¹⁵. Örneğin, somut uyuşmazlık hakkında daha önce verilmiş kesin hüküm bulunmaması, davanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gereken bir dava şartıdır ve mutlak istinaf sebeplerinden kabul edilmelidir.

Mutlak istinaf sebepleri, kural olarak istinaf mahkemesi hüküm verinceye kadar ileri sürülebilir. Bununla beraber bazı mutlak istinaf sebepleri, aynı zamanda yargılamanın iadesi sebebi olduklarından, hüküm kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle de ileri sürülebilir. Örneğin, davaya bakması yasak bir hâkim tarafından karar verilmiş olması tarafların ve istinaf mahkemesinin gözünden kaçmışsa, daha sonra kesin hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir (m. 445, b. 9)²¹⁶.

²¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, **İcra ve İflâs**, s. 564; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ EjderYılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı** (18. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), s. 690; Timuçin Muşul, **İcra ve İflâs Hukuku** (İstanbul: Legal Yayınevi, 2005), s. 1180; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 213.

²¹⁵ Avusturya Hukukunda çoğunluğun benimsediği görüş, yokluk sebepleri (*Nichtigkeitsgründe*) olarak nitelendirilen mutlak istinaf sebeplerinin Avusturya Usûl Kanunu'nun 477'nci paragrafında sayılanlarla sınırlı olmadığı yönündedir. Bu nedenle 477'nci paragrafta belirtilen usûl hatalarının ağırlığında olmak kaydıyla, diğer usûl hatalarının da mutlak istinaf sebebi olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 458; Fasching, **Lehrbuch**, s. 889; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 382; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1258.

²¹⁶ Avusturya Hukukunda, yokluk sebeplerinin istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınmaması durumunda, hüküm kesinleşmiş olmasına rağmen yokluk davası (*Nichtigkeitsklage*) açılabilir. Yasaklı hâkim tarafından davaya bakılmış olması, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi, dava ehliyeti olmayan kişiler huzurunda davanın görülmesi, yetkili yasal temsilcinin olmaması gibi usûl hataları hüküm kesinleştikten sonra da yokluk davasıyla ileri sürülebilir (Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 127).

Mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilen usûl hatalarının ortak özelliklerini belirlemek için bir sınıflandırma yapılmalıdır. Avusturya Hukukunda *Fasching*, mutlak istinaf sebeplerini temel olarak dört gruba ayırmaktadır: Mahkemenin karar vermesi için aranan asgari şartların bulunmaması (mahkemeye ilişkin dava şartları), taraflar hakkındaki hükümlere aykırılık (taraflara ilişkin dava şartları), mahkeme kararının objektif olmasını sağlayan ve istinaf mahkemesince denetlenmesinin teminatı olan temel şartların ihlâl edilmesi ve mahkemenin karar verme tekeline aykırılık bulunması²¹⁷. *Rechberger* ve *Simotta* da dörtlü bir ayırmadan yanadır: Mahkemeye ilişkin dava şartlarının ihlâli, taraflara ilişkin dava şartlarına aykırılık, dava konusuna ilişkin dava şartlarına aykırılık ve adil yargılanma hakkını teminat altına alan yargılama ilkelerine aykırılık²¹⁸.

Kanımızca Avusturya Hukukundaki sınıflandırma, Türk Hukukunda da kabul edilebilir²¹⁹. Buna göre, usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri dört ana gruba ayrılabilir: Mahkemeye ilişkin temel usûl kurallarının ihlâl edilmesi, taraflara ilişkin temel usûl kurallarının ihlâl edilmesi, dava konusuna ilişkin temel usûl kurallarının ihlâl edilmesi ve adil yargılanma hakkını ihlâl eden diğer ağır usûl hatalarının bulunması.

6.3.2.1.1. Mahkemeye İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi

Mahkemeye ilişkin temel usûl kurallarından ilki mahkemeye ilişkin dava şartlarıdır. Mahkemeye ilişkin dava şartları her davada aranan genel dava şartlarındandır. Bunlar yargı yetkisi, yargı yolu, görev ve kesin yetki olarak sıralanabilir. Dava şartlarından biri yoksa davanın esası incelenemez. Taraflarca ileri sürülmesine dahi hâkim dava şartı yokluğunu re'sen dikkate almalıdır²²⁰.

²¹⁷ Fasching, *Lehrbuch*, s. 890-892.

²¹⁸ Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, s. 459-461; Bu sınıflandırma hakkında ayrıca bkz. Deren Yıldırım, “İstinaf Sebepleri”, s. 702.

²¹⁹ İstinaf sebeplerinin içeriğinin Alman ve Avusturya Medenî Usûl Kanunlarından yararlanılarak doldurulabileceği yönünde bkz. Deren Yıldırım, “İstinaf Sebepleri”, s. 705.

²²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 281; Üstündağ, *Yargılama*, s. 287, 313; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, *Usûl*, s. 214; Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usûl*, s. 282 vd.

Kanunun 426/M maddesinde, mahkemeye ilişkin dava şartlarından sadece biri zikredilmiştir. Buna göre, görev kurallarına uyulmamış olması bir istinaf sebebi olarak görülmüştür. Görev kuralları dışında kalan yargı yetkisi, yargı yolu ve kesin yetki hükümde yer almamıştır. Belirtmeliyiz ki, görev dışındaki diğer dava şartları da yargılamayı ve mahkemenin kararını en az görev kurallarının ihlâl edilmesi kadar etkileyebilecek usûle aykırılıklardır. İlk derece mahkemesinin kendi yargı yetkisi dışında kalan bir konu, kişi veya ülke hakkında karar vermesi²²¹, idarî yargıya giren bir davaya adlî yargıda bakılması ve davanın kesin yetkili mahkemede açılmaması mutlak istinaf sebebi sayılmalıdır.

Temyiz yolunda bozma sebeplerini düzenleyen 437'nci maddeye göre, dava şartlarına aykırılık, mutlak bir bozma sebebidir. Kanımızca temyizde mutlak bozma sebebi kabul edilen usûl hataları, daha kapsamlı bir kanun yolu olan istinaf bakımından mutlak istinaf sebebi sayılmalıdır.

İlk derece mahkemesinin görevsiz olması mutlak istinaf sebebidir. Buna göre, asliye hukuk mahkemesinin bakması gereken bir davaya sulh hukuk mahkemesinde bakılmışsa, sırf bu nedenle, ilk derece kararı kaldırılarak, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Ancak, sulh mahkemesinde görülmesi gereken bir davaya asliye mahkemesinde bakılmışsa ve taraflar ilk derece mahkemesinde görev itirazında bulunmamışsa, artık istinaf mahkemesi bu sebebe dayanarak gönderme kararı veremeyecektir (m. 7). Taraflar ilk derece mahkemesinde, görev itirazında bulunmuş olmalarına rağmen asliye hukuk mahkemesi bu itirazı kabul etmemişse, bu istisna söz konusu olmayacak, taraflarca ileri sürülebileceği gibi istinaf mahkemesi tarafından da re'sen dikkate alınabilecektir²²².

²²¹ Mahkemenin yargı yetkisi devletin egemenlik unsuru ile bağlantılı bir konudur. Türk mahkemelerinin yargı yetkisi ülkenin hâkimiyet sınırları içinde geçerlidir. Yabancı bir ülkede yargılama yetkisini kullanmak mümkün değildir. Ayrıca Türk yargısına tâbi olmayan kişiler hakkında açılan davalar Türk mahkemeleri tarafından karara bağlanamaz. Örneğin, yabancı bir devletin egemenlik işlemlerinden dolayı veya diplomatik temsilciler hakkında milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yargı muafiyeti söz konusudur (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 282).

²²² Temyiz yolundaki benzer uygulama için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 113; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 142; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 75; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 650.

Dava şartı olmamasına rağmen mahkemeye ilişkin mutlak istinaf sebebi sayılması gereken diğer usûl hataları ise şunlardır: İlk derece yargılamasında davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermesi, ileri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması²²³, mahkemenin yetkili olmasına rağmen yetkisizlik kararı vermesi veya davaya yetkisiz mahkemede bakılmış olması.

Hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu hâller 28'inci maddede sınırlı sayıda belirtilmiş olup, bunlardan biri gerçekleşmişse hâkim kendiliğinden çekilmek zorundadır (m. 28, I). Buna göre, yasaklı bir hâkim tarafından karar verilmişse, istinaf mahkemesi re'sen kararı kaldırmalı ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir.

Mahkemeye ilişkin istinaf sebeplerinden biri de ileri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkim tarafından karar verilmiş olmasıdır (m. 426/M, I, b. 2). Davaya bakan hâkim ret sebeplerinden birinin var olması hâlinde kendiliğinden çekilmek zorunda değildir (m. 31, I). Hâkimi reddetmek isteyen taraf, ret istemini en geç ilk oturumda veya ret sebebini öğrendiği tarihten sonraki ilk oturumda, yeni bir işlem yapmadan ileri sürmelidir (m. 34, I). Hakkında ret sebebi bulunan hâkim, Kanunda öngörülen usûle uygun olarak reddedilmiş olmasına rağmen karar vermişse, bu usûl hatası istinaf sebepleri arasında ileri sürülme dahi istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınmalıdır²²⁴.

Hâkimin reddi sebebi ilk kez istinaf yargılamasında öğrenildiği takdirde, bunun istinafta ileri sürülüp sürülemeyeceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu konu Avusturya Hukukunda tartışmalıdır. *Rechberger* ve Yüksek Mahkeme'ye göre, ilk kez istinaf derecesinde öğrenilen ret sebebi, istinafa başvuru dilekçesinde ileri sürülmelidir. *Fasching'e* göre, hâkimin reddi dilekçesi ilk derece mahkemesine sunulmalıdır. *Balon'a*

²²³ Yargılama sürerken ileri sürülen usûle aykırılık itirazı incelenmez veya mahkemenin re'sen uygulaması gereken bir usûl kuralı uygulanmaz ise, bu durum mutlak bir temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, taraflardan biri hâkimi reddetmiş olmasına rağmen mahkemeye bu konuda bir karar verilmeksizin yargılamaya devam edilmesi, mutlak bir temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak, ileri sürülen usûlî itiraz incelenip değerlendirildikten sonra bir karar verilmiş ise bu bir mutlak temyiz sebebi değildir. Bu durum, ancak sözkonusu usûl hatası ilk derece hükmünü etkilemişse temyiz sebebi olabilir. Örneğin davaların birleştirilmesi talebi, mahkeme tarafından haksız olarak reddedilmiş olmasına rağmen hüküm doğruysa, sırf bu sebeple ilk derece kararı bozulmaz (Konuralp, *Usûl*, s. 200; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 581).

²²⁴ Hâkimin reddi sebebinin temyiz sebebi olabilmesi de, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş olmasına bağlıdır. Bilge/Önen, *Yargılama*, s. 653.

göre ise, ret sebebi istinafta ileri sürülebilir ve bu konudaki kararı istinaf mahkemesi vermelidir²²⁵.

Türk Hukukunda çoğunluğun benimsediği görüş, ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar ret isteminde bulunulabileceği yönündedir. Taraf ret sebebini hüküm verildikten sonra öğrense dahi temyizde ileri süremez²²⁶. Kanımızca aynı kural istinaf derecesinde de geçerlidir. İlk derece mahkemesinin nihaî kararını vermesinden sonra öğrenilen ret sebebi, m. 33, I ve 34, I hükümleri sebebiyle istinaf derecesinde ileri sürülemez. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesine göre, hâkimin reddi dilekçesi reddedilen hâkimin mensup olduğu mahkemeye verilmelidir. İlk derece mahkemesi hükmünü verdikten sonra hâkimin reddi dilekçesi ne ilk derece mahkemesine ne de istinaf mahkemesine verilebilir. İlk derece hâkiminin reddedilmesi bakımından mevcut olan bu sınırlandırma, istinaf hâkimleri bakımından geçerli değildir. İstinaf derecesinde, istinaf mahkemesi hâkiminin reddedilebilir.

İlk derece mahkemesi yetkili olmasına rağmen yetkisizlik kararı vermiş veya davaya yetkisiz mahkemede bakılmışsa, istinaf mahkemesi, dosyayı kararı veren mahkemeye veya yetkili mahkemeye göndermelidir. Gönderme kararı verilebilmesi için ilk derece mahkemesinde yetkiye itiraz edilmesinin gerekip gerekmediği Kanunda belirtilmemiştir. Kanımızca, yetkiye ilişkin genel ilkeler dikkate alındığında²²⁷, yetki konusunda yapılan usûl hatalarının mutlak istinaf sebebi sayılabilmesi, ilk derece mahkemesinde geçerli bir yetki itirazında bulunulmuş olmasına bağlıdır. İlk derece

²²⁵ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 128.

²²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 158; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 47; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 108. "Somut olayda; davacı taraf, hâkimin reddini içeren dilekçesini nihaî karardan sonra ve bu kararın temyizi ile birlikte bildirmiştir. Davacının dilekçesinde ileri sürdüğü ret nedenleri karardan önceki işlemlere karşı olup, bu istem yukarıda açıklandığı gibi hükmün açıklanmasından sonra yapılmıştır. Nihaî karardan sonra verilen reddi hâkim dilekçesinin mercice süresinde verilmediğinden bahisle reddine karar vermek gerekirken, işin esasının incelenmek suretiyle red edilmesi sonuç itibarıyla doğrudur. Bu nedenle, davacının tüm temyiz itirazlarının reddi ile usûl ve yasaya uygun bulunan hükmün (ONANMASINA), onama harcının davacıdan alınmasına, 14.6.1993 günü oybirliğiyle karar verildi" 20. HD, 14.6.1993, 5065/4945 (KİB).

²²⁷ Kural olarak, kesin olmayan yetki kuralları usûlüne uygun bir yetki itirazı olmadığı takdirde (davalı yetki itirazını esasa cevap süresi içinde ileri sürmemişse veya yetki itirazında yetkili mahkemeyi göstermemişse) re'sen incelenemez. Dava yetkisiz mahkemede açılmış olsa bile, karşı taraf buna itiraz etmediği için zımnî bir yetki sözleşmesi yapıldığı kabul edilir (m. 23, I). Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 128.

mahkemesinin yetkisine paralel şekilde yetkili istinaf mahkemesi de değişeceğinden, usûlüne uygun olarak ilk derece mahkemesinin yetkisine itiraz edilmesi, istinaf mahkemesinin yetki kurallarına aykırılık olup olmadığını re'sen araştırması için gerekli ve yeterli bir nedendir.

İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun yetki itirazı yapılmışsa, yetki kuralına aykırılık istinafa başvuru dilekçesinde belirtilmese dahi istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınmalıdır²²⁸. Buna karşılık ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun yetki itirazı yapılmamışsa, ilk derece mahkemesi yetkili hale geleceğinden, yetki kurallarına aykırılık ne mutlak ne de nispî istinaf sebebi olarak değerlendirilebilir.

Usûle aykırı olarak merci tayinine karar verilmiş olması da (m. 426/M, I, b. 5) ilk bakışta mutlak istinaf sebeplerinden biri gibi görünmektedir. Ancak bu düzenleme, uygulanabilme olanağına sahip değildir. 5235 sayılı Kanuna göre, ilk derece hukuk mahkemesinin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, o davanın, bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin görevidir (5235 s.K. m. 36, b. 4). Bu sebeple merci tayinine ilişkin istinaf mahkemesi kararlarını yine istinaf mahkemesinin denetlemesini öngörmek anlamlı değildir. Sonuç olarak, usûle aykırı olarak merci tayinine karar verilmesi bir istinaf sebebi değildir.

Yine ilk bakışta mahkemeye ilişkin mutlak istinaf sebebi gibi görünen hâllerden biri, karar veren ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalmasıdır (m. 426/M, I, b. 3). İstinaf mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkindir ve bu konuda yetki sözleşmesi yapılamaz (m. 426/R, II). Bu sebeple istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kendi yargı çevresinde bulunup bulunmadığını, dolayısıyla kendisinin yetkili olup olmadığını re'sen araştırmakla yükümlüdür. İstinaf başvurusunun yetkisiz istinaf mahkemesine gönderilmesi, aslında ilk derece mahkemesinin yargılama ve hüküm hatalarından biri olmayıp, istinaf mahkemesinin yetkisiyle ilgili bir konudur.

²²⁸ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 124.

Kanımızca mahkemenin istinaf mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması, başka bir deyişle dosyanın yetkisiz istinaf mahkemesine gönderilmesi, mutlak istinaf sebepleri arasında değil, ön inceleme aşamasında incelenmesi gereken konular arasında yer almalıdır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kendi yargı çevresinde bulunmadığını ön inceleme aşamasında gözden kaçırsa dahi, istinaf yargılaması sona erinceye kadar bu sebebe dayanarak gönderme kararı verebilir. Bu durumda dosya ilk derece mahkemesine değil, re'sen yetkili istinaf mahkemesine gönderilmelidir. Dosyanın yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesi için tarafların talepte bulunması gerekli değildir²²⁹.

6.3.2.1.2. Taraflara İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış olması hâlinde, istinaf mahkemesi kararı kaldırarak, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir (m. 426/M, I, b. 4). Taraflara ilişkin temel usûl kuralları, taraflara ilişkin genel ve özel dava şartları olup, bu dava şartlarındaki eksiklik usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebeplerindendir²³⁰.

Davada iki tarafın bulunması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, davaya vekâlet ehliyeti ve geçerli vekaletname bulunması her davada aranan genel dava şartlarındadır²³¹. Dava ehliyeti olmayan tarafın yasal temsilciyle temsil edilmemesi, yetkisiz bir kişi tarafından temsil edilmesi veya yasaya aykırı olarak vasi tayin edilmiş olması mutlak istinaf sebebi

²²⁹ Bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 5.3.2.1.2 vd.

²³⁰ Taraflara ilişkin genel dava şartlarından, taraf ehliyeti eksikliği, temyiz yolu bakımından, Usûl hukukuna ilişkin mutlak bozma sebebi olarak nitelendirilmektedir. Evrim Erişir, **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti** (İzmir: Güncel Yayınevi, 2007), s. 297.

²³¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 280 vd.; Konuralp, **Usûl**, s. 68; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 209; Üstündağ, **Yargılama**, s. 288 vd.; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 245 vd. Avusturya Hukukunda da taraflar bakımından aranan benzer koşullar mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca yukarıda saydıklarımıza ek olarak davaya katılanın yetkisiz olması da mutlak istinaf sebepleri arasında değerlendirilmektedir. Bkz. Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 460; Fasching, **Lehrbuch**, s. 890 vd.; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 136 vd.

kabul edilmelidir. Esasında taraflara ilişkin dava şartları doğrudan hukukî dinlenilme hakkına ilişkin özel durumlardır²³².

Dava takip yetkisi de dava şartı olduğundan²³³, dava takip yetkisi bulunmayan kişiler huzurunda karar verilmesi, taraflara ilişkin mutlak istinaf sebepleri arasında sayılmıştır. Dava takip yetkisi, yargılamada taraflar bakımından aranması gereken usûlî şartlardan biridir. Taraf ve dava ehliyeti sahip olması sebebiyle kendi adına dava açabilen bir davacı dava takip yetkisine de sahiptir. Ancak, bazen dava başkası adına üçüncü bir kişi tarafından açılabilir. Yani maddî hukuk açısından hak sahibi olmayan kişiler de taraf olarak davaya katılabilirler²³⁴. Bu durumda başkası adına dava açan üçüncü kişinin dava takip yetkisine sahip olması gerekir.

Taraflara ilişkin dava şartları yargılamanın her aşamasında mahkemelerce re'sen dikkate alınmalıdır. İstinaf mahkemesi bu dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit ederse, dosyanın esası hakkında inceleme yapmadan, ilk derece kararının kaldırılmasına (iptaline) ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir (m. 426/M, I).

²³² Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 136. Dava ehliyeti olmayan kişilerin hukuk dinlenilme hakkını kanunî temsilcileri aracılığıyla kullanabilecekleri konusunda bkz. Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 292.

²³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 203; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 209. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın dava şartlarını düzenleyen 119'uncu maddesine göre taraflara ilişkin dava şartları, tarafların taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; yasal temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması; dava takip yetkisine sahip olunması; vekil aracılığıyla takip edilen veya vekil aracılığıyla takibi zorunlu olan davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usûlüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunmasıdır.

²³⁴ Dava takip yetkisine sahip olan kişi, gerçekte taraf sıfatına sahip olmak zorunda değildir. Taraflar dışında üçüncü kişilerin dava takip yetkisine sahip olduğu hâller kanunlarda ayrıca düzenlenmiştir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 201 vd.). Örneğin, icra ve iflâs hukukunda borçlunun henüz tapuya tescil ettirmedeği bir taşınmazını borçlu adına tescil ettirmek için alacaklı icra dairesinden dava açma yetkisinin verilmesini isteyebilir. İcra dairesi alacaklıya dava takip yetkisi verir (İİK m. 94, II).

6.3.2.1.3. Dava Konusuna İlişkin Temel Usûl Kurallarının İhlal Edilmesi

Dava konusuna ilişkin temel usûl kurallarından biri dava konusuna ilişkin dava şartlarıdır. Bunlar davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması ve aynı davayla ilgili daha önce alınmış kesin hüküm bulunmamasıdır²³⁵.

Konusu, tarafları ve dava sebepleri aynı olan iki dava söz konusu ise, bu davalardan birinde verilen kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesi, henüz karar verilmeyen diğer davanın kesin hüküm nedeniyle usûlden reddedilmesini gerektirir. Kesin hüküm bulunmaması olumsuz bir dava şartıdır. Kesin hüküm, kamu düzeniyle ilgili olduğundan, davanın her aşamasında ve tüm yargılama derecelerinde re'sen dikkate alınmalıdır²³⁶. İstinaf mahkemesi aynı konuda daha önce verilmiş bir kesin hüküm olduğunu tespit ederse, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın usûlden reddine karar vermelidir.

Hukukî korunma talep eden davacının veya mahkemeden talepte bulunan her ilgilinin hukukî yararı olmalıdır. Davanın veya diğer taleplerin kabule şayanlığı hukukî yararın bulunmasına bağlıdır. Hukukî yarar olmamasına rağmen ilk derece mahkemesi esas hakkında karar vermişse, istinaf mahkemesi bu kararı kaldırarak davanın hukukî yarar yokluğundan reddine karar vermelidir. İlk derece mahkemesi, hukukî yarar olmadığı gerekçesiyle asıl davayı reddetmişse, aksi kanaatte olan istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden esas hakkında karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir. Zira, hukukî yarar şartı gerçekleşmediği için davayı

²³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 284 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 277 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 210; Üstündağ, **Yargılama**, s. 312; Konuralp, **Usûl**, s. 69. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 119'uncu maddesine göre, dava konusuna ilişkin dava şartları, hukukî yarar bulunması (menfaat); aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması (derdestlik bulunmaması); aynı davanın daha önceden kesin biçimde hükme bağlanmamış olması (kesin hüküm olmaması) dır.

²³⁶ Konuralp, **Usûl**, s. 69; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 286; "...kesin hüküm kamu düzenine ilişkin, istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece re'sen gözetilmesi gerekli olumsuz dava koşullarındandır." 7. HD, 6.5.2005, 1486/1495 (YKD, 2005/9, s. 1374); "...Kesin hüküm, yargılamanın her evresinde, hatta karar düzeltmeye tâbi olan işlerde karar düzeltme sırasında dahi dikkate alınması gereken zorunlu bir husustur. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, önemli olan mahkeme kararının kesinleşmesinden önce aynı konuda kesin yargı halini almış bir kararın mevcut olmamasıdır. Bu, mahkemelere güven ve yargı kararlarına saygının da doğal sonucudur ve re'sen gözönünde tutulmak gerekir." HGK, 20.1.1988, 1987/10517, 1988/37 (KİB).

reddeden ilk derece mahkemesi, davanın haklılığı konusunda başka inceleme yapmamıştır. Kanımızca henüz ilk derece mahkemesi tarafından incelenmeyen ve karar verilmeyen konular hakkında istinaf incelemesi yapılamayacaktır.

İlk derece mahkemesinin, usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi de dava konusuna ilişkin önemli usûl hatalarından biridir (m. 426/M, I, b. 5). Davanın açılmamış sayılmasına belli durumlarda karar verilebilir. Örneğin, davacı karşı tarafın açık muvafakati ile davasını geri alırsa (m. 185, I, b. 1), davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir. İlk derece mahkemesince verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesi üzerine, davacı tarafından davalıya tebligat yaptırılması zorunludur. Buna göre kararın kesinleşme tarihinden itibaren on gün içinde görevli veya yetkili mahkemeye dilekçe verilmesi veya yeniden tebligat yaptırılması gerekir. Aksi takdirde mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar verir (m. 193).

İlk derece mahkemesi usûle aykırı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar vermişse, uyuşmazlığın esası hakkında hiçbir inceleme yapılmadığından, istinaf mahkemesince esasa girilmeden, dosya yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Örneğin, görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesi üzerine on gün içinde karşı tarafa tebligat yaptırılmış olmasına rağmen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmişse, bu karar kaldırılarak dosya yetkili veya görevli ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Asıl dava bakımından uygulanan kurallar karşı davada da geçerlidir.

Mahkemece usûle aykırı olarak davaların ayrılmasına veya birleştirilmesine karar verilmesi diğer bir mutlak istinaf sebebidir (m. 426/M, I, b. 5)²³⁷. Davaların ayrılması ve birleştirilmesi usûlü, Kanunu'nun 45 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Aralarında bağlantı bulunmayan davaların birlikte açılması hâlinde davaların ayrılmasına karar verilir. Dava konusu hak veya borcun ortak olmadığı ya da ortak işlemin bulunmadığı yahut davanın aynı sebepten doğmadığı durumlarda davaların ayrılmasına karar

²³⁷ Davaların ayrılması veya ayrılma talebinin reddi kararı nihaî karar niteliğinde olmadığından (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 394), yalnız başına istinafa konu olamaz. Ancak, nihaî karara karşı istinafa başvurulması hâlinde, davaların ayrılması kararının da usûle aykırı olduğu ileri sürülebilir.

verilmelidir (m. 43, 45). Mahkeme, talep üzerine veya re'sen davaların ayrılmasına karar verebilir (m. 46). Yargılamanın daha iyi yürütülmesi için aralarında bağlantı olan davaların dahi ayrılmasına karar verilebilir.

Davaların birleştirilmesi ise davalar arasında bağlantı bulunması hâlinde mümkündür. Dava konusu hak veya borcun ortak olması, ortak işlemin bulunması ya da davaların aynı sebepten doğması hâlinde, davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir (m. 43). Aralarında bağlantı bulunan davalar farklı yer mahkemelerinde açılmışsa, birleştirme talebi ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebilir, davalar arasında bağlantı bulunsa dahi mahkeme kendiliğinden birleştirme kararı veremez. Birleştirme ilk itirazı üzerine, ilk davanın açıldığı mahkemeden bilgi isteyen mahkeme, şartların oluştuğu kanaatine varırsa, davanın birleştirilmesine ve davanın birinci mahkemeye gönderilmesine karar verir²³⁸. İlk mahkeme bu birleştirme kararı ile bağlı olduğundan, bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle dosyayı geri gönderemez. Davalar aynı mahkemede görülmekteyse, tarafların talebi üzerine veya re'sen davanın her aşamasında birleştirme kararı verilebilir²³⁹.

Gerekmediği halde aralarında bağlantı bulunan davaların ayrılması veya bağlantılı olmayan davaların birleştirilmesi ya da ayrı mahkemelerde görülen davaların, tarafların ilk itiraz niteliğindeki talepleri olmaksızın birleştirilmesi usûle aykırıdır. Usûle aykırı olarak birleştirme veya ayırma kararı verilmişse, istinaf mahkemesi bu kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir.

6.3.2.1.4. Diğer Mutlak İstinaf Sebepleri

Yukarıda belirtilen mutlak istinaf sebeplerinin yanında, başka mutlak usûl hataları da söz konusu olabilir. Mahkeme kararının gerekçesiz olması veya görünürde gerekçeli olmasına rağmen sözde gerekçe (klişe gerekçe) içermesi, mutlak istinaf sebebidir. Buna karşılık, gerekçede eksiklikler ve boşluklar olması, mutlak istinaf

²³⁸ Davaların birleştirmesine karar veren mahkeme davadan elini çektiğinden bu bir nihaî karardır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 397) ve yalnız başına istinafa konu olabilir.

²³⁹ Bu durumda verilen birleştirme kararı ise, nihaî bir karar olmadığından (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 397) yalnız başına istinafa konu olamaz.

sebebi olarak değerlendirilmemelidir²⁴⁰. İlk derece mahkemesinin kararı tamamen veya denetime imkân vermeyecek derecede gerekçesizse, kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin kararı doğru olmasına rağmen gerekçesi hatalı ise, istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden gerekçeyi kendisi düzeltmelidir (m. 426/M, II, b. 2)²⁴¹.

Yasaya aykırı olarak alenî yargılama yapılmaması da mutlak istinaf sebepleri arasında değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 141'inci maddesine göre, mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların alenî yapılmaması, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılması, ancak genel ahlâkın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda mümkündür. Buna karşılık, gizli yapılması gereken yargılama alenî yapılırsa, mutlak istinaf sebebi oluşmayacağı kanısındayız.

İlk derece mahkemesinde bir tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olması, mutlak bir istinaf sebebi olarak kabul edilmelidir. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamanın her derecesinde re'sen gözetilmesi gereken, temel yargısal haklardan biridir²⁴². Hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi, adil yargılanma hakkına aykırılık niteliğindedir ve düzeltilmemesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tazminata hükmedilmesine neden olabilecek bir yargılama hatasıdır. Kanunda düzenlenen yargılamanın iadesi sebeplerinden biri de hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerinin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olmasıdır (m. 445, I, b.

²⁴⁰ Fasching, **Lehrbuch**, s. 891; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 141; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 1014; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1269 vd.; Muhammet Özkes, “**Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe**”, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007), s. 95 vd. Hükmün gerekçesiz olmasının mutlak temyiz sebebi olduğu yönünde bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 580; Üstündağ, **Yargılama**, s. 797; Konuralp, **Usûl**, s. 200; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 511.

²⁴¹ Özkes, “**Gerekçe**”, s. 98; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1269.

²⁴² Pekcanıtez, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 754. Hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi, temyiz açısından mutlak bir bozma sebebidir. Bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 580; Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 323. Yargılamanın iadesi sebeplerinin de mutlak temyiz sebebi kabul edilmesi gerektiği konusunda bkz. Konuralp, **Usûl**, s. 199.

11). Kanunun açıkça yargılamanın iadesi sebebi olarak gördüğü bir usûl hatası, aynı zamanda mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilmelidir.

Hukukî dinlenilme hakkı yasanın bir hükmü gereği tanınmamış veya sınırlandırılmışsa, mutlak istinaf sebebi oluşmayacaktır. Örneğin, bir alacak davası açmayı düşünen alacaklı, henüz dava açmadan önce borçlunun mal kaçırma tehlikesine karşılık, ileride yapacağı takibin sonucunu teminat altına almak amacıyla ihtiyatî haciz talep edebilir. İlk derece mahkemesi, duruma göre borçluyu duruşmaya davet etmeden de ihtiyatî haciz kararı verebilir (İİK m. 258, II). Borçlu kendisi dinlenmeden verilen ihtiyatî haciz kararına itiraz etme imkânına sahip olduğundan hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olmayacak (İİK m. 265, I), sadece hukukî dinlenilme hakkı zaman bakımından daha sonraki bir aşamada gerçekleşecektir²⁴³. Buna karşılık, yasaya aykırı olarak tarafları davet etmeden, dinlemeden ve taraf teşkilini sağlanmadan karar verilmesi, hukuk dinlenilme hakkını ihlâl edecektir²⁴⁴.

Diğer bir mutlak istinaf sebebi, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır (m. 426/M, I, b. 6). İstinaf mahkemesi, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, bu durumu re'sen dikkate almalı ve dosyayı delillerin toplanması ve değerlendirilmesi için ilk derece mahkemesine göndermelidir. Taraflarca ileri sürülen delillerin hiç toplanmaması ve hiçbir değerlendirme yapılmaması hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelir²⁴⁵.

Deliller son derece yetersiz biçimde olsa dahi toplanmış ve değerlendirilmiş ise, artık dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmemeli, istinaf mahkemesi eksiklikleri

²⁴³ Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 215.

²⁴⁴ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 133; Hangi durumların hukukî dinlenilme hakkının ihlâli niteliğinde kabul edildiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 314 vd.

²⁴⁵ Pekcantez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 580; Pekcantez, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 777; Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 324; Nikolaus Stackman, "Fehlerkontrolle zu Beweisaufnahme und Beweiswürdigung nach ZPO-Berufungsrecht", **JuS**, S. 10: 878-881 (2004), s. 880; Christoph Fellner, "Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz-Bedeutung für Berufungsverfahren und die Korrekturmöglichkeiten", **MDR**, Jahrgang 57, Heft 13: 721-723 (2003), s. 722; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1270. Temyizde de taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanunî bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi mutlak bir bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (eski m. 428, I, 6; yeni 437, I, 3).

tamamlayarak dosyanın esası hakkında kendisi karar vermelidir²⁴⁶. Eksik de olsa, ilk derecede deliller toplanmış ve incelenmişse, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, istinafın niteliğiyle bağdaşmayacağı gibi, davanın uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olacaktır. Burada tarafların ilk derece yargılamasından mahrum olacakları gibi bir endişe ve gerekçeye dayanarak, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi doğru olmayacaktır. Zira istinaf mahkemesi, vakıa mahkemesi gibi hareket ederek, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusundaki eksikliklerin giderilmesi ve tahkikatın tamamlanması için her türlü işlemi yapabilecektir²⁴⁷.

6.3.2.2. Usûl Kurallarına İlişkin Nispî İstinaf Sebepleri

Mutlak istinaf sebeplerinin dışında kalan usûle aykırılıklar nispî istinaf sebebidir. Bu durumda usûl hatasının istinaf sebebi olarak dikkate alınabilmesi, hükmün bu hatadan etkilenmiş olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, usûl hatası nedeniyle ilk derece mahkemesi yanlış karar vermiş olmalıdır²⁴⁸.

Bu tür usûl hataları sebebiyle hükmün değiştirilebilmesi için usûl hatası ile mahkeme kararı arasındaki illiyet bağı ortaya konulmalıdır²⁴⁹. Örneğin, uzmanlık ve özel bilgi gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmaması, hatalı karar verilmesine neden olduğu takdirde, nispî istinaf sebebi sayılmalıdır.

Kanımızca, nispî temyiz sebebi sayılan usûl hataları, aynı zamanda nispî istinaf sebebidir. Nispî istinaf sebepleri, temyiz yolundaki usûl hukukuna ilişkin nispî bozma sebeplerine benzemektedir. Kanunun temyiz sebeplerini düzenleyen 437'nci maddesine göre, karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerin bulunması bir bozma sebebidir

²⁴⁶ Konuralp, **Usûl**, s. 185.

²⁴⁷ Stosch, **a.g.e.**, s. 223.

²⁴⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 892; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 74-75.

²⁴⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 580; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 893; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 478-479; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 60-61.

(m. 437, I, b. 4)²⁵⁰. Yanlış karar verilmesine neden olan yargılama hataları, nispi bozma sebebi sayıldığına göre, aynı durumlar evleviyetle nispi istinaf sebebi olarak da değerlendirilmelidir.

Nispî istinaf sebeplerinin temel özellikleri şunlardır:

Nispî istinaf sebepleri tahdidi değildir. Mahkemenin yanlış karar vermesine neden olan her usûl hatası kural olarak nispî istinaf sebebi sayılmalıdır.

Nispî istinaf sebepleri ile mahkemenin hükmü arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İstinaf mahkemesi, usûl hatasının hükmü etkileyip etkilemediğini, her somut olayda ayrıca değerlendirmelidir. Nispî bozma sebebi sayılmayan, dolayısıyla nispî istinaf sebebi olarak da değerlendirilemeyeceği kanaatinde olduğumuz usûl hatalarına şu örnekleri verebiliriz: Bir bilirkişi yerine dört bilirkişi atanması ve bilirkişilerin oybirliği ile aynı yönde karar vermeleri, yeminsiz dinlenmesi gereken bir tanığın yemin ettirilerek dinlenmesi, tanığa dinlenmeden önce yemin ettirilmesi, yeminsiz dinlenmesi gereken tanığa yemin ettirilmesi, gizli yapılması gereken duruşmanın alenî yapılması kararı etkileyecek nitelikteki usûl hatalarından değildir²⁵¹.

İstinaf mahkemesi nispî istinaf sebebi sayılan usûl hatalarını re'sen dikkate alamayacağı için, başvuruda bulunan taraf hangi hataların gerçekleştiğini istinaf dilekçesinde göstermelidir²⁵². Nispî istinaf sebeplerinin bu özelliği, temyizdeki nispî bozma sebeplerinden farklıdır. Yargıtay, taraflar ileri sürmese dahi, var olan tüm nispî bozma sebeplerini re'sen dikkate almakla yükümlü olup (m. 435, I), daha sonra bunu bir bozma sebebi olarak görüp görmeyeceği farklı bir konudur (m. 437, I, 4). İstinaf yargılamasında ise kural olarak taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri arasında yer almayan hususlar

²⁵⁰ 5236 s.K. ile değişiklik yapılmadan önce de, bozma sebeplerini düzenleyen 428'inci maddenin ikinci fıkrasına göre, usûle aykırılıktan dolayı bir hükmün bozulabilmesi için, "...usûlü muhakemenin ihlâl olunması ve iş bu kusur ve hatanın lâhik olan hükmü tağyir edecek derecede bulunması" gerekmektedir.

²⁵¹ Konuralp, **Usûl**, s. 200; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 581.

²⁵² Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 461; Alman Hukukunda re'sen dikkate alınamayacak usûle aykırılıkların istinaf sebepleri arasında gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. Schilken, **a.g.e.**, s. 457; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 289.

istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınamaz, bunun tek istisnası kamu düzenine aykırılıktır (m. 426/O).

Nispî istinaf sebeplerinden bazıları, ilk derece mahkemesinin eksik ve hatalı vakıa tespitlerine neden olabilir. Örneğin, çekişmeli konularla ilgili delillerin eksik toplanması veya tanık beyanlarının yanlış değerlendirilmesi durumunda, hükmün temelindeki vakıa tespitleri hatalı olacaktır. Delillerin eksik toplanması veya yanlış değerlendirilmesi gerekçesiyle ilk derece kararında değişiklik yapılabilmesi, başvuruda bulunan tarafın bu hataları istinaf dilekçesinde ileri sürmüş olmasına bağlıdır.

6.3.3. Maddî Hukuk Kurallarına Aykırılık (Hukukî Sorunun Yanlış Çözülmesi)

Maddî hukuk kurallarına aykırılık, hukukî sorunun çözümünde hata yapılması şeklinde ortaya çıkan bir istinaf sebebidir. Maddî hukuk kurallarına aykırılık istinaf sebebi olarak Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık Kanunun 437'nci maddesinde, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması (maddî hukuka aykırılık) açıkça temyiz sebepleri arasında sayılmıştır. İstinaf, niteliği gereği temyizden daha kapsamlı bir kanun yolu olduğundan, kararın hatalı veya eksik olmasına neden olan her yanlışlık, bu bağlamda maddî hukuk kurallarına aykırılık da istinaf sebebidir.

Kararın maddî hukuk kurallarına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi için öncelikle hangi normların maddî hukuk kuralı sayılması gerektiği belirlenmelidir. Maddî hukuk kavramı, yürürlükteki yazılı veya sözlü tüm pozitif hukuk kurallarını kapsamaktadır. Buna göre, başta Anayasa olmak üzere, usûlüne göre onaylanmış uluslararası anlaşmalar gereğince iç hukuk normu hâline gelen uluslararası sözleşme metinleri, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanması gereken yabancı hukuk kuralları²⁵³, taraflar arasında akdedilen sözleşme kuralları, taraflarca yapılan hukukî işlemler²⁵⁴ ile örf ve adet kuralları maddî hukuku oluşturur²⁵⁵.

²⁵³ 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinin ilk fıkrasına göre, "Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurala göre yetkili olan hukuku re'sen uygular. Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir". 2675

Maddî hukuk kurallarına aykırılık, hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkar. Hukuk kuralının hiç uygulanmaması, hukuk normunun tespitinde hatadır. Burada bir hükmün var olup olmadığı veya geçerli olup olmadığı konusunda hata edilir. Yürürlükteki bir hükmün uygulanmaması veya var olan bir hükmün dikkate alınmaması yahut hatalı olarak hükmün uygulanma imkânının olmadığı sonucuna varılması hukuk kuralının hiç uygulanmaması şeklinde tezahür eder²⁵⁶. Hukuk kuralının zaman, yer ve kişi bakımından yanlış uygulanması, bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Hukuk kuralının yanlış uygulanması ise, tespit edilen vakıalarla ilgili hukuk normunun uygulanmasında hatadır. Yorum ve atılma (subsumsion) hatası bu kapsamda değerlendirilir. Bir hukuk kuralının yanlış veya eksik yorumlanması hukukun uygulanmasında hatadır²⁵⁷. Yorum, bir normun içeriği ve sınırları konusunda sonuca

sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran yeni 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun da aynı esası benimsemiştir. Somut olayda uygulanması gereken yabancı hukuk kurallarının içeriğinin tespiti için taraflardan yardım istenmesi, tarafların ispat yükü altında olduğunu değil, sadece yardım yükümlüğünü gösterir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 406). Dolayısıyla yabancı hukuk kuralları vakıa sayılmazlar.

²⁵⁴ Sözleşmeler ve hukukî işlemlerin öngördüğü sonuçlar hukuk kuralı olarak kabul edilir, ancak bir sözleşmenin veya hukukî işlemin yapılıp yapılmadığı maddî sorunla ilgilidir (Fasching, **Lehrbuch**, s. 952).

²⁵⁵ Ansay, **a.g.e.**, s. 350; Berkin, **Usûl**, s. 217; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 885; Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 135; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 647, 649; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 508 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 579. Alman Hukukunda hukuk normu kavramının kapsamı için bkz. Gerhard Lücke ve Peter Wax, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze**, Bruno Rimmelspracher § 511-541 (2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2002), s. 283; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 1005; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 478; Avusturya Hukukunda, hukuk normu kavramı için bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 952.

²⁵⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 896; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 283; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 586; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 479; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 508; Üstündağ, **Yargılama**, s. 833 vd.; Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 136.

²⁵⁷ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 479; Fasching, **Lehrbuch**, s. 952; Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 136. Hukuksal usavurma ve yorum konusunda, usûl hukuku öğretisinde genel kabul gören prensipleri esas almaktayız. Bununla beraber, hukuku ve yargılamayı göstergebilim açısından inceleyen güncel bir çalışmaya dikkat çekmek istiyoruz. *Uzun* tarafından kaleme alınan ve hâkimlerin hukuksal düşünme tarzını ve içsel karar oluşturma sürecini inceleyen çalışma, hukuksal usavurmada yararlanılan akıl yürütme yöntemlerini -endüksiyon (tümevarım), dedüksiyon (tümdengelim) ve analogi (örnekseme)-eleştirel açıdan inceleyerek, abdüksiyon olarak adlandırılan ve diğer tüm akıl yürütme biçimlerinden önce gelen farklı bir zihinsel süreç üzerinde durmaktadır. Burada abdüksiyon, bir anlamda, hangi hukuk kuralının uygulanacağını deneme-yanılma yöntemi ile aramaktır. Yazara göre, hukuksal usavurma sadece dedüksiyonla (atılma-subsumtion) açıklanamayacaktır. Hâkimi salt dedüksiyon uygulayan, başka bir deyişle, sadece soyut kuralı somut olaya uygulayan bir kişi olarak görmek, onu makine yerine koymak

varılmasını ve böylece normun uygulanıp uygulanmayacağını veya uygulanacaksa hangi kapsamda ve ne derecede uygulanacağını belirler. Özellikle içeriği belirsiz olan hukukî kavramların (örneğin hukukî yarar, iyi niyet, ağır ihmal vb.) yanlış veya eksik anlamlandırılması yorum hatasına, yorum hatası ise hukuk kuralının yanlış uygulanmasına neden olur. Yorum hatası çoğu zaman düşün (mantık) kurallarının veya dil bilgisinin yanlış uygulanmasından kaynaklanır²⁵⁸.

Diğer bir hukuka aykırılık ise, tespit edilen vakıaların hukuk normuna altlanması hatadır. Her hukuk normu düzenlediği hukukî durum, ilişki veya işleme ait belirli koşul vakıaları içerir. Uyuşmazlığın o hukuk normu ile çözülebilmesi için somut olaydaki vakıaların hukuk kuralının unsur vakıaları ile örtüşmesi gerekir. Hukuk kuralı bu koşullar gerçekleşmediği halde somut olaya uygulanırsa bir altlama hatası yapılmış olur. Vakıaya bağlı hukukî sonucun değerlendirilmesinde hata edilmesi ise “sonuçta isabetsizlik” olarak nitelendirilmektedir²⁵⁹. Sonuçta isabetsizlik, genel ve soyut hukuk normunun somut olaya uygulanmasında, başka bir deyişle hukuk normunun somut olay bakımından hukukî sonuca dönüştürülmesinde hata edilmesidir²⁶⁰.

Hâkim, hukuk kurallarını uygularken mantık kurallarına uygun yorum yapmak veya tecrübe kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduğundan, bu kapsamdaki hatalar da hukukun yanlış uygulanması olarak kabul edilmektedir²⁶¹. Tecrübe kuralları, vakıalar bütünüünün hukuk kuralının koşul vakıalarına altlanması sırasında zorunlu olarak yararlanılan hukuk dışı soyutlamalar²⁶², başka bir deyişle hayat tecrübeleri ve çeşitli bilim

olacaktır. Bkz. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Göstergebilimi** (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), s. 133 vd. Hukuka uygunluk denetimi, aslında hukuksal usavurmanın doğru olup olmadığının incelenmesi olduğuna göre, bu sürecin işleyişi hakkındaki görüşler, kanun yolu denetiminin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

²⁵⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 952.

²⁵⁹ Aynı, s. 896, 952; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 463; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 283; Üstündağ, “Temyizin Nakzı”, s. 137.

²⁶⁰ Fasching, **Lehrbuch**, s. 953.

²⁶¹ Alman Hukuku için bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1198, 1200; İsviçre Hukuku için bkz. Habscheid, **a.g.e.**, s. 430; Avusturya Hukuku için bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 343; Rechberger/Simotta, **Zivilprozess**, s. 477; Türk Hukuku için bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 350; Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 102.

²⁶² Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 85.

ve sanat kollarına, iş hayatı ile diğer alanlara ilişkin bilimsel veriler ve uzmanlık bilgisi olarak tanımlanmaktadır²⁶³.

Olgu hukuk sorunlarının iç içe geçtiği ve olgu-hukuk arasında gri alan olarak nitelendirilen tecrübe kurallarından, özellikle belirsiz hukukî kavramların²⁶⁴ içeriğinin belirlenmesinde yararlanılmaktadır²⁶⁵. Tecrübe kuralları, somut olaydaki vakıaların soyut hukuk kuralına alttanmasını sağlamaktadır²⁶⁶. Örneğin, bir olayda tarafın iyi niyetli olup olmadığı veya davranışın ahlâka aykırı olup olmadığı tecrübe kurallarına göre belirlenir. Kişinin iyi niyetli olup olmadığı, belirli bir toplumda ve hukuk düzeninde yerleşmiş ve değer yargıları olarak nitelendirilen genel davranış ve ahlâk kurallarına göre tespit edilir.

Tecrübe kurallarının niteliği, istinaf için olduğu kadar, özellikle temyiz incelemesinin kapsamı bakımından da önemlidir. Sadece hukukî sorunlar hakkında temyiz incelemesi yapılabileceğinden, tecrübe kurallarına aykırılığın hukukî sorun olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi, temyiz incelemesinin kapsamını belirleyici etkiye sahiptir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda 5236 s.K. ile değişiklik yapılmadan önce, bozma sebeplerinden biri olan “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” (eski m. 428, b. 5), olgu ve hukuk ayrımının orta noktasındaki tecrübe kurallarının temyizde incelenmesini kolaylaştırmaktaydı²⁶⁷. Ancak, sözkonusu hüküm yürürlükten kaldırılınca, tecrübe kurallarına aykırılığın temyiz sebebi olup olmayacağı, bu kavramın hukukî niteliği konusunda varılacak sonuca bağlıdır.

Tecrübe kuralları sadece soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında değil, vakıa tespitleri bakımından delillerin değerlendirilmesi ve kanaat oluşumunda da

²⁶³ Fasching, **Lehrbuch**, s. 343; Rechberger/Simotta, **Zivilprozess**, s. 339; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 115 vd.

²⁶⁴ Belirsiz hukukî kavramlar, somut olaydaki vakıalar ile somutlaştırılması mümkün olmayan, içeriği (anlamı) hukuk dışı kavramlardan ve değer yargılarından yararlanılarak belirlenebilen ve içeriğinin belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olan hukuk kuralının koşul vakıaları olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 954.

²⁶⁵ Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 86, 88; Tecrübe kurallarından, delillerin ve emarelerin takdirinde de yararlanılmaktadır (Üstündağ, **Yargılama**, s. 740, dn. 8 ve 843).

²⁶⁶ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 117.

²⁶⁷ Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 83 vd.

etkilidir²⁶⁸. Tecrübe kuralları, vakıa tespitinin temelini oluşturmaktaysa maddî sorun kapsamında, buna karşılık bir hukuk kuralının yorumlanmasında ve somutlaştırılmasında dikkate alınmaktaysa hukukî sorun kapsamında değerlendirilmektedir²⁶⁹. Örneğin, tespit edilen vakıaları, boşanma sebebi olan şiddetli geçimsizlik kavramına (belirsiz hukukî kavram) atılma için yararlanılan tecrübe kuralı hukukî sorunla, tanık ifadelerinin değerlendirilmesi için başvuru tecrübe kuralları ise maddî sorunla ilgilidir. Bir aracın, trafik kurallarına göre yüksek hızla seyredip seyretmediği hukukî sorun, aracın fren izinin çok uzun olması vakıasından hareketle hızının tespit edilmesi maddî sorunla ilgilidir. Nitekim, Alman Hukukunda tecrübe kurallarının ve mantık kurallarının yanlış uygulanması hukuka aykırılık olarak kabul edilmekle birlikte, vakıaların yanlış veya eksik tespit edilmesine neden olan bu tür hataların, vakıa tespitlerine itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁰.

Mahkemenin yorum hatası yaptığını ileri süren taraf, hükmün yorumlanmasında yanlış bir bakış açısının tercih edildiğini belirtmeli ve hangi bakış açısının dikkate alınması gerektiğini göstermelidir. İstinafa başvuran taraf, hangi yorum yönteminin öncelikle tercih edilmesi gerektiğini ve bundan nasıl bir sonuç çıkarılabileceğini açıklamalıdır²⁷¹.

²⁶⁸ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 117.

²⁶⁹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 343; Rechberger/Simotta, **Zivilprozess**, s. 339; *Üstündağ*, vakıaların hukukî nitelendirmesinde yararlanılan tecrübe kurallarının, temyiz incelemesine tâbi olacağı konusunda şüphe edilemeyeceğini ifade etmiştir (Üstündağ, **Yargılama**, s. 844). Bir görüşe göre, “vakıa, vakıa tespitinde kanunî ispat kurallarına, tecrübe kurallarına, yorum kurallarına ve genel düşün kanunlarına aykırılık hâlinde hukukî meseleye dönüşmektedir”. (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 324). Bu görüş, “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” durumunun (Eski m. 428, b. 5), temyiz sebepleri arasında bulunduğu dönem bakımından isabetli olmasına rağmen, bu temyiz sebebi 5236 s.K. ile yürürlükten kaldırıldıktan sonra, artık hukukî sorun kapsamında değerlendirilmemelidir. Kanımızca vakıa tespitinde tecrübe kuralına aykırılık, hukukî sorun kapsamına girmemektedir. Zira burada, hukuk normunun bulunması ve somut olaya uygulanması noktasında değil, maddî vakıanın tespitinde hata söz konusudur. Yargıtay’ın doğrudan incelemediği ve değerlendirmedeği vakıalar hakkında karar vermesi doğru olmayacaktır. Daha önce, istinaf mahkemesinin bulunmaması, maddî sorun hakkında Yargıtay’ın müdahalesini haklı kılmaktaysa da, bugün bu işlevi istinaf mahkemeleri yerine getireceğinden, maddî sorun bakımından Yargıtay’ın inceleme yetkisinin sınırlandırılması gerekmektedir.

²⁷⁰ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 481; Fellner, **a.g.m.**, s. 723.

²⁷¹ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 283; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 275.

İstinaf mahkemesi, ilk derece kararının hukuka aykırı olup olmadığını her yönden incelemelidir. Mahkeme, tarafın ileri sürdüğü hukuka aykırılık itirazları ile bağlı değildir²⁷². İstinaf mahkemesi, istinafa başvuranın talep sonucuyla bağlı olmak kaydıyla, farklı hukukî gerekçelere dayanarak karar verebilir. Örneğin, taraf sözleşmeye aykırılık gerekçesine dayanmış olmasına rağmen, istinaf mahkemesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak karar verebilir. Tarafın ileri sürdüğü hukuka aykırılıklar, sadece mahkemeye yol gösterici bir rol oynamaktadır.

Hukukî sorunun çözümüyle ilgili hatalar, istinaf mahkemesi tarafından somut olaya doğru hukuk kuralının uygulanması ile düzeltilir. Ancak, hukuka aykırılıklar, her zaman, sadece doğru hukuk kuralını tespit ederek ve uygulayarak düzeltilemeyebilir. Bazen ilk derece mahkemesinin hukukî bakış açısının veya esasa ilişkin hukukî değerlendirmesinin yanlış olması sebebiyle, aslında uyuşmazlığın çözümü için önemli ve gerekli olan vakıalar tespit edilmemiş olabilir. Başka bir deyişle, mahkeme uygulamayı düşündüğü hukuk kuralı açısından bazı vakıalar önemsiz görmüş olabilir. Bu durumda vakıa tespitleri konusunda oluşan eksiklik, bir usûl hatasından değil, esasa ilişkin yanlış hukukî değerlendirmeden kaynaklanır. İstinaf mahkemesi, bu hatayı düzeltmek için, önce eksik vakıa tespitlerini tamamlamalı, daha sonra hukuk kuralını bu vakılara uygulamalıdır. Buradaki istinaf sebebi, yanlış hukukî değerlendirmeye bağlı tespit eksikliği olduğundan, taraf sadece hukukî değerlendirme hatası yapıldığını ileri sürse dahi, istinaf mahkemesi vakıa tespitlerindeki eksikliği de re'sen dikkate almalıdır²⁷³. Örneğin, ecrimisille ilgili bir hukukî sorunun kira sözleşmesi hükümlerine göre çözülmesi halinde vakıa tespitlerinde de hatalar olması mümkündür. Zira, hâkim kira sözleşmesiyle ilgili vakılara ve delillere göre karar vermiştir. Hukukî uyuşmazlığın doğru şekilde çözülebilmesi için, ecrimisil iddiasıyla ilgili vakıaların ve delillerin incelenmesi gerekir.

²⁷² Avusturya Hukukunda bkz. Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 383; Fasching, **Lehrbuch**, s. 897; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 463; İsviçre Hukukunda bkz. Habscheid, **a.g.e.**, s. 451, 488; Alman Hukukunda bkz. Schilken, **a.g.e.**, s. 457; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 269; Jauernig, **a.g.e.**, s. 303; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 289.

²⁷³ Fasching, **Lehrbuch**, s. 897.

Hukuka aykırı karar verildiğini ileri süren taraf, ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmesini talep etmelidir. Sadece hükmün iptali (kaldırılması) talep edilirse, taleple bağlı olan istinaf mahkemesi ilk derece kararında değişiklik yapamayacağından, kural olarak istinaf talebini reddetmelidir. Kanımızca bu tür bir olumsuzluğun yaşanmaması bakımından, başvuruda bulunan tarafa talebini açıklaması için imkân tanınmalıdır²⁷⁴.

6.3.4. Maddî Sorun Hakkında Yanlış Sonuca Varılması (Vakıa Tespitlerine İlişkin Hatalar)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, istinaf mahkemesinin maddî sorun veya vakıa tespitleri konusunda inceleme yapma yetkisini gösteren açık bir hüküm bulunmasa da münferit hükümler değerlendirildiğinde, istinaf mahkemesinin aslî işlevinin ilk derece yargılamasındaki vakıa tespitlerini denetlemek olduğu görülür. Davanın esası hakkında karar verme yetkisine sahip olması (m. 426/T, 426/S), başvuruda bulunan tarafın istinaf sebepleriyle bağlı olması (426/O), tahkikatı tamamlama (426/P) ve gerektiğinde ilk derece mahkemesi gibi karar verme yetkisine sahip olması (m. 426/T, I, b. 6 ve 7), istinaf mahkemesinin maddî sorun hakkında inceleme ve değerlendirme yapma imkânı olduğunu gösteren hükümlerdir.

Mahkeme kararlarının doğruluğu, yanlış vakıa tespitlerine rağmen doğru karar verilmesi gibi istisnaî hâller hariç, büyük ölçüde kararın dayandığı vakıalar bütününe eksiksiz ve gerçeklere uygun olmasına bağlıdır. Bir mahkeme, ancak ilgili hukuk kuralının koşul vakıalarını karşılayan somut vakıaları eksiksiz tespit edebildiği oranda doğru karar verebilir²⁷⁵. Hükmün dayanağı olan vakıaların gerçeğe uygun ve eksiksiz tespit edilmesi, subjektif hakların gerçekleştirilmesi, gerçeğin bulunması ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi gibi amaçlara ulaşılabilmesi bakımından önemli bir role sahiptir. Bu bağlamda, istinafı temyizden ayıran özellik, vakıa tespitlerinin denetimine olanak sağlamasıdır.

²⁷⁴ Aynı, s. 897; Ayrıca bkz. aşa. 2. Bölüm, Başlık 7.3.

²⁷⁵ Alangoya, **İlkeler**, s. 91, dn. 286; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 26; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 24; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 26.

Daha önceki kanun yolu sistemi, maddî meselenin takdirinde hata edilmesini bir temyiz sebebi olarak düzenlemişti. Bir vakıanın dosyaya sunulan delillere göre takdirinde ya da vakıanın hukukî nitelendirilmesinde hata edilmesi, temyiz sebebi kapsamında değerlendirildiğinden, Yargıtay bu kuraldan hareketle delillerin takdirini de incelemekteydi (eski m. 428, I, b. 5)²⁷⁶. Ancak, istinafin kabul edilmesinden sonra, maddî meselenin takdirinde hata edilmesi, temyiz sebepleri arasından çıkarılmış ve bu konuda inceleme yapma yetkisi sadece istinaf mahkemesine verilmiştir²⁷⁷.

Türk Hukukunda maddî soruna ilişkin istinaf sebeplerini açıklayan bir sınıflandırma yapılmamıştır. Çalışmamız bakımından yol gösterici olması için Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları incelenmiş, Avusturya Hukukunda önerilen sınıflandırmadan yararlanılarak, maddî soruna ilişkin istinaf sebepleri açıklanmaya çalışılmıştır.

Alman Hukukunda vakıa tespitlerinin denetimi oldukça karmaşık düzenlenmiştir. Son reformla, istinaf mahkemesi kural olarak ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitleri ile bağlı tutulmuş ve sadece bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda yeni vakıa tespiti

²⁷⁶ Ansay, **a.g.e.**, s. 353; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 509; Konuralp, **Usûl**, s. 198; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, 579; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 644, 654. "... Öte yandan, tanıkların miras bırakanın 1973 yılında eşinden boşandığı, davacının annesi lehine tanıklık yapması nedeniyle muris tarafından sevilmediği, görüşmedikleri, murisin davalılar ile oturduğu ve murise davalıların baktığı beyanları ve davalı gelinin murisin genel vekili olup, ölümünden sonra bankadaki paralarını çektiği temlik sırasında intifanın muris üzerinde bırakıldığı gerçekleri karşısında temlikin muvazaalı olduğu, bir başka anlatımla davacıdan mal kaçırmının amaçlandığı sonucuna varılmaktadır. Akitte gösterilen bedel ile saptanan gerçek bedel arasındaki aşırı oransızlık da muvazaayı kanıtlayan diğer bir olgudur. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek reddedilmesi doğru değildir." 1. HD, 25.6.2001, 7406/7624; "... Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı Medenî Kanunun 134/l maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usûl ve kanuna aykırıdır." 2. HD, 5.5.2003, 14085/15318 (KİB).

²⁷⁷ *Belgesay* 1948 tarihli bir yayınında, istinaf mahkemelerinin kaldırılmasından kaynaklanan sakıncaları önlemek için, Yargıtay'a istinaf rolü verilmesini teklif ettiğini, Yargıtay'ın vakıalar konusunda ilk derece hâkimlerinin hatalarını düzeltebilmesi amacıyla meselei maddîyenin takdirinde hata edilmesi durumunun bozma sebeplerinden biri olarak kabul edildiğini ifade etmiştir. Bkz. Bilge, "**Üst Mahkemeler**", s. 79, dn. 37. Buna karşılık *Sivrihisarlı*, eski 428, b. 5'in Yargıtay'a istinaf görevi verilmesi sonucunu doğurmadığını, daha ziyade olgu hukuk sorunlarının iç içe geçtiği konuların rahatlıkla denetlenebilmesine imkân tanıdığını ifade etmiştir (Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 84-85). Ayrıca bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 353; Üstündağ, **Yargılama**, s. 844.

yapılabileceği öngörülmüştür²⁷⁸. İstinaf mahkemesince yeni vakıa tespitleri yapılabilmesi için, ilk derece yargılamasındaki vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğu yönünde şüpheler olması ve bu sebeple yeni tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarının bulunması gerekir (§ 529, Abs. 1, Nr. 1 dZPO)²⁷⁹.

İlk derece mahkemesinin tespit ettiği vakıaların hatalı veya eksik olduğu yönünde somut şüpheler yoksa, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde tespit edilen vakıalara dayanarak yargılama yapmalıdır. Taraflar bu vakıa tespitlerine ilişkin şüphelerin somut dayanaklarını istinaf sebepleri arasında göstermek zorundadırlar (§ 520, Abs. III, 2 Nr. 3 dZPO).

Söz konusu tespit hatalarının maddî hukuktan veya usûl hukukundan kaynaklanması arasında bir fark görülmemiş, hatalı veya eksik yapılan vakıa tespitinin davanın esas ve hüküm bakımından önemli olması aranmıştır. Buna göre, karara etki eden vakıa tespitlerinin doğru olduğundan şüphe edilmekteyse, yeniden yargılama yapılabilmekte ve yeni delillere dayanılabilmektedir. Vakıaların yeniden tespit edilmesi için aranan şüphenin makul derecede olması yeterli görülmüş, önemli bir şüphe aranmamıştır²⁸⁰.

İsviçre Hukukunda ise vakıa tespitlerindeki hata veya eksiklik, vakıa tespitiyle ilgili bir hukuk kuralının mahkeme tarafından yanlış uygulanmasından, delillerin yanlış

²⁷⁸ Aslında daha önceki istinaf modelinde de uyumsuzluk konusunda tamamen yeni bir yargılama yapılmamaktaydı. İlk derece yargılamasındaki şüpheli tespitler hakkında yeniden inceleme yapılabilirdi ve bu konuda yeni delil ileri sürülebiliyordu. Yeni istinaf modelinde ise, daha önce tespit edilen hususların tekrar incelenmesi konusunda istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre, istinaf derecesinde hukukî uyumsuzluk hakkında yeniden bir yargılama yapılmamakta, daha ziyade hukukî hataların olup olmadığı ve ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıaların (istisnâî olarak yeni eklenenlerle birlikte) başka bir karar verilmesini gerektirip gerektirmediği incelenmektedir (Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 974, 976) .

²⁷⁹ Vakıa tespitlerinin eksik veya hatalı olmasına ilişkin örneklerden bazıları şunlardır: İlk derece mahkemesinin, hüküm için önemli iddia ve savunmaları veya bunların delillerini görmezden gelmesi, hükmün taraflarca ileri sürülmeyen bir vakıaya dayanması, çekişmeli vakıaların çekişmesiz sayılması, tarafların iddia ve savunmaları ile delillerinin mahkemeye geç sunulduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi, caiz olmayan delillere göre karar verilmesi, delillerin yanlış değerlendirilmesi. Bkz. Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 482.

²⁸⁰ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 975.

değerlendirilmesinden ya da hüküm için önemli vakıaların ve delillerin taraflarca usûlüne uygun olarak ileri sürülememesinden kaynaklanmaktadır²⁸¹.

Avusturya Hukukunda yapılan sınıflandırmaya göre, maddî sorunun çözümüne ilişkin hatalar, delillerin yanlış değerlendirilmesinden, vakıaların hatalı veya eksik tespit edilmesinden veya dosya münderecatı ile çelişen tespitler yapılmasından kaynaklanmaktadır²⁸². Kanımızca bu sınıflandırma Türk Hukukunda da benimsenebilir.

Delillerin değerlendirilmesinde hata edilmesi, mahkemeye sunulan delillerden hatalı veya eksik bir sonuca varılması anlamına gelir. Dosya münderecatına aykırılık ise dosyadaki bilgi ve belgeler ile vakıa tespitleri arasında çelişki bulunması hâlinde söz konusu olur.

Dosya münderecatına aykırılık ile delillerin hatalı değerlendirilmesi birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin, tanık (A) ilk derece yargılamasında davacının davalıya uyuşmazlık konusu şeyi verdiğini beyan eder, buna karşılık tanık (B) bunu görmediğini söyler. Mahkeme, tanık (A)'nın ifadesini inandırıcı bularak uyuşmazlık konusu şeyin davalıya verildiğine karar verirse ve karşı tanık beyanına itibar etmezse, tanık beyanının yanlış değerlendirildiği ileri sürülebilir²⁸³. Buna karşılık mahkeme, tanıkların birbirini tamamlayan beyanları olduğu gerekçesiyle, davacının davalıya uyuşmazlık konusu şeyi verdiğini tespit ederse, dosya münderecatına aykırılık söz konusu olur. Dosya münderecatına aykırılık, hükmün doğruluğunu etkileyebilecek nitelikte olması hâlinde istinaf sebebi olabilir²⁸⁴.

²⁸¹ Guldener, **a.g.e.**, s. 477.

²⁸² Fasching, **Lehrbuch**, s. 895; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 383; Rechberger/Simotta, **Zivilprozess**, s. 462.

²⁸³ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 462.

²⁸⁴ Fasching, **Lehrbuch**, s. 895-896; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 462; Yargıtay dosya münderecatına aykırılığı bir temyiz sebebi olarak kabul etmektedir: “Mahkemenin gerekçesi dosya içeriğine uygun değildir” 19. HD, 16.12.1999, 7551/7739 (YKD, 2000/4, s. 586); “...mahkemece örneklerin olay günü avlanmadığı, ölü olmadıkları için avlandıklarının kabul edilemeyeceği ve zarar bulunmadığı gibi komisyon kararına, yasaya ve dosya içeriğine aykırı gerekçelerle davanın reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 23.5.2003, 1986/6839; “... Açıklanan bu maddî ve hukuksal olgular karşısında taşınmazın payları oranında 1980 yılında ölen M. A. mirasçıları adına tesciline karar vermek gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek dosya içeriğine aykırı düşüncelerle yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir.” 17. HD, 27.1.2003, 550/438 (KİB). Gerekçe, ilk

Maddî soruna ilişkin diğ er bir istinaf sebebi, vakıaların yanlış tespit edilmesidir. Vakıa tespitlerindeki hatalar, genellikle konuyla ilgisi olmayan tecrübe kuralının uygulanması veya tecrübe kuralının yanlış uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Örneğ in, bir tazminat davasında mahkemenin araçların çarp   ma hızını yanlış hesaplaması tespit hatasıdır²⁸⁵.

Belli bir vakıa gerçekte var olmasına rağmen, bunun tespit edilmesi i in dosyada bulunması gereken dayanaklar eksikse, dosya m underecatına aykırılık değ il, bir tespit eksikliğı söz konusudur. Avusturya Hukukundaki deneyimler dosya m underecatına aykırılığ ın, nadiren istinaf sebebi olarak kabul edildiğ ini g stermektedir²⁸⁶.

Madd i sorunun c  z m u ile ilgili hatalar s z konusu olduğ unda, istinafa ba vuran taraf, ilk derece kararının değ iştirilmesini talep etmelidir²⁸⁷.  zellikle delillerin yanlış değ erlendirilmesi h linde, istinaf mahkemesi mutlaka duruşma yapmalı ve yeni bir karar vermelidir. Zira, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerini ancak delilleri yeniden incelediğı takdirde değ iştirebilir. İstinaf mahkemesi yeni bir inceleme yapmaz ise, kararını ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine dayandırmak zorundadır. Bu zorunluluk doğ rudanlık ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁸⁸.

6.4. İstinaf Sebeplerinin Ba vuru Dilekçesinde G sterilmesi

Hukuk Us l  Muhakemeleri Kanunu'nun 426/B maddesine g re, istinaf ba vurusu dilekçe ile yapılır. İstinaf sebepleri ve gerekçesi, istinaf dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardandır. İstinaf sebepleri dilekçede hi  g sterilmemi  se, istinaf mahkemesi  n

derece mahkemesindeki iddia ve savunmaların  zetlerini, c eki meli hususları, c eki meli hususlarda toplanan delilleri bu delillerin değ erlendirilmesini, delil değ erlendirmesinden c ıkarılan sonu ları ve bunların hukuk i sebeplerini i ermelidir. Gerek e somut uyu mazlıkta h k m a ısından  nemli olan vakıaların ve delillerin nasıl değ erlendirildiğ ini ve neden karadaki sonuca ulaşıldığ ını g sterir. Dosya i inde yer alan bilgi ve belgelere uygun olmayan bir gerek e delillerin değ erlendirilmesinde hata edilmesi veya  nemli vakıaların dikkate alınmaması sebebiyle vakıaların eksik veya yanlış tespit edildiğ ini g sterir.

²⁸⁵ Fasching, **Lehrbuch**, s. 895; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 462.

²⁸⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 896.

²⁸⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 896.

²⁸⁸ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 463. Ayrıca bkz. a a. 3. B l m, Ba lık 3.4.2

inceleme aşamasında dosya hakkında öncelikle gereken kararı vermelidir (m. 426/L). İstinaf mahkemesi bu durumda sadece kamu düzenine aykırı gördüğü hususlar hakkında inceleme yapabilir (m. 426/O)²⁸⁹.

İlk derece yargılamasında olduğu gibi, istinafta da taraflarca hazırlama ve teksif ilkesine ağırlık verilmiş, dava malzemesinin en kısa zamanda ve tam olarak yargılamaya getirilmesi amaçlanmıştır.

İlk derece mahkemesinin hükmü doğru olsa dahi, davayı kaybeden taraf çoğu zaman kanun yoluna başvurma eğilimindedir. Bunu dikkate alan kanun koyucular, istinaf yoluna başvurmak isteyen tarafları istinaf sebeplerini göstermekle yükümlü kılmıştır. Bu sayede davayı kaybeden taraf, istinafa başvurup başvurmayacağı, başvuracaksa hangi nedenlere dayanacağı hakkında etraflıca düşünmeye sevk edilmiştir²⁹⁰.

İstinaf sebeplerinin en önemli etkisi, istinaf incelemesinin kapsamı konusunda ortaya çıkar. İstinaf mahkemesinin ilk derece kararını kaldırarak esas hakkındaki kararı değiştirebilmesi için, bunu gerekli kılan hataların veya eksikliklerin istinaf sebepleri arasında gösterilmesi gerekir. Örneğin, istinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesinin delilleri dikkate almadığını veya yanlış değerlendirdiğini iddia ediyorsa, bunu istinaf sebebiolarak ileri sürmelidir. Bu zorunluluk, kamu düzenine ilişkin olanlar hariç, tüm istinaf sebepleri bakımından geçerlidir.

²⁸⁹ Tanzimattan sonra kabul edilen istinaf sisteminde, şer’iye mahkemelerinde hükme karşı istinafa başvuran taraf, hangi sebebe dayanarak istinaf talep ettiğini göstermek zorundaydı. Nizamiye mahkemelerinde ise, istinafa başvuranın sebep gösterme zorunluluğu yoktu. Nizamiye mahkemelerinde klasik anlamda istinaf uygulandığından, üst mahkeme hükmün hatalı olup olmadığını incelemeyen davayı yeniden görmekteydi. Bu konuda bkz. Şentop, **Kazaskerlik**, s. 117. Ayrıca, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda 1711 s.K. ile değişiklik yapılmadan önce, 440’ıncı maddenin son fıkrasına göre, karar düzeltme yoluna başvuran taraf, karar düzeltme sebeplerini dilekçesinde göstermek zorundaydı. Yargıtay, taraflarca ileri sürülen karar düzeltme sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapabilmekteydi. Kanunda düzenlenen ama taraflarca ileri sürülmemiş karar düzeltme sebepleri Yargıtay tarafından re’sen dikkate alınamamaktaydı. Bu sebeple, karar düzeltme talebinde bulunan taraf dilekçesinde sebep göstermemişse talebi reddedilmekteydi. Kanunun 440’ıncı maddesinde 1711 s.K. ile yapılan değişiklikten sonra dahi sebep gösterme zorunluluğunun devam ettiği savunulmaktadır. Bkz. Meral Sungurtekin, “Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi”, **YD**, Y. 16, S. 4: 471-489 (1990), s. 484-486; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 773-774; Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 157. Gürdoğan, “**Tashihi Karar**”, s. 293, 295; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 681-682. Aksi görüş için bkz. Kuru/Arslan, “**1711 Sayılı Kanun**”, s. 359.

²⁹⁰ Ercan, **a.g.e.**, s. 697.

Başvuruda bulunan taraf, ilk derece mahkemesinin maddî hukuk kurallarını yanlış uyguladığını ileri sürüyorsa, bunu da istinaf sebepleri arasında belirtmelidir. İstinaf dilekçesinde, genel olarak kanuna ve hukuka aykırılıktan, başka bir deyişle usûl ve kanuna aykırılıktan söz edilmesi yeterli olmadığından, maddî hukuk kuralına aykırılık somut olarak gösterilmelidir²⁹¹. Bununla beraber, istinaf sebebinin ayrıntılı gösterilmesine gerek yoktur. Başka bir deyişle, başvuruda bulunan taraf, hangi hukuk normunun yanlış uygulandığını tek tek göstermek zorunda değildir. Zira, hangi yargılama derecesinde olursa olsun, hâkim hukuku re'sen uygulamakla yükümlüdür.

İstinafa başvuran taraf, istinaf sebeplerini yeterince somutlaştırmalıdır. İstinaf sebeplerinin yeterince somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı, her olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Başvuru dilekçesinin tümü dikkate alındığında istinaf sebepleri anlaşılabiliriyorsa, istinaf sebeplerinin usûlüne uygun olarak somutlaştırıldığı kabul edilmelidir²⁹².

Bazı konularda daha önce verilen dilekçelere atıf yaparak veya o dilekçeleri referans sunarak da istinaf sebepleri gösterilebilir. Ancak, bütünüyle ilk derece yargılamasında verilen dilekçelere atıf yaparak istinaf sebeplerini göstermek mümkün değildir. Örneğin, istinafa başvuran davacı, sadece dava dilekçesine gönderme yaparak veya bu dilekçesini tekrar ederek sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmayacaktır²⁹³.

İlk derece yargılamasında birden fazla talep hakkında karar verilmişse (sübjektif dava birleşmesi veya objektif dava birleşmesi hâllerinde olabilir), istinaf derecesinde incelenmesi istenen kararlardan her biri hakkında istinaf sebeplerinin ileri sürülmesi gerekir²⁹⁴. Kararlardan biri hakkında istinaf sebebi ileri sürülmezse, o karar hakkında ancak

²⁹¹ Gehrlein, **a.g.e.**, s. 275; Musielak, **Kommentar**, s. 1132-1133; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1226. Karar düzeltme yolunda sebep gösterilmesinin zorunlu olduğunu kabul eden görüş de hukuka aykırılığın somut olarak dilekçede gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Sungurtekin, “**Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği**”, s. 487. Bilge, **Karar Düzeltme**, s. 157; Gürdoğan, “**Tashihi Karar**”, s. 300.

²⁹² Peter Ingelse, **Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı** (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 107.

²⁹³ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 958; Musielak, **Kommentar**, s. 1132.

²⁹⁴ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 959.

kamu düzenine aykırılık arz eden hususlarla sınırlı olarak inceleme yapılabilir. Kamu düzenine aykırılık yoksa istinaf talebi caiz olmadığından reddedilmelidir.

İstinaf sebeplerinin sadece şekli bir koşulu yerine getirmek amacıyla, basmakalıp ve genel ifadeler kullanarak ileri sürülmesi yeterli değildir. İstinafa başvuran, ilk derece yargılaması ve kararıyla ilgili somut hataları veya eksiklikleri belirtmelidir. Örneğin, sadece delillerin yanlış ve eksik değerlendirildiğini ileri sürmek veya ilk derece yargılamasında ileri sürülen iddialarla bağdaşmayan tespitler konusunda, herhangi bir değerlendirme ve tartışma yapmaksızın, tamamen aynı iddiaların tekrarlanması yeterli değildir. Delil değerlendirmesinin veya vakıa tespitlerinin hatalı olduğunu ileri süren taraf, bunun gerekçesini de ortaya koymalıdır (m. 426/L, I)²⁹⁵.

İstinaf sebeplerinin usûlüne uygun olarak gösterilmesi, dava malzemesinin yoğunlaştırılmasına ve yargılamanın hızlandırılmasına hizmet eder, istinaf derecesinde yapılacak kanun yolu denetiminde mahkemenin işini kolaylaştırır ve yargının iş yükünü hafifletir. İstinaf sebepleri sayesinde hem mahkeme hem de karşı taraf istinafa başvuru nedenleri konusunda bilgi sahibi olur. Kendisine istinaf dilekçesi tebliğ edilen taraf, istinafa başvuru nedenlerine göre, yargılama riskleri ve mahkemenin verebileceği karar konusunda muhakeme yaparak kendi tutumunu belirler. Karşı taraf cevap verip vermeyeceğine veya katılma yoluyla istinafa başvurup başvurmayacağına istinaf sebeplerini öğrendikten sonra karar verebilir. İstinaf mahkemesi ise daha en başta uyuşmazlık konusu hakkında ve ilk derece kararına yöneltilen itirazlar konusunda bilgi sahibi olur²⁹⁶.

İstinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmemesinin sonucu Kanunun 426/L maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, başvuru sebepleri veya gerekçeleri hiç gösterilmemişse, istinaf mahkemesi ön inceleme aşamasında gerekli kararı vermelidir. Böyle bir olasılıkta istinaf mahkemesinin nasıl karar vermesi gerektiği Kanunda

²⁹⁵ Alman Hukuku için bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 960; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 275-276; Musielak, **Grundkurs**, s. 307; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 477. Avusturya Hukuku için bkz. Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1240.

²⁹⁶ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 474.

açıklanmamıştır. Hükmün gerekçesine ve ayrıca 426/B maddesinin son fıkrasına göre, istinaf mahkemesi bu durumda istinaf başvurusunu hemen reddetmeyerek, 426/O maddesine göre sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı konusunda inceleme yapıp, sonucuna göre karar verecektir.

Kanımızca, başvuru dilekçesinde istinaf sebepleri hiç gösterilmemişse ve kamu düzenine aykırılık yoksa, ön inceleme aşamasında istinaf başvurusu reddedilmelidir²⁹⁷. İstinaf mahkemesinin ret kararı, ön inceleme aşamasında verilen ve istinaf başvurusunun caiz olmadığını (geçerli olmadığını) gösteren usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir²⁹⁸. İstinaf sebepleri usûlüne uygun olarak gösterilmişse ve başka bir eksiklik yoksa, dosya istinaf mahkemesince incelemeye alınmalıdır (m. 426/L).

Başvuru dilekçesinde gösterilen istinaf sebepleri belirsizse veya yanlış nitelendirilmişse (örneğin, delillerin yanlış değerlendirildiği ileri sürülmüş olmasına rağmen, aslında deliller hiç dikkate alınmamışsa), ret kararı verilmemelidir²⁹⁹. Bu ihtimallerden ilkinde, istinaf mahkemesi tarafın eksik ve anlaşılmayan taleplerini açıklamasını istemeli ve sonucuna göre gerekli incelemeyi yapmalı, ikincisinde ise, ileri sürülen istinaf sebebini doğru nitelendirerek gereken kararı vermelidir.

7. İSTİNAF TALEPLERİ

7.1. Genel Olarak

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, istinaf dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri de “istem sonucu”, yani istinaf talepleridir (m. 426/B, II,

²⁹⁷ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 3. Bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 2.2.6.

²⁹⁸ Schilken, **a.g.e.**, s. 452; Konuralp'e göre ise, bu karar m. 426/M, II, 1'de düzenlenen, incelenen kararın usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulunması durumunda verilecek başvurunun reddi kararıyla biçimsel bakımdan benzerlik göstermektedir. Bkz. Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 3. Ayrıca bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 2.2.6. ve 2.3. Alman Hukukunda, istinaf sebepleri istinaf dilekçesi veya gerekçelendirme dilekçesinde gösterilmemişse, istinaf talebi caiz olmadığı için ön inceleme aşamasında reddedilir (§ 522, I, 2 dZPO). İstinaf mahkemesinin bu kararı usûle ilişkin nihaî karar niteliğinde olduğundan, buna karşı şikâyet yoluna başvurulabilir (Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 968). Türk Hukukunda ise, ön incelemede verilen ret kararı temyize tâbidir (m. 427).

²⁹⁹ Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1246.

b. 7). Sadece istinaf sebeplerinin gösterilmesi, istinafin caiz olması ve haklılığının kabul edilmesi için yeterli değildir. İstinafin haklılığının tespit edilebilmesi, başvuruyu gerekçelendirmeye yarayan istinaf sebepleri ve istem sonucunun birlikte ortaya konulmasına bağlıdır. İstinaf talepleri, istinaf mahkemesince yapılacak incelemenin kapsamını ve sonucunu belirlemektedir³⁰⁰.

Kanun yoluna başvuran taraf, isteminin haklı olduğunu gösteren istinaf sebeplerini, istinaf taleplerini ve caizse yeni iddia ve savunma vasıtalarını istinaf dilekçesinde ortaya koymalıdır. Alman Hukukunda bu üç unsurun bir araya gelmesinden oluşan bütüne, “istinafin gerekçelendirmesi” adı verilmektedir³⁰¹. İstinaf sebepleri, kararın neden hatalı olduğunu, istinaf talepleri ise kararın ne derece hatalı olduğunu göstermektedir. İstinaf sebepleri başvurunun nedenlerini, istinaf talepleri ise başvurunun amacını göstermektedir. Bu unsurlar, bir bütün olarak ortaya konulmadığı takdirde, bunlardan birinin tek başına hedeflenen usûlî amaca hizmet etmesi mümkün değildir³⁰².

İstinaf dilekçesinin talep sonucu, ilk derece yargılamasındaki dava dilekçesinin ve Yargıtay’a sunulan temyiz dilekçesinin talep sonucundan farklıdır. Dava dilekçesinde, genel olarak maddî hukuka ilişkin hakların tespitine veya eda davalarında hakkın tespiti ile birlikte icrasına ilişkin karar verilmesi istenir. Temyizde, hukuka aykırı olduğu iddia edilen mahkeme kararının bozulması talep edilir. İstinaf dilekçesindeki talep sonucu ise, hem kanun yolu denetiminin sonucunu hem de dava konusuna ilişkin istemi ortaya koymalıdır³⁰³.

³⁰⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1131, 1153; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1225.

³⁰¹ Schilken, **a.g.e.**, s. 451; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 263; Horst Oehlers, “Der Zweck der Berufungsgründe nach § 519 III Nr. 2 ZPO”, **MDR**, 5: 447-451 (1996), s. 447. Belirtmeliyiz ki, “istinafin gerekçelendirilmesi”, kavramsal olarak “istinaf sebeplerinin gösterilmesinden” daha kapsamlıdır. İstinafin gerekçelendirilmesi, hukukî uyumsuzluğun istinaf derecesi için hazırlanmasının bir teminatıdır. İstinaf mahkemesi ve karşı taraf, istinafin gerekçelendirilmesi sayesinde, hangi sebeplerle ve hangi hususlarda hükme karşı konulduğunu henüz istinaf yargılamasının başlangıcında öğrendiklerinden, uyumsuzluğun daha basit ve hızlı çözülmesi sağlanmaktadır (Oehlers, **a.g.m.**, s. 447).

³⁰² Christian Balzer, **Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess** (2. Auflage. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005), s. 195; Oehlers, **a.g.m.**, s. 447.

³⁰³ Konuralp, “İstinaf Derecesi”, s. 33.

İstinaf talepleri, mahkemenin kararını doğrudan etkileyeceği için, başvuru dilekçesinin istem sonucunda, istinaf mahkemesinin nasıl karar vermesi gerektiği belirtilmelidir. Taraf, ilk derece kararının iptalini mi (kaldırılmasını mı) yoksa değiştirilmesini mi istediğini, iptalini istiyorsa kısmen mi yoksa tamamen mi iptalini istediğini veya hükmün değiştirilmesini istiyorsa, hangi kapsamda ve nasıl değiştirilmesini istediğini belirtmelidir³⁰⁴. İstinaf derecesinde usûlden veya esastan karar verilip verilmeyeceği, ilk derece mahkemesi kararının iptalinin yeterli olup olmadığı ve esas hakkında yeni karar verilip verilmeyeceği istem sonucuna göre belirlenir³⁰⁵.

Belirtmeliyiz ki, ilk derece kararının “iptali”, Kanundaki tabir ile “kaldırılması”, teknik anlamda “bozma” kararından farklıdır. Mahkemenin kararını bozan Yargıtay, uyuşmazlığın esası hakkında incelemenin tamamlanması ve yeniden karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesine rağmen, ilk derece mahkemesinin kararını iptal eden (kaldıran) istinaf mahkemesi, kural olarak davanın esası hakkındaki tahkikatı kendisi tamamlayarak bizzat karar verecektir. İstinaf mahkemesi, sadece Kanunun 426/M, I maddesinde düzenlenen sınırlı sayıdaki durumlarda iptal kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesine rağmen, Yargıtay, kural olarak istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi kararını bozarak, dosyayı alt derece mahkemesine göndermelidir.

İstinafa başvuran taraf, istem sonucunu istinaf mahkemesi kararının hüküm sonucu olabilecek şekilde açık ve net olarak ifade etmelidir. Bu gereklilik, tasarruf ilkesi³⁰⁶ ve

³⁰⁴ Konuralp, **Usûl**, s. 182; İstinaf talepleri, Alman Hukukunda istinaf başvurusunun zorunlu unsurlarından biridir. İstinafın başarıyla gerçekleştirilebilmesi için istinaf sebeplerinin yanında istinaf talepleri de belirtilmelidir. Bunun için belli bir şekil şartı öngörülmemiştir. İstinafa başvuran, kanun yolunun amacı ve talebinin kapsamı konusunda gerekli açıklamaları yapmalıdır. İstinaf talebi ilk derece kararında hangi değişikliklerin yapılması gerektiğini göstermelidir (§ 520, III, 2, Nr. 1) Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1131; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 342; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 959; Peter Gilles, “Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel”, **Archiv für Civilistische Praxis**, Band 177: 189-244 (1977), s. 194; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 263; Jauernig, **a.g.e.**, s. 296; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 274; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 475. İsviçre Hukukunda da kantonal ve federal düzeydeki istinaf yolunda, istinaf talepleri istinaf dilekçesinin zorunlu unsurlarından biridir. İstinaf talepleri, mahkeme kararının nasıl ve hangi kapsamda iptal edilmesi gerektiğini içermelidir (Habscheid, **a.g.e.**, s. 450, 485; Guldener, **a.g.e.**, s. 496).

³⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, 625.

³⁰⁶ Kanun yolu talepleri, ilk derece mahkemesi kararının hangi kapsamda değiştirilmesi gerektiğini belirler. Buna bağlı olarak ilk derece yargılamasında verilen karar, kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine

hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olması kuralından kaynaklanmaktadır. İlk derece kararının değiştirilmesini isteyen taraf, istinaf mahkemesinden talep ettiği yeni kararın hüküm sonucunu belirtmelidir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin davanın esası hakkındaki ret kararını doğru bulmayan taraf, başvuru dilekçesinde ileri sürdüğü istinaf sebeplerine istinaden davanın kabulüne karar verilmesini talep etmelidir³⁰⁷. İstinaf talepleri belirsizse, hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde, eksik veya çelişik olan hususların aydınlatılmasını istemelidir³⁰⁸.

İstinaf talepleri ilk derece mahkemesinin kararında yapılacak değişikliklerin kapsamını belirler. Başvuruyu haklı bulan istinaf mahkemesi, ilk derece kararını ancak istinaf talepleriyle belirlenen sınırlar içinde değiştirebilir, istinaf taleplerinden daha fazlasına karar veremez³⁰⁹. Ancak, dava şartları gibi re'sen dikkate alınması gereken durumlar bakımından taleple bağlılık kuralı uygulanmayacak, talep edilmese dahi mahkeme gereken kararı verecektir³¹⁰.

İstinaf taleplerinin sınırlandırılması, karşı koyulmayan hüküm kısımları bakımından kanun yolundan feragat edildiği veya davanın geri alındığı anlamına gelmez³¹¹. İlk derece yargılamasında birden fazla dava talebi hakkında karar verilmişse, taraf bunlardan sadece birine karşı istinafa başvurabilir. Bu durumda sadece aleyhine kanun yoluna başvurulmuş karar hakkında istinaf incelemesi yapılır³¹².

değiştirilemez. Bu kural, aleyhe karar verme yasağı olarak adlandırılmaktadır (*Verbot der reformatio in peius*) (Vogel/Spühler, **a.g.e.**, s. 373).

³⁰⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 861-862; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 453.

³⁰⁸ HUMK'un 75'inci maddesi çerçevesinde, hâkim, belirsiz veya çelişkili konularda taraflara soru sormakla yükümlüdür. Örneğin, objektif dava birleşmesinde talep sonucu tek bir rakam olarak gösterilmişse, hâkim her bir talebin ayrı ayrı ifade edilmesini isteyebilir. Tazminat davasında ne kadar maddî ne kadar manevî tazminat talep ettiği belirsiz olan taraftan bu talebini açıklaması istenebilir. Ancak, hâkim talep sonucundaki belirsizliğin giderilmesi dışında, uygun bir talep sonucu dermeyer edilmesini sağlayan veya dava temelinin değişmesine yol açan bir aydınlatma yapamaz (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 311).

³⁰⁹ Blomeyer, **a.g.e.**, s. 571, 573; Gilles, "**Rechtsmittelbegründung**", s. 199; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 42; Schilken, **a.g.e.**, s. 452; Jauernig, **a.g.e.**, s. 296, 302; Musielak, **Kommentar**, s. 1152-1153.

³¹⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1153.

³¹¹ **Aynı**, s. 1131.

³¹² Alman Hukukunda, bir kararı ayırarak kanun yoluna başvurulması (niceliksel sınırlandırma) çoğunluk tarafından kabul edilmesine rağmen, kanun yolu talebinin mahkeme kararındaki maddî veya hukukî bir

7.2. İstinaf Talepleri ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Arasındaki İlişki

7.2.1. Tasarruf İlkesi

İstinaf talepleriyle bağıllık tasarruf ilkesinin bir sonucudur³¹³. Hükmün hatalı olup olmadığı veya hangi kapsamda hatalı görüldüğü, bu hataların düzeltilmesi gerekip gerekmediği, ilk derece mahkemesinin kararından zarar gören tarafla ilgili bir sorundur³¹⁴.

Tasarruf ilkesi, tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri anlamına gelir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 72’nci maddesinde, “*Hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re’sen bir davayı tetkik ve halledemez.*” biçiminde ifade edilen tasarruf ilkesi, istinaf bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, dava talepleri bakımından geçerli olan ilkeler istinaf talepleri için de söz konusudur³¹⁵.

İlk derece kararından menfaatleri etkilenen taraflar başvurmamakça, istinaf mahkemesi kendiliğinden istinaf incelemesi yapamaz. Tarafın kanun yolu mahkemesine başvurarak hukukî korunma talep etmesi yeterli değildir. Başvuruda bulunan, istinaf mahkemesinin nasıl karar vermesi gerektiğini, ilk derece kararının hangi kapsamda ve ne yönde değiştirilmesini istediğini açıklamalıdır.

Tasarruf ilkesine göre, istinafın konusunu istinaf yoluna başvuran taraf (lar) belirler. İstinaf mahkemesi, taraflarca ileri sürülen istinaf talepleriyle bağılıdır. İstinaf mahkemesi, kısmen karşı koyulan bir hükmün tamamını iptal ederse, tasarruf ilkesini açıkça ihlâl etmiş

unsura hasredilmesi (niteliksel sınırlandırma yapılması) oybirliği ile reddedilmektedir. Bkz. Gilles, “**Rechtsmittelbegründung**”, s. 193; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 39-40; Musielak, **Kommentar**, s. 1131. İstinaf sebeplerinin istinaf incelemesinin içeriğini belirlemesi niteliksel sınırlandırma olarak kabul edilmektedir. Bkz. Stelios, **a.g.e.**, s. 181; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 39; Musielak, **Kommentar**, s. 1155.

³¹³ Tasarruf ilkesi hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 235 vd.

³¹⁴ Gilles, “**Rechtsmittelbegründung**”, s. 199.

³¹⁵ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 217.

olur³¹⁶. İlk derece yargılamasında olduğu gibi, kanun yolunda da mahkeme talepten fazlasına karar veremez, ancak talepten daha azına hükmedebilir³¹⁷.

İstinafa başvuran taraf, kararın kısmen değiştirilmesini talep ederek istinaf talebini sınırlandırabilir. İlk derece yargılamasında birden fazla talep hakkında karar verilmişse veya dava konusu bölünebilir nitelikteyse, bu taleplerden biri hakkında verilen karar için istinafa başvurulabilir veya hükmün kısmen değiştirilmesi talep edilebilir. Başvuruyu sınırlandırma iradesinin istinaf taleplerinden açıkça anlaşılması gerekir³¹⁸. Bu durumda istinaf mahkemesi, itiraz edilmeyen karar kısımlarını inceleyemez.

İstinaf mahkemesi, kural olarak istinaf talepleri ile bağlı olmakla birlikte, 426/O maddesi kapsamında kamu düzenine aykırılık tespit ettiği takdirde, taraflarca talepte bulunulmasa dahi gereken kararı vermelidir. Kamu düzeniyle ilgili hususlar, taraf menfaatlerinden ziyade kamu yararını ilgilendirdiğinden, tüm derecelerde re'sen dikkate alınmalıdır. Örneğin, 426/M, I maddesinde sayılan dava şartlarından biri eksik olmasına rağmen esas hakkında karar verilmişse, istinafa başvuran taraf bu sebeple kararın iptalini talep etmemiş olsa dahi, istinaf mahkemesi ilk derece kararını iptal ederek (kaldırarak) dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermeli, 426/M, I hükmünde sayılmayan dava şartlarından biri eksik olduğunda ise, bizzat davayı reddetmelidir.

Tasarruf ilkesine bağlı olarak, istinaf incelemesi başlamadan önce veya başladıktan sonra, istinafa başvuru hakkından feragat edilebilir. İstinafa başvurulduktan sonra feragat edilirse, ilk derece mahkemesi, dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermeden başvurunun reddine karar verir. Dosya bölge adliye mahkemesine gönderildikten sonra feragat edilirse, başvuru feragat nedeniyle istinaf mahkemesince reddedilir (m. 426/İ, II)³¹⁹.

³¹⁶ Gilles, “*Rechtsmittelbegründung*”, s. 195; Gilles, “*Anschliessung*”, s. 148.

³¹⁷ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 74. maddesine göre, “*Hâkim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir*”. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 238.

³¹⁸ Eichele/Hirtz/Oberheim, *a.g.e.*, s. 217; Wolfgang Grunsky, “*Zum Umfang der Dispositions befugnis des Rechtsmittelklägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstand*”, *ZZP*, Band 88, Heft 1: 49-64 (1975), s. 49.

³¹⁹ Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 2.1 ve 2.4.

7.2.2. Hâkimin Aydınlatma Ödevi

İstinaf talepleri bakımından önemli diğer bir ilke hâkimin aydınlatma ödevidir. Kural olarak, mahkemeye yöneltilen talebi usûlüne uygun olarak formüle etmek ve ileri sürmek tarafın, bu talepleri anlamlandırmak ise hâkimin görevidir. Bu bağlamda hâkim, taraflara çelişkili ve belirsiz taleplerinin ne anlama geldiğini sorabilir ve taleplerini açıklatırabilir³²⁰.

İstinafa başvuran tarafın talebi belirsizse veya çelişkiler içeriyorsa, hâkim bu taleplerin netleştirilmesi için tarafı dinleyebilir (m. 75, II ve 213)³²¹. Ancak, hâkim tarafa talebini açıklattırırken daha önce ileri sürülmemiş taleplerin veya vakıaların ileri sürülmemesine dikkat etmelidir. Hâkimin soru sormasını haklı kılan dayanak noktalarının bulunmaması, aslında taraflarca ileri sürülmemiş bir vakıanın hâkim tarafından yargılama dahil edilmesi veya en azından hâkimin tarafa yol göstermesi ya da nasihat vermesi anlamına geleceğinden ret sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Zira, aydınlatma ödevi, var olmayan iddia ve savunmaların ortaya konulması veya yeni taleplerin açıklanmasını değil, mevcut taleplerle ve vakıalarla ilgili belirsizliklerinin ve çelişkilerin giderilmesi amaçlar³²².

İstinafa başvuran taraf, ilk derece kararının iptalini ve değiştirilmesini istemesine rağmen bu değişikliğin hangi noktalarda ve nasıl yapılması gerektiği açık olmayan veya çelişik beyanlarıyla talep ederse, istinaf mahkemesi, esası incelemeyen önce belirsiz olan taleplerin açıklanmasını istemelidir. Mahkeme, tarafın açıklamalarını yeterli bulursa, bunları da dikkate alarak inceleme yapmalı, aksi takdirde dosyanın mevcut durumuna göre karar vermelidir.

³²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 239, 249.

³²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 313, 358; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın "*hâkimin davayı aydınlatma ödevi*" başlığını taşıyan 36'ncı maddesine göre, "*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir*".

³²² Alangoya, **İlkeler**, s. 156 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 250.

7.3. İstinaf Taleplerinin İstinaf Sebepleri İle Uyumlu Olması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, istinaf dilekçesinin talep sonucu, ileri sürülen istinaf sebepleriyle uyumlu olmalıdır. Zira istinaf mahkemesi, kural olarak başvuruda bulunanın talebiyle bağlıdır. Örneğin, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin hatalı olduğunu iddia eden taraf, kural olarak bu eksikliğin tamamlanmasını ve ilk derece kararının değiştirilmesini talep etmelidir. Buna karşılık, Kanunun 426/M maddesinin I’inci alt bendinde sayılan mutlak istinaf sebeplerinden birine dayanan taraf, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını (iptalini) talep etmelidir³²³. Ancak, mutlak istinaf sebepleri nedeniyle hükmün iptalini talep etmek mecburi değildir. Zira, mutlak istinaf sebeplerinin sözkonusu olduğu hallerde, istinaf mahkemesi kendiliğinden inceleme yapabileceğinden, talep edilmese dahi gerekli kararı verebilecektir. Bu durumda tarafların talebi istinaf mahkemesine yol gösterecektir. Buna göre, istinaf mahkemesince esas hakkında yeni bir karar verilmesi mümkün değilse, sadece ilk derece kararının iptaline karar verilmesini talep etmek yeterlidir. İptal talebi kabul edilirse, ilk derece kararı kaldırılarak, dosya yeniden incelenmek ve karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilir.

İstinaf sebepleri istinaf taleplerini şu şekilde etkileyecektir: Eğer mutlak istinaf sebeplerinden biri mevcutsa ve ilk derece mahkemesinde yeniden yargılama yapılması istenmekteyse, ilk derece kararının kaldırılması (iptali) talep edilmelidir³²⁴. Bu hâllerde istinaf mahkemesince esas hakkında yeni bir karar verilmesi mümkün olmadığından, ilk derece mahkemesi, usûlüne uygun ve eksiksiz bir inceleme yaparak yeniden karar vermelidir.

İlk derece mahkemesinin kararı, istinaf mahkemesi tarafından düzeltilebilecek bir usûl hatasına dayanıyorsa ilk derece kararının değiştirilmesi talep edilmelidir³²⁵. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitleri eksik veya hatalıysa, uyuşmazlığın esası hakkında eksik inceleme yapılmışsa, dosya münderecatına aykırı karar verilmişse, ilk derece

³²³ Ayrıca bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 862; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 453.

³²⁴ Guldener, **a.g.e.**, s. 496, dn. 81; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1237.

³²⁵ Guldener, **a.g.e.**, s. 496, dn. 81.

yargılamasında usûlî eksiklikler varsa veya hatalı hukukî değerlendirmeler yapılmışsa, istinafa başvuran taraf, mahkeme kararının değiştirilmesini talep etmelidir³²⁶. İstinaf mahkemesi, değişiklik talebini kabul ederse, eksik olan noktaları tamamladıktan sonra esas hakkında bizzat karar verecektir.

Belirtmeliyiz ki, ilk derece kararının değiştirilmesi talebi, aslında iptal talebini de içermektedir. Buna karşılık, istinaf mahkemesinin esas hakkında yeni bir karar vermesi isteniyorsa, sadece hükmüm kaldırılmasını istemek (iptal talebinde bulunmak) yeterli değildir³²⁷. İstinafa başvuran, esas hakkındaki kararın değiştirilmesini istemesine rağmen, dilekçesinde sadece ilk derece kararının kaldırılmasını (iptalini) talep ederse, esas hakkındaki talep sonucu belirsiz olduğundan yeni bir karar verilmesi mümkün değildir. Bununla beraber, dilekçenin tümü ve özellikle gerekçesi dikkate alındığında, başvuruda bulunanın talebi anlaşılabiliriyorsa istinaf istemi reddedilmemelidir³²⁸.

7.4. Aleyhe Karar Verme (Reformatio In Peius) Yasağı

7.4.1. Terim Sorunu

Aleyhe bozma, Latince “reformatio in peius” terimiyle ifade edilmektedir. Reformatio in peius, bir mahkeme kararının, kanun yoluna başvuran tarafın zararına olacak biçimde, davaya bakan üst mahkeme tarafından re’sen değiştirilmesidir³²⁹.

Reformatio in peius yasağı ise, genel olarak kanun yoluna başvuran tarafın durumunun kötüleştirilmemesi anlamına gelir. Bu yasağın amacı, kanun yoluna başvuran

³²⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 863; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 218.

³²⁷ Alman Hukuku için bkz. Feil/Kroisenbrunner, **a.g.e.**, s. 935; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 274. Avusturya Hukuku için bkz. Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 453; Feil/Kroisenbrunner, **a.g.e.**, s. 935; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1237.

³²⁸ Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1245 vd.

³²⁹ M. Kamil Yıldırım, “Medenî Usûl Hukukunda Reformatio In Peius Yasağı”, **Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı**: 145-177 (İstanbul: MÜHF, 1993), s. 147; Musielak, **Grundkurs**, s. 299.

tarafın ilk derece kararıyla elde ettiği durumu muhafaza etmek, başka bir deyişle ilk derece yargılamasında kazanılmış hakkını korumaktır³³⁰.

Reformatio in peius yasağı, Türk Hukukunda temyiz ve karar düzeltme yolu bakımından kabul edilmekte ve Türkçe’de “aleyhe bozma yasağı” kavramıyla ifade edilmektedir. Aleyhe bozma yasağı, taraflardan birinin temyize başvurusu hâlinde, ilk derece mahkemesi kararının sadece temyize başvuran taraf lehine bozulabileceği, onun aleyhine bozulamayacağı anlamına gelir³³¹.

Aleyhe bozma yasağı dar ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda aleyhe bozma yasağı, taraflardan yalnız birinin temyiz ettiği hükmün onun aleyhine bozulamamasıdır. Geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ise (aleyhe hüküm verme yasağı da denilir) taraflardan yalnız birinin temyize başvurusu durumunda, bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinin, bozma lehine olan taraf hakkında, bozulan karara oranla daha aleyhte bir karar verememesidir³³².

Türk Hukukunda tercih edilen “aleyhe bozma yasağı” kavramı, daha ziyade temyiz kanun yoluna göre anlam kazanmıştır. Kanımızca, bu kavram temyiz bakımından yeterli olmasına rağmen, istinafi da içeren bir modelde eksik kalmaktadır. Zira, istinaf mahkemesi sadece bozma ve gönderme kararı vermeyecek, gerektiğinde uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verebilecektir. Bu sebeple reformatio in peius yasağı için, istinafi da kapsayacak daha kapsamlı bir kavramın uygun olacağı kanısındayız. Bu konudaki tercihimizi belirtmeden önce, reformatio in peius yasağı hakkında, yabancı hukuk sistemlerindeki kavram tercihlerine göz atmak faydalı olacaktır.

Alman Hukukunda reformatio in peius yasağı, mahkeme kararının kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine değiştirilememesi anlamına gelir. Almanca

³³⁰ Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Musielak bu durumu “*Wahrung des Besitzstandes*” kavramıyla ifade etmektedir. “*Besitzstand*”, hakkında ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilen ve kanun yoluna başvuran tarafın lehine kesin hüküm etkisi gösteren dava konusunun bir kısmını ifade etmektedir. Bkz. Musielak, **Kommentar**, s. 1153.

³³¹ Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 668; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4726; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 520.

³³² Kuru, **Usûl C. V**, s. 4732; Baki Kuru, “**Hukuk Usûlünde Aleyhe Bozma Yasağı**”, Makaleler: 317-327 (İstanbul: Arıkan, 2006), s. 318 vd.

“*Verschlechterungsverbot*” olarak ifade edilen yasağa göre, kanun yoluna başvuran tarafın durumu ilk derece kararına nazaran kötüleştirilmemelidir³³³. Bu kavram Türkçe’ye aleyhe karar verme yasağı olarak çevrilebilir.

Avusturya Hukukunda, *reformatio in peius* yasağı (*das Verbot der Schlechterstellung*), kanun yolu mahkemesinin denetim yetkisini sınırlandıran bir unsur olarak ele alınmaktadır. Bu kurala göre, üst mahkeme, kanun yoluna başvuranın aleyhine olacak şekilde hükmü değiştiremez³³⁴. Kanun yoluna başvuran tarafın karşılaşılabileceği en kötü sonuç, kanun yoluna başvurulmuş hükmün tekrar edilmesi veya onaylanması olmalıdır³³⁵.

İsviçre Hukukunda da aynı kural, *re’sen* araştırma ilkesinin uygulandığı davalar dışında, hükmün kanun yoluna başvuran taraf aleyhine değiştirilememesi olarak ifade edilmektedir³³⁶.

İstinaf derecesine sahip kanun yolu sistemleri dikkate alındığında, aleyhe bozma yasağı kavramı, *reformatio in peius* yasağının sadece temyiz yolundaki görünümü olup, istinafta dahi geçerli olan bu ilkeyi tam olarak karşılamamaktadır. İlk derece kararını hatalı bulan istinaf mahkemesi, uyuşmazlığın esası hakkında karar verebileceğinden, *reformatio in peius* yasağını “aleyhe karar verme yasağı” kavramıyla ifade etmek uygun olacaktır. İstinafta aleyhe karar verme yasağı, istinaf mahkemesinin kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine karar veremeyeceği, başka bir deyişle hükmü onun zararına değiştiremeyeceği, temyizde ise, hükmün kanun yoluna başvuran taraf aleyhine bozulamaması ve bozma kararına uyan alt derece mahkemesinin esas hakkındaki kararının ilkinde nazaran daha aleyhte olamayacağı anlamına gelir.

³³³ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 983; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 333; Musielak, **Grundkurs**, s. 299; Stürner, **a.g.e.**, s. 195; Yıldırım, “**Reformatio In Peius**”, s. 147.

³³⁴ Fasching, **Lehrbuch**, s. 883; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 454.

³³⁵ Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 381.

³³⁶ Vogel/Spühler, **a.g.e.**, s. 373.

7.4.2. Aleyhe Karar Verme Yasağının Dayanağı

Aleyhe karar verme yasağının hukukî dayanağını, medenî usûl hukukunun amacı, kanun yolu kurumunun niteliği, kesin hüküm kurumu, katılma kurumu, tasarruf ilkesi, hakkaniyet ve amaca uygunluk düşünceleri ile açıklamaya çalışan görüşler ileri sürülmüştür³³⁷. Öğretide çoğunluğun benimsediği yaklaşım, aleyhe karar verme yasağını tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık kuralına dayandırmaktadır³³⁸.

Tasarruf ilkesine göre, dava veya talep olmadan karar veremeyen hâkim, tarafın talebinden daha fazlasına da hükmedemez. Tasarruf ilkesi, kanun yolu derecesinde de geçerli olup, etkisini özellikle kanun yolu talepleriyle gösterir. Hükme karşı, sadece taraflardan biri kanun yoluna başvurmuş ise, istinafa veya temyize başvurmayarak pasif kalan karşı tarafın lehine karar verilmesi, tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık kuralına aykırılık teşkil eder (m. 72, 74).

Kanun yolu bakımından taleple bağıllık ilkesi, Avusturya ve Alman Medenî Usûl Kanunlarında açıkça düzenlenmiş (§ 462 öZPO; § 528 dZPO)³³⁹ olmasına rağmen, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, ilk derece yargılamasındaki taleple bağıllık kuralının (m. 74), genel bir ilke olarak kanun yolu derecesinde de geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰.

³³⁷ Bu görüşler hakkında bkz. Yıldırım, “**Reformatio In Peius**”, s. 148-153, *Bilge/Önen*, aleyhe bozma yasağını kesin hüküm kurumuna dayandırmaktadır (Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 668).

³³⁸ Yıldırım, “**Reformatio In Peius**”, s. 173; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4727; Kuru, “**Aleyhe Bozma Yasağı**”, s. 318; Avusturya Hukuku için bkz. Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 454; Fasching, **Lehrbuch**, s. 884; Alman Hukuku için bkz. Gilles, **Rechtsmittel**, s. 95; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 159; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 257; Musielak, **Grundkurs**, s. 300; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 333; Schilken, **a.g.e.**, s. 445; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 271; Paulus, **a.g.e.**, s. 193; Jauernig, **a.g.e.**, s. 294.; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 257; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 493; İsviçre Hukuku için bkz. Guldener, **a.g.e.**, s. 497.

³³⁹ Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun 462'nci paragrafına göre, “İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını ileri sürülen istinaf talepleri kapsamında denetleyebilir”. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 528'inci paragrafına göre, “İstinaf mahkemesinin denetimi ve kararı istinaf talepleri ile sınırlıdır. İlk derece mahkemesinin kararı ancak talep edildiği takdirde değiştirilebilir”.

³⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 238, 569.

Taleple bağılılık ilkesine göre, taraflardan sadece biri kanun yoluna başvurursa, diğer taraf, talebini mevcut mahkeme kararıyla sınırlandırmış ve o karara razı olmuş sayılacağından, kanun yolu mahkemesi, onun lehine inceleme yapmamalıdır³⁴¹.

Eğer taraflardan biri istinafa başvurursa, sadece onun lehine ve ileri sürdüğü istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapılmalıdır. İnceleme sonunda, kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine istinaf sebepleri tespit edilse dahi, onun aleyhine karar verilmemelidir. Buna göre, kanun yoluna başvuran taraf, sadece istinaf başvurusunun reddedilmesi riski ile karşı karşıyadır³⁴². Örneğin, (A)’nın (B)’ye açtığı 7.000 liralık tazminat davasında, ilk derece mahkemesi davayı kısmen kabul etmiş ve davalı (B)’yi 3.000 lira ödemeye mahkum etmiştir. Bu karara karşı sadece davacı (A) istinaf yoluna başvurur ve davalının geri kalan 4.000 liraya mahkum edilmesini isterse, istinaf mahkemesi aslında davacının tazminata hiç hak kazanmadığını düşünse dahi, davayı reddedemeyecek, sadece istinaf başvurusunun esastan reddine karar verecektir.

7.4.3. Aleyhe Karar Verme Yasağının Uygulanması

Aleyhe karar verme yasağı, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve kendiliğinden dikkate alınması gereken hususlarda geçerli olmayıp, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda uygulanır. Örneğin, sadece bir taraf kanun yoluna başvurmuş olsa dahi, dava şartına aykırılık nedeniyle istinafa başvuran tarafın aleyhine karar verilebilir. Boşanma davalarında re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan aleyhe karar verme yasağı uygulanmaz. Ayrıca, mutlak istinaf sebepleri ve kanun yoluna başvuru için aranan caizlik şartlarındaki eksiklik de re’sen dikkate alınacağından, aleyhe karar verme yasağı kapsamında değildir. Gerekçe maddî anlamda kesin hüküm etkisini haiz olmadığından, ilk derece mahkemesinin kararını değiştirmemek

³⁴¹ Yıldırım, “**Reformatio In Peius**”, s. 152; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 569.

³⁴² Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 271; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 493; Guldener, **a.g.e.**, s. 497; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 95; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 158.

koşuluyla hükmün gerekçesinde yapılan değişiklikler de aleyhe karar verme yasağı kapsamında yer almaz³⁴³.

Aleyhe karar verme yasağı, taraflardan sadece birinin istinafta başvurması hâlinde uygulanır. Başka bir deyişle, bir taraf istinafa başvurmasına karşılık diğer taraf pasif kalmış olmalıdır. Kanun yoluna başvuru hakkını, süresi içinde veya katılma yoluyla kullanmayan taraf pasif kalmış olur³⁴⁴. Her iki taraf da istinaf yoluna başvurursa, istinaf mahkemesi ancak tarafların istinaf talepleri kapsamında karar verebilir.

Aleyhe karar verme yasağının ihlâl edilip edilmediği, aleyhine başvuru yapılan mahkeme kararı ile kanun yolu derecesinde verilen karar ve kanun yolu talepleri karşılaştırılarak belirlenebilir. Davası tamamen reddedilen taraflardan biri, hükmün tamamına karşı istinafa başvurursa veya kısmî kabul ve ret kararı verilen davalarda, davacı kısmen reddedilen karar kısmına, davalı ise kısmen kabul edilen karar kısmına karşı tamamen istinafa başvurursa aleyhe karar verme yasağı uygulanmaz³⁴⁵.

Örneğin, alacaklı (A), borçlu (B)'ye 10.000 liralık bir alacak davası açar. İlk derece mahkemesi (B)'nin 5.000 lira ödemesine karar verir. (B), bu karara karşı istinafa başvurur ve istinaf mahkemesinden davanın reddine karar verilmesini talep eder. İstinaf mahkemesi, inceleme sonunda, (A)'nın 10.000 lira alacaklı olduğu kanaatine varsa dahi, (B)'nin 10.000 lira ödemesine karar veremez; ancak, (B)'nin istinaf talebini reddederek mevcut kararın doğruluğunu onaylayabilir. Zira, sadece (B) kanun yoluna başvurduğundan hükmü onun aleyhine değiştiremez. (A) kanun yoluna başvurmayarak ilk derece mahkemesinin hükmettiği alacak miktarına razı olmuştur.

İlk derece kararına karşı (B) ve (A) birlikte kanun yoluna başvurmuş ve (A) istinaf dilekçesinde, kalan 5.000 liranın da dikkate alınması ve (B)'nin 10.000 lira ödemeye mahkum edilmesini talep etmiş olsaydı, (A)'nın haklı olduğunu düşünen istinaf

³⁴³ Fasching, **Lehrbuch**, s. 884; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 257; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 493; Musielak, **Kommentar**, s. 1153.

³⁴⁴ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 335; Schilken, **a.g.e.**, s. 446; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 271; Musielak, **Grundkurs**, s. 300; Musielak, **Kommentar**, s. 1153; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 95; Yıldırım, **“Reformatio In Peius”**, s. 154.

³⁴⁵ Fasching, **Lehrbuch**, s. 883-884.

mahkemesi, (B)'nin 10.000 lira ödemesine karar verebilirdi. Zira, (A) ilk derece kararında hükmedilen miktarı yetersiz bulmuş ve talebinde ısrar etmiştir. Belirtmeliyiz ki, istinaf mahkemesi bu durumda dahi, kanun yoluna başvuran tarafların talepleri kapsamında karar verebilir. Şöyle ki, (A) 10.000 lira değil de 7.000 liraya hükmedilmesini talep etseydi (örneğin, ilk derece yargılamasındaki talebinin 3.000 lirasından feragat etseydi), istinaf mahkemesi ancak 7.000 liranın ödenmesine karar verebilirdi³⁴⁶.

Aleyhe karar verme yasağı, taleple bağılılık kuralının bir sonucu olarak kanun yolu mahkemesince yapılacak denetimin sınırlarını belirler. Aleyhine kanun yoluna başvurulmayan hüküm kısımları kesinleştiğinden, kanun yolu talepleri açık ve belirli olmalıdır³⁴⁷. Kanun yolu talepleri belirsizse, hâkim, aydınlatma ödevi kapsamında, taleplerini açıklamaları veya çelişkileri gidermeleri için taraflara imkân tanımalı ve onları dinlemelidir (m. 213; Ayrıca bkz. HMKT m. 37).

7.4.4. İstinaf Açısından Usûli Kazanılmış Hak

7.4.4.1. Genel Olarak

Usûli kazanılmış hak kavramı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarıyla hukukumuzda girmiştir. Usûli kazanılmış hak kavramının niteliği, kapsamı, etkileri ve istisnaları Yargıtay içtihatları ile belirlenmiştir³⁴⁸.

Yargıtay'a göre, usûli kazanılmış hak, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usûl işlemiyle taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan haktır³⁴⁹. Usûli kazanılmış hakkın uygulama alanı oldukça geniştir. Yargıtay usûl hukuku

³⁴⁶ Talepten fazlasına karar verme yasağı, Alman Hukukunda, iyileştirme veya bir tarafın lehine karar verme yasağı anlamına gelen “*Verbesserungsverbot*” kurumuyla ifade edilmektedir (§ 308 dZPO). Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, s. 983.

³⁴⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 885.

³⁴⁸ Baki Kuru, “**Usûli Müktesep Hak**”, Makaleler: 329-341 (İstanbul: Arıkan, 2006), s. 330.

³⁴⁹ “... Bilindiği üzere, bir davada, mahkemenin veya yanların yapmış olduğu bir usûl işlemi ile yanlardan biri lehine ve diğeri aleyhine doğmuş ve buna uyulması zorunlu olan hakka, usûli kazanılmış hak denilir. Örneğin, bir yanın bilirkişi raporuna itiraz etmemesi ile, bilirkişi raporuna itiraz eden yan lehine usûli

kurallarına uyulmadığı takdirde diğer taraf lehine usûlî kazanılmış hak oluşabileceği kanısındadır. Bu durum daha çok kanunda öngörülen veya hâkim tarafından verilen kesin sürelerle uyulmadığında doğmaktadır. Örneğin, bilirkişi raporuna sadece taraflardan birinin itiraz etmesi durumunda, onun lehine usûlî kazanılmış hak oluşacağı kabul edilmektedir³⁵⁰.

Usûlî kazanılmış hak olarak kabul edilen durumlardan biri de Yargıtay'ın bozma kararı üzerine doğan usûlî kazanılmış haktır. Bozma kararına bağlı iki tür usûlî kazanılmış hak kabul edilmektedir: Bunlardan biri, ilk derece mahkemesinin bozma kararına uymasından, diğeri ise bazı konuların bozma kapsamı dışında kalmasından doğan usûlî kazanılmış haktır³⁵¹.

Yargıtay'ın bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi, bozma kararıyla bağlıdır. Mahkeme bozma kararında gösterilen şekilde inceleme yapmak ve karar vermek zorundadır. Buna bozma kararına uyulmasından doğan usûlî kazanılmış hak denir. Ayrıca, Yargıtay'ca bozulan bir ilk derece hükmünün bozma kararı dışında kalan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi, bozma kapsamı dışında kalarak kesinleşen hüküm kısımları hakkında yeniden inceleme yapamayacağından, kesinleşen

kazanılmış hak doğar. Hâkimin bir tarafa re'sen yemin teklif etmesiyle o taraf lehine usûlî kazanılmış hak doğar. Aynı biçimde mahkemenin Yargıtay bozma ilâmına uyması ile bozma kararı lehine olan yan bakımından kazanılmış hak doğar." HGK, 5.2.2003, 8-83/72; Aynı yönde HGK, 12.7.2006, 4-519/527 (KİB).

³⁵⁰ Karayalçın, **"Usûlî Müktesep Hak"**, s. 150-152; "Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi, diğerinin itiraz etmemesi hâlinde sonradan yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen rapor itiraz edenin, öncekine göre, daha da aleyhine ise önceki rapor itiraz eden taraf yararına usûlî kazanılmış hak oluşturur, bunun sonucu olarak itiraz etmeyen tarafın razı olduğu miktar aşılarak daha fazla değer belirleyen sonraki rapora dayanılarak karar verilemez. Mahkemece usûlî kazanılmış hak gözetilmeden önceki kararda direnilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirir." HGK, 7.6.1985, 1983/5-841, 1985/573; Aynı yönde HGK, 12.7.2006, 4-519/527; 9. HD, 22.5.2006, 1030/14954; 17. HD, 14.6.2005, 5151/6454 (KİB). Bilirkişi raporuna itiraz edilmemesinin, daha sonra mahkemenin re'sen yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabileceği gerekçesiyle, usûlî kazanılmış hak doğurmayacağını kabul eden görüş için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 395 vd.

³⁵¹ "... Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile, bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usûlî kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usûlî kazanılmış hak durumu oluşabilir." HGK, 28.1.2004, 10-24/47 (KİB).

kısımlar, hangi taraf lehine ise onun için usûli kazanılmış hak teşkil eder. Burada ise bozma kapsamı dışında kalan hususlar usûli kazanılmış hak oluşturmaktadır³⁵².

7.4.4.2. Yargıtay Uygulamasında Usûlî Kazanılmış Hak ve Eleştirisi

Yargıtay’a göre, mahkeme kararının kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine bozulamaması aleyhe bozma yasağından, bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinin, kanun yoluna başvuran taraf aleyhine karar verememesi ise, usûli kazanılmış hak kurumundan kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşım, reformatio in peius yasağının Yargıtay’ca sadece dar anlamda aleyhe bozma yasağı olarak kabul edildiğini göstermektedir. Yargıtay’ın bazı kararları şu şekildedir:

“Bozmadan evvel mahkemece aylık kira parasının 1.670 lira olarak tespitine dair karar davacı tarafça temyiz edilmemiş, yalnız davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olması sebebiyle bu miktar için davalı taraf lehine bir müktesep hak doğduğu halde, mahkemece bu cihet nazara alınmaksızın aylık kira parasının 1.713 lira olarak tespitine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” (HGK, 21.11.1979, 2/721-1384); “Davacı kiralayan aylık kiranın 500 lira olarak tespitini istemiş, mahkeme aylık kiranın 394 lira olarak tespitine karar vermiş, bu karar sadece davalı kiracı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay yeniden bilirkişi incelemesi yapılması için kararı bozmuştur. Yeni bilirkişi aylık kiranın 436 lira olduğunu bildirmiş, mahkeme de aylık kiranın 436 lira olarak tespitine karar vermiş, davalı bu kararı da temyiz etmiştir. İlk hüküm sadece davalı tarafından temyiz edilmiş, bozma ilâmına uyulmak suretiyle davalı yararına usûli kazanılmış hak meydana gelmiştir. Usûli kazanılmış hakkın göz önünde tutulmayarak evvelce tespit edilen 394 liradan fazlaya hükmedilmesi isabetsizdir...” (3. HD, 10.12.1971, 5470/4352)³⁵³. “Bozmadan evvel mahkemece (verilen) aylık kira parasının 428.090.049 lira olarak tesbitine dair karar davalı tarafça temyiz edilmemiş, yalnız davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olması sebebiyle bu miktar için davacı taraf lehine bir müktesep hak doğduğu halde, mahkemece bu cihet nazara alınmaksızın aylık kira parasının 400.000.000 lira olarak tesbitine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” 3. HD, 20.5.2003, 6305/6279 (KİB). “Önceki hükmü davacı temyiz etmeyerek bu yönde davalı taraf lehine usûli kazanılmış hak oluşmuştur. Dairemizce verilmiş olan hatalı bozma kararıyla bu hakkın ortadan kaldırılması düşünülemez. Öte yandan anılan bozma kararına uyulmuş olması da davacı taraf lehine kazanılmış hak teşkil etmez.” 9. HD, 10.9.2003, 5344/14169 (KİB).

³⁵² Berkin, **Usûl**, s. 221; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4739, 4762; Kuru, “**Usûli Müktesep Hak**”, s. 331 vd. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 590; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 524 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 885; Karayalçın, “**Usûli Müktesep Hak**”, s. 152.

³⁵³ Kararlar için bkz. Kuru, **Usûl C. V**, s. 4733.

Örnek olarak seçtiğimiz kararlarda, taraflardan sadece biri temyiz yoluna başvurmasına rağmen, bozmaya uyan ilk derece mahkemesi, ilk karara nazaran o tarafın aleyhine olacak şekilde karar vermiştir. Yargıtay, uyma kararından sonra verilen bu kararları usûli kazanılmış hakkı ihlâl ettiği gerekçesiyle yanlış bulmuştur. Kanımızca, buraya aldığımız örneklerde kanun yoluna başvuranın aleyhine karar verilmemesi, usûli kazanılmış haktan kaynaklanmamaktadır. Zira, sadece bir taraf temyize başvurmuşsa, hem temyiz incelemesinde hem de bozmaya uyma kararından sonra o tarafın daha aleyhine olacak şekilde karar verilememesinin nedeni tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık kuralıdır. İlk derece mahkemesinde lehine karar verilen tarafın kanun yoluna başvurmamış olması, onun bu karara razı olduğunu gösterdiğinden, hem Yargıtay hem de uyma kararı veren mahkeme, talep edilmeyen bir şey hakkında veya talep edilenden daha fazlasına karar veremeyecektir.

Bozma kapsamı dışında kalan hususların usûli kazanılmış hak teşkil etmesi de aleyhe karar verme yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay temyiz incelemesini sadece hukuka uygunluk açısından yapar. Hukuk kurallarına aykırılık taraflarca ileri sürülmesi dahi Yargıtay’ca re’sen incelenir. Bununla beraber bu hukuk kuralları kamu düzenine ilişkin değilse, Yargıtay kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine bozma kararı veremez. Başka bir deyişle, taraflardan sadece biri temyize başvurmuş ve tespit edilen hukuka aykırılık o tarafın aleyhine ise, hukuka aykırılık nedeniyle bozma kararı verilemez. Yargıtay, sadece kanun yoluna başvuran tarafın lehine olan hukuka aykırılıklar nedeniyle bozma karar verebilir. Bozmaya uyan mahkemenin kanun yoluna başvuran taraf aleyhine karar verememesinin nedeni, bozma kapsamı dışında kalan hususlardan doğan usûli kazanılmış hak değildir. Esasında bozmanın kapsamını ve dolayısıyla usûli kazanılmış hak olarak ifade edilen hakkı belirleyen unsur tarafların talepleridir.

Sonuç olarak, taraflardan sadece birinin temyize başvurması hâlinde, alt mahkemenin kararına nazaran daha aleyhte karar verilememesi, tamamen aleyhe karar verme yasağından kaynaklanır³⁵⁴. Aleyhe karar verme yasağı ile usûli kazanılmış hak kurumlarının karıştırılması ve aleyhe karar verme yasağı yerine usûli kazanılmış hakka dayanılması hatalıdır. Taraflardan sadece birinin kanun yoluna başvurması sebebiyle aleyhe

³⁵⁴ Kuru, “Usûli Müktesep Hak”, s. 335-337.

karar verme yasağının uygulandığı davalarda, usûli kazanılmış hakka müracaat edilmesi ve bu ilkelerin bir arada düşünülmesi akıl karıştırmaktadır.

Aleyhe karar verme yasağı, tarafların talep sonucu ve mahkeme kararının hüküm sonucuyla, usûli kazanılmış hak ise mahkemelerin yapmaları gereken usûl işlemleri veya uymaları gereken usûl kuralları ile ilgilidir. Aleyhe karar verme yasağı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda ve sadece taraflardan birinin kanun yoluna başvurması hâlinde uygulanır. Usûli kazanılmış hak kuralı ise, her iki taraf temyize başvurursa dahi uygulanmaktadır. Buna göre, taraflardan biri kanun yoluna başvurduğu takdirde aleyhe karar verme yasağından, her iki tarafın kanun yoluna başvurması hâlinde ise usûli kazanılmış hak kuralından hareket edilmesi gerektiği sonucuna varılabilecekse de, kanımızca ulaştığımız bu ara sonuç dahi pek doğru değildir.

Usûli kazanılmış hak kurumunun var olup olmadığını belirlemek için, bozmaya uyma kararı veren ilk derece mahkemesinin, neden bozma kararı dışında karar veremeyeceği sorusu yanıtlanmalıdır. Kanımızca, usûli kazanılmış hak kavramı, bu soruya tatmin edici bir yanıt vermemektedir. Usûli kazanılmış hak olarak ifade edilen hukukî güvence, aslında bir denetim aracı olan kanun yolunun (temyiz) işlevsel bir sonucudur. Zira, ilk derece mahkemesi, bozma kararındaki görüşler doğrultusunda hareket etmez veya işlem yapmazsa, kanun yolu denetimi işlevini gerçekleştiremeyecek, kanun yolu ile hedeflenen amaca ulaşamayacaktır. Nitekim Alman Hukukunda, bozma kararı ile dosya kendisine gönderilen mahkeme, direnme kararı verme imkânına sahip olmadığından, temyiz mahkemesinin bozma kararında gösterdiği hukukî bakış açısıyla bağlıdır. Türk Hukukunda usûlî kazanılmış hak kurumunu ortaya çıkaran neden, *Üstündağ'ın da* haklı olarak belirttiği gibi, alt derece mahkemesinin bozma kararına ilk etapta uyma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bozmaya uyulup uyulmayacağı mahkemenin iradesine bağlı olduğundan, bu iradî işlem (karar) sonucunda doğan hukukî durumun nasıl nitelendirileceği sorunu gündeme gelmiştir³⁵⁵.

³⁵⁵ Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 148; Üstündağ, “**Mukayeseli Hukukta Yargıtay**”, s. 92.

Türk Hukukuna göre, hüküm mahkemesi ilk kararında direnebilir, ancak bu hak sınırsız değildir. Direnme kararı tekrar temyiz edilirse, alt derece mahkemesi, Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılacak inceleme sonunda verilen bozma kararına uymak zorunda olduğundan, bozma kararındaki görüşler çerçevesinde tahkikatı tamamlamak ve karar vermek zorundadır. Yargıtay dairesinin bozma kararına ihtiyarî olarak uyması ile Hukuk Genel Kurulunun bozmasına uymak zorunda olması arasında, sonucu ve etkileri bakımından bir farklılık bulunmamaktadır³⁵⁶; tek farklılık ilk durumda alt derece mahkemesine bir seçim hakkı tanınmış olmasıdır.

Kararında direnmeyerek bozmaya uyan mahkeme, Yargıtay'ın hukukî görüşlerine katıldığını gösterir. Mahkeme bu aşamadan sonra tekrar fikir değiştirerek farklı bir karar verirse, kanun yolu mahkemesinin hataları düzeltmek veya eksiklikleri gidermek amacıyla verdiği kararın anlamı kalmayacaktır. Yargılama her seferinde değişen ve yenilenen işlemler nedeniyle uzayacağından, tarafların yargıya olan inancı sarsılacak ve hukukî istikrar zarar görecektir. Kanımızca, bozmaya uyan mahkemenin uyma kararı çerçevesinde işlem yapma yükümlülüğü, sadece kanun yolu yargılamasının niteliği ve kamu yararı düşüncesiyle ilgili olup, usûli kazanılmış hakla ilgili değildir.

Alt derece mahkemesinin bozmaya uymasından sonra yürütülen tahkikat sırasında, taraflarca yeni iddia ve savunmalar ileri sürebileceğinden bozma kararının bağlayıcılığı kalkabilecektir. Bir tarafın yeni iddia ve savunmalarına diğer tarafın itiraz etmemesi veya ıslah ile yeni vakıalar ileri sürülmesi hâlinde dava temelinde değişiklik olacağından, mahkeme yeni duruma göre karar vermelidir. Tabi bu değişiklikler, bozma kararının kapsamı dışında kalarak veya açıkça onanarak kesinleşen hüküm kısımları bakımından mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, dava malzemesinde değişiklik olduğu takdirde, alt derece mahkemesi, bozma kararında belirtilen esaslara göre karar vermek zorunda kalmayacaktır. Dolayısıyla bozmaya uyulması nedeniyle oluştuğu iddia edilen usûlî

³⁵⁶ Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 184.

kazanılmış hak, tarafların iradî tasarruflarına bağlı olarak değişebileceğinden, kamu düzeni düşüncesine dayandırılmayacaktır³⁵⁷.

Usûli kazanılmış hak olarak değerlendirilen ikinci durum ise, bozma kapsamı dışında kalan hususlardır. Yargıtay, hükmün bir kısmını hukuka aykırı bularak kısmî bozma kararı verirse, bozma kapsamı dışında kalan hususlar kesinleşir. Yani yargılama açısından bozma kapsamı dışında kalan mahkeme işlemleri, hüküm bakımından ise, bozma kapsamı dışında kalan hüküm kısımları kesinleşir. Zira, bozma kapsamı dışında kalan kısımların zımnen onandığı kabul edilmektedir. Bu aşamadan sonra, bozma dışında kalan hususlar hakkında yeniden inceleme yapılamaz, karar verilemez ve başka bir olağan kanun yoluna başvurulamaz.

Mahkemenin bozma dışında kalan hususlarla bağlı olmasının nedeni, bunların kesin hüküm arz etmesidir. Kesin hükmün bağlayıcı etkisini, usûli kazanılmış hak olarak nitelendirmek isabetli değildir. Kesin hükmün bağlayıcı etkisi usûli kazanılmış hak olarak nitelendirilseydi, davanın ikinci kez açılması hâlinde, dava, olumsuz dava şartı olarak kabul edilen kesin hüküm nedeniyle değil, usûli kazanılmış hak nedeniyle reddedilirdi. Oysa bu sonuç, dava ve kanun yolu teorisiyle bağdaşmamaktadır. Kanun yolu denetiminden geçerek doğruluğu onaylanan yargılama işlemlerinin ve hükmün değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi, buna ihtiyaç da yoktur.

Taraf menfaatlerinden ziyade kamu yararına öncelik veren temyizcinin amacı, hukuk kurallarının doğru uygulanmasını sağlayarak içtihat birliğini ve hukukî istikrarı gerçekleştirmek, hukukun gelişimine hizmet etmektir. Kanımızca, tarafların menfaatlerini öne alan bir usûli kazanılmış haktan değil, temyizcinin amacı ve işlevinden kaynaklanan bir yükümlülüğün bahsedilmesi daha doğru olacaktır.

Yargıtay'ın usûlî kazanılmış hak kavramı konusundaki yaklaşımı, öğretinin de haklı olarak eleştirdiği üzere çelişkiler içermektedir. Yargıtay, bir yandan usûli kazanılmış hakkı kamu düzeni düşüncesine dayandırmasına rağmen, diğer yandan bu kurumun uygulamasını sınırlandıran istisnaları da kamu düzeni düşüncesinden hareketle temellendirmektedir.

³⁵⁷ Aynı, s. 175-179.

Üstündağ, 1962 yılında yayınlanan makalesinde bu soruna işaret ederek, bozma kararından sonraki durum hakkında Yargıtay’ca ortaya konulan usûlî kazanılmış hakkın istisnalarının zaman içinde artacağını tespit etmiş³⁵⁸ ve öngörüsünde yanılmamıştır.

Kanımızca, bir hukuk ilkesinin hem kendisini hem de istisnalarını aynı anda kamu düzeni kavramına dayandıran yaklaşımın tutarlı olduğu söylenemez. Usûli kazanılmış hakkın istisnası olduğu iddia edilen hâller, kural olarak, yargılama sona erinceye kadar re’sen dikkate alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlardır. Örneğin, bozmaya uyulmasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilirse, ilk derece mahkemesi bunu dikkate alarak karar vermelidir. Aynı şekilde, uyma kararından sonra Anayasa Mahkemesi davada uygulanması gereken bir kanun hükmünü iptal ederse, mahkeme bunu dikkate almalıdır. Görev konusu da usûli kazanılmış hakkın istisnaları arasında sayılmaktadır. Temyiz sebepleri arasında görev itirazı yoksa ve Yargıtay görevsizliği gözden kaçırmışsa, bozmadan sonra yapılan yargılamada dahi görev itirazı yapılabileceğinden, mahkeme görevsizlik kararı verebilir. Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan, her zaman ileri sürülebilir. Bu örneklerin sayısını artırmak mümkündür³⁵⁹.

Taraf iradesinin sonucu olarak yargılamayı etkileyen usûl işlemleri de usûli kazanılmış hakkın istisnası olabilir. Örneğin, uyma kararından sonra yürütülen tahkikatta, taraflardan biri, ıslah yoluyla veya karşı tarafın rızasıyla yeni iddia ve savunmalar ileri sürebilir. İlk derece mahkemesi, usûlüne uygun olarak ileri sürülen iddia ve savunmaları

³⁵⁸ Üstündağ, “**Temyizin Nakzı**”, s. 168. “... Nasıl ki, usûli kazanılmış hak kurumu Yargıtay inançları ile benimsenmişse, bu kuralın istisnaları da yine Yargıtay inançları ile benimsenmiştir. Yukarıda usûli kazanılmış hak kuralının istisnaları sayılmış olmakla birlikte; konu, bu sayılanlar ile sınırlı değildir. Usûli kazanılmış hak kuralının istisnaları saptanırken genel ilke, kamu düzenidir. Bu nedenle kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda, başkaca istisnalar da gündeme gelebilir.” HGK, 28.9.2005, 8-512/535 (KİB).

³⁵⁹ Bir hükmü temyiz yetkisi yargılamanın her aşamasında re’sen incelenmelidir. Kesin hüküm da kamu düzenine ilişkin olduğundan her zaman kesin hüküm itirazıyla ileri sürülebilir. Kesin hükmün bir dava şartı olduğunu da belirtmeliyiz. Bozmadan sonra yapılan yargılamada karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla ileri sürülen yeni iddia ve savunmalar da dikkate alınmalıdır. Bu durumda mahkeme bozma kararındaki hususlara göre değil yeni duruma göre karar verebilir. Mahkemece re’sen dikkate alınması gereken hususlar ve kamu düzeniyle ilgili konular yargılama sona erinceye kadar ileri sürülebilir. Maddî hataya dayanan bozma kararlarına uyan mahkeme, bu hataları düzelterek karar vereceğinden bozma kararıyla bağlı değildir (Kuru, **Usûl C. V**, s. 4771 vd.; Kuru, “**Usûli Müktesep Hak**”, s. 338 vd.; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 672 vd.).

dikkate alarak karar vermek zorundadır. Bu durumda bozma kararına göre karar verme zorunluluğu ortadan kalkar³⁶⁰.

Kanımızca, istisna sayılan bu hâller gerçek anlamda istisna değildir. Bunlar usûl hukukunun genel ilkelerinden ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinden çıkan sonuçlardır. İstisna olarak kabul edilen hâllerin sayıca çok ve belirsiz olması dahi, aslında bunların gerçek birer istisna olmadığını göstermektedir. Görev kuralların yargılama sona erinceye kadar ve her zaman dikkate alınması, uyuşmazlığa yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanması, içtihadı birleştirme kararının mahkemeleri bağlaması veya usûlüne uygun olarak ileri sürülen iddia ve savunmalara göre karar verilmesi birer istisna değil, aksine usûl hukukunun emredici nitelikteki temel kurallarındandır.

Yukarıda arz ettiğimiz gerekçeler nedeniyle, bozmadan sonraki yargılamada ve bozma kapsamı dışında kalan konular bakımından kabul edilen usûli kazanılmış hak kavramının sağlam ve tutarlı temeller üzerine inşa olunmadığı, aslında böyle bir kuruma ihtiyaç olmadığı sonucuna varmaktayız.

7.4.4.3. İstinaf Bakımından Değerlendirme

Kanımızca, istinafta da usûli kazanılmış hak kurumuna ihtiyaç olmayacaktır. İstinaf incelemesi sonunda verilen kararlar bakımından bozma ve bozmaya uyma gibi hukukî kurumlar olmadığından, bu tür mahkeme kararlarına bağlı olarak ortaya konulan usûli kazanılmış haktan da bahsedilemeyecektir³⁶¹. Ancak, uygulamadaki mevcut durum dikkate alındığında, istinaf mahkemesinin verebileceği kararlar ile usûli kazanılmış hak arasındaki ilişkinin açıklanması uygun olacaktır.

Başvuruyu haklı bulan istinaf mahkemesi, genellikle uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapar ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden, davanın esası hakkında bizzat karar verir. Böyle bir olasılıkta “usûli kazanılmış hakkın” doğması mümkün olmayacaktır. Zira, burada istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırdıktan sonra,

³⁶⁰ Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 895.

³⁶¹ İstinaf mahkemesinin inceleme sonunda verebileceği kararlar için bkz. 3. Bölüm, Başlık 5.3. vd.

gerektiğinde tahkikatın eksik yönlerini tamamlayarak esasa ilişkin yeni bir karar verir. İstinaf mahkemesini sınırlandıran unsur, tarafların talepleriyle bağlılık kuralı ve aleyhe karar verme yasağıdır. İstinaf mahkemesi tarafların taleplerinden daha fazlasına hükmedemeyeceği gibi, taraflardan sadece biri istinafa başvurmuş ise, aleyhe karar verme yasağı dolayısıyla, onun aleyhine karar veremeyecektir.

İlk derece kararının kaldırılması ve dosyanın gönderilmesi durumunda da usûli kazanılmış hak ve aleyhe karar verme yasağı doğmayacaktır. Kaldırma ve gönderme kararı verilmesi gereken hâller (m. 426/M, I) kamu düzenine ilişkin ağır yargılama hataları olduğundan, istinaf mahkemesi bu tür hataları re'sen dikkate alarak gönderme kararı vermelidir. Buna göre, taraflardan sadece biri istinafa başvurmuş olmasına rağmen, onun aleyhine gönderme kararı verilebilecek ya da istinaf mahkemesince 426/M, I maddesinde sayılan hatalar gözden kaçırılmış olsa dahi, daha sonra temyizde bozma kararı verilebilecektir.

İstinaf mahkemesi, dosyayı kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresi içinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderecektir. Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin kararıyla bağlı olduğundan, bu karar gereğince işlem yapmak zorunda olup, direnme kararı veremeyecektir (m. 426/M, I). İlk derece mahkemesi, gönderme kararına uymak veya direnmek gibi bir seçim hakkına sahip olmadığından, uyma kararına bağlı usûli kazanılmış hak da doğmayacaktır.

İstinaf isteminin reddedilmesi hâlinde de usûli kazanılmış hak doğmayacaktır. İstinaf isteminin reddi kararı temyize tâbi ise, henüz Yargıtay'ca bozma ve onama kararı verilmediğinden usûli kazanılmış hak oluşmayacaktır. Usûli kazanılmış hakkın doğabilmesi için, Yargıtay'ın istinaf mahkemesi kararını bozması ve istinaf mahkemesinin bozmaya uyması gerekmektedir. İstinaf isteminin reddi kararı temyize tâbi değilse, Yargıtay'ın karar düzeltmeye tâbi olmayan onama kararlarında olduğu gibi, hüküm kesinleşecek ve tarafların dava ile ilgili nihaî hak ve yükümlülükleri bu hükme göre belirlenecektir.

Kanun yolu incelemesi bakımından istinaf derecesinde usûlî kazanılmış hak doğmayacağı kanısında olmakla birlikte, istinaf mahkemesi kararlarının temyiz edilmesi

durumunda, usûlî kazanılmış hakkın mevcut olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtay'ın usûlî kazanılmış hak kavramı konusundaki yaklaşımını eleştirirken³⁶², temyizde usûlî kazanılmış hak kavramını kabul etmediğimizi, usûlî kazanılmış hak doğurduğu iddia edilen durumların aslında aleyhe karar verme yasağından, kanun yolunun işlevinden veya kesin hüküm etkisinden kaynaklandığını yukarıda belirtmiştik. Bu görüşlerimiz istinaf mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanacak olan temyiz hükümleri bakımından da geçerli olmakla beraber, Yargıtay'ın yorumlarında usûlî kazanılmış hak kavramına dayanmaya devam edeceği düşünülürse, temyize tâbi istinaf mahkemesi kararları bakımından usûlî kazanılmış hakkın nasıl oluşabileceği değerlendirilmelidir.

İstinaf mahkemesinin kararları temyiz edilirse, Yargıtay esasen iki şekilde karar verebilir: Yargıtay istinaf mahkemesi kararının hukuka uygun olduğu kanısındaysa kararın onanmasına (m. 436), hukuka aykırı olduğu kanısındaysa kısmen veya tamamen bozulmasına ve dosyanın ilgili alt derece mahkemesine gönderilmesine karar verir (m. 437, 438). Kanun koyucu, davanın esası hakkında ilk derece ve istinaf mahkemesinden hangisinin karar verdiğini dikkate alarak, dosyanın gönderileceği mahkemeyi belirlemiştir. Bozma kararı, istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkinse, dosya davanın esası hakkında karar veren ilk derece mahkemesine gönderilecektir (m. 439, I). Bozma kararı, istinaf mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karara ilişkinse, dosya kararı veren istinaf mahkemesine gönderilecektir (m. 439, II).

Dosya kendisine gönderilen ilk derece veya istinaf mahkemesi, bozma kararına uyabilir veya direnme kararı verebilir. Mahkeme uyma kararı verirse, artık bozmaya uygun olarak karar vermek zorundadır (m. 439, III ve V). Usûlî kazanılmış hak konusunda Yargıtay'ın daha önceki uygulaması, istinaftan sonra da geçerli olacaktır. Buna göre, kısmî bozma kararı verilmesi durumunda, bozma kapsamı dışında kalarak kesinleşen kısımlar hangi tarafın lehine ise, o taraf yararına usûlî kazanılmış hak oluşturacaktır. Bozmaya uyulması durumunda ise, bozma lehine olan taraf yararına usûlî kazanılmış hak oluşacaktır³⁶³. Uyma kararı veren mahkemenin ilk derece veya istinaf mahkemesi olması,

³⁶² Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 7.4.4.2.

³⁶³ İstinaf El Kitabı, s. 89-90.

usûlî kazanılmış hak bakımından bir farklılık yaratmayacağından, mahkeme esas hakkındaki yeni kararını usûlî kazanılmış hakkı dikkate alarak verecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİNAF İNCELEMESİ VE KARAR

1. GENEL OLARAK

İstinaf sürecini ilk derece mahkemelerinin davayı inceleme yöntemine göre basamaklandırmanın isabetli olacağı kanısındayız. Bir dava temel olarak dört aşamadan oluşur: Dilekçeler aşaması, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm¹. İstinafta da buna paralel olarak dilekçeler aşaması, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşaması olmak üzere beş safha bulunmaktadır. Bu safhalar birbirini takip etmektedir ve biri tamamlanmadan diğerine geçilemez. İstinafta bu beş safhadan sadece dilekçeler aşaması ilk derece yargılamasında tamamlanır; dosyanın üst mahkemeye gönderilmesinden sonraki diğer aşamalar ise istinaf derecesinde cereyan eder².

İstinaf mahkemesi dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ön inceleme aşamasında başvurunun caiz olup olmadığını inceler. Caizlik şartları sağlanmamışsa istinaf başvurusu usûle ilişkin bir kararla reddedilir (m. 426/L).

¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, ilk derece yargılaması bakımından, dilekçeler aşamasından sonra gelmek üzere ön inceleme aşaması öngörmüştür. Mahkeme ön inceleme aşamasında dava şartlarını, ilk itirazları inceler; uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri yapar; tarafların serbestçe tasarruf edebileceği davalarda sulhe veya arabulucuya gitmeye teşvik eder. Ön inceleme tamamlanmadan ve gereken kararlar alınmadan tahkikat aşamasına geçilemez (HMKT m. 142). Ön inceleme, tahkikatın amacına uygun olarak ve işlevini yerine getirecek şekilde yürütülmesini, tahkikata ihtiyaç duyulmayan hâllerde ise yargılama uzamadan karar verilmesini sağlayan bir aşama olarak yapılandırılmıştır. Ön inceleme aşamasının işlevi ve özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özkes, “Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı’nda Ön İnceleme”, **HPD**, S. 8: 101-110 (Eylül 2006), s. 102. Mevcut Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda, her ne kadar ön inceleme aşaması düzenlenmemişse de ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlerin ve incelemelerin yürütüldüğü bir safha, mevcut sistemde de bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, davanın esasına girmeden önce, dava şartlarını ve ilk itirazları incelemek zorundadır (m. 187-192). Ayrıca, ilk derece hâkimi, tahkikata başlamadan önce, sonuç vereceği umulan hâllerde tarafları sulhe teşvik edebilir (m. 213, I). Özellikle boşanma davalarında, aile mahkemesi hâkimi esasa girmeden önce, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesi konusunda tarafları teşvik etmelidir (4787 s.K. m. 7, I). Tasarı, mevcut sistemin dağınık hükümlerini daha belirgin, sistematik ve tahkikattan önceki ayrı bir aşama olarak düzenlemektedir.

² Konuralp, **Usûl**, s. 184; Özkes, “İstinaf”, s. 3110.

Caizlik şartları sağlanmışsa inceleme aşamasına geçilir. İstinaf istemi haksızsa başvuru esastan reddedilir; haklı ise, ilk derece mahkemesinin kararı istinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin ret veya kabul kararı ile değiştirilir³. Başvurunun haklı olduğu istisnâ bazı durumlarda ise, ilk derece kararı kaldırılır ve dosya yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilir.

İstinafın temel aşamalarından dilekçeler aşaması, ilk derece mahkemesi önünde gerçekleştiği ve daha önce istinafa başvuru kısmında açıklandığı için burada tekrar edilmeyecektir⁴. Aşağıda, istinaf mahkemesi önünde gerçekleşen ön inceleme, inceleme, sözlü yargılama ve karar aşamaları incelenecektir.

2. ÖN İNCELEME

2.1. Genel Olarak

Ön inceleme, dosya üzerinden kolaylıkla tespit edebilecek temel bazı hususların eksik olması durumunda, davanın süratle sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir aşamadır. İstinaf mahkemesi, ön incelemede önemli bazı hususların eksik olduğunu tespit ederse, esas incelemeden hemen gerekli kararı verecektir.

Ön inceleme, mevcut medenî usûl hukuku sisteminde sadece kanun yolu derecesinde düzenlenmiştir (m. 426/L; 432; YK m. 40, III ve IV; YİY m. 18). Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ilk derece yargılamasında dahi tahkikata geçilmeden ön inceleme yapılmasını öngörmüştür (HMKT m. 142-147). İlk derece mahkemesi ile kanun yolundaki ön incelemenin işlevi birbirinden farklıdır. İlk derece yargılamasındaki ön inceleme, uyuşmazlıkla ilgili iddiaların ve delillerin tahkikatta tartışılabilmesi ve hüküm kurulabilmesi için gerekli hazırlık işlemlerinin tamamlanması için yapılandırılmıştır. Hâkim, ön incelemede tarafları sulhe veya arabulucuya başvurmaya teşvik edecek, uyuşmazlık konusu vakıaları belirleyecek ve delillerin toplanması için

³ Guldener, **a.g.e.**, s. 504.

⁴ Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 5.1.

gerekli işlemleri yapacaktır (HMKT m. 142, I). Diğer yandan esas hakkında tahkikat yapılamadan incelenebilecek dava şartları ve ilk itirazlar da bu aşamada dosya üzerinde incelenerek karara bağlanacaktır (HMKT m. 143). Mahkeme tarafından ön incelemede tutulan tutanak, taraflar sulh oldukları takdirde bir sulh belgesi, sulh olamazlarsa bundan sonra tahkikatın hangi konularda ve kapsamda yürütüleceğini gösteren bir yol haritasıdır⁵. Kanun yolu derecesindeki ön inceleme ise, kanun yolu talebinin esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelendiği bir safhadır. Zira, kanun yoluna başvuru hakkı, her hukuk sisteminde belli esaslar dikkate alınarak sınırlandırılmıştır.

Ön incelemede, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmeyip (m. 426/L), sadece uyuşmazlığın esası hakkında tahkikat yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı incelenir. Böylece kanun yolu incelemesinin daha sonraki aşamalarında tespit edilmesi muhtemel eksiklikler önceden tespit edilerek, mahkemelerin gereksiz emek ve zaman harcamasının önüne geçilmektedir. İstinaf mahkemesi ön incelemede gözden kaçırdığı usûlî eksiklikler hakkında, istinafın sonraki aşamalarında dahi karar verebilir⁶. Örneğin, ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmiş olduğu ön incelemede gözden kaçırılmışsa (5235 s.K. m. 33, b. 1; m. 36, b. 1), istinaf mahkemesi, tahkikat aşamasında istinaf talebinin reddine karar verebilir. Zira, bu durum istinafın caizliği ile ilgili bir sorundur ve istinaf mahkemesince her aşamada re’sen dikkate alınmalıdır. İstinaf başvurusunun caiz olup olmadığı, kamu yararıyla ilgili olduğundan, karşı taraf itiraz etmese dahi re’sen incelenmelidir⁷.

Ön incelemenin kim tarafından yapılacağı, Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ne de 5235 sayılı Kanun’da açık bir hüküm bulunmaktadır. Ön incelemeyi düzenleyen 426/L maddesinde ön incelemenin bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince yapılacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu ifade, ön incelemenin mutlaka heyetçe yapılacağı biçiminde anlaşılmamalıdır. Ön inceleme, bölge

⁵ HMKT’nın 145’inci maddesinin Hükümet Gerekçesinden. Ayrıca bkz. Özkes, “Ön İnceleme”, s. 106.

⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 903.

⁷ Musielak, **Kommentar**, s. 1137.

adliye mahkemesi hukuk dairesi başkanı tarafından görevlendirilen daire üyelerinden biri tarafından da yapılabilir, hatta böyle yapılması daha uygundur. Ön incelemeyi yapan üye, esas hakkında inceleme yapılamayacağı kanaatindeyse raporunu daire başkanına bildirir. Bu konunun kurulda müzakere edilmesiyle varılan sonuca göre heyetçe karar verilmelidir⁸.

Ön inceleme aşamasında duruşma yapılmasına gerek yoktur. Mahkeme sadece belirli usûlî koşulların mevcut olup olmadığını araştıracağından dosya üzerinde inceleme yapılması yeterli görülmüştür. Dosya üzerinden inceleme yapılması ön incelemenin amacına da hizmet eder. Zira, duruşma yapılması yargılama giderlerinin artmasına ve daha fazla zaman ve emek harcanmasına neden olur. Duruşma özellikle tahkikat aşamasında iddia ve savunmaların tartışılması, delillerin değerlendirilmesi ve tarafların dinlenmesi bakımından önemlidir. Bununla beraber, ön incelemenin dosya üzerinden yapılması, mutlak bir kural değildir. İstinaf mahkemesi, gerektiğinde ön incelemeyi duruşmalı da yapabilmelidir. Özellikle ön inceleme konusu olan eksiklik, başvuruda bulunan tarafın tamamlayabileceği veya düzeltebileceği nitelikteyse ya da esasa girilmesini engelleyen eksiklik konusunda şüphe varsa, istinaf mahkemesi duruşma yapabilmelidir⁹. Örneğin, istinafa başvurulurken yatırılması gereken harçların yatırılmadığını veya eksik yatırıldığını tespit eden istinaf mahkemesi, hemen başvuruyu reddetmemeli ve bu eksikliği tamamlayabilmesi için tarafa süre vermeli¹⁰, gerekirse duruşma yapılmalıdır. Başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı dosyadan anlaşılmıyorsa, bu belirsizliğin giderilebilmesi için duruşma yapılarak taraflara iddia ve savunma hakkı tanınmalıdır.

⁸ 5235 s.K.'nın 39'uncu maddesine göre, daire üyeleri, daire başkanı tarafından verilen dosyaları gerekli şekilde ve zamanında inceleyerek heyete sunmak, rapor hazırlamak ve kararlarını yazmakla görevlidir.

⁹ Musielak, **Kommentar**, s. 1137.

¹⁰ Bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 2.2.5.

2.2. Ön İncelemenin Konusu

2.2.1. Ön İncelemeye Tâbi Konuların Niteliği ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması

Ön incelemede karar verilmesini gerektiren hâller 426/L maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır¹¹. Bu hükümde, esasa girilmesini engelleyen usûli engellerin neler olduğu belirtilerek, sadece bu hâllerde gereken kararın verilebileceği vurgulanmıştır. Ön incelemenin konusu şunlardır: İstinaf incelemesinin başka bir daire tarafından yapılması gerekip gerekmediği; kararın kesin olup olmadığı (yani istinafa tâbi olup olmadığı); istinaf başvurusunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı; başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği; başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilip gösterilmediği. Bu sorulara verilen olumlu veya olumsuz yanıtlara göre istinaf mahkemesi gereken kararı verir. Bu şartlarda bir eksiklik olmadığı tespit edilirse, denetimin bir sonraki basamağı olan tahkikat aşamasına geçilir (m. 426/L, son cümle; Ayrıca bkz. YK m. 40).

Ön inceleme denetimine tâbi olan konular, incelemenin hangi dairenin iş sahasına girdiğinin belirlenmesi dışında, kural olarak istinafın caizliği ile ilgili şartlardır. İstinaf talebinin haklı olup olmadığı konusunda inceleme yapılabilmesi için öncelikle istinaf başvurusu caiz olmalıdır¹².

Caizlik şartları istinaf mahkemesince re'sen incelenmelidir¹³. Ön incelemenin konusu sadece 426/L maddesinde sayılanlarla sınırlıdır. İstinaf mahkemesi 426/L maddesinde sayılan hususların (koşulların) var olup olmadığını re'sen incelemeli, koşullardan biri eksikse dosya hakkında ön inceleme aşamasında karar verilmelidir. Ön incelemeyi düzenleyen hükmün son cümlesine göre, ancak eksik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.

¹¹ Avusturya Hukukunda da ön incelemede karar verilmesini gerektiren usûli engeller kanunda (§ 471 öZPO) sınırlı olarak sayılmıştır (Fasching, **Lehrbuch**, s. 903; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 384).

¹² Jauernig, **a.g.e.**, s. 288; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Paulus, **a.g.e.**, s. 191; Schilken, **a.g.e.**, s. 436; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 278 vd.; Musielak, **Grundkurs**, s. 307-308; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 465; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 50.

¹³ Jauernig, **a.g.e.**, s. 298; Schilken, **a.g.e.**, s. 436; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 252; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 254.

Ön incelemenin kural olarak dosya üzerinden yapılacağını yukarıda belirtmiştik. Ancak istinaf derecesinde dosya üzerinden karar verilebilen hâller sadece 426/L maddesinde sayılanlardan ibaret değildir. Kanunun 426/M maddesine göre, istinaf mahkemesinin dosya üzerinden karar verebileceği başka hâller de mevcuttur. Görevsiz ve yetkisiz bir mahkeme tarafından karar verilmesi veya davanın taraf ve dava ehliyeti olmayan kişiler huzurunda görülmesi gibi, çoğu dava şartı niteliğinde olan usûlî eksiklikler tespit edilirse, istinaf mahkemesi duruşma yapmadan usûlden karar verebilecektir. Bu tür usûlî eksiklikleri mutlak istinaf sebepleri olarak nitelendirmiştir¹⁴.

Hem ön inceleme konusu hususlar hem de 426/M, I hükmünde sayılan usûli hatalar (mutlak istinaf sebepleri) istinaf mahkemesince re'sen incelenir. Ön incelemeye tâbi hususlar konusunda karşı taraf bir talepte bulunmasa dahi mahkeme bir eksiklik olduğunu tespit ederse istinaf başvurusunun usûlden reddine karar verir. 426/M, I hükmündeki ihtimaller gerçekleşirse mahkeme kendiliğinden dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir.

Ön incelemeye tâbi hususlar ve 426/M, I'e göre duruşma yapmadan karar verilebilen hâllerin tümü, usûl hukukuna ilişkin hatalardan oluşur. Mahkeme burada maddî hukuk normlarını dikkate almaz ve uyuşmazlığın esasına yönelik bir değerlendirme yapmaz. Bu sebeple, ön incelemenin konusu ve duruşma yapmadan karar verilebilecek hâller birbirine karıştırılabilecek niteliktedir. Belirtmeliyiz ki, ön inceleme konusu hususlar ve 426/M, I maddesinde sayılan usûlî eksiklikler, teorik ve pratik olarak birbirinden farklıdır¹⁵.

¹⁴ Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3.2.1. vd.

¹⁵ Avusturya Hukukunda ön inceleme Avusturya Usûl Kanunu'nun 471-479'uncu paragrafları arasında düzenlenmiştir. Türk Hukukuna göre daha kapsamlı olan ön inceleme aşamasında, istinafin caiz olup olmadığı ve yokluk sebeplerinin (*Nichtigkeitsgründe*), yani mutlak istinaf sebeplerinin var olup olmadığı incelenmektedir. Esas hakkında inceleme yapma ve karar verme imkânı olmayan bu hâllerde, usûle ilişkin bir kararla istinaf talebi reddedilmektedir (Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 466; Fasching, **Lehrbuch**, s. 903; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 384); Bazı yokluk sebeplerinin var olduğu tespit edilirse ilk derece mahkemesinin kararı iptal edilerek davanın reddine karar verilmektedir. Örneğin, devletin yargı yetkisi yoksa veya derdestlik söz konusu ise ilk derece mahkemesinde yargılama yapılmasına gerek olmadığından istinaf mahkemesi davanın reddine karar vermektedir (Feil/Kroisenbrunner, **a.g.e.**, s. 942). Son yıllarda Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, gittikçe artan oranda, esas hakkında dosya üzerinden karar verme imkânı tanındığı

Duruşma yapmadan karar verilebilecek hâller ön inceleme aşaması sona erdikten sonra ele alınır. Burada sayılan usûlî hatalar veya eksiklikler ilk derece yargılaması sırasında gerçekleşen ve yargılamayı önemli derecede etkileyen ağır yargılama hatalarıdır. Ön incelemede ele alınan konulardan farklı olarak bunlar, istinaf incelemesinin yapılabilmesi için aranan koşullar olmayıp; usûle ilişkin istinaf incelemesinin konusunu oluşturan yargılama hatalarıdır. Ön inceleme aşamasında ele alınan konular, en erken istinaf başvurusu ile tespit edilebilen usûlî sorunlar olmasına rağmen, 426/M, I hükmünde sayılanlar ilk derece mahkemesinde davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkabilecek usûlî hatalardır. Ön inceleme, kanun yolunun iç işleyişiyle ilgilidir. Örneğin ilk derece kararının istinafa tâbi olup olmadığı, istinaf süresi veya başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği en erken istinaf başvurusu ile tartışılabilir hale gelir; 426/M, I hükmüne konu olan inceleme ise ilk derece yargılamasının hukuka uygunluğunun denetimiyle ilgilidir.

Ön inceleme denetim öncesi aşama, 426/M, I'de düzenlenen imkân ise denetimin kendisidir. Burada şöyle bir benzetmenin yanlış olmayacağı kanısındayız. Bir spor müsabakasının yapılabilmesi için öncelikle uygun bir saha bulunmalı, sporcular müsabaka için gerekli kıyafetlere ve malzemelere sahip olmalıdır. Bu koşullar sağlanmadan hakem müsabakayı başlatmamalıdır. Müsabakanın kurallara uygun olarak yürütülüp yürütülmediği ise ancak müsabaka başladıktan sonra tartışılabilir. Müsabakanın başlaması için gerekli ön koşullar ön inceleme konularını, müsabaka ise istinaf denetiminin kendisini temsil eder. Sonuç olarak, ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun caiz olup olmadığı, 426/M, I'deki hâllerde ise ilk derece kararının usûlî açıdan hukuka uygun olup olmadığı, başka bir deyişle başvurunun haklı olup olmadığı incelenir.

için ön inceleme ile esas hakkındaki incelemenin birbirine karıştırıldığı eleştirisi yapılmaktadır (Fasching, **Lehrbuch**, s. 903). Alman Hukukunda ön inceleme aşaması Medenî Usûl Kanunu'nun 522'nci paragrafında caizlik denetimi başlığı altında düzenlenmiştir. Bu aşamada sadece istinaf başvurusunun caizliği konusunda değil, aynı zamanda sınırlı biçimde istinafın haklı olup olmadığı konusunda da karar verme imkânı sağlanmıştır. Alman Hukukunda ön incelemenin kapsamı Türk Hukukundakine göre daha geniştir. İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunun başarı şansı olmadığı, hukukî uyumsuzluğun ilkesel bir değere sahip olmadığı veya hukukun gelişimi ve içtihat birliğinin sağlanması bakımından istinaf mahkemesinin kararına ihtiyaç olmadığı kanaatindeyse hemen istinafın reddine karar verebilir (§ 522 Abs. 2 dZPO).

Ön inceleme ile 426/M, I hükmü arasındaki bu teorik farklılıkların yanında, pratikte ortaya nasıl bir görünüm çıktığı da değerlendirilmelidir. Ön incelemeyi başarıyla geçemeyen bir istinaf başvurusu için asıl inceleme yapılamaz, yani tahkikat aşamasına geçilemez; istinaf başvurusu caiz olmadığından usûlden reddedilir¹⁶. Buna karşılık 426/M, I'deki ağır yargılama hatalarının var olduğu tespit edilirse, istinaf başvurusu kabul edilmiş olur. İstinaf mahkemesi, ilk derece kararının kaldırılmasına karar vererek, dosyayı yeniden incelenmesi ve karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderir.

Ön incelemede verilen ret kararına karşı temyize başvurulabilir. Zira, usûle ilişkin nihaî karar niteliğinde olan bu karara karşı, kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin Kanun hükmü bulunmamaktadır. Kanun açıkça yasaklamadığı takdirde, usûle ilişkin nihaî kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği kanısındayız. Buna karşılık, 426/M, I hükmünde sayılan usûlî hatalar nedeniyle verilen kaldırma (iptal) ve gönderme kararları tek başına kanun yoluna tâbi değildir. İlk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin gönderme kararıyla bağlıdır (m. 426/M, I, c. 1)¹⁷.

Kanunun 426/M, I maddesinde sayılan durumlar sebebiyle verilen kaldırma (iptal) ve gönderme kararı, istinaf başvurusunun esası hakkında verilen nihaî karar niteliğinde olmasına rağmen temyiz edilemezken, ön inceleme sonunda verilen kararlar bakımından temyiz yolunu açık tutmak, ilk bakışta çelişkili görünmektedir. Ancak, 426/M, I'de sayılan hâllerde, davaya ilk derece mahkemesinde devam edileceğinden, bu aşamada kanun yoluna izin verilmemesi geçicidir ve sakınca teşkil etmemektedir. Zira, ilk derece mahkemesinin vereceği nihaî karara karşı daha sonra istinafa ve istinaf mahkemesinin kararına karşı da temyize başvurmak mümkündür. Oysa ön inceleme sonunda verilen ret kararına karşı kanun yolu kapatılırsa, başvuruda bulunan taraf, temyiz hakkından tamamen mahrum kalmış olacaktır.

¹⁶ Başka bir deyişle istinaf başvurusu caiz değilse 426/M, I'de sayılan hususlar hiç incelenmez İstinaf mahkemesi başvurunun caizlik koşullarını içermediği kanaatindeyse usûle ilişkin bir ret kararı verir. Buna karşılık, daire başvurunun caizlik koşullarını içerdiği kanaatindeyse, doğrudan inceleme aşamasına geçer, 426/M, I hükmündeki hataların var olup olmadığını denetler. Duruşma yapılmadan karar verilebilen hâller ile ön inceleme arasındaki karışıklık tam bu noktada ortaya çıkar. Zira, mahkemenin bundan sonra vereceği karar her iki aşamayı da kapsar nitelikte olacaktır.

¹⁷ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 5.3.2.1.3.

İstinaf mahkemesi ön incelemeyi belirli bir öncelik sırasına göre yapmalıdır. Ön inceleme konusu hususlardan biri hakkında verilen karar diğerlerinin incelenmesini gerektirmiyorsa veya imkânsız kılıyorsa, öncelikle bu şartın var olup olmadığı incelenmelidir. Örneğin, istinaf başvurusunun süresi içinde yapılıp yapılmadığının incelenbilmesi için, dosya önüne gelen istinaf dairesi, öncelikle uyuşmazlığın kendi iş sahası içinde olduğunu tespit etmelidir. İlgili istinaf dairesi, başkanlar kurulu tarafından yapılan iş dağılımına göre (5235 s.K. m. 35/1), görevli değilse dosyayı inceleyemez. Ön incelemeyi düzenleyen 426/L maddesindeki sıralamamanın, bu öncelik sırasına uygun olduğu söylenebilir. Bu sebeple konuyu Kanundaki sıralamaya uygun olarak değerlendireceğiz.

2.2.2. İncelemenin Başka Bir Dairenin İş Sahası İçinde Olup Olmadığı

Dosya önüne gelen istinaf dairesi öncelikle uyuşmazlığın kendi iş sahasına içinde olup olmadığını inceler. Daire, bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu tarafından belirlenen iş bölümüne göre uyuşmazlığı inceleme yetkisine sahip değilse, dosyanın ilgili istinaf dairesine gönderilmesine karar verir¹⁸. Böylece istinaf incelemesinin baştan itibaren doğru dairede yapılması sağlanarak zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Dosya kendisine gönderilen istinaf dairesi de aynı yönde karar verirse daireler arasında işbölümü uyuşmazlığı çıkmış olur. Bu sorun bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu tarafından çözülür (5235 s.K. m. 35, I, b. 1).

2.2.3. İlk Derece Kararına Karşı İstinafa Başvurulup Başvurulamayacağı

İkinci bölümün başında istinafa tâbi kararların hangileri olduğunu açıklamaya çalıştık. Yargı mercileri tarafından verilen tüm kararları istinafa tâbi kılmak mümkün değildir. Bu sınırlandırma, bir yandan yargılama sürecinin sağlıklı işlemlerini sağlama

¹⁸ Avusturya Hukukunda da istinaf mahkemesi yetkili değilse dosyanın yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesine karar verilmektedir (Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s.466).

kaygısından bir yandan da tüm kararları kanun yolu denetiminden geçirmenin fiilen imkânsız olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, ara kararlara karşı istinaf imkânı tanınırsa bir davanın ilk derece yargılamasında sona ermesi oldukça uzun zaman alır. Her mahkeme kararı istinaf mahkemesinin önüne gelirse, altından kalkılamayan dosya yoğunluğu nedeniyle sağlıklı bir kanun yolu denetimi yapılamaz. Bu yöndeki çabalar yargısal işlerin uzamasına, gereksiz emek, zaman ve para harcanmasına neden olur. Bu realiteden hareket eden kanun koyucu, ancak belirli türdeki ve miktardaki kararlara karşı istinaf imkânı tanımış, bunların dışında kalan kararlara karşı istinafa izin vermemiştir¹⁹.

Ön incelemeyi düzenleyen 426/L maddesinde, aleyhine istinafa başvurulmuş karar kesin ise gereken kararın verileceği öngörülmüştür. İstinaf dilekçesinin ilk derece mahkemesince reddedilmesini düzenleyen 426/F maddesine göre, istinaf dilekçesi kesin bir karara ilişkin olursa başvuru dilekçesinin reddine karar verilmelidir.

Kanun koyucu kararın istinafa tâbi olup olmaması bakımından sadece nihaî kararları ve bunların kesin bir karar olup olmadığını göz önüne almış, buna karşılık ara kararlarını ve geçici hukukî koruma kararlarını dikkate almamıştır. Ara kararlara karşı, tek başına istinafa başvurulması mümkün değildir (m. 426/A, I). Ayrıca ilk derece mahkemesinin geçici hukukî koruma kararlarına karşı da bazı hâllerde doğrudan istinafa başvurulması mümkün değildir. Örneğin, karşı taraf dinlenmeden verilen ihtiyatî haciz kararına karşı öncelikle aynı mahkemede itiraz edilmeli, itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulmalıdır (5311 s.K. ile değişik İİK m. 265, V). Aksi takdirde, istinaf başvurusu caiz olmadığı gerekçesiyle usûlden reddedilmelidir.

Bir mahkeme kararının esasa veya usûle ilişkin nihaî bir karar olup olmadığı, ön incelemede dosya üzerinden kolaylıkla tespit edilebilir²⁰. Kanımızca ön incelemede sadece kesin bir karara karşı istinafa başvurulması değil, ayrıca bir ara kararına karşı istinafa başvurulup başvurulmadığı da incelenmeli ve gereken karar verilebilmelidir.

¹⁹ Bkz. yuk. 1. Bölüm, Başlık 7. vd.

²⁰ Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun ön incelemeyi düzenleyen 471'inci ve 473'üncü paragraflarında, istinaf yasal olarak caiz değilse, duruşma yapmadan usûle ilişkin bir karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu karar istinaf talebinin usûlden reddi yönünde olacaktır.

Kesinleşmiş bir karara karşı istinafa başvurulduğu takdirde, karar veren ilk derece mahkemesi dahi başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Böylece kesin kararlara karşı istinafa başvurulması daha ilk derece mahkemesinde önlenmek istenmiştir. Kesinleşmiş bir karara veya ara kararına karşı istinaf başvurulursa, ilk derece mahkemesi dilekçenin reddine karar vermelidir. Dilekçesi reddedilen taraf, mahkemenin bu kararına karşı yedi gün içinde istinafa başvurursa, mahkeme dosyayı istinaf mahkemesine göndermelidir. İstinaf mahkemesi ön inceleme aşamasında kararın kesinleşmiş olup olmadığını tekrar inceleyip varacağı sonuca göre karar verecektir. İstinaf mahkemesi kararın bir nihaî karar olduğunu ve henüz kesinleşmediğini tespit ederse istinaf denetiminin üçüncü basamağı olan tahkikata geçilmelidir. Mahkeme istinaf edilen kararın bir ara kararı veya kesinleşmiş bir karar olduğunu tespit ederse, esasa girmeden, istinaf başvurusunu reddetmelidir. Mahkemenin bu kararı usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.

2.2.4. İstinaf Başvurusunun Süresinde Yapılıp Yapılmadığı

Ön incelemede, istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığı da incelenmelidir. İstinafa başvurusu süresi, kural olarak ilk derece kararının taraflardan her birine usûlüne uygun olarak tebliğinden itibaren on beş gündür (m. 426/E). İstinafa başvuru süresi hak düşürücü niteliktedir ve bu sürenin sona ermesiyle mahkemenin kararı kesinleşir²¹.

İstinaf başvurusunu alan ilk derece mahkemesi, istinaf dilekçesinin yasal süresi içinde verilip verilmediğini re'sen incelemeli, başvurunun süresinde yapılmadığını tespit ederse istinaf dilekçesini reddetmelidir. Başvurusu reddedilen taraf, bu karara karşı yedi gün içinde istinafa başvurabilir. Bu durumda mahkeme dosyayı dizi listesine bağlı olarak istinaf mahkemesine gönderir.

İstinaf mahkemesi de ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığını re'sen inceler. Daire, başvurunun süresinde yapıldığı kanaatindeyse, istinaf denetiminin bir sonraki aşamasına geçilir. Başvuru süresinde yapılmamışsa istinaf

²¹ Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 3. vd.

talebinin reddine karar verilir. Bu ret kararı usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir. İstinaf başvurusunun süresi içinde yapılmadığı ön incelemede değil de daha sonraki bir aşamada fark edilirse aynı şekilde caiz olmadığı için istinaf başvurusunun usûlden reddine karar verilmelidir²².

2.2.5. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği

Başvuru şartlarına uyulup uyulmadığı da ön inceleme aşamasında incelenir. Başvuru şartlarının yerine getirilmediği hâllere şu örnekleri verebiliriz: Başvuru dilekçesinde aleyhine istinafa başvurulmuş kararı yeteri kadar belli edecek kayıtların bulunmaması (örneğin, ilk derece kararının hangi mahkeme tarafından ve ne zaman verildiğinin belirsiz olması); istinaf dilekçesinde başvuranın kimlik bilgilerinin veya imzasının olmaması (özellikle birden fazla dava arkadaşının (davacı veya davalının) bulunduğu durumlarda hangi tarafın kime karşı istinafa başvurduğunun belirsiz olması); başvuru için gerekli harç ve giderlerin yatırılmamış olması veya eksik ödeme yapılması²³.

İstinafa başvuru şartları yerine getirilmemişse kural olarak istinaf başvurusunun reddine karar verilmelidir. Örneğin, istinaf edilen kararı yeteri kadar belli edecek kayıtlar belirtilmemişse, istinaf talebi usûle ilişkin bir kararla reddedilmelidir. Bununla beraber başvuru şartlarının yerine getirilmediği bazı hâllerde farklı bir karar verilebileceği kanısındayız. Örneğin, istinafa başvuru için yatırılması gereken harç ve giderlerin ödenmediği tespit edilirse, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. İstinaf başvurusu yapılırken yatırılması gereken harç ve giderlerin eksik olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme, başvuru sahibine yedi günlük kesin süre vererek harcı tamamlamasını, aksi hâlde başvurusundan vazgeçmiş sayılacağını yazılı olarak bildirmelidir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmazsa, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verileceği Kanunda açıkça ifade edilmiştir (m. 426/D).

²² Fasching, **Lehrbuch**, s. 859.

²³ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 466; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 470.

İstinafa başvuran taraf mahkemenin uyarısına rağmen harç ve giderleri tamamlamaz ve başvurunun yapılmamış sayılması kararına karşı yedi gün içinde istinafa başvurursa, dosya istinaf dairesinin önüne gelir. Bu aşamada istinaf mahkemesinin nasıl karar verebileceği konusunda iki görüş ileri sürülebilir: Birinci görüşe göre, istinaf mahkemesi harcın eksik yatırıldığını veya hiç yatırılmadığını tespit ederse, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir. İkinci görüşe göre, harç eksik yatırıldığı için istinaf talebinin reddine karar verilmelidir²⁴.

Kanımızca bu görüşlerden birincisi daha isabetlidir. İlk derece mahkemesinde harcın tamamlanması için süre verilmesine rağmen harç tamamlanmamış ve mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar vermişse (m. 426/D, I), bu karara karşı istinafa başvurulması hâlinde bir problem doğmaz. Davanın açılmamış sayılmasına yönelik istinaf talebi reddedildiği takdirde, ilk karar kesinleşir ve sonuç olarak istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmiş olur. Buna karşılık, harcın eksik olduğu ilk derece mahkemesinin gözünden kaçır, dosya bu haliyle istinaf mahkemesinin önüne gelir ve daire istinaf talebinin reddine karar verirse, birbirinin aynı olan iki halde farklı nitelikte kararlar verilmiş olur.

Başvurunun yapılmamış sayılması ve istinaf talebinin usûlden reddi, niteliği ve sonuçları bakımından birbirinden farklı karar türleridir. İstinafa başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilirse, istinaf başvurusuyla birlikte maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından doğan sonuçlar ortadan kalkar. Kanımızca ön incelemeye tâbi diğer hâllerde olduğu gibi, ilk derece ve istinaf mahkemesi kararları birbirinden farklı olmamalıdır. Ön incelemede, başvuru harcının eksik yatırıldığını tespit eden istinaf mahkemesi, istinaf başvurusunun reddine değil, davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir.

İlk derece mahkemesi harç ve giderlerin yatırılmadığını gözden kaçırmış ve dosya istinaf mahkemesinin önüne gelmişse, bu eksikliği tespit eden istinaf mahkemesi hemen başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermemeli; öncelikle harç ve giderlerin

²⁴ İstinaf El Kitabı, s. 55.

tamamlanması için yedi günlük süre tanınmalı, taraf bu süre sonunda harç ve giderleri yatırmamışsa başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir.

2.2.6. Başvuru Sebeplerinin ve Gerekçesinin Gösterilip Gösterilmediği

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/B maddesine göre, istinaf dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan biri başvuru sebepleri ve gerekçesidir. Başvuru sebepleri terimiyle kastedilen istinaf sebepleridir.

İstinaf sebeplerinin en önemli etkisi, istinaf incelemesinin kapsamı bakımından ortaya çıkar. İstinaf mahkemesi, kanun yolu denetimini istinaf sebepleriyle sınırlandırılan alanda yapabilir. Üst mahkeme, taraflarca ileri sürülmeyen istinaf sebeplerini inceleyemez ve buna dayanarak karar veremez. Bu ilkeye göre istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri veya gerekçesi gösterilmemişse, ön inceleme aşamasında istinaf dilekçesinin reddine karar verilmelidir.

İstinaf dilekçesini düzenleyen 426/B maddesine göre, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvurulanan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa dahi reddedilmez; 426/O maddesine göre inceleme yapılır. Bu hükme göre, inceleme istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılır. Ancak, mahkeme kamu düzenine aykırılık gördüğü hâllerde bunu re'sen dikkate almalıdır.

İstinafa ilişkin 426/B, 426/L ve 426/O maddeleri bir arada yorumlanırsa iki farklı görüş ortaya çıkabilir. Bu görüşlerden ilkinde göre, istinaf mahkemesi, istinaf sebepleri gösterilmediği için istinaf talebini ön inceleme aşamasında reddedemez. İstinaf dilekçesi başvuranın kimliğini, imzasını ve başvurulanan kararı yeterince belli eden kayıtları içeriyorsa, mahkeme inceleme (tahkikat) aşamasına geçmelidir. Tahkikat aşamasına geçen mahkeme, kamu düzenine aykırı gördüğü hususları, istinaf sebepleri arasında gösterilmemiş olsa dahi, re'sen inceleyebilir ve bunlara dayanarak karar verebilir (m. 426/O)²⁵.

Bu yaklaşım, ön inceleme aşamasında istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği konusunda bir inceleme yapılmasının aslında pek de gerekli

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 580; Konuralp, **Usûl**, s. 184.

olmadığı izlenimi yaratmaktadır. Zira, ön inceleme aşamasında istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilmediği tespit edilse dahi, istinaf talebinin reddine karar verilemeyecektir. İstinaf mahkemesi bu eksikliğe rağmen her hâlükarda tahkikat aşamasına geçmek zorunda kalacaktır.

Kanımızca, istinaf dilekçesinde “istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemiş olması”, istinaf başvurusunun ön inceleme aşamasında reddedilmesi için gerekli ve yeterli bir nedendir. Kanun koyucu, 426/L maddesinde ön incelemeye tâbi konuları belirlerken, dosya üzerinden yapılabilecek bir incelemeyle, eksik olan bazı temel hususların tespit edilmesi hâlinde, davanın süratle sonuçlandırılmasını amaçlamıştır²⁶. Böylece, temel eksiklikler nedeniyle davanın uzama tehlikesi, istinaf incelemesinin başında önlenabilir hale gelmiştir.

İstinaf incelemesinin seyrini ve istinaf başvurusunun başarısını etkileyebilecek en önemli unsurlardan biri istinaf sebepleridir. İstinaf sebeplerine ilişkin kanun hükümleri de bu önemi vurgular niteliktedir. Bu hükümlerden ilki, istinaf sebeplerini istinaf dilekçesinin unsurları arasında sayan 426/B maddesidir. İkinci olarak 426/L maddesi, istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemesini istinaf incelemesinin akıbeti açısından önemli görerek, bu eksikliğe bağlı olarak ön inceleme aşamasında gerekli kararın öncelikle verilmesini emretmiştir. Üçüncü olarak, 426/O maddesine göre, istinaf incelemesi, kamu düzenine aykırılıklar dışında, istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılmalıdır.

Kanımızca istinaf sebeplerinin kısmen veya tamamen istinaf dilekçesinde gösterilmesi, istinaf yolunun caizlik şartlarından biridir. İstinaf sebepleri hiç gösterilmemişse, sadece bu sebeple, istinaf talebi ön incelemede reddedilmelidir²⁷. Zira, istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olması kanun yoluna başvuran tarafın, ilk derece kararına aslında pek de karşı koyamadığını, elinde yeterince argüman olmadığını, en

²⁶ HUMK m. 426/L’nin Hükümet Gerekçesi.

²⁷ İstinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmesi hakkında bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.4.

azından istinafa yeterince hazırlanmadığını ve istinaf başvurusunun başarı şansının oldukça az olduğunu göstermektedir²⁸.

Alman ve Avusturya Hukuklarına göre de istinaf sebeplerinin dilekçede hiç gösterilmemiş olması halinde, istinaf başvurusu, caiz olmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir. İstinaf sebeplerinin istinaf dilekçesinde veya gerekçelendirme dilekçesinde gösterilmesi Alman Hukukunda bir caizlik koşulu olarak kabul edilmektedir²⁹. Avusturya Hukukunda ise, taraf istinaf sebeplerini hiç göstermemiş veya yetersiz belirtmişse, istinaf mahkemesi öncelikle bu eksikliğin tamamlanması için süre vermelidir. Taraf bu süre içinde istinaf sebepleriyle ilgili eksikliği düzeltmezse, istinaf talebi caiz olmadığı için usûle ilişkin bir kararla reddedilir (§ 471 Z.3, § 474 Abs. 2 öZPO)³⁰.

Kanunun 426/B maddesinde, her ne kadar başvuranın kimliğini, imzasını ve başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içeren istinaf dilekçesinin reddedilmeyeceği ve 426/O maddesine göre kamu düzenine aykırılıklar çerçevesinde inceleme yapılabileceği belirtilmişse de bu durum caiz bir istinaf talebi bakımından geçerli olmalıdır. İstinaf sebepleri hiç gösterilmemişse, caiz ve incelenmeye değer bir istinaf başvurusundan bahsedilemeyecektir. Aksi yöndeki bir tercihin, yersiz istinaf başvurularına, istinaf mahkemelerinin iş yükünün artmasına, yargılamaların uzamasına ve yargıya olan güvenin azalmasına neden olacağı kanısındayız. Zira, istinaf mahkemesi, sadece kamu düzenine ilişkin hususlarla ilgili olsa dahi, dosyayı baştan sona incelemek zorunda kalacaktır.

İstinafa başvuru sebeplerinin dilekçede gösterilmesi bakımından, temyiz yolundaki ile aynı kuralların benimsenmesi isabetli olmamıştır. Temyize başvuru dilekçesini düzenleyen 5236 s.K. ile değişik 430’uncu maddenin son fıkrasına göre, “*Temyiz dilekçesi, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır.*” Temyiz yolu bakımından bu hüküm anlamlı ve isabetli olmasına karşılık, davanın esası

²⁸ İstinaf sebepleri gösterilmeden yapılan bir başvuru, kamu düzenine aykırılıklar re’sen incelense bile istenen sonucu sağlayamayacaktır (Özkes, “İstinaf”, s. 3107).

²⁹ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 473

³⁰ Fasching, **Lehrbuch**, s. 901.

hakkında tahkikata ve esas hakkında hüküm verilmesine olanak sağlayan istinaf yolunda aynı esasın benimsenmesi doğru değildir. Zira, temyizde sadece hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Yargıtay taraflarca ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlı değildir, hatta temyiz incelemesi yapılabilmesi için “temyiz ediyorum” demek dahi yeterlidir³¹. Yargıtay hukuka aykırı karar verildiği kanısına varırsa, kararı bozarak dosyayı alt derece mahkemesine göndermelidir. Oysa istinaf mahkemesi maddî ve hukukî sorunu bir arada incelemekte, gerektiğinde vakıa mahkemesi olarak tahkikatı tamamlamakta ve davanın esası hakkında karar vermektedir. Bu özelliklerin göz ardı edilmesi, temyiz ve istinaf yolları arasındaki farklılığın da ortadan kalkmasına zemin hazırlayacak ve istinafa yöneltilen “küçük temyizcikler” veya “genişletilmiş temyiz” eleştirisinin³² artmasına neden olacaktır.

İstinaf dilekçesinin unsurlarını sayan 426/B ile ön incelemeye tâbi hususları öngören 426/L maddeleri, istinaf sebepleri bakımından farklı iki konuyu düzenlemektedirler. 426/B maddesi, 426/O maddesine atıfla, istinaf sebeplerinin bulunmamasının incelemenin kapsamına (tahkikata) etkisini düzenlemektedir. 426/L maddesi ise, istinaf sebepleri hiç gösterilmezse, istinaf talebinin kanunî çerçevesine uygun olmayacağını ve bu sebeple esas hakkında inceleme yapılamayacağını öngörmektedir. İstinaf sebepleri hiç gösterilmemesine rağmen tahkikat yapılabileceğini kabul edersek, 426/L maddesinde düzenlenen ön inceleme aşamasının anlamı ve işlevselliği kalmayacaktır. İstinaf dairesi, ön incelemede istinaf sebeplerinin hiç gösterilmediğini tespit etse dahi, başvurunun reddine karar veremeyecek, her hâlükarda tahkikata başlayacaktır. Böyle bir tercih, yargılamanın kanun eliyle uzatılmasına neden olacak ve büyük olasılıkla istinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmesinden beklenen yarar gerçekleşmeyecektir.

Sonuç olarak, istinafa başvuran taraf, istinaf sebeplerini yetersiz veya eksik biçimde olsa dahi dilekçesinde göstermişse, istinaf mahkemesi ön incelemede istinaf talebinin reddine karar vermemeli, tahkikat aşamasına geçerek ileri sürülen istinaf sebepleri ve kamu düzenine ilişkin konularda gerekli incelemeyi yapmalıdır. İstinaf sebepleri veya gerekçesi

³¹ Ansay, **a.g.e.**, s. 355.

³² Bkz. Tanrıver, “**Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması**”, s. 168; Tanrıver, **Tartışmalar**, s. 44 vd.

hiç gösterilmemişse, istinaf talebi ön incelemede usûle ilişkin bir kararla reddedilmeli, kamu düzenine ilişkin hususlarda dahi inceleme yapılmamalıdır.

2.3. Ön İncelemenin Sonucu

İstinaf mahkemesi ön incelemeye tâbi konuları, niteliğini dikkate alarak, belli bir sırayla incelemelidir. Buna göre, sırasıyla incelemenin başka bir daire tarafından yapılması gerekip gerekmediği, aleyhine istinafa başvuru kararın istinafa tâbi olup olmadığı, istinafa başvuru tarafın veya ilgilinin hukukî yararının bulunup bulunmadığı, malvarlığına ilişkin davalar bakımından hukukî yararın belirli bir parasal sınırın üzerinde olup olmadığı, istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığı, kanunda belirlenen şekil kurallarına uygun dilekçe verilip verilmediği ve istinaf sebeplerinin usûlüne uygun olarak gösterilip gösterilmediği incelenmelidir³³.

Ön inceleme sonunda bir eksiklik olduğunu tespit eden istinaf mahkemesi gereken kararı vermelidir. Ancak, Kanun ön inceleme aşamasında nasıl bir karar verilmesi gerektiğini belirtmemiştir. İstinaf mahkemesi ön incelemede caizlik koşullarından birinin eksik olduğunu tespit ederse, duruma göre başvurunun usûlden reddine, dosyanın ilgili daireye gönderilmesine veya başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verebilir³⁴. Başvurunun reddi, dosyanın ilgili daireye gönderilmesi veya başvurunun yapılmamış sayılması kararları usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.

Başvurunun reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Kural olarak istinaf mahkemesinin nihaî kararlarına karşı temyiz kanun yolu açık olduğundan, bu ret kararına karşı da temyize başvurulabilir. Ön inceleme dosya üzerinden yapıldığından, taraf bu aşamada sahip olmadığı hukukî dinlenilme hakkını, temyize başvurarak kullanabilecektir.

Malvarlığı davalarına ilişkin istinaf başvuruları hakkında verilen ret kararının temyiz edilebilmesi için, davanın değeri Kanunda öngörülen parasal sınırın üzerinde

³³ Alman Hukukunda da benzer bir sırayla öncelikle istinafın caiz olup olmadığı incelenmektedir. Bkz. Musielak, **Grundkurs**, s. 314-315; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 453, 465.

³⁴ Ön inceleme sonunda verilebilecek kararlar için bkz. aşa. 3. Bölüm, Başlık 5.2.

olmalıdır. Aksi halde ön inceleme sonunda verilen ret kararı verildiği anda kesin hüküm teşkil eder. İstinafa başvuru süresi sona ermişse, istinaf mahkemesinin usûle ilişkin ret kararı kesinleştiği takdirde, kural olarak istinaf edilen ilk derece mahkemesi kararı da kesinleşmiş olur. Şahıs varlığı davalarında ise böyle bir sınırlandırma yoktur. Her hâlükarda istinaf mahkemesinin başvurunun caiz olmadığını tespit eden ret kararına karşı temyize gidilebilir. Ancak, belirtmeliyiz ki çekişmesiz yargı işlerinde ve irs ve soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarda verilen kararlar aleyhine temyize başvurulamaz (m. 428, I, b. 5).

İnceleme için aranan ön koşulların var olduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, ilk derece kararının esastan incelemeye başlayabilir. Ön incelemenin eksik veya hatalı yapıldığını düşünen taraf, bu aşamada her hangi bir kanun yoluna başvuramaz. Taraf, ön incelemedeki eksikliği, ancak istinaf mahkemesinin esas hakkında vereceği karara karşı temyize başvurduğu zaman ileri sürebilir.

Esas hakkındaki inceleme usûle ve esasa ilişkin olarak iki yönden yürütülür. Bundan sonraki başlık altında incelemenin nasıl yapılacağını açıklamaya çalışacağız.

3. ASIL İNCELEME (TAHKİKAT)

3.1. Genel Olarak

Ön inceleme tamamlandıktan sonra asıl inceleme aşamasına geçilir. İnceleme aşaması ile kastedilen aslında tahkikattır³⁵. Bu aşamada istinaf talebinin haklı olup olmadığı incelenir. İstinaf mahkemesi, tahkikat aşamasında mahkemenin hükmünü etkileyen bir usûl hatası bulunup bulunmadığı, maddî hukuk normlarının doğru uygulanıp uygulanmadığını ve vakıa tespitlerinin tam ve doğru olup olmadığını denetler; bir hata veya eksiklik tespit ederse, düzeltilmesi için gerekli tahkikat işlemlerini yaparak esas hakkında karar verir.

³⁵ Öztekin, “Üst Mahkemeler Tasarısı”, s. 111; Konuralp, *Usûl*, s. 185; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 528.

İstinaf mahkemesinin bu yetkileri, onun kanun yolu ve vakıa derecesi olarak iki işlevi bir arada gerçekleştirdiğini göstermektedir.

Sadece temyizden ibaret olan kanun yolu sisteminde, ilk derece mahkemesinde eksik inceleme ile karar verilmesi veya kararın yanlış olması durumunda, Yargıtay'ca karar bozularak, dosya yeniden inceleme yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. Örneğin, özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmamışsa, karar bozulmakta ve dosya rapor alındıktan sonra karar verilmesi için ilk derece mahkemesine iade edilmektedir. İstinafta ise, keşif yapılmadan karar verilmesi, özel ve teknik bir konuda bilirkişi görüşü alınmamış olması, tanıklar dinlenmeden karar verilmesi gibi usûle aykırılıklarda veya yürürlükten kalkan bir hukuk kuralına dayanılarak karar verilmiş olması gibi maddî hukuk ihlâllerinde, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmeyecek, eksiklikler bizzat istinaf mahkemesince yürütülen tahkikatla tamamlanacaktır. Sonuç olarak, Yargıtay'ın eksik inceleme nedeniyle gönderme kararı verdiği durumlarda, istinaf mahkemesi kural olarak kendisi inceleme yapmak zorundadır.

Tahkikatın yürütülmesi bakımından ele alınması gereken temel bazı sorunlar şunlardır: Tahkikat kim tarafından yapılacaktır? Tahkikatta hangi yargılama usûlü uygulanacaktır? İstinaf mahkemesince yürütülecek tahkikatın kapsamı ne olacaktır? İstinaf mahkemesinin hükmüne esas alabileceği dava malzemesi nelerden oluşmaktadır? İstinaf derecesinde yapılması yasaklanan taraf usûl işlemleri ve mahkeme işlemleri nelerdir? Tahkikat dosya üzerinden mi yoksa duruşmalı mı yürütülecektir? Aşağıda sırasıyla bu soruların yanıtlarını bulmaya çalışacağız.

3.2. İncelemenin Heyetçe veya Görevlendirilecek Bir Üye Tarafından Yürütülmesi

İstinaf incelemesini kimin yürüteceği kanunda pek açık düzenlenmemiştir. Davanın özelliğine göre, incelemenin heyetçe veya görevlendirilen bir üye tarafından yapılması öngörülmüştür (m. 426/N, I). Kanunun gerekçesinde, incelenen konunun önemine ve kapsamına göre, incelemenin bizzat heyet veya heyetçe görevlendirilecek bir üye tarafından yürütülmesine olanak sağlandığı ifade edilmiştir.

Konunun önemine ve kapsamına göre incelemenin heyetçe mi yoksa üyelerden biri tarafından mı yürütüleceğini daire başkanı belirleyecektir. Kanun “konunun önemi” bakımından somut bir kıstas belirlememiş, mahkeme başkanına takdir yetkisi tanımıştır³⁶.

Başkan incelemenin üyelerden biri tarafından yapılmasını istiyorsa, dosyayı ona havale ederek rapor hazırlamasını istemelidir (5235 s.K. m. 38, b. 1). Üye dosyayı zamanında inceleyerek rapor hazırlamak ve heyete sunmakla görevlidir (5235 s.K. m. 39, b. 1)³⁷. Üyenin hazırladığı rapor, esas hakkında karar verilebilmesi için gerekli hususları, uyuşmazlığın daha önceki seyrini, tarafların iddia ve savunmalarının önemli noktalarını içermelidir. Rapor karar için önemli olan maddî, hukukî ve usûlî sorunları ortaya koymalı, uyuşmazlıkla ilgili tüm tartışmaları tüketmiş olmalıdır³⁸.

Üyelerin görevi sadece heyete bilgi vermek ve rapor hazırlamakla sınırlı değildir. Görevlendirilen üye tahkikatın tamamlanması için gerekli tüm işlemleri yapmaya yetkili olup, dosyayı karar verilmesi için hazır hale getirmekle görevlidir³⁹. Tahkikat hâkimi, tahkikatın tamamlanması için yapılması gereken işlemler, alınması gereken kararlar ve bunların kapsamı konusunda tek başına karar verecektir⁴⁰.

İncelemeyi yürütmekle görevlendirilen üye, tahkikatın tamamlanması veya tekrarlanması çerçevesinde ve Kanunda belirtilen sınırlara uygun olarak, ilk derece

³⁶ Alman Hukukunda da dosyanın mahkeme üyelerinden birine havale edilmesi mümkündür. Bu hâkim karar hâkimi (§ 526 dZPO) veya tahkikat hâkimi (§ 527 dZPO) olarak görev yapabilmektedir. İlk derece yargılamasında tek hâkim tarafından karar verilmişse, uyuşmazlık maddî ve hukukî yönden zorluk içermiyorsa ve ilkesel değere sahip değilse ve daha önce heyet tarafından duruşma yapılmamışsa dosya karar vermesi için üyelerden birine (karar hâkimine) havale edilebilmektedir (§ 526 Abs. 1 dZPO). Böylece ikinci derece yargılamasının kapasitesini artırmak ve yargılama giderlerini azaltmak amaçlanmıştır (Lüke, **a.g.e.**, s. 374; Musielak, **Kommentar**, s. 1148). Uyuşmazlık § 526 ZPO’ya göre karar vermesi için üyelerden birine havale edilmezse, bu kez tahkikatın yürütülmesi ve rapor hazırlanması için tahkikat hâkimi olarak üyelerden birine verilir. Alman Hukukundaki bu iki kademeli sisteme karşılık Türk Hukukundaki düzenleme dosyanın sadece tahkikatı yürütmek üzere üyelerden birine havale edilmesini öngörmektedir. Tahkikat hâkimi dosya hakkında tek başına karar verme yetkisine sahip değildir.

³⁷ Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur (5235 s.K. m. 29, II). Her daire asgari olarak bir başkan ve iki üyenin katılmasıyla toplanır ve çoğunlukla karar verir (5235 s.K. m. 46, I). Ancak, üye sayısının azami ne kadar olabileceği kanunda belirtilmemiştir.

³⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 911.

³⁹ Lüke, **a.g.e.**, s. 374.

⁴⁰ Musielak, **Kommentar**, s. 1150.

mahkemesinde dikkate alınmayan delillerin toplanması ve incelenmesi için gerekli işlemleri yapabilir. Üye, ilk derece mahkemesinde beyanları alınan tanıkları ve tarafları tekrar dinleyebileceği gibi, dava dosyasından anlaşılan ve esas hakkında karar verilebilmesi için dinlenmesi gereken tanıkları dinleyebilir; dosyadaki eksikliklerin tamamlanması için resmî ve özel kurumlardan belge ve bilgi talep edebilir.

Özellikle adliye binası dışında yapılması gereken mahkeme işlemleri için, tüm heyetin görevlendirilmesinden ziyade, bir üyenin naip olarak atanması basit ve ucuz yargılama yapılmasını sağlar. Naip üye, istinaf mahkemesinin yargı çevresinde, daha doğrusu faaliyet gösterdiği il merkezi sınırları içinde, tanık dinlemek veya keşif yapmak gibi usûl işlemlerini gerçekleştirebilir⁴¹.

İstinaf mahkemelerinin faaliyet alanı, bulundukları il merkezi ile sınırlı olmayıp yargı çevresi içindeki diğer illeri de kapsamına rağmen, naip hâkim kural olarak istinaf mahkemesinin bulunduğu il merkezi sınırları içindeki mahkeme işlemlerini yapabilir. İstinaf mahkemesinin bulunduğu ilin sınırları dışında fakat yargı çevresi içindeki işlemlerin yapılması için mahkemeler arasında istinabe (hukukî yardım) kurumundan yararlanılması benimsenmiştir (m. 426/N, II). Kanımızca istinaf mahkemesi gerektiğinde kendi yargı çevresi (yetkisi) içinde ancak faaliyet gösterdiği il merkezinin dışındaki yerlerde de bazı işlemleri istinabeden yararlanmaksızın bizzat yapabilmelidir. Bu işlem yargı yetkisinin sınırları içinde olacaktır. Örneğin, (A) İstinaf Mahkemesi, gerektiğinde vakıaların daha iyi aydınlanması bakımından kendi yargı çevresi içindeki (E) ilinde keşif icra edebilmelidir. Ancak, özellikle istinaf mahkemelerinin sayıca yetersiz olması ve iş yoğunluğunun fazla olması durumunda, sözkonusu yerlerdeki işlemlerin heyetçe veya naip hâkim tarafından bizzat yapılması, gereksiz emek ve zaman harcanmasına neden olacağından bu yola sıkça başvurulmamalıdır.

Kanun, istinaf derecesinde istinabenin hangi işlemler için ve nasıl uygulanacağını açıkça düzenlemediğinden, bu konuda ilk derece yargılamasına ilişkin usûl kuralları geçerli

⁴¹ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, tahkikatın bir üyeye bırakılması durumunda, mahkemeye niabeten işlem yapıldığını ve bu üyenin naip hâkim olduğunu kabul etmektedir (*Pekcanitez/Atalay/Özekes*, **Usûl**, s. 353).

olacaktır. Kanun istinabeyi genel ve bağımsız bir hükümle düzenlememiş, isticvap (m. 232), tanık dinlenilmesi (m. 257, 267), yemin (m. 343) veya bir belgenin incelenmesi (m. 323, III) gibi mahkeme işlemleri bakımından münferit hükümler öngörmüştür. Kanunda açıkça ifade edilmemesine rağmen, keşif de istinabe yoluyla yapılabilecektir. Doğrudanlık ilkesini zayıflatan istinabe yoluna⁴², özellikle tanıkların dinlenilmesi konusunda gerekmedikçe başvurulmamalıdır. Zira, tanıkların dinlenmesi ve tanık beyanının değerlendirilmesi bakımından, özellikle tanıkların güvenilirliği ve inandırıcılığı konusunda, karar mahkemesinin bizzat edineceği izlenim önemlidir. Nitekim Kanunun Ek 1'inci maddesine göre, büyükşehir belediye sınırları içerisinde davayı görmekte olan mahkeme, kesin zorunluluk olmadıkça bu belediye sınırları içerisinde bulunan şahit ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenilmesine karar veremez.

İstinabe kurumu mahkemenin kendi yargı çevresi dışında yapılması gereken işlemler bakımından öngörülmüştür. Buna göre, istinaf mahkemesi de kural olarak kendi yargı çevresi dışındaki mahkemeleri istinabe etmelidir. İstinaf mahkemesi, inceleme (tahkikatın tamamlanması) aşamasında başka bir bölge adliye mahkemesini veya başka bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içinde yer alan ilk derece mahkemesini istinabe edebilir. Ancak, istinaf mahkemesinin yargı çevresi, kendi bulunduğu ilin dışında başka illeri de kapsadığından, kendi yargı çevresi içinde yer almakla birlikte, faaliyet gösterdiği il merkezinde bulunmayan mahkemeleri de istinabe edebilecektir. Buna göre, istinaf mahkemesi faaliyet gösterdiği il merkezine bağlı ilçelerin mahkemelerini dahi istinabe edebilecektir. Sonuç olarak, istinaf mahkemesi, bulunduğu il merkezinin dışında olmak şartıyla kendi yargı çevresi içindeki bir ilk derece mahkemesini, başka bir bölge adliye mahkemesini ya da başka bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde bulunan ilk derece mahkemesini istinabe edebilir. Böylece istinaf mahkemesinin birden fazla ili kapsayan yargı çevresinin, yargılama süresi ve giderleri bakımından yaratabileceği olumsuzluklar önlenmek istenmiştir⁴³.

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 99; Pekcanitez, “**İstinaf**”, s. 25.

⁴³ HUMK m. 426/N'nin Hükümet Gerekçesi.

3.3. İncelemede Uyulması Gereken Yargılama Usûlü

Tahkikatın nasıl yürütüleceği konusunda büyük ölçüde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne atıf yapılmıştır. Kanunun 426/U maddesine göre, istinafa ilişkin fasılda hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü bölge adliye mahkemesinde de uygulanacaktır. Örneğin, ilk derece yargılamasında yazılı yargılama usûlü uygulanmışsa istinafta da yazılı yargılama usûlüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁴⁴.

Bir kanun yolu olarak istinafin ön plandaki karakteri, ilk derece mahkemesindeki hatalarının denetimi ve düzeltilmesi olmakla birlikte, istinaf mahkemesinin tâli nitelikte de olsa ikinci derece olay mahkemesi olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁵. Bu sebeple istinaf yargılaması, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne tâbi kılınmıştır⁴⁶. Kanunun istinafla ilgili faslında ise, daha ziyade istinaf mahkemesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülememesi veya ıslaha başvurulamaması gibi istinaf derecesinde yapılamayacak işlemler ve duruşma ile ilgili hükümler düzenlenmiştir.

İlk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü, istinaf kanun yolunun ve bölge adliye mahkemesinin nitelikleriyle bağdaştırılarak uygulanmalıdır. İlk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün mutlak biçimde aynen uygulanması mümkün değildir. Örneğin, ilk derecede tek hâkimli bir mahkeme tarafından karar verilmiş olsa dahi, istinaf mahkemesi tek hâkimle esas hakkında karar veremeyecektir. İstinaf daireleri bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşan toplu mahkemelerdir ve kararlarını başkanın ve iki üyenin katılımıyla toplanarak heyet hâlinde vermelidirler (5235 s.K. m. 29; 46). Bu sebeple, istinaf mahkemesindeki tahkikat, toplu mahkemelere ilişkin yargılama kurallarına göre yürütülmelidir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tahkikata ilişkin hükümlerinde toplu mahkemeler esas alınmıştır. Kanunun 181'inci maddesine göre, toplu hâkimlerle kurulmuş

⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 628.

⁴⁵ Öztekin, “**Üst Mahkemeler Tasarısı**”, s. 104.

⁴⁶ Musielak, **Kommentar**, s. 1147.

mahkemede, heyetin kararıyla üyelerden biri tahkikatı yürütmekle görevlendirilebilir. Tahkikat hâkimi, istinaf sebepleri kapsamında ve istinaf yargılamasıyla bağdaştığı ölçüde, Kanunun 213 ve devamındaki maddelerine göre gerekli işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Bu kapsamda tarafları duruşmaya davet edebilir, tanıkları ve tarafları dinleyebilir, gerektiğinde belli belgeleri ibraz etmeleri için taraflara süre verebilir, delilleri inceleyebilir, uyuşmazlığın aydınlanması için gerekli tüm işlemleri yapabilir. Tahkikat tamamlandıktan sonra, uyuşmazlık karar vermeye yetecek derecede aydınlanmışsa, dosya tekrar heyete havale edilir ve sözlü yargılama yapılarak hüküm verilir.

Belirtmeliyiz ki, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü, istinafta sadece tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarında uygulanabilir. Buna karşılık, dilekçelerin verilmesi ve ön inceleme aşamaları kanun yolunun niteliği gereği ilk derece yargılamasından farklıdır. Örneğin, ilk derece yargılamasında dilekçeler aşaması, tarafların karşılıklı olarak verecekleri ikişer dilekçeden oluşmasına rağmen, istinafta taraflar bir kez dilekçe verirler. Basit yargılama usûlünde davalı cevap dilekçesini ilk duruşmaya kadar verebilir; buna karşılık istinafa cevap vermek isteyen taraf bu işlemi istinaf dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde yapmalıdır. İlk derece yargılamasında ön inceleme aşaması yoktur⁴⁷, istinafta ise tahkikata geçilebilmesi için istinaf başvurusu ön incelemeden başarıyla geçmiş olmalıdır. Sonuç olarak, ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlü, istinafa ilişkin özel hükümlerle çelişmediği oranda uygulanabilir.

İlk derece yargılama usûlüne ilişkin hükümler, özellikle istinaf derecesinde duruşma yapılmasına karar verilen hâllerde etkili olacaktır. İstinaftaki yargılama usûlünü düzenleyen 426/U hükmünün gerekçesinde, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra duruşma yapılmasına karar verirse, bundan sonraki incelemenin ilk derece mahkemesinde uygulanmış olan yargılama usûlüne göre yapılacağı vurgulanmıştır. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, tahkikat aşamasının iki bölümden oluştuğunu söyleyebiliriz. İstinaf mahkemesi, birinci aşamada ilk derece mahkemesinin kararındaki

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na göre, ilk derece mahkemesinde yapılması öngörülen ön inceleme (HMKT m. 142-147), amacı ve işlevi bakımından, kanun yollarındaki ön inceleme aşamasından farklıdır. Bkz. 3. Bölüm, Başlık 1. ve 2.1.

hataları ve eksiklikleri tespit eder veya en azından eksiklik olup olmadığı konusunda bir kaniya varır. İkinci aşamada ise bu hataların düzeltilmesi, giderilmesi veya eksiklikler varsa bunların tamamlanması için gerekli işlemleri yapar⁴⁸. Belirtmeliyiz ki, bu iki aşamayı birbirinden ayırmak pek kolay değildir. Zira istinaf mahkemesi, hatalar ve eksiklikler konusundaki nihaî kararını ancak dosyanın karar vermeye yetecek derecede aydınlanmasından sonra verebilir. Eğer uyuşmazlık ilk derecede yeterince aydınlatılmamışsa, mahkeme tahkikatı tamamladıktan sonra değerlendirme yapabilir.

İlk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü özellikle tahkikatın ikinci bölümünün yürütülmesi bakımından önemlidir. Zira, istinaf mahkemesi bu bölümde ilk derece mahkemesi gibi hareket ederek tahkikatı tamamlar ve uyuşmazlığın esasına ilişkin yeni bir karar verir. Bu durumu bir eda davasına veya inşai davaya benzetebiliriz. İlk derece mahkemesi öncelikle uyuşmazlığın tamamen aydınlanması için inceleme yapmalı, inceleme sonunda varacağı sonuca göre, sübjektif hukukî korunmanın gerçekleştirilmesini emretmelidir. Örneğin eda davasında hakkın varlığını tespit eden mahkeme, davalıyı o hakla ilgili edimi yerine getirmeye veya bir şeyden kaçınmaya mahkum etmelidir. İstinaf incelemesi de bundan pek farklı değildir. İstinaf mahkemesi öncelikle ileri sürülen istinaf sebeplerinin var olup olmadığını inceler; istinaf sebeplerinden birinin var olduğu kanısına varırsa, ilk derece kararının düzeltilmesi için gerekli işlemlerin yapılması aşamasına geçer. Tespit edilen hatanın türüne göre usûle veya esasa ilişkin karar verilebilir. Usûlden karar verilmesini gerektiren bir durum yoksa, tahkikatı tamamlayan üst mahkeme, davanın karar için yeterince aydınlandığı kanısına varırsa esas hakkında karar verir.

İlk derece yargılamasında olduğu gibi istinaf derecesinde de tahkikat belli bir sırayla yürütülür. İstinaf mahkemesi incelemesini öncelikle temel usûli hatalar üzerine yoğunlaştırır. İstinaf mahkemesi usûle ilişkin incelemenin sonunda kanunda belirlenen (m. 426/M, I, b. 1-6) bazı ağır yargılama hatalarının var olduğunu tespit ederse, davanın esasını incelemekten ve dosya üzerinden (duruşma yapmadan) karar verme imkânına sahiptir. Bu

⁴⁸ Bu durum istinaf yargılamasının düalist yapısından kaynaklanmaktadır. Bu yapı içinde bir yandan hüküm denetlenmekte diğer yandan hüküm sebepleri yeniden ele alınarak tamamen yeni bir karar verilebilmektedir (Kolotourus, **a.g.e.**, s. 19). İstinaf yargılamasının “iptal aşaması” ve “düzeltme aşamasından” oluşan iki parçalı bir yapısı olduğu yönünde ayrıca bkz. Hovens, **a.g.m.**, s. 1322-1323.

durumda kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilir.

Yargılama veya hüküm bu tür usûli bir hatadan etkilenmemişse, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin yanlış veya eksik olup olmadığı ve maddî hukuk normlarının somut uyuşmazlıkta doğru uygulanıp uygulanmadığı incelenir. İstinaf mahkemesi, kararın usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğu kanaatindeyse, dosya üzerinden (duruşma yapmadan) istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebilir.

İstinaf mahkemesi yargılama veya hükmün usûl veya esas yönünden hukuka uygun olmadığı kanısındaysa, duruşma yapıp yapmayacağı konusunda bir karar vermelidir. Kanun bazı hâllerde esasa ilişkin olarak duruşma yapmadan karar verme imkânı tanımıştır. İlk derece hükmünü hatalı bulan istinaf mahkemesi esasa ilişkin olarak üç halde dosya üzerinden (duruşma yapmadan) karar verebilir: Kanunun olaya uygulanmasında hata edilmesine rağmen yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç yoksa, kararın gerekçesi yanlışsa, yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanacak nitelikteyse, mahkeme duruşma yapmadan esasa ilişkin karar verebilir (m. 426/M, II, b. 2-3).

Kanun koyucu istinaf incelemesinin mümkün olduğunca basit, kolay ve hızlı olmasını sağlamak amacıyla duruşma yapılmasına ihtiyaç olmayan durumları düzenlemiştir. Bu üç halden biri gerçekleşmemişse, istinaf incelemesinin tamamlanması için mutlaka duruşma yapılmalıdır⁴⁹.

3.4. İncelemenin Kapsamı

3.4.1. İstinaf Sebepleriyle Sınırlı İnceleme Yapılması ve Kamu Düzenine Aykırılıkların Re'sen İncelenmesi

İstinaf mahkemesi, ilk derece kararının denetimi ve düzeltilmesi için gerekli incelemeyi yapma ve tahkikatı tamamlama yetkisine sahip olmasına rağmen, bunu ilk derece mahkemesindeki kadar geniş kapsamlı kullanamaz. İnceleme ancak Kanunun izin

⁴⁹ İstinafta duruşma yapılması gereken ve gerekmeyen hâller hakkında bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 3.7.2. vd.

verdiği sınırlar içinde yürütülebilir. İstinaf incelemesinin kapsamı, Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun 426/O maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapılır. Hükümün gerekçesine göre, istinaf incelemesinde tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeni, ilk derece kararının hatalı bulunması hâlinde, istinaf mahkemesince yeniden yargılama yapılarak esasa ilişkin yeni bir karar verilecek olmasıdır. İstinafta vakıa denetimi yapılabilmesi, tahkikatın tamamlanması ve davanın esası hakkında karar verilebilmesi adeta bir davaya benzediğinden, bu yargılamada vakıaların ve kamu düzenine ilişkin olmayan diğer istinaf sebeplerinin ileri sürülmesi tarafların, maddî hukuk kurallarının uygulanması ise hâkimin görevleri arasında düzenlenmiştir.

İstinaf sebepleriyle bağlılık ilkesinin kapsamı, öncelikle daha önce açıkladığımız istinaf sebeplerinden hareketle belirlenmelidir. İstinaf sebeplerini usûl kurallarına aykırılık, maddî hukuk kurallarına aykırılık ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerinin hatalı olması) şeklinde üç başlık altında toplamaktayız. Usûle aykırılığı ise mutlak istinaf sebepleri ve nisbî istinaf sebepleri olarak ikiye ayırmaktayız⁵⁰.

Usûl hukukuna ilişkin nisbî istinaf sebepleri ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerindeki hatalar), kural olarak istinaf dilekçesinde taraflarca ileri sürülmeleri hâlinde incelenebilecektir. İstinaf sebepleriyle bağlılık kuralı, özellikle vakıa tespitlerinin hatalı ve eksik olması durumlarında etkilidir. Zira hâkim, kanunlarda belirlenen istisnalar dışında, iki taraftan birinin ileri sürmediği vakıaları dikkate almamalıdır (m. 75, I). Buna paralel biçimde, taraflarca doğruluğu tartışma konusu yapılmayan vakıa tespitlerinin istinaf mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Örneğin, delillerin eksik toplandığı veya yanlış değerlendirildiği ya da vakıa tespitlerinin eksik veya yanlış olduğu taraflarca somut biçimde ileri sürülmediği takdirde⁵¹, istinaf mahkemesi bu konuda inceleme yapmadan, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine ve vakıa tespitlerine göre karar vermek zorundadır⁵².

⁵⁰ İstinaf sebeplerinin özellikleri hakkında bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3. vd.

⁵¹ Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.4.

⁵² Bkz. aşağı. 3. Bölüm, Başlık 3.5.3.1.

Buna karşılık maddî hukuk kurallarına aykırılık ve usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri, taraflarca ileri sürülen sebeplerle bağlı olunmaksızın re'sen incelenebilecektir⁵³. Maddî hukuk kurallarına aykırılığın re'sen incelenmesi, hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinden (m. 76), mutlak istinaf sebeplerinin dikkate alınması ise, bunların kamu düzeni veya kamu yararı ile ilgili olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu noktada, re'sen dikkate alınabileceği Kanunda açıkça belirtilmeyen, ancak kamu düzenini etkilediği varsayılan yargılama hataları bakımından “kamu düzenine aykırılık” ölçütü getirilmiştir (m. 426/O, c. 2). Zira, kamu düzenine ilişkin bütün durumları kanunlarda açıkça belirtmek mümkün değildir.

İstinaf mahkemesi, kural olarak taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle bağlı olarak inceleme yapmasına rağmen, kamu düzenine aykırılıkları re'sen gözetebilecektir. Burada sözü edilen durumlar, re'sen dikkate alınması gerekip de kanunda açıkça buna işaret edilmeyen kamu düzenine ilişkin hâllerdir. Kanun koyucu, kamu düzenine aykırılık teşkil eden hâlleri, istinaf sebepleriyle bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olarak düzenlemiştir. Başka bir deyişle, istinaf mahkemesinin re'sen inceleme yetkisinin kapsamı bakımından son sınır çizgisi “kamu düzeni” kavramıyla belirlenmiştir⁵⁴.

Re'sen incelenebilecek hususlar bakımından kamu düzeni ölçütünün benimsenmesi öğretilde eleştirilmiştir. Kamu düzeni kavramının içeriğinin belirsiz olması, zamana ve yere göre değişiklik göstermesi, bu sebeple genel geçerliliğe sahip bir tanımının yapılamaması gibi olumsuz etkenler, istinaf mahkemesinin re'sen inceleyebileceği hususların kapsamının belirlenmesinde güçlük yaratacak niteliktedir⁵⁵.

Kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükümler hakkındaki değerlendirmeler, istinaf incelemesinin kapsamını doğrudan etkileyecektir. Kamu düzeni kavramının geniş ya da dar anlamlandırılmasına göre, istinaf incelemesinin kapsamı genişleyip daralabilecektir. İstinaf incelemesinin kapsamı konusundaki genel yaklaşım, büyük ölçüde istinaf mahkemelerinin

⁵³ Maddî hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi gereken normlar hakkında bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3.3.

⁵⁴ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 1.

⁵⁵ **Aynı**, s. 6 vd.; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 287.

ve Yargıtay’ın ilerleyen zamanlardaki uygulamalarıyla şekillenecektir⁵⁶. Uygulamanın istikrarlı olması, kamu düzeni kavramının doğru anlamlandırılması ve mümkün olduğunca somutlaştırılmasıyla mümkün olabileceğinden, aşağıda kamu düzenine aykırılık kavramının çerçevesini çizmeye çalışacağız.

Re’sen inceleme yetkisinin kapsamını belirleyen 426/O maddesinin ikinci cümlesi, “*Ancak, bölge adliye mahkemesi **kamu düzenine aykırılık** gördüğü takdirde bunu re’sen gözetir.*” şeklindedir. Bu cümledeki “*kamu düzenine aykırılık*” kavramı, re’sen inceleme yetkisinin kapsamının daha kolay belirlenmesi bakımından, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükümlere aykırılık şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁷. Zira, re’sen dikkate alınması gereken istinaf sebebi, kamu düzenini gerçek anlamda ve doğrudan ihlâl eden bir işlem veya davranış değil, kamu düzeni düşüncesiyle düzenlenmiş hükümlere aykırılıktır.

Kamu düzenine ilişkin hükümler hem maddî hukukta hem de medenî usûl hukukunda bulunabilir. Maddî hukukun kamu düzenine ilişkin hükümleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kişisel haklarından ve menfaatlerinden ziyade, toplumun veya genel bir grubun menfaatlerini sağlamaya ve korumaya yönelik kurallardır. Bu tür normlar özellikle kişiler ve aile hukukuyla ilgili düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin babalık davası, velayetin düzenlenmesi ve kaldırılması (TMK m. 182; 183), evlilik birliğinin butlanı davası (TMK m. 146, I), boşanmada eşlerin anlaşamaması hâlinde aile konutundan hangi eşin yararlanacağı (TMK m. 254, II) gibi konularla ilgili hükümler kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilmişlerdir ve bu kurallara altlanacak vakıalar mahkemenin re’sen incelemesine konu olurlar. Ayrıca iş, kadastro ve iflâs hukuku gibi alanlarda da kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilmiş hükümler yer almaktadır. Örneğin, iş hukukundaki hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesine tâbidir⁵⁸.

⁵⁶ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 10.

⁵⁷ **Aynı**, s. 9.

⁵⁸ “Yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak, davacı ile birlikte çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı diğer kişiler ve işverenin müdür, amir, şef gibi görevlileri tespit edilerek anılan kişilerin bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.” HGK, 17.9.1997, 21-454/662; “Mahkemece yapılacak iş, bu tür hizmet tespiti davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğu ve gerekli görülen hâllerde re’sen araştırma ve inceleme yapılabileceği gözönünde tutularak davacının imzasını taşıyan belgelerde değerlendirilerek uzman bilirkişi aracılığı ile işyerinde tam gün

Bir maddî hukuk kuralının kamu düzeni düşüncesine dayanıp dayanmadığı, ilgili hukuk normundan açıkça anlaşılabileceği gibi, bu açıklığın olmadığı durumlarda, ilgili hukuk kuralının konuluş amacı, etkileri ve emredici karakteri dikkate alınarak mahkeme tarafından da takdir edilebilir. Bir kuralın kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, dolayısıyla mahkeme tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağı bakımından Yargıtay içtihatları da yol gösterici olacaktır.

Belirtmeliyiz ki, herhangi bir maddî hukuk kuralı, kamu düzenine ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın, mahkeme tarafından re'sen uygulanmalıdır. Mahkemenin hukuk kuralını uygulaması için tarafların bunu ileri sürmesi gerekli değildir. Örneğin, mahkeme maddî hukuk kuralı olarak kabul edilen ispat yükünün⁵⁹ hangi tarafta olduğunu ve ispatsızlığın sonucuna hangi tarafın katlanacağını re'sen belirlemelidir. Hukuk kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, özellikle o hukuk kuralının koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların re'sen incelenmesi bakımından önemlidir. Maddî hukuk kuralı kamu düzenine ilişkinse, mahkeme, o hukuk kuralının koşul vakıalarına altlamayı düşündüğü somut vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve o vakıaya ilişkin delilleri re'sen incelemelidir. Hukuk kuralı kamu düzenine ilişkin değilse, koşul vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini taraflar ortaya koymalı ve ispat etmelidirler. İstinaf mahkemesi de bu ayırmadan hareketle, vakıaları ya kendiliğinden tespit edecek ya da tarafların istinaf sebepleri arasında göstermelerini, başka bir deyişle iddia ve ispat etmesini bekleyecektir. Bu bağlamda Yargıtay'ın ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlı olmaksızın re'sen inceleme yapması ile istinaf mahkemesinin kamu düzenine ilişkin hususları re'sen incelemesi arasındaki fark da ortaya çıkmaktadır. Zira, ilki sadece hukukî denetimle sınırlı olmasına rağmen, ikincisi maddî vakıalarla ilgilidir.

Kamu düzenine ilişkin kurallar medenî usûl hukukunda da mevcuttur. Hatta Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, yargı organları olan mahkemeler ile tarafların ilişkilerini ve

esasına mı yoksa part-time esasına göre mi çalışma yapıldığını hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlemek ve elde edilecek sonuca göre karar vermekten ibarettir.” 21. HD, 24.3.2003, 658/2425; Aynı yönde 21. HD, 20.1.2003, 10198/62 (KİB).

⁵⁹ “İspat yükü kuralları dediğimiz kurallar aslında özel hukuka dahil olan ve bir hukukî sonucun doğumunu belli bazı koşul vakıalara bağlayan maddî hukuk normlarından başka bir şey değildir.” Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. . 14.

tarafların yargılama sürecindeki hak ve yükümlülüklerini düzenleyen şekli bir hukuk alanı olduğundan, Kanunda doğrudan ve açıkça kamu düzeni kavramını zikreden veya bu ölçütü kullanan kurallar oldukça az olsa da⁶⁰ bir çok usûl kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğu öğreti ve Yargıtay’ca kabul edilmektedir. Örneğin, taşınmaz davalarında kesin yetkiyi düzenleyen 13’üncü madde⁶¹, bir vakıanın ispatı için tanık listesi veren tarafın daha sonra aynı konuda ikinci bir tanık listesi veremeyeceğini öngören 274’üncü madde⁶², ıslah hakkının davada bir kez kullanılabileceğini öngören 83’üncü madde⁶³ kamu düzeni düşüncesine dayandıkları varsayılan usûl kurallarından bazılarıdır. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen dava şartları da, kamu düzenine ilişkin kurallardan sayılmaktadır⁶⁴. Bununla beraber, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünü amaçladığından, taraf iradelerinin ve davranışlarının etkisinde kalması kaçınılmazdır. Örneğin, tarafların davayı devam ettirip ettirmemekte serbest olması, davadan feragat edebilmesi veya davayı kabul edebilmesi ya da iddia ve savunmanın değiştirilmesine veya talep sonucunun artırılmasına muvafakat edilebilmesi

⁶⁰ Örneğin, “*Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.*” HUMK m. 149, II. “*Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hâllerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler.*” HUMK m. 22, c. 1. “*Esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan Usûle mütaallik muameleler bu bapta menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebkederse iptal olunur. Umumi intizamı veya muamelei usûliyenin istihdaf ettiği maksadı temin mülahazasıyle vazolunan ahkam esaslı merasimden addolunur.*” HUMK m. 82, I ve II.

⁶¹ Taşınmazların aynına ilişkin davalara, taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemede bakılacağına dair kesin yetki kuralı (m. 13), dava konusu taşınmaz üzerinde keşif yapılabilmesi, mahallinde tanık dinlenmesi, masraftan ve zamandan tasarruf sağlanması, dava konusu taşınmazın ve delillerin doğrudan incelenmesi ve tapu kayıtlarının mahallinde bulunması gibi nedenlere bağlanmıştır. Bkz. Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 190; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 154; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 169; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 108 vd. Kanımızca ileri sürülen argümanlar, kesin yetki kuralları bakımından, kamu düzeninden ziyade kamu yararı düşüncesine dayanıldığını göstermektedir. Kamu düzeni kavramı, kamu yararını da kapsadığından, çoğu zaman kamu düzeni kavramı tercih edilmektedir.

⁶² Berkin, **Usûl**, s. 113; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 339-340; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 178; Karşı, **Usûlî İşlemler**, s. 85.

⁶³ Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 466; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 287-288; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 178, 383, 511; Karşı, **Usûlî İşlemler**, s. 85.

⁶⁴ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 8. “Dava şartları mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.” HGK, 5.2.2003, 21-30/5; Aynı yönde HGK, 23.2.2005, 21-66/93; 10. HD, 28.5.1976, 1975/9388, 1976/4159 (KİB).

gibi taraf iradelerine üstünlük tanınan kurallar, medenî usûl hukukunun özel hukukun etkisinde kalan düzenlemeleridir.

Usûl kurallarına aykırılık konusunda yürütülecek istinaf incelemesinin kapsamı bu ayırımdan hareketle belirlenmelidir. Ancak, hangi usûl kurallarının kamu düzenine ilişkin sayılacağı her zaman kolayca tespit edilememektedir. Kamu düzeni kavramının içeriğinin belirsiz olması⁶⁵, medenî usûl hukukunun şeklî bir hukuk alanı olması ve usûl kurallarının genellikle emredici karaktere sahip olması⁶⁶ hangi usûl kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunun tespitini daha da güçleştirmektedir.

Kamu düzenine ilişkin şekil kuralları konusunda, çoğunluğun mutabık kaldığı bir kıstas mevcut olmamasına rağmen, birbirine yakın ölçütler önerildiği söylenebilir. Bir görüşe göre, tarafların iradesine bakılmaksızın uyulması gereken, tarafların uygulanmasından feragat edemeyecekleri, tarafların rıza göstermesi ile düzelmesi mümkün olmayan işlemlere ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkindir⁶⁷. Diğer bir görüşe göre, davanın gereksiz biçimde uzatılmasını, mahkemelerin iş yükünün artmasını veya hakkın kötüye kullanılmasını önlemeye ya da tarafların hukukî dinlenilme hakkını sağlamaya yönelik usûl kuralları kamu düzenine ilişkindir⁶⁸. En çok taraftar bulan görüşe göre ise, tarafları belli bir usûl işlemi yapmadan önce düşünmeye ve dikkatli davranmaya sevk etmek veya mahkemenin otoritesini sağlamak amacıyla sevk edilen usûl kuralları kamu düzeni düşüncesine dayanmaktadır⁶⁹.

Kanımızca, bir usûl kuralının kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilip edilmediği, önerilen ölçütlerin tümünden yararlanılarak belirlenmelidir. Bu ölçütlerdeki ortak nokta, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve uygulanmasından feragat edemeyecekleri kuralların mevcut olmasıdır. İstinaf mahkemesi bu kurallara uyulup

⁶⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 180; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 177; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 287; Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 8.

⁶⁶ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 8; Karşı, **Usûlî İşlemler**, s. 186; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 56.

⁶⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 179.

⁶⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 177-178.

⁶⁹ Berkin, **Usûl**, s. 113; Berkin, **Usûl Hukuku Rehberi**, s. 466; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 339; Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 287; Üstündağ, **Yargılama**, s. 427; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 178; Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 9; Karşı, **Usûlî İşlemler**, s. 85.

uyulmadığını, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi, tarafların ileri sürmesini beklemeksizin re'sen incelemelidir. Kamu düzenine ilişkin sayılmayan usûl kurallarına aykırılık ise, nispî istinaf sebeplerindendir ve ancak tarafların usûlüne uygun olarak karşı koyması hâlinde dikkate alınabilir.

Taraf usûl işlemlerine ilişkin ve kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilen bir şekil (usûl) kuralı ihlâl edilmişse, sözkonusu usûl işlemi, istinaf derecesinde re'sen incelenmeli ve emredici şekil kuralına uygun olarak tekrar edilmelidir. Örneğin ikrar, sulh veya davadan feragat, bu beyanların mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi, tarafların huzurunda okunması ve tarafların imzalarının alınması hâlinde geçerli olur (m. 151, son fıkra). Bu kuralın amacı, tarafı yapacağı işlem konusunda tekrar düşünmeye ve dikkatli davranmaya sevk etmek olduğundan, ikrar veya davadan feragat beyanının tarafın huzurunda okunmadan imzalatılması, kamu düzenine aykırılık teşkil eder⁷⁰ ve istinaf mahkemesi bu tür bir usûle aykırılığı, taraflarca ileri sürülmesi dahi re'sen inceleyebilir. İstinaf mahkemesi usûle aykırılığı tespit ettikten sonra, o işlemi, tahkikatın tamamlanması çerçevesinde emredici usûl kuralına uygun olarak tekrar etmeli ve sonucuna göre karar vermelidir.

Sonuç olarak, kural, usûl hukukuna ilişkin nispî istinaf sebepleri ve vakia tespitleri bakımından tarafların ileri sürdüğü istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapılmasıdır. Bununla beraber, maddî hukuk kurallarına aykırılık, usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri, kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilen maddî hukuk kurallarının koşul vakıalarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve kamu düzenine ilişkin usûl kurallarına aykırılık istinaf mahkemesince re'sen incelenmelidir.

İstinaf incelemesinin kapsamı, kamu düzeni kavramına yüklenen anlama göre dar ve geniş olacaktır⁷¹. Kamu düzeni düşüncesiyle sevk edildiği kabul edilen maddî hukuk kuralları bakımından, Yargıtay'ın daha önceki kararlarıyla istikrar kazanan görüşleri benimsenebilir. Ancak, usûl kuralları (usule aykırılık) bakımından, Yargıtay'ın bugüne kadar temyiz uygulamasında benimsediği yaklaşımın istinafta da devam ettirilmesinin

⁷⁰ Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 288, dn. 23; Üstündağ, **Yargılama**, s. 425.

⁷¹ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 10.

doğru olmayacağı kanısındayız. Zira, kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen usûl kurallarının kapsamının geniş tutulması, incelemenin kapsamını daha da genişleterek, istinafin temyize yaklaşmasına neden olabilecektir. Şöyle ki, hem 5236 s.K. ile değişiklik yapılmadan önceki 428'inci maddenin 4'üncü bendi hem de 5236 s.K. ile değişik 437'nci maddenin 4'üncü bendine göre, karara etki eden yargılama hatalarının yapılmış olması, başka bir deyişle usule aykırılık bulunması, Yargıtay'ca re'sen incelenmesi gereken bozma sebeplerindendir. Yargıtay, ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlı olmadığından, karara etki eden her türlü usûle aykırılığı re'sen incelemekle yükümlüdür. Oysa istinaf mahkemesi, kural olarak taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle bağlıdır. İstinaf sebepleriyle bağlılık ilkesi usûl kuralları bakımından dar anlaşılırsa, temyiz ile istinaf arasındaki farklılık da azalacaktır.

İstinaf mahkemesi, taraflarca ileri sürülen veya re'sen dikkate alınması gereken istinaf sebepleri kapsamında tahkikatı tamamlayarak, davanın esası hakkında karar vermelidir. Tahkikatın kim tarafından ve nasıl tamamlanacağını, tahkikatta hangi yargılama usûlünün izlenmesi gerektiğini yukarıda açıkladığımızdan tekrar etmeyeceğiz⁷². Bundan sonraki başlıklar altında, tahkikatın tamamlanması çerçevesinde, özellikle ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitinin ve delil ikamesinin⁷³ tekrarlanması ve yeni dava malzemelerinin hangi hâllerde dikkate alınabileceği üzerinde duracağız.

3.4.2. İstinafta Tahkikatın Tamamlanması Çerçevesinde Vakıa Tespitleri ve Delil İkamesi Bakımından Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

İlk derece mahkemesinde, yargılama kurallarına uyulmadığı veya yanlış hukukî değerlendirme yapıldığı için vakıalar eksik veya hatalı tespit edilmişse ya da mahkeme

⁷² Bkz. yuk. 3. Bölüm, Başlık 3.2. ve 3.3.

⁷³ Delil gösterme olarak da ifade edilen delil ikamesi, davanın kendi lehine sonuçlanmasını isteyen tarafların giriştikleri ispat faaliyeti (delillerin bildirilmesi, delillerin ibrazı) ile hâkimin delillerin kabule şayanlığı, incelenmesi ve delil değeri konusundaki işlem ve kararlarından oluşan bütün bir süreci ifade eder. Delil ikamesi delillerin toplanması (bu delillerin taraflarca bildirilmesi ve mahkemeye sunulması şeklinde olabileceği gibi, bazı hâllerde mahkeme tarafından da re'sen delil toplanabilir) ve incelenmesi aşamalarından oluşur. Bkz. Yılmaz, *İslah*, s. 106; Akkaya, *a.g.e.*, s. 53-57.

yanlış hüküm vermişse, istinaf mahkemesi tahkikatı tamamlayarak esas hakkındaki kararı düzeltmekle yükümlüdür.

İstinaf mahkemesi, eksiklikleri gidermek için ilk derece mahkemesindeki yargılamayı tümüyle yeniden tekrarlamak zorunda değildir. Zira, tahkikatın istinaf mahkemesince tamamlanması, istinaf mahkemesi hâkimlerinin daha ehliyetli olmalarından veya vakıa tespitleri konusunda daha verimli çalışabilmelerinden ziyade, olaya ikinci bir gözün daha bakmasını sağlama ve eksiklikleri giderme ihtiyacından kaynaklanır⁷⁴. Üst mahkeme, ilk derece mahkemesinde doğru yapıldığını düşündüğü işlemleri kendi kararına esas alabilecektir. Bu tür işlemler ve sonuçları bakımından dava sırasında tutulan duruşma tutanaklarından yararlanılacaktır. Buna karşılık, delillerin toplanması, incelenmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili bir eksiklik söz konusu ise, ilk derece mahkemesindeki duruşma tutanaklarıyla yetinilmeyip, deliller, bizzat istinaf mahkemesince yeniden incelemeli ve değerlendirmelidir⁷⁵.

Delil ikamesi, daha çok tanıkların ve tarafların dinlenmesi veya bilirkişiden rapor alınması gibi durumlarda tekrarlanmaktadır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların beyanlarından farklı bir sonuca varılabileceği kanısındaysa veya tanık beyanlarının doğruluğundan şüphe etmekteyse, doğrudanlık ve sözlülük ilkesi gereğince o tanıkları bizzat dinleyerek edindiği izlenime göre değerlendirme yapmalıdır. Zira istinaf mahkemesi, kural olarak, ilk derece hâkiminin delilleri doğrudan ve aracısız inceleyerek

⁷⁴ Baumann, **a.g.e.**, s. 49. İstinafın temelinde sadece istinaf hâkimlerinin daha ehliyetli oldukları düşüncesi bulunsaydı, istinaf mahkemelerinin kurulmasına ihtiyaç duyulmadan söz konusu hâkimlere ilk derece mahkemelerinde görev verilmesi suretiyle hadeflenen amaca ulaşılabilirdi. Ancak bu yaklaşım doğru değildir. Zira, istinafla elde edilmek istenen teminat, sadece belirli niteliklere sahip hâkimlerin mevcudiyeti değil, yargılamanın ve hükmün denetlenmesini, mevcut hataları gidermek amacıyla yeniden yargılama yapılarak hüküm verilmesini sağlamaktır. Bkz. Şensoy, “İstinaf”, **a.g.m.**, s. 1068.

⁷⁵ Fasching, **Lehrbuch**, s. 912; Stosch, **a.g.e.**, s. 223 vd.; Balzer, **a.g.e.**, s. 197; Wendt Nassal, “Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgerichts bei der Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung”, **ZZP**, Band 98, Heft 3: 313-324 (1985), s. 314, 317, 323; Norbert Pantle, “Die Pflicht des Berufungsgerichts zur Wiederholung einer ersinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme”, **NJW**, Heft 50: 3160-3164 (1987), s. 3161-3162. İstinaf mahkemesi delilleri bizzat incelemek ve değerlendirmek suretiyle, davanın temelini oluşturan vakıaları yeniden canlandırmakta, ilk derece mahkemesinin delilleri değerlendirirken ve vakıaları tespit ederken karşılaştığı zorlukları görmekte ve ikinci kez gerçekleşen delil değerlendirmesi ile somut olay bakımından doğru sonuçlara varılmasına katkıda bulunmaktadır (Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 275).

elde ettiği izlenimleri deęerlendiremez⁷⁶. İstinaf hâkimi de ilk derece hâkimi gibi, ancak ne hakkında karar vereceğini bizzat göreerek ve duyarak adil bir karar verebilir. Buna göre aşağıda açıklamaya çalışacağımız hâllerde istinaf mahkemesi delil ikamesini tekrarlamalıdır.

İlk derece mahkemesinin tutanaklarındaki tanık beyanı çelişkili, muğlak veya belirsizse o tanık yeniden dinlenmelidir⁷⁷. Tanık beyanlarının değerlendirilmesi bakımından, karar hâkiminin dolaysız ve bizzat edineceği kanaat önemli olduğundan, istinaf mahkemesi, duruşma günü belirleyerek ilgili tanıkları duruşmaya davet etmelidir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesini doğru bulan istinaf mahkemesi, delil ikamesini tekrar etmeden, ilk derece mahkemesinin kararına katılabilecektir⁷⁸. Kanunun 426/M maddesi de bu yaklaşımı doğrulamaktadır. İlk derece mahkemesinin kararı usûl ve esas yönünden doğruysa, duruşma yapmadan başvurunun esastan reddine karar verilebilecektir (m. 426/M, III, b. 1).

İlk derece mahkemesi, uyuşmazlığın aydınlanması bakımından önemli görmediği bazı tanıkları dinlememişse, istinaf mahkemesi, hüküm bakımından önemli ise onları bizzat dinlemelidir⁷⁹.

İlk derece yargılamasında, yemin teklif edebileceği tarafa hatırlatılmadan karar verilmişse, istinaf derecesinde tarafa yemin teklif edip etmeyeceği sorulmalı ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır⁸⁰.

⁷⁶ Norbert Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozess** (Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991), s. 118,130; Konuralp, “**İstinaf Derecesi**”, s. 63. Farklı karar verilebilmei için tanıkların istinaf mahkemesinde tekrar dinlenmesinin hukukî dinlenilme hakkının gereği olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 778.

⁷⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 913; Balzer, **a.g.e.**, s. 200-201; Pantle, **a.g.m.**, s. 3162; Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit**, s. 62-66 vd.

⁷⁸ Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit**, s. 131.

⁷⁹ **Aynı**, s. 68.

⁸⁰ Yemin delilinin hatırlatılmamış olması, aynı zamanda bozma sebebi sayılmaktadır. “... Ancak davacı dava dilekçesinde ikamesi mümkün her türlü delil demek suretiyle yemin deliline de dayanmış sayılır. Öyle ise davacıya mahkemece bu delili de hatırlatılması, davalıya 13.000 DM ödemenin yapılp yapılmadığı konusunda yemin teklif etme hakkı olduğu açıklanmalı, bunun sonucuna uygun olarak bakiye 13.000 DM bedelinde ödenip ödenmediği saptanmalıdır. Mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatmadan 13.000 DM.nin ödendiğinin ispat edilmediğini kabul etmesi doğru değildir. Bozma

İlk derece mahkemesinde bilirkişiden görüş alınmış ise, istinaf mahkemesi ihtiyaç yoksa yeniden bilirkişi raporu almaksızın, dosya içindeki bilirkişi raporuna istinaden karar verebilecektir. Ancak, yeni bir bilirkişi raporu almadan ilk bilirkişi raporunun aksine karar verilmemelidir⁸¹. Özel ve teknik bir konuda bilirkişi raporu alınmadan karar verilmişse, istinaf mahkemesi bilirkişiden alacağı raporun sonucuna göre karar vermelidir.

Delil ikamesi tekrar edilmeden, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesinden farklı bir sonuca varılması, ancak istisnâî durumlarda mümkündür. İstinaf aşamasında doğrudan ve bizzat incelenebilmesi mümkün olmayan deliller, ilk derece mahkemesinin tutanaklarına göre değerlendirilebilecektir. Örneğin, ilk derece mahkemesinde dinlenen tanıklar ölmüşse veya keşfe konu olan şey yok olmuş ise, ilk derece mahkemesinin tutanaklarından hareketle inceleme ve değerlendirme yapılabilecektir⁸².

İstinaf mahkemesi, başka ispat araçları veya objektif olgular nedeniyle de bir tanık beyanını ilk derece mahkemesinden farklı olarak değerlendirebilir. Örneğin, istinaf mahkemesinde alınan bilirkişi raporu, tanık beyanı ile çelişmekteyse veya beyanı yalanlamaktaysa⁸³ ya da gözden kaçan senede göre tanık beyanı doğru değilse, tanıkları yeniden dinlemeye gerek olmadan farklı bir karar verilebilecektir.

İlk derece mahkemesinde gerçekleşen delil ikamesinin tekrar edilip edilmeyeceği, başka bir deyişle delil ikamesinin gerekli olup olmadığı istinaf hâkiminin takdirindedir⁸⁴. Hâkim takdir yetkisini, yukarıda örneklerle de açıklamaya çalıştığımız hususları dikkate alarak kullanmalıdır. Delil ikamesinin hangi hâllerde tekrarlanacağı Kanun'da belirtilmediğinden, bu konuda istinaf mahkemelerinin ve Yargıtay'ın uygulamaları yol gösterici olacaktır. Yeniden delil ikamesi gerekli olmasına rağmen, sadece ilk derece yargılamasındaki dosya münderecatına göre karar verilmesi temyiz sebebi teşkil edecektir.

nedenidir." 13. HD, 10.4.2001, 3667/3801; Aynı yönde HGK, 27.2.2002, 3-131/114; HGK, 29.3.2006, 14-85/114; HGK, 6.5.1998, 13-296/328 (KİB).

⁸¹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 913; Balzer, **a.g.e.**, s. 200-201; Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit**, s. 71.

⁸² Fasching, **Lehrbuch**, s. 913.

⁸³ Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit**, s. 69-70.

⁸⁴ Stosch, **a.g.e.**, s. 225; Balzer, **a.g.e.**, s. 200; Nassal, **a.g.m.**, s. 314; Pantle, **a.g.m.**, s. 1360; Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit**, s. 61.

3.5. İstinaf Derecesinde Dava Malzemesi

Çalışmamızın ilk bölümünde istinaf yargılamasının diğer yargılama derecelerinden farklı bir konusu olduğunu belirtmiştik. İstinafın konusu, ilk derece mahkemesi kararının denetlenmesi, hatalı ise kaldırılması ve değiştirilmesi talebidir. Başka bir deyişle, ilk derece yargılamasının dava konusu ile istinafın konusu aynı değildir. Dava konusu, ancak istinaf sebeplerinin ve taleplerinin temas ettiği oranda istinafın da konusu olabilir⁸⁵.

İstinaf mahkemesince esasa ilişkin karar verilmesi gereken durumlarda, istinaf sebepleri kadar önemli diğer bir unsur ise dava malzemesidir. Dava malzemesi, ilk derece yargılamasının başlangıcından itibaren, usûl hükümlerine uygun olarak toplanan ve ileride mahkemenin kararına dayanak olması beklenen unsurlardan oluşan bütünü ifade eder. Bunlar tarafların kendilerini haklı göstermek için ileri sürdükleri iddia ve savunmalar (vakıalar) ile ispat için dayandıkları delillerdir. Mahkeme, kararını taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar ile delillerin değerlendirilmesinden ortaya çıkan vakıa sonuçlarına dayandırmak zorundadır. İşte bu dava malzemesinin nasıl oluşacağı, ilk derece mahkemesinde olduğu kadar, istinafta da yanıtlanması gereken bir sorundur. Zira, istinafta da ilk derece yargılamasında olduğu gibi tahkikat yapılarak (daha doğrusu tahkikat tamamlanarak) hüküm verilecektir.

İstinaf incelemesine ve kararına konu olan dava malzemesinin nasıl oluştuğunu Türk Hukuku bakımından değerlendirmeden önce, yabancı hukuklardaki duruma bakmanın faydalı olacağı kanısındayız.

3.5.1. Alman İstinaf Sistemindeki Durum

Alman İstinaf sistemi, 2002 yılındaki değişiklikten sonra daha ziyade denetim yargılaması olarak yapılandırılmış, önceki düzenlemeden farklı olarak istinaf incelemesinin kapsamı değişmiştir. Yeni sistemde, istinaf mahkemesinin hangi dava malzemesine

⁸⁵ Bkz. yuk. 1. Bölüm, Başlık 5.3.

dayanarak hüküm verebileceği, Alman Usûl Kanunu'nun 529'uncu paragrafına göre belirlenmektedir. Bu hüküm yeni istinaf modelinde merkezi bir rol oynamaktadır⁸⁶.

Değişiklikten önce, ilk derece mahkemesinin kararına konu olan her talep istinafın da konusu oluyordu. Ayrıca istinafa başvuran taraflar, istinaf derecesinde yeni taleplerde bulunabiliyordu. Değişiklikten sonra ise, tarafların istinaf derecesinde yeni talepte bulunma hakkı, kural olarak muhafaza edilmişse de oldukça sınırlandırılmıştır⁸⁷. Karşı tarafın rızasının veya haklı nedenlerin bulunması hâlinde, davanın değiştirilmesine veya genişletilmesine izin verilmektedir (§ 533 dZPO). Ancak, yeni talepler, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 529'uncu paragrafına göre caiz olan dava malzemesine dayanmak zorundadır. Bu hükmeye göre, ilk derece mahkemesinin tespit ettiği vakıaların yanlış veya eksik olduğu yönünde şüphe edilmesini gerektiren somut dayanak noktaları yoksa, istinaf mahkemesi yargılamayı ve hükmünü ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıalara dayandırmak zorundadır⁸⁸. Zira, Alman Hukukunda, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin kural olarak hatasız ve tam olduğu varsayılmaktadır⁸⁹.

İlk derece mahkemesinin dava malzemesi, sadece tarafların taleplerinden değil, çekişmeli olup olmamasına bakılmaksızın tarafların iddia ve savunmaları ile mahkemeye sunmuş oldukları delillerden oluşur. Dava malzemesi ilk derece mahkemesinin duruşma tutanaklarından ve ilk hükmün gerekçesinden anlaşılır. Bu dava malzemesinin istinaf mahkemesinde dikkate alınabilmesi için, taraflarca yeniden ileri sürülmeleri ve tekrar edilmeleri gerekmez⁹⁰.

⁸⁶ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 464, 495; Schellhammer, "**Prozessstoff**", s. 597; Grunsky, "**Tatsachenstoff**", s. 800; Musielak, **Grundkurs**, s. 303; Musielak, **Kommentar**, s. 1155.

⁸⁷ Jauernig, **a.g.e.**, s. 286; Grunsky, "**Tatsachenstoff**", s. 800.

⁸⁸ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 974; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 412-413; Schilken, **a.g.e.**, s. 453; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 268, 271; Jauernig, **a.g.e.**, s. 297, 303; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 293; Musielak, **Grundkurs**, s. 303; Musielak, **Kommentar**, s. 1156; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 496; Schellhammer, "**Prozessstoff**", s. 597; Roth, **a.g.m.**, s. 177. Alman Hukukunda yeni iddia ve savunma vasıtalarının sınırlandırılmasına yönelik reform hakkında ayrıca bkz. Rolf Stürner, "Fransa ve Almanya'da Yeni Usûl Hukuku Reformları-Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-", Çev.: Nesibe Kurt, **MİHDER**, C. 3, S. 6: 77-84 (2007), s. 82.

⁸⁹ Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 482.

⁹⁰ Schellhammer, "**Prozessstoff**", s. 597; Roth, **a.g.m.**, s. 175.

Vakıa tespitleriyle bağılılığın ortadan kalkması için, bu tespitlerin yanlış olduğu konusunda soyut fikirler, tahminler veya teorik bir olasılığın bulunması yetersiz olup, vakıa tespitlerinin yanlış olduğunu gösteren somut dayanak noktalarının bulunması gerekir. İlk derece mahkemesinin delil değerlendirmesi yeterli değilse ve tahminlere dayalı ise, vakıa tespitlerinin eksik veya yanlış olduğu konusunda somut dayanak noktalarının var olduğu kabul edilmektedir⁹¹. Vakıa tespitlerinin eksik veya hatalı olduğunu gösteren somut dayanak noktaları varsa, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen delil ikamesini tekrarlamalıdır⁹².

İstinaf mahkemesinin ilk derece yargılamasında tespit edilen vakıalar ile bağılı olmadan karar verebilmesi, 529’uncu paragrafın aradığı koşulların gerçekleşmesine bağılıdır. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine ilişkin usûl hataları bu bağılılığı ortadan kaldıran durumlardan biridir. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğu, kural olarak taraflarca ileri sürülmelidir. Vakıa tespitlerindeki yanlışlık, mahkeme tarafından re’sen dikkate alınmayan bir usûl hatasına dayanıyorsa, istinaf sebepleri arasında hangi vakıa tespitlerinin, neden hatalı veya eksik olduğu belirtilmelidir. Örneğin, taraflarca ileri sürülen önemli iddia ve savunmaların dikkate alınmaması, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya mantık kurallarına ya da tecrübe kurallarına aykırı delil değerlendirmesi sebebiyle maddî olgunun yanlış tespit edilmesi, istinaf sebebi olarak ileri sürülmelidir⁹³.

Alman Hukukunda, vakıa tespitleriyle bağılılığı ortadan kaldıran usûl hatalarına örnek verilen durumlardan bazıları şunlardır: İlk derece mahkemesinin maddî hukuka ilişkin bakış açısının yanlış olması nedeniyle sunulan delillerin somut olayda önemsiz görülmesi ve dikkate alınmaması, tanıklara veya bilirkişiye gerektiği şekilde ve yeterince soru sorulmaması, keşif yapan hâkimin delillerin değerlendirilmesi için önemli olan bir durumu dikkate almaması veya bu durumun tutanağa geçirilmemesi, hüküm için önemli

⁹¹ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 413; Schilken, **a.g.e.**, s. 453; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 268; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 286.

⁹² Musielak, **Grundkurs**, s. 311; Musielak, **Kommentar**, s. 1156; Balzer, **a.g.e.**, s. 197.

⁹³ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 268; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 977; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 415; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 496; Schellhammer, **“Prozessstoff”**, s. 597-598.

olan vakıaların ve delillerin gözden kaçırılması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, ispat ölçüsünün aşırı katılaştırılması veya gevşetilmesi; bilimsel bilginin, teknik yöntemlerin ve tecrübe kurallarının göz ardı edilmesi; mantık kurallarına aykırı hareket edilmesi, vakıa tespitlerinin hatalı olduğunu gösterir. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin çelişkili ve belirsiz olması, hükmün gerekçesinde belirtilen tanık beyanları ile tutanaktaki beyanların birbirine aykırı olması istinaf mahkemesinin, ilk derece vakıa tespitleri ile bağlılığına son vermektedir⁹⁴.

Taraflarca ileri sürülmesi gereken usûl hataları (usûle aykırılık), daha ziyade taraf menfaatini korumaya yönelik usûl hükümlerine ilişkindir. Taraflar bu usûl kurallarının uygulanmasından feragat edebilirler. Hatta istinaf yargılaması devam ederken, taraflar bu tür usûli itirazlarını geri alabilirler. Usûle ilişkin istinaf sebebinin geri alınması, bu istinaf sebebi ileri sürülmemiş gibi sonuç doğurur ve istinaf mahkemesi bunu inceleyemez. Usûle aykırılık bakımından, taraflarca ileri sürülmesi gereken istinaf sebeplerinin, istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınması temyiz sebebidir. Buna karşılık, bazı usûle aykırılıklar ise istinaf mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınabilir. Mutlak temyiz sebepleri ve taraf menfaatiyle ilgili olmadığı için vazgeçilemeyen usûl kuralları (kamu düzenine ilişkin usûl kuralları), istinaf mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır. Bu çerçevede yargılamanın iadesi sebebi olan usûle aykırılıklar da re'sen dikkate alınmalıdır. Zira, yargılamanın iadesi sebebi olabilecek bir durum re'sen dikkate alınmaz ise, istinaf mahkemesinin hükmü, daha sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna konu olabilir⁹⁵.

İstinafa başvuran taraf, istinaf sebepleri arasında, usûle aykırılık nedeniyle vakıa tespitinin doğru olmadığını ileri sürerse, istinaf mahkemesi, açıkça ileri sürülmemiş olsa dahi, bu istinaf sebebinden etkilenen durumları dikkate alabilir. Örneğin, istinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesinin hükmüne esas olan tanık beyanının güvenilir olmadığını ileri sürerse, istinaf mahkemesi beyanın güvenilirliği dışında içerdiği çelişkileri, mantık kurallarına veya tecrübe kurallarına aykırı olup olmadığını da inceleyebilir. Bu durum,

⁹⁴ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 414; Musielak, **Kommentar**, s. 1155; Balzer, **a.g.e.**, s. 197.

⁹⁵ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 420-421; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 269.

istinaf mahkemesinin ileri sürülen istinaf sebebinin kapsamı dışındaki usûle aykırılıkları da denetleyebileceği anlamına gelmez⁹⁶.

İstinaf mahkemesinin ilk derece vakıa tespitleriyle bağlı olması, ilk derece yargılamasındaki hukukî bir hata nedeniyle de sona erebilir. Örneğin, ilk derece mahkemesi ispat yükünün dağılımı konusunda yanılırsa veya karine kurallarını yanlış uygularsa, taraflar karşı koymamış olsa dahi, istinaf mahkemesi sözkonusu vakıa tespitleriyle bağlı değildir. Ayrıca ilk derece mahkemesi, yanlış hukukî mülahazalardan hareketle önemli bazı vakıaları tespit etmemiş veya eksik tespit etmişse, istinaf mahkemesi, taraflarca ileri sürülmese dahi bu tür bir hatayı re'sen dikkate almak zorundadır⁹⁷.

İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine bağlılığı ortadan kaldıran diğer durum ise, ileri sürülmesi caiz olan yeni vakıaların bulunmasıdır. Aşağıda açıklamaya çalışacağımız şekilde, yeni vakıalara dayanılması hâlinde, ilk derece mahkemesinin tespitleri hükmünü kaybedebilir⁹⁸.

Taraflar yeni iddia ve savunma vasıtalarını, ancak aşağıda belirteceğimiz durumlarda (§ 531 dZPO) ve Alman Usûl Kanunu'nun 530 ve 532'inci paragraflarındaki şartlar dahilinde ileri sürebilirler. *Rimmelspracher'e* göre, bu ihtimaller dışında, taraflar anlaşılarak dahi yargılamaya yeni iddia ve savunma vasıtası dahil edemezler. Zira, reformdan sonra, istinaf ilk derecedeki hataların denetlenmesine ve düzeltilmesine hizmet eden bir araç hâline gelmiş ve taraflara tasarrufta bulunma imkânı tanınmamıştır⁹⁹. Bu hükümlerin uygulanması bakımından yargılamanın sürüncemede kalıp kalmaması önemli

⁹⁶ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 415.

⁹⁷ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 977; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 286; Roth, **a.g.m.**, s. 177.

⁹⁸ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 415; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 286. İddia ve savunma vasıtaları, daha önce ilk derece yargılamasında ileri sürülmemişse ve ilk kez istinafta ileri sürülüyorsa yeni kabul edilmektedir. Bkz. Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 418; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 698; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 498; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 26; Musielak, **Grundkurs**, s. 303; Wolfgang Grunsky, "Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO", **NJW**, Heft 11: 800-802 (2002), s. 800. İlk derece yargılamasında ileri sürülmesine rağmen, mahkeme tarafından önemli görülmeyle dikkate alınmayan iddia ve savunma vasıtaları ise yeni değildir. Bkz. Grunsky, "Tatsachenstoff", s. 800.

⁹⁹ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 418; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 695; Schilken, **a.g.e.**, s. 455.

değildir¹⁰⁰. Bu sınırlandırıcı hükümler sayesinde, bir yargılama taktiği olarak istinafa başvurma eğilimi başlangıçta engellenmiştir¹⁰¹.

Reformdan sonra, yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesi kural olarak ve önemli ölçüde sınırlandırılmış olmasına rağmen, istisnaî durumlarda yeni vakıalara dayanmak mümkündür¹⁰².

Alman Usûl Kanunu'nun 531'inci paragrafına göre, yeni iddia ve savunmalara izin verilen durumlardan ilki, maddî hukuktan kaynaklanır. İstinaf mahkemesi uyuşmazlık hakkında maddî hukuk bakımından farklı karar verilebileceği kanaatindeyse ve bu çerçevede bazı hususlar ilk derece mahkemesinin gözünden kaçmışsa ya da ilk derece mahkemesi bunları hüküm için önemli görmemişse, yeni iddia ve savunma vasıtaları ileri sürülebilir¹⁰³. Örneğin, ilk derece mahkemesi, ispat yükünün dağılımını yanlış belirlediği için davayı reddetmişse, davacı taraf, istinaf derecesinde yeni bir dava malzemesine dayanarak, ödünç ilişkisini mahkemeye sunacağı belge ile ispat edebilir.

İkinci istisna, ilk derece yargılamasındaki usûlî hatalar sebebiyle ileri sürülemeyen iddia ve savunma vasıtalarıdır. İlk derece mahkemesinin yargılamayı yanlış yürütmesi sebebiyle, önemsiz görülerek dikkate alınmayan vakıalar bu gruba girer. Bu istisna, davanın maddî yönetimine (§139 dZPO) ilişkin özenin gösterilmemesi durumunda da

¹⁰⁰ Roth, **a.g.m.**, s. 175.

¹⁰¹ Zöller, **Zivilprozessordnung**, s. 1290; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 270; Paulus, **a.g.e.**, s. 195; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 290; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 484; *Bilge/Önen'e* göre, çağdaş hukuk sistemlerinde yeni vakıalara ve delillere izin verilmemesinin nedeni, tarafların dava malzemesini istinaf mahkemesinde ileri sürme eğiliminde olmalarıdır. Bkz. Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 639.

¹⁰² Aile hukuku ve iş hukukuyla ilgili davalarda, bu alanlara ilişkin özel yargılama usûlleri uygulandığı için, bu kural geçerli değildir. bkz. Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 431.

¹⁰³ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 978; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 698; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 434; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 270; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 290. İstinaf mahkemesi ile ilk derece mahkemesi arasındaki bakış açısı farklılığının konusu hukukî veya maddî meseleler ya da her ikisi olabilir. Burada belirleyici olan nokta, bu farklılığın önemli olması ve farklı bir karar verilmesine neden olmasıdır. Bkz. Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 498; Schellhammer, **“Prozessstoff”**, s. 598.

ortaya çıkar. İstinaf mahkemesinin yeni iddia ve savunma vasıtalarına izin vermesi, bunların taraflarca istinaf sebebi olarak ileri sürülmesine bağlıdır¹⁰⁴.

Üçüncü istisna ise, bazı vakıaların, tarafların kusuru olmaksızın ilk derece yargılamasında ileri sürülemediği olmasıdır. Buna göre, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıalar, daha önce ileri sürülmeleri imkânsız olduğundan, (nova producta) istinafta ileri sürülebilirler. İlk derece mahkemesinde ileri sürülen iddialarının ispatına yarayan ve ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan deliller de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu imkân, özellikle tazminat davalarında, ilk derece mahkemesince kabul veya ret ile sonuçlandırılan tazminat talebinin yeniden değerlendirilmesi ve hesaplanması durumunda önem arz etmektedir¹⁰⁵. Ayrıca, ilk derece yargılamasında var olmasına rağmen tarafın bilmediği veya bilmesi imkânsız olan vakıalar da (nova reperta) istinafta ileri sürülebilir¹⁰⁶.

Tarafın kendi ihmali sebebiyle ilk derece yargılamasında dayanmadığı vakıalar ise istinafta ileri sürülemez. Taraflar ihmalkâr davranışlarının sonuçlarına katlanmak zorundadırlar¹⁰⁷. Buna karşılık, tarafın kendi ihmali sebebiyle ilk derece yargılamasında

¹⁰⁴ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 978; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 698; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 415, 435; Michael Huber, **Das Zivilurteil** (2. Auflage. München: Beck, 2003), s. 318; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 270; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 291; Musielak, **Grundkurs**, s. 311. Tarafın da kusurlu olması bu hükmün uygulanmasını engellememektedir. Bkz. Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 499; Schellhammer, **“Prozessstoff”**, s. 599.

¹⁰⁵ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 435; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 292; Schellhammer, **“Prozessstoff”**, s. 599; Fellner, **a.g.m.**, s. 723.

¹⁰⁶ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 979; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 698. Tarafın ihmalden kasıt, usûli özen yükümlülüğünün kusurlu olarak ihlâl edilmesidir. Taraf, ilk derece yargılaması sırasında hüküm için önemli olan vakıanın varlığını biliyor ve bilmesi gerekiyorsa ya da hüküm için önemli olan ispat araçlarına ulaşmış veya ulaşabilecek durumda ise, bu tür iddia ve savunma vasıtalarını ilk derece yargılamasında usûlüne uygun olarak ileri sürmelidir. Aksi takdirde istinaf derecesinde bunlara dayanmak mümkün değildir. Bkz. Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 435-436; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 499; Schellhammer, **“Prozessstoff”**, s. 599.

¹⁰⁷ Alman istinaf uygulamasında, tarafların kozlarını mümkün olduğunca istinaf yargılamasına saklamak istemesi nedeniyle dava malzemesi ilk derece yargılamasında yeterince toplanamıyordu. Tarafların istinafi beklemelerini önlemek ve iddia ve savunma vasıtalarının mümkün olduğunca ilk derece yargılamasında tamamlanmasını sağlamak amacıyla istinaf derecesinde taraf işlemleri sınırlandırılmıştır. Alman Hukukunda dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi konusunda taraflara tanınan özgürlük sınırlandırılmıştır. Buna göre, taraflar ilk derece yargılamasında kendi ihmalleri sebebiyle toplanamayan dava malzemesinin sorumluluğuna katlanmak zorundadır. Böylece teksif ilkesinin istinafta yumuşatılması engellenmiştir. Bkz. Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 430. Bu yasal düzenlemenin gerekçesi için ayrıca bkz. Huber, **Zivilurteil**, s. 319.

dayanmadığı yeni vakıalar dahi, çekişmesizse, başka bir deyişle karşı taraf ikrar etmişse, istinaf mahkemesince dikkate alınabilir. Zira, taraflar dava malzemesi üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler¹⁰⁸.

İlk derece mahkemesi tarafından haklı olarak reddedilen ve dikkate alınmayan iddia ve savunma vasıtaları ise istinafta dikkate alınmamaktadır. Ancak, istinaf sebepleri arasında bu ret kararına karşı koyulmuşsa, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin ret kararının doğru olup olmadığını incelemelidir¹⁰⁹. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesine rağmen haklı bir nedenle kabul edilmeyen, ancak karşı tarafça istinaf derecesinde ikrar edilen vakıaları dikkate almalıdır. Bu vakıalar, zaten ilk derece yargılamasında teşekkül eden dava malzemesi içinde yer aldıklarından, mahkemenin başka bir işlem yapmasına gerek yoktur¹¹⁰.

İlk derece yargılamasında ileri sürülmesine rağmen mahkeme tarafından tespit edilmeyen iddia ve savunma vasıtaları da istinaf derecesinde incelenebilecek dava malzemelerindendir. Zira, burada önemli olan iddia ve savunma vasıtalarının tespit edilip edilmemesi değil, usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş olmasıdır. Bu iddia ve savunmalar, ilk derece mahkemesi tutanaklarından veya hükmün gerekçesinden anlaşılabilirse dikkate alınabilirler¹¹¹.

¹⁰⁸ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 979; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 436; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 293; Musielak, **Grundkurs**, s. 311; Roth, **a.g.m.**, s. 175. Çekişmesiz vakıaların paragraf 531, II, 1 hükmünden bağımsız olarak istinaf derecesinde dikkate alınıp alınamayacağının tartışmalı olduğu yönünde bkz. Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 270. İddia ve savunma vasıtaları, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalar ile delillerden oluşur. Bkz. Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 347; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 483, 498; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 269; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁰⁹ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 433; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 497; Schellhammer, **„Prozessstoff“**, s. 598, Schilken, **a.g.e.**, s. 455; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 269.

¹¹⁰ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 433; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 980; Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 697; Jauernig, **a.g.e.**, s. 302.

¹¹¹ Grunsky, **„Tatsachenstoff“**, s. 801. Grunsky'nin bu sonuca varırken temyiz hükümlerinden yararlanmasını eleştiren farklı bir görüş, § 529 Abs. 1'in taraflarca ileri sürülmesine rağmen ilk derece mahkemesi tarafından dikkate alınmayan ve bu sebeple tutanaklarda ve hükmün gerekçesinde yer alamayan iddia ve savunma vasıtalarını da kapsadığını kabul etmektedir. Zira, bu iddia ve savunma vasıtaları hiç tespit edilmemiştir. İstinaf mahkemesi bu durumda ilk derece mahkemesinin tutanakları ve hüküm sebepleri ile bağlı değildir. Bkz. Holger Barth, **„Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO - eine Erwiderung“**, NJW, Heft 23: 1702-1703 (2002), s. 1703.

İstinaf mahkemesi, ileri sürülen istinaf sebepleri veya re'sen dikkate aldığı durumlar nedeniyle vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğu kanaatindeyse, vakıa tespitleri ile bağlı değildir ve tahkikatın tamamlanması çerçevesinde delilleri yeniden toplayıp değerlendirebilir. İstinaf mahkemesi, yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülebildiği durumlarda da yeniden yargılama yapmalı, gerekli ise mevcut delilleri yeniden incelemeli veya yeni delil toplamalıdır. Bu durumda tüm yargılama baştan sona tekrar edilmez, sadece hatalı vakıa tespitleri açısından veya caiz olan yeni iddia ve savunma vasıtaları kapsamında inceleme yapılabilir¹¹².

Sonuç olarak, Alman Hukukunda istinaf derecesinin dava malzemesi, istinaf derecesinde ileri sürülmesi caiz olan yeni iddia ve savunma vasıtaları, tahkikatın tamamlanması çerçevesinde bizzat istinaf mahkemesince tespit edilen dava malzemesi ve ilk derece yargılamasında teşekkül eden ve istinaf mahkemesinin bağlı olduğu dava malzemesinden oluşur. İlk derece mahkemesindeki dava malzemesi ise, tarafların iddia ve savunmaları, delil ikamesinden çıkan sonuçlar, ara kararlar ve nihaî karardan oluşur¹¹³. Geçerli bir istinaf başvurusu yapılmışsa, ilk derece mahkemesindeki dava malzemesi kendiliğinden istinaf mahkemesinin önüne geleceğinden, dava malzemesinin yeniden ileri sürülmesi gerekli değildir¹¹⁴. İstinaf mahkemesi bir yandan ilk derece yargılaması sonucunda ortaya çıkan ve bağlayıcı olan dava malzemesini, diğer yandan tahkikatın tamamlanması çerçevesinde bizzat tespit ettiği vakıalar ile delilleri ve istisnaî olarak yeni iddia ve savunma vasıtalarını birlikte dikkate alarak hüküm vermelidir.

3.5.2. Avusturya İstinaf Sistemindeki Durum

Avusturya istinaf sisteminde, istinaf mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamını ve dava malzemesini belirleyen en önemli ilkelerden biri “Neuerungsverbot”

¹¹² Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 413, 418; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 483; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 198; Balzer, **a.g.e.**, s. 195.

¹¹³ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 411; Schilken, **a.g.e.**, s. 454; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 269; Grunsky, **“Tatsachenstoff”**, s. 800.

¹¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 976; Stürner, **a.g.e.**, s. 170; Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 411; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 496.

olarak ifade edilen yenileme yasağıdır¹¹⁵. Yenileme yasağı, Avusturya Hukukunda istinafin denetleyici karakterinin işlevsel bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu şekilde hızlı, basit ve ucuz bir istinaf yargılaması sağlanmaktadır¹¹⁶.

Yenileme yasağı istinaf yargılamasına konu olabilecek dava malzemesiyle ilgilidir. İstinaf mahkemesinin kararına esas olabilecek hüküm sebepleri, yenileme yasağı dikkate alınarak belirlenmelidir. Yenileme yasağından etkilenen unsurlar, tarafların somut uyuşmazlıkla ilgili talepleri, iddia ve savunmaları ve bunların ispatına yarayan delillerdir. Dar anlamda yenileme yasağından etkilenenler ise dava malzemesi sayılan vakıalar ve delillerdir¹¹⁷.

Yenileme yasağı konusunda genel olarak şu hususları belirtebiliriz: Avusturya Usûl Kanunu'nun 482'nci paragrafına göre, istinafta yeni taleplerde bulunulamaz, yeni vakıalar ileri sürülemez ve yeni delillere dayanılmaz. İstinaf mahkemesi, kararı, ilk derece mahkemesinde sözlü yargılamanın sona erdiği anda mevcut olan taleplere ve dava malzemesine dayanarak denetleyebilir¹¹⁸. Başka bir deyişle, istinaf mahkemesi kendisini ilk derece mahkemesinin kararını verdiği durum ve zaman içinde düşünerek ve onun yerine koyarak denetim yapmalıdır¹¹⁹.

¹¹⁵ Yenileme yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konency, **a.g.m.**, s. 489 vd.; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 151 vd.; Feil/Kroisenbrunner, **Zivilprozessordnung**, s. 978; Fasching, **Lehrbuch**, s. 872 vd.; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 455 vd.; Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 177.

¹¹⁶ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 151; Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 17; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 455.

¹¹⁷ Fasching, **Lehrbuch**, s. 875; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 151.

¹¹⁸ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 455; Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 175; Stoch, **a.g.e.**, s. 195. Yeni iddia ve savunma vasıtaları ikiye ayrılır: *Nova reperta* ve *Nova producta*. *Nova reperta* kapsamında, ilk derecede sözlü yargılama sona erinceye kadar ispat yükü üzerine düşen tarafça bilinmeyen vakıalar, bu vakıaların ispatına yarayan deliller ve taraflarca iddia edilen vakıaların ispatına yaramakla beraber, tarafların bilmediği veya kullanılabılır nitelikte olmayan deliller yer alır. *Nova reperta* kapsamında yer alan vakıalar ve deliller, aslında ilk derece yargılaması sırasında var olmasına rağmen, tarafların kusuru ve ihmali olmaksızın mahkemeye sunulamayan dava malzemesidir. *Nova Producta* ise ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıalar ve bunların ispatına yarayan delillerdir (Fasching, **Lehrbuch**, s. 873). Hüküm mahkemesinin kararına ve dosya münderecatına göre, ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen tüm vakıalar ve deliller “yeni” sayılır. Bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 876.

¹¹⁹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 874. Fransız Hukukunda, taraflar istinaf derecesinde yeni iddia ve savunmalar ile yeni delillere dayanabilirler. Ancak bu araçlarla birlikte yeni taleplerde bulunamazlar. Bunun istisnası ise ilk derece mahkemesindeki taleplere ek niteliğinde olan veya bunlara bağlı sonuçlar şeklinde ortaya çıkan

Kural böyle olmakla birlikte, istinaf sebeplerinin gösterilmesine yarayan yeni vakıalara ve delillere dayanmak mümkündür¹²⁰. *Fasching*, bu konuda biri olumsuz diğeri olumlu iki örnek vermiştir: İstinafa başvuran davalının, hukukî değerlendirmenin yanlış olduğunu ve borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürdüğünü varsayalım. Burada zamanaşımı savunmasının ileri sürülmesi caiz değildir. Zira, zamanaşımı istinaf sebepleriyle değil, doğrudan talep sonucuyla ilişkilidir. Zamanaşımı savunmasının istinaf sebepleri arasında gösterilmesi, yargılamanın sonucunu etkileyebilecek yeni bir savunmanın (vakıanın) ileri sürülmesi niteliğindedir. İstinafa başvuran, delillerin yanlış değerlendirildiğini ve beyanı karara esas alınan tanığın yalan tanıklıktan mahkum olduğunu ileri sürmüştü, bu iddia sadece ileri sürülen istinaf sebebini haklı göstermeye yönelik olduğundan, yenileme yasağından etkilenmez. Belirtmeliyiz ki, yeni vakıaların bu şekilde ileri sürülmesine nadiren izin verilmektedir¹²¹.

İstinafta yeni vakıa ve delillere dayanma olanağı sağlayan daha önemli bir istisna, ilk derece mahkemesinde eksik veya hatalı yargılama yapılması nedeniyle, vakıa tespitlerinin doğru olmadığı durumlarda, istinaf mahkemesince bizzat esas hakkında inceleme yapılmasıdır. Bu aşamada istinaf mahkemesi, yargılamanın eksik olan kısımları bakımından, işlevsel olarak ilk derece mahkemesi gibi hareket eder. Bu yetki sadece eksik olan yargılama bölümleri bakımından geçerlidir. Taraflar, yargılamanın tamamlanması çerçevesinde, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi, her zaman yeni vakıalara ve delillere dayanabilirler, yeni taleplerde bulunabilirler ve yeni def’iler ileri sürebilirler¹²².

taleplerdir. İstinaf mahkemesi taraflarca tartışma konusu yapılmayan hususları inceleyemez. Zira, dava konusu tarafların karşılıklı talepleri ile belirlenir. Hâkim sadece taraflar arasında tartışmalı olmakla beraber tarafların özellikle ileri sürmedikleri olayları dikkate alabilir. Bkz. Vigneau, **a.g.e.**, s. 67; Piekenbrock, **a.g.e.**, s. 322.

¹²⁰ Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 175; Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 6; Stosch, **a.g.e.**, s. 195.

¹²¹ *Fasching*, **Lehrbuch**, s. 876-877; Konency, **a.g.m.**, s. 490.

¹²² Konency, **a.g.m.**, s. 490. Belirtmeliyiz ki, Avusturya Hukukunda, ilk derece yargılamasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı uygulanmamaktadır. Taraflar ilk derece yargılaması sona erinceye kadar yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanabilirler. Yargılamanın teksifi, başka usûli araçlarla sağlanmaktadır. Hâkim, yargılamaya daha aktif katılarak, dava malzemesinin toplanmasına katkıda bulunmaktadır. Böylece, ilk derece mahkemesi tüm dava malzemesini topladıktan ve değerlendirdikten sonra hüküm vermektedir. Bkz. Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 178, 184.

Bazı durumlar ise, niteliği gereği yenileme yasağından etkilenmez. İstinaf derecesinde gerçekleşen feragat, kabul, sulh, dava taleplerinin sınırlandırılması ve davanın geri alınması gibi usûl işlemleri yenileme yasağının dışındadır. İkrar da yenileme yasağının kapsamı dışındaki usûl işlemlerinden biridir. İlk derece yargılamasında ileri sürülmüş bir vakıa, istinaf derecesinde ikrar edilebilir. Mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gereken vakıalar ve deliller yenileme yasağı ile sınırlanmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Örneğin, dava şartları yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınabilir. Ayrıca, taraflar ilk derece mahkemesindeki dava malzemesinde bir değişiklik yapmamak kaydıyla farklı hukukî sebeplere dayanabilirler¹²³.

İstinaf derecesindeki yenileme yasağı, özellikle iki durumda hak düşürücü etki doğurmaktadır:

Taraflarca bilinmesine rağmen, ihmal edilerek ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalara ve elde edilebilir olmasına rağmen mahkemeye sunulmayan delillere istinafta dayanılamaz. Taraflar bu hatalarını istinafa başvurmak suretiyle düzeltemezler.

İlk derece yargılaması sırasında var olmasına rağmen, tarafların kusuru olmaksızın ileri sürülemeyen vakıalar ve deliller (nova reperta) ile ilk kez ilk derece yargılamasındaki son duruşmadan sonra ortaya çıkan vakıalara ve delillere (nova producta) istinafta dayanılamaz. Avusturya Hukukunda, yenileme yasağının maddî gerçeğin bulunmasını tehlikeye sokan riskini ortadan kaldırmak için başka çareler öngörülmüştür. Buna göre, ilk derece yargılaması sırasında var olan ancak ileri sürülemeyen vakıalar, yargılamanın yenilenmesi yoluyla; ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıalar ise, yeni bir dava ile ileri sürülebilirler¹²⁴.

¹²³ Fasching, **Lehrbuch**, s. 876-877; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 456; Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 154.

¹²⁴ Konency, **a.g.m.**, s. 489-490; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 455; Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 176-177; Stosch, **a.g.e.**, s. 195-196; Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 6, 10. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru sıklığı konusunda yapılan olgusal tespitlere göre, bu yola çok nadiren başvurulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Lorenz, “**Über die volle Berufung**”, s. 180. Kanımızca bu tespit, yenileme yasağının gerçeğe ulaşma ve adaleti gerçekleştirme amacının önünde bir engel olmadığını göstermektedir.

İstinaf mahkemesi, yenileme yasağını re'sen dikkate alacağından, bu yasağı ihlâl eden iddia ve savunmaları veya delilleri karşı tarafın kabul edip etmemesi önemsizdir. İstinaf mahkemesi, yenileme yasağını ihlâl eden dava malzemesini kararına esas almamalıdır¹²⁵.

Yenileme yasağı, yargılamanın yoğunlaştırılmasını sağlayan, yargılamanın sürüncemede kalmasını ve yargılama giderlerinin artmasını önleyen etkili bir usûlî araç olduğundan önemlidir. Bu tür yararlarına rağmen, hüküm için önemli uyuşmazlık malzemesini sınırlandırması, somut olayda yanlış karar verilmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bu sebeple Avusturya Hukuku, dava malzemesinin özellikle ilk derece yargılamasında eksiksiz toplanmasına yönelik tedbirler öngörmüş¹²⁶, taraflara ve hâkime ilk derece yargılamasında oldukça fazla sorumluluk yüklemiştir. Kendi hatalarını istinafta düzeltme imkânına sahip olmayan taraflar, ilk derece yargılamasında mümkün olduğunca özenli ve dikkatli davranmalıdırlar¹²⁷.

3.5.3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Alman ve Avusturya istinaf sistemlerinin özellikleri ve taraflara sağladığı olanaklar hakkında verdiğimiz bilgiler, denetim yargılaması olarak yapılandırılan istinaf modelinin anlaşılması ve Türk istinaf sisteminin değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Bundan sonraki açıklamalarımızda yukarıdaki açıklamalarımızdan da yararlanarak Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü istinaf modeli çerçevesinde, istinaf incelemesine ve hükmüne konu olabilecek dava malzemesini ortaya koymaya çalışacağız.

¹²⁵ Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 157.

¹²⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 874; Lorenz, “Über die volle Berufung”, s. 179. Yenileme yasağı sebebiyle dava malzemesinin tamamen ilk derece yargılamasında toplanmasına yönelik hükümlerin, istinaf mahkemelerinin iş yükünü azalttığı kabul edilmektedir; ancak tarafların davada gerekli gereksiz her şeyi ilk derece mahkemesine sunmaları nedeniyle, ilk derece mahkemelerinin iş yükünün oldukça arttığı eleştirisi yapılmıştır. Bkz. Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 15 vd.

¹²⁷ Bu model, hak arama hürriyeti açısından olumsuzluklar yaratmamakta ve uygulamada şikayete neden olmamaktadır. Bkz. Konency, **a.g.m.**, s. 493-495; Stosch, **a.g.e.**, s. 198, dn. 21; Klauser/Kodek, **a.g.e.**, s. 1215.

Dava malzemesi konusunda Alman ve Avusturya Hukukunda benimsenen tanım Türk Hukukunda da kabul görmüştür. Dava malzemesi, maddî vakıalar ile bu vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarından oluşur¹²⁸. Mahkeme uyuşmazlık hakkındaki hükmünü usûlüne uygun olarak yargılamaya intikal eden dava malzemesine dayanarak verebilir. İstinaf mahkemesi de ilk derece mahkemesi gibi davanın esası hakkında karar verebileceğinden, bu karara dayanak olabilecek dava malzemesinin belirlenmesi önemlidir.

İstinaf, yeni dava malzemesi konusunda, ilk derece yargılamasına göre daha fazla sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu, tercihini dava malzemesinin mümkün olduğunca ilk derece yargılamasında toplanması yönünde kullanmış, mevcut dava malzemesinin istinaf derecesinde değiştirilmesini veya yeni dava malzemelerinin toplanmasını yasaklamıştır. Dava malzemesini toplamak ve hüküm vermekle görevli asıl merci ilk derece mahkemesidir¹²⁹.

Yargılamaya yeni vakıa ve delillerin eklenmesine neden olabilecek taraf ve mahkeme usûl işlemleri, Kanunun 426/R maddesinde açıkça yasaklanmıştır. İstinaf mahkemesi bazı istisnalar dışında, yeni iddia ve savunma vasıtalarını dikkate almamalıdır. Kanunun 426/R maddesindeki yasaklayıcı hükümler, Türk Hukukunda dar (sınırlı) istinaf modelinin benimsenmesinin sonuçlarındandır. İstinaf mahkemesinin tahkikatı tamamlama ve esas hakkında karar verme yetkisi olsa da, bu imkân, yargılamanın devam ettirilmesi ve oluşan (güncel) sonuca göre uyuşmazlığın çözülmesi için değil, ilk derece yargılamasının ve hükmünün denetlenmesi ve düzeltilmesi için tanınmıştır.

İstinaf mahkemesi, kural olarak ilk derece yargılamasının sona erdiği tarihteki duruma göre inceleme yapar. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesinin nihaî kararı, hükmün verildiği tarih itibarıyla mevcut olan dava malzemesi ve talep sonucuna göre incelenir. Davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi sırasında mevcut olmasına rağmen, tarafların ihmali sebebiyle mahkemeye sunulmayan vakıalar ve deliller istinaf mahkemesince incelenemez.

¹²⁸ Alangoya, **İlkeler**, s. 7; Üstündağ, **Yargılama**, s. 238 vd.

¹²⁹ Ayrıca bkz. Tutumlu, **“Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı”**, s. 60.

İstinafta dava malzemesinin çerçevesini belirleyen 426/R maddesi, ilk derece mahkemesinde dava malzemesinin toplanmasını düzenleyen usûl kurallarıyla da uyumludur. Zira, ilk derece mahkemesinde, tarafların iddia ve savunmaları ile taleplerini layihalar teatisi aşamasında mahkemeye sunmaları gerekir. Daha sonra iddia ve savunmaların değiştirilmesi veya genişletilmesi; talep sonucunun artırılması veya değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir (m. 185, b. 2). Bu değişiklikler, ancak karşı tarafın muvafakatı veya ıslah ile gerçekleşebilir (m. 83). Benzer biçimde, iddia ve savunmaları ispata yarayan delillerin mümkün olan en kısa zamanda mahkemeye sunulmasını sağlayan hükümler vardır. Bu hükümlere göre, taraflar ellerindeki delilleri dilekçelerine (dava ve cevap dilekçesi) ekleyerek mahkemeye vermelidirler (m. 180, I; m. 200, II). Bu gerçekleşmezse, hâkim taraflara delillerini sunmaları için on günlük kesin süre verir (m. 180, II). Ancak, delillerin bu şekilde gösterilmesi mutlak bir kural değildir. Haklı bir mazeret varsa ve davanın sürüncemede kalmasına neden olmayacaksa, hâkim, tarafların talebi üzerine veya re'sen, gerçeğin tespit edilebilmesi için yeni delil sunulmasına izin verebilir (m. 75, III; m. 217, II; m. 244; m. 378).

Kanun koyucunun beklentisi, dava malzemesinin, teksif ilkesine uygun olarak, ilk derece yargılamasında ve mümkün olan en kısa süre içinde toplanmasını sağlamaktır. Yargılama bir bütün olduğuna göre, ilk derece yargılamasında kabul edilen bu ilkelerden istinafta vazgeçilmesi beklenemezdi. Ancak, istinaf derecesine yeni dava malzemesi sokulmasını yasaklayan bağımsız ve özel bir düzenleme yapılması, sadece ilk derece yargılamasındaki teksif ilkenin istinafa taşınmasıyla açıklanamaz. Bu düzenleme, ilk bakışta sanki ilk derece yargılamasındaki iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istinafta da devam ettirilmesi gibi gözükmekteyse de aslında kanun yoluna ilişkin farklı bir ilkeye işaret etmektedir. Bir hukukî uyumsuzluğun sona erdirilmesi, kanun yolu derecesinde daha fazla önem kazanır. Kanun yolunun yürütülmesi ve en kısa sürede sonuçlandırılması kamu yararıyla ilgilidir¹³⁰. Bu ilkeyi şu şekilde ifade etmek mümkündür: İstinaf, ilk derece yargılamasının baştan sona tekrar edildiği saf ve tam ikinci vakıa derecesi değildir. İstinaf ilk derece yargılamasındaki hataların düzeltilmesini ve somut olayda doğru karar

¹³⁰ Stürner, **a.g.e.**, s. 38.

verilmesini amaçlayan, bu kapsamda tâli vakıa derecesi olarak esas hakkında karar verilmesine imkân tanıyan bir kanun yoludur. İstinafta yeni dava malzemesinin durumu ve bunların yargılamaya nasıl ve hangi koşullarda sokulabileceği bu perspektifle belirlenmelidir.

İstinaftaki dava malzemesi bakımından yanıtlanması gereken temel sorular şunlardır: İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlı mıdır? Bağlı ise bu bağlılık hangi koşullarda son bulur? İstinaf derecesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarının, başka bir deyişle yeni vakıaların ve delillerin dikkate alınması mümkün müdür?

3.5.3.1. Vakıa Tespitleriyle Bağlılık

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf mahkemesinin ilk derece vakıa tespitleriyle bağlı olduğuna dair hüküm bulunmamaktadır. Kanun ne istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitleri ile bağlı olacağına dair genel bir kural öngörmüş ne de istinaf mahkemesine bu konuda tam bir serbesti tanımıştır. Kanun koyucu ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitlerinin istinaf yargılamasını ve hükmünü hangi oranda etkileyebileceğini taraflarca ileri sürülen istinaf sebeplerinin haklılığına bağlamıştır.

Bu konuda istinaf incelemesinin kapsamını düzenleyen 426/O maddesi yol gösterici olabilir. Hükme göre, istinaf mahkemesi, kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilen kurallara aykırılık dışında, kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapabilir. Kanımızca, re'sen dikkate alınması gereken hususlara, maddî hukuk kurallarına aykırılık ve usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri de eklenmelidir¹³¹. Buna göre, istinaf mahkemesinin, ileri sürülen istinaf sebeplerinden veya re'sen dikkate alınması gereken hukuka aykırılıklardan etkilenmeyen vakıa tespitleri ile bağlı olduğu söylenebilir.

¹³¹ Bkz. yuk. 3. Bölüm, Başlık 3.4.1.

Örneğin taraflardan biri, istinaf dilekçesinde, somut olayda yanlış hukuk kuralının uygulandığını ileri sürerek ilk derece kararının değiştirilmesini talep etmişse, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tanık beyanlarını yanlış değerlendirmesi sebebiyle vakıa tespitlerinin hatalı olduğundan bahisle, ilk derece kararını kaldırarak yeni bir karar veremez. Zira, tanık beyanlarının değerlendirilmesi ve vakıa tespitlerinin doğruluğu, taraflarca tartışma konusu yapılmamıştır. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin tanık beyanlarının değerlendirilmesine dayanan vakıa tespitleri ile bağlı olduğu için, ancak bu vakıa tespitlerine dayanarak hukuka uygun karar verilip verilmediğini inceleyebilir.

Taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri ve re'sen dikkate alınan hukuka aykırılıklar, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olduğunu göstermekte ise veya en azından bu konuda yeterli bir şüphe oluşturmaktaysa, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlı değildir. Bu durumda hatanın düzeltilmesi veya eksikliğin giderilmesi için istinaf mahkemesi tarafından bizzat vakıa tespiti yapılmalıdır. Vakıa tespiti, delil ikamesinin tekrarlanması veya delil ikamesinin ilk kez istinaf derecesinde gerçekleştirilmesi suretiyle yapılır. Yeniden vakıa tespiti yapan istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinden farklı bir sonuca varabilir¹³².

Örneğin, tanık beyanlarının hatalı değerlendirildiği ileri sürülmüşse, tanık beyanının kapsamı, anlamı ve önemi konusunda ilk derece mahkemesinden farklı düşünen ya da tanık beyanının belirsiz veya açıklanmaya muhtaç olduğunu düşünen istinaf mahkemesi, ilgili tanıkları yeniden dinlemeli ve tanık beyanını yeniden değerlendirmelidir. Özellikle ilk derece mahkemesinde dinlenen tanığın beyanlarını yeterince inandırıcı bulmayan istinaf mahkemesi, o tanıkları istinaf derecesinde bizzat dinlemek zorundadır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesinden ayrıldığı noktalarda, delilleri yeniden incelemeli ve değerlendirmelidir¹³³.

¹³² Musielak, **Kommentar**, s. 1156; Fasching, **Lehrbuch**, s. 912.

¹³³ Musielak, **Kommentar**, s. 1157. Alman Hukukunda 2002 yılında § 529 hükmünde yapılan değişiklikten önce, federal yüksek mahkemenin istikrarlı uygulamasına göre, istinaf mahkemesi bu ölçütlerden hareket ederek yeni delil ikame edebiliyordu. Başka bir deyişle bu ölçütler gerçekleştiğinde istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlı olmaktan kurtulmaktaydı. Bkz. Gehrlein, **a.g.e.**, s. 285; Musielak, **Grundkurs**, s. 311.

İlk derece yargılamasında gerçekleşen delil ikamesi, gerektiğinde istinaf derecesinde de tekrar edilebilir. Buna göre, ilk derece mahkemesinde vakıaların hatalı veya eksik tespit edilmesine neden olan yargılama hataları istinaf mahkemesinde düzeltilebilir¹³⁴. Özellikle tanıklar yeniden dinlenebilir ve istinaf mahkemesi bu tanık beyanlarını bizzat değerlendirebilir. İlk derece mahkemesinde sunulan bilirkişi raporu eksik, çelişkili veya sonucu bakımından doğru değilse, istinaf mahkemesi yeniden bilirkişi raporu alınmasına karar verebilir. Dava dosyasından anlaşılan tanıklar, bilirkişiden rapor alınması ya da keşif icrası gibi ilk derece mahkemesinde re'sen dikkate alınabilen deliller veya delil elde etme araçları, istinaf mahkemesi tarafından da re'sen kullanılabilir.

Re'sen dikkate alınması gereken bir usûle aykırılık varsa, örneğin görevsiz mahkeme tarafından karar verilmişse, istinaf mahkemesi, ileri sürülen diğer istinaf sebeplerini incelemeyen ilk derece kararını kaldırarak dosyanın görevli ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir. Zira, görevsiz mahkeme tarafından yapılan tüm işlemler geçersizdir.

İlk derece mahkemesinin vakıa tespitleri, kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilen maddî hukuk ve usûl kurallarına aykırılık nedeniyle eksik veya hatalı ise, istinaf mahkemesi, taraflarca bu vakıa tespitlerine karşı konulmamış olsa dahi re'sen inceleme yapabilir. Örneğin, ilk derece mahkemesinde ikrar tutanağa geçirilmesine rağmen, tarafın huzurunda okunmadan imzalatılmış ve karara esas alınmışsa, istinaf mahkemesi, taraflarca karşı konulmamış olsa dahi, bu usûle aykırılık nedeniyle ikrar prosedürünü usûlüne uygun olarak tekrarlamalı ve sonucuna göre yeniden karar vermelidir.

Sonuç olarak, istinaf dilekçesinde gösterilen istinaf sebeplerinden veya re'sen dikkate alınması gereken hukuka aykırılıklardan etkilenmeyen vakıa tespitleri, istinaf mahkemesini bağlar. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bu vakıa tespitlerine göre denetlemeli ve hükmünü bu vakıalara dayandırmalıdır. İstinaf mahkemesinin kararına esas olabilecek dava malzemesinin ilk bölümü, taraflarca karşı

¹³⁴ Guldener, **a.g.e.**, s. 513.

koyulmayan vakıa tespitlerinden ve istinaf mahkemesinin tahkikatın tamamlanması çerçevesinde bizzat tespit ettiği vakılardan oluşur.

3.5.3.2. Yeni Dava Malzemesi Sayılan Hâller

Dava malzemesinin tespiti bakımından ele alınması gereken diğer bir sorun, istinaf derecesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanılıp dayanılamayacağıdır. İstinafta yeni iddia ve savunma vasıtalarına izin verilip verilmeyeceğini değerlendirmeden önce, iddia ve savunma vasıtasının hangi hâlde yeni sayılması gerektiği belirlenmelidir.

Bir vakıa veya delil ilk kez istinaf derecesinde ileri sürülmekteyse, başka bir deyişle, daha önce ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemişse yeni kabul edilmelidir. İddia ve savunma vasıtasının daha önce ileri sürülüp sürülmediği, ilk derece mahkemesinin hükmünden ve dava dosyasından anlaşılabilir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin duruşma tutanaklarından ve taraflarca ilk derece mahkemesine sunulan dilekçelerden anlaşılanlar yeni vakıa değildir¹³⁵.

İlk derece yargılamasında ileri sürülen iddia ve savunmaları tamamlamak, açıklamak veya daha iyi ifade etmek için yapılan açıklamalar da yeni iddia ve savunma olarak kabul edilmemelidir¹³⁶. Zira, burada yargılamaya gerçek anlamda yeni vakıa sokulmamakta, sadece mevcut iddia ve savunmaların daha iyi değerlendirilmesi için açıklama yapılmaktadır.

3.5.3.3. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/R maddesi, kural olarak yeni iddia ve savunma vasıtalarının yargılamaya sokulmasına izin vermemiştir. Re'sen dikkate alınması gerekenler dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve

¹³⁵ Fasching, **Lehrbuch**, s. 876; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 978; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 484.

¹³⁶ Rosenberg, "**Neuerungsverbot**", s. 19.

savunmalara ve delillere istinafta dayanılmaz. Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmaması, taraf ve dava ehliyetinde eksiklik gibi dava şartlarına ilişkin usûlî eksiklikler (mutlak istinaf sebepleri) ile kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen diğer vakıalar her zaman ileri sürülebilecektir.

Re'sen dikkate alınması gereken vakıalar ve usûlî eksiklikler dışındaki tüm vakıa ve usûlî itirazlar, ancak daha önce ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş olmaları ve dava malzemesi içinde yer almaları hâlinde dikkate alınabilir. Örneğin, dava dosyasından anlaşılan ödeme itirazı, istinaf mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınabilir. Kanun, karşı tarafın açık veya zımnî muvafakati veya ıslah yoluyla dahi yeni iddia ve savunmaların dikkate alınmasına olanak vermemektedir¹³⁷. Ancak, istinaf mahkemesi m. 426/M, I hükmünde belirtilen durumlarda, ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, davaya bakan ilk derece mahkemesinde karşı tarafın muvafakati veya ıslah ile yeni iddia ve savunmalara dayanılabileceği kanısındayız. Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, tahkikata kaldığı yerden devam edeceğinden, bu aşamada yeni vakıalara ve delillere dayanılmasını engelleyen tek kural iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağıdır. Bu yasak, tahkikat sona erinceye kadar, karşı tarafın açık veya zımnî rızasıyla veya ıslaha başvurmak suretiyle aşılabilecektir.

İstinafta ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, ilk derece yargılamasından farklı olarak tarafların itirazı üzerine değil, re'sen dikkate alınmalıdır. Buna göre, ilk derece yargılamasında var olan ve taraflarca bilinmesine veya bilinmesi gerekli olmasına rağmen ihmal edilerek mahkemeye sunulmayan iddia ve savunmalar istinafta ileri sürülemez. Bu yasak taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olup kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde uygulanmayacaktır¹³⁸.

Taraflarca bilinmeyen vakıaların istinafta ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda Kanun'da açıklık yoktur. Tarafların hüküm için önemli olan vakıalar hakkında bilgilerinin

¹³⁷ HUMK m. 426/R'nin Hükümet Gerekçesi; Öztekin, "Üst Mahkemeler Tasarısı", s. 105.

¹³⁸ İstinaf El Kitabı, s. 55.

olmaması, mücbir sebepten (ellerinde olmayan bir nedenden)¹³⁹ veya vakıanın hüküm verildikten sonra ortaya çıkmasından kaynaklanabilir.

İlk derece yargılamasında mevcut olmasına rağmen bilinmeyen bir vakıa (nova reperta), istinaf derecesinde öğrenilir ve taraflarca ileri sürülürse, istinaf mahkemesince dikkate alınmalıdır¹⁴⁰. Zira, tarafların bilemeyecekleri vakıalara dayanmaları, onlardan beklenmemelidir. Bu tür vakıalar istinafta dikkate alınmalı ve taraf sırf bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmayaya zorlanmamalıdır. Eğer esasa etkili olan bir vakıa dikkate alınmaz ise, somut olayda yanlış karar verilecek, davayı bu sebeple kaybeden taraf hükmün kesinleşmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurup yeniden yargılama yapılmasını talep edecek, bu nedenle uyuşmazlığın sona ermesi gecikecek ve yargılama giderleri artacaktır. Yenileme yasağının katı bir şekilde uygulanması, sanıldığı gibi yargılamanın hızlandırılmasına değil, uyuşmazlıkların sürüncemede kalmasına neden olacaktır.

İlk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıaların (nova producta) istinafta dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanunda açıklık olmamakla beraber ilk derece yargılamasında verilen hükmün kapsamı dışında kalan ve istinafta ıslah veya karşı tarafın muvafakati ile dahi ileri sürülemeyen yeni vakıalar, ancak Avusturya Hukukunda olduğu gibi yeni bir dava yoluyla ileri sürülebilir¹⁴¹. Diğer bir görüşe göre, bu tür vakıalar istinaf derecesinde incelenebilir. Zira, bunların dikkate alınması, mevcut iddiaların daha sonra ileri sürülmesi değil; sonradan ortaya çıkan vakıaların değerlendirilmesidir¹⁴².

Tamamen dar istinaf sistemine bağlanmış bakış açısına göre, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıalar, istinaf sebebi olarak incelenemez.. Zira, ilk

¹³⁹ Mücbir sebep kavramının anlamı hakkında bkz.aşa. 3. Bölüm, Başlık 3.5.3.4.

¹⁴⁰ Alman Hukukunda da savunulan aynı görüş için bkz. Rosenberg, “**Neuerungsverbot**”, s. 20. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 979; Unberath, **a.g.m.**, s. 338. Bir başka görüşe göre, 426/R maddesinde delillere ilişkin düzenlemenin aksine, mücbir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan vakılardan söz edilmediği için, bu vakıalar istinaf derecesinde ileri sürülemeyecektir. Bkz. Deren Yıldırım, “**İstinaf Sebepleri**”, s. 709.

¹⁴¹ Deren Yıldırım, “**İstinaf Sebepleri**”, s. 709.

¹⁴² İstinaf El Kitabı, s. 55; Stosch, **a.g.e.**, s. 235.

derece mahkemesi, söz konusu vakıalar hakkında bir inceleme ve değerlendirme yapmamış, henüz bir karar vermemiştir. İlk derece yargılamasında ve kararında yer almayan bir husus, ilk derece mahkemesinin hatası olmadığından istinaf mahkemesince yapılacak denetimin ve düzeltmenin konusu olamaz; ancak yeni bir davanın konusu olabilir. Bununla beraber, mutlak surette ilk derece mahkemesinin hatalarını denetlemek ve düzeltmekle sınırlandırılan istinaf modeli, kendisinden beklenen yararı sağlayamayacaktır. İstinaf derecesinde ortaya çıkan yeni vakıalar incelenmesine izin verilmezse, sadece ilk derece mahkemesi değil, aynı zamanda istinaf mahkemesi de yanlış bir karar vermiş olacaktır¹⁴³.

Kanımızca istinaf mahkemesi, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıaları dikkate almalıdır. Zira, bunların ilk derece mahkemesinde ileri sürülememesine neden olan durum, tarafların veya mahkemenin hatası ya da ihmali değil, fiilî bir imkânsızlıktır. Eğer uyuşmazlığın ve hükmün akıbetini etkileyebilecek vakıalar dikkate alınmazsa, somut olayda doğru karar verilmesi mümkün olmayacaktır. Her ne kadar dar (sınırlı) istinaf modeli benimsenmiş olsa dahi, bir vakıa ve kanun yolu mercii olan istinaf mahkemesinin somut olay adaletini gerçekleştirebilmesi, tahkikatın tamamlanmasından sonra ortaya çıkan vakıaların dikkate alınmasına bağlıdır. İlk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıaların istinafta ileri sürülmesine izin verilirse, daha sonra yargılamanın yenilenmesi veya yeni dava açılması gibi dolaylı yollara başvurulmasına gerek kalmayacaktır¹⁴⁴.

Yeni vakıalara dayanma yasağı, istisnalar hariç, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanacak; re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde, yeni vakıalar ileri sürülebilecektir. Alman Hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, dava malzemesi üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceğinden, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan yeni vakıalar (çekişmesiz vakıalar), istinaf mahkemesi tarafından da dikkate alınmalıdır. Bu yaklaşıma göre, ilk derece yargılamasında tarafın ihmali sebebiyle

¹⁴³ Alman Hukukuna göre, ilk kez istinaf derecesinde ortaya çıkan bir vakıanın (*nova producta*) taraflarca daha önce ileri sürülmesi imkânsızdır. Bu sebeple her zaman ileri sürülebilmeleri gerekir. (Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 979; Unberath, **a.g.m.**, s. 338).

¹⁴⁴ Stosch, **a.g.e.**, s. 235.

ileri sürülmemiş olan vakıalar dahi, karşı taraf muvafakat ettiği takdirde, istinaf mahkemesince incelenmeli ve değerlendirilmelidir¹⁴⁵. Kanımızca Kanunun 426/R maddesinin açık hükmü karşısında bu yaklaşımı benimsemek isabetli değildir. Zira, maddede tarafların rızası ve çekişmesiz vakıalar bakımından bir istisna getirilmemiş, ilk derece yargılamasında “ileri sürülmeyen” tüm iddia ve savunmaların istinaf derecesinde dinlenemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

3.5.3.4. Yeni Delillerin İleri Sürülmesi

Kural olarak istinafta yeni delillere dayanmak yasaklanmış olmasına rağmen, Kanunda açıkça düzenlenen istisnalar bulunmaktadır. İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterilmesine rağmen incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilemeyen deliller, istinaf mahkemesi tarafından incelenebilecektir (m. 426/R, I, III)¹⁴⁶.

İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterilmesine rağmen incelenmeden reddedilen delillerin gerçek anlamda yeni bir dava malzemesi olduğu söylenemez. Bunlar daha önce taraflarca mahkemeye sunulduğu için mahkeme tarafından bilinen delillerdir. Bu sebeple, istisna hüküm olmasaydı dahi, bu delillerin incelenmesine izin verilmesi gerekirdi.

İlk derece mahkemesi, delilleri hiç gerekçe göstermeden reddetmiş olabileceği gibi, hak düşürücü süreler veya yargılamanın sürüncemede kalması tehlikesi nedeniyle de kabul etmemiş olabilir. Kanımızca, ilk durumda gerekçe gösterilmeden delillerin reddedilmesi, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl eden önemli bir usûl hatasıdır¹⁴⁷ ve istinaf mahkemesince

¹⁴⁵ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 979.

¹⁴⁶ *Tutumlu*, taraflarca gösterilen delillerden hiçbirini toplanmadan veya hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasını da yeni delillere dayanma yasağının istisnaları arasında kabul etmektedir. Yazara göre, bu olasılıkta istinaf derecesinde taraflarca delil gösterilmesine ihtiyaç yoktur (*Tutumlu, “Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı”*, s. 61). Kanımızca bu durum, yeni delil gösterme yasağının istisnalarından biri değildir. Zira deliller hiç toplanmadan veya değerlendirilmeden karar verilmişse, istinaf mahkemesi tahkikatı tamamlamak için işlem yapmadan, dosyayı yeniden yargılama yapması için ilk derece mahkemesine gönderecektir. Tahkikat ilk derece mahkemesince tamamlanacağına göre, istinafta yeni delil gösterme yasağının istisnasından söz edilmesi isabetli değildir.

¹⁴⁷ Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 126; İstinaf El Kitabı, s. 58.

re'sen dikkate alınmalıdır. İkinci durumda ise, istinafa başvuran taraf, istinaf sebeplerini gösterirken ilk derece mahkemesinin bu işlemine karşı koymalıdır. İstinaf mahkemesi gerekçe gösterilerek reddedilen delilleri, ancak delillerin reddedilmesine ilişkin kararı hukuka aykırı bulursa inceleyebilir¹⁴⁸.

Yeni delil gösterilmesine (ikamesine) imkân tanıyan diğer istisna, mücbir sebep bulunmasıdır. Mücbir sebebin anlamı ve kapsamı kanun metninden açıkça anlaşılmamaktadır. Buradaki mücbir sebep, Kanunun 445/1'inci maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebebindeki mücbir sebep ile aynı anlama gelmektedir¹⁴⁹. Bu hükme göre, mücbir sebep veya lehine karar verilen tarafın eylemi nedeniyle, daha önce elde edilemeyen bir senet veya belgenin hüküm verildikten sonra ele geçirilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir.

Senet veya belgenin elde edilmesini engelleyen mücbir sebep, tarafın elinde olmayan ve tüm çabalarına rağmen aşamadığı engellerin bulunması olarak anlaşılmalıdır¹⁵⁰. Usûl hukuku bakımından mücbir sebep kavramı, borçlar hukukundaki, kaçınılması ve ortadan kaldırılması imkânsız bulunan olay kavramından daha kapsamlıdır¹⁵¹. Örneğin, bir davayla ilgili olarak resmî dairenin gerçeğe uygun olmayan kayıt çıkarması, asıl delillerin

¹⁴⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 912.

¹⁴⁹ İstinaf El Kitabı, s. 58.

¹⁵⁰ Üstündağ, **Yargılama**, s. 914; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 609; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 577; 13. HD, 13.6.1991, 4299/6922 (Kuru, **Usûl C.V**, s. 5182). Yargıtay kararına konu olan bir olayda, eşlerden biri diğerine ait taşınmazı onu temsilen bir başkasına haricen satmıştır. Taşınmazı satın alan bu taşınmaz üzerine fabrika yaptırmış ve fabrikayı uzun süre çalıştırdıktan sonra, taşınmazı satılan eş satın alan kişiye karşı, satışa ve fabrika binasının yapılmasına muvafakatı olmadığı gerekçesiyle müdahalenin önlenmesi ve kal'i davası açmış; diğer taraf ise taşınmazın tapuda kendi adına tescili için temlik ve tescil davası açmıştır. Mahkeme müdahalenin önlenmesi davasını kabul etmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davayı kaybeden taraf, daha sonra tapudaki başka bir satış nedeniyle, tesadüfen, dava açan tarafın satışın gerçekleştiği tarihte eşine genel bir vekaletname verdiğini öğrenmiş ve bu vekaletnamenin kendisine yapılan satışta da geçerli olduğunu ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmuştur. Talebi inceleyen mahkemenin kararına karşı temyize başvurulmuştur. Yargıtay, tapu sicili alenî olsa da bu vekaletnamenin mahalli tapu sicil daireleri ve noterlerde olduğunun bilinmesinin fiilen ve mantıken imkânsız olduğu ve doğrudan doğruya davacıyı ilgilendirmeyen bu belgenin tapu sicil dairesinden veya noterden elde edilmesinin imkânsız olduğu gerekçesiyle, daha sonra ele geçirilen bu belgenin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. HGK, 26.6.1971, 1/695-416 (Kuru, **Usûl C. V**, s. 5193).

¹⁵¹ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 85.

mahkemeye sunulmasını engelleyen mücbir sebep sayılmalıdır¹⁵². Kanımızca ilk derece mahkemesinde lehine hüküm verilen tarafın, aleyhine olan delili çalarak veya saklayarak o delile ulaşılmasını engellemesi de mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. Zira, o delilin mahkemeye sunulmamış olması, aleyhine karar verilen tarafın kusurundan veya ihmalden kaynaklanmamaktadır.

Sübjektif ve bireysel nedenlerin dışında, objektif mücbir sebep olarak nitelendirilen savaş, deprem ve sel gibi olağanüstü hâller sebebiyle delillerin ilk derece mahkemesinde sunulmaması da mücbir sebep kapsamında kabul edilmelidir¹⁵³. Örneğin, ilk derece yargılaması devam ederken depremde kaybolan bir belge, istinaf aşamasında bulunur ve mahkemeye sunulursa, istinaf mahkemesince incelenmelidir.

Yeni delil gösterilmesi bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir konu, mahkemenin re'sen dikkate alabileceği delillerdir. 426/R maddesinin ilk fıkrasında, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği belirtildikten sonra, cümlelerin devamında yeni delillere dayanılamayacağı da ifade edilmiştir.

Cümlelerin yapısından ilk önermenin, yani “re'sen göz önünde tutulacaklar dışında” ifadesinin, yeni deliller bakımından da geçerli olup olmadığı açıkça anlaşılamamaktadır. Kanımızca bu ifade, delilleri de kapsamaktadır. Aksi görüş kabul edilse dahi ilk derece yargılamasında geçerli olan ve aksine hüküm olmadığı için istinafta da uygulanan usûl kuralları gereği bazı delillere, daha doğrusu delil elde etme araçlarına, istinaf mahkemesi re'sen başvurabilmelidir¹⁵⁴. Örneğin, ilk derece yargılamasında talep edilmediği veya re'sen karar verilmediği için bilirkişiden rapor alınmamışsa, istinaf mahkemesi re'sen bilirkişiden rapor alınmasına karar verebilir (m. 275)¹⁵⁵. Taraflarca ilk derece yargılamasında veya istinafta talep edilmemiş olsa dahi, istinaf mahkemesi uyuşmazlık

¹⁵² 8. HD, 24.11.1994, 5923/13002 (Kuru, **Usûl C.V**, s. 5182; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 577, d. 16); Benzer kararlar için bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 914.

¹⁵³ Mücbir sebebi objektif ve sübjektif teori açısından ele alan görüş için bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 914; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 85.

¹⁵⁴ Aynı yönde bkz. Tutumlu, “**Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı**”, s. 62.

¹⁵⁵ Alangoya, **İlkeler**, s. 164; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 496.

konusu hakkında re'sen keşif yapılmasına karar verebilir (m. 363). İstinaf mahkemesi, koşulları oluşmuşsa, re'sen taraflardan birinin isticvabına karar verebilir (m. 230) veya re'sen yemin teklif edebilir (m. 356)¹⁵⁶. Ayrıca, istinaf mahkemesi hâkimi, Kanunun 75'inci maddesinin 3'üncü fıkrası çerçevesinde, tarafları dinleyebilmeli veya delil sunulmasını emredebilmelidir.

Önemle vurgulamalıyız ki, istinaf mahkemesinin yukarıda saydığımız delil elde etme araçlarına re'sen başvurabilmesi, bunların ilişkili olduğu vakıa tespitlerinin doğru olmadığı veya eksik olduğu yönünde istinaf sebeplerinin ileri sürülmesine ve bu sebeplerin istinaf mahkemesince haklı bulunmasına bağlıdır. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine karşı koyulmamışsa, istinaf mahkemesince bu araçlara re'sen başvurulması mümkün olmamalıdır.

Yeni delil gösterme yasağı, sadece taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanacaktır; re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde ise, taraflar ve mahkeme istinafta da yeni delillere dayanabilirler. Örneğin, Kadastro Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda (3402 s.K. m. 28, 29, 30)¹⁵⁷, aile hukukundan doğan soy bağının reddi (TMK m. 286 vd.), babalık davası (TMK m. 301 vd.) gibi uyuşmazlıklarda, evlat edinmeye izin verilmesi (TMK m. 315, 315) gibi çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma ilkesi uygulanmakta ve davaya bakan mahkeme dava malzemesinin toplanmasında aktif rol oynamaktadır.

3.6. İstinaf Derecesinde Yapılamayacak İşlemler

3.6.1. Genel Olarak

İstinaf derecesindeki dava malzemesi ile yakından ilgili diğer bir konu, istinaf derecesinde yapılamayacak işlemlerdir. Kanun, ilk derece yargılamasında uygulama bulan

¹⁵⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ise, hâkimin re'sen yemin teklif etmesi yürürlükten kaldırılmıştır (m. 228-242).

¹⁵⁷ Kadastro Kanunu'ndan doğan davalara kadastro mahkemesinde bakılmaktadır. Kadastro mahkemelerinde geçerli olan re'sen araştırma ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Okay Durman, **Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama** (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2002), s. 122 vd.

bazı taraf ve mahkeme işlemlerini, istinaf yargılamasını geciktireceği ve olumlu katkısı olmayacağı gerekçesiyle yasaklamış; istinaf derecesinde yapılamayacak işlemleri açıkça düzenleyerek, tarafların usûl işlemleri konusundaki tasarruf serbestisini sınırlandırmıştır. Bu işlemlerden, iddia ve savunmaların değiştirilmesi ve yeni delil ikamesi gibi doğrudan dava malzemesi ile ilgili olanlar yukarıda ayrıca incelenmiştir. Zira yeni dava malzemesinin yargılamaya sokulması doğrudan ispatla ilgili olup bu konuda belirli istisnalar söz konusudur. Aşağıda incelemeye çalışacağımız yapılamayacak işler bakımından ise mutlak yasaklar öngörülmüştür.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/R maddesinin ilk cümlesi, istinaf derecesinde karşı dava açılmasını, davaya katılma olanağını ve ıslahı yasaklamıştır. Burada sayılan üç durum, aslında çeşitli vesilelerle yargılamaya yeni dava malzemesinin (talepler, vakıalar ve deliller) sokulmasına hizmet eden taraf işlemleridir¹⁵⁸. Ayrıca Kanunun 45'inci maddesinin birinci fıkrası saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi de yasaklanmıştır.

3.6.2. Karşı Dava Açılamaması

İstinaf derecesinde karşı dava açılamaz. Hükmün gerekçesine göre, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak davaya baktığı sınırlı hâller dışında, bu mahkemede doğrudan dava açılamayacağından karşı dava açılması da mümkün değildir. Zira, istinaf mahkemesi ancak ilk derece mahkemesi tarafından incelenen ve karara bağlanan davalar hakkında inceleme yapabilir.

Karşı davaya izin verilmesi incelemenin kısa sürede tamamlanmasını geciktirecektir. Karşı davanın ilk kez istinaf mahkemesinde açılması hâlinde, ilk dava ile karşı davanın bir arada görülmesi gerekecek ve yeni açılan dava sebebiyle ilk dava hakkındaki denetim yargılaması gecikecektir¹⁵⁹. Karşı davaya izin verilmemesi dar (sınırlı) istinaf modelinin amacına ve ruhuna uygundur. Zira, istinaf ilk derece mahkemesindeki

¹⁵⁸ Gehrlein, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁵⁹ İstinaf El Kitabı, s. 56.

davanın devam ettirilmesini değil, ilk derece kararının denetlenmesini ve düzeltilmesini amaçlamaktadır.

İstinafta karşı davayı yasaklayan özel bir hüküm öngörülmesi isabetli olmuştur. Eğer 426/R maddesinin açık hükmü olmasaydı, istinaf mahkemesinde açılan karşı davaya diğer taraf itiraz etmediği takdirde, istinaf mahkemesinin bu davaya bakıp bakmayacağı konusunda tartışmalar doğması muhtemeldi. Zira, karşı dava açılması için aranan şartların bulunup bulunmadığını ve karşı davanın süresinde açılıp açılmadığını, mahkeme re'sen dikkate alamayacaktır (m. 187, b. 8; m. 189, I ve II; m. 207, III)¹⁶⁰.

3.6.3. Davaya Katılma İmkânının Bulunmaması

Üçüncü kişinin davaya katılması fer'i müdahale, aslî müdahale ve davanın ihbar edilmesi üzerine gerçekleşebilir. Bu ihtimallerden hangisi sözkonusu olursa olsun, istinaf derecesinde üçüncü kişilerin davaya katılması yasaklanmıştır.

3.6.3.1. Fer'i Müdahalede Bulunulamaz

Fer'i müdahale üçüncü kişinin, yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasını sağlayarak hukukî durumunun olumsuz etkilenmesini önlemeye yönelik bir kurumdur (m. 53-58). Fer'i müdahil, iddia ve savunma vasıtalarının toplanması ve kendi bilgisi dahilinde olan delillerin mahkemeye sunulması konusunda, yanında katıldığı tarafa ve dolayısıyla mahkemeye yardımcı olur¹⁶¹.

İstinaf yürürlüğe girmeden önce, çoğunluğun benimsediği görüş, kanun yolu derecesinde fer'i müdahaleye izin verilmemesi, hüküm bozulduktan sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada ise fer'i müdahalenin mümkün olduğu yönündeydi¹⁶². Kanun hazırlanırken de bu görüşe bağlı kalınmış, fer'i müdahalenin niteliği gereği ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağı gerekçesiyle istinaf derecesinde gündeme

¹⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 344.

¹⁶¹ **Aynı**, s. 216-220; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 17 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 375 vd.

¹⁶² Bu konuda bkz. Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 71 vd.

getirilmesinin anlamsız olacağı sonucuna varılmıştır. Buna göre, istinaf derecesinde fer'i müdahale yoluyla davaya katılmak mümkün değildir¹⁶³.

Fer'i müdahilin, istinaf derecesinde, iddia ve savunma vasıtalarının toplanmasına katkıda bulunması zayıf bir olasılıktır. Zira, fer'i müdahil ancak davaya katıldığı andan sonrası için yardımcı olabilir; katılmasından önceki işlemlere itiraz edemez ve bunların tekrarını isteyemez. Kanunun 426/R maddesi, istinafta yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanma olanağı tanımadığından, istinaf aşamasındaki fer'i müdahale büyük olasılıkla etkisiz kalacaktır. Ayrıca, davaya ancak ilk derece yargılaması sona erinceye kadar müdahale edilebileceğinden (m. 54, I), sözlü yargılamadan sonraki hüküm aşamasında veya kanun yolu derecesindeki müdahale talebi kabul edilmeyecektir¹⁶⁴.

3.6.3.2. Aslî Müdahalede Bulunulamaz

Davaya katılma bakımından incelenmesi gereken diğer bir kurum ise aslî müdahaledir. Aslî müdahale, görülmekte olan bir davada, dava konusu hak veya şey üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü kişinin davanın taraflarına karşı bağımsız bir dava açmasıdır¹⁶⁵.

Aslî müdahale, ilk davanın taraflarına karşı açılmış bağımsız bir dava olduğundan ancak ilk derece mahkemesinde mümkün olabilir. İstinaf yürürlüğe girmeden önce dahi, temyiz ve karar düzeltme aşamasında aslî müdahaleye izin verilmemekteydi. Zira, Yargıtay ilk derece mahkemesi gibi inceleme yapma ve karar verme yetkisine sahip değildir¹⁶⁶. Aynı gerekçe istinafta doğrudan etkili olmamakla beraber, istinafta aslî müdahaleye izin verilmiş

¹⁶³ Alman Hukukunda hüküm kesinleşinceye kadar, istinaf ve temyiz aşamalarında dahi fer'i müdahaleye izin verilmektedir. Bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 377; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 72; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 303. Avusturya Hukukunda hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada fer'i müdahale mümkündür. Bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 203; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 139.

¹⁶⁴ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 70.

¹⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 226; Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 14 vd.; Üstündağ, **Yargılama**, s. 381.

¹⁶⁶ Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 60.

olsaydı, bir dava hiç ilk derece mahkemesince incelenmeden doğrudan kanun yolu mahkemesinin önüne gelmiş olurdu ki, bu istinafin kanun yolu niteliği ile bağdaşmazdı.

Belirttiğimiz ilkesel engellerin yanında, pozitif hukuk da istinaf mahkemesinde yeni bir dava ve karşı dava açılmasını açıkça yasaklamıştır (m. 426/R). Bağımsız bir dava niteliğinde olan aslî müdahaleye istinafta izin verilmemiştir. Bununla beraber, istinaf mahkemesi, ilk derece kararını kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, ilk derece mahkemesinde devam eden yargılamaya aslî müdahale mümkün olmalıdır¹⁶⁷.

3.6.3.3. Dava İhbar Edilemez

İstinaf derecesinde davanın ihbar edilip edilemeyeceği konusunda Kanunda hüküm yoktur. Ancak, istinaf derecesinde yapılamayacak işleri düzenleyen 426/R maddesinde, istinaf derecesinde davaya katılma isteminde bulunulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hükümle, dolaylı olarak davanın ihbarının da yasaklandığı kanısındayız¹⁶⁸.

Her şeyden önce, dava kendisine ihbar edilen kişinin, davayı ihbar edene yardım edebilmesi ve daha sonra açılacak rücu davası bakımından kendi durumunu kuvvetlendirebilmesi gerekir. Dava kendisine ihbar edilen kişi, dar (sınırlı) istinaf sisteminde bu imkânlardan yararlanamayacaktır. İhbar alan kişiyi, çaresiz ve etkisiz

¹⁶⁷ Yargıtay'ın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada aslî müdahaleye izin verilmesini benimseyen görüş için bkz. Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 60. “Ayrıca, bozmadan sonra 27.11.2001 tarihli celsede dahili davalı Vakıflar vekili, tescil isteğine ve katılmaya ilişkin 11.5.1999 tarihli dilekçelerini harçlandırmak üzere süre istedikleri halde, mahkemenin gerekçe göstermeden bu isteğin reddine karar verilmiş olması HUMK.nun fer'i müdahille ilgili 53, 54 ve devamı maddeleri ile aslî müdahillikle ilgili Yüksek Yargıtay uygulamasına ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 6, 27/3 ve 32. maddelerine aykırı olduğu açıktır. Dahili davalı ... taşınmazın vakfı adına tesciline karar verilmesini bağımsız bir istek olarak ileri sürdüğüne ve bunda hukukî yararı bulunduğuna göre; aslî müdahale isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekir. HUMK.nunda aslî müdahale yer almamakla birlikte Yargıtay uygulamalarına göre, aslî müdahaleliğin kabul edildiği, davacının isteğinin aslî müdahale niteliğinde bulunduğu ve müdahale talebi muhakeme bitinceye kadar ileri sürülebileceği HUMK.nun 54. maddesinin amir hükmü gereğidir.” 8. HD, 28.5.2002, 3702/4372 (KİB).

¹⁶⁸ Atalı, **a.g.e.**, s. 88.

kalacağı bir yargılama sürecinin içine sokmak, o kişi bakımından sağlanması gereken hukukî dinlenilme hakkıyla bağdaşmayacaktır¹⁶⁹.

Dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi istinaf derecesinde davaya katılma imkânına sahip olmadığından, ihbar sonuçsuz kalacaktır. Diğer yandan, ihbarın muhatabı olan kişi, tarafın talebi üzerine onun temsilcisi olarak da yargılamaya katılabileceğinden, istinaf derecesinde ihbarın mümkün olduğu söylenebilir. Ancak, benimsenen istinaf modeli ağırlıklı olarak denetim yargılaması şeklinde yapılandırıldığından, istinaf derecesinde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemeyeceği ve yeni delillere dayanılamayacağı için davanın ihbarı üzerine davaya katılmanın veya tarafı temsil etmenin yarar sağlamayacağı kanısındayız¹⁷⁰.

3.6.4. Davanın Islah Edilememesi

Yılmaz tarafından yapılan tanıma göre, “ıslah, karşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın usûle ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasa da belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal çaredir”¹⁷¹.

İstinafta ıslaha başvurulması açıkça yasaklanmıştır (m. 426/R). Kanımızca istinafta ıslaha izin verilmemesinin nedeni, ıslahın tarafların kendi hatalarını düzeltmelerini sağlayan bir usûl işlemi olmasıdır. Oysa istinaf tarafların eksik veya hatalı yaptıkları işlemlerin düzeltilmesine değil, ilk derece mahkemesinin yargılamaya ve hükme ilişkin hatalarının düzeltilmesine hizmet eder.

Islah yasağının en önemli etkisi, iddia ve savunma vasıtaları ile talep sonucu bakımından ortaya çıkar. Bu sonuca iki noktadan hareketle varmaktayız: İlki, istinaf derecesinde ıslahın kesinlikle yasaklanmış olması, ikincisi ise ilk derece mahkemesinde

¹⁶⁹ Aynı, s. 89.

¹⁷⁰ Aynı, s. 89.

¹⁷¹ Yılmaz, *Islah*, s. 26.

ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların istinafta dinlenemeyeceğine dair açık hüküm bulunmasıdır (m. 426/R).

İlk derece mahkemesinde tahkikatın sonuna kadar ıslah ile yeni vakıaların getirilmesi veya talep sonucunun artırılması mümkün olmasına rağmen, istinafta ıslah yoluyla iddia ve savunmalar değiştirilemez, talep sonucu artırılamaz (m. 83 vd; m. 426/R). İstinaf derecesinde dava konusuna ilişkin talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi yasaklanmıştır. Buna göre, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak ileri sürülmeyen bir talep istinafta ileri sürülemez ve ilk derece yargılamasında usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş talep sonucu değiştirilemez¹⁷². Kanımızca, karşı tarafın muvafakatı dahi, talep sonucunun genişletilmesine ve değiştirilmesine olanak sağlamamaktadır. Zira, talep sonucunun genişletilmesine muvafakat edilmesi, talep sonucunun kabul edildiği anlamına gelmez. Yeni talep sonucunun incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekeceğinden, bu durum, istinafin denetleme niteliği ile bağdaşmaz.

Talep sonucu genişletilemez, ancak azaltılabilir. İstinafa ilişkin hükümlerde ve ilk derece yargılamasına ilişkin usûl kurallarında talep sonucunun azaltılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Taraf davasından kısmen feragat ederek veya davasını kısmen geri alarak talep sonucunu daraltabilir.

İstinafta ıslah geçersiz olmasına rağmen, istinaf mahkemesi m. 426/M, I'de belirtilen durumlarda, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, ıslah yoluna başvurulabileceği kanısındayız¹⁷³. İslah hakkı daha önce kullanılmamışsa, istinaf mahkemesinin gönderme kararından sonra ilk derece mahkemesinde devam eden tahkikat aşamasında kullanılabilir. Bu aşamada taraflara ıslah hakkının tanınması, dava

¹⁷² İstinaf El Kitabı, s. 56.

¹⁷³ İlk derece mahkemesinin uyma kararı vermesi ile davanın yeniden tahkikat aşamasına gireceği ve bu aşamada usûli kazanılmış hak teşkil etmeyen konularda ıslaha başvurulabileceğini kabul eden görüş için bkz. Yılmaz, **İslah**, s. 237 vd. Yargıtay uygulamasında ise, 17.6.1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile bozmadan sonra ıslaha gidilemeyeceği kabul edilmiş olmasına rağmen, 4.2.1959 tarihli daha yeni bir içtihadı birleştirme kararı ile bozmaya uyma kararından sonra tahkikatın yeniden başladığı kabul edilmiştir. Bazı hukuk daireleri ise bozma kararına uyulmasında sonra dahi usûli kazanılmış hak oluşturmayan konularda ıslaha başvurulabileceğini kabul etmektedir. Bu kararlar için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 379 vd.

malzemesinin ilk derece yargılamasında eksiksiz toplanması ve daha sonraki istinaf denetiminin daha sağlıklı yapılabilmesi bakımından faydalı olacaktır.

3.6.5. Davaların Birleştirilememesi

Kanunun 426/R maddesinin ilk fıkrasına göre, 45'inci maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, istinaf derecesinde davaların birleştirilmesi istenemez. Hükmün gerekçesine göre, istinaf mahkemesi ancak ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanan davalara bakabileceğinden, istinaf mahkemesindeki dosya, ilk derece mahkemesinde derdest olan başka bir dava ile birleştirilemez. İstinaf mahkemesi henüz karara bağlanmamış bir dava hakkında birleştirme yoluyla dahi inceleme yapamaz.

Davaların birleştirilmesi, aralarında bağlantı bulunan davaların birlikte görülerek yargılamanın daha hızlı sonuçlandırılmasına hizmet eden, yargılama giderlerini azaltan ve çelişik kararlar verilmesini engelleyen bir hukukî kurum¹⁷⁴ olmasına rağmen, istinaf derecesinde yargılamaya katkıda bulunmayacağı, aksine istinafın niteliğine ve usûl ekonomisine aykırı olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir¹⁷⁵.

İstinaf mahkemesinde incelenen bir dava ile ilk derece mahkemesindeki derdest başka bir dava veya başka bir yerdeki istinaf mahkemesinde incelenmekte olan davalar birleştirilemez. İstinaf mahkemesinin yargı çevresindeki ilk derece mahkemesinde görülen dava ile istinaf mahkemesinde incelenen dava arasında bağlantı bulunsa dahi birleştirme kararı verilemez. Ayrıca, farklı istinaf mahkemeleri tarafından incelenen davaların birleştirilmesi de mümkün değildir. Örneğin Ankara İstinaf Mahkemesinde incelenen bir dava, Eskişehir Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birleştirilemeyeceği gibi, Ankara ve İzmir İstinaf Mahkemelerinde görülen ve birbiriyle bağlantısı olan davaların birleştirilmesi de mümkün değildir.

Kanunun 45'inci maddesindeki ihtimalin gerçekleşmesi durumunda davaların istinaf derecesinde dahi birleştirilebileceği öngörülmüştür. Bu hükme göre, aynı mahkemede

¹⁷⁴ 19. HD, 7.4.2005, 448/3753 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 394, dn. 244).

¹⁷⁵ İstinaf El Kitabı, s. 57.

görülmekte olan davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda davanın her aşamasında, tarafların talep etmesi üzerine veya mahkemece re'sen birleştirilebilir. İstinaf bakımından aynı istinaf dairesinde görülmekte olan davalar, istinaf yargılaması sona erinceye kadar, tarafların talebi üzerine veya istinaf mahkemesi tarafından re'sen birleştirilebilir.

İstinaf mahkemeleri en az üç hukuk dairesinden oluşacağından (5235 s.K. m. 29, I), davaların farklı istinaf daireleri tarafından incelenmesi durumunda birleştirmenin mümkün olup olmadığı, Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu soruna “aynı mahkeme” kavramının anlamı ve kapsamı belirlenerek çözüm bulunabilir.

Yargıtay'ın 14.2.1992 T., 1991/3 E., 1992/2 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında, ilk derece mahkemeleri bakımından, bir yargı çevresinde, aynı düzeyde, aynı sıfatla ve görevle kurulmuş bulunan mahkemeler, davaların birleştirilmesi açısından aynı mahkeme sayılmıştır¹⁷⁶.

Kanımızca içtihadı birleştirme kararı, aynı yargı çevresinde bulunan istinaf daireleri bakımından da geçerli olup, birleştirme prosedürü ilk derece yargılamasındaki gibi uygulanmalıdır. Aynı istinaf dairesinde incelenen davalar arasında bağlantı varsa, istinaf yargılaması sona erinceye kadar, tarafların talebi üzerine veya incelemeyi yapan istinaf dairesi tarafından birleştirme kararı verilebilir.

Konusu itibariyle farklı istinaf dairelerinin iş alanına giren davalarda, birleştirmenin hangi dairede yapılacağı, Kanunun 45'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre belirlenmelidir. Aralarında bağlantı bulunan davalar, farklı istinaf daireleri tarafından incelenmekteyse, uyuşmazlığı doğuran asıl hukukî ilişkiye ait kararı inceleyen istinaf dairesinde birleştirilmeli ve incelemeyi o istinaf dairesi yapmalıdır¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Kararın tam metni için bkz. 1.5.1992 T., 21215 S. RG.

¹⁷⁷ İstinaf El Kitabı, s. 57.

3.7. Duruşma

3.7.1. Duruşmanın Önemi ve İlkelerle İlişkisi

Mahkeme tahkikatı ve diğer yargılama işlemlerini önceden belirlenen zaman dilimleri içinde yürütür. Tahkikat işlemlerinin yürütüldüğü zaman dilimine oturum (celse), oturumda yapılan tahkikat işlemlerine ise duruşma denir¹⁷⁸. Duruşma yargılamanın uzun ve önemli bir aşaması olan tahkikatın yürütülmesi için yapılan işlemlerden oluşur. Uyuşmazlıkla ilgili dava malzemesi, tarafların ve mahkemenin katılımıyla duruşmada müzakere edilir. Duruşma, tarafların hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bakış açılarını ortaya koymalarına, mahkemenin tarafları doğrudan dinleyerek belirsiz konuların açıklanmasına, esasa ilişkin eksikliklerin tamamlanmasına ve vakıaların tespit edilmesine hizmet eder¹⁷⁹.

Duruşma doğrudanlık, alenîlik, sözlülük ve hukukî dinlenilme hakkı gibi temel yargılama ilkelerinin hayata geçirilmesini sağlar¹⁸⁰. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik mahkeme ve taraf işlemlerinin duruşmalarda gerçekleşmesi, doğru hüküm verilebilmesi bakımından oldukça önemlidir. Duruşma özellikle tarafların dilekçelerinden anlaşılmayan konuların açıklanması, uyuşmazlığın daha iyi anlaşılabilmesi, hâkimin tereddütlerini gidermesi ve kanaatini kuvvetlendirmesi bakımından önemlidir¹⁸¹.

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın hâkim önünde cereyan etmesi ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik kararı, dava malzemesini bizzat inceleyen hâkimin vermesi anlamına gelir¹⁸². Doğrudanlık ilkesi, yargılamada merkezi bir öneme sahip olup; mahkeme, taraflar ve dava malzemesi arasındaki aracısız usûlî ilişki, doğru karar verilmesinin önemli bir teminatıdır. Duruşma, doğrudanlık ilkesini hayata geçirerek, uyuşmazlık konusu olayların

¹⁷⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 352; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 357.

¹⁷⁹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 409.

¹⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 331.

¹⁸¹ Ejder Yılmaz, **Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri C. I** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s. 888.

¹⁸² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 251.

nasıl ve hangi şekilde gerçekleştiğinin mahkeme huzurunda yeniden canlandırılmasına hizmet eder¹⁸³.

İstinaf mahkemesi, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gereken hâllerde, doğrudanlık ilkesine uymaya özen göstermelidir. Duruşma yapılmadan karar verilmesi veya duruşma yapılmasına rağmen doğrudanlık ilkesinden vazgeçilmesi, ancak zorunluluklar veya pratik ihtiyaçlar nedeniyle, Kanunda açıkça öngörülen istisnalar bulunduğu mümkündür. Usûl ekonomisi ve teksif ilkesinin gerektirdiği durumlarda, doğrudanlık ilkesi makul ölçüde sınırlandırılabilir. Örneğin, istinaf mahkemesince dinlenilmesine karar verilen tanıklar, mahkemenin faaliyet gösterdiği il merkezinin dışında oturmaktaysa, mahkeme o yerin ilk derece mahkemesini istinabe ederek, bu tanıkların ifadelerine başvurabilir. Bununla beraber, tanık dinlenmesi veya keşif gibi işlemlerin bir başka mahkeme aracılığıyla (istinabe yoluyla) yapılmasının, doğrudanlık ilkesini zayıflattığını belirtmeliyiz¹⁸⁴. Kanımızca, mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanıkların istinabe yoluyla dinlenmesi zorunlu olmadığından, hükme dayanak teşkil edecek vakıaların daha sağlıklı tespit edilebilmesi bakımından, tanığın istinaf mahkemesine davet edilmesi ve bizzat istinaf mahkemesince dinlenmesi daha doğru olacaktır¹⁸⁵.

Ayrıca, ilk derece yargılamasının duruşma tutanaklarına dayanarak ve delil ikamesi yapılmaksızın karar verilebilen hâllerde de usûl ekonomisini gerçekleştirmek ve yargılama giderlerini azaltmak amacıyla doğrudanlık ilkesinden taviz verilebilir (m. 426/M, II)¹⁸⁶.

Doğrudanlık ilkesine hayat veren sözlülük ilkesi, ilk derece yargılamasındaki gibi istinafta da önemli rol oynar. Yargılamanın sözlü yapılması, hâkimin yargılamanın sujeleri ile yakın temas kurmasını ve daha canlı bir yargılama yapılmasını sağlar. Ancak bazı hâllerde, yargılamayı yavaşlatması nedeniyle sözlülük ilkesinden feragat edilmektedir. Kanun yolu da sözlülük ilkesinin sınırlandırıldığı bir yargılama derecesidir. Her ne kadar

¹⁸³ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 177.

¹⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 251.

¹⁸⁵ İlk derece mahkemesinde tanıkların dinlenmesi bakımından aynı değerlendirmeyi yapan görüş için bkz. Mesut Ertanhan, **Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), s. 105.

¹⁸⁶ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 177.

ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin denetlenmesi ve düzeltilmesi bakımından istinafta duruşma yapılması önemli olsa da ilk derece yargılamasındaki kadar zorunlu değildir¹⁸⁷. Kanun koyucu, istinafin kanun yolu niteliğini dikkate almış ve incelemenin uzamasını önlemek için duruşma yapmaksızın karar verilebilen (sözlülük ilkesinden vazgeçilebilecek) hâlleri belirlemiştir. Bu durumları aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz¹⁸⁸.

Duruşmayla yakından ilgili başka bir ilke, hukukî dinlenilme hakkıdır. Hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunmalar ile bunların delillerini mahkemeye sunabilmeyi ve diğer tarafın iddia ve savunmalarına karşı koyabilmeyi, delillerin sonuçları hakkında açıklama yapmayı, tarafın kendi hukukî görüşünü açıklayabilmesini ve taraflara eşit muamele yapılmasını teminat altına alır. Hukukî dinlenilme hakkı, özü insan onuru ve özgürlüğü esasına dayanan usûlî bir temel hak niteliğindedir¹⁸⁹.

Taraflara ve diğer ilgililere hukukî dinlenilme hakkının sağlanması anayasal bir zorunluluktur. Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*". Anayasa'da açıkça ifade edilen iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkını da kapsamaktadır. Hukukî dinlenilme hakkı konusunda ayrı bir hüküm içermeyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise bu hakkın gerçekleştirilmesine yönelik münferit hükümlere sahiptir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Avusturya Hukukunda da duruşma ve buna bağlı olarak sözlülük ilkesinin gerçekleştirilmesi kanun yolu yargılamasında daha sınırlı bir rol oynamaktadır. Sözlülük ilkesi ve duruşma, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin istinafta denetlenmesi bakımından önemli olmasına rağmen zorunlu değildir. Eğer taraflardan biri talep etmez veya istinaf mahkemesi re'sen karar vermezse, duruşma yapılmasına gerek yoktur. Avusturya Usûl Kanunu, duruşma yapılmasını, özellikle esasa ilişkin karar verilen hâller bakımından gerekli görmüştür. Duruşma yapılmaması, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmediği takdirde, usûlî bir eksiklik sayılmamaktadır (Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 176).

¹⁸⁸ Bkz. aşı. 3. Bölüm, Başlık 3.7.2. vd.

¹⁸⁹ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 182. Hukukî dinlenilme hakkının temel üç unsuru bulunur: Bilgilenme hakkı, açıklama hakkı ve dikkate alınma hakkı. Bu haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 86-186.

¹⁹⁰ Örneğin, 73'üncü maddeye göre, "*Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanunî şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez*". Bu hüküm hukukî dinlenilme hakkının tarafların davet edilmelerine ilişkin yönünü ifade etmektedir (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 261 vd.).

Hukukî dinlenilme hakkı yargılamanın her aşamasında geçerlidir ve ilk derece yargılamasında olduğu gibi kanun yolu aşamasında da uygulanmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkının daha etkin gerçekleştirilmesini sağlayan araçlardan biri duruşmadır. Bu nedenle, özellikle duruşma yapılıp yapılmamasının hâkimin takdirine bırakıldığı hâller önemlidir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanacak nitelikte ise, bunların tamamlanmasından sonra, duruşma yapmadan karar verilebilir (m. 426/M, II, 3). İstinaf mahkemesi, bu hükme dayanarak somut olayda duruşma yapılıp yapılmayacağına takdir ederken, istinafin yeniden yargılamayı da barındıran bir kanun yolu olduğunu dikkate almalı, duruşma ile taraflara sağlanan hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmemeye özen göstermelidir. İstinaf mahkemesi eğer gerekli ise duruşma yapmaktan kaçınmamalı, duruşma yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı konusunda tereddüt oluyorsa duruşma yapmalı ve tarafların duruşmaya etkin katılımını sağlamalıdır¹⁹¹.

İstinafta asıl olan duruşma yapılması, istisna ise dosya üzerinden karar verilmesidir. İstinaf mahkemesi, çoğu zaman tahkikatı tamamlamak zorunda kalacağından, vakıaların açıklanması ve ispat faaliyeti bakımından, duruşma yapılması bir ihtiyaç hâline gelmektedir. Hâkim, somut olayda duruşma açıp açmayacağı konusunda tereddüt yaşarsa, duruşma yapmayı tercih etmelidir. Bu tercih, kuşkusuz hukukî dinlenilme hakkının sağlanmasını da kolaylaştıracaktır¹⁹².

Kural olarak, ilk derece mahkemesinde görülen bir davada duruşma yapılmalıdır. Hâkim duruşma yapmadan ve tarafları duruşmaya davet etmeden hüküm veremez. Duruşma yapılmasına gerek olmayan hâller ise istisnadır ve bunlar kanunlarda ayrıca düzenlenmiştir (m. 73)¹⁹³. Örneğin, mahkeme duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebilir (m. 7, I) veya hâkimin reddi istemini inceleyen merci duruşma yapmadan karar

¹⁹¹ İstinaf El Kitabı, s. 71.

¹⁹² Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 143 ve dn. 181.

¹⁹³ Yılmaz, **Geçici Hukukî Himaye C. I**, s. 888.

verebilir (m. 36, I). İlk derece mahkemesinde gerektiği halde duruşma yapılmaması, ağır yargılama hatasıdır ve mutlak istinaf sebebi sayılmalıdır¹⁹⁴.

İstinaf derecesinde de kural olarak duruşma yapılmalıdır. Üst mahkeme esas hakkındaki kararını, Kanunda belirlenen istisnalar dışında, duruşma yaptıktan sonra vermelidir. Örneğin, istinaf mahkemesi, yeni delil ikamesi olmaksızın ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerini aşacak şekilde yeni tespitler yapar ve kararını bu yeni vakıa tespitlerine dayandırır, doğrudanlık ilkesi ihlâl edilmiş olur. Usûl kurallarına aykırılık teşkil eden bu durum bir temyiz sebebidir¹⁹⁵.

Duruşmalı inceleme yapılmasının ne derece mümkün olabileceğini zaman gösterecektir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayacakları ilk aşamada, mahkemelerin sayıca az olması ve yargı çevrelerinin geniş tutulması, duruşma yapılmasını zorlaştıracak bir etkidir. Zira coğrafi bakımdan istinaf mahkemesinin bulunduğu il merkezine uzak olan tarafların ve tanıkların duruşmaya katılmasında aksamalar olacaktır. Duruşmalı inceleme yapılmasından beklenen faydaların sağlanabilmesi için istinaf mahkemelerinin yargı çevrelerinin mümkün olduğunca dar tutulması gerekmektedir.

Duruşma yapılmadan karar verilebilen hâller ise sınırlıdır ve Kanunda sayılmıştır. İstinaf mahkemesi, özellikle usûle ve esasa ilişkin ağır ve açık hataların bulunması durumunda, dosya üzerinden karar verebilir (m. 426/M, I). Bu düzenleme, duruşma yapılması nedeniyle oluşabilecek zaman ve emek kaybının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

3.7.2. Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen Hâller

Duruşma yapılmadan karar verilebilen hâller, usûle ve esasa ilişkin olarak duruşma yapılmadan karar verilebilen hâller olarak ikiye ayrılabilir. İlk grupta, ilk derece mahkemesinin usûle ilişkin hataları ve usûli bazı kararları, dosya üzerinde incelenerek

¹⁹⁴ Fasching, **Lehrbuch**, s. 409.

¹⁹⁵ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 178.

karara bağlanmaktadır. İkinci grupta ise, istinaf mahkemesince işin esası hakkında karar verilmesine rağmen duruşma yapılmasına gerek duyulmamıştır¹⁹⁶.

3.7.2.1. Usûle İlişkin Olarak Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen Hâller

Kanunun 426/M, I maddesinde düzenlenen usûle ilişkin mutlak istinaf sebeplerinde¹⁹⁷, istinaf mahkemesi dosya üzerinden inceleme yaparak, davanın esasına girmeden, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir. Kanun koyucu, usûle ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin dosya üzerinden incelenmesini, dosyanın aydınlanması ve karar vermeye elverişli hale gelmesi bakımından yeterli görmüştür.

Usûle ilişkin olarak duruşma yapılmadan karar verilebilen hâller, 426/M, I hükmünde sayılan usûli hatalardan ibaret değildir. Hükümde belirtilmemiş olsa dahi, burada sayılanlara eşdeğer ve aynı etkilere sahip diğer usûl hatalarının da mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik¹⁹⁸. Örneğin, dava konusu uyuşmazlık hakkında daha önce kesin hüküm verilmiş olması veya dava takip yetkisi bulunmayan kişiler huzurunda yargılama yapılması, mutlak istinaf sebeplerindendir.

Kanunda açıkça düzenlenmeyen mutlak istinaf sebeplerinden biri söz konusu olduğunda, istinaf mahkemesinin duruşma yapıp yapmayacağı ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderip göndermeyeceği her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Duruşma yapıp yapılmaması istinaf mahkemesinin takdirindedir. Örneğin, istinaf mahkemesi, dava konusu uyuşmazlık hakkında daha önce kesinleşmiş bir hüküm bulunduğunu tespit ederse, duruşma yapmadan ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden, kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar vermelidir.

¹⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 629; Konuralp, *Usûl*, s. 185; Özekes, “İstinaf”, s. 3111.

¹⁹⁷ Usûl kurallarına ilişkin mutlak istinaf sebepleri hakkında bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3.2.1.

¹⁹⁸ Bkz. 2. Bölüm, Başlık 6.3.2.1. ve 6.3.2.1.4.

3.7.2.2. Esasa İlişkin Olarak Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilen Hâller

İstinaf mahkemesinin davanın esası hakkında duruşma yapmadan karar verebileceği hâller dört gruba ayrılabilir: İlk derece mahkemesinin kararı usûl ve esas yönünden hukuka uygunsa; yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç yoksa; ilk derece kararının gerekçesi hatalıysa; yargılamadaki eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanacak nitelikteyse duruşma açılmadan da esas hakkında karar verilebilir.

İlk derece mahkemesinin kararı usûl ve esas yönünden hukuka uygunsa, istinaf mahkemesi başvurunun esastan reddine karar verir (m. 426/M, II, b. 1). İstinaf mahkemesi, kanun yoluna başvuranın ileri sürdüğü istinaf sebeplerini haklı bulmaz ve kamu düzenine aykırılık da tespit etmezse, duruşma yapmadan, istinaf başvurusunun esastan reddetmelidir¹⁹⁹. Kanun koyucu bu hükümle, duruşmayı tamamen göz ardı etmemiş, gerektiğinde duruşma açmadan da karar verilmesine imkân sağlamak istemiştir²⁰⁰. Kanunda açıklık olmamakla beraber, istinaf mahkemesi, kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varmak için duruşma yapma ve tahkikatı tamamlama ihtiyacı duyarsa duruşma yapmaktan kaçınmamalıdır. Nitekim Yargıtay dahi, sadece hukuka uygunluk denetimi yapmasına rağmen, tarafların talebi üzerine veya gerektiğinde re'sen duruşma yapabilmektedir (m. 435; Ayrıca bkz. eski m. 438).

Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş ve yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç yoksa, istinaf mahkemesi duruşma yapmadan davanın esası hakkında karar verebilir (m. 426/M, II, 2). Kanunun olaya uygulanmasında hata, hukuk kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde gerçekleşir. İlk derece mahkemesi tahkikatı usûlüne uygun yürüterek tamamlamasına rağmen yanlış karar vermişse, yeniden tahkikata ihtiyaç duyulmaması kuvvetle muhtemeldir. İstinaf mahkemesi, davanın aydınlanması için tahkikatın

¹⁹⁹ İstinaf El Kitabı, s. 70.

²⁰⁰ HUMK m. 426/M'nin Hükümet Gerekçesi

tamamlanmasını gerekli görmüyorsa, ilk derece yargılamasında teşekkül etmiş dosya münderecatına göre esas hakkında yeni bir karar verebilir. Örneğin, harca tâbi davada harç alınmadan karar verilmesi, faiz oranının yanlış uygulanması, vekalet ücretinin eksik hükmedilmesi, yargılama giderlerinin yanlış hükmedilmesi gibi durumlarda, istinaf mahkemesi duruşma yapmadan hükümde değişiklik yapabilecektir. İstinaf mahkemesinin bu kararı, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği düzelterek onama kararına benzemekle birlikte (m. 436, II; Ayrıca bkz. eski m. 438, VII)²⁰¹, hukukî niteliği bakımından ondan farklıdır. İstinaf mahkemesi uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verir, yani ilk derece kararının hüküm sonucunu değiştirir. Kural olarak, istinaf mahkemesinin bu kararı temyiz edilebilir. Yargıtay ise, düzelterek onama kararı ile davanın esasına ilişkin yeni bir karar vermeyip, sadece ilk kararın yanlış olan kısımlarını düzeltir. Onama kararı ile ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir.

İlk derece kararının hüküm sonucu doğru fakat gerekçesi yanlışsa, istinaf mahkemesi, davanın esası hakkındaki kararı düzeltir. Kanunda her ne kadar düzelterek davanın esası hakkında karar verileceği belirtilmişse de (m. 426/M, II, b. 2) istinaf mahkemesi kararın hüküm sonucunu değiştirmeden sadece gerekçesindeki yanlışlıkları ve eksiklikleri gidermelidir²⁰². Zira hüküm sonucunda değişiklik yapılmayacağından esas hakkında karar verilmesine ihtiyaç yoktur. Bu karar, temyizdeki düzelterek ve değiştirerek onama kararına (m. 436, IV; Ayrıca bkz. eski m. 438, IX) benzemekteyse de biçimsel ve işlevsel bakımından ilk derece mahkemesinin kararlarına daha yakındır.

İlk derece yargılamasındaki eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanacak nitelikte ise, istinaf mahkemesi duruşma yapmadan davanın esası hakkında karar verebilir (m. 426/M, II, b. 3). Esas hakkında karar verilmesi için gerekli bir belge dosya içinde yoksa ve eksiklik sadece o belgenin getirilmesi ile tamamlanabilecek nitelikteyse, duruşma yapılmasına gerek yoktur. İstinaf mahkemesi bu belgenin dosyaya girmesini sağlayarak,

²⁰¹ Düzelterek onama kararı hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 597; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 680, 691; Kuru, **Usûl C. V**, s. 4711 vd.

²⁰² İstinaf El Kitabı, s. 70.

dosya üzerinden karar verebilir²⁰³. Örneğin, ilk derece mahkemesi, dava konusu olaya karışan aracın trafik kaydını celp etmeden karar vermişse, istinaf mahkemesi, aracın trafik kaydını ilgili trafik tescil müdürlüğünden talep ederek esas hakkında karar verebilir. Kanımızca bu bent kapsamında, tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla yazı, hesap ve açık ifade yanlışlıkları da duruşma yapmadan değiştirilebilecektir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür²⁰⁴. Ancak eksikliklerin duruşma yapmaksızın tamamlanmasına imkân tanıyan bu hüküm muğlak olduğundan, tereddüt hâlinde duruşma yapılması faydalı olacaktır.

3.7.3. Duruşma Açılması ve Tahkikatın Tamamlanması

İstinaf mahkemesi, tahkikatın duruşma yapılmadan tamamlanıp tamamlanamayacağını, 426/M maddesindeki ihtimalleri dikkate alarak, her somut olayda bakımından ayrıca takdir etmelidir. Mahkeme takdir hakkını dikkatli kullanmalı, tahkikatın tamamlanması için tarafların açıklama yapmaları gerekiyorsa duruşma yapmaktan kaçınmamalıdır²⁰⁵. Zira, duruşma yapılması doğrudanlık, sözlülük ve hukukî dinlenilme hakkı gibi ilkelerin uygulanmasını sağlayarak daha doğru bir karara ulaşılmaya hizmet edecektir.

İstinaf mahkemesi duruşma açıp açmayacağını, ileri sürülen istinaf sebeplerinin niteliğini ve muhtemel tahkikat işlemlerini dikkate alarak takdir etmelidir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin eksik veya hatalı olduğu, delillerin yanlış değerlendirildiği veya delillerin yeniden incelenmesi gerektiği kanaatindeyse

²⁰³ Aym, s. 71.

²⁰⁴ “Davacının davalı işyerinde 16.05.1969-06.11.1969 tarihleri arasında çalıştığının tespitine karar verilmiş ise de, davacının davalı işyerinde Haziran 1969'da 14 gün ve Temmuz 1969'da 14 gün olmak üzere toplam 28 günlük çalışmasının bulunduğu ücret tediye bordrolarıyla sabit olduğundan, Mahkemece Kuruma bildirilmeyen bu 28 günün tespitine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmesi gerekirken, davanın tamamının kabulü isabetsiz olup bozma nedenidir. Ne var ki; bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hüküm bozulmamalı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır”. 10. HD, 20.1.2004, 2003/8754, 2004/95

²⁰⁵ Pekcanitez'in şikâyet yargılamasında duruşma yapılmasıyla ilgili Yargıtay kararlarına atıfla vurguladığı gibi, “... duruşma yapıp yapmama konusundaki takdir yetkisi, tetkik merci hâkiminin arzusuna bırakılmış mutlak bir seçimlik hak değildir. Tetkik merciine, duruşma yapılması konusunda takdir hakkı tanınması, gereksiz yere duruşma yapılarak şikâyet hakkında karar verilmesinin gecikmesini önlemek, yani, işin süratle neticelendirilmesini temin amacıyladır.” Pekcanitez, **Şikâyet**, s. 141; Ayrıca bkz. Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 143, dn. 182.

duruşma yapılmalıdır. Zira, bu tür istinaf sebepleri, uyuşmazlık konusu hususların taraflarca tartışılmasını, tarafların bu konuda açıklama yapmalarını gerektirmektedir²⁰⁶.

İstinaf incelemesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesiyle teminat altına alınan yargısal temel hakların sağlanmasına ve bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun hareket etmeye özen gösterilmelidir. Sözleşmenin tarafı olan ülke, istinaf derecesi oluşturmak zorunda olmamakla beraber, eğer istinaf sistemine sahipse, bu aşamada dahi adil yargılama yapılmasını güvence altına almalı²⁰⁷, adil yargılanma hakkının unsurlarından hukukî dinlenilme hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için çaba göstermelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma hakkına uygun yargılama yapıp yapılmadığına ilişkin kararlarında, mahkemenin olgu ve hukuk yönünden inceleme yetkisine sahip olması durumunda duruşma yapılmasını temel bir kural olarak

²⁰⁶ Fasching, **Lehrbuch**, s. 909.

²⁰⁷ İstinaf El Kitabı, s. 34; "Gerçekten de, Mahkeme'nin istikrarlı içtihatlarına göre, üst veya temyiz mahkemeleri kuran bir Devletin, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilerin, Sözleşme'nin 6. maddesindeki temel güvencelerden yararlanmasını sağlaması gerekir. ... Mahkeme birkaç kez, birinci derecede yargılama sırasında duruşma yapılmış olması hâlinde, ikinci veya üçüncü derece yargılamalarda "duruşma" yapılmamış olmasının, söz konusu yargılamanın özellikleri nedeniyle haklı görülebileceği sonucuna varmıştır. O halde, üst yargılama izni başvurusu ile maddî meseleler dışında sadece hukukî meselelerle ilgili bir yargılamada, başvuruda bulunana üst mahkeme veya temyiz mahkemesi tarafından bizzat dinlenme imkânı verilmemiş olsa bile, Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine uygunluk sağlanmış olabilir. ... Burada ise Üst Mahkeme, davayı maddî ve hukukî bakımından incelemekle yetkilidir. Ayrıca bu mahkeme, başvurunun suçluluğu veya masumiyeti sorununu tam olarak değerlendirmek zorundadır. ... Bununla birlikte, yukarıda sözü edilen sorun, Üst Mahkeme önünde de karara bağlanması gereken asıl sorundur. Mevcut davanın şartları içinde bu sorun, suç oluşturduğu iddia edilen fiili işlemediğini savunan başvuru (bk. *yukarıda parag. 15*) ile şikayetçinin bizzat vereceği ifadeler doğrudan değerlendirilmeden, adil yargılanma açısından gereği gibi karara bağlanamaz. Buna göre, bay Ekbatani'nin ilk derece mahkemesi tarafından mahkumiyetinin Üst Mahkeme tarafından yeniden incelemesi, başvurunun ve şikayetçinin tam olarak yeniden dinlenmelerini kapsamalıdır. " AİHM, Ekbatani-İsveç Davası, 26.5.1988, Başvuru No: 10563/83, Karar Sıra No: 160, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (Akademik Ed.: Osman Doğru): <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 19.12.2006. Avrupa İnsan hakları mahkemesinin bu kararı ceza yargılamasıyla ilgili olmasına rağmen, istinaf derecesinde duruşma yapılmasına ışık tutacak niteliktedir. Mahkeme ilk derece mahkemesinin maddî ve hukukî yönüyle bir arada incelenmesi gereken durumlarda duruşma yapılmasının faydalı olacağına karar vermiştir. Eğer sadece hukukî mesele hakkında karar verilmesi gerekiyorsa duruşma yapılması gerekli olmayacaktır. Aynı yönde bkz. AİHM, Morrel/Morris-Birleşik Krallık, 2.3.1987, Başvuru No: 9562/81, Karar Sıra No: 124, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (Akademik Ed.: Osman Doğru) <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 19.12.2006. AİHM Ekbatani davasına benzer bir değerlendirmeyi daha sonra 1991 yılında karara bağlanan Helters davalarda da ortaya koymuştur.

vurgulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, duruşma yapılmamasının adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelediğini incelerken, karar veren mahkemenin işlevini (örneğin, davanın esasına girip girmediğini, olgu incelemesi yapıp yapmadığını, incelenen maddî olgunun önemli olup olmadığını), bulunduğu yargı derecesini (ilk derece, istinaf veya temyiz), sözleşmenin 6'ncı maddesinde düzenlenen makul sürede yargılama ilkesinin ve iş yükünün hafifletilmesi ihtiyacının zorunlu kıldığı hâllerin var olup olmadığını ve taraflara yeterince hukukî dinlenilme hakkı sağlanıp sağlanmadığını dikkate almaktadır²⁰⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin duruşma konusundaki kararları, daha ziyade ceza uyuşmazlıklarıyla ilgili olmasına rağmen, hukuk davalarındaki istinaf incelemesi bakımında da önem arz etmektedir. İstinaf mahkemesi duruşma açıp açmama konusundaki takdir hakkını, yukarıda özetlemeye çalıştığımız kıstaslara göre kullanmalıdır.

İstinaf mahkemesi, davanın esası hakkında duruşmasız karar verilebilen hâlleri düzenleyen kanun hükmünü (m. 426/M, I ve II) ve bu konuda tanınan takdir yetkisini lafzî ve dar yorumlamamalı, incelemeyi duruşmalı yürütmek için çaba göstermelidir. İstinaf mahkemesi, davanın esası hakkında sadece hukuka uygunluk bakımından inceleme yapıyorsa veya olgu yönünden inceleme yapmasına rağmen, incelenen maddî olgu duruşma yapılmasını gerektirecek derecede önemli değilse duruşma yapmadan karar verebilecektir.

İstinaf mahkemesi duruşmaları 426/P ve 426/S maddelerinde öngörülen kurallara göre yürütmeli, bu maddelerde hüküm bulunmadığı takdirde ise, kıyas yoluyla ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünü uygulamalıdır (m. 426/U).

İstinaf mahkemesi, duruşma yapmaya karar verirse, duruşma gününü taraflara tebliğ eder (m. 426/P). Başvuruda bulunan tarafa gönderilen duruşma davetiyesinde, tahkikatın tamamlanması için belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilir. Taraf, tahkikatla ilgili giderleri süresi içinde yatırmazsa, dosyanın mevcut

²⁰⁸ Duruşma yapma zorunluluğu konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı ve içtihatları konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Ertuğrul Cenk Gürçan: **Düşgün Yargı Hakkı Çerçevesinde "Mahkeme" Kavramı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Çalışma Metinler: <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/>, 19.12.2006; Ahmet Taşkın, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı", **AD**, Y. 95, S. 19: 48-79 (2004), s. 65 vd.

durumuna göre karar verilir; ancak, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesi mümkün değilse, istinaf başvurusu reddedilir (426/S, III).

Taraflara gönderilen duruşma davetiyesinde ayrıca duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikata devam edileceği ve yokluklarında karar verileceği de belirtilir. Başvuru yapan ilgili veya taraf, kabul edilebilir bir mazeret nedeniyle duruşmaya gelemediğini bildirdiği takdirde, yeni bir duruşma günü belirlenerek taraflara bildirilir (m. 426/S, II).

Başvuruda bulunan taraf, haklı bir mazereti olmaksızın duruşmaya katılmasa dahi, istinaf mahkemesince belirlenen gideri avans olarak yatırmışsa veya dosyanın mevcut durumuna göre karar verilebilmekteyse, tahkikata yokluğunda devam edilerek esas hakkında karar verilebilir (m. 426/S, I). İstinaf mahkemesi, bu durumda, ilk derece mahkemesindeki uygulamadan (m. 409) farklı olarak, dosyanın işleminden kaldırılmasına karar vermeyip²⁰⁹, incelemeyi sonuçlandırmakla yükümlüdür. Taraf mazereti olmaksızın katılmadığı duruşmada yapılan işlemlere itiraz edemez (m. 213, II).

İstinaf mahkemesi, toplu mahkeme olduğundan, duruşmalar heyet veya heyetçe görevlendirilen bir üye (tahkikat hâkimi) tarafından yürütülür. Zabıt kâtibi de duruşmada hazır bulunmalıdır.

İlk derece yargılamasında olduğu gibi, istinafta yapılan duruşmalar da kural olarak alenîdir (m. 426/U; m. 149, c. 1; AY m. 141, I). Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebilir (m. 149, II; AY m. 141, I). Kanımızca duruşmanın kapalı yapılmasına, heyetçe karar verilebileceği gibi tahkikat hâkimi de tek başına karar verebilir.

Duruşmalar istinaf mahkemesinin bulunduğu yerde ve mahkeme binasında yapılır. Ancak, Kanunda sayılan hâllerde, hasta veya malûl olması sebebiyle mahkemeye gelemeyen tanık veya kendisine yemin teklif edilen taraf, bulundukları yerde tahkikat hâkimi tarafından dinlenebilir (m. 255, I; m. 342). Keşif yapılması gereken durumlarda,

²⁰⁹ İstinaf El Kitabı, s. 72. İlk derece yargılama usûlünde taraflardan her ikisi veya vekilleri duruşmaya gelmezse veya biri gelir ve davaya devam etmek istemezse dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilir (m. 409). Gelen taraf davaya devam etmek isterse, davaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir. Gelmeyen taraf yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez (m. 213, II, III).

tahkikatı yürüten üye, naip hâkim sıfatıyla keşfe konu olan yerde duruşma yaparak bilirkişileri ve tarafları dinleyebilir.

4. SÖZLÜ YARGILAMA

Kanunda, sözlü yargılama aşamasının istinaf derecesinde de bulunduğunu gösteren açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, 426/U maddesinin ilk derece yargılama usûlüne yaptığı atıf dolayısıyla, kural olarak istinaf derecesinde de sözlü yargılama yapılabilecektir²¹⁰. İstinafla ilgili hükümlerde, sözlü yargılama yapılmayacağı yönünde düzenleme bulunmadığından, davanın esası hakkında karar verilen hâllerde, hüküm verilmeden önce sözlü yargılama yapılmalıdır²¹¹. İstinaf, her ne kadar denetim amaçlı bir yargılama derecesi olarak yapılandırılmış olsa dahi, istinaf mahkemesi, davanın esası hakkında karar verilmesi gereken hâllerde, tahkikatı tamamlayıp sözlü yargılama yaptıktan sonra hüküm vermelidir²¹².

İstinaf mahkemesi her zaman sözlü yargılama yapmak zorunda değildir. Sözlü yargılamanın gerekliliği, istinaf mahkemesinde duruşmalı inceleme yapılmasına bağlıdır²¹³. Zira, ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün istinafta da uygulanabilmesi, üst mahkemenin duruşma açmasına bağlıdır. İnceleme duruşmasız yürütülmekteyse, dosya üzerinden karar verileceği için, sözlü yargılamaya ihtiyaç yoktur.

İstinaf başvurusu hakkında usûlden veya esastan inceleme yapılması sözlü yargılamayı etkilemez. İstinaf mahkemesi, sadece ön inceleme (m. 426/L) aşamasında ve

²¹⁰ Konuralp, istinaf derecesinde sözlü yargılama aşamasının bulunup bulunmayacağı konusundaki değerlendirmesinde, istinafa ilişkin kanun hükümlerinin tahkikat aşamasının derinliği ve tahkikatın ölçütleri konusunda belirgin düzenlemeler içermediğini belirtmiştir. Bkz. Halûk Konuralp, “**Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Açısından)**”, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003: 247-266. (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2003), s. 263. Biz de bu tespit ve eleştiriye katılmaktayız. İstinaf incelemesi ve tahkikatın tamamlanması konusunda belirgin ve açık hükümlerin yer alması daha doğru olurdu. Nitekim, istinaf kanun yoluna sahip diğer ülke hukuklarında tahkikatın hangi kapsamda yürütüleceğine ilişkin daha net düzenlemeler bulunmaktadır.

²¹¹ Konuralp, *Usûl*, s. 186; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 628.

²¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 629.

²¹³ Aynı, s. 628; Özekes, “*İstinaf*”, s. 3110.

426/M maddesine göre duruşma yapılmayan hâllerde sözlü yargılama yapmaksızın karar verilebilir.

İstinafta sözlü yargılama şu şekilde gerçekleşir: İstinaf incelemesi heyetle değil de tahkikat hâkimi tarafından yürütülmüşse, tahkikat hâkimi davanın muhakeme ve hüküm için yeterince aydınlandığı kanaatine varırsa, 375'inci maddeye göre, kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine birer layiha vermeleri için taraflara süre verir. Taraflar bu dilekçeleri ile kendileri bakımından iddia ve savunmaları değerlendirerek vardıkları sonuçları ve görüşlerini beyan ederler. Bu dilekçeler dava dosyasına eklendikten sonra, hâkim tahkikatın bittiğini tefhim eder ve dosyayı daire başkanına verir²¹⁴. Daire başkanı, tahkikat sona erdikten sonra hükmün verileceği sözlü yargılama için bir duruşma günü belirler ve tarafları hazır bulunmaları için davet eder. Taraflara çıkarılan davetiyede belirlenen günde mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yargılamaya yokluklarında devam edileceği ve hüküm verileceği belirtilir (m. 377, I)²¹⁵.

İstinaf incelemesi heyet tarafından yürütülmüşse, tahkikatın tamamlanmasından sonra aynı usûl izlenerek, istinaf mahkemesi tarafından tahkikatın sona erdiği taraflara tefhim edilir ve sözlü yargılama için bir gün belirlenerek, taraflar bu oturuma davet edilir.

Sözlü yargılamada, önce davacıdan başlanarak taraflara ikişer kez söz verilir (m. 376, II). Bu aşamada taraflar, geline nokta tahkikatın sonucu hakkında kendi lehlerindeki görüşleri ortaya koyarlar. Tarafları dinleyen mahkeme, uyuşmazlığın yeterince aydınlandığı kanaatindeyse yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder.

²¹⁴ Asliye ticaret mahkemesinde uygulanan sözlü yargılama usûlü hakkında bkz. Kuru, **Usûl C. III**, s. 2989.

²¹⁵ Taraflar duruşmada hazır, davet ve ihtar sözlü yapılır, tutanağa geçirilir ve tutanak taraflarca imzalanır. Taraflar duruşmada hazır değilse duruşma gününü ve ihtar içeren meşruhatlı bir davetiye tebliğ edilir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 398). Yürürlüğe girmesi muhtemel Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na göre, tahkikatın sona ermesi ve sözlü yargılama şu şekilde gerçekleşir: Toplu mahkemede dosya kendisine havale edilen hâkim (tahkikat hâkimi), tahkikatın tamamlandığı kanısına varırsa, tarafların davanın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için dosyayı mahkeme başkanına verir. Toplu mahkeme davanın yeterince aydınlandığı kanısına varırsa, taraflara söz verir ve tahkikatın bittiğini tefhim eder. Mahkeme daha sonra sözlü yargılama için gün belirler ve tarafları bu oturuma davet eder. Heyet davanın yeterince aydınlanmadığı kanısına varırsa, tahkikat hâkimi tarafından dinlenen tanıkları yeniden dinleyebileceği gibi, mahkemeye sunulmamış olan delillerin getirilmesini de isteyebilir. Eksik inceleme, mahkeme heyeti veya görevlendirilecek bir üye tarafından tamamlanabilir (HMKT m. 188-190).

İstinaf mahkemesi, özellikle incelemenin üyelerden birine havale edildiği durumlarda, tahkikat tamamlanmış olmasına rağmen davanın yeterince aydınlanmadığı sonucuna varırsa, tahkikatın genişletilmesine karar verebilmelidir. Örneğin, istinaf incelemesine rağmen deliller eksik toplanmışsa, bu delillerin tamamlanması istenebilecektir (m. 378). İstinaf mahkemesi, tahkikatı kendisi (heyet hâlinde) tamamlayabileceği gibi, üyelerden birini de (önceki üye veya yeni bir üye olabilir) görevlendirebilir (m. 379).

İstinaf mahkemesi zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunu tefhim ederse, gerekçeli kararını tefhim tarihinden başlayarak on beş gün içinde yazmalıdır (m. 381, III). İstinaf mahkemesinin nasıl karar vereceği, kararın şekli ve niteliği gibi konular aşağıda açıklanacaktır.

5. İSTİNAF MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARARLAR

5.1. Genel Olarak

İstinaf da diğer yargılama süreçleri gibi kendi konusuna dair bir karar verilmesini amaçlar. İlk derece mahkemesinde sonuçlanan davayı veya diğer yargısal süreçleri, usûl ve esas yönünden denetleyen istinaf mahkemesi, hata veya eksiklik tespit ederse, tahkikatı veya yargısal süreçteki eksikleri tamamlayarak kararı değiştirir. Bu yönüyle istinaf düalist bir yapıya sahip olup, iki işlevi bir arada gerçekleştirecek şekilde organize edilmiştir: Hataların denetimi (tespiti) ve giderilmesi (düzeltilmesi).

İstinaf mahkemesi, denetim ve düzeltme işlevlerini yerine getirmek için çeşitli işlemler yapar. Bu işlemleri, geniş anlamda mahkeme usûl işlemleri olarak nitelendirmekteyiz²¹⁶. En önemli mahkeme usûl işlemleri ise, incelemeyi gerektiği şekilde yürütmek ve sonuçlandırmak için verilen kararlardır.

²¹⁶ Mahkeme usûl işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması amacıyla, mahkeme veya hâkim tarafından verilen kararlar veya yapılan işlemlerdir (Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 279; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 179; Yılmaz, **Islah**, s. 99). Mahkeme usûl işlemleri üç gruba ayrılmaktadır. Birinci grup ve en önemli işlemleri kararlar ve hüküm oluşturur. İkinci grup mahkeme usûl işlemleri mahkemenin iç işleyişine yönelik olan işlemlerdir. Son grup ise davanın dış işleyişiyle ilgili işlemlerdir. Örneğin, iddia ve savunmaların dikkate alınması veya delillerin değerlendirilmesi iç işleyişe

İstinaf mahkemesinin bazı kararları ilk derece mahkemesinin ve Yargıtay'ın kararlarına benzediğinden, bir yandan bu benzerlikler üzerinde durup, diğer yandan istinaf mahkemesinin kararlarındaki farklı yönleri ortaya koymaya çalışacağız. İstinaf mahkemesi ilk derece kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğu kanısındaysa, istinaf başvurusunu esastan reddeder (m. 426/M, II, b. 1). Başvurunun esastan reddi, ilk derece kararının teyit edildiği anlamına gelir ve bu yönüyle temyizdeki onamaya benzetilebilir²¹⁷. Ancak, bu benzerlik istinaf mahkemesinin onama kararı verdiği anlamına gelmez. Zira, istinaf mahkemesi, olgu ve hukuka uygunluk denetimini bir arada yaparak davanın esası hakkında bizzat karar vermekte, kararının öncülleri Yargıtay'ın temyiz incelemesinden ayrılmaktadır²¹⁸.

İstinaf mahkemesi ilk derece kararının hukuka aykırı olduğu kanısındaysa, başka bir deyişle, istinaf başvurusunu esastan haklı bulursa, ilk derece kararının kaldırılmasına ve değiştirilmesine karar verir. Kaldırma kararı, temyizdeki bozma kararına benzemekteyse de²¹⁹ kural olarak istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırmakla yetinmeyip duruşmalar yapmak suretiyle tahkikatı tamamlamalı, uyuşmazlığın esası hakkında kendisi karar vermeli²²⁰; sadece Kanunda sınırlı sayıda belirtilen usûle aykırılıklar söz konusu olduğunda dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir. (m. 426 M, I; 426/P).

İstinaf mahkemesinin kararları ilk derece mahkemesinin kararlarına da benzemektedir. Özellikle istinaf mahkemesinin dava konusu uyuşmazlığın esası hakkındaki kararları, ilk derece mahkemesinin davanın esası hakkındaki kararları gibidir. Bu karar,

yönelik işlemler; mahkeme tarafından taraflara süre verilmesi ise, dış işleyişe yönelik işlemlerdir. Bu konuda bkz. Jauernig, **a.g.e.**, s. 122; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 179 vd.; Sema Taşpınar, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s. 66.

²¹⁷ Özellikle yalnızca istinafa tâbi kararlar bakımından, istinaf başvurusunun reddi kararı ilk derece mahkemesi kararının teyit edilmesi anlamına gelir ve onama kararı gibi sonuç doğurur. Örneğin, istinaf mahkemesinin miktar veya değeri beş bin lirayı geçmeyen (yeniden değerlendirme oranına göre 2008 yılı için 6.330 YTL) davalara ilişkin kararları kesindir (m. 428, I, 1). Temyize tâbi olmayan diğer istinaf mahkemesi kararları da 428'inci maddede düzenlenmiştir.

²¹⁸ Musielak, **Grundkurs**, s. 314.

²¹⁹ Alman Hukukunda “kaldırma kararı”, “Aufhebung” terimiyle ifade edilmektedir ve bozucu karar (kassatorische Entscheidung) olarak nitelendirilmektedir. Bununla beraber mahkeme burada dava konusu hakkında da karar vermektedir. Bkz. Schilken, **a.g.e.**, s. 459; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 272.

²²⁰ Stosch, **a.g.e.**, s. 235.

tarafların o davayla ilgili iddia ve savunmaları ile talepleri hakkında hüküm içeren, uyuşmazlığı çözen hükmü değiştiren (düzelten) bir karardır. Hükmün doğurduğu sonuçlar bakımından istinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararı inşai hüküm, tespit hükmü veya eda hükmü olarak nitelendirilebilir²²¹.

İstinaf mahkemesinin davanın esası hakkındaki kararı, sonucu ve etkileri bakımından ilk derece kararına benzemesine rağmen, amacı ve şekli bakımından ilk derece kararından ayrılır²²². İlk derece mahkemesinin kararı doğrudan uyuşmazlığı çözme amacına yönelik olmasına rağmen, istinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı, daha ziyade ilk derece mahkemesinin hükmünü değiştirme ve düzeltme amacına yöneliktir. Zira, istinaf mahkemesi saf bir vakıa mahkemesi değildir. İstinafın öncelikli amacı, ilk derece yargılaması ve kararının doğruluğunun denetlenmektir.

İlk derece kararı, görünüm itibari ile tek bir parçadan oluşur. İstinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı ise iki parçalıdır; iki ayrı hüküm içerir. İstinaf mahkemesi, aynı anda, hem ilk derece kararını kaldırır (iptal eder) hem de hatalı olan hüküm kısımlarının değiştirir. İlk derece kararının kaldırılması (iptal edilmesi) ve değiştirilmesi ile, aslında konusu ve etkileri birbirinden farklı iki hüküm verilmiş olur²²³. Kaldırma kararının hedefinde ilk derece kararı yer almakta, değişikliğin sonucunda ise, dolaylı da olsa, uyuşmazlığın akıbeti hakkında karar verilmektedir. İstinaf incelemesinin özünde bulunan düalizm, istinaf mahkemesinin kararlarına da yansımaktadır.

İstinaf mahkemesinin kararları, medenî usûl hukukunda kabul edilen ölçütlerden hareketle sınıflandırılabilir. Öğretide ve uygulamada yerleşmiş temel ayrımlardan biri, ara karar nihaî karar sınıflandırmasıdır. Ara karar-nihaî karar ayrımında belirleyici olan ölçüt, mahkemenin karar verdikten sonra yargılamadan el çekip çekmemesi veya yargılamaya devam edip etmemesidir²²⁴.

²²¹ Konuralp, **Usûl**, s. 188.

²²² Musielak, **Grundkurs**, s. 314.

²²³ Gilles, **Rechtsmittel**, s. 33, dn. 33.

²²⁴ Ara karar ve nihaî karar ayrımı hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 522 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 472 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 472-473.

İstinaf mahkemesi, ara karar veya nihaî karar niteliğinde kararlar verebilir. Temyize tâbi kararları düzenleyen 427'nci maddenin ilk fıkrasında istinaf mahkemesi hukuk dairelerinin vereceği nihaî kararlardan söz edilmektedir. İstinaf mahkemesinin, mahkeme kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bularak istinaf başvurusunu reddetmesi nihaî karar niteliğindedir (m. 426/M, II, b. 1). Zira, istinaf mahkemesi bu kararı ile incelemeye devam etmez ve yargılamadan elini çeker. İstinaf mahkemesinin ön inceleme sonunda başvuru koşullarında eksiklik bulunmayan dosyayı incelemeye alması ise bir ara karardır (m. 426/L, son cümle). İstinaf mahkemesi bu karardan sonra yargılamaya devam eder ve inceleme (tahkikat) aşamasına geçer.

İstinaf mahkemesi esasa ve usûle ilişkin kararlar da verebilir. Esasa ilişkin kararlar, hâkimin uyuşmazlığın ve istemin esasını inceleyerek verdiği kararlardır. İlk derece yargılaması açısından bakıldığında, hâkimin tarafların iddia ve savunmaları ile taleplerini maddî hukuk açısından inceleyerek karar vermesi esasa ilişkindir²²⁵. Kanunun 426/M maddesinin II'nci fıkrasında, istinaf mahkemesinin esastan karar verebileceği durumlardan bir kısmı özel olarak düzenlenmiştir.

İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararları da kendi içinde davanın esasına ve başvurunun esasına ilişkin olarak ikiye ayrılabilir: İstinaf mahkemesi kararlarının bir kısmı doğrudan davanın esasına ilişkindir. İstinaf başvurusunu haklı bulan üst mahkeme, tarafların iddia ve savunmalarını da değerlendirerek talep sonuçları hakkında maddî hukuka göre karar verirse, davanın esası hakkında karar vermiş olur. Örneğin, yargılama bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikteyse, istinaf mahkemesi bunların tamamlanmasından sonra veya çoğu zaman duruşmalarla tahkikatı tamamlayıp davanın esası hakkında karar verir (m. 426/M, II, b. 3).

İstinaf mahkemesi, davanın esası hakkındaki kararı değiştirmeden, sadece istinaf başvurusunun esası hakkında da karar verebilir. İstinaf mahkemesinin salt başvurunun esası hakkındaki kararı, davanın esasına ilişkin kararlarından farklıdır. Örneğin, ilk derece kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulan mahkeme, istinaf başvurusunun

²²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 523.

esastan reddine karar verir (m. 426/M, II, b. 1). Bu ihtimalde, doğrudan davanın esası hakkında karar verilmemektedir. İstinaf başvurusunun esastan reddi, tıpkı temyiz başvurusunun esastan reddi kararında olduğu gibi, ilk derece kararının doğruluğunu teyit eder ve sadece kanun yolu başvurusunun esasına ilişkindir.

İlk derece yargılamasındaki ağır usûl hataları nedeniyle kaldırma ve gönderme kararı verilmesi, istinaf başvurusunun esasına, başka bir deyişle haklılığına ilişkindir. Davaya bakması yasak olan hâkim tarafından karar verilmişse, istinaf mahkemesi ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece gönderilmesine karar vermelidir (426/M, I, 1). Bu ihtimalde de istinaf başvurusunun esası hakkında karar verilmiş olur²²⁶. Hükümde (426/M, I, ilk cümle) her ne kadar “esası incelemeyen” karar verileceği ifade edilmişse de kanımızca bu kavram “istinaf başvurusunun esası” anlamında değil, “davanın esası” anlamında kullanılmıştır. Zira, istinaf başvurusuna konu olan istinaf sebepleri, sadece davanın esasıyla ilgili (maddî hukukla veya vakıa tespitleriyle ilgili) sebepler olmayabilir. Davaya bakması yasak olan bir hâkim tarafından karar verilmiş olması da bir istinaf sebebidir (mutlak istinaf sebebi) ve bu sebeple ilk derece yargılamasını hatalı bulan istinaf kararı, istinaf başvurusunun haklılığına, başka bir deyişle esasına ilişkindir.

Kanunun 426/M maddesinin II’nci fıkrasında, esasa ilişkin istinaf kararları bakımından ortaya koyduğumuz ayrımın izleri açıkça görülmektedir. Kanun koyucu maddenin ilk bendinde “başvurunun esastan reddi”, ikinci ve üçüncü bentlerinde ise “yeniden esas hakkında karar verilir” ifadelerini tercih etmiştir. İstinaf mahkemesinin bu tür kararları, çalışmanın birinci bölümünde ifade ettiğimiz, istinafın konusu ile ilk derece mahkemesinin dava konusunun birbirinin aynı olmadığı tezini de haklı göstermektedir²²⁷.

²²⁶ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 426/M, I, 1-6 bentlerinde, yargılama hatası ve istinaf sebebi olarak ortaya çıkan önemli ve klasik usûl eksiklikleri düzenlenmiştir. Avusturya Hukukunda da benzer nedenlerle duruşma yapılmadan karar verilebilen istinaf sebepleri öngörülmüştür. Ancak Türk Hukukundan farklı olarak, mutlak istinaf sebepleri (Nichtigkeitseründe) olarak adlandırılan bu durumlarda istinaf mahkemesi duruşma yapmadan ön inceleme aşamasında karar verir (Fasching, **Lehrbuch**, s. 914; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 466 vd.). Kanunun 426/M, I, 1-6 bentleri arasındaki istinaf sebepleri gerçekleşmişse, istinaf başvurusu kabul edilmeli ve gönderme kararı verilmelidir. Buna göre, istinaf başvurusunun esası hakkında ve inceleme sonunda karar verilmeli olur.

²²⁷ Bkz. 1. Bölüm, Başlık 5.3.

İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararları bakımından böyle bir ayırım yapılması uygulama bakımından da anlamlıdır. İstinaf mahkemesi eğer davanın esası hakkında karar veriyorsa, bu aynı zamanda uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir karardır. Mahkeme başvurunun esastan reddine karar veriyorsa, bu ilk derece yargılaması ve hükmünde hata olmadığını tespit eden bir karar niteliğindedir.

Davanın veya sadece istinaf başvurusunun esası hakkında karar verilmesine göre, mahkemenin kullanacağı karar formülü değişecektir. Davanın esası hakkında karar veren istinaf mahkemesi, sadece ilk derece kararını kaldırmakla yetinmeyip, aynı zamanda düzeltilmesini uygun bulduğu noktalar açısından tarafların talep sonuçları hakkında da hüküm vermelidir.

İstinaf mahkemesi usûle ilişkin kararlar da verebilir. Örneğin, ön inceleme sonunda incelemenin başka bir daire tarafından yapılması gerektiğini düşünen istinaf dairesi, dosyanın ilgili daireye gönderilmesine karar vermeli ya da kesinleşmiş bir karara karşı istinafa başvurulmuşsa, istinaf başvurusunu caiz olmadığından reddetmelidir (m. 426/L). İstinaf mahkemesinin bu tür kararları usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir. Zira, mahkeme henüz istinaf başvurusunun veya davanın esası hakkında bir inceleme yapmadan, şekli koşullardaki eksiklikler sebebiyle başvurunun usûlden reddine karar verir.

İstinaf başvuran taraf duruşmalara gelmediği ve tahkikatla ilgili giderleri yatırmadığı takdirde, tahkikat tamamlanmadan karar verme imkânı yoksa, başvuru reddedilir (m. 426/S, III). Bu karar da usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir. Zira başvuru, ilk derece yargılaması ve hükmü hukuka uygun bulunduğu için değil, giderlerin yatırılmaması nedeniyle tahkikat yapılamadığı için reddedilmektedir.

İstinaf mahkemesi ön incelemede, inceleme (tahkikat) sırasında ve istinaf yargılaması sonunda farklı nitelikte kararlar verir. Örneğin, istinaf mahkemesi gerektiğinde ilk derece mahkemesi gibi geçici hukukî koruma kararları verebilir. İstinaf incelemesi devam ederken gerçekleşen sulh, kabul, feragat gibi taraf usûl işlemleri istinaf mahkemesinin kararlarına konu olabilir. Aşağıda, istinafın farklı aşamalarından hareketle, istinaf mahkemesi kararlarının içeriğini, özelliklerini ve sonuçlarını açıklamaya çalışacağız.

5.2. Ön İnceleme Sonunda Verilebilecek Kararlar

Ön incelemede hangi hususlar hakkında karar verilebileceği, Kanunun 426/L maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümle, kolaylıkla tespit edebilen bazı temel eksiklikler nedeniyle istinaf mahkemesine hemen karar verme imkânı tanınarak²²⁸ gereksiz inceleme yapılması ve yargılamanın uzaması önlenmek istenmiştir. Caiz olmayan veya geçerlilik koşullarını taşımayan istinaf başvurusu ön inceleme aşamasında reddedilmelidir²²⁹.

İstinaf mahkemesi, ön inceleme aşamasında, incelemenin başka bir dairenin görev alanına girip girmediğini, ilk derece kararının kesinleşip kesinleşmediğini, süresinde başvuru yapıp yapılmadığını, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğini, başvuru sebeplerinin ve gerekçelerinin gösterilip gösterilmediğini re'sen inceler ve usûlî koşullara ilişkin bir eksiklik tespit ederse gereken kararı verir²³⁰.

Ön inceleme, başarı ihtimali olmayan istinaf başvurularını başlangıçta önleyerek istinaf denetimin daha sağlıklı yürütülmesini sağlar. Ön inceleyeme tâbi konular, taraf menfaatlerinden ziyade kamu düzeniyle ilgili olduğundan, taraflarca talep edilmese dahi, istinaf mahkemesi tarafından re'sen incelenir.

Ön incelemeyi düzenleyen hüküm (m. 426/L), caizlik ve geçerlilik koşullarından birinin eksik olması hâlinde nasıl karar verileceğini göstermemiş; sadece dosya üzerinden gerekli kararın verileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla tespit edilen eksikliğin türüne göre, farklı kararlar verilebilecektir²³¹.

²²⁸ Konuralp, **Usûl**, s. 184.

²²⁹ Fasching, **Lehrbuch**, s. 914; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 968; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 469.

²³⁰ Türk istinaf sisteminde yer alan ön inceleme ve bu aşamada verilebilecek kararlar benzer şekilde Alman, Avusturya ve İsviçre Hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Diğer hukuk sistemlerinde de ön inceleme daha ziyade istinafın caizliği hakkında denetim yapılan bir aşamadır. Ancak, Avusturya Hukukunda ön inceleme aşamasında daha kapsamlı denetim yapılmaktadır. Zira, ön incelemede sadece başvuru koşulları değil, bazı temel usûl hataları (§§ 471, 473 öZPO) da incelenmekte ve dosya üzerinden karar verilebilmektedir. Bu konuda karşılaştırma yapmak için bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 968; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 466 vd.; Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, **a.g.e.**, s. 383 vd.; Fasching, **Lehrbuch**, s. 903 vd.; Habscheid, **Zivilprozess**, s. 454.

²³¹ Ön incelemeye tâbi konular hakkında bkz. 3. Bölüm, Başlık 2.2. vd.

İstinaf mahkemesi başvurunun başka bir istinaf dairesi tarafından incelenmesi gerektiği kanaatindeyse, kendiliğinden dosyanın ilgili daireye gönderilmesine karar vermelidir.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararına karşı istinafa başvurulmuş veya istinaf başvurusu süresi içinde yapılmamışsa, başvurunun usûlden reddine karar verilmelidir²³². Kanımızca ara kararlara karşı istinafa başvurulması veya istinafa başvuru hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen istinaf isteminde bulunulması durumunda da başvuru usûlden reddedilmelidir.

Başvuru şartları yerine getirilmemişse, örneğin istinaf dilekçesi, ilk derece kararını yeterince belli edecek kayıtları içermiyorsa, kural olarak istinaf talebi usûlden reddedilmelidir. Ancak, Kanunun 426/B maddesine göre, dilekçe kanunda belirtilen asgari koşulları içeriyorsa, yani başvuranın kimliği ve imzasıyla başvurulanan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtlar mevcutsa, istinaf talebi hemen reddedilmemeli, 426/O maddesi çerçevesinde inceleme yapılmalıdır. Yani sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı araştırılmalı (m. 426/B, III), kamu düzenine aykırılık yoksa başvurunun reddine karar verilmelidir²³³. Kanımızca istinaf mahkemesinin bu kararı da usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.

Harç ve giderler eksik yatırılmış veya verilen süre içinde tamamlanmamış olmasına rağmen, dosya istinaf mahkemesi önüne gelirse, daire başvurunun usûlden reddine değil, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir²³⁴. Başvurunun yapılmamış sayılması, pratik sonuçları bakımından başvurunun usûlden reddedilmesinden farklıdır²³⁵.

²³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 627; Özekes, “**İstinaf**”, s. 3110. Yasal süresi geçtikten sonra veya kesinleşmiş bir karara karşı istinafa başvurulması ilk derece mahkemesi tarafından da re’sen dikkate alınması ve istinaf dilekçesinin reddi kararı ile sonuçlanması gereken usûli eksikliklerdir (m. 426/F, I). İlk derece mahkemesi bu hususları gözden kaçırırsa istinaf mahkemesi ön incelemede başvuruyu usûlden reddetmelidir.

²³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 628; Konuralp, **Usûl**, s. 184

²³⁴ Karşı görüş için bkz. İstinaf El Kitabı, s. 68.

²³⁵ Bkz. yuk. 3. Bölüm, Başlık 2.2.5.

Başvuru dilekçesinde istinaf sebepleri ve gerekçesi hiç gösterilmemişse, istinaf başvurusu usûlden reddedilmelidir²³⁶. İstinaf sebepleri çok sınırlı, eksik veya yanlış olarak gösterilmişse, başvuru reddedilmemeli, diğer koşullar da sağlanmışsa esastan inceleme yapılmalıdır.

İstinaf mahkemesinin ön inceleme aşamasındaki ret kararı, başvurunun kabul edilebilir (caiz) olmadığını tespit eden usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir²³⁷. Bu kararlara karşı, kural olarak, 428'inci maddedeki kararlar arasında yer almadıkları takdirde temyiz yoluna başvurulabilir (m. 427 ve 428)²³⁸. Bununla beraber, istinaf dairesinin dosyayı iş bölümü sebebiyle başka bir daireye gönderme kararı temyize tâbi değildir. Zira, bu karar istinaf mahkemesinin iç işleyişiyle ilgilidir. Kendisine dosya gönderilen daire de gönderme kararı verirse geniş anlamda iş bölümü uyuşmazlığı doğar. Bu sorun istinaf mahkemesi başkanlar kurulunun kararı ile çözülmelidir (5235 s.K. m. 35, I, b. 1).

Bazı hâllerde başvurunun geçerliliği veya caizliği için gerekli koşullardan biri ön incelemede gözden kaçırılmış olabilir. İstinaf mahkemesi bu eksikliği daha sonra inceleme aşamasında fark ederse, tahkikatı hemen sona erdirmeli ve istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir. Bu karar da ön inceleme aşamasındaki gibi usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.

Ön inceleme sonunda başvuru koşullarının tam olduğu ve herhangi bir usûli eksiklik bulunmadığı tespit edilirse dosya incelemeye alınır (m. 426/L, son cümle). İstinaf mahkemesinin bu kararı, usûle ilişkin ara karar niteliğinde olup, ancak daha sonra istinaf mahkemesinin esas hakkındaki kararı ile birlikte temyiz edilebilir.

²³⁶ Konuralp, **Usûl**, s. 187; Konuralp, “**Bölge Adliye Mahkemeleri**”, s. 265; Ayrıca bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.4. ve 3. Bölüm, Başlık 2.2.6. Karşı görüş için bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 627.

²³⁷ İstinaf El Kitabı, s. 90.

²³⁸ Diğer hukuk sistemlerinde de ön inceleme sonunda verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilmektedir. Alman Hukukunda ön inceleme sonunda duruşma yapılmadan verilen nihaî kararlara karşı itiraz (*Rechtsbeschwerde*) yoluna başvurulur (§ 522 Abs. 1 dZPO). Caiz olmayan istinaf başvuruları hakkında duruşma yapılarak verilen hükümlere (*Urteil*) karşı yalnızca genel hükümlere göre temyiz (*Revision*) yoluna başvurulabilir. Bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 969. Avusturya Hukukunda ise yüksek mahkemede (*OGH*) itiraz (*Rekurs*) yoluna başvurma imkânı tanınmıştır (§ 519 öZPO). Bkz. Fasching, **Lehrbuch**, s. 925; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 471.

5.3. Asıl İnceleme (Tahkikat) Sonunda Verilebilecek Kararlar

Esas hakkındaki inceleme istinaf başvurusunun haklı olup olmadığına ilişkindir. İstinaf mahkemesi, ileri sürülen istinaf sebepleri ve re'sen incelenen hususlar çerçevesinde, ilk derece kararının doğru olup olmadığına karar vermelidir. İstinaf başvurusu haksız bulunursa başvuru esastan reddedilir, haklı bulunursa davanın esasına ilişkin yeni bir karar verilir²³⁹.

İstinaf mahkemesi istinafın haklı olup olmadığı konusunda karar verirken belirli bir sıra izlemelidir. Mahkeme öncelikle istinaf başvurusuna konu olan davaya ilişkin dava şartlarını incelemeli; ilk derece mahkemesi dava şartları eksik olan bir davanın esası hakkında karar vermişse, başvuruda bulunan taraf istinaf sebepleri arasında göstermemiş olsa dahi, gereken kararı vermelidir.

İstinaf mahkemesi eksik olan dava şartının türüne göre farklı kararlar vermelidir. Eksik olan dava şartı Kanunun 426/M, I hükmünde açıkça belirtilen usûle aykırılıklardansa, kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir. Örneğin, taraf ehliyeti olmayan kişiler huzurunda davaya bakılmış ve karar verilmişse, ilk derece kararı kaldırılmalı ve dosya davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmelidir.

Dava şartındaki eksiklik, 426/M, I hükmünde belirtilen usûle aykırılıklardan biri değilse, o dava şartının niteliğine göre gerekli karar verilmelidir. Örneğin konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir dava hakkında kesin hüküm bulunmasına rağmen yeniden karar verilmişse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine değil, kararın kaldırılmasına ve dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmelidir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmemesinin nedeni, bu dava şartının Kanunun 426/M, I hükmündeki usûle aykırılıklar arasında sayılmamış ve orada belirtilen karar türlerinden ayırık tutulmuş olmasıdır²⁴⁰.

²³⁹ Schilken, **a.g.e.**, s. 458.

²⁴⁰ Alman Hukukuna göre, istinaf mahkemesi dava şartının bulunmadığını tespit ederse, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyip dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir. Bkz. Schellhammer,

Dava şartları eksik değilse, davanın esası hakkında karar verilebilecektir.

5.3.1. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması Halinde Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemesi, mahkeme kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir (m. 426/M, II, b. 1). İstinaf mahkemesi usûle uygun yargılama yapıldığı, vakıa tespitlerinde bir eksiklik veya hata olmadığı ve maddî hukukun doğru uygulandığı kanaatindeyse başvuruyu esastan reddeder. Bu durum taraflarca ileri sürülen ve istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınması gereken istinaf sebepleri bulunmadığında ve ilk derece kararının değiştirilmesine ihtiyaç duyulmadığı takdirde ortaya çıkar²⁴¹.

Başvurunun esastan reddi kararı, bir yandan istinaf talebinin haksız olduğunu tespit eder, diğer yandan vakıa tespitleri ve hukuka uygunluk açısından ilk derece mahkemesi kararının doğruluğunu teyit eder²⁴². Bu karar, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesiyle aynı hüküm sonucuna vardığını ve ilk derece kararını tümüyle doğru bulduğunu gösterir²⁴³.

Başvurunun esastan reddi, istinaf mahkemesinin başvuruyu haklı bularak ilk derece kararının kaldırıp davanın reddine karar vermesinden farklıdır. Başvurunun esastan reddi kararı, ilk derece kararının doğru olduğunu teyit etmekte ve ilk derece kararına dokunmamaktadır. Buna karşılık, davanın reddine ilişkin istinaf mahkemesi kararı, hatalı olan ilk derece kararını değiştirmeye yöneliktir²⁴⁴.

Zivilprozess, s. 502; Guldener, **a.g.e.**, s. 498. Bir görüşe göre, bu durum ilk derece ve istinaf yargılamasının konusunun aynı olduğunu kabul eden yaklaşımın bir sonucudur. Bkz. Stelios, **a.g.e.**, s. 181. Avusturya Hukukunda da istinaf mahkemesi dava şartlarından birinin eksik olduğunu tespit ederse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı vermeden, davayı dava şartı yokluğundan reddetmelidir. Zira, bu durumda davanın ilk derece mahkemesinde devam ettirilmesi mümkün değildir. Bkz. Fasching, **Kommentar B. 4**, s. 143.

²⁴¹ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 427; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 507.

²⁴² Fasching, **Lehrbuch**, s. 915; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 983.

²⁴³ Blomeyer, **Zivilprozess**, s. 564; Jauernig, **a.g.e.**, s. 303.

²⁴⁴ Bkz. yuk. 3. Bölüm, Başlık 5.1.

İstinaf başvurusunun esastan reddi kararı, teknik anlamda bir onama kararı değilse de sonucu bakımından onamaya benzetilebilir²⁴⁵. Karar temyize tâbi değilse bu benzerlik daha da belirginleşir. Bununla beraber, önemle vurgulanmalıdır ki, istinaf başvurusunun reddi teknik anlamda bir onama kararı değildir²⁴⁶. Onama kararı her hâlükarda hükmün kesinleşmesini sağlar. Oysa istinaf başvurusunun esastan reddi, her zaman ilk derece kararının kesinleşmesini sağlamaz. İstinaf mahkemesinin kararı temyize tâbi ise (m. 427, 428), karar en erken tarafların temyize başvuru hakkından feragat etmesiyle veya temyiz süresinin sona ermesiyle kesinleşir. Karar temyiz edilirse, kesinleşme için temyiz incelemesinin sonuçlanması ve Yargıtay'ın onama kararı vermesi gerekir²⁴⁷.

İstinaf başvurusunun esastan reddi kararı, tüm yargı kararları gibi gerekçeli olmalıdır. Gerekçe kural olarak ilk derece mahkemesinin hükmüne dayanır. Bununla beraber istinaf mahkemesi, ileri sürülen istinaf sebepleri bakımından kendi gerekçesini açıklamalıdır. Gerekçede özellikle istinafa başvuran tarafın, istinaf sebepleri arasında ileri sürdüğü hususlar tartışılmalıdır. Daha adil ve mükemmel bir karara ulaşmak için istinafa başvuran taraf, ileri sürdüğü istinaf sebeplerinin tartışılmasını, değerlendirilmesini ve istinaf mahkemesinin neden kendi görüşlerini paylaşmadığını öğrenme hakkına sahiptir²⁴⁸. Aksi takdirde, ilk derece kararından tatmin olmayan taraf, istinaf mahkemesinin kararıyla da tatmin olmayacak, karar doğru olsa bile her zaman şüphe duyacaktır. Hatta, temyiz yolu açık ise kararın doğru olup olmadığını düşünmeden temyize başvuracaktır.

5.3.2. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması Halinde Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemesi ileri sürülen istinaf sebeplerinin haklı olduğu kanaatindeyse ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmakla yetinmeyip; istinaf konusu hususlarda

²⁴⁵ Konuralp, **Usûl**, s. 187; Konuralp, “**Bölge Adliye Mahkemeleri**”, s. 265; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 633; Özekes, “**İstinaf**”, s. 3113.

²⁴⁶ İstinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararı, onama kararı olarak nitelendiren görüş için bkz. Yılmaz, **İstinaf**, s. 70.

²⁴⁷ Karar düzeltme yolunun kaldırılması sebebiyle onama kararına karşı başvurulabilecek başka kanun yolu olmadığından hüküm kesinleşir. Yargıtay, istinaf mahkemesinin başvurusunun esastan reddi kararını bozarsa, istinaf mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderir (m. 439, I). Bu durumda yargılama devam ettiği için hüküm kesinleşmez.

²⁴⁸ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 427.

yeniden inceleme yapar, gerektiğinde delil ikamesinden de yararlanarak uyuşmazlığın karar için yeterince aydınlanmasına çalışır ve tahkikatı tamamladıktan sonra davanın esası hakkında bizzat karar verir²⁴⁹. Aslında istinafla amaçlanan, tam olarak yargılama hatalarının düzeltilmesi ve hükmün değiştirilmesidir²⁵⁰. Ancak bazen, istinaf mahkemesi tahkikatı tamamlamadan, dosyayı yeniden yargılama yapması ve karar vermesi için ilk derece mahkemesine göndermelidir. Bu durumda dosya ilk derece mahkemesine havale edildiğinden, istinaf mahkemesinin davanın esası hakkında hüküm vermesi mümkün değildir²⁵¹.

Başvurunun haklı bulunması üzerine ilk derece kararının kaldırılması (iptali) ve dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi veya davanın esası hakkındaki ret veya kabul kararları niteliği bakımından temyizdeki bozmadan farklıdır. Zira, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi hâlinde ilk derece mahkemesi direnme kararı veremeyeceğinden bu karara uygun işlem yapmak zorundadır (m. 426/M, I, c. 1). Oysa temyiz yolunda, bozma nedeniyle dosya kendisine gönderilen mahkeme, direnme kararı verebilecektir (m. 439, III; Eski m. 429, III).

İstinaf mahkemesi davanın esası hakkında karar verdiğinde kararı kaldırmakla (iptal etmekle) yetinmeyip, ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararını değiştirmektedir. Buna karşılık alt derece mahkemesinin kararını bozan Yargıtay, kural olarak davanın esası hakkında karar veremeyeceğinden, dosyayı yeniden yargılama yapılması ve esas hakkında karar verilmesi için alt derece mahkemesine göndermek zorundadır (m. 439, I ve II; Eski m. 429, I).

İstinaf mahkemesi, başvuruyu haklı bulursa, davanın esası hakkında karar vermeden önce ilk derece kararının “kaldırılmasına” karar verir. Kaldırma kararıyla kastedilen, aslında nihaî kararın veya hükmün iptal edilmesidir. Kanunun 426/M maddesine göre kaldırma kararı verilmesini gerektiren durumlar, 445’inci maddede düzenlenen

²⁴⁹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 985; Fasching, **Lehrbuch**, s. 915; Schilken, **a.g.e.**, s. 459; Jauernig, **a.g.e.**, s. 304; Grunsky, **Zivilprozessrecht**, s. 199.

²⁵⁰ Fasching, **Lehrbuch**, s. 915.

²⁵¹ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 985; Fasching, **Lehrbuch**, s. 915.

yargılamanın yenilenmesi sebeplerine benzemektedir. Örneğin, yasaklı hâkim tarafından karar verilmiş olması (m. 445, I, b. 9) yargılamanın yenilenmesi sebebi olup, başvuranın talebi kabul edilirse hükmün iptaline karar verilir (m. 450, II)²⁵². Vekil ve mümessil olmayan kişiler huzurunda davanın görülmesi ve hüküm verilmesi durumunda (m. 445, I, b. 8), yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen mahkeme hükmü iptal eder (m. 450, II).

Yabancı hukuk sistemlerindeki örnekler de bu görüşü desteklemektedir. Alman Hukukunda, dosyanın ilk derece mahkemesinde incelenmesini gerektiren temel usûl hataları söz konusu olduğunda, istinaf mahkemesince hükmün iptal edilmesi (Aufhebung) ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi (Zurückverweisen) öngörülmüştür (§ 538 Abs. 2 dZPO). Avusturya Hukukunda da yokluk sebebi olarak ifade edilen mutlak istinaf sebeplerinin var olması durumunda, istinaf mahkemesi ilk derece kararını iptal ederek (Aufhebung) dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir (Zurückverweisen) (§ 494 ve § 496, Abs. 1 öZPO)²⁵³. İsviçre Hukukunda, ilk derece yargılaması ağır yargılama hatalarından etkilenmişse, istinaf mahkemesi ilk derece kararının iptaline (Aufhebung) ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine (Zurückverweisen) karar vermektedir²⁵⁴. Karşılaştırmalı hukuk açısından ele alındığında istinaf mahkemesinin temel bazı usûl hataları sebebiyle ilk derece mahkemesi kararını ortadan kaldırması teknik olarak “iptal” kavramıyla ifade edilmektedir.

Sonuç olarak, teknik anlamda “kaldırma”, hukukî veya maddî bir hata sebebiyle hatalı bulunan kararın istinaf mahkemesi tarafından hükümsüz kılınmak amacıyla iptal edilmesidir. Kaldırma kararı, duruma göre ilk derece kararının tümünü veya bir kısmını hükümsüz kılabilir.

²⁵² Konuralp, “İstinaf Derecesi”, s. 37.

²⁵³ Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, s. 457, 469.

²⁵⁴ Habscheid, *a.g.e.*, s. 457.

5.3.2.1. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın Gönderilmesi Kararı

5.3.2.1.1. Genel Olarak

Gönderme kararı verilmesine neden olan hâller, yargılamayı ve hükmü etkileyen klasik ve önemli usûl eksiklikleridir (error in procedendo)²⁵⁵. Maddî hukuk kurallarının yanlış uygulanması (error in iudicando) sebebiyle gönderme kararı verilemez²⁵⁶. Bu prensip, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda da açık şekilde edilmiştir. Buna göre, Kanunun (maddî hukuk kurallarını ifade eder) olaya uygulanmasında hata edilmesi halinde, davanın esası hakkında istinaf mahkemesi karar vermelidir (m. 426/M, II, b. 2). Baka bir deyişle, ilk derece mahkemesi davanın esasıyla ilgili bir hata yapmışsa, bu hatayı bizzat istinaf mahkemesi düzeltmelidir.

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. Örneğin, Alman Hukukunda, ilk 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. 2, Nr. 2 dZPO). Zira, bu hâllerde istinaf mahkemesinin bizzat karar vermesi tarafların yargılama derecelerinin birinden mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır²⁵⁷.

Nelerin önemli usûl hatası olduğu Alman Usûl Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş, bu konuda istinaf mahkemesine takdir hakkı tanınmıştır. İstinaf mahkemelerinin ve Federal Mahkemenin içtihatlarına göre, mahkemelerin yanlış oluşması, hükmün hatalı veya eksik tefhim edilmesi, delil ikamesinde alenîyet ilkesine uyulmaması, taraflara hukukî dinlenilme

²⁵⁵ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, 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, **a.g.e.**, s. 986).

²⁵⁶ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 394; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 986.

²⁵⁷ Thomas/Putzo, **Kommentar**, s. 703; Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 986; Schilken, **a.g.e.**, s. 459; Schellhammer, **Zivilprozess**, s. 509.

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 gerektirir²⁵⁸.

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 2-6'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. Karar davanın caizliği hakkındaysa, örneğin dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmişse, ilk derece mahkemesinde davanın esası hakkında inceleme yapılmamıştır. İlk derece kararını kaldıran istinaf mahkemesi, elinde karar vermeye yetecek dava malzemesi bulunmadığından, dosyayı tahkikatın tamamlanması için ilk derece mahkemesine gönderir. Bu tür sebepler istisna olduğundan, yorum yoluyla genişletilmesinin yanlış olacağı ifade edilmektedir²⁵⁹.

Alman Hukukunda 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. Eğer her iki taraf da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinden feragat ederse, istinaf mahkemesi uyuşmazlığın esası hakkında kendisi karar vermelidir²⁶⁰.

²⁵⁸ Örnekler için bkz Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 986 vd.

²⁵⁹ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 393; Gilles, **Rechtsmittel**, s. 93.

²⁶⁰ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 397; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 272.

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 yapamaz²⁶¹.

Avusturya Hukukunda da istinaf mahkemesi, kural olarak uyuşmazlığın esası hakkında kendisi karar vermelidir. Ancak, ilk derece yargılamasını etkileyen önemli ve temel usûl hataları söz konusu olduğunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir²⁶².

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 gelir²⁶³.

Avusturya Usûl Kanunu'nun 496'ncı paragrafına göre, ilk derece mahkemesi esasa ilişkin tüm talepler hakkında karar vermemişse, ilk derece yargılamasında kapsamlı inceleme yapılmasını ve uyuşmazlıkla ilgili nihaî karar verilmesini engelleyen önemli bir usûli eksiklik varsa, 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. Ancak, istinaf mahkemesince tahkikatın tamamlanması, ilk derece mahkemesi tarafından tamamlanmasına nazaran daha fazla gidere neden olarsa ve yargılamayı daha fazla uzatacaksa²⁶⁴, dosya tahkikatın tamamlanması ve yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

²⁶¹ Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 272.

²⁶² 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.

²⁶³ Fasching, **Lehrbuch**, s. 916.

²⁶⁴ Belirtmeliyiz ki 477'nci paragraftaki "mutlak istinaf sebeplerine" dayanan iptal kararı ile 496'nci paragraftaki sebeplere dayanan iptal kararının sonuçları birbirinden farklıdır. Mutlak istinaf sebebine

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 Hukuku ise gönderme kararı verilmesi gereken durumları mümkün olduğunca sınırlandırmış ve bu tür istinaf sebeplerinde tahkikatın mutlaka ilk derece mahkemesi tarafından tamamlanmasını öngörmüştür.

İsviçre Hukukunda, istinaf mahkemesince karar verilmesi gereken konuyu ilk derece mahkemesi henüz incelememişse veya usûlî sebeplere dayanarak haksız bir ret kararı vermişse, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. İlk derece mahkemesi gönderme kararıyla bağlıdır²⁶⁵.

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 Usûlü Muhakemeleri Kanunu da istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi gereken hâlleri saymış, yargılamaya ilişkin bazı temel usûl hatalarını 426/M maddesinde düzenlemiştir²⁶⁶. İstinaf

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.

²⁶⁵ Guldener, **a.g.e.**, s. 487.

²⁶⁶ Bu tür usûl hatalarını mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirmiştik. Bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3.2.1. vd. Mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirdiğimiz usûle aykırılıklar, temyiz yolunda da önemli usûl hatalarının örnekleri arasında gösterilmektedir. Bkz. Bilge/Önen, **Yargılama**, s. 652.

mahkemesinin ilk derece kararını iptal ederek, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi 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. 426/M, I, b. 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 ya da davayı takip yetkisi bulunmayan kimseler huzurunda veya vekil ve temsilci olmayan kişiler huzurunda davaya bakmışsa (m. 426/M, I, b. 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 doğurmaktadır.

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 istinaf denetimi teorik ve pratik olarak mümkün değildir. İstinaf mahkemesi davanın esası hakkında karar verirse taraflar ilk derece yargılamasından mahrum kalırlar. Örneğin ilk derece mahkemesi hatalı olarak görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş (m. 426/M, I, b. 3) ya da davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına karar vermişse (m. 426/M, I, b. 5), henüz davanın esası incelenmediğinden, dosya, davanın yeniden görülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmelidir²⁶⁷.

Gönderme kararını gerektiren son durum, davanın esası hakkında yeterince inceleme yapılmasını engelleyen usûl hatalarının bulunmasıdır. Örneğin, usûle aykırı olarak davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmişse (m. 426/M, I, b. 5) ya da tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplamadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse (m. 426/M, I, b. 6), ilk derece kararı kaldırılmalı ve dosya yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine

²⁶⁷ 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.

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 aykırıdır²⁶⁸. Buna karşın 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 vermelidir²⁶⁹.

5.3.2.1.2. Dosyanın Gönderileceği Mahkeme

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/M 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 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 önünde 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 hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse, istinaf mahkemesi, kural olarak dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine göndermelidir (m. 426/M, I, b. 1, 2, 4, 5, 6).

Dava ehliyeti, davayı takip yetkisi veya davaya vekâlet ehliyeti gibi dava şartları, ilk derece yargılamasının sona ermesini takiben, istinaf derecesinde tamamlansa dahi, istinaf mahkemesi hükmü kaldırılmalı ve yeniden yargılama yapılması için dosyayı kararı veren

²⁶⁸ İstinaf El Kitabı, s. 74.

²⁶⁹ Aynı, s. 74; Konuralp, Usûl, s. 185;

ilk derece mahkemesine göndermelidir. Davanın başında eksik olan dava şartı, hüküm verilmeden önce tamamlanırsa, kural olarak dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmez. Ancak, taraflara ilişkin dava şartının hüküm verildikten sonra istinaf derecesinde tamamlanması, istinaf mahkemesinin davanın esası hakkında karar vermesi için yeterli değildir. Zira, kendisini davada temsil etme yeteneği olmayan kişiler veya yetkisiz temsilciler huzurunda görülen bir dava baştan sona hükümsüzdür. Dava ehliyetinin veya davaya vekalet ehliyetinin sonradan tamamlanması, ilk derece yargılamasındaki usûli sakatlığı ortadan kaldırmaz, davanın esasına ilişkin istinaf denetime imkân vermez.

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. 426/M, I, b. 1 ve 2). Böyle bir ihtimalde, yargı yeri olarak, oraya en yakın yerdeki ilk derece mahkemesi belirlenmelidir²⁷⁰.

Davaya bakan ilk derece mahkemesi görevsizse, istinaf mahkemesi, dosyayı görevli ilk derece mahkemesine göndermelidir (m. 426/M, I). Görevsiz mahkeme tarafından yapılan usûl işlemleri kural olarak geçersiz olduğundan (m. 430), 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 geçerlidir²⁷¹.

Yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmişse, dosya yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmelidir (m. 426/M, I). Kanımızca kesin olmayan bir yetki kuralının

²⁷⁰ 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, **Usûl**, s. 186 vd.

²⁷¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 80; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, 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 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).

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.

Yetkisizlik nedeniyle gönderme kararı verilirse, kural olarak yetkisiz mahkeme tarafından yapılan usûl işlemleri geçersizdir (m. 430); taraf usûl işlemleri ise geçerli kalmaya devam eder. Davaya daha sonra bakan yetkili mahkeme yetkisiz mahkemenin yapmış olduğu bazı işlemleri tekrar etmeden tahkikatı tamamlayabilir²⁷².

Kararı istinafa konu olan ilk derece mahkemesi, incelemeyi yapan istinaf mahkemesinin yargı çevresi dışındaysa (m. 426/M, I, b. 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 olur²⁷³. Kanunun lafzından, ilk derece mahkemesinin istinaf mahkemesinin yargı çevresi dışında 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 426/M, I'de sayılan usûl hatalarından etkilenmişse, bu konuda ancak yetkili istinaf mahkemesi karar verebilir.

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerektiren istinaf sebepleri arasında usûle aykırı olarak merci tayinine karar verilmiş olması da sayılmıştır (m. 426/M, I, b. 5). Kanımızca bu düzenleme isabetli olmamıştır. Zira, ilk derece mahkemeleri merci tayinine karar veremeyecekleri için, istinaf mahkemesinin bu sebeple gönderme kararı vermesi de mümkün değildir. Merci tayinine yetkili organlar, ilk derece mahkemeleri için istinaf mahkemeleri, istinaf mahkemeleri için Yargıtay'dır (m. 25, I; Eski m. 25, I) . Ayrıca

²⁷² Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 184.

²⁷³ İstinaf El Kitabı, s. 66.

merci tayini kararı kesin olduğundan kanun yoluna tâbi değildir (m. 25, III; Eski m. 25, III)²⁷⁴.

5.3.2.1.3. Gönderme Kararının Niteliği ve Sonuçları

Hangi hâllerde ve nasıl gönderme kararı verileceğini açıkladıktan sonra, bu kararın niteliğini ve sonuçlarını açıklamaya çalışacağız. İstinaf mahkemesinin ilk derece kararını kaldırarak dosyayı göndermesi, niteliliği bakımından usûle ilişkin, nihaî ve bozucu bir karardır²⁷⁵.

Kanunda, 426/M, I'deki hâllerde, istinaf mahkemesinin “kesin olarak” gönderme kararı vereceği belirtilmiştir. Buradaki kesinlik kavramının dar ve teknik anlamda kesin hüküm olarak mı yoksa sadece ilk derece mahkemesini bağlayıcı bir karar olarak mı anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca bu soru ikili bir ayırım yapılarak yanıtlanmalıdır.

İstinaf mahkemesinin esas bakımından temyize tâbi olmayan kararları söz konusu ise, örneğin miktar veya değeri 5.000 lirayı geçmeyen bir dava hakkında karar verilmişse, 426/M, I kapsamında verilen gönderme kararları dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil eder. Tabi “kesinlik”, davanın esası hakkında değil, sadece 426/M maddesinin I'inci fıkrasında sayılan usûlî eksiklikler hakkında oluşur. 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 şekli anlamda kesinleşmesi olarak anlaşılmalıdır. Kanımızca kesinlikten kasıt, gönderme kararının ilk derece mahkemesini bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu gönderme kararı çerçevesinde işlem

²⁷⁴ Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, Başlık 6.3.2.1.1.

²⁷⁵ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 985; Fasching, **Lehrbuch**, s. 915.

yapmak zorunda olması ve gönderme kararının tek başına temyiz edilemeyecek olmasıdır²⁷⁶. Zira, 426/M, I maddesinde sayılan durumlardan bazıları, dava şartı niteliğinde olup, hüküm kesinleşinceye kadar ve her aşamada re'sen dikkate alınabilecektir. Nitekim 5236 s.K. ile değişik 437'nci maddenin 2'nci 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 437'nci madde ile 426/M, I maddesi birbiriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanmalıdır. Kanun koyucu, 426/M, I'de sayılan durumlar bakımından teknik anlamda kesin hüküm verilmesini öngörmüş olsaydı, temyiz sebepleri arasında dava şartlarına aykırılıktan bahsetmezdi veya en azından 426/M, I hükmünün istisna olduğunu belirtirdi. Eğer, 426/M, I'de 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 veya başvuruyu kabul ederek davanın esastan kabul veya reddine karar vermesi durumunda, temyiz yoluna başvurulursa, 426/M, I'de sayılan dava şartları bakımından istinaf mahkemesinin kararının kesin olup olmadığı tartışması doğacaktır.

Görüşümüzü bir örnekle açıklayalım: İlk derece mahkemesi davayı kabul eder. Kararı doğru bulmayan davalı, davanın reddi istemiyle istinafa başvurur. İstinaf mahkemesi, davaya görevsiz mahkemede bakıldığı gerekçesiyle ilk derece kararını kaldırıp dosyayı görevli mahkemeye gönderir. Davaya bakan ikinci mahkeme de davanın kabulüne karar verince, davalı tekrar istinafa başvurur. İstinaf mahkemesi davanın esasına girerek

²⁷⁶ Buradaki gönderme kararı, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iş bölümü itirazının kabul edilmesi üzerine verilen gönderme kararına benzetilmektedir. İşbölümü nedeniyle verilen gönderme kararı da nihai karar olmasına rağmen, tek başına değil, ancak esas hakkında verilen hükümle birlikte kanun yoluna konu olmaktadır. Bkz. yuk. 1. Bölüm, Başlık 7.3., dn. 269.

mahkemenin hükmünü değiştirir ve davanın reddine karar verir. Bu kez davacı, istinaf mahkemesinin esas hakkındaki kararını temyiz eder. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay, daha önce istinaf mahkemesi tarafından dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesinin görevsiz olduğu gerekçesiyle istinaf mahkemesinin kararını bozabilir ve dosyayı görevli ilk derece mahkemesine gönderebilir. Zira, görev mahkemeye ilişkin dava şartıdır ve mutlak temyiz sebeplerindendir. Diğer yandan, istinaf mahkemesi, önüne gelen dosyada, dava şartlarının eksik olduğunu gözden kaçırıp başvurunun esas hakkında karar verirse, tarafların temyizi üzerine inceleme yapan Yargıtay, yine dava şartı eksikliğini re'sen dikkate alarak kararı bozabilir.

Gönderme kararı, dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlar. İlk derece mahkemesi direnme kararı veremeyeceğinden²⁷⁷ gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorundadır. 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. Bununla beraber, istinaf mahkemesinin kararı ilk derece hâkimini delilleri nasıl

²⁷⁷ İlk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin 426/M, I hükmüne dayanarak verdiği kaldırma ve gönderme kararına karşı ilk kararında ısrar edememesine rağmen (m. 426/M, I), Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda vereceği bozma kararına direnebilir (m. 439, 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 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 sürüncemede kalmasına neden olabilecektir. Bkz. Süha Tanrıver, “**Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler**”, Makalelerim (1985-2005): 71-75 (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005), s. 75; Süha Tanrıver, “**Hukuk Yargısında Etkinliği Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine**”, Makalelerim (1985-2005): 165-179 (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005), s. 177.

değerlendirmesi gerektiği konusunda bağlamaz. İstinaf mahkemesi sadece yapılması gereken mahkeme usûl işlemlerine işaret edebilir, yoksa bunun sonucunu belirleyemez.

Dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, kural olarak davayı yeniden görür, daha doğrusu yeniden yargılama yapar. Bu hâller 426/M, I, b. 1, 2, 3 (mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması hariç), 5 ve 6’da düzenlenen ihtimallerdir. Bunlardan başka hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi veya alenîyet ilkesine aykırılık sebebiyle gönderme kararı verildiği takdirde de yeniden yargılama yapılması gerektiği kanısındayız. Yeniden yargılama yapılması gereken durumlarda ilk derece mahkemesi duruşma günü belirlemeli ve tarafları duruşmaya davet etmelidir. Bu yargılama sonunda verilen nihai karar da şartları varsa istinafa tâbidir.

Gönderme kararı verilmesine neden olan istinaf sebebi, yargılamanın sürdürülmesini engellemekte ise, ilk derece mahkemesinin yeniden yargılama yapması gerekli değildir. Örneğin, istinaf mahkemesi m. 426/M, I, 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 yargılama yapmadan, dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir.

5.3.2.2. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Davanın Kabulü Kararı

İleri sürülen istinaf sebepleri haklıysa, istinaf mahkemesi uyuşmazlığın (davanın) esası hakkında da karar verebilir. Bu kararlar ilk derece mahkemesinin hükmü kısmen veya tamamen değiştirilir, hükmün hatalı veya eksik olan kısımları düzeltilir. İstinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı “düzeltici karar” (reformatorische Sachentscheidung) olarak nitelendirilmektedir²⁷⁸.

İstinaf mahkemesinin hangi hâllerde davanın esası hakkında karar verebileceği, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda belirtilmiştir. İstinaf mahkemesi, davanın esası hakkında duruma göre dosya üzerinden ya da duruşma ve sözlü yargılama yaptıktan sonra

²⁷⁸ Fasching, **Lehrbuch**, s. 915.

karar verebilir. Yargılamadaki eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikteyse ya da yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç yoksa duruşma yapmadan davanın esası hakkında karar verilebilir (m. 426/M, II, b. 2 ve 3). Davanın esasına ilişkin istinaf taleplerinin haklı bulunduğu diğer tüm hâllerde ise duruşma ve sözlü yargılama yaptıktan sonra karar verilmelidir (m. 426/P, 426/T)²⁷⁹.

İlk derece kararını kaldırıp davanın esastan kabulüne karar verilmesi, özellikle davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararına karşı istinafa başvurulduğunda söz konusu olur²⁸⁰.

Esasa ilişkin istinaf başvurusu kısmen haklı bulunursa, kabul edilmeyen istinaf sebepleri yönünden başvurunun reddine, kabul edilen istinaf sebepleri bakımından ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kısmen kabulüne karar verilir²⁸¹.

Aleyhine karar verilen davacı, hükmün bir kısmına karşı istinafa başvurursa, karşı konulmayan hüküm kısımları bakımından ilk derece kararının muhafazasına, haklı bulunan talepler bakımından ise ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne karar verilmelidir²⁸².

Uyuşmazlığın esası hakkında verilen karar eda hükmü, tespit hükmü veya inşai hüküm niteliğinde olabilir²⁸³. Bu hükme karşı temyize başvurulabilir.

5.3.2.3. İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Davanın Reddi Kararı

İstinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasında aleyhine hüküm verilen davalının istinaf başvurusunun haklı bulursa, ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verebilir.

²⁷⁹ Bkz. yuk. 3. Bölüm, Başlık 3.7.2.2. ve 3.7.3.

²⁸⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 634; Konuralp, “**Bölge Adliye Mahkemeleri**”, s. 265; Konuralp, **Usûl**, s. 188.

²⁸¹ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 401.

²⁸² **Aynı**, s. 400.

²⁸³ Konuralp, **Usûl**, s. 188.

İstinaf mahkemesi, davanın kısmen veya tamamen kabulüne karar vermiş olan ilk derece mahkemesinin aksine, davanın haklı olmadığı kanaatindeyse, ilk derece kararını kaldırarak davanın esastan reddine karar verebilir.

Davanın esastan reddi, esasa ilişkin nihaî karardır ve tespit hükmü niteliğindedir²⁸⁴. Taraflar bu karara karşı kural olarak temyiz yoluna başvurabilirler (m. 427, 428).

5.4. İstinaf Yargılamasının Hüküm Dışında Başka Nedenlerle Sona Ermesi

İlk derece mahkemesindeki gibi istinafta da yargılamaya son veren işlem, her zaman mahkeme kararı olmayabilir. Bazı hâllerde tarafların usûl işlemleri veya diğer sebepler yargılamayı sona erdirebilir. İstinaf yargılamasının hüküm verilmeksizin sona ermesi, taraf usûl işlemleri nedeniyle yargılamanın sona ermesi ve davanın konusuz kalması şeklinde ikiye ayrılabilir.

5.4.1. Davaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Nedeniyle Davanın Sona Ermesi Halinde Verilecek Kararlar

Davaya son veren taraf usûl işlemleri kabul, feragat, sulh ve davanın geri alınmasıdır. Bu işlemler özel hukuka hâkim irade ve tasarruf serbestîsinin bir sonucu olarak, tarafların hukukî uyuşmazlıklar hakkında serbestçe karar vermelerini sağlar.

Taraf usûl işlemlerinden kabul ve feragat Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir (m. 91, 92). Sulh ise, Kanunda açıkça düzenlenmemekle beraber, öğretide ve uygulamada davaya son veren taraf usûl işlemlerinden sayılmaktadır²⁸⁵.

Davayı kabul, davacının dava dilekçesindeki talep sonucunu davalının kabul etmesidir. Davayı kabul kısmen veya tamamen olabilir (m. 94, III). Davadan feragat ise davacının dilekçesinde talep etmiş olduğu talep sonucundan, başka bir deyişle dava konusu

²⁸⁴ Konuralp, “Bölge Adliye Mahkemeleri”, s. 265.

²⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 537; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 543, 552; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 466 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ise, 317-319. maddeler arasında, sulh konusunda açık düzenleme yapılmıştır.

haktan feragat etmesidir. Davadan kısmen veya tamamen feragat edilebilir (m. 94, III)²⁸⁶. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, feragat ve kabul kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurur (m. 95, I).

İlk derece yargılamasındaki gibi istinafta da davanın kabulü veya davadan feragat mümkündür. Kabul ve feragat, hüküm kesinleşinceye kadar davanın her aşamasında yapılabilir²⁸⁷. Ancak iflâs davası bakımından, hükümden sonra davadan feragat mümkün değildir, feragat edilse bile bu işlem geçersizdir²⁸⁸. Buna göre taraflar, bazı istisnalar dışında, ilk derece yargılamasındaki gibi kanun yolu derecesinde de davayı sona erdirebilirler. Davadan feragat veya davanın kabul edilmesi kanun yolunun konusuz kalmasına neden olur²⁸⁹.

Temyizde davadan feragat edilirse, Yargıtay kararı bozarak feragat konusunda karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. İstinafta davadan feragat edilirse, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gerek olmadığı, istinaf mahkemesinin feragat, kabul veya sulh konusunda bizzat karar vermesinin daha uygun olacağı kanısındayız. İstinaf mahkemesi, davanın esası hakkında karar verebildiğine göre, taraf usûl işlemlerine bağlı olarak yargılamayı sona erdirebilmelidir. Dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektense, hemen gereken kararı vermek usûl ekonomisine ve tarafların arzusuna uygun olacaktır.

Davanın kabulü ve davadan feragat hâlinde nasıl karar verileceği, kural olarak ilk derece yargılamasında geçerli olan kurallara göre belirlenmelidir. İlk derece mahkemesi davanın reddine karar verir ve davalı istinaf incelemesi devam ederken davayı kabul ederse,

²⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 533 vd; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 544; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 458 vd.; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 274-275.

²⁸⁷ Gilles, “**Anschliessung**”, s. 163; İstinaf El Kitabı, s. 68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 533; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 541 ve 548; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 460 ve 464; “.... Hükümün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca onanan direnme kararının da kesinleşmediği aşamada davadan feragat edilebilmesi mümkündür.” HGK, 28.6.2006, 6-494-468 (KİB); Alman Hukuku için bkz. Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 921 ve 961; Avusturya Hukuku için bkz. Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 275.

²⁸⁸ Kuru, **Usûl C. IV**, s. 3568.

²⁸⁹ Guldener, **a.g.e.**, s. 502; Gilles, “**Anschliessung**”, s. 163.

istinaf mahkemesi incelemesini sona erdirmeli ve ilk derece kararını kaldırarak kabul işlemi nedeniyle davanın kabulüne karar vermelidir. Burada istinaf başvurusunun haklı bulunması nedeniyle değil, kabul sebebiyle yargılamaya devam edilemediğinden kaldırma kararı verilmektedir. Davanın kabul edilmesi halinde ilk derece mahkemesinin kararına dayanak olan hüküm sebepleri etkisini ve geçerliliğini kaybedeceği için, daha doğrusu olgusal gerçeklik değişeceğinden, ilk derece kararı kaldırılmalıdır. Davalı, davacının talep sonucunu kısmen kabul ederse, istinaf mahkemesi, kabul edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne karar vermeli; kabul edilmeyen kısım bakımından istinaf incelemesine devam etmelidir.

Ancak, ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar verir ve bu karara karşı istinafa başvuran davalı, daha sonra istinaf derecesinde davayı kabul ederse, ilk derece mahkemesinin kararı sonucu itibarıyla doğru olacaktır. Davalının davayı kabul etmesi istinaf incelemesini sona erdireceğinden, istinaf mahkemesi davanın kabulüne değil, haksız olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir²⁹⁰.

Davadan feragat de yargılamayı sona erdiren işlemlerdendir. Davadan feragat istinafın farklı aşamalarında gündeme gelebilir. Davacı hükmün tefhiminden sonra fakat istinafa başvurmadan önce²⁹¹, istinaf başvurusunda (dilekçesinde)²⁹² veya istinaf

²⁹⁰ Gilles, “*Anschliessung*”, s. 167.

²⁹¹ “Somut olayda, davacı vekili karar kesinleşmeden davadan feragat etmiştir. Feragat isteğinde bulunma tarihine kadar kararın temyiz edilmemiş olması bu istemi geçersiz kılmaz. Zira, karar kesinleşmemiştir. Mahkemeler, kanunda gösterilen istisnalar dışında, kendi hükümlerini kendileri kaldıramazlar.

İlk derece mahkemelerin kararlarını bozup kaldırma yetkisi YK’nun 1. ve HUMK’nın 428. maddeleri uyarınca, münhasıran Yargıtay’a aittir. Yerel mahkeme, duruşmaya son verip karar vermekle davadan elini çekmiştir. Artık, mahkeme karardan sonraki dönemde usûle ilişkin hâller dışında davayı tekrar ele alıp esasa etkili karar veremez. Mahkemece belirtilen doğrultuda inceleme yapıp karar verilmesine imkân veren bir usûl hükmü de yoktur. Böyle bir durumda, mahkemeye verilen feragat isteğinin, temyiz isteği kabul edilerek Yargıtay’a sevkinin sağlanması, Yargıtay’ca verilecek bozma ilâmından sonra dosyanın ele alınıp feragat sebebiyle gerekli kararın verilmesi mümkün olur. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması bu yöndedir”. 9. HD, 19.9.2005, 22416/30348 (KİB); Ayrıca bkz. 14. HD, 14.7.2005, 6223/7313 (KİB)

²⁹² “.... Davacı, Yargıtay’a gönderilmek üzere yerel mahkemeye verdiği 10.04.2006 tarihli dilekçesi ile, boşanma davasından feragat ettiğini bildirmiştir. Bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” 2. HD, 30.5.2006, 20272/8473 (KİB); “... Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Davacının, hükümden sonra usûlüne uygun olarak tevsik edilen, 25.01.2006 tarihli dilekçesi ile davasından vazgeçtiği anlaşıldığına göre, vazgeçmeden ötürü gerekli kararın verilebilmesi için hüküm bozulmalıdır.” 1. HD, 23.3.2006, 2362/3032 (KİB); Aynı yönde diğer kararlar için bkz. 10. HD,

incelemesi sırasında²⁹³ davasından feragat edebilir. Bu ihtimallerinden hepsinde karar vermesi gereken merci istinaf mahkemesidir. Zira, ilk derece mahkemesi, nihaî kararını vererek işten el çektiği ve bu kararla bağlı olduğu için, daha sonra kendiliğinden kararından dönemez²⁹⁴.

İlk derece mahkemesinin davayı kabul etmesi üzerine davalı istinafa başvurur ve davacı istinafta davasından feragat ederse, istinaf mahkemesi incelemesini sona erdirmeli ve ilk derece kararını kaldırarak feragat nedeniyle davanın reddine karar vermelidir²⁹⁵. Kaldırma kararıyla birlikte davanın reddedilmesinin nedeni, istinaf taleplerinin kabul edilmesi (haklı bulunması) değil, davacının hakkından feragat etmesi sebebiyle yargılamaya devam edilmesinin imkânsız olmasıdır²⁹⁶. Davacı talep sonucundan kısmen feragat ederse, feragat edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmeli, feragat edilmeyen kısım hakkında istinaf incelemesine devam edilmelidir.

Buna karşılık ilk derece mahkemesi davayı reddeder ve bu karara karşı istinafa başvuran davacı, daha sonra istinaf derecesinde davasından feragat ederse; ilk hüküm sonucu itibarıyla doğru olacağından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmayıp, haksız olan istinaf başvurusunun reddine karar verilmelidir²⁹⁷.

İstinaf derecesinde yargılamayı sona erdirebilecek taraf usûl işlemlerinden biri de sulhtür. Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı anlaşılarak sona erdirmeleridir. Sulh sözleşmesi genellikle davacının talep sonucunun bir kısmından

30.1.2006, 10676/33; 13. HD, 19.10.2005, 10222/15542; 11. HD, 14.2.2005, 8950/1182 (KİB). *Kuru*, temyiz bakımından yaptığı değerlendirmede, hükümden sonra kanun yoluna başvurmadan önce veya kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen henüz dosya üst mahkemeye gönderilmeden davadan feragat edilirse, dosyanın üst mahkemeye gönderilmesine gerek kalmadan, hüküm mahkemesinin karar vermesi gerektiği kanısındadır. Bkz. *Kuru*, **Usûl C. IV**, s. 3564, 3568.

²⁹³ “... Davacının açtığı dava sonunda davanın kısmen kabulüne dair verilen mahkeme kararı davalı tarafından temyiz edilmiş ise de temyizden sonra davacı vekili 22.4.2005 tarihli dilekçe ile davadan feragat ettiği görülmüştür. Bu durumda mahkemece işlem yapılmak üzere mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.” 13. HD, 15.6.2005, 4177/10149 (KİB).

²⁹⁴ Gilles, “**Anschliessung**”, s. 165.

²⁹⁵ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 961.

²⁹⁶ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 402.

²⁹⁷ Gilles, “**Anschliessung**”, s. 167.

feragat etmesi ve davalının da davacının talep sonucunun bir kısmını kabul etmesiyle meydana gelir. Taraflar, ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davaları sulh yoluyla sona erdirebilirler²⁹⁸. Taraflar, dava sona erinceye kadar, yargılamanın her aşamasında sulh olabilirler²⁹⁹.

Kabul ve feragatten farklı olarak, şarta bağlı sulh sözleşmesi yapılabilir. Sulh şarta bağlı ise mahkeme buna dayanarak hüküm veremez. Zira, Türk Hukukunda şarta bağlı hüküm verilemeyeceği kabul edilmektedir³⁰⁰. Şarta bağlı sulh yapılmışsa, mahkeme “sulh yapıldığından karar verilmesine yer olmadığına” şeklindeki bir hükümle davayı sona erdirmelidir. Bu kural istinaf yargılamasında da geçerlidir. Taraflar şarta bağlı sulhle yargılamayı sona erdirmek isterlerse, istinaf mahkemesi ilk derece kararının kaldırılmasına ve şarta bağlı sulh sebebiyle “karar verilmesine yer olmadığına” belirterek davayı sona erdirmelidir.

Sulh şarta bağlı değilse, mahkeme tarafların taleplerine göre karar vermelidir. Taraflar sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istemez ve sadece sulh sözleşmesinin tespit edilmesini isterlerse, mahkeme sulhü tutanağa geçirerek “karar verilmesine yer olmadığı” şeklinde karar verir. Taraflar sulhe göre karar verilmesini isterse, mahkeme taraflar arasında yapılan sulh sözleşmesine göre hüküm vermelidir. Şarta bağlı olmayan

²⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 538; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 552 ve 555, Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 464 vd.; Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 269 vd.

²⁹⁹ Rechberger/Simotta, **Zivilprozessrecht**, s. 270.

³⁰⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 538; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 553 vd. “.... Bilindiği gibi, feragat davaya son veren bir işlemdir. Davasından feragat eden davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümüne konu ettiği haktan vazgeçmiş olur. Feragat herhangi bir şarta bağlanamayacağı gibi, davadan feragat edildiğine ilişkin iradenin açık ve kesin bir dille bildirilmiş olması da zorunludur. Bu nitelikteki bir feragat davalı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurur. ...” HGK, 13.4.2005, 11-242/249; “Bozma ilamı doğrultusunda, Mahkemenin, davacının isteğe bağlı sigortalılığının geçerliliğine ve Tahsis Talep Tarihi ve dava tarihi itibarıyla 1479 sayılı yasada öngörülen yaş koşulunu gerçekleştirilmemiş olduğundan tahsis talebinin reddine ilişkin kararı yerinde ise de davacının "varsa prim borçlarını ödediği taktirde" sağlık sigortasından yararlanması gerektiğinin tespitine dair verilen karar usul ve yasaya uygun görülmemiştir. Gerçekten şarta bağlı hüküm kurulamaz.” 21. HD, 24.1.2006, 13608/243, (KİB); “Davacı vekili 20.06.2005 havale tarihli dilekçe ile dava hakları saklı kalmak üzere davadan vazgeçtiklerini bildirmiştir. Mahkeme hüküm fıkrasında "davadan vazgeçme nedeniyle davanın reddine, icra hukuk mahkemesinde görülen davanın aleyhlerine bitmesi durumunda dava haklarının saklı kalmasına" karar vermiştir. HUMK'nun 91. maddesi uyarınca davadan feragat davacının netice talebinden vazgeçmesidir. Feragat, davayı sona erdiren bir irade beyanı olduğundan şarta bağlı olarak yapılamayacağı gibi şarta bağlı olarak da hüküm verilemez.” 6. HD, 25.10.2005, 8205/9830, (KİB).

sulh de kabul ve feragat gibi maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder³⁰¹. Bu kural, istinaf derecesinde sulh olunması durumunda da geçerlidir. İstinaf mahkemesi, tarafların taleplerine göre iki şekilde karar verebilir: Taraflar sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istemezlerse, istinaf mahkemesi öncelikle ilk derece kararını kaldırılmalı daha sonra “karar verilmesine yer olmadığını” belirterek davaya son vermelidir. Taraflar sulh anlaşmasına göre karar verilmesini isterlerse, ilk derece kararının kaldırılmasına karar vermeli ve sulh anlaşmasının içeriğine göre yeniden hüküm kurmalıdır.

Davayı sona erdiren taraf usûl işlemlerinden biri de davanın geri alınmasıdır (m. 185, I, b. 1). Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, istinaf derecesinde davanın geri alınıp alınamayacağına ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Kanımızca istinafta davanın geri alınmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığından, davanın geri alınması konusunda ilk derece yargılamasında uygulanan kurallar istinaf derecesinde de geçerlidir³⁰².

Davanın geri alınması, koşulları ve sonuçları bakımından feragatten farklıdır. Davanın geri alınması karşı tarafın açık muvafakatine bağlıdır. Zira, davasını geri alan davacı, bununla aynı zamanda dava konusu hakkından da feragat etmeyip, daha sonra dava açma hakkını saklı tutmaktadır. Karşı taraf davanın geri alınmasına muvafakat ederse, mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir³⁰³. Davacı istinafta davasını geri

³⁰¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 538; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 555; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 468; “... Yargılama sürecinde yanlar arasında dava dışı 12.12.2002 günlü sulh sözleşmesi düzenlenmiştir. Dosyaya sunulmuştur. 14.3.2003 günlü oturum sırasında taraf vekilleri sözleşme kapsamını aynen benimsediklerini açıklayarak uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde karar verilmesini istemişlerdir. Mahkemece yapılan anlaşma dikkate alınarak bu konuda hüküm kurulmasına yer olmadığına şeklinde karar verilmiştir. Davalı yanın temyizi üzerine yapılan incelemede taraflar arasında düzenlenen sulh anlaşmasının şarta bağlı olduğu görülmüştür. Sulh anlaşmasının şarta bağlı olarak yapılmış olması hâlinde, mahkemenin böyle bir sulh anlaşmasına dayanarak esas hakkında karar vermesi imkânsızdır. Çünkü şarta bağlı hüküm verilemez. Yanlar aralarında vaki sulh uyarınca hüküm kurulmasını talep etmişlerdir. Mahkemece tespit edilen hadiseye hukuk kaideleri tatbik edilerek HUMK’ nun 388 ve 389. maddeleri dikkate alınarak her türlü tereddüitten uzak uyuşmazlığın esasını çözen şekilde infazı kabil hüküm verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden bu konuda karar verilmesine yer olmadığına sözleri ile verilen karar bozulmalıdır.” 15. HD, 30.9.2003, 3511/4414 (KİB).

³⁰² Alman ve Avusturya Hukuklarında da istinafa ilişkin kurallar arasında açık bir hüküm bulunmamasına rağmen istinaf derecesinde davanın geri alınması mümkündür (Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, s. 961; Fasching, **Lehrbuch**, s. 908).

³⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 321; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 321-322; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 258-259. Dava temyizde geri alınır ve karşı taraf açıkça muvafakat ederse, Yargıtay kararı bozarak,, dosyayı geri alma talebi hakkında karar verilmesi için ilk

almak ister ve davalı buna açıkça muvafakat ederse, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir. Davanın geri alınması ile ilk derece mahkemesinin kararı hükümsüz hale gelir. İstinaf mahkemesinin bu kararı usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir³⁰⁴.

5.4.2. Davanın Konusuz Kalması Halinde Verilecek Karar

Taraf usûl işlemleri dışında, yargılamayı sona erdiren durumlardan biri de davanın konusuz kalmasıdır. Davanın konusuz kalması hâlinde davanın esası hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine ihtiyaç kalmaz. Örneğin, bir alacak davasında dava konusu alacak ödenirse, tahliye davasında dava konusu taşınmaz tahliye ve teslim edilirse, müdahalenin önlenmesi davasında davalının müdahalesi son bulursa, davalı ve davacı sıfatı birleşirse veya kişiye sıkı sıkıya bağlı ve mirasçılara geçmeyen bir hakka ilişkin davalarda taraflardan biri ölürse davaya devam edilmesinde hukukî yarar yoktur³⁰⁵.

Dava konusuz kaldığında nasıl karar verileceği Kanunda düzenlenmemiştir. Öğreti ve Yargıtay’a göre, davanın konusuz kaldığını tespit eden mahkeme, “dava konusuz kaldığından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar vermelidir³⁰⁶. Dava

derece mahkemesine göndermektedir. “... Mahkemece verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmişse de; davacı banka vekilinin dosyaya sunduğu 12.07.2004 havale tarihli dilekçe ile temyiz istemine konu davanın geri alındığı ve bu istemin davalılar vekilince de kabul edildiği anlaşılmakla, davacının bu isteminin ve davalıların bu yöndeki kabullerinin değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” 11. HD, 23.9.2004, 9614/8754 (KİB).

³⁰⁴ Fasching, **Lehrbuch**, s. 908.

³⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 475; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 540.

³⁰⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 475; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 541; İstinaf El Kitabı, s. 69. “... Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin yargılamaya devam etmesine gerek yoktur. Bu durumda mahkemenin bir tespit hükmü niteliğinde olarak esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir.” HGK, 25.1.2006, 2005/10-776, 2006/16; “... Kabule göre de, davanın konusuz kalması hâlinde davanın reddine değil ve fakat "dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulması gerekir.” 3. HD, 25.4.2006, 2465/4930; Aynı yönde HGK, 24.10.2001, 1-950/748; 21. HD, 10.3.2005, 1044/2254 (KİB).

kısmen konusuz kalmışsa, o kısım için karar verilmesine yer olmadığına karar verilmeli, diğer kısım için incelemeye devam edilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir³⁰⁷.

Davanın konusuz kalmasına neden olan olay istinafta gerçekleşirse, istinaf mahkemesi ilk derece kararının haklı veya haksız olduğunu tartışmadan, ilk derece kararını kaldırmalı ve esas hakkında karar verilmesine yer olmadığından davaya son vermelidir.

Davanın konusuz kalmasına neden olan olay, hükümden sonra fakat istinafa başvurulmadan önce gerçekleşirse, davacı taraf istinafa başvurduğu takdirde, istinaf mahkemesi aynı şekilde karar vermelidir. Örneğin, ilk derece mahkemesi alacak davasının reddine karar vermiş olmasına rağmen, davalı taraf hükümden sonra borcunu öderse, davacının istinafa başvurması durumunda istinaf mahkemesi ödeme vakıasını dikkate almalı ve davanın konusuz kalması durumuna göre karar vermelidir. Buna karşılık, ilk derece mahkemesi alacak davasını kabul eder ve davalı borçlu cebri icradan kurtulmak için hükümden sonra borcunu ödeyip istinafa başvurursa, davanın konusuz kaldığı söylenemez. Bu durumda istinaf mahkemesi ödemeyi davanın konusuz kalmasına neden olan bir vakıa olarak değerlendirmemeli, istinaf incelemesini tamamlayarak sonucuna göre karar vermelidir.

Feragat, kabul, sulh veya davanın geri alınması gibi taraf usûl işlemleriyle ya da davanın konusuz kalması sebebiyle istinaf yargılamasının sona ermesi durumunda, istinaf mahkemesi, vekalet ücreti ve harçlar gibi yargılama giderleri konusunda da ilk derece yargılamasında geçerli olan kuralları dikkate alarak karar vermelidir³⁰⁸. Buna göre, istinaf mahkemesi davanın konusuz kalmış olsa dahi yargılamaya devam etmeli, davanın açılması sırasında haksız olan tarafı tespit ederek yargılama giderlerini ona yüklemelidir.

³⁰⁷ İstinaf El Kitabı, s. 69. "... Mahkemece, delillerin toplanması aşamasına geçilmeden önce kabul edilen bu alacak kısmı açısından davanın konusu kalmadığına ve karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek gerekir iken, red kararı verilmesi doğru görülmediği gibi, ödenen bu kısım için ödeme tarihine kadar işlemiş faize hükmedilmemesi de doğru olmadığından kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." 11. HD, 2.12.2004, 726/11810 (KİB).

³⁰⁸ Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 549 vd. ile 763 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 532 vd.

5.5. İstinaf Mahkemesinin Geçici Hukukî Koruma Kararı Vermesi ve Geçici Hukukî Koruma Kararlarına Karşı İstinafa Başvurulması

Genellikle uyuşmazlığın aydınlatılması ve çözülmesi için kapsamlı ve ayrıntılı inceleme yapılması gerekir. Bu süreçte, yargılamanın makul olandan daha uzun sürmesi veya tarafların kötü niyetli tasarrufları, hükmün icrasını güçleştirebilir veya imkânsız kılabilir. Hukuk düzeni bu tür tehlikeleri önlemek amacıyla geçici hukukî koruma tedbirlerine müracaat imkânı tanımıştır.

Geçici hukukî koruma, davadan önce veya dava sırasında alınan önlemleri ifade etmek için kullanılan genel bir kavramdır. Geçici hukukî koruma kapsamında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ve özel kanunlarda yer alan çeşitli tedbirler yer alır. Bunlar genel olarak ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz gibi daha yaygın ve genel koruma tedbirleri olabileceği gibi, aile, iş, rekabet, kira veya basın hukuku gibi özel hukuk alanlarında alınması gereken özel tedbir türleri de olabilir.

Geçici hukukî koruma tedbirleri, ilk derece yargılamasındaki gibi, istinafın da tamamlayıcısı ve yardımcısıdır. İstinaf somut olayda doğru hüküm verilmesini ve böylece etkin hukukî korunmanın gerçekleştirilmesini amaçlar. Etkin hukukî korunmanın önemli bir yönü de hakların zamanında ve tam olarak gerçekleştirilmesidir. Geçici hukukî koruma etkin hukukî korumanın bu son basamağını güvence altına alan önemli bir araçtır.

Geçici hukukî koruma istinaf derecesinde iki şekilde gündeme gelebilir: Bunlardan biri, istinaf derecesinde geçici hukukî koruma talep edilmesi, diğeri geçici hukukî koruma talepleri hakkındaki ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinafa başvurulmasıdır.

5.5.1. İstinaf Mahkemesinin Geçici Hukukî Koruma Kararı Vermesi

Geçici hukukî koruma kararları genellikle ilk derece mahkemeleri tarafından verilir. Hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu ise, her bir tedbir bakımından ayrıca belirlenir. Örneğin, ihtiyatî tedbir, esas davadan bağımsız olarak dava açılmadan önce en az masrafla ve en çabuk ifa edilebileceği yer mahkemesinden alınabilmesine rağmen, dava açıldıktan sonra esas davaya bakan mahkemeden talep edilmelidir. (m. 104). İhtiyatî

hacizde ise, İcra ve İflas Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapması nedeniyle yetkiye ilişkin genel hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (İİK m. 258, I; İİK m. 50). Boşanma, babalık veya soy bağının reddi gibi aile hukukuna ilişkin davalarda, yetkili aile mahkemesinden talepte bulunulmalıdır.

Daha önceki kanun yolu sisteminde ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı sadece temyize başvurulabilmekteydi. Ancak temyiz incelemesi hukuka uygunluk denetimiyle sınırlandırıldığından Yargıtay ihtiyatî tedbir kararı veremiyordu³⁰⁹. İstinaf ise temyizden farklı olarak, kanun yolu mahkemesinin de geçici hukukî koruma kararı vermesine olanak sağlayacak yapıdadır. İstinafı düzenleyen hükümler geçici hukukî koruma kararı verilmesini engellemediği gibi, istinaf derecesinde yapılması açıkça yasaklanan işlemler arasında geçici hukukî koruma kararlarına yer verilmemiştir.

İlk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün istinafta da uygulanmasına olanak sağlayan 426/U maddesi, geçici hukukî koruma kararlarını kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Maddî ve hukukî sorunu bir arada inceleme, tahkikatı tamamlama ve uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verme yetkisine sahip olan istinaf mahkemesi, geçici hukukî koruma talepleri hakkında da karar verebilmelidir.

Geçici hukukî koruma tedbirleri, kural olarak dava açıldıktan sonra davanın esasına bakan mahkemeden talep edilir. Buna göre, davanın esasına inceleyen istinaf mahkemesi dahi, geçici hukukî koruma kararı verme yetkisine sahip olmalıdır. Dava derdest olduğundan, esas inceleyen istinaf mahkemesi dışında başka bir istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi geçici hukukî koruma kararı veremez. Aksi görüşün kabul edilmesi, geçici hukukî koruma yargılamasının hızlı olması ilkesine aykırıdır. Üst mahkemede davanın esası incelenirken ilk derece mahkemesinin geçici hukukî koruma tedbirine hükmetmesi, çelişkili kararlar verilmesine, mahkemeler arasında yetki sorunu yaşanmasına ve yargıya güvenin azalmasına neden olabilir³¹⁰.

³⁰⁹ Yılmaz, **Geçici Hukukî Himaye C. I**, s. 876.

³¹⁰ İlk derece mahkemesinde dava açılmadan önce veya dava sırasında verilen ihtiyatî tedbir kararı, esas hakkındaki hükmün taraflara tefhimi ile kendiliğinden kalkar (m. 112). Hükme karşı istinafa başvurulsa bile ihtiyatî tedbirin etkisi son bulur. Lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf bu olumsuzluktan

Geçici hukukî koruma tedbirleri, dava açılmadan önce veya dava sırasında ilk derece mahkemesinden; hükümden sonra fakat henüz istinafa başvurulmadan önce veya istinafa başvurulması durumunda ise yetkili istinaf mahkemesinden talep edilmelidir. İlk derece mahkemesi, nihaî kararını vererek davadan veya işten el çektiğinden, artık davanın esasına bakan mahkeme sıfatına sahip değildir. Hüküm verildikten sonraki inceleme üst mahkeme tarafından yürütüleceğine göre, geçici hukukî koruma talebi o mahkemeye yöneltilmelidir.

Geçici hukukî koruma tedbirini sadece davacı veya haklı olan taraf değil, davalı da talep edebilir. Zira kesin hüküm verilinceye kadar, hangi tarafın haklı olduğu belirsizdir³¹¹. Bu çerçevede, ilk derece yargılamasında aleyhine karar verilen taraf, istinaf başvurusunda veya istinaf incelemesi sırasında icranın geri bırakılmasını talep edebilir (m. 426/J, İİK m. 36). İstinaf mahkemesi talebi haklı bulursa, istinaf incelemesi sona erinceye kadar icranın geri bırakılmasına karar verebilir³¹². İstinaf mahkemesi incelemenin sonunda istinaf başvurusunu haklı bulursa, esas hakkındaki kararıyla birlikte, icranın geri bırakılması için yatırılan teminatın iade edilip edilmeyeceğine de karar verir (İİK m. 36, V). İstinaf mahkemesi başvurunun esastan reddine karar verirse, teminat olarak yatırılan para, talep üzerine, başka bir işleme gerek olmaksızın alacaklıya ödenir (İİK m. 36, VI).

Aksine düzenleme olmadıkça, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü istinafta da uygulanacağından (m. 426/U), geçici hukukî koruma yargılamasına ilişkin kurallar istinafta da geçerli olmalıdır. Ancak, istinafa ilişkin hükümlerden duruşmayı düzenleyen 426/P maddesi, geçici hukukî korumalara ilişkin yargılama usûlü bakımından karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Bu hükme göre, 426/M maddesinde belirtilen hâller dışında inceleme duruşmalı yapılır ve duruşma günü taraflara tebliğ edilir. Bu hüküm sebebiyle, geçici hukukî koruma yargılaması da mutlaka duruşmalı mı yapılmalıdır?

etkilenmek istemiyorsa, mahkemeden hükümle birlikte, ihtiyatî tedbirin belirli bir süre daha devamına karar vermesini talep etmelidir. Mahkeme, ihtiyatî tedbir kararının istinaf veya temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar devamına karar verebilir. Böylece istinaf derecesinde yeniden ihtiyatî tedbir talep etmeye ve teminat yatırmaya ihtiyaç kalmaz.

³¹¹ Yılmaz, **Geçici Hukukî Himaye C. I**, s. 36.

³¹² Ancak nafaka hükümlerine ilişkin ilâmların icrasında, istinaf mahkemesi icranın geri bırakılmasına karar veremez (HUMK m. 426/J, I, İİK m. 36, IV)

Kanımızca, geçici hukukî koruma talebi istinaf derecesinde gündeme gelmiş olsa dahi, istinaf hükümleri değil, söz konusu geçici hukukî koruma tedbirine ilişkin özel hükümler uygulanmalıdır. Buna göre, istinaftaki inceleme basit ve mümkün olduğunca hızlı yapılmalı, istinaf mahkemesi gerektiğinde karşı tarafa tebligat yapmadan dosya üzerinden karar verebilmelidir. Geçici hukukî koruma yargılamasında kural olarak tam ispat aranmamalı, yaklaşık ispat yeterli olmalıdır³¹³.

Geçici hukukî koruma tedbirleri, doğrudan istinaf mahkemesine yönelik bir taleple gündeme gelebileceği gibi, ilk derece mahkemesinin geçici hukukî koruma kararlarına karşı istinafa başvurulması durumunda istinaf denetiminin konusu da olabilir.

5.5.2. Geçici Hukukî Koruma Kararlarına Karşı İstinafa Başvurulması Halinde İstinaf Mahkemesince Verilecek Kararlar

İlk derece mahkemelerince verilen geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda genel ve yeknesak bir düzenleme yoktur³¹⁴. Bu sebeple konuyu her bir geçici hukukî koruma türü bakımından ayrıca incelemeye çalışacağız.

Geçici hukukî korumanın en yaygın örneklerinden biri ihtiyatî hacizdir. İlk derece mahkemesinin ihtiyatî haciz kararlarına karşı, belirli şartlarla kanun yoluna başvurulabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 265'inci maddesine göre, borçlu veya menfaati ihlâl edilen üçüncü kişiler kendisi dinlenmeden verilen ihtiyatî haciz kararlarına karşı aynı mahkemede itiraz edebilir. Aynı maddenin 5311 sayılı Kanun ile değişik beşinci fıkrasına göre, itiraz

³¹³ Geçici hukukî korumaların temel özellikleri hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 663 vd; Yılmaz, **Geçici Hukukî Himaye C. I**, s. 32 vd; Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), s. 29 vd.

³¹⁴ Bununla beraber, HMKT'nın 345'inci maddesinde, ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinafa başvurulabileceği kabul edilmiştir. Tasarının yasalaşması durumunda bu kararların istinafa tâbi olup olmadığı konusunda tereddüt kalmayacaktır.

üzerine verilen mahkeme kararı istinafa tâbidir. İstinaf mahkemesinin kararı kesindir ve bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz³¹⁵.

Kural olarak borçlu veya üçüncü kişi, yokluğunda verilen ihtiyatî haciz kararına öncelikle itiraz etmeli, itirazı reddedilirse ret kararına karşı istinafa başvurulmalıdır. İlk derece mahkemesi, ihtiyatî hacze borçluyu dinledikten sonra karar verirse, istinafa başvurmak için yine de itiraz yoluna başvurulmalı mıdır? Bu soruyu gündeme getiren görüşe göre, itiraz etmeye gerek kalmaksızın, mahkemenin ihtiyatî haciz kararına karşı doğrudan istinafa başvurulabilir. Duruşma katılan ve huzurunda ihtiyatî haciz kararı verilen borçlunun itiraz yoluna başvurma imkânının olmaması, istinafa başvuru hakkından da mahrum olduğu anlamına gelmemelidir; aksini düşünmek eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder³¹⁶.

Kanımızca, borçlunun huzurunda verilen ihtiyatî haciz kararlarına karşı doğrudan istinafa başvurulabilir. İhtiyatî haciz kararına itiraz, daha ziyade borçlunun yokluğunda karar verilmesinden ve geç de olsa hukukî dinlenilme hakkının tanınması zorunluluğundan kaynaklanır. Borçlu itiraz ederek, ihtiyatî haciz kararından önce tanınmayan hukukî dinlenilme hakkını kullanır³¹⁷. Oysa borçlunun huzurunda yapılan ihtiyatî haciz yargılamasında, borçlu hemen savunma yapabilir ve itirazlarını duruşmada ileri sürebilir; ayrıca itiraz hakkı tanınmasına gerek yoktur³¹⁸.

³¹⁵ İhtiyatî haciz kararına karşı başvurulabilecek hukukî çareyi düzenleyen 265'inci maddenin 4949 s.K.'la değiştirilmeden önceki hâlinde, ihtiyatî haciz kararına karşı sadece itiraz edilebiliyordu. 4949 s.K.'la yapılan değişiklik üzerine itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyize başvuru imkânı getirildi. Böylece, ihtiyatî haciz konusunda mahkemeler arasındaki farklı uygulamaları içtihatlarla önleme ve içtihat birliğini sağlamak amaçlanmıştır. Ancak kanun yolu sistemine 5236 s.K.'la istinaf eklenince, İcra ve İflâs Kanunu'nda 5311 s.K. ile tekrar değişiklik yapılarak ihtiyatî hacze itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinafa başvuru imkânı getirilerek, temyize başvuru hakkı tekrar kaldırılmıştır. Sonuç olarak itiraz hakkında verilen mahkeme kararlarına karşı sadece istinaf yoluna başvurulabilir.

³¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, **İcra ve İflâs**, s. 356; İstinaf El Kitabı, s. 7.

³¹⁷ Özekes, **İhtiyatî Haciz**, s. 313.

³¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, **İcra ve İflâs**, s. 356.

İhtiyatî haciz talebinin reddedilmesi durumunda ise aynı mahkemede itiraz etme zorunluluğu olmaksızın, doğrudan istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf mahkemesinin kararı kesindir, temyiz edilemez³¹⁹.

Geçici hukukî korumanın en yaygın türü olan ihtiyatî tedbirler ve delil tespiti kararlarına karşı, kanun yoluna başvuru imkânı tanınmamıştır. İhtiyatî tedbir kararlarına ve delil tespitine karşı, sadece aynı mahkemede itiraz edilebilir (m. 107 ve 108; m. 373). İtiraz hakkındaki incelemeyi aynı mahkeme yapacağından, itirazı teknik anlamda kanun yolu olarak nitelendirmek mümkün değildir. İtiraz teknik anlamda bir hukukî çaredir³²⁰.

Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe ve uygulamaya göre, ilk derece mahkemesince verilen ihtiyatî tedbir veya delil tespiti kararlarına karşı, şu andaki hukukî düzenleme çerçevesinde istinafa başvurulamaz. Bununla beraber, kanun yolu sistemine istinafın dahil edilmesinden sonra, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür³²¹.

Bir görüşe göre, genel olarak geçici hukukî koruma kararları, özelde ise ihtiyatî tedbir kararları geçici nitelikte nihaî kararlardır³²². Geçici nitelikte nihaî karar, geçici

³¹⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nda 4949 s.K. ile değişiklik yapılmadan önce ihtiyatî haciz talebinin reddi kararlarına karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamıyordu. 4949 s.K. ile 258'inci maddeye üçüncü fıkra eklenerek kanun yoluna başvuru imkânı getirilmiştir. Burada açıkça hangi kanun yoluna başvurulacağı düzenlenmemiş olmasına rağmen o tarihte olağan kanun yolu olarak sadece temyiz mevcut olduğundan, ret kararının temyiz edilebileceği kabul ediliyordu. Bu değişiklikle, ihtiyatî haciz talepleri konusunda mahkemelerin farklı (çelişik) kararlar vermelerinin önüne geçmek amaçlanmıştı. Son olarak istinaf düzenlemeleri kapsamında İcra ve İflâs Kanunu'nun 258'inci maddesi 5311 s.K. ile değiştirilerek istinafa başvuru imkânı getirilmiş ve temyiz yolu kapatılmıştır.

³²⁰ Muhammet Özekes ve Evrim Erişir, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", **MİHDER**, C. 2, S. 5: 1235-1274 (2006), s. 1261.

³²¹ Geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı tanınmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu benimseyen görüş için bkz. Yıldırım, **İstinaf**, s. 4; Özekes, **İhtiyatî Haciz**, s. 312. Çağdaş hukuk sistemlerinde geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmektedir. Örneğin, Fransa'da ihtiyatî tedbir kararlarına karşı 15 gün içinde istinafa başvurulabilmektedir. Bkz. Vincent Vigneau, "**Fransız Yargı Sistemi Yapılanmasında İstinaf Mahkemeleri**", Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 66. Alman Hukukunda ise, geçici hukukî koruma kararının türüne göre, itiraz veya istinaf yoluna başvurulmaktadır. Bkz. Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 586 vd.

³²² Bu ayrımı benimseyen Özekes'e göre, kararlar nihaî karar ve ara karar şeklinde ikiye ayrılmakta, nihaî kararlar ise gerçek ve geçici nitelikte nihaî kararlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bkz. Özekes, **İhtiyatî**

hukukî koruma yargılaması sonunda verilen, asıl uyuşmazlığı çözmeye yönelik olmayan ve sadece konusunu oluşturan taleple sınırlı olarak sonuç doğuran geçici nitelikteki kararlardır³²³. Buna göre, ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verilen kararlar nihaî karar olarak nitelendirilirse, bu kararlara karşı kanun yoluna başvurunun önü açılabilir. Geçici hukukî korumanın türlerinden ihtiyatî hacze karşı kanun yoluna (istinafa) başvuru imkânı tanınmış olmasına rağmen, ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verilen kararları kanun yolu denetiminin dışında tutmak hukukî tutarlılığı zedelemektedir. Sadece para alacaklarının tahsilini teminat altına almaya yönelik ihtiyatî hacizle karşılaştırıldığında, daha geniş uygulama alanı olan ihtiyatî tedbirler bakımından sınırlandırıcı bir yorum yapılmamalıdır³²⁴. Özekes'e göre, açık bir kanunî engel bulunmadığından, bugün dahi ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmelidir³²⁵.

Yukarıdaki görüşe katılarak eklemeliyiz ki, ihtiyatî haczi kanun yolu denetimine tâbi tutan yasal düzenleme, uygulamadaki içtihat farklılıklarını önlemek ve hak arayanlar açısından eşitliği bozucu uygulamaların önüne geçerek hukukun yeknesak uygulanmasını sağlamak gibi gerekçelere dayanmaktadır. Kanımızca aynı ihtiyaçlar, ihtiyatî tedbirler ve diğer geçici hukukî korumalar bakımından da kanun yolu denetiminin varlığını zorunlu kılmaktadır³²⁶.

Haciz, s. 232 vd.; Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 665; Özekes/Erişir, “**Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması**”, s. 1263.

³²³ Özekes/Erişir, “**Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması**”, s. 1261; Özekes, “**Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, s. 664.

³²⁴ İflâsın ertelenmesi kararının hukukî niteliği konusunda öğreti ve Yargıtay kararlarında beliren görüşler de bu yaklaşımı haklı göstermektedir. *Atalay ve Özekes* iflâsın ertelenmesini geçici hukukî koruma olarak nitelendirmektedir. Bkz. Muhammet Özekes, “İflâsın Ertelenmesi”, **LHD**, Y. 3, S. 33: 3249-3283 (2005), s. 3256; Oğuz Atalay, **Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi** (İzmir: Güncel Yayınevi, 2006), s. 59 vd.; Ayrıca Yargıtay da bir kararında iflâsın ertelenmesini geçici hukukî koruma tedbiri olarak nitelendirmiştir. “... Esasen iflâsın ertelenmesi Şirketler Hukuku'na özgü geçici bir koruma olduğuna göre bozmadan sonra bu yönde oluşturulan kararın hukuken bağlayıcılığı yoktur. ...” 12. HD, 1.5.2007, 6380/8725 (KİB).

³²⁵ Özel bir geçici hukukî koruma olan iflâsın ertelenmesi kararına karşı kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğine göre (Kaşı Görüş için bkz. Hakan Pekcanitez, “İflâsın Ertelenmesi”, **İBD**, C. 79, S. 2: 323-358 (2005), s. 356), ihtiyatî tedbirler için de aynı yolun açılması gerektiği konusunda bkz. Özekes/Erişir, “**Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması**”, s. 1263.

³²⁶ Nitekim, HMKT'nın istinafa tâbi kararları düzenleyen 345'inci maddesinin Hükümet Gerekçesine göre, “Özellikle uygulamada geçici hukukî korumaların gittikçe önem kazanması, ilk derece mahkemelerince bu konularda verilen farklı kararların önüne geçilmesi, gerek maddî, gerekse hukukî yanlışlıkların

Geçici hukukî koruma kararlarına karşı istinafa başvurulması kural olarak geçici hukukî koruma kararının icrasını durdurmayacaktır. İstinaf mahkemesi geçici hukukî koruma kararlarına yönelik istinaf taleplerini öncelikli işler arasında inceleyerek kısa sürede karar vermelidir.

İstinaf mahkemesinin nasıl ve ne tür bir karar vermesi gerektiğini somut bir örnek üzerinden şu şekilde açıklayabiliriz³²⁷: İlk derece mahkemesi duruşma yapmadan ihtiyatî haciz kararı verirse, borçlu öncelikle aynı mahkemede bu karara itiraz etmeli; mahkeme itirazı reddederse (İİK m. 265, II), itirazın reddi kararına karşı istinafa başvurulmalıdır. İstinaf mahkemesi başvuruyu haklı bulmazsa istinaf isteminin reddine karar vermeli; başvurunun haklı olduğu kanaatinde ise, duruma göre sadece ilk derece kararının kaldırılmasına veya ilk derece kararının değiştirilmesine karar vermelidir. Örneğin, alacak miktarından daha fazla değerde mala haciz konulduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, haczin alacak miktarınca yeniden düzenlenmesine karar verilebilir ya da ihtiyatî haczin koşullarının oluşmadığı kanaatindeyse ihtiyatî haciz kararını ve dolayısıyla haczi kaldırabilir.

İlk derece mahkemesi ihtiyatî haciz itirazını kabul ederse, ihtiyatî haczin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verir (İİK m. 265, IV). Bu kez alacaklı, ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinafa başvurabilir. İstinaf mahkemesi alacaklının başvurusunu haklı bulmazsa istinaf isteminin reddine karar vermeli, başvurunun haklı olduğu kanaatinde ise ilk derece kararının kaldırılmasına ve borçlunun mallarının üzerine ihtiyatî haciz konulmasına karar vermelidir. Kanımızca, istinaf mahkemesi ilk derece kararını kaldırmakla yetinmeyip kendisi ihtiyatî haciz kararı verebilmelidir. İstinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermesi, geçici hukukî korumanın çabukluk ilkesiyle bağdaşmamaktadır³²⁸.

düzeltilmesi amacıyla böyle bir hükme yer verilmiştir. Bu yapılırken tüm geçici hukukî koruma kararları değil, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti bakımından istinaf denetimi kabul edilmiş, bunların dışında kalan defter tutulması mühürleme işlemi yapılması gibi diğer geçici hukukî korumalar için bu imkân tanınmamıştır”.

³²⁷ Ayrıca bkz. İstinaf El Kitabı, s. 71.

³²⁸ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 590-591.

İlk derece mahkemesi ihtiyatî haciz talebini reddederse, alacaklı doğrudan istinafa başvurabilir. Bu durumda, başvuruyu haklı bulan istinaf mahkemesi, ilk derece kararını kaldırarak borçlunun mallarının ihtiyaten haczedilmesine karar vermelidir. Mahkeme, alacaklının başvurusunu haklı bulmazsa istinaf istemini reddetmelidir.

İhtiyatî haciz bakımından yaptığımız açıklamalar niteliğine uygun olduğu ölçüde diğer geçici hukukî koruma kararları ve özellikle ihtiyatî tedbirler için de geçerlidir. Sonuç olarak, istinaf mahkemesi, geçici hukukî koruma kararı verilmesi veya mevcut geçici koruma kararının değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyse, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden kendisi karar vermeli, diğer durumlarda geçici hukukî koruma kararını kaldırmakla yetinmelidir.

5.6. Şekli Bakımdan İstinaf Mahkemesi Kararı

5.6.1. Kararın Oluşturulması ve Tefhimi

İstinaf mahkemesinin hangi kurallara göre ve ne şekilde karar vereceği Kanunda açıkça düzenlenmemiş; sadece 426/T maddesinde kararın içermesi gereken unsurlar belirtilmiştir. 5235 sayılı Teşkilat Kanununda ise nasıl karar verileceğine ilişkin sınırlı usûl hükümleri bulunmaktadır. Kanımızca kararın oluşturulması ve biçimsel özellikleri konusunda ilk derece yargılamasında geçerli olan kurallar, niteliğine aykırı düşmedikçe istinafta da uygulanmalıdır³²⁹. İstinaf mahkemesi üç hâkimden oluşan toplu mahkeme olarak yapılandırıldığından (5235 s.K. m. 29, II; m. 46, I, c. 1) kararın oluşturulması ve tefhimi konusunda toplu mahkemelere ilişkin usûl kuralları uygulanmalıdır. Buna göre, karar aşamasına gelen istinaf mahkemesi, hazır olan tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim etmelidir (m. 426/U; m. 381, I).

³²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 582; Konuralp, **Usûl**, s. 186; İstinaf El Kitabı, s. 61.

Bir başkan ve iki üyeden oluşan mahkeme heyeti, nasıl karar vereceğini öncelikle gizli olarak müzakere etmeli ve müzakere tamamlandıktan sonra, asgari oy çokluğu ile karar vermelidir. Mahkeme kararını alenî duruşmada tefhim etmelidir (m. 382).

İstinaf mahkemesi mutlaka bir başkan ve iki üyenin katılımıyla toplanmalıdır. Hukukî veya fiilî nedenlerle istinaf dairesi toplanamazsa başkanlar kurulunun kararıyla diğer dairelerden görevlendirilen üyelerle eksik tamamlanmalıdır (5235 s.K. m. 39 ve 46; İlk derece yargılamasındaki paralel düzenlemeler için bkz. m. 382, 384 ve 386).

Hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf derecesinde, heyetin oluşumuna önem verilmesi ve Kanunda ayrıca düzenleme yapılmasının nedeni, istinaf mahkemelerinin toplu mahkeme olarak yapılandırılmış olmasıdır. Toplu mahkemeleri tek hâkimli mahkemelere göre avantajlı kılan özellik, dava malzemesinin farklı bakış açılarıyla tartışılmasını sağlayarak, yargılama hatası veya yanlış karar olasılığını en aza indirmesidir³³⁰.

Kararın müzakeresine ve oylamaya hangi üyelerin katılacağı, ne istinaf hükümleriyle ne de Teşkilat Kanunu'yla düzenlendiğinden, ilk derece toplu mahkemelere ilişkin kurallara tâbi olmalıdır³³¹. Buna göre, müzakere ve oylamaya ancak sözlü yargılamada hazır bulunan üyeler katılabilirler (m. 383; Ayrıca bkz. HMK m. 299, II). Duruşma yapılmasına gerek olmayan hâllerde (m. 426/M) sözlü yargılama aşaması bulunmadığından, hukuk dairesinin yeterli üye sayısı ile toplanması ve oy çokluğu ile karar vermesi yeterlidir³³².

³³⁰ İstinaf El Kitabı, s. 62.

³³¹ İstinaf bir kanun yolu olduğuna göre neden temyize ve Yargıtay'ın çalışma usûllerine ilişkin kuralların uygulanmadığı sorusu gündeme gelebilir. Kanımızca yargılamanın yürütülmesi ve karar verilmesi bakımından ilk derece yargılamasındaki kuralların uygulanması daha doğrudur. Her şeyden önce bu tercihi zorunlu kılan yasal bir düzenleme vardır. Çerçeve hüküm niteliğindeki 426/U maddesine göre, istinaf hükümleri arasında aksine hüküm bulunmadığı sürece ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü istinaf mahkemesinde de uygulanmalıdır. Kanımızca istinaf yargılaması konusunda önce istinafa ilişkin hükümler uygulanmalı, burada hüküm bulunmazsa ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne ilişkin kurallara bakılmalı, burada da hüküm yoksa temyize ilişkin usûl kuralları dikkate alınmalıdır. Kıyasen uygulanacak kurallar istinaf yargılamasının niteliğine aykırı olmamalıdır.

³³² Bu konuda ilk derece yargılamasına ilişkin kurallar arasında hüküm bulunmamaktadır. Dosya üzerinden karar verilen durumlarda (m. 426/M) Yargıtay dairelerinin ve kurullarının karar verme usûlü örnek alınabilir. Yargıtay dairelerinin çalışma usûllerini düzenleyen hükümlerde kararın oylamasına başkan ve

Müzakere daire başkanı tarafından idare edilir. Başkan karara yazılacak konuları tespit eder ve bu hususlar hakkında üyeler serbestçe tartışırlar. Tartışma neticesinde konu aydınlığa kavuşunca başkan en kıdemsiz üyeden başlayarak oyları toplar ve en son kendi oyunu belirtir (m. 385; Ayrıca bkz. YİY m. 21; HMKT m. 300).

İstinaf mahkemesi oy çokluğu ile karar verir. Üyelerden biri muhalif kalırsa, o üyenin azınlık görüşünü kararda belirtip belirtmeyeceği ve gerekçe yazıp yazmayacağı konusunda istinaf hükümleri arasında, 5235 sayılı Adlî Mahkemeler Kanunu'nda ve ilk derece mahkemesindeki yargılamaya ilişkin usûl kuralları arasında düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Yargıtay Kanunu'nun 40'ıncı ve Danıştay Kanunu'nun 51'inci maddesinde, Yargıtay veya Danıştay daireleri ile genel kurulları oy çokluğu ile karar verdiğinde, karşı oy yazısının kararın aslında ve örneklerinde gösterilmesi emredilmiştir.

Kararın çoğunluk ve azınlığın birlikte müzakeresiyle oluştuğu düşüncesinden hareket eden bir görüş, azınlık görüşünün de kararda belirtilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Azınlık görüşün dosyanın daha iyi incelenmesini sağlayacağı, hukukun gelişimine katkıda bulunacağı, kararın gerekçesinin daha sağlam oluşturulmasını teşvik edeceği ileri sürülmüştür³³³. Bir başka görüş ise, yargıya güveni olumsuz etkileyeceği, müzakerelerin gizliliği ve hâkim güvencesi ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle azınlık görüşlerine kararda yer verilmesinin uygun olmayacağını ileri sürmüştür³³⁴.

dört üyenin katılacağı belirtilmektedir (YK m. 40). Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının çalışma usûllerini düzenleyen hükümde ise, bir işin duruşmasında bulunmuş olan başkan ve üyelerin çoğunluğunun haklı nedenler dışında o işin görüşüldüğü kurullarda yer almasının zorunlu olduğu belirtilmiştir (YK m. 41, III; YİY m. 7). Ancak, duruşma yapılmayan durumlar için bir açıklama yapılmamıştır. Sonuç olarak dosya üzerinden inceleme yapılan ve karar verilebilen durumlarda ilgili Yargıtay dairesinin sadece gerekli üye sayısı ile toplanması ve oy çokluğu ile karar vermesi yeterlidir. Kanımızca aynı durum istinaf dairelerinin dosya üzerinden karar verebileceği hâllerde de geçerlidir.

³³³ Yaşar Karayalçın, “**Yargı Kararlarında Gerekçe**”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, (8-9 Mayıs 1992), Tartışmalar, s. 72; Özekes, “**Gerekçe**”, s. 94.

³³⁴ Seyfullah Edis, “**Yüksek Yargı Kararlarında Ayrık veya Kişisel Görüşlerin Yer Alması Hakkında Düşünceler**”, Yargıtay'ın 128'inci Ankara Üniversitesi'nin 50'nci Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 70'inci Kuruluş Yılı Dönümü Ortak Bilimsel Toplantı, (23-24 Mayıs 1996), Ankara: 1996, s. 137 vd.

Pozitif hukuk bakımından, istinaf mahkemesinde çoğunluğun kararına muhalif kalan üye, karşı oyunu yazamayacaktır. Zira, bu yönde ne 5235 sayılı Kanun'da ne de ilk derece yargılama usûlüne ilişkin hükümlerde açık hüküm vardır. Bununla beraber, olması gereken hukuk bakımından, istinafın kanun yolu ve denetim yargılaması niteliğinin dikkate alınması ve azınlıkta kalan üyenin, istinaf mahkemesi kararında, karşı oy gerekçesini açıklamasının daha doğru olacağı kanısındayız³³⁵.

Kararın tefhimi en az 426/T maddesinde belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunmasıyla gerçekleşir. Mahkeme zorunlu nedenlerle gerekçeli karar veremiyorsa, sadece hüküm sonucunu tefhim etmeli, tefhimden başlayarak on beş gün içinde kararın gerekçesini yazmalıdır³³⁶.

İstinaf mahkemesi incelemesini duruşmalı yapmışsa kararını alenî duruşmada tefhim etmelidir. Duruşma yapılmasını gerek olmayan durumlarda (m. 426/M) ise kararın taraflara tebliğ edilmesi yeterlidir.

5.6.2. Kararın Şekli

Kararın oluşturulması kadar, şekli de önemlidir. İstinaf mahkemeleri ile diğer derece mahkemeleri arasındaki işlevsel farklılık kararlara da yansımaktadır. İlk derece mahkemesi kural olarak tarafların talepleri hakkında karar veren ilk yargı organıdır. İlk derece mahkemesinin kararı, doğrudan tarafların davadaki taleplerine yöneliktir. Bu karar bazen yargılama usûlüyle ilgili usûli bir ara karar veya nihaî karar olabileceği gibi, davanın esası hakkında verilen nihaî karar da olabilir. Özellikle davanın esası hakkında verilen karar, maddî hukuka ilişkin hakları tespit ederek bunların korunmasına, kullanılmasına ve icrasına olanak sağlar. İlk derece mahkemesinin kararı, tarafların yargısal irade açıklaması ile muhatap oldukları ilk aşamadır.

³³⁵ Nitekim idarî yargılama usûlünde, bölge idare mahkemesi kararlarında, muhalif üyenin karşı oy yazısına da yer verilmektedir (İYUK m. 24/b. h).

³³⁶ Gerekçenin önemi ve nasıl yazılması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, “**Gerekçe**”, s. 76. vd. Yargı kararlarındaki gerekçelendirme sorunlarının analizi için bkz. Ertuğrul Uzun, “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zaafiyeti”, **MİHDER**, C. 3, S. 7: 359-376 (2007), s. 359 vd.

Temyiz alt derece mahkemesi kararlarının hukuka uygunluk açısından denetlenmesini sağlayan bir kanun yoludur. Yargıtay, temyiz talebini haklı bulursa, kural olarak kararı bozarak dosyayı alt derece mahkemesine (ilk derece veya istinaf mahkemesi olabilir) göndermektedir. Yeniden yargılamaya ihtiyaç olmayan istisnâ hâllerde ise, Yargıtay dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden düzelterek onama kararı vermektedir. Temyiz sebeplerini haklı bulmaması halinde ise, başvurunun reddine karar verilerek alt derece mahkemesinin kararı onanmaktadır. Temyizde verilen kararların ortak özelliği, doğrudan davanın esasını çözmeye matuf hüküm içermemeleridir.

İstinaf mahkemesi ise hem kanun yolu hem de tali bir vakıa mahkemesi mahkemesi olarak inceleme yapar. İstinaf mahkemesinin iki yükümlülüğünden bahsetmiştik: Bunlardan ilki ilk derece yargılamasını ve kararını denetleyerek hataları tespit etmek; ikincisi tespit edilen hatayı davanın esası hakkında vereceği kararla düzeltmektir. İstinaf mahkemesi, bu yükümlülüklerden özellikle ikincisini yerine getirirken, ilk derece yargılaması ve temyizde alışık olduğumuz karar şekillerinin dışına çıkmaktadır.

İstinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararlarının nasıl formüle edileceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kararın hangi şekilde yazılacağına işaret eden hükümler bulunmaktadır. Örneğin, duruşmasız karar verilen hâlleri düzenleyen 426/M maddesinde hem usûle ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin hem de diğer maddî veya usûlî istinaf sebeplerinin haklı bulunması durumunda ilk derece kararının “kaldırılmasına” karar verileceği belirtilmiştir. Kaldırma kararıyla birlikte duruma göre, mutlak istinaf sebeplerinden biri varsa “gönderme kararı” verileceği, esasa ilişkin istinaf sebeplerinde ise “esas hakkında” karar verileceği belirtilmiştir. Bu karar biçimleri tahkikatın duruşma yapılarak tamamlandığı hâllerde de geçerlidir (m. 426/P).

İstinaf mahkemesinin davanın esası hakkındaki kararları, biçimsel özellikleri bakımından, Yargıtay’ın işe iade davalarındaki veya bölge idare mahkemesinin idare mahkemesi kararlarına itiraz edilmesi üzerine verdiği kararlara benzemektedir. İş Kanunu’nun 20’nci maddesine göre, iş mahkemesinin işe iade davası hakkındaki kararı temyiz edilirse, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verme imkânına sahiptir. Temyiz sebeplerini haklı bulan Yargıtay, ilk derece kararını bozarak ortadan kaldırmakta ve ilk

derece mahkemesi gibi davanın esası hakkında karar vermektedir³³⁷. Benzer şekilde İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45'inci maddesine göre, bölge idare mahkemesi, itiraz üzerine önüne gelen dava hakkında, gerekli tahkikatı yaparak esastan karar verebilmektedir (İYUK m. 45, 4)³³⁸. İşe iade davalarının temyiz incelemesinden veya idarî yargıdaki itiraz yolundan aşına olduğumuz bu tür kararlar, istinaf mahkemelerinin aslî karar biçimi olacaktır.

Usûle ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin tespiti hâlinde istinaf mahkemesinin karar formülü kanımızca şu şekilde olmalıdır: "...Yukarıda açıklanan nedenlerle... Mahkemesinin hatalı bulunan (usûl ve yasaya aykırı olan) ...gün... sayılı kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın... ilk derece mahkemesine (ya da yetkili veya görevli mahkemeye) gönderilmesine... oy çokluğu (birliği) ile karar verildi"

³³⁷ İşe iade davalarına ilişkin temyiz incelemesinde, Yargıtay'ın adeta istinaf mahkemesi gibi çalıştığı, ancak özellikle dosyanın eksik kaldığı durumlarda Yargıtay'ca vakıa ve delil incelemesi yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle bu uygulamanın doğru olmadığı yönünde bkz. Ejder Yılmaz, "İşe İade Davalarında Yargılama Usulüyle İlgili Özellikler", **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 4: 20-31 (2004), s. 28 vd.; Özekes, "İşe İade Davaları", s. 161; "... Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve dairemizce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3 maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda gösterilen nedenlerle,

1.Mahkemenin 4.12.2003 gün ve 2003/688 Esas 2003/850 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2.İşverence yapılan **feshin geçersizliğine ve DAVACININ İŞE İADESİNE**,

3.Davacının yasal sürede başvurmasına rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine,

4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde başvurusu hâlinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleştiği tarihe kadar gerçekleşen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline... oybirliği ile karar verildi" 9. HD, 19.1.2004, 2003/22856, 2004/330 (KİB); Ayrıca bkz. İstinaf El Kitabı, s. 60.

³³⁸ Zehra Odyakmaz, **Türk İdari Yargılama Usûlünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları** (İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1993), s. 39-67. "... Açıklanan nedenlerle davalı idare itirazının kabulüne, itiraza konu 31.11.2006 gün ve E:2006/1385, K:2006/2809 sayılı Eskişehir 1. İdare Mahkemesi **kararının BOZULMASINA, davanın reddine**, dava safhasında yapılan 43,40 YTL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına ... tarihinde oyçokluğu ile karar verildi." Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi, 18.7.2007 T., 2007/181 E., 2007/249 K.; "... Açıklanan nedenlerle, davacı itirazının kabulüne ve Eskişehir 1. Vergi Mahkemesi Hâkimliğinin 11.04.2007 tarih ve E:2006/788, K:2007/182 sayılı kararının **BOZULMASINA, davanın kabulüne ve dava konusu ödeme emirlerinin iptaline**, aşağıda dökümü yapılan toplam 55,80 YTL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, posta gideri avansından artan miktarın isteği hâlinde davacıya iadesine 4.7.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi." Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi, 4.7.2007 T., 2007/272 E., 2007/233 K.

Esasa ilişkin istinaf sebeplerinin haklı bulunması durumunda, istinaf mahkemesi çeşitli ihtimallere göre farklı şekillerde karar vermelidir. Burada özellikle taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri ile talep sonuçları belirleyici rol oynar. İstinaf mahkemesi, ilk derece kararını kaldırarak mahkemenin hükmünü değiştirecekse, değiştirilen hükmün hangi mahkeme tarafından, ne zaman ve hangi esas numarasıyla verildiğini açıkça belirtmelidir. Özellikle birleştirilen davalar hakkında karar veriliyorsa hükümlerin ayırt edilebilmesi bakımından bu unsurların belirtilmesi önemlidir.

İlk derece mahkemesi davanın esası hakkında kabul kararı vermiş ve davalı istinaf dilekçesinde davanın reddini talep etmişse, başvuruyu haklı bulan istinaf mahkemesi *“Yukarıda açıklanan nedenlerle... Mahkemesinin hatalı bulunan (usûl ve yasaya aykırı) ... gün ... sayılı kararının **kaldırılmasına, davanın reddine**... davacının yaptığı toplam yargılama giderinin davacıya bırakılmasına”* şeklinde karar vermelidir.

İlk derece mahkemesi davanın esastan reddine karar vermiş ve davacı istinaf dilekçesinde ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne karar verilmesini talep etmişse, başvuruyu haklı bulan istinaf mahkemesi şu şekilde karar vermelidir: *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ... Mahkemesinin hatalı bulunan (usûl ve yasaya aykırı) ... gün ... sayılı kararının **kaldırılmasına, davanın kabulüne, davalının ... ödemesine, (yapmasına, yapmamasına), davacının yaptığı toplam yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine oy çokluğu (oy birliği) ile karar verildi.”***

İstinaf mahkemesi başvuruyu kısmen haklı bulursa, bir yandan istinaf başvurusunun kısmen reddine karar vermeli, diğer yandan ilk derece kararını kaldırarak yeniden hüküm kurmalıdır. *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ... Mahkemesinin hatalı bulunan (usûl ve yasaya aykırı) ... gün ... sayılı kararının ... kısımlarının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne, davalının ... ödemesine (yapmasına, yapmamasına), diğer hususlarda istinaf başvurusunun reddine karar verildi”.*

Özellikle kısmî ret ve kabul kararı verilmesi gereken durumlarda, hükmün kesinleşmesi ve icrası bakımından tereddütler yaşanmaması için hangi hüküm kısımlarının

kaldırıldığı ve değiştirildiği hüküm sonucunda açıkça gösterilmelidir³³⁹. Hangi hüküm kısımlarının değiştirildiğinin istinaf mahkemesi kararından anlaşılması oldukça önemlidir. Zira, bugüne kadar alıştığımız uygulamadan farklı olarak, aynı anda hem ilk derece kararının bir kısmı hem de istinaf mahkemesi kararı birlikte icra edilecektir. İlâmlı icra takiplerinin ilâma uygun hazırlanabilmesi, kararın açık olmasına bağlıdır. Nitekim Kanunun 426/T maddesine göre, istem sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç veya tanınan hakların, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gereklidir. Hangi hüküm kısımlarının değiştirildiği, kararın gerekçesi ve hüküm sonucuna göre belirlenmelidir. Hangi hususlarda yeni hüküm verildiği anlaşılmıyorsa veya hükmün kendisi yeterince açık değilse, hükmün icrası aşamasında sorun yaşanmaması için, istinaf mahkemesinden kararın tavzihi istenebilir (m. 455-459)³⁴⁰. İstinaf mahkemesi, hükmün açıklanması gerektiği sonucuna varırsa, belirsizlikleri ve çelişkileri giderir (m. 458, I).

İlk derece kararının kısmen veya tamamen değiştirilmesi, değiştirilen hüküm kısımlarıyla bağlantılı hususlar hakkında da yeniden karar verilmesini gerektirir. Örneğin, asıl alacağa bağlı faiz konusunda, davanın kabul veya reddine göre vekalet ücreti hakkında, asıl alacağa bağlı cezai şart konusunda yeniden karar verilmesi gerekir.

İlk derece kararına karşı her iki taraf da istinafa başvurursa, istinaf mahkemesi her iki istinaf talebi hakkında karar vermelidir. Örneğin, “... *Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının istinaf başvurusunun kabulüne, davalının istinaf başvurusunun reddine, ... Mahkemesinin hatalı bulunan ... gün ... sayılı kararının ... kısımlarının kaldırılmasına, davanın kabulüne, davalının ... ödemesine, (yapmasına, yapmamasına) oy çokluğu (oy birliği) ile karar verildi*”.

³³⁹ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 400.

³⁴⁰ İlk derece mahkemesi kararlarında olduğu gibi, Yargıtay kararları için de tavzih istenebileceği konusunda bkz. YİBK, 7.6.1944, 40/22, RG, 23.11.1944, 5864; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 530; İstinaf El Kitabı, s. 64.

Kararın bir kısmına karşı istinafa başvurulursa, hükmün tamamının kaldırılmasına gerek yoktur. Örneğin, tarafın istinaf istemi, sadece vekalet ücretine ilişkinse, istinaf mahkemesi hükmün tamamını kaldırmamalı, sadece değiştirilen kısımlarını belirtmelidir.

İstinaf yargılaması, bazı taraf usûl işlemleriyle de sona erebilir. İstinaf incelemesi devam ederken, davacı hakkının bir kısmından veya tamamından feragat ederse, istinaf mahkemesi feragat nedeniyle davanın reddine karar vermelidir. *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ...Mahkemesinin ...gün ...sayılı kararının kaldırılmasına, davanın reddine, ... karar verildi”*.

Davayı sona erdiren işlemlerden biri de kabuldür. *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ...Mahkemesinin ...gün ...sayılı kararının kaldırılmasına, davanın kabulüne, davalının ...ödemesine (yapmasına, vermesine), ... karar verildi”*.

Tarafların sulh olması hâlinde mahkeme iki şekilde karar verebilir. Taraflar sulh anlaşmasına göre karar verilmesini ve anlaşmanın hükme geçirilmesini isterlerse, istinaf mahkemesinin kararı şu şekilde olmalıdır: *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ...Mahkemesinin ...gün ...sayılı kararının kaldırılmasına ve aşağıdaki şekilde yeniden hüküm kurulmasına, ... karar verildi”*.

Taraflar sulh sözleşmesinin hükme geçirilmeden sadece tespit edilmesini talep ederlerse şu şekilde karar verilmelidir: *“Yukarıda açıklanan nedenlerle ...Mahkemesinin ...gün ...sayılı kararının kaldırılmasına, taraflar sulh olduğundan karar verilmesine yer olmadığına karar verildi”*.

5.6.3. Kararın İçeriği

İstinaf mahkemesi kararının içeriği Kanunda açıkça düzenlenmiştir (m. 426/T). Kararda bulunması gereken unsurlar şunlardır: Kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ile başkan, üyeler ve tutanak katibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları; tarafların ve davaya ilk derece mahkemesinde katılanların kimlikleri ile varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri; tarafların iddia ve savunmalarının özeti; ilk derece mahkemesi kararının özeti; ileri sürülen istinaf sebepleri; taraflar arasında uyuşmazlık

konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen olaylarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebep; hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi; kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile tutanak katibinin imzaları.

Kararda bulunması gereken unsurların her biri istinaf sisteminin çabuk ve hatasız çalışması için gerekli bilgileri içerir. Bunlardan bir kısmı tüm mahkeme kararlarında bulunması gereken zorunlu unsurlardır: Örneğin, mahkemeyi ve tarafları tanıtıcı bilgiler, kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile tutanak katibinin imzaları, hükmün gerekçesi tüm toplu mahkeme kararlarında bulunması gereken ortak unsurlardır. Bazı unsurlar ise istinaf yargılamasına özgü bilgileri içerir. Örneğin, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, ilk derece mahkemesi kararının özeti, ileri sürülen istinaf sebepleri ve istinaf mahkemesi kararının gerekçesi istinaf denetiminin gerekli kıldığı unsurlardır.

Kanımızca, kararın en önemli unsurları istinaf sebepleri, hüküm sonucu ve gerekçedir. Zira, istinaf sebepleri ilk derece kararına hangi nedenlerle karşı koyulduğunu, hüküm sonucu ise bu iddiaların doğru olup olmadığı konusunda istinaf mahkemesinin yanıtlarını içerir.

Kararın hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeden, taraf istemlerinin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borçlar ve tanınan haklar tereddüde neden olmayacak şekilde açıkça gösterilmelidir (m. 426/T, II). İstinaf mahkemesi uyuşmazlığın esası hakkında karar verebileceğinden, hüküm sonucu bakımından, ilk derece mahkemesinin kararlarına paralel bir düzenleme benimsenmiştir.

Hüküm sonucu açık olmalı, çelişkiler içermemeli ve tereddüde neden olmayacak biçimde kaleme alınmalı, ilâmlı icra takibi yapacak tarafların ve icra dairelerinin işini kolaylaştıracak biçimde yazılmalıdır³⁴¹. Hüküm sonucundan, kimin lehine veya aleyhine

³⁴¹ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun, hüküm sonucunu düzenleyen 388'inci maddesinin 2'nci fıkrası, kararların tereddüt ve şüphe edilmeden icra edilebilmesini amaçlamaktadır. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 476; "... Açıklanan hükümlerle getirilen bu biçim koşulları yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Eş söyleyişle, kanunun amacı hükmün açıklığı ve anlaşılabilirliği kadar infaz kabiliyetini de sağlamaktır. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar. Hükmün hedefine ulaşmasını engeller. Kamu düzeni ve

karar verildiği, davalının neye mahkum edildiği, davacının talebinin ne kadarının kabul edildiği, ilk derece kararının hangi kısımlarının değiştirildiği açıkça anlaşılmalıdır³⁴². Aksi takdirde, ilâma aykırı icra emirlerinden kaynaklanan şikayetler nedeniyle icra mahkemelerinin iş yükünde artış olacaktır³⁴³.

Hüküm sonucu kadar gerekçe de önemlidir. Mahkeme kararının gerekçeli olması anayasal bir zorunluluktur. Anayasa'nın 141'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılmalıdır. Gerekçe, hukukî dinlenilme hakkının teminatlarından biridir. Hukukî dinlenilme hakkının varlığından söz edebilmek için, davalı ve diğer ilgiler kendileri aleyhine ileri sürülen iddialar hakkında bilgilendirilmeli, taraf aleyhindeki iddialara cevap verebilmeli ve tarafların iddia ve savunmaları mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır. Mahkemenin tarafları dikkate alıp almadığı hükmün gerekçesinden anlaşılır. İddia ve savunmaların gerekçede tartışılması, delillerin incelenmesi, bir delilin ve ona bağlı sonucun neden tercih edildiğinin açıklanması hukukî dinlenilme hakkının tam olarak gerçekleşmesi için zorunludur³⁴⁴.

Gerekçe Kanunu'nun 426/T maddesinde belirlenen usûle uygun olarak yazılmalıdır. Görünürde gerekçelerle, gerekçe yazma zorunluluğunun yerine getirilmiş olduğu kabul

barışı oluşturulamaz. Görülmektedir ki, uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışını sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Tarafların çözüm aramak için geldikleri yargısal makamların açık ve net hükümlerle üzerine düşen görevleri yerine getirmesi gerekir. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile getirilen ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin nihaî amacı da budur.” HGK, 9.7.2003, 3-496/474; Aynı yönde HGK, 16.3.2005, 9-141/144; HGK, 2.4.2003, 18-250/265 (KİB).

³⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 527.

³⁴³ İcra müdürü/memuru icra emrini ilâma uygun olarak düzenlemek zorundadır. Başka bir deyişle icra emrinin ilâma uygun olup olmadığını re'sen dikkate almalıdır. İcra emrine uygun olmayan ödeme emri gönderilmesi süresiz şikayete tâbidir. Hüküm sonucunun açık olmaması, yanlış icra emirleri gönderilmesine ve buna bağlı şikayetlerin artmasına neden olabilir (İİK m. 16). Bu olasılıklar takibin uzamasına, hakkın geç elde edilmesine ve dolayısıyla etkin hukukî korumanın engellenmesine neden olabilir.

³⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 525; Özekes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 153 vd.; Özekes, **“Gerekçe”**, s. 78-79.

edilemez³⁴⁵. Hükümün gerekçesiz olması veya görünürde gerekçe yazılması mutlak bir temyiz sebebidir³⁴⁶.

Davanın esası hakkında karar verilen durumlar bakımından gerekçenin nasıl yazılması gerektiği 426/T maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, gerekçe, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışılmasını, ret ve üstün tutma sebeplerini, sabit görülen olayları ve bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebepleri içermelidir (m. 426/T, I, b. 6).

Bu madde, özellikle istinaf başvurusunun kabul edilmesi ve davanın esası hakkında bizzat karar verilmesi durumunu dikkate alarak kaleme alınmış görünmektedir. Ancak, istinaf mahkemesinin nihaî kararları uyuşmazlığı bizzat çözen, başka bir deyişle davanın esası hakkında verilen kararlardan ibaret değildir. İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu haklı bulmadığı takdirde, başvurunun esastan reddine de karar verebilir. Kanımızca istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilirse, 426/T maddesinin 6'ncı bendinde belirtildiği şekilde delillerin tartışılması, ret ve üstün tutuma sebeplerinin gösterilmesi gerekli değildir. Zira, mahkeme burada uyuşmazlık hakkında bizzat tahkikat ve yargılama yapmamakta, sadece hükmün maddî ve hukukî yönden doğru olduğunu tespit etmektedir. Bununla beraber sadece ilk derece mahkemesi kararına atıf yapmak da gerekçe gösterme zorunluluğunun yerine getirildiği anlamına gelmez. İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu

³⁴⁵ Usûlüne uygun olmayan görünürde gerekçe örnekleri için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 474; Uzun, “**Gerekçelendirme Zaafiyeti**”, s. 361 vd.

³⁴⁶ Üstündağ, **Yargılama**, s. 796; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Usûl**, s. 477, 660. “... T.C. Anayasası’nın 141/3. maddesi uyarınca mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması zorunludur. HUMK.nun 388. maddesince sayılan diğer hususlar yanında, delillerin tartışılması, red ve üstün tutulma sebepleri, sabit görülen vakalarla bunlardan çıkarılacak sonuç ve hukukî sebebin kararda gösterilmesi gerekir. Bu hükümler bir yana bırakılarak bilirkişi raporuna atıfla yetinilmesi “görünürde gerekçe” olup, yasanın aradığı gerekçeli karar sayılamaz. Kararın gerekçesiz yazılması ise başlı başına bozma nedenidir. ...” 15. HD, 24.5.2000, 1999/4959, 2000/2551; “... Gerekçe” hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçenin, dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi yasa yapıcının amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açar. Keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, denetim yapılmasına kolaylık sağlamak için hükmün gerekçeli olması gerekir. Buna karşılık, Yerel Mahkeme, gerekçesiz olarak, basılı (matbu) kararla direnme kararı vermiştir. Bu husus usûl hukukuna aykırıdır.” CGK, 18.3.1991, 8-53/79 (KİB); Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. 15. HD, 11.3.1993, 903/1183; 15. HD, 31.1.2002, 2001/4351, 2002/545 (KİB).

neden haklı bulmadığını, başka bir deyişle başvuruyu neden reddettiğini, ileri sürülen istinaf sebeplerini de dikkate alarak, gerekçelendirmelidir³⁴⁷.

İstinaf mahkemesi, tahkikatı tamamlayarak davanın esasına ilişkin yeni bir karar verirse, başka bir deyişle yeniden delil ikamesi ve vakıa tespitleri söz konusu olursa, ilk derece mahkemesinin gerekçesine atıf yapmakla yetinemez; kendi gerekçesini açıklamalıdır³⁴⁸. Bu durumda özellikle istinaf derecesinde gerçekleşen delil ikamesinin sonuçları açıklanmalı, delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesine dair gerekçeler ortaya konulmalıdır.

İstinaf mahkemesi başvuruyu haklı bulur ve davanın esasına ilişkin kararı değiştirirse gerekçe iki bölümden oluşur. İlk bölüm ilk derece mahkemesi kararının neden hatalı bulunduğunu, ikinci bölüm ise davanın esasına ilişkin kararda değişiklik yapılmasının maddî ve hukukî nedenlerini ortaya koymalıdır³⁴⁹.

Hükmün gerekçesi tüm iddia ve savunma vasıtalarını içermeli, somut olaya dayanmalı ve denetlenebilir nitelikte olmalıdır. Soyut değerlendirmeler ve klişe sözler içeren, anlaşılması zor açıklamalar gerekçe olarak değerlendirilemez³⁵⁰. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararıyla karşılaştırma ve tartışma yapmadan kendi görüşünü açıklayabilir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesiyle aynı kanaatte ise bunun vurgulanması hukukî korunma konusundaki birliğin gösterilmesi bakımından faydalı olacak ve kararın doğruluğu konusundaki şüpheleri bertaraf edecektir³⁵¹.

İstinaf mahkemesi gerekçesinde, iddia ve savunma vasıtalarının neden dikkate alındığını veya alınmadığını, delil ikamesi sonucunda hangi delillere dayandığını ve bu delillerden hangi sonuçları çıkardığını, ilk derece mahkemesinin kararı hukuka aykırı ise,

³⁴⁷ Özekes, “**Gerekçe**”, s. 84, 87.

³⁴⁸ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 424; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 295.

³⁴⁹ Özekes, “**Gerekçe**”, s. 88.

³⁵⁰ **Aynı**, s. 91.

³⁵¹ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 423.

kararın hangi yönlerden hukuka aykırı olduğunu ve hangi hukuk kuralının uygulanması gerektiğini açıklamalıdır³⁵².

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin gerekçelerine katılıyorsa, bu gerekçeleri kendi kararında tekrar etmek zorunda değildir. İstinaf mahkemesinin kendi gerekçesi, daha ziyade ilk derece kararından farklı olan kısımlara ilişkindir. İlk derece kararında olup da değiştirilmeyen gerekçeler doğal olarak ve tekrar edilmesine gerek olmaksızın genel gerekçenin bir parçası olur³⁵³.

Gerekçenin içeriği ve kapsamı, önemli ölçüde istinafa başvuran taraflarca ileri sürülen istinaf sebeplerine göre belirlenir. Hükmün gerekçesi, başvuran tarafı tatmin edebilecek derecede somut ve ayrıntılı olmalıdır. Gerekçenin somut ve kapsamlı olması için istinafa başvuran taraf da üzerine düşeni yapmalı, dilekçesinde istinaf sebeplerini somut ve ayrıntılı şekilde açıklamalıdır. İstinaf sebepleri basmakalıpsa, yüzeyselse ve yeterince somutlaştırılmamışsa, istinaf mahkemesinin gerekçesi de kısa ve yüzeysel kalacaktır. İstinaf sebepleri ne kadar somut ve kapsamlı olursa, istinaf mahkemesi de o ölçüde ayrıntılı gerekçe yazmak zorundadır³⁵⁴.

İstinafa başvuran, hiç istinaf sebebi göstermemişse veya ileri sürülen istinaf sebepleri çok yetersizse, sadece kamu düzenine aykırılık bakımından denetim yapılır. İstinaf mahkemesi, re'sen dikkate alınması gereken hususlarda hata veya eksiklik tespit etmezse, gerekçe göstermek zorunda değildir. Başka bir deyişle kamu düzenine ilişkin hususların açıklanmasına ve tartışılmasına ihtiyaç yoktur³⁵⁵.

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını maddî ve hukukî açıdan doğru bulursa, istinaf isteminin reddine karar verir. İstinaf isteminin reddi kararı da diğer kararlar gibi gerekçeli olmalıdır. Ancak, bu gerekçe 426/T maddesinin 6'ncı bendindeki tüm

³⁵² Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 425; Balzer, **a.g.e.**, s. 205.

³⁵³ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 423; Zeiss/Schreiber, **a.g.e.**, s. 273; Gehrlein, **a.g.e.**, s. 295. Nitekim, AIHM 21.1.1999 tarihli Garcia Ruiz-İspanya kararında, adil yargılanma hakkı çerçevesinde kararın gerekçeli olması bakımından, ilk derece mahkemesinin talebi gerekçeli olarak reddetmesi üzerine yapılan başvuruda, üst mahkemenin bu kararı içselleştirmesi nedeniyle gerekçesiz olarak onamasını adil yargılanma hakkının ihlâli olarak görmemiştir.

³⁵⁴ Rimmelspracher, **Münchener Kommentar**, s. 486; Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 427.

³⁵⁵ Eichele/Hirtz/Oberheim, **a.g.e.**, s. 427; Özkes, “**Gerekçe**”, s. 87.

unsurları içermek zorunda değildir. Burada somut uyuşmazlık hakkında bizzat tahkikat, delil ikamesi ve vakıa tespiti yapmayan istinaf mahkemesinin tamamen orijinal gerekçe yazması beklenemez.

Kanımızca, istinaf mahkemesi ilk derece kararını doğru bulmaktaysa, neden doğru bulunduğunu kararının gerekçesinde açıklamalı, ilk derece mahkemesinin gerekçelerine katıldığını belirtmekle yetinmemelidir. Kuşkusuz başvurunun reddine karar verilmesinde, ilk derece mahkemesinin gerekçelerinin benimsenmiş olması da etkilidir; ancak ilk derece mahkemesinin gerekçelerinin niçin üstün tutulduğu, taraflarca ileri sürülen istinaf sebeplerinin neden haksız bulunduğu açıklanmalıdır. Mahkeme istinaf denetiminin sonucunu ve bu sonuca varılmasını sağlayan nedenleri göstermeli, istinafa başvuran tarafın bu yöndeki haklı beklentisi yanıtsız bırakılmamalıdır³⁵⁶.

³⁵⁶ Ancak, Yargıtay'ın temyiz yargılaması bakımından benimsediği bir uygulama bu görüşün aksini benimsemektedir. Buna göre, Yargıtay, bir dairenin yerel mahkemenin kararını aynen benimsediğini gösteren ibarenin yeterli bir gerekçelendirme olduğunu kabul etmektedir. “Ancak davacılar vekilinin onama kararımızın gerekçesiz olduğu savına karşın, Dairemiz kararında, Yerel Mahkeme kararının hüküm kısmı olduğu gibi gerekçe bölümü de doğru bulunup, benimsenmiş; ne var ki aynı gerekçe tekrardan kaçınılarak” kararın dayandığı gerekçeye göre” denilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle dairemizin kararı usûl ve yasaya uygundur.” 20. HD, 11.5.1993, 375/4271 (İlter Erdemir, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. II** (2. Baskı. Ankara: 1998), s. 1582, 1588; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Usûl**, s. 475).

SONUÇ

Bugün adlî yargı sistemi iki dereceli olarak faaliyet göstermektedir. Bu sistemde hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararların kanun yolu incelemesi Yargıtay'ca yapılmaktadır. İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında süzgeç olabilecek başka bir derece mahkemesi bulunmadığından, Yargıtay'ın yükü hem nitelik hem de nicelik yönünden altından kalkılmayacak düzeye gelmiştir. Yargıtay daireleri yılda ortalama 25.000 dosyayı incelemekte ve istinaf mahkemelerinin yokluğu nedeniyle zaman zaman maddî olgu incelemesi de yapmaktadır. Bu nedenle Yargıtay hukuk birliğini sağlamak ve hukuku geliştirmek gibi aslî işlevlerini yerine getirmekte zorlanmaktadır.

Adlî yargı sistemi, uyuşmazlıkların doğru biçimde çözülmesi, gerçeğe ulaşılması, toplumsal barışın ve hukukî güvenliğin sağlanması gibi amaçların gerçekleştirilmesi konusunda ciddi rizikolar içermektedir. Hak arama sürecinde yaşanan aksaklıkların aşılması ve daha güvenceli bir yargılama yapılması bakımından istinaf mahkemelerinin kurulması ihtiyaç hâline gelmiştir.

T.C. Anayasa'sı en azından iki dereceli bir yargılama sistemi kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, iki dereceli yargılamanın nasıl yapılandırılacağı ve hangi kanun yollarının oluşturulacağı kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Adlî yargının en üst yargı organı olan Yargıtay'ın kurulması anayasal bir zorunluluk olmasına rağmen, istinaf derecesinin oluşturulması konusunda bir zorunluluktan söz edilemez. Bu bağlamda, göreve başlaması beklenen bölge adliye mahkemelerinin, anayasal bir organ olduğu söylenemez. Bununla beraber, daha güvenceli yargılama yapılması, etkin hukukî korunmanın teminat altına alınması, hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyeti gibi ilkeler istinaf yolunun anayasal temellerini oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği müktesebatı açısından değerlendirildiğinde, hukuk davalarında istinaf yolunun bir hak olarak düzenlenmesi zorunlu değildir. Ancak, tavsiye kararlarında hem ceza hem de hukuk yargılaması bakımından istinaf mahkemelerinin kurulması

yönünde öneriler bulunduğu ve Türkiye'nin, katılım ortaklığı belgesi ve ulusal programda, istinaf mahkemelerinin kurulmasını hedefleri arasına aldığı görülmektedir.

İstinaf, ilk derece mahkemesinin kesinleşmemiş nihaî kararlarına karşı başvuru, maddî ve hukukî denetimin bir arada yapılmasına olanak sağlayan bir kanun yoludur. Dar ve teknik anlamda kanun yolu olan istinaf, erteleyici ve aktarıcı etkiye sahiptir.

İstinafın amacı, somut olay adaletini gerçekleştirmek, başka bir deyişle somut olayda doğru karar verilmesini sağlamaktır. İstinaf, salt yeniden yargılama yapma veya yargılamayı tamamen tekrarlama amacına değil, daha ziyade ilk derece mahkemesi kararlarının maddî ve hukukî yönden denetlenmesi ve tespit edilen hataların düzeltilmesi amacına yönelmiştir. İstinafın somut olayda uyuşmazlığı çözme işlevi, aslî değil, tâli niteliktedir.

İstinafın konusu, bu yola başvuran tarafın talep sonucuna ve Kanun'da istinafa özgülünen role göre belirlenmelidir. İstinaf, yargılamanın devam ettirilmesine veya tamamen tekrarlanmasına hizmet eden bir kanun yolu olmadığından, istinaf ile ilk derece yargılamasının konusu özdeş değildir. İstinaf yolunun konusu, ilk derece kararının iptali ve değiştirilmesi talebidir.

Kanun yolunun amacı bakımından yapılan sınıflandırmaya göre, istinaf ilk derece mahkemesinin kararlarını düzeltme ve iyileştirme amacına yönelik bir kanun yoludur. Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımına göre, istinaf kesinleşmemiş mahkeme kararlarına yönelik olağan bir kanun yoludur. Kanun yolu incelemesinin kapsamına göre ise, Türk hukukunda dar (sınırlı) istinaf modeli benimsenmiştir. Bölge adliye mahkemeleri, salt ikinci derece olay mahkemesi olarak değil, daha ziyade kanun yolu ve tâli olay derecesi olarak yapılandırılmıştır. İstinafın karakteri, çağdaş hukuk sistemlerinde dahi klasik (geniş) istinaf modelinden dar (sınırlı) veya karma istinaf modeline doğru değişim göstermektedir.

İstinaf mahkemelerinin göreve başlamasıyla beraber, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı artık temyize değil, istinafa başvurulacaktır. Kural olarak, ilk derece mahkemesinin kesinleşmemiş nihaî kararları istinafa tâbidir. Ancak, tüm nihaî kararlara

karşı istinafa başvurulması mümkün değildir. Kanun koyucu, istinafa tâbi kararları, kararı veren merciye, karar türlerine ve uyuşmazlığın değerine göre sınırlandırmıştır.

Aslî olarak istinafa başvurma hakkına sahip olanlar, davanın tarafları veya çekişmesiz yargı işinin ilgilileridir. Dava arkadaşlarının, fer'i ve aslî müdahillerin ve kendisine dava ihbar edilen üçüncü kişilerin durumu, kanun yolları konusundaki mevcut bilimsel görüşlere ve yargısal içtihatlarla göre değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, istinaftan feragat edilmesi ve istinaf başvurusunun geri alınması da mümkün olup, şartları ve sonuçları, istinafin niteliğine uygun olduğu ölçüde, kanun yolları hakkındaki yerleşik görüş ve içtihatlarla göre değerlendirilmelidir

İstinafa başvuru süresi on beş gündür. Bu sürenin kaçırılması durumunda, eski hâle getirme yoluna veya katılma yoluyla istinafa başvurulabilir. Katılma yoluyla istinaf asıl istinafa bağımlı bir başvuru imkânıdır. Asıl istinaf, feragat veya geri alma gibi nedenlerle reddedilirse, katılma yoluyla istinaf da hükümsüz hâle gelir.

İstinaf incelemesi bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olduğundan, taraflar yetki sözleşmesi yapamazlar. Hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf daireleri, bölge adliye mahkemesinin yetkisini re'sen incelemelidir.

İlk derecede hangi mahkeme tarafından karar verilmiş olursa olsun, istinaf başvurusu dilekçeyle yapılmalıdır. Başvuru dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesine veya oraya gönderilmek üzere başka bir ilk derece mahkemesine verilmelidir.

İstinafa başvuran taraf, başvuru sebeplerini ve talep sonucunu dilekçesinde göstermek zorundadır. İstinaf mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü istinaf sebepleriyle sınırlı olarak inceleme yapacaktır. İstinaf dilekçesi başvuranın kimliği ve imzasıyla başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içermekteyse, istinaf sebepleri hiç gösterilmemiş olsa dahi, istinaf mahkemesi kamu düzenine aykırılıkları re'sen inceleyecektir. İstinaf mahkemesi, ön inceleme sonunda, istinaf sebeplerinin hiç gösterilmediğini tespit ederse ve kamu düzenine aykırılık da söz konusu değilse, başvuruyu usûlden reddetmelidir.

İstinaf sebepleri, temyiz sebeplerinden farklı olarak, Kanunda ayrıca düzenlenmemiş ve sınırlandırılmamıştır. İlk derece mahkemesinin yanlış karar vermesine neden olan her tür hata istinaf sebebi sayılacaktır. Bununla beraber, ilk derece mahkemesinde yapılan hatanın niteliğine göre istinaf sebeplerini sınıflandırmak mümkündür. İstinaf sebepleri maddî hukuk kurallarına aykırılık, usûl hukuku kurallarına aykırılık ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması şeklinde üç gruba ayrılabilir.

Usûl kurallarına aykırılık ise, usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri ve nispî istinaf sebepleri olarak ikiye ayrılabilir. Usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri ise, mahkemeye, taraflar ve dava konusuna ilişkin usûl kurallarının ihlal edilmesi ve diğer mutlak istinaf sebepleri olarak dört başlık altında toplanabilir. Usul hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri Kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sayılanlar örnek niteliğinde olduğundan, mutlak istinaf sebebi olabilecek başka usûl hataları da söz konusu olabilir. Kanımızca, 426/M maddesinde sayılan usûle aykırılıklara eşdeğer ve benzer etkilere sahip diğer usûl hataları da mutlak istinaf sebebi olarak kabul edilmelidir.

İstinaf dilekçesinin önemli unsurlarından biri de talep sonucudur. İstinaf mahkemesi, ileri sürülen istinaf sebepleri ve talep sonucuyla sınırlı olarak karar verecektir. Talep sonucu aleyhe karar verme yasağının kapsamının belirlenmesi ve uygulanması bakımından da önemlidir. Tasarruf ilkesi ve taleple bağlılık kuralının sonucu olarak, taraflardan sadece birinin istinafa başvurusu hâlinde aleyhe karar verme yasağı uygulanacağından, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını başvuruda bulunan tarafın aleyhine değiştiremeyecektir. Aleyhe karar verme yasağı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda uygulanacak olup, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı işlerde ve kamu düzenine ilişkin hususlarda geçerli olmayacaktır.

İstinaf yargılaması, dilekçeler aşaması, ön inceleme, asıl inceleme, sözlü yargılama ve hüküm olmak üzere beş temel aşamadan oluşmaktadır. Dilekçeler aşaması ilk derece mahkemesinde gerçekleşir. Ön incelemenin konusu ise, esasa girilmesini engelleyen usûlî engeller olup, incelemenin hangi dairenin iş sahasına girdiğinin belirlenmesi dışında, istinafın caizliğine ilişkin şartlardır. Başvurunun caiz olup olmadığı istinaf mahkemesi

tarafından re'sen incelenmelidir. Ön inceleme sonunda başvurunun reddine karar verilirse, bu karara karşı temyize başvurulabilir.

Ön inceleme başarıyla tamamlanırsa asıl inceleme aşamasına geçilir. Asıl incelemeyle kastedilen aslında tahkikattır. Bu aşamada istinaf talebinin haklı olup olmadığı, ilk derece mahkemesi kararını etkileyen bir usûl hatası bulunup bulunmadığı, maddî hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı, vakıa tespitlerinin tam ve doğru olup olmadığı incelenir. Bir hata veya eksiklik tespit edilirse, tahkikat tamamlanır ve oluşan sonuca göre ilk derece mahkemesinin kararı değiştirilir.

İnceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yürütülür. İlk derece mahkemesinde hangi yargılama usûlü uygulanmışsa, istinafta da aynı usûle göre inceleme yapılır.

İncelemenin kapsamı istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlıdır. İstinaf sebepleriyle sınırlı inceleme yapılmasının nedeni, kararın hatalı bulunması durumunda, istinaf mahkemesi tarafından yeniden yargılama yapılarak davanın esasına ilişkin yeni bir karar verilecek olmasıdır.

İstinaf sebepleriyle bağlılık ilkesinin kapsamı, öncelikle istinaf sebeplerinden hareketle belirlenmelidir. Buna göre, usûl hukukuna ilişkin nispî istinaf sebepleri ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması, kural olarak istinaf dilekçesinde ileri sürülmeleri hâlinde dikkate alınacaktır. Buna karşılık, maddî hukuk kurallarına aykırılık ve usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri re'sen incelenecektir.

İstinaf mahkemesi kamu düzenine aykırılıkları da re'sen inceleyecektir. Kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükümler hakkındaki değerlendirme ve uygulama, istinaf incelemesinin kapsamını doğrudan etkileyecektir. Kamu düzeni kavramının geniş veya dar anlamlandırılmasına göre, istinaf incelemesinin kapsamı genişleyecek veya daralacaktır. İstinaf incelemesinin kapsamı konusundaki genel yaklaşım, büyük ölçüde istinaf mahkemelerinin ve Yargıtay'ın ilerleyen zamanlardaki uygulamalarıyla şekillenecektir.

İstinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasındaki eksiklikleri gidermek için tüm yargılamayı tekrarlamak zorunda değildir. Üst mahkeme, ilk derece mahkemesinde doğru

yapıldığını düşündüğü işlemleri kararına esas alabilecektir. Ancak, delillerin toplanması, incelenmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili bir eksiklik söz konusu olduğunda, istinaf mahkemesi delilleri bizzat incelemeli ve değerlendirmelidir. Delil ikamesi daha çok tarafların ve tanıkların dinlenmesi veya bilirkişiden rapor alınması gibi durumlarda tekrar edilecektir. İstinafta doğrudan ve bizzat incelenmesi mümkün olmayan deliller ise, ilk derece mahkemesinin tutanaklarına göre değerlendirilecektir.

İstinaf mahkemesi tahkikatı tamamlama ve davanın esası hakkında hüküm verme yetkisine sahip olduğundan, hangi dava malzemelerinin hükme dayanak olabileceğinin belirlenmesi önemlidir. Kanun koyucu, teksif ilkesi gereğince dava malzemesinin ilk derece mahkemesinde toplanması yönünde düzenleme yapmış, mevcut dava malzemesinin istinafta değiştirilmesini veya yeni dava malzemesi toplanmasını yasaklamıştır. Kanunun 426/R maddesindeki yasaklayıcı hükümler, dar istinaf sisteminin sonuçlarındandır.

İstinaf mahkemesi, taraflarca ileri sürülen istinaf sebeplerinden veya re'sen dikkate alınması gereken hukuka aykırılıklardan etkilenmeyen vakıa tespitleriyle bağlıdır. Kural olarak istinafta yeni iddia ve savunmaların yargılamaya sokulmasına izin verilmemiştir. Re'sen dikkate alınamayan vakıalar ve usûlî itirazlar, ancak daha önce ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş olmaları ve mevcut dava malzemesi içinde yer almaları hâlinde dikkate alınabilir. İstinaf derecesinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi hem karşı tarafın itirazı üzerine hem de mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabilir. Buna karşılık ilk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıalar taraflarca ileri sürülürse, istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınmalıdır. Zira, bunların daha önce ileri sürülememesi, tarafların veya mahkemenin hatasında değil, fiili imkansızlıktan kaynaklanmaktadır.

Kural olarak istinaf derecesinde yeni delillerin sunulması yasaktır. Ancak, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak ileri sürüldüğü hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilemeyen deliller istinaf mahkemesi tarafından incelenebilir.

İstinaf incelemesinde asıl olan duruşma yapılması, istisna ise dosya üzerinden karar verilmesidir. İstinaf mahkemesi çoğu zaman tahkikatı tamamlamak zorunda kalacağından

duruşma yapılması bir ihtiyaçtır. Buna karşılık kanunda belirtilen usûle ve esasa ilişkin açık hataların bulunması hâlinde dosya üzerinden karar verilebilir.

İstinaf mahkemesi davanın esası hakkında karar verecekse, başka bir deyişle ilk derece kararını değiştirecekse, kural olarak hüküm vermeden önce sözlü yargılama yapmalıdır. Ancak, dosya üzerinden inceleme yapılabilen hâllerde, davanın esası hakkında karar verilecek olsa dahi sözlü yargılama yapmadan da karar verilebilir.

İstinaf yolu, diğer yargısal süreçler gibi kendi konusuna dair bir karar verilmesini amaçlar. Karar türleri bakımından yapılan genel sınıflandırmaya göre, istinaf mahkemesinin kararları, esasa ve usûle ilişkin veya ara ve nihaî kararlar şeklinde ayrılabilir. İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararları, kendi içinde davanın esasına ve salt başvurunun esasına ilişkin olarak ikiye ayrılabilir. İstinaf istemini haklı bulan mahkeme, tarafların davaya ilişkin talep sonuçları hakkında karar veremekteyse, bu karar hem başvurunun hem de davanın esasına ilişkindir. Buna karşılık, davanın esası hakkındaki karar değiştirilmeden sadece istinaf isteminin esası hakkında verilen kararlar ise, salt başvuru esasına ilişkindir.

İstinaf mahkemesinin kararları incelemenin veya yapılacak işlemin konusuna göre farklı olacaktır. Ön inceleme sonunda eksik olduğu tespit edilen başvuru koşuluna göre farklı kararlar verilecektir. Asıl inceleme sonunda ise, istinaf isteminin başarısı ve tarafların taleplerine göre, dört farklı şekilde karar verilebilir. İstinaf başvurusu haksız ise başvuru reddedilir. İstinaf başvurusu haklı ise, ilk derece kararı kaldırılır ve duruma göre dosyanın gönderilmesine, davanın kabulüne veya davanın reddine karar verilir. Dar ve teknik anlamda “kaldırma”, hukukî veya maddî bir hata sebebiyle hatalı bulunan kararın, istinaf mahkemesi tarafından hükümsüz kılınmak amacıyla iptal edilmesi anlamına gelmektedir.

İstinaf incelemesi, hüküm dışında kabul, sulh, feragat veya davanın geri alınması gibi taraf işlemleriyle ya da davanın konusuz kalması nedeniyle de sona erebilir. Bu hâllerde, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi, söz konusu işlemin niteliğine göre karar verilecektir.

İstinaf mahkemesi tahkikatı tamamlama ve davanın esası hakkında karar verme yetkisine sahip olduğundan, talep edilmesi hâlinde, geçici hukukî koruma kararı verebilecektir. Kanun yolu başvurusunun aktarıcı etkisinin sonucu olarak, davanın esasını inceleyen istinaf mahkemesi, geçici hukukî koruma kararı verme yetkisine de sahip olmalıdır. İstinaf mahkemesinde incelenmekte olan bir dava hakkında ilk derece mahkemesinde geçici hukukî koruma kararı verilemeyecektir.

İstinaf mahkemesi oy çokluğu ile karar verecektir. Pozitif hukuka göre, karara muhalif kalan üye, karşı oyununun gerekçesini karara yazamayacaktır. Olması gereken hukuk bakımından ise, azınlıkta kalan üye arşı oy gerekçesini açıklayabilmelidir. Kararın müzakeresi ve oylamaya hangi üyelerin katılacağı konusu, istinaf hükümleri ve teşkilat kanunuyla belirlenmediğinden, ilk derece toplu mahkemelere ilişkin kurallara tâbi olmalıdır. Buna göre, müzakereye ve oylamaya sözlü yargılamada hazır bulunan üyeler katılabilirler.

KAYNAKÇA

Akcan, Recep. **Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**. Ankara: Nobel, 1999.

Akkan, Mine. “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma” , **MİHDER**, C.3, S. 6: 29-68 (2007).

Akkaya, Tolga. **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**. Eskişehir: Yayınlanmamış YL Tezi, 2003.

Akman, Mehmet. **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**. İstanbul: Eren Yayıncılık, 2004.

Alangoya, Y., Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**. 4. Bası. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2004, s. 482.

Alangoya, Yavuz. “Kanun Yolunun Anayasal Temeli HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Dava Ortaklığı -Tarafların Taaddüdü**. 2. Baskı. İstanbul: 1999.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler.** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

Alp, Tahir. “İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Bir Öneri”, **ABD**, Y. 49, S. 1: 26-39, 1992.

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usûlleri.** 7. Baskı. Ankara: AÜHFY, 1960.

Aral, Vecdi. **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Armağan, Servet. “İslam Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme Velâyet-ül Mezalim”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan.** İstanbul: İÜHFY, 1979.

Arslan, Ramazan. **Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı.** Ankara: S Yayınları, 1989.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi.** Ankara: 1977.

Atalay, Esra. “Yargısal Temel Haklar”, **Şükrü Postacıoğlu’na Armağan.** İzmir: 1997.

Atalay, Oğuz. **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi.** İzmir: Güncel Yayınevi, 2006.

Atalı, Murat. **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı.** Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Aygün, Mesut. “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu”, **MİHDER**, C. 3, S. 8: 661-695, 2007.

Bajons, Ena-Marlis. **Recourse against Judgement in the European Union, Civil Procedure in Europe, Austria** (Hrsg.) J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee, Vol. 2: 25-41, Kluwer Law International, 1999.

- Balzer, Christian. **Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess**. 2. Auflage. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005.
- Barth, Holger. "Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO - eine Erwiderung", **NJW**, Heft 23: 1702-1703, 2002.
- Baumann, Andreas. **Prüfungsumfang und Prüfungsprogramm im Berufungsverfahren nach der Zivilprozessreform 2002**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006.
- Baumbach, A., Wolfgang L., Jan Albers ve Peter Hartmann. **Zivilprozessordnung**. 63. Auflage. München: C.H. Beck, 2005.
- Baur, Fritz ve Wolfgang Grunsky. **Zivilprozessrecht**. 10. Auflage. Neuwied-Kriftel: Luchterhand, 2000.
- Bayles, Michael D. **Principles of Law- A Normative Analysis-** Law and Philosophy Library. Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- Belgesay, M. Reşit. **Hukuk Usûlü Muahkemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler İspat Teorisi**. 3. Baskı. İstanbul: 1950.
- Berkin, Necmeddin. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**. İstanbul: 1969.
- _____. **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981.
- Berksoy, İrem. "Kanun Yoluna Başvurunun İcraya Etkisi", **LHD**, Y. 5, S. 54: 1845-1864, 2007.

Bilge, Necip ve Ergun Önen. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**. 3. Baskı. Ankara: AÜHFY, 1978.

Bilge, Necip. “Üst Mahkemeler”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**. Ankara: AÜHFY, 1964.

_____. **Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme**. Ankara: AÜHFY, 1973.

Bingöl, Sedat. **Tanzimat Devrinde Osmanlıda Yargı Reformu, Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876**. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2004.

_____. **XIX. Yüzyılda Kurulan Nizamiye Mahkemeleri’nin Tutanaklarında Yargı Gücünün Kullanımı ve Tutanakların Kaynak Bakımından Değeri**. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi, 2006.

Blomeyer, Arwed. **Zivilprozessrecht-Erkentnisverfahren**. 2. Auflage. Berlin: Duncker&Humblot, 1985.

Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Athen. **Rechtsberatung und Rechtsverfolgung in Griechenland**.
http://www.athen.diplo.de/Vertretung/athen/de/02/Botschafter_und_Abteilungen/Download/DownloadDatei_Rechtsrat.property=Daten.pdf,
 15.3.2005.

Buchegger, Walter, Astrid Deixler-Hübner ve Richard Holzhammer. **Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren**. 6. Auflage. Wien, New York: Springer, 1998.

- Budak, Ali Cem. **Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.
- Bülbül, Zekeriya. **Osmanlı Müesseseleri ve Medenîyeti Tarihi**. 2. Baskı. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2000.
- Byrd, Robert W. ve Marian Barbier. “Civil Appeal Procedures in France” **Civil Appeal Procedures Worldwide**, Ed.: Charles Plato. London/Dordrecht/Boston: Graham and Trotman and International Bar Association, 1992.
- Çakmut, Özlem Yenerer. “İstinaf Mahkemesi Olarak Bölge Adliye Mahkemeleri, Kuruluşu ve İşleyişi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1: 343-362, 2005.
- Çalışkan, Osman. “Ülkemizde İstinaf Mahkemelerinin Tarihi Sürecine Bir Bakış”, **MİHDER**, C. 3, S. 6: 69-73, 2007.
- Çelebican, Özcan Karadeniz. **Roma Hukuku - Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku- Hakların Korunması**. 7. Baskı. Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 2000.
- Davids, Willibrod J. M. “Hollanda İstinaf Prosedürü”, **Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı**. Ankara, 2-3 Mart 2006, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007.
- De Cubber-Belçika Davası, 26.10.1984, Başvuru No: 9186/80, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=90>, 21.8.2006.

Delcourt-Belçika Davası, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=11>, 21.8.2006.

Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Birliği İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, **Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi**, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2003.pdf, Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2003.

Dinçkol, Abdullah. “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 9, S. 1-3: 143-155, 1995.

Durman, Okay. **Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama**. İstanbul: Beta, 2002.

Edis, Seyfullah. “**Yüksek Yargı Kararlarında Ayrık veya Kişisel Görüşlerin Yer Alması Hakkında Düşünceler**”, Yargıtay’ın 128’inci Ankara Üniversitesi’nin 50’nci Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 70’inci Kuruluş Yıl Dönümü Ortak Bilimsel Toplantı, 23-24 Mayıs 1996, Ankara: 1996.

Eichele, K., Bernd Hirtz ve Rainer Oberheim. **Handbuch Berufung im Zivilprozess**. München: Luchterhand, 2006.

Ekbatani-İsveç Davası, 26.5.1988, Başvuru No: 10563/83, Karar Sıra No: 160, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (Akademik Ed.: Osman Doğru): <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 19.12.2006.

Ekinci, Ekrem Buğra. “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, **SÜHFD**, C. 9, S. 1-2: 158, 2001.

Ercan, İbrahim ve İbrahim Özbay. “Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, 2006.

Ercan, İbrahim. “Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı**. İstanbul: Beta Basın Yayın Dağıtım, 2001.

_____. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu”, **MİHDER**, C. 2, S. 5: 1275-1299, 2006.

Erdemir, İlter. **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. II**. 2. Baskı. Ankara: 1998.

Erdoğan, Belgin ve Bülent Tahiroğlu. **Roma Usûl Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

Erem, Faruk. “Üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı” **YD**, S. 3, 1994.

Erişir, Evrim. **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**. İzmir: Güncel Yayınevi, 2007.

Ertanhan, Mesut. **Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Fasching, Hans W. **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 4. Band/1. Teilband**. Wien: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, 2005.

_____. **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht**. 2. Auflage. Wien: Manzsche Verlag- und Universitaetsbuchhandlung, 1990.

Fellner, Christoph. “Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz-Bedeutungs für Berufungsverfahren und die Korrekturmöglichkeiten”, **MDR**, Jahrgang 57, Heft 13: 721-723, 2003.

- Gaul, Hans Friedhelm. “**Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu**”, Medenî Usûl Hukuku Konferansı, İstanbul: 16 Mayıs 2000, Almancadan çeviren: N. Deren Yıldırım. **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku**. Der.: M. Kamil Yıldırım, 2. Baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2001.
- Gehrlein, Markus. **Zivilprozessrecht**. 2. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2003.
- Gerken, Uwe. “Probleme der Anschlussberufung nach § 524 ZPO”, **NJW**, Heft 15: 1095-1097, 2002.
- Gilles, Peter. “Anschliesung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Partei Dispositionen über die Sache in höherer Instanz”, **ZZP**, Band 91, Heft 2: 128-176, 1978.
- _____. “Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel”, **Archiv für Civilistische Praxis**, Band 177: 189-244, 1977.
- _____. **Rechtsmittel im Zivilprozess-Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**. Farnkfurt: Athenaeum Verlag, 1972.
- Gotwald, Peter. “Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz”, Çev. Sema Taşpınar, **AÜHFD**, C. 51, S. 1: 1-17, 2002.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**. 7. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2006.
- Greger, Reinhard. “Die ZPO-Reform-1000 Tage danach”, **JZ**, Y. 59, S. 17: 805-817, 2004.

Grunsky, Wolfgang. “Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO”, **NJW**, Heft 11: 800-802, 2002.

_____. “Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelklägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstand”, **ZZP**, Band 88, Heft 1: 49-64, 1975.

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

Güldan, Gamze. “**Osmanlı Merkez Teşkilatında Babı Ali’nin Durumu, Görevleri ve Etkileri**”, Dr. Bekir Günay’ın Kişisel Web Sayfası, http://www.geocities.com/begunay/z9.htm#_ftnref3, 1.12.2007.

Günel, Nadi. **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Gürcan, Ertuğrul Cenk. **Düzgün Yargı Hakkı Çerçevesinde “Mahkeme” Kavramı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Çalışma Metinler: <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/>, 19.12.2006.

Gürdoğan, Burhan. “Tashihi Karar Müessesesi”, **Ahmet Esat Arsebük’e Armağan**. Ankara: 1958.

_____. “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **AÜSBFD**, C. XI, S. 3: 258-285, 1956.

Gürgen, Sedat. “İstinaf Yargılaması ve Paris İstinaf Mahkemesi Deneyimi”, **THD**, Y. 2, S. 9: 65-69, 2007.

- Habscheid, Walter. **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht**. 2. Auflage. Basel und Frankfurt am Main: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1990.
- Heiderhoff, Bettina. “Zur Abschaffung der Anschlussberufung”, **NJW**, Heft 19: 1402-1403, 2002.
- Henke, Horst-Eberhard. “Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz”, **ZZP**, Band 109, Heft 2: 135-182, 1996.
- Hovens, Franciscus J. H. Hukuk Yargılamasında İstinaf, Hukuk Davalarında İstinafin İşlevlerine Yönelik Mukayeseli Bir Araştırma. Çev.: Mustafa Özbek, **MİHDER**, C. 2, S. 5: 1317-1324, 2006.
- Huber, Michael. **Das Zivilurteil**. 2. Auflage. München: Beck, 2003.
- Ildır, Gülgün. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ingelse, Peter. **Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı** (Ankara, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007.
- International Encyclopaedia of Laws-Civil Procedure Volume 1**, Ed. Piet Taelman. Netherland: Kluwer Law International, 2005.
- Jakoby, Florian. “Das Anschlussrechtsmittel und seine Kosten nach dem Zivilprozessreformgesetz”, **ZZP**, Band 115, Heft 2: 185-213, 2002.

Jauernig, Othmar. **Zivilprozessrecht**. 28. Auflage: München, Verlag C. H. Beck, 2004.

Karayalçın, Yaşar. “Adlî Yargıda Usûli Müktesep Hak”, **Tuğrul Ansay’a Armağan**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

_____. “**Yargı Kararlarında Gerekçe**”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, (8-9 Mayıs 1992), Tartışmalar.

Karlı, Abdurrahim. **Medenî Usûl Hukukunda Usûli İşlemler**. İstanbul: 2001.

Kerameos, Kolliopi. **Der Rechtsanwalt in Griechenland**. <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/dzeuanwr/derrechtsanwaltingriechenland.pdf>, 12.07.2007.

Klauser, Alexander ve Georg E. Kodek. **JN-ZPO Österreichisches und Europaeisches Zivilprozessrecht**. 16. Auflage. Wien: Manzsche Verlag, 2006.

Kolotouros, Panagiotis. **Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozess: Die Rechtsmittel zwischen Kassation und Verfahrensfortsetzung**. Berlin: Duncker&Humblot, 1992.

Konency, Andreas. “Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewaehrung”, **ZZP**, Band 107, Heft 4: 481-498, 1994.

Konuralp, Halûk ve Emel Hanağası, “Fransız Hukuku’nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu”, **LHD**, Y. 5, S. 54: 1795-1818, 2007.

Konuralp, Halûk. “Hukukî Bir Gerçeklik Olarak Kanun Koyucu”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 3-7 Ocak 2006, C. 2: 444-451.

_____. “20. yy. Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış”, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Y. 2, S. 10: 537-543, 1996.

- _____. “Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 14. Kitap: 65-79, 2005.
- _____. “Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Açısından)”, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003: 247-266, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2003.
- _____. “Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi”, **Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı**. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988.
- _____. “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri-Hukuk Davaları Açısından”, **AÜHFD**, C. 50, S. 1: 25-39, 2001.
- _____. “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir 3-5 Ekim 2003: 18-40, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007.
- _____. “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, VI. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısında Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ, 19-20 Ekim 2007, İzmir.
- _____. **Medenî Usûl Hukuku**. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2006.
- _____. **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**. Ankara: AÜHFY, 1999.
- _____. **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**. Ankara: Olgaç Basım Yayım Dağıtım, 1988.

Koussoulis, Stelios. **Recourse against Judgement in the European Union, Civil Procedure in Europe-Greece**, (Hrsg) J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee, Vol. 2: 175-189, Kluwer Law International, 1999.

Krehl, Stefan. **“Almanya’da Hukukî Himaye ve Kanun Yolu”**, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara 2-3 Mart 2006, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007.

Kuru, Baki ve Ramazan Arslan. **“1711 sayılı Kanun’un Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”**, Makaleler: 343-364, İstanbul: Arıkan, 2006.

Kuru, Baki. **“Bugünkü Yapısı İçinde Yargıtay’ın İş Yükünü Azaltma Çareleri”**, Makaleler. İstanbul: Arıkan, 2006.

_____. **“Hukuk Usûlünde Aleyhe Bozma Yasağı”**, Makaleler. İstanbul: Arıkan, 2006.

_____. **“Usûli Müktesep Hak”**, Makaleler. İstanbul: Arıkan, 2006.

_____. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. III.** 6. Baskı. İstanbul: Demir Demir, 2001.

_____. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. IV.** 6. Baskı. İstanbul: Demir Demir, 2001.

_____. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. V.** 6. Baskı. İstanbul: Demir Demir, 2001.

_____. **Nizasız Kaza.** Ankara: 1961.

Kuru, B., Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı.** 18. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

_____. **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**. 18. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Lorenz, Max. “Über die volle Berufung im deutschen und die beschraenkte Berufung im österreichischen Zivilprozessrecht”, **ZZP**, Band 65, Heft 3: 169-193, 1952.

Lüke, Gerhard ve Peter Wax. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze**. Bruno Rimmelspracher § 511-541. 2. Bası. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

Lüke, Wolfgang. **Zivilprozessrecht**. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2002.

Martin, Raymond ve Jacques Martin. “Civil Procedure in France”, **International Encyclopedia of Laws Civil Procedure**, Ed.: Piet Taelman, Volume 1. Hague-Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

May, Artur. **Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren**. 2. Auflage. Köln: Heymanns, 1977.

Meyer, Mickleit Martin. **Revision, Kassation und Final Appeal-Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verfahren in Zivilsachen vor den obersten Gerichtshöfen in Deutschland, Frankreich und England**. München, AluReda Verlag, 1996.

Mol, Gürsel. **Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay**. Ankara: Yargıtay Yayınları, 2004.

Morrel/Morris-Birleşik Krallık, 2.3.1987, Başvuru No: 9562/81, Karar Sıra No: 124, Çev. Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kararları (Akademik Ed.: Osman Doğru) <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 19.12.2006.

Mumcu, Ahmet. **Divan-ı Hümayun**. Ankara: Phoenix Yayınevi, 2000.

Musielak, Hans-Joachim. **Grundkurs ZPO**. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2004.

_____. **Zivilprozessordnung Kommentar**. 3. Auflage. München: Franz Vahlen, 2002.

Muşul, Timuçin. **İcra ve İflâs Hukuku**. İstanbul: Legal Yayınevi, 2005.

Nassal, Wendt. “Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgerichts bei der Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung”, **ZZP**, Band 98, Heft 3: 313-324, 1985.

Odyakmaz, Zehra. **Türk İdarî Yargılama Usûlünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları**. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993.

Oehlers, Horst. “Der Zweck der Berufungsgründe nach § 519 III Nr. 2 ZPO”, **MDR**, 5: 447-451, 1996.

Ökçesiz, Hayrettin. “Yargıtay’ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’un 427. Maddesi Üzerine”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 2, S. 2: 75-79, 1987.

Öktem, İmran. “Üst Mahkeme-İstinâf”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**. Ankara: AÜHFY, 1964.

Özbay, İbrahim. **Hakem Kararlarının Temyizi**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Özbek, Mustafa. “İş Mahkemelerinde Katılma Yoluyla Temyiz”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003.

_____. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2000.

Özekes, Muhammet ve Evrim Erişir. “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, **MİHDER**, C. 2, S. 5:1235-1274, 2006.

Özekes, Muhammet. “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf”, **LHD**, Y. 2, S. 23: 3103-3116, 2004.

_____. “Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı’nda Ön İnceleme”, **HPD**, S. 8: 101-110, Eylül 2006.

_____. “İflâsın Ertelenmesi”, **LHD**, Y. 3, S. 33: 3249-3283, 2005.

_____. “İstinaf Sistemi İle Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi”, Türkiye İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı: s. 143 vd., Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007.

_____. “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.

_____. “Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, **YD**, C. 26, S. 4: 661-699, 2000.

_____. **“Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe”**, Türkiye İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2007.

_____. **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz**. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

_____. **Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz**. Ankara: TBB, 2008.

Özkaya, Eraslan. 2002-2003, 2003-2004 Adlî Yılı Açılış Konuşmaları, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce/tarihce_aak.php, (1.7.2006).

Özmen, İsmail. “İstinaf Mahkemeleri”, **TNBD**, S. 131: 27-38, 2006.

Öztek, Selçuk. **“Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı”**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan 2000 İzmir: 104-114, İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000.

_____. “HUMK m. 427’deki Kesinlik sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 2, S. 2: 62-74, 1987.

Pantle, Norbert. “Die Pflicht des Berufungsgerichts zur Wiederholung einer ersinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme”, **NJW**, Heft 50: 3160-3164, 1987.

_____. **Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozess.** Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991.

Paulus, Christoph G. **Zivilprozessrecht.** 3. Auflage. Berlin: Springer, 2003.

Pekcanıtez, Hakan. “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Seyfullah Edis’e Armağan.** İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000.

_____. “İflasın Ertelenmesi”, **İBD**, C. 79, S. 2: 323-358, 2005.

_____. “**Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan 2000 İzmir: 52-74, İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000.

_____. **İcra-İflas Hukukunda Şikâyet.** Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.

_____. “İstinaf Mahkemeleri”, **GÜHFD**, S. 1: 17-29, 2006.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale.** Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992.

Pekcanıtez, H., Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medenî Usûl Hukuku.** 6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Pekcanıtez, H., Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. **İcra ve İflâs Hukuku.** 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Piekenbrock, Andreas. **Der italienische Zivilprozess im europaeischen Umfeld, Eine rechtsvergleichende Studie unter Hervorhebung der richterlichen Verfahrensleitung.** Berlin: Duncker&Humblot, 1998.

- Postacioğlu, İlhan E. **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**. 6. Baskı. İstanbul: İÜHFY, 1975.
- Pound, Roscoe. **Jurisprudence-Volume 5-Part 8-The System of Law**. Union-New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000.
- Rechberger, Walter R. ve Daphne-Ariane Simotta. **Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren**. 6. Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, 2003.
- Rechberger, Walter ve Georg Kodek. “**Civil Procedure in Austria**”, **International Encyclopedia of Laws Civil Procedure**, Ed.: Piet Taelman, Volume 1. Hague-Netherlands: Kluwer Law International, 2005.
- Rimmelspracher, Bruno. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung- 4. Band Aktualisierungsband ZPO Reform 2002 und weitere Reformgesetze**. München: Beck, 2002.
- Rosenberg, Leo. “Empfielt sich die Einführung des Neuerungsverbots im berufungsverfahren in das deutsche Prozessrecht nach dem Vorbild der österreichischen Zivilprozessordnung”, **ZZP**, Band 64, Heft 1: 6-28, 1950.
- Rosenberg, L., Karl Heinz Schwab ve Peter Gotwald. **Zivilprozessrecht**. 16. Auflage. München: Beck, 2004.
- Roth, Herbert. “Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess-Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit”, **JZ**, Heft 4: 174-178, 2005.
- Saldırım, Mustafa. **Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

- Salis, Peter von. **Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**. Zürich: Schulthess, 1981.
- Schellhammer, Kurt. "Der Prozessstoff in der Berufungsinstanz - oder: Die Rätsel des § 529 ZPO n.F.", **FPR**, Heft 12: 597-600, 2002.
- Schilken, Eberhard. **Zivilprozessrecht**. 4. Auflage. Köln: Carl Heymans Verlag KG, 2005.
- Schneider, Johan. "Die Anschlussberufung (§ 524 ZPO)", **ZZP**, Band 119, Heft 4: 423-434, 2006.
- Schumann, Claus-Dieter ve Wolfgang Kramer. **Die Berufung in Zivilsachen**. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2002.
- Selçuk, Sami. "Üst (İstinaf) Mahkemeler Tezelden Kurulmalıdır", **ABD**, Y. 49, S. 1: 20-25, 1992.
- _____. Yargıtay Onursal Başkanının 2000-2001 Adlî Yılı Açılış Konuşması. http://www.yargitay.gov.tr/tarihce/tarihce_aak.php, (1.7.2006).
- Semmelmayr, Johann. **Der Berufungsgegenstand**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Serozan, Rona. **Medenî Hukuka Giriş**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.
- Spühler Karl ve Dominik Vock. **Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund**. Zürich: Schulthess, 1999.
- Stackman, Nikolaus. "Fehlerkontrolle zu Beweisaufnahme und Beweiswürdigung nach ZPO-Berufungsrecht", **JuS**, S. 10: 878-881, 2004.

Stosch, Felix Graf von. **Prozessförderung durch das Mittel der Praeklusion im österreichischen und deutschen Recht- de lege lata-de lege ferenda.** Berlin: Duncker&Humblot, 2000.

Stürner, Michael. **Die Anfechtung von Zivilurteilen.** München: Verlag C.H. Beck, 2002.

Stürner, Rolf. “Fransa ve Almanya’da Yeni Usûl Hukuku Reformları-Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-“, Çev.: Nesibe Kurt, **MİHDER**, C. 3, S. 6: 77-84, 2007.

Sungurtekin, Meral. **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri.** İzmir: DEÜHFY, 1995.

_____. Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi”, **YD**, Y. 16, S. 4: 471-489, 1990.

Surlu, Mehmet Handan. “**İstinaf Usûlünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması, Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar**”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara, 2-3 Mart 2006, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007.

_____. “Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi”, **YD**, C. 26, S. 3: 275-291, 2000.

_____. “**Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından istinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dizinmeye Özlemi**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-8 Nisan İzmir: 90-103, İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000.

Şensoy, Naci. “İstinaf”, **İÜHFM**, C. XII, S. 4: 1058-1072, 1946.

Şentop, Mustafa. “Önceki Hukukumuzda Mahkeme Hükümünün Kontrolü, Teorik Temelleri, **Hukuk Dünyası**, Nisan-Haziran: 43-56, 2006.

_____. **Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik**. İstanbul: Klasik Yayınları, 2005.

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013, Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**. Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2007.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001.

Tanrıver, Süha. “Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, C. XVIII, S. 1-2: 151-156, 1995.

_____. “**Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler**”, Makalelerim (1985-2005). Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005.

_____. “**Hukuk Yargısında Etkinliği Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine**”, Makalelerim (1985-2005). Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı**. Ankara: AÜHFY, 1998.

_____. **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-II, I. Oturum Tartışmalar**, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, Ankara: TBB, 2007.

Taşkın, Ahmet. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”, **AD**, Y. 95, S. 19: 48-79, 2004.

Taşpınar, Sema. “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Faruk Erem’e Armağan**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1999.

_____. **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

Tercan, Erdal. **Medenî Usûl Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde Eski Hale Getirme**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

Thomas, Heinz ve Hans Putzo. **Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar**. 27. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

Tutumlu, Mehmet Akif. “İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları”, **THD**, Y. 2, S. 7: 57-64, 2007.

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

Ulukapı, Ömer. **Medenî Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı**. Konya: Mimoza Yayınları, 1991.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**. 3. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999.

Unberath, Hannes. “Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform-Theorie und Praxis”, **ZZP**, Band 120, Heft 3: 323-345, 2007.

Uzun, Ertuğrul. “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zaafiyeti”, **MİHDER**, C. 3, S. 7: 359-376, 2007.

_____. **Hukuk Göstergebilimi**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.

Üçok, Coşkun ve Ahmet Mumcu. **Türk Hukuk Tarihi**. 7. Baskı. Ankara: Savaş Yayınları, 1991.

Üstündağ, Saim. “Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı”, **YD**, C. 15, S. 1-4: 73-93, 1989.

_____. “Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum”, **İÜHFM**, C. XXVIII, S. 1: 133-192, 1962.

_____. **Medenî Yargılama Hukuku C. I-II**. 6. Bası. İstanbul: Alfa Basım yayım Dağıtım, 1997.

Vigneau, Vincent. “**Fransız Yargı Sistemi Yapılanmasında İstinaf Mahkemeleri**”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara, 2-3 Mart 2006, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007.

Vogel, Oscar ve Karl Spühler. **Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz**. 8. Auflage. Bern: Staempfli Verlag, 2006.

Wennerstorm, Lars. “**Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliliği**”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin

Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara: 2-3 Mart 2006, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Yenisey, Feridun. **“Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları”**, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara, 2-3 Mart 2006, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2000.

_____. **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1979.

Yıldırım, M. Kamil. **“Kanun Yolu Olarak İstinaf”**, İstinaf Mahkemeleri-Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003.

_____. **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**. İstanbul: 2000.

_____. **“Medenî Usûl Hukukunda Reformatio In Peius Yasağı”, *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı**. İstanbul: MÜHF, 1993.

_____. **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**. İstanbul: Kazancı, 1990.

Yıldırım, Nevhis Deren. **“İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri”**, **Özer Seliçi’ye Armağan**. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

_____. **“Teksif İlkesi Açısından İstinaf”**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003: 267-284, Ankara: TBB, 2003.

_____. **Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, **SÜHFD, Şakir Berki’ye Armağan**, C. 5, S. 1-2: 55-76, 1996.

_____. **“İçtihadı Birleştirme ve Adalettteki Çelişkiye Son Verme İhtiyacı”** Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Ankara: 9-10 Haziran 2000, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.

_____. “İşe İade Davalarında Yargılama Usulüyle İlgili Özellikler”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 4: 20-31, 2004.

_____. “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, **AÜHFD**, C. XXIX, S. 1-2: 255-287, 1972.

_____. “Usûl Ekonomisi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1: 243-274, 2008.

_____. **Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri C. I**. Ankara: Yetkin yayınları, 2001.

_____. **İstinaf**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

_____. **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**. İstanbul: Kazancı, 1982.

_____. **Olağanüstü Temyiz- Kanun Yarına Bozma, Yazılı Emirle Bozma**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Yücel, Erdoğan. “Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri”, **AD**, Y. 97, S. 25: 158-182, 2006.

Yücel, Mustafa Tören. “İstinaf Sorunu”, **YD**, C. 26, S. 1-2: 68-83, 2000.

_____. **Türkiye’de Yargının Etkinliği**. Ankara: TBB, 2008.

Zeiss, Walter ve Klaus Schreiber. **Zivilprozessrecht**. 10. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

Zöller, Richard. **Zivilprozessordnung**. 25. Auflage. Köln: O. Schmidt, 2005.