

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**MAHKEME İÇTİHATLARI YOLUYLA
MEDENÎ USÛL HUKUKUNUN İNŞASI**

DOKTORA TEZİ

Nurbanu ERZURUMLU IŞIK

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

Ankara 2020

ONAY SAYFASI

Nurbanu ERZURUMLU IŞIK tarafından hazırlanan Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvan Adı Soyadı	Kurumu	İmza
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Halil AKKANAT	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Murat ATALI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	

Tez Savunma Tarihi: 11.12.2020

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Ünvan Ad Soyad

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim.
11.12.2020.

Nurbanu ERZURUMLU IŞIK

TEŞEKKÜR

Çalışmanın yürütülmesinden sonuçlandırılmasına kadar her aşamasında bana destek olan, değerli görüşlerini benimle paylaşarak çalışmanın sonuçlanmasında büyük emek gösteren, tez danışmanım sayın Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN'a şükranlarımı sunmak isterim. Ayrıca, tezimin uzunca bir süre danışmanlığını yürüten, bu konuda bir tez yazılması gerektiği hususunda beni cesaretlendiren, değerli görüşleri ile bu çalışmanın ortaya çıkmasında büyük emeği bulunan hocam sayın Prof. Dr. Murat ATALI'ya da ne kadar teşekkür etsem azdır. Tez savunma jürimde bulunarak beni onurlandıran, sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ'a, Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES'e ve Prof. Dr. Halil AKKANAT'a tez çalışmamla ilgili değerli görüşleri ve önerileri için teşekkür borçluyum.

Bu tezin hazırlanması sürecinde dokuz ay süre ile Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma yapabilmem Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından doktora öğrencilerine verilen 2214-A doktora sırası araştırma bursu ile gerçekleşmiştir. Bu süre içinde kürsüsünde araştırmalarda bulunmama imkân tanıyan, değerli vaktini bana ayırarak sorularımı en içten şekilde cevaplandıran, fakültenin bütün imkânlarından en kolay şekilde yararlanmam için elinden gelen desteği gösteren sayın Prof. Dr. Lorenz KÄHLER'e sonsuz teşekkürler.

ÖZET

Mahkeme İctihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası

Bu çalışmada, medenî usûl hukukunda yorum ve boşluk doldurma konuları incelenmiştir. Bu çerçevede ilk olarak medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda dikkate alınması gereken ilkeler açıklanmıştır. Kanunlarda uygulanabilecek herhangi bir hüküm bulunmadığı hâllerde ise boşluk doldurmanın ve bu kapsamda hâkimin hukuk yaratmasının medenî usûl hukuku bakımından mümkün olup olmadığı, özellikle Anayasa'nın 142'nci maddesi dikkate alınarak cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Ayrıca mahkemelerin hukuk kurallarının yorumu ve gerektiğinde hukuk yaratma yolu ile verdiği kararların sonraki yargılamalar bakımından bağlayıcılığı da ele alınmış ve bu bağlamda kanunen bağlayıcı olduğu kabul edilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının niteliği, anayasal meşrûiyeti, şartları ve sonuçları açıklanmış ve bu kararlarla hukuk yaratmanın mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Ayrıca çalışmanın teorik kısmında açıklanmaya çalışılan hususların uygulamadaki görünümünü ortaya koyabilmek adına usûl hukukuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarından bazıları yorum ve hukuk yaratma çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşluk, hukuk yaratma, içtihatların bağlayıcılığı, içtihadı birleştirme kararları, medenî usûl hukuku, yorum

ABSTRACT

The Formation of Procedural Rules Through the Decisions of Courts

In this study, interpretation and filling the loopholes in civil procedural law are examined. In this framework, first of all, the principles that should be taken into account in the interpretation of the rules regarding civil procedure law were explained. In cases where there is no applicable provision in the laws, it has been tried to answer whether it is possible in terms of civil procedural law to fill the loophole and the judge to make law in this context, especially by considering the 142nd article of the Turkish Constitution. In addition, the binding effect of the courts' interpretation of the legal rules and the decisions made by law-making when necessary, in terms of judicial processes were also examined. In this context, the Turkish Court of Cassation's decisions on the unification of conflicting judgments, which are considered to be legally binding, have been examined in detail. In this context, the legal nature, constitutional legitimacy, conditions and consequences of the Turkish Court of Cassation's decisions on the unification of conflicting judgments were explained and it was discussed whether it was possible to law-making with these decisions. In addition, in order to reflect the practical view of the issues that are tried to be explained in the theoretical part of the study, some of the Turkish Court of Cassation's decisions on the unification of conflicting judgments regarding procedural law have been evaluated within the framework of interpretation and law-making.

Keywords: Loophole in the law, law-making, binding effect of decisions, civil procedure law, interpretation

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YORUM ve BOŞLUK DOLDURMA

§ 1. Hukukta Yorumun Genel Çerçevesi	6
A. Genel Olarak	6
B. Yorum Hakkındaki Teoriler	9
C. Genel Yorum Kriterleri	10
1. Genel Olarak	10
2. Lafzî Yorum	11
3. Sistematiik Bütünlük	14
4. Kanun Koyucunun Amacı	16
5. Düzenlemenin Objektif Amacı	18
6. Anayasaya Uygun Yorum Kriteri	19
7. Yorum Kriterlerinin Birbiriyle İlişkisi	22
§ 2. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yorumlanması.....	26
A. Genel Olarak	26
B. Medenî Usûl Hukukunun Bağımsız Bir Metodolojisi Olup Olmadığı Sorunu	27
1. Bağımsız Bir Metodolojinin Bulunduğunu Kabul Eden Görüşler	27
2. Bağımsız Bir Metodolojinin Bulunduğunu Reddeden Görüşler	32
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi	33
C. Medenî Usûl Hukukuna Özgü Yorum Kuralları	36
1. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Niteliği İtibariyle Yorum	36
2. Genel Yorum Kriterlerinin Medenî Usûl Hukuku Kuralları Açısından Uygulanması	42

3.	Medenî Usûl Hukukunda Amacı İtibariyle Yorum.....	45
a.	Genel Olarak	45
b.	Medenî Usûl Hukukunun Amacı	46
aa.	Genel Olarak	46
ab.	Medenî Usûl Hukukunun Amacına İlişkin Olarak Öğretide	
	Savunulan Görüşler	48
aba.	Hukuk Düzeninin Korunması ve Gerçekleştirilmesi	48
abb.	Hukukî Barışın ve Güvenliğin Korunması	49
abc.	Gerçeğe Ulaşmak	51
abd.	Hakların Tespiti, Korunması ve Gerçekleştirilmesi.....	51
ac.	Görüşümüz	52
4.	Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Normlar Hiyerarşisine Uygun	
Yorumu		55
a.	Genel Olarak	55
b.	Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Anayasa'ya Uygun Yorumu ...	57
c.	Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Uluslararası Hukuka Uygun	
Yorumu		61
5.	Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Maddî Hukuka Uygun Yorumu	63
6.	Yargılamanın Dinamikliği	66
7.	Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerin Yoruma Etkisi	67
a.	Genel Olarak	67
b.	Hukukî Öngörülebilirlik.....	68
c.	Tasarruf İlkesi.....	70
d.	Dürüstlük İlkesi.....	71
e.	Silahların Eşitliği İlkesi.....	72
f.	Usûl Ekonomisi.....	73
g.	Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yorumunda Aşırı Şekilcilik	75
§ 3.	Boşluk Kavramı ve Türleri.....	82
A.	Genel Olarak	82
B.	Boşluk Kavramı	84
C.	Boşluk Türleri	86
§ 4.	Kıyas ve Amaca Uygun Sınırlama	89
A.	Kıyas	89

1. Tanımı ve Hukukî Dayanağı	89
2. Şartları	90
a. Düzenleme Eksikliği	90
b. Benzerlik	96
c. Kıyaslanabilirlik	97
3. Çeşitleri	101
B. Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon).....	103
C. Medenî Usûl Hukukunda Kıyas ve Amaca Uygun Sınırlama	108
1. Genel Olarak	108
2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum.....	108
3. Türk Hukukundaki Durum.....	112
§ 5. Hâkimin Hukuk Yaratması Yoluyla Boşluk Doldurma	117
A. Genel Olarak Hâkimin Hukuk Yaratması	117
1. Genel Olarak	117
2. Hukukî Dayanağı ve Anayasal Meşrûiyet Sorunu	118
3. Hâkimin Yarattığı Hukukun İçeriği ve Niteliği	122
B. Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması	124
1. Genel Olarak	124
2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum.....	125
3. Türk Hukukundaki Durum.....	127

İKİNCİ BÖLÜM

İÇTİHATLAR ve BAĞLAYICI ETKİSİ

§ 6. Genel Olarak Mahkeme İçtihatları ve Bağlayıcı Etkisi	133
A. Kavram	133
B. Emsal Kararların Bağlayıcılığı Meselesi	136
1. Genel Olarak	136
2. Emsal Kararların Bağlayıcılığına İlişkin Görüşler.....	138
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	142
a. Sorunun Tespiti	142
b. Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirme	144
c. Hâkimlerin Bağımsızlığı Açısından Değerlendirme	145
d. Hukukî Güvenlik Açısından Değerlendirme	146

e. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Değerlendirme	151
f. Ara Sonuç.....	152
C. Bağlayıcılığın Kapsamı	153
§ 7. İçtihadı Birleştirme Kararları	155
A. Genel Olarak	155
B. Karşılaştırmalı Hukukta Yüksek Mahkeme İçtihatlarının Birleştirilmesi	156
1. Alman Hukuku	156
2. İsviçre Hukuku	161
C. Türk Hukukunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları.....	166
1. Amacı	166
2. Hukukî Niteliği.....	168
a. Genel Olarak	168
b. Öğretideki ve Uygulamadaki Görüşler	169
c. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	171
3. Anayasal Meşrûiyeti.....	174
a. Öğretideki Görüşler.....	174
b. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü	176
c. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	179
ca. Genel Olarak	179
caa. Hukuk Yaratmaya Yönelik İçtihadı Birleştirme Kararları	
Bakımından	179
cab. Mevcut Normun Yorumuna Yönelik İçtihadı Birleştirme	
Kararları Bakımından.....	184
cb. Medenî Usûl Hukuku Yönünden Değerlendirme	186
4. İçtihadı Birleştirme Kararı Verilebilecek Durumlar	188
a. Çelişkili Kararın Varlığı.....	188
aa. Genel Olarak	188
ab. Çelişkinin Tespiti.....	189
ac. Çelişkili Kararlar Bakımından Yerleşik Olma Meselesi.....	193
b. Yerleşik İçtihattan Dönülmesi.....	197
c. İçtihadı Birleştirme Kararının Değiştirilmesi ya da Kaldırılması .	204
5. İçtihadı Birleştirme Kararı Verilmesinin Usûlü	207

6. İċtihadı Birleştirme Kararının Sonuçları	212
a. Baēlayıcılık	212
aa. Genel Olarak	212
ab. Diēer Yargı Kolları Bakımından Baēlayıcılık.....	217
aba. İdarî Yargı Bakımından.....	217
abb. Uyuşmazlık Yargısı Bakımından	222
abc. Anayasa Yargısı Bakımından	224
ac. Tahkim Yargılaması Bakımından	227
b. Derdest Davalara Etki	228
ba. İċtihadı Birleştirme Kararının Müzakere Edildiēi Aşama	
Bakımından	229
bb. İċtihadı Birleştirme Kararının Verilmesinden Sonraki Aşama	
Bakımından	231
7. İċtihadı Birleştirme Kararlarının Denetimi	236
8. Bölge Adliye Mahkemelerinin Kararları Arasındaki elişkinin	
Giderilmesi	237

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEDENÎ USÛL HUKUKUNA İLİşKİN YARGITAY İĊTİHADİ BİRLEşTİRME KARARLARI ve DEēERLENDİRİLMESİ

§ 8. Genel Olarak	242
§ 9. Davanın Açılması ve Dava şartlarına İlişkin Kararların	
Deēerlendirilmesi.....	243
A. Davanın Açılmasına İlişkin Kararlar	243
B. Mahkemelerin Görevine İlişkin Kararlar	246
1. Genel Mahkemelerin Görevine İlişkin Kararlar	246
2. Kadastro Mahkemelerinin Görevine İlişkin Kararlar	249
3. Mahkemelerin Görevine İlişkin Diēer Kararlar	251
C. Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Kararlar.....	254
D. Yargılamanın Taraflarına İlişkin Kararlar	257
1. Taraf Ehliyeti	257
2. Dava Ehliyeti.....	259
3. Dava Takip Yetkisi	261

4. Dava Arkadaşlığı.....	264
5. Davaya Vekâlet	267
§ 10. Tahkikata İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	268
A. Davaların Birleştirilmesine İlişkin Kararlar	268
B. İddianın ve Savunanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesine İlişkin Kararlar	270
C. Islaha İlişkin Kararlar	273
D. İspata ve Delillere İlişkin Kararlar	279
1. İkrara İlişkin Kararlar	279
2. Delillere İlişkin Kararlar	282
a. Senetle İspata İlişkin Kararlar	282
b. Yemine İlişkin Kararlar	283
c. Delillere İlişkin Diğer Kararlar	286
§ 11. Mahkeme Kararları ve Kanun Yollarına İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	288
A. Mahkeme Kararlarına İlişkin Kararlar	288
B. Kanun Yollarına İlişkin Kararlar	292
1. Olağan Kanun Yollarına İlişkin Kararlar	292
2. Olağanüstü Kanun Yollarına İlişkin Kararlar	305
§ 12. Yargılama Giderlerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	306
A. Vekâlet Ücretine İlişkin Kararlar	306
B. Harçlara İlişkin Kararlar	311
C. Diğer Yargılama Giderlerine İlişkin Kararlar	315
§ 13. Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	321
§ 14. Tahkime İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	323
SONUÇ	337
KAYNAKÇA	349

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFHD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Band
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BBl	: Bundesblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
BGerR	: Reglement für das Bundesgericht
BGG	: Bundesgesetz über das Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Sayı, Sayfa)
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
Buchst.	: Buchstabe
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sayı, Sayfa)
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
DD	: Danıştay Dairesi (Daire numarası ile birlikte)
DİBK	: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Einf.	: Einführung
Einl.	: Einleitung
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FS	: Festschrift
GemSOGB	: Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GG	: Grundgesetz
Hk	: Hand Kommentar
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
m.	: madde

MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Yıl, Sayfa)
No.	: Numara
para.	: Paragraf
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
s.e.t.	: son erişim tarihi
SHK	: Stämpflis Handkommentar
T.	: Tarih
TBBĐ	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
v.	: von
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yarg. İç Yön.	: Yargıtay İç Yönetmeliği
Yarg. K.	: Yargıtay Kanunu
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi (Daire numarası ile birlikte)
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBHGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess



GİRİŞ

Hukuk devletinde eşitliğin sağlanabilmesi için hukuk kurallarının benzer durumda bulunan kişilere benzer şekilde uygulanması gerekir. Ülke genelinde hukuk birliğinin sağlanmış olması keyfi uygulamaları ve adaletsizliğe yol açacak kararları engellemek açısından büyük önemi haizdir. Ancak bir hukuk kuralının uygulanması, bu kuralı uygulamakla görevli kişilerin ondan ne anladığı ile doğrudan ilgilidir. Zira hukuk kuralları, özellikle yazılı hukuk kuralları, her ne kadar sözcüklerle ifade edilmiş olsa da okuyucusunun ve uygulayıcısının o sözcüklerden ne anladığı, uygulanacak hukuk kuralının anlamsal kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşır.

Bu noktada hangi hukuk ekolünün benimsendiği önem arz etmez. Diğer bir deyişle, yorumcunun kavram hukukçuluğundan¹ mı etkilendiği yoksa serbest hukuk okulunu² mu benimsediği ya da menfaat hukukçuluğunu³ mu kabul ettiği sonucu etkilemez. Çünkü, aslında sorun, hâkimin kanunla ne derece sıkı ilişkili olduğundan bağımsız bir biçimde hukuk kuralından ne anladığı ile ilgilidir. Artık hukuk bilimi bakımından da -sürekli olarak iddia edildiğinin aksine- hukukçuların önyargısız ve objektif bir biçimde hareket edemeyecekleri, kuralı anlamakta kişisel tecrübelerinden oluşan ön yargılardan etkilenecekleri ortaya çıkmış; metinler vasıtasıyla bilgiye ulaşan hukukçular bakımından da *hermeneutik* (yorum bilgisi) önem kazanmıştır⁴. Bu çerçevede, kuralların farklı şekilde yorumlanabileceği kabul edilmekle

¹ Kavram hukukçuluğu, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiğinden hareket eden ve kanunlarda boşluk olsa da hukukta boşluk olmayacağını iddia eden, yorumun ve boşluk doldurmanın hukukun sistemleştirilmesi yolu ile elde edilen kavramlar aracılığı ile mümkün olabileceğini savunan hukuk ekolü olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler, Kemal**, Hukuka Giriş, 2019, s. 298 vd.; **Sözer, Ali Nazım**, Hukukta Yöntembilim, 2017, s. 28 vd.; **Güriz, Adnan**, Hukuk Felsefesi, 2014, s. 137 vd.; **Heper, Altan**, Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philip Heck, İÜHF, C. LXXII, Y. 2014, S. 1, s. 334 vd.; **Metin, Sevtap**, Hukuk Normunun Yorumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 61 vd..

² Serbest hukuk okulunda ise genel olarak hâkimin kanundan tamamen bağımsız olarak serbest değerlendirmesi ile karara ulaşması gerektiğini iddia edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sözer**, s. 31 vd.; **Heper**, s. 337 vd., **Metin**, Yorum, s. 114 vd..

³ Menfaat hukukçuluğu, hukukun çatışan menfaatler arasında karar verilmesi olarak ifade edildiğini ve kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde boşluk doldurma görevinin hâkime ait olduğunu, hâkimin hukuk yaratırken hukuk düzenini korumanın yanında taraf menfaatlerini de gözetmesi gerektiğini ileri süren okul olarak ifade edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, Giriş, s. 297 vd.; **Sözer**, s. 32; **Metin**, Yorum, s. 117 vd.; **Özekes, Muhammet**, Temel Hukuk Bilgisi, 2019, s. 105.

⁴ **Fenge, Hilmar**, Juristische Methodenlehre und Prozessrechtswissenschaft, FS für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, 1975, s. 137.

beraber bunlardan hukuka en uygun olanının belirlenmesi gerekir. Bu ise bir metodoloji ihtiyacını doğurur.

Hukukî metodoloji, hukukun alt dallarının kendine özgü özelliklerinin ortaya çıkarılmasına ve böylelikle bu bilim alanının sınırlarının belirlenmesine yardım etmektedir⁵. Bir alanın bilim olarak değer kazanmasında o alanın kendi metodolojisinin gelişimi ve uygulanması dikkate alınmaktadır⁶. Zira bir hukuk dalının kavranabilmesi, o hukuk alanındaki kuralların iyi bir biçimde anlaşılabilmesine bağlıdır⁷.

Medenî usûl hukukunun metodolojisi ise bugüne kadar bağımsız bir çalışmanın konusu yapılmamıştır. Oysa, genel olarak bütün hukukî metinlerin uygulanması açısından bir yöntemin varlığı, hukuk kurallarının hangi kurallar çerçevesinde ve hangi şartlar altında yorumlanması gerektiğinin belirlenmesi; hukukta boşluk bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve şayet boşluk söz konusu ise bunun doldurulmasında sınırların ve yöntemin ortaya konulması, en başta keyfiliği ortadan kaldırarak hukukî güvenliğe hizmet eder⁸. Ayrıca ülkede hukuk birliğinin tesisine ve mahkemelerin hukukun gelişimine katkı sunmasına yardımcı olur⁹. Yine medenî usûl hukukunun bağımsız bir bilim dalı olarak sınırlarının ortaya konulmasında da bu husus rol oynar.

Usûl hukuku kurallarına ihtiyaç ancak bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu durumda, bu uyuşmazlığın çözümü aşamasında ortaya çıkar. Dolayısıyla maddî hukuk kurallarından farklı olarak, usûl kurallarının hâkimden bağımsız şekilde düşünülmesi esas olarak mümkün değildir ve hâkimin kuralı uygularken onu nasıl anlamlandırdığı, hukukun uygulanması bakımından oldukça önemlidir¹⁰. Zira, gerçekte kanun, uygulayıcısının ondan neyi anladığından ve neyi anlamadığından ibarettir¹¹. Yargılama süresince hâkimin yaptığı, hukuk kurallarını anlamlandırarak somut olaya uygulamaktır¹². Dolayısıyla, usûlî süreçte, hâkim, her

⁵ Fenge, s. 140.

⁶ Fenge, s. 136.

⁷ Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 2001, s. 175-176.

⁸ Sözer, s. 19-20.

⁹ Hukuk biliminin ve uygulamasının en önemli ödevinin hukukun gelişimini sağlamak olduğu yönünde bkz. Aral, Hukuk Bilimi, s. 184. Alman hukukunda federal düzeydeki temyiz mahkemesinin hukukun gelişimine katkı sağlamakla ödevli bulunduğu açıkça düzenlenmiştir. Bkz. § 543 Abs. 2 ZPO.

¹⁰ Hukuk kurallarının hazırlanması aşamasında muhataplarının doğrudan hukukçular olması nedeni ile usûl kanunlarının daha soyut ve teknik biçimde hazırlanması gerektiği; usûl kanunlarının anlaşılabilmesinin muhataplarının dilini kullanması ile doğru orantılı olduğu yönünde bkz. Sözer, s. 22.

¹¹ Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Beck'sche Kurz Kommentare Zivilprozessordnung, 2019, Einl. III, para. 38.

¹² Esen, Bülent Nuri, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, 1972, s. 83; Işıktaç, Yasemin, Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme, İBD, Y. 1988, C. 62, S. 1-2-3, s. 2, <http://www.isiktac.av.tr/Makaleler/Hakimin%20Hukuk%20Yaratma%20Fonksiyonu%20%C3%9Czerine%20Bir%20%C4%B0nceleme.pdf>, s.e.t. 23.09.2019; Sözer, s. 27.

aşamada, tarafların ve vekillerinin de katkısı ile yorum faaliyetini gerçekleştirmektedir. Başından sonuna kadar bir anlamlandırma, bir yorumlama süreci olan usûlî süreci düzenleyen kuralların bizatihi kendisinin yorumunun ne şekilde gerçekleştirileceği ayrıca değerlendirilmelidir.

Pozitif hukukta yer alan bir kuralın ne şekilde anlamlandırılması gerektiğini konu alan yorum faaliyeti, kuralın hangi durumlarda uygulanıp uygulanamayacağının tespitini ortaya koymak bakımından da bir görev üstlenir. Bu bağlamda, mevcut kuralın somut olaya uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tespit, başlı başına yorum faaliyetinin bir sonucudur. Bu tespitin ardından, somut uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için uygulanacak kuralın kanunlarda mevcut olmaması hâlinde ise hâkimin boşluk doldurması ve hatta gerekiyorsa hukuk yaratması Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi ile genel olarak kabul edilmiştir. Modern hukuk düzenlerinde, hâkimlerin hukuk yaratmasının artık bir gereklilik olduğu da görmezden gelinemez. Kanunlarda somut olaya uygulanacak herhangi bir kuralın bulunmaması yahut da birbiri ile çelişki içinde birden fazla hükmün bulunması durumunda, hâkimin kendisi kanun koyucu olsa idi ne şekilde karar vereceği bu olayla sınırlı olarak belirlenir ve somut olay karara bağlanır. Bu ise somut olay bakımından kanun koyucu tarafından ihdas edilmeyen bir kuralın hâkim tarafından yaratılması anlamını taşır. Bu çerçevede, Anayasa'nın 142'nci maddesi ile mahkemelerin yargılama usûlünün belirlenmesinde kanunîlik ilkesinin benimsenmesi karşısında, usûl hukuku açısından hâkimlerin hukuk yaratma imkânının bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Bugüne kadar hâkimlerin hukuk yaratması genel olarak hukuk metodolojisi ve anayasa hukuku çerçevesinde incelenmiş; usûl hukuku bakımından ise geniş kapsamda ele alınmamıştır. Halbuki hukuk yaratma doğrudan somut uyuşmazlığın çözümü esnasında, mahkemeler tarafından gerçekleştirilen bir faaliyet olması nedeni ile mahkemelerin karar verme süreçleri ile sürekli bir etkileşim içindedir. Bu noktada, mahkemelerin somut uyuşmazlıklar açısından kanunu uygulayarak verdiği kararların, bizzat uygulanacak kuralı hâkimin kendisinin oluşturduğu, yaratıcı karar verme süreçlerinden ayrılması gerekir¹³. Bu bağlamda medenî usûl hukukunun Türk hukuku bakımından gösterdiği özellikler çerçevesinde, hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olup olmadığının tespiti gerekir. Bu çalışmada hâkimlerin hukuk yaratması ile ilgili olarak sadece medenî usûl hukuku kuralları çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirilmiş; maddî hukuka ilişkin kurallar ile mahkeme kararları ve bunların normatif gücü ise çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.

¹³ **Maultzsch, Felix**, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, s. 10.

Hem hukuk kurallarının yorumunda hem de boşluk nedeniyle hukuk yaratmada hâkimin hukukun genel ilkelerinden hareket edeceği muhakkaktır. Fakat benzer sorunların çözümünde hâkimlerin yaşam tecrübesi, bilgi ve birikimi ile olayı algılama ve çözüm üretme yetenekleri birbirinden farklı olduğundan, mevcut kuralı hukukun sınırları içinde farklı şekilde yorumlamaları ya da kuralın pozitif hukukta yer almaması hâlinde hukuk yaratmanın farklı şekillerde tezahürü söz konusu olabilir. Bu ise benzer uyuşmazlıklar bakımından yeknesak bir çözümün üretilmesinin her durumda mümkün olmamasına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla hukukun her zaman objektif olarak ve yeknesak bir biçimde uygulandığı iddia edilemez. Ancak, bu farklı uygulamaların ve bu nedenle ortaya çıkan zararların en aza indirilmesi, hukuk devleti olmanın gereklerinden biridir. Bu çerçevede, hukuk kurallarının uygulanması bağlamında, en azından yüksek mahkeme kararları arasında meydana gelen çelişkilerin giderilmesi bu ideale yaklaşmak için bir basamak olarak kabul edilmelidir.

Yeknesaklığın sağlanması ancak yüksek mahkemelerinin görevidir. Bugün artık yüksek mahkemeler aracılığı ile hukukun geliştirilmesi ve hukuk yaratılması ülke çapında hukukun yeknesak şekilde uygulanabilmesinin bir şartı olarak ifade edilmektedir¹⁴. Dolayısıyla, yüksek mahkemelerin sadece uyuşmazlıklara ilişkin alt derece mahkemeleri tarafından verilen kararlardaki hataları düzeltme fonksiyonu bulunduğunu iddia etmek, bugün artık gerçekçi değildir¹⁵. Yüksek mahkemelerin norm inşa etme kuvveti Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından da yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu bağlamda hâkimin hukukunun, hukukun tüm alanlarında olduğu gibi usûl hukuku bakımından da önemi büyüktür.

Medenî usûl hukuku, temel olarak bireylerin özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının devletin yetkilendirdiği mahkemeler aracılığıyla bağlayıcı şekilde çözüme kavuşturulmasına hizmet eder¹⁶. Bu hukuk dalı, kendiliğinden hak alma (*ihkak-ı hak*) yasağı nedeni ile yargılama tekeline- tahkimin mümkün olduğu hâller istisna olmak üzere- elinde bulunduran devletin koruması altında, bireylerin haklarına kavuşmasını ve aynı zamanda

¹⁴ Lames, Peter, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, 1993, s. 77 vd.; Maultzsch, s. 2.

¹⁵ Maultzsch, s. 12.

¹⁶ Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1975, s. 4; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 2000, s. 2-3; Maultzsch, s. 1; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 2011, s. 5; Karşı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 2012, s. 49; Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2016; s. 120; Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. I, 2017, s. 26; ; Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 2018, Einl. § 1, para. 6-7; Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, Grundkurs ZPO, 2018, para. 20; Saenger, Ingo, Zivilprozessordnung Hand Kommentar, 2019, Einf., para. 2; Münchener Kommentar zur ZPO/Rauscher, 2019, Einl., para. 1; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 2020, s. 7; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 2020, s. 52; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2020, s. 10.

hukukî barışı ve güvenliği sağlamaktadır. Ancak, usûl hukukunun diğer bir boyutu ise özellikle yüksek dereceli mahkemelerin kararları aracılığı ile hukuk uygulamasının standartlaştırılmasına ve hukukun gelişimine katkı sunulmasıdır¹⁷. Esas itibariyle, gelecekte ortaya çıkabilecek hukukî ilişkilerin şekillendirilmesi ve hükme kavuşturulması bakımından bir ölçünün ortaya konulması usûl hukukunun bu fonksiyonu ile sağlanmaktadır¹⁸.

Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumu ve kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmaması hâlinde usûlî konularda hâkimlerin hukuk yaratma yetkilerinin bulunup bulunmadığı incelenmiştir. Bu noktada kıyas ve amaca uygun sınırlandırmanın yorum mu yoksa bir boşluk doldurma yöntemi mi olduğu hususu üzerinde durulmuş; medenî usûl hukukuna ilişkin kurallar bakımından bu iki kurumun uygulama alanı bulup bulamayacağı ayrıca açıklanmıştır. Usûl hukukunun niteliği gereğince kuralın anlamlandırılması genel olarak mahkeme kararına ihtiyaç duymaktadır. Bu noktada, çalışmanın ikinci bölümünde, genel olarak mahkeme kararlarının bağlayıcılığı meselesi ele alınmıştır. Mahkeme kararı olmasına karşın kendisine kanunla bağlayıcılık etkisi tanınmış olan içtihadı birleştirme kararları ise hem karşılaştırmalı hukuktaki hem de Türk hukukundaki durum dikkate alınarak ayrıca incelenmiştir. Nihayet, çalışmanın teorik temelini yanı sıra uygulama açısından önemli olduğunu düşündüğümüz son bölümde ise medenî usûl hukukuna ilişkin konularda verilen içtihadı birleştirme kararları birinci bölümde benimsenen görüşler çerçevesinde incelenmiş ve bu kararların bağlayıcı etkiye sahip olup olmadıkları değerlendirilmiştir.

¹⁷ Maultzsch, s. 1.

¹⁸ Maultzsch, s. 1.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YORUM ve BOŞLUK DOLDURMA

§ 1. Hukukta Yorumun Genel Çerçevesi

A. Genel Olarak

Hukuk kurallarının uyumsuzlukların çözümünde uygulanabilmesi önce o hukuk kurallarının anlamlandırılmasını gerektirmektedir¹⁹. Hukuk kurallarının, özellikle kanunların, anlamlandırılması ise bu kuralların yorumlanması ile mümkündür. Hukukta yorumun konusunu, kanun metinleri ile diğer hukukî düzenlemeler ve örf adet kuralları ile mahkeme içtihatları oluşturur²⁰. Her metin gibi hukuk metinlerinin de anlamlandırılmaya ihtiyacı vardır²¹. Hukuk kuralının yorumlanması, en genel anlamıyla, bir hukuk kuralının, gerçek anlamının ve kapsamının belirlenmesi için gerçekleştirilen faaliyet olarak tanımlanabilir²².

Hukuk kurallarının yorumu açısından getirdiği kriterler bugün dahi dikkate alınan ve yorumun bilimden ziyade bir sanat olduğunu düşünen *Savigny*²³, kanunun yorumunu kanunda mukim bulunan düşüncenin yeniden inşası olarak ifade etmiştir. Yazara göre, kanunun içeriğinin tam ve kesin bir biçimde anlaşılabilmesi ve bu yolla kanunun amacına ulaşılabilmesi için yorum gereklidir²⁴. Kanunun yorumu, kanunun tamamına hâkim olan ilke ve esaslara göre kanunda yer alan bir hükmün gerçek anlamının tespit edilmesi faaliyetidir²⁵.

Kimi zaman kanunda kullanılan bir sözcüğün birden fazla anlama gelmesi ya da kanunun uygulandığı zaman ve yer çerçevesinde değerlendirildiğinde, o sözcüğe farklı bir anlam yüklenebilmesi mümkün olabilir. Yine, kanunlarda aynı hususa ilişkin birden fazla kuralın bulunduğu durumlarda da bu kuralların birbirini desteklediğinin mi yoksa birbiriyle

¹⁹ **Edis, Seyfullah**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 1989, s. 184; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 172; **Altaş, Hüseyin**, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 2018, s. 196; **Özekes**, Temel Hukuk, s. 101.

²⁰ **Edis**, s. 186-187.

²¹ Hâkimlerden yorumuna izin verilmeyen bir metni sadece mekanik olarak uygulamalarını beklemenin doğru olamayacağı yönünde bkz. **v. Savigny, Friedrich Carl**, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, (Çev. Ali Acar), s. 132.

²² **Edis**, s. 184; **Akipek, Jale/Akıntürk, Tuğrul/Ateş Karaman, Derya**, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 2012, s. 114; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 184; **Altaş**, s. 198; **Gözler**, Giriş, s. 282; **Özekes**, Temel Hukuk, s. 101.

²³ **Savigny, Friedrich Carl**, System of The Modern Roman Law, (Çev.: William Holloway), Vol. I, J. Higginbotham, 1867, s. 171.

²⁴ **Savigny**, System, s. 172.

²⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 114.

çeliştiğinin mi tespiti için kuralların yorumlanması gerekir²⁶. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava şartlarının yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğine ilişkin düzenlemesi (HMK m. 115) ile yine aynı kanunun dava şartlarının ön inceleme aşamasında inceleneceğine ilişkin düzenlemesi (HMK m. 137) dikkate alındığında, ön inceleme aşamasına geçilmeden, henüz dilekçeler teatisi aşamasında dava şartlarından biri olan mahkemenin görevine ya da yetkisine itirazın karara bağlanıp bağlanamayacağı noktasında, bahsi geçen düzenlemelerin birbiri ile çelişip çelişmedikleri sorusunun cevabına yorum ile ulaşılabilir²⁷. Bunun gibi, yorumla farklı sonuçlara yol açabilecek düzenlemelerin kanunlarda yer alması nedeni ile yoruma ihtiyaç duyulmasının yanı sıra kimi zaman da bir kuralın yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olduğunun tespiti bakımından da yorum gereklidir. Diğer bir anlatımla, genel olarak kabul edildiği gibi, anlam itibariyle açık olan hukuk kurallarının yorumlanmasına gerek olmadığı düşüncesi²⁸ yerinde bir düşünce değildir²⁹. Zira, bir metnin yoruma ihtiyaç duymadığına karar verilebilmesi de bizzatihi bir yorum faaliyetidir.

Alman tarih okulunun etkisiyle bilim felsefesi alanında ortaya çıkan hermeneutik hukuk kurallarının yorumu konusunda önem kazanmıştır. Hermeneutik, yorumlamak ve bu yolla anlamak biçiminde tanımlanabilir³⁰. Hukuk kurallarının yorumlanması bakımından hermeneutik yöntemin uygulanmasından ilk olarak bahseden *Gadamer*'e göre, hermeneutik hukuk kuralları ile somut olaylar arasındaki uçurum üzerinde bir köprü vazifesi görür³¹. Hukuk kuralının anlamlandırılması, kuralın uygulanması ile bir bütünlük arz eder. Diğer bir ifadeyle, soyut ve genel bir hukuk kuralının hüküm ve sonuçlarının somut bir meseleye uygulanması, bu kuralın anlamlandırılmasını gerektirir³². Hermeneutik, anlamamanın, anlayanın kişisel durumunu dikkate almakla mümkün olacağını ve tüm bilimsel bilgilerin kişisel bilgiyle birleştiğinde

²⁶ **Larenz, Karl/Canaris, Claus- Wilhelm**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, s. 134.

²⁷ Bu konuda örneğin bkz. Y15HD, T. 28.10.2014, E. 2014/5360, K. 2014/6131, < www.kazanci.com >, s.e.t. 28.09.2018.

²⁸ *Zilyetliğin kazanma sağlayabilmesi için 20 yıllık sürenin “davasız” sürmesi zorunludur. Kanun koyucu zilyetliğin davaya konu olmamasını amaçlamıştır. “Davasız” sözcüğü açık ve emredici bir hükümdür. Kanunda zilyet aleyhine açılan davadan söz edilmemiştir. Kanunun açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeyle başvurulamaz.*, YİBBGK, 19.01.2007 T., 2005/1 E., 2007/1 K., RG, 27.02.2007, S. 26447. “Eğer bir metin okunur okunmaz anlaşılıyorsa başka başka anlamlara olanak verecek şekilde yazılmamışsa, genişletilebilir sözcükler kullanılmamışsa, yoruma gitmeye imkan olmadığı gibi lüzum da yoktur.”, YİBBGK, 10.05.1974 T., 1974/3 E., 1974/4 K., RG, 07.07.1974, S. 14938. Roma hukukunda da “*in claris non fit interpretatio*” ilkesi yani kanun hükmü açıkça yorum yapılmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Özekes**, Temel Hukuk, s. 112.

²⁹ **Larenz/Canaris**, s. 164.

³⁰ Hermeneutiğin tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gadamer, Hans George**, Hermeneutik, Çev. Doğan Özlem, Cogito, S. 89, Y. 2017, s. 42 vd..

³¹ **Gadamer**, s. 52.

³² **Edis**, s. 184; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 172; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 103.

başarılı olacağını kabul eder³³. Diğer bir anlatımla, bu düşünceye göre sözcüklerin tek bir anlamının bulunduğunu iddia etmek doğru değildir; zira sözcükler onu yorumlayanın kişisel bilgisi ve hayat tecrübeleri ile anlamlandırılmakta; yorumcunun içinde bulunduğu yer ve zamana göre farklılık göstermektedir³⁴. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesi ile düzenleme altına alınan davaların yığılmasına ilişkin hükümde kanun koyucu, bağımsız taleplerin birlikte talep edilmesini, bu taleplerin aynı yargı çeşidinde yer alması ve tamamı bakımından ortak yetkili mahkemenin bulunması şartına bağlamıştır. Düzenlemede mahkemenin görevine ilişkin ise herhangi bir husus yer almamakta; bu durum öğretide farklı şekillerde yorumlanmakta³⁵ ve uygulamada da farklı kararların³⁶ ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bahsi geçen düzenlemesi, bir yandan kanun koyucunun, yetkiyi ve hatta yargı çeşidini dahi düzenlemiş olmasına karşın göreve ilişkin herhangi bir açıklama yapmamış olmasının bilinçli bir tercih olduğu ve kendisine başvurulana mahkemenin taleplerin tamamı bakımından görevli olmasa da uyuşmazlığı çözmekte görevli olduğu şeklinde yorumlanabilir. Diğer yandan söz konusu kural, kanun koyucunun dava şartı olmayan hususları dahi düzenlediği hâlde göreve ilişkin suskunluğunun bilinçli olmadığı ve bu nedenle kanunda bir boşluk bulunduğu şeklinde de yorumlamaya müsaittir³⁷. Hatta görevin bir dava şartı olduğundan ve bu hususun kanunun bir başka hükmünde açıkça düzenlendiğinden hareketle (m. 114/1-c) kanun koyucunun göreve ilişkin olarak ayrıca açıklama yapmaya gerek duymadığı, kanunda herhangi bir boşluk bulunmadığı, kanunun sistematik bütünlüğü dikkate alındığında sorunun çözüme kavuşturulabileceği de ifade edilebilir. Burada yorumcunun hangi zaviyeden hareket ettiği önem taşımaktadır.

³³ Gadamer, s. 54,56.

³⁴ Gadamer, s. 57-58.

³⁵ Bkz. **Kuru**, C. II, s. 1498 vd.; **Ulukapı**, Dava Arkadaşlığı, s. 21; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 143; **Tanrıver**, Usûl, s. 614; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1095-1096; **Bulut**, **Uğur**, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), 2017, s. 193; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 229; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 307; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 345-346.

³⁶ Örneğin bkz. YHGK, 19.09.2018 T., 2018/546 E., 2018/1330 K.; Y18HD, 06.03.2014 T., 2013/19782 E., 2014/4007 K., YHGK, 06.02.2013 T., 2012/746 E., 2013/215 K.; www.lexpera.com, s.e.t. 22.09.2020.

³⁷ Öğretide savunulan bir görüşe göre, objektif dava birleşmesine konu taleplerin farklı mahkemelerinin görevine girmesi durumunda, özel görevli mahkemeler genel görevli mahkemelerin görevine giren uyuşmazlıklara da bakabilir. Buna karşın özel görevli mahkemenin görevine giren bir uyuşmazlık genel görevli mahkemelerde objektif dava birleşmesi çerçevesinde incelenemez. Bkz. **Kuru**, C. II, s. 1498 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 143. Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise birden fazla talebin mahkemeden objektif dava birleşmesi şeklinde talep edilebilmesi için mahkemenin taleplerin tamamı bakımından görevli olması gerekir. Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 614; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1095-1096; **Bulut**, Davaların Yığılması, s. 193; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 229; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 345-346.

Hukuk kurallarının yorumu, ayrıca, hukuk kurallarında boşluk bulunup bulunmadığının tespitinde ve dolayısıyla hâkimin hukuk yaratmasının sınırının belirlenmesinde de önem taşır. Zira, pozitif hukukta somut olaya uygulanacak bir kuralının bulunmadığına karar verilebilmesi de hukuk kurallarının yorumlanması ve kapsamının belirlenmesi ile mümkündür.

B. Yorum Hakkındaki Teoriler

Kanunda yer alan düzenlemenin gerçek anlamının ve kapsamının belirlenmesi yorum ile mümkündür³⁸. Kanunî düzenlemenin gerçek anlamından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak iki temel görüşten bahsedilebilir: Klasik hukuk anlayışının bir sonucu olarak kanun koyucunun tarihî ve psikolojik iradesini arayan sübjektif teori (ya da irade teorisi) ve modern hukuk anlayışının ortaya attığı kanunun doğuştan sahip olduğu anlamı arayan objektif teori³⁹.

Sübjektif teori, hukukun kanundan ibaret olduğunu ve kanunun özünün anlaşılabilmesi adına lafzından vazgeçilemeyeceğini kabul eden, hâkimi yalnızca kanunu uygulamakla görevli sayan, hukukun sadece kanun koyucu tarafından yaratılabileceğini savunan şerhçi hukuk okulunun⁴⁰ etkisi ile ortaya çıkmıştır. Bu teoriye göre, kanunun hazırlandığı zamanda kanun koyucunun hangi saikle hareket ettiği araştırılarak iradesi tespit edilmelidir⁴¹. Zira kanun koyucunun iradesinin aksi yönde bir yorum, o kanunun meşrûiyetinin inkârı anlamına gelir⁴². Söz konusu teori, kanunî bir düzenlemenin gerçek anlamının belirlenmesinin, kanun koyucunun bu kuralı getirmekteki amacının tespiti ile mümkün olduğundan hareket eder. İşte bu çerçevede yorumun amacı, kanun koyucunun iradesinin tespitinden ibarettir.

İnsan davranışlarının amaçsallık üzerinden değerlendirilmesi gerektiğini savunan ve hukukun çatışan menfaatler arasında tercih yapması gerektiğini ileri süren modern görüşün⁴³ bir yansıması olan objektif teori ise kanunun, kendisini yaratan iradede bağımsız bir amacı olduğunu savunmaktadır⁴⁴. Kanunun çatışan menfaatlerden hangisine öncelik tanıdığı, kanun koyucunun kanunu oluşturduğu zamandaki iradesine göre değil; kuralın uygulandığı yer ve

³⁸ Edis, s. 184; Aral, Hukuk Bilimi, s. 184; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 114; Altaş, s. 197-198.

³⁹ Larenz/Canaris, s. 137 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 116 vd..

⁴⁰ Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 2013, s. 249.

⁴¹ Edis, s. 190; Aral, Hukuk Bilimi, s. 187; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 117; Kırca, Yorum, s. 7; Altaş, s. 201.

⁴² Metin, Sevtap, Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, C. LXL, S. 1-2, Y. 2003, s. 46.

⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Du Pasquier, Claude, Hukukun Tatbikinde Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme İçtihatları, (Çev. Jale Akipek), AÜHFD, Y. 1954, S. 3-4, s. 305 vd..

⁴⁴ Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 2019, s. 138; Edis, s. 192; Aral, Hukuk Bilimi, s. 189; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 118; Kırca, Yorum, s. 8; Altaş, s. 201-202.

zamanın koşullarına göre değerlendirilmelidir⁴⁵. Diğer bir anlatımla, bu teoriye göre kanunlar yorumlanırken kanun koyucunun düzenlemeyi hazırladığı andaki iradesinin değil, aksine kuralın uygulandığı zamandaki iradesinin araştırılması gerekir. Bu teoriye göre yorumda amaç, kanunun gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde anlamlandırılmasıdır⁴⁶.

Bugün için bu teorilerden yalnızca birinin tek başına uygulanması ile doğru sonuca ulaşılabileceği söylenemez⁴⁷. Çünkü, kanunun temelinde kanun koyucunun tecrübelerinden, düşüncelerinden ve değerlendirmelerinden oluşan bir amaç bulunmaktadır⁴⁸. Ancak, diğer yandan, kanun, yayımlanmasının ardından kendini oluşturan kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir varlık kazanmakta ve çok çeşitli hayat olayları bakımından uygulanma gücü bulunmaktadır⁴⁹. Kanunun uygulandığı olayların hemen tamamının kanun koyucu tarafından düşünülmüş olması ise sürekli değişen ve gelişen durumlar karşısında mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, her iki teorinin de haklı oldukları ve eleştirildikleri noktalar bulunabilir. Doğru bir sonuca ulaşabilmek için hem kanun koyucunun iradesinin hem de kanunun anlamının ve amacının araştırılması gerekir.

C. Genel Yorum Kriterleri

1. Genel Olarak

Hermeneutik yöntemin hukuka uygulanması ile varılan en önemli sonuç, kanun metninin her hâl ve koşulda, her zaman bütün uygulayıcıları için aynı şeyi ifade etmediğidir⁵⁰. Kanunun uygulanması ile yeniden bir üretim yapılmakta, kanunu uygulayan kişi (hâkim ya da idarî bir makam) hukuk kuralını somut olaya uygularken aslında metinde bulunmayan bir katkıyı da kararına eklemektedir. Bu nedenle yorum yorumcunun keyfine bırakılmaz, aksine yorumun denetlenebilir olması ve güvenli bir biçimde yapılması gerekir⁵¹. Bu ise yorumcunun uyması gereken belirli yorum kriterlerini gerektirir.

⁴⁵ Edis, s. 192; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 118.

⁴⁶ Altaş, s. 201.

⁴⁷ Larenz/Canaris, s. 137-139; Aral, Hukuk Bilimi, s. 189.

⁴⁸ Larenz/Canaris, s. 137-138.

⁴⁹ Larenz/Canaris, s. 138; Edis, s. 191; Aral, Hukuk Bilimi, s. 189; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 118.

⁵⁰ Heper, Altan, Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010), C. 1, Y. 2011, s. 107.

⁵¹ Larenz/Canaris, s. 140; Berki, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, 2018, s. 22; Aral, Hukuk Bilimi, s. 184; Kırca, Yorum, s. 2.

Bugün genel olarak kabul edilen yorum kriterlerinin temellerini atan *Savigny*'e göre⁵², yorumun dört temel unsuru bulunmaktadır: Dilbilgisi, mantık, tarih ve sistematik. Dilbilgisi, kanun koyucunun düşüncelerini aktarırken kullandığı kelimelerin dilbilgisi kurallarına göre anlamlandırılmasıdır. Mantıkî unsur, kanunda yer alan düşüncenin mantık kurallarına göre ilişkisini açıklarken; tarihî unsur, söz konusu metnin hazırlandığı sırada hukuk kuralları tarafından öngörülen hukukî ilişkinin durumunu ortaya koyar. Sistematik unsur ise hukuk kurallarına ve hukuk kurumlarına mündemiç olan bağlantılardan hareket ederek bunların bir bütün şeklinde incelenmesini sağlar. *Savigny*'e göre, bu farklı elementler birbirinden izole edilemez; aksine daima iş birliği içinde olmalıdırlar⁵³. Bu sayılan unsurların yanı sıra yorumun başarılı olabilmesi zihinsel aktivitenin etkinliği ve hukukun yeterli tarihî bilgisine sahip olunmasını da gerektirir. Ayrıca yorum, kanun koyucunun kanunu meydana getirirken ortaya koyduğu hukukî bilgisi ile de doğrudan ilişkilidir⁵⁴.

Bu görüşlerden hareket eden hukuk metodolojisinde yorumun unsurları bakımından bazı kriterler geliştirilmiştir.

2. Lafzî Yorum

Hukuk kurallarının yorumuna öncelikle pozitif hukukta yer alan kaynakların lafzından başlanır. Diğer bir deyişle, bir hukuk kuralının yorumunda ilk olarak, o hukuk kuralı düzenlenirken tercih edilen sözcüklerin, dilin genel kullanımı açısından ve hukuk dilinin özel alanı açısından ifade ettiği anlam tespit edilir. Kanun koyucunun dil kullanımı, seçtiği sözcükler, bu sözcüklerin günlük dildeki ve hukuk dilindeki karşılıkları yorum açısından hareket noktasını oluşturur⁵⁵.

Hukuk her ne kadar bir bilim dalı olması nedeniyle özel bir dil kullanımına sahipse de kanun koyucu, insanlar arası ilişkiyi düzenleyen bu kuralların herkes tarafından anlaşılabilmesi için, dilin genel kullanımından istifade etmektedir. Dolayısıyla hukuk kurallarının diğer pek çok bilim dalında olduğu gibi dilin genel kullanımından çok uzak olduğu söylenemez⁵⁶. Ancak,

⁵² *Savigny*, System, s. 172-173.

⁵³ *Larenz/Canaris*, s. 140.

⁵⁴ *Savigny*, System, s. 173-174.

⁵⁵ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 62; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Einl. § 7, para. 9; *Wieczorek/Schütze/Prütting*, Band 1/1, Einl., para. 130; *Fasching*, Auslegung, s. 29; *Pekcanıtez*, Pekcanıtez Usûl, s. 72; *Özekes*, Temel Hukuk, s. 103; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, Usûl, s. 14. Hafızogulları'na göre, kanun koyucunun ve kanunun sözleri münhasıran hukuk biliminin konusunu oluşturmakta, hukuk bilimi dil üzerine teşkil eden bir dil olarak doğa bilimlerinden farklılaşmaktadır. Bkz. *Hafızogulları, Zeki*, Ceza Normu, 1996, s. 334.

⁵⁶ *Larenz/Canaris*, s. 141.

yine de hukuk kuralları bakımından bazı kelimelerin özel anlamının bulunduğu da yadsınamaz. Günlük dilde düzeltme ve iyileştirme anlamlarını taşıyan “ıslah⁵⁷” sözcüğünün hukuk dilinde yargılamada taraflara belli şartlar altında tanınan ve belli sonuçları olan bir müesseseyi karşılaması durumu buna örnek gösterilebilir. Kimi zaman da kanun koyucunun hukuk kuralları bakımından özel ve teknik bir hukuk dilini de tercih etmesi mümkündür. Örneğin, bir hukuk kuralında “ilk itiraz”lardan⁵⁸ bahsedildiğinde, hukuk bilimi açısından, yalnızca yargılamanın belli bir kesitine kadar ileri sürülmesi hâlinde ve ancak kanunda düzenlendiği şekilde incelenmesi mümkün olan; sınırlı olarak düzenlenmiş usûle ilişkin savunma vasıtalarının anlaşılmasında durum böyledir. Yine derdestlik⁵⁹, isticvap⁶⁰ ya da kanun yolu⁶¹ da günlük dilin dışında daha teknik ve hukuk diline özgü kelimelerdir.

Yorum yapılırken, metindeki sözcüklerin anlamlarının yanı sıra dilbilgisi kurallarından ve noktalama işaretlerinden yararlanılarak metnin ne anlama geldiğinin tespitine çalışılır⁶². Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 10’uncu maddesinde sözleşmeden doğan

⁵⁷ Islah, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağına karşı bir imkân olarak tanınan, tahkikatın sonuna kadar taraf usûl işlemlerinin karşı tarafın açık rızası bulunmasına gerek duyulmaksızın değiştirilmesine ya da genişletilmesine yarayan bir kurumdur. Islah hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 549 vd.; **Kuru**, C. IV, s. 3965 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 266 vd.; **Karşı**, Muhakeme, s. 676 vd.; **Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukukunda Islah, 2013, s. 45 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 591 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 729 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1486 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 309 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 532 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 414 vd..

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk Yargılama Usulleri, 1960, s. 204; **Berkin**, s. 130; **Üstündağ**, Usûl, s. 497 vd.; **Kuru**, C. IV, s. 4215 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 243 vd.; **Karşı**, Muhakeme, s. 467 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 626 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 625 vd.; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1218 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 257 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 345; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 325 vd..

⁵⁹ Derdestlik, aynı taraflar arasında, aynı sebebe dayanarak, aynı konuda açılmış ve devam etmekte olan iki davanın varlığı hâlinde ortaya çıkan usûlî bir durumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ansay**, s. 210 vd.; **Kuru**, C. IV, s. 4217 vd.; **Tanrıver, Süha**, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2007, s. 19 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 194 vd.; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1182 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 644 vd..

⁶⁰ İsticvap, tarafların dava konusu vakıalarla ilgili olarak kendi aleyhlerine sonuç doğurabilecek şekilde mahkemece dinlenilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 757 vd.; **Kuru**, C. IV, s. 1949 vd.; **Tercan, Erdal**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), 2001, s. 45 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 372 vd.; **Karşı**, Muhakeme, s. 655 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 311 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 712 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1368 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 299 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 382 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 543 vd..

⁶¹ Kanun yolu genel olarak mahkeme kararlarının hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile yeniden incelenmesi için üst derece mahkemesine yapılan başvuruyu ifade etmektedir. Kanun yolu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 816; **Kuru**, C. V, s. 4483; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 445; **Karşı**, Muhakeme, s. 773; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 467; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 596; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 597.

⁶² **Edis**, s. 193-194; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 120-121.

davaların açılacağı yer mahkemesini düzenleyen hükmün lafzında kullanılan bağlaç nedeni ile kanun koyucunun burada kesin olmayan bir yetki kuralını öngördüğü kabul edilmektedir⁶³.

Kanunlarda kullanılan her kelimenin her zaman aynı anlama gelmediği ya da kanun koyucunun aynı anlama gelebilecek farklı kelimeleri kullandığı durumlarla karşılaşılabilir⁶⁴. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 137’nci ve devamı maddelerinde düzenlenen ve yargılamanın ikinci aşamasını oluşturan ön inceleme ile aynı kanunun istinafa ilişkin 352’nci ya da yargılamanın iadesine ilişkin 379’uncu maddelerinde yer alan ön inceleme aynı anlama gelmemekte; son hâlde bahsi geçen ön inceleme ile yargılamanın bir aşaması değil başvurunun incelenebilir olup olmadığına ilişkin esasa girmeden önce yapılan inceleme kastedilmektedir⁶⁵.

Hukuk kurallarının ve özellikle kanunların yorumunda bu şekilde hem sözcük anlamı hem de dilbilgisi kuralları birlikte değerlendirilerek anlamlandırılır. Ancak lafız yalnızca yorumun içeriğinin belirlenmesi bakımından değil ayrıca sınırının belirlenmesi bakımından da önemli bir işlevi haizdir⁶⁶. Bir hukuk kuralının yorumunda, metinde kullanılan sözcüklerin muhtemel anlamlarının dışına çıkılması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, metinde olmayan bir şeyin yorumla metne eklenmesi söz konusu olamaz⁶⁷. Somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının kanunlarda yer almadığına ilişkin sonuç, somut uyuşmazlığın kanunî düzenlemelerin kapsamına dahil olmadığına tespitine bağlıdır. Bu ise somut uyuşmazlığın öncelikle kanunî düzenlemenin lafzı dahilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun cevaplanmasını gerektirir. Bu yapılırken kanunî düzenlemenin kelime anlamının bir çekirdek alanı bir de bu kelimenin kapsamına dahil olabilecek bir çevresi bulunduğu unutulmamalıdır. Münferit bir olayda değerlendirme yapılırken çekirdek alandan mı yoksa çevreden mi hareket edildiğine göre yorum daraltıcı (*restriktiv*) ya da genişletici (*extensiv*) olarak nitelendirilir⁶⁸.

⁶³ Akkan, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 280 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 75; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 220; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 185.

⁶⁴ Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 130; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 57; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 40. Örneğin Alman Medenî Usûl Kanunu açısından, § 308’in 1’inci fıkrasının 2’nci cümlesinde yer alan “*nebenforderung*” ile § 321’in 1’inci fıkrasında yer alan “*nebenanspruch*” ifadesi aynı anlama gelmektedir. Bkz. Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 64. Yine “*Gerichtsstand*” kelimesinin yer bakımından yetkiyi tanımlamak için kullanılsa da kimi zaman konu bakımından yetki için de kullanıldığı yönünde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 9.

⁶⁵ Örnek için bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 15.

⁶⁶ Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 125; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 39; Kirca, Yorum, s. 4.

⁶⁷ Edis, s. 193.

⁶⁸ Canaris, Claus- Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, s. 22.

Ayrıca hukuk kurallarının sözcük anlamı ve dil bilgisi kuralları o kuralın anlamlandırılması bakımından tek başına yeterli değildir. Kaldı ki yalnızca lafızdan hareket edilse dahi metinde geçen ifadenin, kuralın düzenlendiği zamandaki anlamı ile mi yoksa uygulandığı zamanki anlamı ile dikkate alınması gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkar⁶⁹. Zira, teknoloji ve bilimdeki gelişmeler ile günlük hayatın değişen koşulları karşısında bir kanunda ifade edilen bir sözcüğün hazırlandığı zamana göre artık daha geniş ya da daha dar bir uygulama alanı olması söz konusu olabilir⁷⁰. Bu nedenle, kuralın lafzının yorum bakımından tek başına yeterli olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁷¹.

Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesiyle de kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hâkimin somut uyuşmazlık açısından hukuk kuralını uygularken kuralın lafzından hareket etmesi kanun gereğidir. Ancak kanun koyucu hukuk kuralının sözü yanında özünün de dikkate alınması gerektiğini de açıkça düzenleyerek lafzın tek başına kuralın anlamlandırılmasında yeterli olmadığını kabul etmiştir.

3. Sistematik Bütünlük

Hukuk kuralını oluşturan kelimelerin münferit anlamlarının yanı sıra bu kelimenin cümle içindeki yeri ve içinde yer aldığı metin ile birlikte değerlendirilmesi de gerekir. Zira, sadece kelimenin anlamından doğru sonuca varılması çoğunlukla mümkün değildir⁷². Bu kapsamda, hukuk kurallarının ve özellikle kanun hükümlerinin anlamının belirlenmesinde yararlanılan bir diğer ölçüt ise sistematik bütünlüktür. Bir kuralın anlamı, genellikle ait olduğu düzenlemenin bir parçası olarak görüldüğünde daha iyi anlaşılır⁷³. Burada aslında hukuk düzeni içindeki birden çok kuralın birbirini tamamlayarak ya da sınırlandırarak anlamlı bir kural hâline gelmesi söz konusudur⁷⁴. Özellikle kanun hükümlerinin birbirine atıf yaptığı ya da bir normda

⁶⁹ Larenz/Canaris, s. 141-145.

⁷⁰ Örneğin, Alman Federal Temyiz Mahkemesi bir kararında uyuşmazlığa uygulanacak hükmün kapsamının belirlenmesi bakımından, 1865 tarihli Kanun'da geçen "zilyet" kavramı ile kastedilenin ne olduğunun tespitinde, kanunu hazırlayan iradenin zilyet ile malik kavramları arasında bugün anlaşıldığı gibi bir farklılığı dikkate alıp almadığının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. BGH, 14.07.1969, III ZR 235/65, www.dejure.org, s.e.t. 24.06.2019.

⁷¹ Larenz/Canaris, s. 142; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 72; Fasching, Auslegung, s. 30; Edis, s. 194; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121. Bu yönde bkz. BGH, 11.11.1193, VII ZB 24/93, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZB_24-93, s.e.t. 01.04.2020. Öğretideki bir görüşe göre, kanunun lafzının somut olayı çözüme kavuşturmakta yetersiz olduğu her durumda hukuk yaratma söz konusu olmaktadır. Diğer bir anlatımla, kanunun lafzının aşılp amacı ve tarihsel gelişimi de dikkate alınarak kuralın yeni bir forma kavuşturulması hâlinde hâkim hukuk yaratma fonksiyonunu gerçekleştirmektedir. Bkz. Işıktaç, s. 3.

⁷² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 9; Sözer, s. 53.

⁷³ Larenz/Canaris, s. 146; Aral, Hukuk Bilimi, s. 191.

⁷⁴ Larenz/Canaris, s. 146; Aral, Hukuk Bilimi, s. 192; Özekes, Temel Hukuk, s. 105.

düzenlenen kuralın diğer normla sınırlandırıldığı hâllerde sistematik bütünlük, yorum açısından önem arz eder. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen 326'ncı maddesi yorumlanırken bu hükmün tek başına değerlendirilmesi mümkün değildir. Şayet yargılama sırasında dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilecek bazı davranışlar nedeni ile masraf yapılmışsa, bu durumda 327'nci madde hükmünün de 326'ncı maddeyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca dürüstlük kuralına ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29'uncu madde ile Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi de 326'ncı maddenin yorumunda dikkate alınır. Aynı şekilde, feragat ve kabulün yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından getirdiği sınırlandırma (HMK m. 312) da bahsi geçen kuralın yorumunda dikkate alınmalıdır.

Sistematik bütünlük, hukukî düzenlemenin ve özellikle kanunun, aynı kanun koyucu tarafından belirli bir sistematik çerçevede hazırlandığı varsayımından hareket etmektedir. Zira hukuk kuralları birbirinden bağımsız yığınları değil; aksine birbiri ile bağlantılı şekilde bir bütünü, hukuk düzenini oluşturmaktadır⁷⁵. Ayrıca sistematik bütünlükten hareketle yorumda, yalnızca kanuna ya da hukuk düzenine dahil olan kurallar değil, bunlara dahil edilmeyen kurallar da dikkate alınır ve böylelikle yorumlanan metnin kapsamı tespit edilebilir. Örneğin, hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığına ilişkin sebepleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34'üncü maddesinin c bendinde hâkimin, eşinin altsoy ya da üstsoyunun davasına bakamayacağı kabul edilmiştir. Bu hüküm yorumlanırken ve bu şekilde kapsamı belirlenirken hâkimin aralarındaki evlilik bağının kalktığı eşinin altsoy ve üstsoyunun davasında yasaklı olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu noktada, aynı hükmün b bendinde hâkimin, aralarında evlilik bağı kalksa dahi eşinin davasına bakamayacağını düzenleyen hükmünden hareketle bir sonuca varılabilir. Söz konusu hükmün b bendinde aralarındaki evlilik birliği kalkmış olsa da hâkimin, eşinin davasında yasaklı olduğu açıkça düzenlenmişken, c bendinde herhangi bir açıklamaya yer verilmediğinden, kanun koyucunun, hâkimin eski eşinin alt ya da üstsoyunun davasına bakmaktan yasaklı olmasını istemediği sonucu çıkarılabilir⁷⁶.

Sistematik bütünlük dikkate alınarak yapılan yorumda, kuralın özel hukukun mu yoksa kamu hukukunun mu uygulama alanında bulunduğu, kanun içindeki yeri, kanunun kenar başlıkları, düzenlemenin bulunduğu bölüm ya da kısım gibi hususlar da önemlidir⁷⁷. Aslında

⁷⁵ Edis, s. 195; Aral, Hukuk Bilimi, s. 192; Metin, Yorum, s. 191; Işıktaç/Metin, s. 198; Sözer, s. 105-106.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 68.

⁷⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121; Kırca, Yorum, s. 5. Örneğin, ihmâl kelimesinin özel hukuk anlamında zararın tazmini noktasında denkleştirici adalete hizmet ederken ceza hukuku anlamında ceza adaletini sağladığı hususunda bkz. Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 2012, s. 50.

burada tümdengelim, tümevarım, aksi ile kanıt, evleviyet gibi mantık kurallarının göz önünde bulundurulması yoluyla hukuk kuralının anlamlandırılması söz konusudur⁷⁸.

Yorum açısından sistematik bütünlük iki hususta önem taşıtmaktadır: İlk olarak, kuralın lafzından birden fazla anlamın çıkması durumunda, bunlardan sistematik bütünlüğe uyan yorumun dikkate alınması gerekir⁷⁹. İkincisi ise yorum ile elde edilen sonuç sistematik bütünlük içinde diğerk düzenlemeleri işlevsiz hâle getiriyorsa, mümkün olduğunca bu yorumdan da kaçınılması gerekir⁸⁰. Ayrıca, kuralının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi de ancak sistematik bütünlük dikkate alındığında mümkün olabilir⁸¹. Böylelikle sistematik yorum, hukukun yeknesak uygulanmasına ve hukuk birliğinin sağlanması hizmet eder.

4. Kanun Koyucunun Amacı

Kanun koyucunun hükmü koymadaki iradesi ile hükmün getiriliş amacı dikkate alınarak hükmün yorumlanması mümkün olabilir⁸². Bu husus, sübjektif yorum teorisi olarak da adlandırılmaktadır⁸³.

Kavramların tarihsel geçmişi analiz edilmeden günümüz hukuku doğru anlaşılamaz. Bu ise hem toplumun geçmişten bugüne ittifak ettiği kurumları (*ius commune*) hem de bunun bilimsel çereveadaki gelişimini dikkate alarak kavramların izini sürmek ve hla canlı olanları olmayanlardan ayırt etmekle mümkündür. Bu yolla kavramların ve kuralların millî temelinin ve onların ortaya çıkışındaki düşünce tarzının tespiti yapılabilir⁸⁴.

Her ne kadar kanunlar yürürlüğe girmelerinden itibaren kanun koyucudan bağımsız bir varlık kazansa da kanun koyucunun kural koyma niyeti ve bu niyetin arkasında yatan değer yargıları kuralın kapsamının belirlenmesi anlamında önem tařıtmaktadır⁸⁵. Bu noktada, kanun koyucunun metni hazırlayan yazarların mı yoksa parlamentoda metni tartışan ve kabul eden milletvekillerinin mi olduğu sorusu akla gelebilir. Bu heyetlerde yer alan kişilerin tek tek fikirleri değil; ancak genel olarak kabul edilen görüş kanun koyucunun iradesi olarak kabul

⁷⁸ Edis, s. 195. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman'a göre bu yorum kriteri, mantıksal yorum yöntemini oluşturur. Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121-123.

⁷⁹ Larenz/Canaris, s.146; Kırca, Yorum, s. 6.

⁸⁰ Kırca, Yorum, s. 7.

⁸¹ Sözer'e göre, hukuk düzenindeki düzenleme çokluğu dikkate alındığında sistematik bütünlüğün yorum bakımından kaçınılmaz olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Sözer, s. 118.

⁸² Larenz/Canaris, s. 149; Aral, Hukuk Bilimi, s. 186; zekes, Temel Hukuk, s. 104.

⁸³ Zippelius, s. 41; Kramer, s. 160.

⁸⁴ Savigny, Hukuk Bilimi, s. 121 vd..

⁸⁵ Larenz/Canaris, s. 149.

edilebilir⁸⁶. Yani, kanunu hazırlayanlar ya da kabul edenlerce ifade edilen ve itiraz edilmeyen hususlar genel manada kanun koyucunun iradesini yansıtır⁸⁷. Bu çerçevede kanunun oluşum sürecindeki görüşler, hazırlık çalışmaları, taslak ve tasarılar, metne yapılan eklemeler veya metinden çıkarılan hususlar genel olarak kanun koyucunun amacını ve hedefini ortaya koymak ve iradesini tespit edebilmek için yol göstericidir⁸⁸.

Benzer şekilde, kanun koyucunun amacının ve hedefinin anlaşılabilmesi kanunun oluşum sürecinin incelenmesini de gerektirir⁸⁹. Özellikle daha önce var olan bir hükümde değişiklik yapılması hâlinde, değişikliğin sebebi önceki hükmün uygulanmasındaki sorunların tespiti ile anlaşılabilir.

Kanun koyucunun amacının araştırılması tek başına kuralın yorumu bakımından yeterli değildir. Bu nedenle hâkimin, yalnızca kanun koyucunun amacını tespit etmesi ile vardığı sonuç her zaman kuralın uygulanışı bakımından doğru olmayabilir. Zira, kanunun hazırlandığı dönemde amaca ve o dönemki düşünceye uygun olan şeye daha sonra ihtiyaç duyulmayabilir⁹⁰. Keza, kanun koyucunun kanunu hazırladığı dönemde her şeyi öngörmesinin mümkün olmadığı hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, kanunun uygulandığı döneme kıyasla değişen ihtiyaç ve görevlerin ve bununla birlikte zamana uygun yorumun dikkate alınması gerekir⁹¹. Dolayısıyla, kanun taslaklarının yorum açısından bağlayıcı olmadığı; bu kaynakların sadece açıklayıcı olduğu, kanunun tarihi süreçteki gelişiminin, diğer yorum kriterlerinin yanında çoğunlukla yardımcı kriter olarak kabul edildiği unutulmamalıdır⁹².

Yorumda kanun koyucunun amacının dikkate alınması özellikle, yeni tarihli kanunlar bakımından daha fazla önem arz eder⁹³. Eski tarihli kanunlar bakımından ise kanun koyucunun

⁸⁶ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personen Recht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, para. 167.

⁸⁷ **Larenz/Canaris**, s. 150.

⁸⁸ **Larenz/Canaris**, s. 151; **Zippelius**, s. 42; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 126; **Edis**, s. 194-195; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 186; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 117.

⁸⁹ **Kramer**, s. 189; **Edis**, s. 194; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 187; **Özekes**, Temel Hukuk, s. 104. Aynı yönde bkz. LG München I, 12.07.2011, 7 O 1310/11; BVerfG, 09.07.1963, 1 BvL 15/60, BVerfGE, 16, 246, 252; BVerfG, 23.07.1963, 1 BvL 11/61, BVerfGE, 16, 306, 318; BGH, 27.09.1951 IV ZR 155/50, BGHZ, 3, 162.

⁹⁰ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 42.

⁹¹ **Fasching**, Auslegung, s. 30.

⁹² **Larenz/Canaris**, s. 151; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl. §7, para. 11; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 42; **Fasching**, Auslegung, s. 30; **Edis**, s. 195; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 186-187; **Kırca**, Yorum, s. 10. Esen, kanun koyucunun iradesinin araştırılmasının mahkemelerin ve dolayısıyla yargının bağımsızlığından ödün vermesi, yargının yasama organının geçmişteki anlayışına bağlı kılınması anlamına geleceğini ifade etmekte; bu durumda ise yargıda gelişmenin mümkün olamayacağını dile getirmektedir. Bkz. **Esen**, s. 8.

⁹³ **Capitant, Henri**, Kanunun Manasının Tayininde İhbari Çalışmaların Değeri, (Çev. Hakkı Demirel), AÜHFD, Y. 1956, C. 13, S. 1-2, s. 56; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 42; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 187; **Güriz**, Başlangıç, s. 67; **Sözer**, s. 79.

iradesinin içinde bulunulan zamana ayak uyduramaması ihtimali nedeni ile, bu kritere dikkatle yaklaşılması gerekir⁹⁴.

5. Düzenlemenin Objektif Amacı

Bir hukukî düzenlemenin temel düşüncesine ve amacına göre anlamlandırılması da yorum bakımından dikkate alınan kriterlerdendir. Kanunun belirli şekilde davranmayı emretmesi aslında bununla bir amaca (*ratio legis*) ulaşmayı hedeflemesindedir⁹⁵. Kanunlar, kanun koyucunun amacından başka kanunun amacının neye hizmet ettiğine göre de yorumlanır. Objektif yorum teorisine göre, kanunun, özellikle uygulandığı zamandaki değer yargılarına göre hangi amaca hizmet ettiğinin araştırılması gerekir⁹⁶. Kanun koyucu, kanunun yorumunda kendi öngördüğü amaçtan başka bir amacın nasıl ve ne şekilde kabul edilebileceğini düzenleme yetkisine sahiptir⁹⁷. Bu durum, kuvvetler ayrılığının hâkim olduğu ülkelerde, kanun koyucunun amacı ile uyumlu olarak yorum yapılmasında yetki paylaşımı olarak da kabul edilebilir⁹⁸.

Aslında kanunun objektif amacı, genel olarak adaletin tesisi, barışın temin edilmesi, uyumsuzlukların adil şekilde çözümü, birey ve toplum arasındaki menfaat dengesinin korunması yoluyla bir kural ahengi sağlayarak hukukun objektif amacını gerçekleştirmektir⁹⁹. Böylelikle kanunların yorumunda, kanunun temelinde yer alan ilke ve esaslardan hareketle gerçeğe uygun sonuçlar alınması mümkün olabilir¹⁰⁰. Ancak, kanun koyucu bu amacı her zaman bilinçli bir şekilde öngörmediğinden veya öngöremediğinden bunun, kanun koyucunun amacından ayrı, bağımsız bir varlığa sahip, objektif bir amaç olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Kanunun bahsedilen objektif amacının tespitinde de hem sistematik bütünlükten hem de kanunun oluşum sürecinden yani tarihçesinden yararlanılır. Özellikle, kanunun tarihçesi onun meydana getirilmesi sürecindeki idealleri ortaya koymak bakımından amacın tespitinde önem arz eder¹⁰². Ancak, bu iki kriter birlikte değerlendirilerek kanunun objektif amacının doğru olarak tespiti her zaman

⁹⁴ **Kramer**, s. 189. Geçmişin, içinde bulunulan zamana ve geleceğe egemenlik sağlamasında kanunların araç olarak kullanılamayacakları ve toplumsal gelişmelere ayak uydurmaları gerektiği yönünde bkz. **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 187.

⁹⁵ **Zippelius**, s. 41; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 124; **Kırca**, Yorum, s. 10.

⁹⁶ **Kramer**, s. 161; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 189. Bu yöndeki kararlar için bkz. BVerfG, 21.05.1952, 2 BvH 2/52, BVerfGE, 1, 299 (312); BVerfG, 15.12.1989, 1 BvL 10/55, BVerfGE, 10, 234 (244); BVerfG, 17.05.1960, 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126 (130).

⁹⁷ **Zippelius**, s. 41.

⁹⁸ **Zippelius**, s. 41.

⁹⁹ **Larenz/Canaris**, s. 153; **Zippelius**, s. 42; **Edis**, s. 196; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 124.

¹⁰⁰ **Larenz/Canaris**, s. 153, 154; **Edis**, s. 184; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 114.

¹⁰¹ **Larenz/Canaris**, s. 154, 157.

¹⁰² **Zippelius**, s. 41.

mümkün değildir. Dolayısıyla, bu noktada zamanın ruhundan hareket edilmesi gerekir¹⁰³. Buna göre, zamanla kanunun anlamında değişiklik söz konusu olması mümkündür. Zira kanunlar durağan, hayat ise değişken olduğundan, kanunların her daim hayata ayak uydurabilmesi mümkün değildir. İşte bu noktada, kanunların gerçeğe uygun şekilde uygulanması yargı kuvvetinin ve dolayısıyla hâkimlerin görevidir¹⁰⁴. Eğer, kanun koyucunun amacı bugün içinde bulunulan sosyoekonomik düşünce yapısına uygun değilse, bu hâlde kanun hükümlerinin bugünkü düşüncelere göre yorumlanması, kanun koyucunun alanına müdahale ederek fonksiyon gaspına yol açmamak koşulu ile, meşrû kabul edilir¹⁰⁵.

Türk hukuk sistemi açısından da kanunların sözü ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanacağı açıkça ifade edildiğinden, kanunun yorumunda özünün yani amacının araştırılması kanunî bir yükümlülüktür¹⁰⁶.

6. Anayasaya Uygun Yorum Kriteri

Hukukî pozitivizmi savunan ve hukukun hiyerarşik bir düzenden oluştuğu görüşünü ortaya koyan Kelsen¹⁰⁷, yorumu da bu hiyerarşik düzen bakımından ele almış ve yorumu daha

¹⁰³ Zippelius, s. 42.

¹⁰⁴ Du Pasquier, s. 314. Ayrıca bkz. “Amaçsal yorum yönteminde, kanunlar uygulandığı zamanın gereklerine ve anlayışına göre yorumlanırlar. Kanunlar yorumlanırken, kanun metni yanında, kanunun amacını ve özellikle zamanın ihtiyaçlarını ve devrin anlayışını da gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Bu yorum yöntemi uyarınca, kanunların statik yapısı ile hayatın dinamik gerçekleri arasındaki çelişkiyi gidermek hâkimin görevi kabul edilmektedir.”, Y3HD, 01.10.2018 T., 2016/22350 E., 2018/9297 K., www.lexpera.com, s.e.t. 08.04.2020; “Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatîyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilince bu konuda yeni düzenlemeler yapılınca kadar zedelenmeden gerçek hayata çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin ise yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur.”, Y13HD, 29.11.2001 T., 2001/9723 E., 2001/10867 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.12.2019.

¹⁰⁵ Zippelius, s. 42; Edis, s. 196; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 124.

¹⁰⁶ “Kanun hükümlerinin sadece lafzına göre değil, hem lafzına hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, bu günün hukuk ilminin ve tatbikatının kaideleridir”, YİBGK, 04.02.1959 T., 1957/14 E., 1959/6 K., www.kazanci.com, s.e.t. 25.06.2019; “Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna, gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun’un 1. maddesine uygun düşmez”. Bkz. YİBGK, 22.02.1997 T., 1996/1 E., 1997/1 K., www.kazanci.com, s.e.t. 25.06.2019. “22.02.1997 gün ve 1/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da Amaçsal Yorumun nasıl yapılacağı izah edilmiş olup bu kararda belirtildiği üzere, Kanun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün yasaya konuluş amacına aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve yasanın hem sözü ve hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK’nun 1.maddesine uygun olmaz.”, Y3HD, 01.10.2018 T., 2016/22350 E., 2018/9297 K., www.lexpera.com, s.e.t. 08.04.2020.

¹⁰⁷ Kelsen, Hans, Zur Theorie der Interpretation, Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, B. 2, 2010, s. 1363.

üst dereceden buna tâbi olan daha alt dereceye giden hukuk yaratma sürecine yönelik bir faaliyet olarak tanımlamıştır. Yazara göre, hukuk kuralının yorumu, genel bir normun somut uyuşmazlığa uygulanmasında tekil bir norma yani bir karara ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin soruya cevap arar¹⁰⁸. Bu noktada, pozitif hukuk düzeninde normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasa kurallarının yorumda dikkate alınıp alınmayacağı sorusu akla gelebilir. Genel olarak, yorumlanacak kural hiyerarşik olarak daha üst seviyedeki kuralın kapsamında bulunduğundan, yorumla varılan sonucun bu kurala aykırı olmaması gerekir¹⁰⁹. Burada temel olarak hukuka uygunluk prensibinin özel bir görünümü söz konusudur. Yani, alt derecedeki normun üst derecedeki norma aykırı olmaması gerektiği kuralı, alt derecedeki normun anlamının belirlenmesi bakımından da önemini korumaktadır¹¹⁰. Dolayısıyla, yorumun Anayasa'ya uygun olarak yapılması da bir yorum kriteri olarak kabul edilir¹¹¹. Aslında, daha önce bahsedilen sistematik bütünlük ve kanunun amacından hareketle bile, yorumla varılan sonucun Anayasa'ya aykırı olmaması gerektiğine ulaşılabilir.

Türk hukuk sistemi açısından Anayasa'nın 11'inci maddesi ile, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile idarî makamları ve diğer kuruluş ve makamları bağladığı düzenlenmiş; 138'inci maddesi ile de hâkimlerin görevlerini yaparken Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hâkimlerin önlerine gelen dava ya da işte uygulayacakları hukuk kuralını Anayasa'da yer alan temel ilke ve esasların hilafına yorumlayamamaları gerekir¹¹².

¹⁰⁸ Kelsen, s. 1363.

¹⁰⁹ Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, s. 455; Işıktaç, s. 1.

¹¹⁰ Bydlinski, s. 456; Larenz/Canaris, s.160; Bettermann, Karl August, Die Verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, 1986, s. 20.

¹¹¹ Larenz/Canaris, s. 160; Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, 2017, para. 51, s. 256; Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, 2016, para. 632. Bu hususun kanunun amacının belirlenmesinde önemli bir unsur teşkil ettiği yönünde bkz. Bydlinski, s. 455, 457. Anayasaya uygun yorumun sistematik bütünlüğün bir gerekliliği olduğu yönünde bkz. Esen, s. 56; Aral, Hukuk Bilimi, s. 193; Kırca, Yorum, s. 8; Işıktaç/Metin, s. 199; Sözer, s. 107, 138.

¹¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu tarafından yaşlılık, malullük vb. sebeplere ilişkin olarak verilen kararlara karşı mahkemeye başvuru hakkının bulunduğuna yönelik olarak verdiği kararın gerekçesinde, “mahkemelerin yasaların uygulanmasında Anayasaya uygun yorum yapmak zorunda olup Anayasaya aykırı düşen bir yorum benimseyemeyeceklerini” kabul etmiştir. Bkz. YİBBGK, 28.06.1976 T., 1976/6 E., 1976/4 K., www.legalbank.net, s.e.t. 21.08.2019. Yine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ise Bağ-Kur'un rücu hakkına ilişkin olarak, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 60. maddesi hükmünce: «Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar». 65. Maddede de şu hükümler getirilmiştir: «Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir». Kısa yasal adıyla Bağ-Kur Kanunu denilen Esnaf ve Sanatkarlar ve diğer bağımsız çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, ile getirilmiş bulunan düzenlemelerin Devletin metinleri az önce anılan Anayasa hükümleri ile belirlenen görev ve olanakları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bağ-Kur Yasa ile kurulmuş kamu tüzel kişiliğine haiz bir kurumdur. Ülkemizde Devletin mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle herkesin henüz sosyal güvenlik kurumlarından yararlanamadığı gerçeği ile Anayasanın Devlete yüklediği görev ve kapsamı dikkate

Anayasaya uygun yorum bakımından, özellikle, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, eşitlik prensibinin, hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışının dikkate alınması gerekir¹¹³. Eğer kanunun diğer unsurlarla birlikte yorumlanmasında birden fazla sonuca ulaşıyorsa, bu durumda anayasaya uygun olanın tercih edilmesi gerektiği kabul edilir¹¹⁴.

Anayasaya uygun yorumun sınırının belirlenmesi bakımından, kanunun lafzı ve amacının dikkate alınması gerektiği, bunları aşan bir yorumun geçerli olmayacağı kabul edilmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla, hukuk kuralının anayasaya uygunluğu gerekçesi ile lafzını ve amacını aşarak kuralı düzeltici bir biçimde yapılan yorum geçersizdir¹¹⁶. Esasen bu durumda, anayasal olarak kabul edilmiş kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlâli söz konusu olduğundan, yasama organının sınırlarına müdahale eden yorum faaliyetinin bizatihi kendisi Anayasa'ya aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olur.

Bir kuralın yorumundan elde edilen sonuç Anayasa'ya aykırılık teşkil ediyor ve varılan sonuç hukuk yaratma olarak da kabul edilemiyorsa bu durumda o kuralın Anayasa'ya aykırılık nedeniyle geçersizliği söz konusu olur¹¹⁷. Bu noktada, Alman hukukunda, Anayasa'ya aykırı olarak yorumlanan bir kurala dayanan hükmün, maddî anlamda kesin hüküm gücünü kazanmış olsa da iptal edilebileceği kabul edilir¹¹⁸. Hukuk sistemimiz açısından da bir hukuk kuralın

alındığında uygulamada bu tür Yasa hükümlerinin- yorum kurallarının elverdiği ölçüde- Kurumu güçlendirecek yolda yorumlanması ve uygulanması gereği Anayasaya uygun yorum yönteminin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir” şeklinde karar vermiştir. Bkz. YİBGK, 29.03.1985 T., 1984/3 E., 1985/2 K., RG.,1985, S. 18737. Benzer şekilde, boşanma davasına ilişkin kararın kesinleşmesinden ardından kusursuz eşin manevî tazminat isteyebilip isteyemeyeceğine ilişkin olarak da İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, maddenin kenar başlığından değil Anayasa ile koruma altına alınan dava hakkından hareketle sonuca varmıştır. Bkz. YİBGK, 22.01.1988 T., 1986/5 E., 1988/1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 07.04.2020. Hâkimin kanunları uygularken Anayasa'ya uygun yorum yapması gerektiği ile ilgili olarak ayrıca bkz. YHGK, 17.04.2002 T., 2002/163 E., 2002/308 K.; YHGK, 26.06.1985 T., 1984/2892 E., 1985/628 K., www.legalbank.net, s.e.t. 21.08.2019.

¹¹³ Larenz/Canaris, s. 159-160; Sözer, s. 139.

¹¹⁴ Larenz/Canaris, s. 160; Möllers, para. 47; Gözler, Yorum, s. 76-77; Sözer, s. 138. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde pek çok kararı bulunmaktadır. Bkz. BVerfG, 18.02.2019, 1 BvR 2556/17, <<https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20190073>>, s.e.t., 26.06.2019; BVerfG, 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, <<https://lexetius.com/2016,1285>>, s.e.t. 26.06.2019; BVerfG, 28.05.1993, 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203 (331); BVerfG, 11.06.1958, 1 BvL 149/52, <<https://openjur.de/u/359536.html>>, s.e.t. 25.06.2019.

¹¹⁵ Larenz/Canaris, s. 161; Reimer, para. 635; Zippelius, s. 50. Ayrıca bkz. BVerfG, 19.09.2007, 2 BvF 3/02, BVerfGE 119,247,274; BVerfG, 11.06.1958, 1 BvL 149/52, <<https://openjur.de/u/359536.html>>, s.e.t. 25.06.2019.

¹¹⁶ Sözer, s. 107.

¹¹⁷ Larenz/Canaris, s. 160; Möllers, para. 47, s. 255.

¹¹⁸ Larenz/Canaris, s. 162. Alman hukukunda anayasaya aykırılık kararının yalnızca Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verileceği kabul edilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin, adli yargı mahkemelerince hukuk kuralının anayasaya aykırı şekilde yorumlanması hâlinde sadece iptal kararı vermekle mi yetineceği yoksa kuralın anayasaya uygun yorumuna göre bir karar da vermesi gerekip gerekmediği öğretide tartışılmıştır. Bettermann'a göre, yorum sonucunun anayasaya aykırı olması hâlinde, Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmalıdır; ancak kendi kararını adliye mahkemelerinin kararı

Anayasa ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edecek şekilde uygulanarak hükme konu olması durumunda bireysel başvuru yoluyla bu ihlâlin ortadan kaldırılması ve gerekli hâllerde yeniden yargılama yapılması kabul edilmiştir (Bkz. 6216 s. K. m. 45 vd.).

7. Yorum Kriterlerinin Birbiriyle İlişkisi

Kanunların yorumunda dikkate alınan kriterlerin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, yorumcunun bunları kullanırken herhangi bir sıralama gözetmesi gerekip gerekmediği ve şayet böyle bir sıralama varsa önceliğin hangi kritere ait olduğu sorusu yorum kriterlerinin birbiriyle ilişkisi çerçevesinde değerlendirilebilir. Kanunların mahkemeler aracılığı ile somutlaştırılmasında, aslında aynı uyumsuzlukta uygulanacak hukuk kuralının farklı mahkemelerce, hatta kimi zaman aynı mahkemenin farklı dairelerince farklı şekilde yorumlanması söz konusu olabilir.

Kelsen'e göre, geleneksel hukuk anlayışının yorum ile hukuk normunun çerçevesinin belirleneceğine ve bu şekilde kuralın somut olaya uygulanması ile pozitif hukuk bakımından yalnızca tek bir doğru karara ulaşılabileceğine ilişkin çıkarımı kabul edilemez¹¹⁹. Zira yazara göre, eğer yorum hukuk normunun anlamının belirlenmesi faaliyeti ise bu hâlde normun çerçevesi belirlenir ve bu çerçevede uygulayıcı birden fazla muhtemel sonuca ulaşabilir¹²⁰. Bu ulaşılan sonuçlardan biri yargı kararı hâline gelmiş olsa dahi diğer bütün sonuçlar da eşit değere sahiptir ve birinin diğerinden daha doğru olduğunu söylemek mümkün değildir¹²¹. Pozitif hukuk da ulaşılan sonuçlardan hangisinin daha doğru olduğu konusunda bir ölçüt getirmez¹²². Yazara göre, normun metnine sıkı sıkıya bağlı kalınarak ya da normu koyanın iradesini dikkate alarak veya sistematik açıdan normla çelişkili bir başka normun bulunup bulunmadığına göre farklı sonuçlara ulaşılabilir¹²³. Bu elde edilen sonuçlardan birinin hukukî ve doğru olduğunu iddia etmek boşuna bir çabadan ibarettir¹²⁴.

yerine ikame edemez. Bkz. **Bettermann**, s. 33-34. Larenz/Canaris ise mahkemenin farklı yorum metotları ile ulaşılan farklı sonuçlardan birini buraya ikame etme yetkisinin bulunmadığını; yalnızca iyi gerekçelendirilmiş iki eşit sonuç arasından kendi yorumunu adli yargı mahkemesinin yorumunun yerine koyabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Larenz/Canaris**, s. 160.

¹¹⁹ **Kelsen**, s. 1366.

¹²⁰ **Kelsen**, s. 1365-1366.

¹²¹ **Kelsen**, s. 1366.

¹²² **Kelsen**, s. 1366-1367.

¹²³ **Kelsen**, s. 1367 vd.

¹²⁴ **Kelsen**, s. 1367 vd.. Işıktaç/Metin'e göre de bir kuralın yorumundan farklı sonuçlar elde edilebilir. Bu durumda seçim hakkı yorumcuya bırakılmalıdır. Bkz. **Işıktaç/Metin**, s. 208.

Ancak, hukukî güvenlik, keyfîyet yasağı, eşitlik prensibinin ihlâl edilmemesi ve hukukun uygulanmasında birliğin sağlanması gibi hususlar dikkate alındığında yine de kanunların yorumu bakımından belli bir standardın öngörülmesi, bu şekilde kabul edilen sonucun ise diğerlerine göre daha makûl ve hukukî olduğunun ortaya konulması gerekir.

Yorum kriterlerinin birbiri ile ilişkisi açıklanırken öğretilerde bazı yazarlarca bahsi geçen kriterlerin serbestçe değil belli bir sıra dahilinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, öncelikle lafızdan hareket edilmeli, daha sonra sistematik bütünlük ele alınmalı ve bunun ardından tarihî kanun koyucunun iradesi araştırılmalı; bununla da bir sonuca varılamazsa objektif amaç incelenmelidir¹²⁵. Diğer bir görüşe göre ise tarihî kanun koyucunun iradesi hemen lafzî yorumun ardından incelenmelidir¹²⁶. Ancak, günümüzde yorum bakımından öngörülen bu kriterlerin herhangi bir öncelik sonralık ilişkisi genel olarak kabul edilmemekte; varılan sonuç bakımından yorum kriterlerinin birinin diğerine üstünlüğü bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁷.

Kanaatimizce, yorumcunun hangi kritere öncelik tanıyacağı her somut olayın gereklerine göre değişebilir. Örneğin, kanunun yeni yürürlüğe girdiği bir dönemde, kanun koyucunun iradesinden, meclis görüşmelerinden, kanunun gerekçesinden daha çok yararlanılırken daha eski tarihli bir hüküm bakımından düzenlemenin objektif amacının tespiti gerekebilir. Hatta kimi zaman bu kriterlerin birbirinden ayırt edilmesi de mümkün olmayıp bunlar birbirini tamamlar nitelikte bulunur¹²⁸.

Her ne kadar varılan sonuçlar bakımından aralarında bir hiyerarşi bulunmasa da yorum yapılırken bu kriterlerin öncelikle hangisinin uygulanacağı rastgele belirlenemez¹²⁹. Bir kuralın yorumlanması ilk olarak o hükmün lafzından hareketle mümkündür¹³⁰. Kuralda yer alan sözcüklerin muhtemel anlamı, yorumcunun yorum bakımından ulaşabileceği sınırı belirlemektedir¹³¹. Bir kuralın yoruma ihtiyaç duymadığının tespiti, o kuralın lafzen açık ve anlaşılır olduğunu ortaya koyan bir yorum sonucunda ortaya çıkar. Dolayısıyla, yorumun

¹²⁵ Bydlinski, s. 557, 562.

¹²⁶ Zellner, s. 465; Özekes, Temel Hukuk, s. 112.

¹²⁷ Hausheer, Heinz/ Jaun, Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10, 2003, Art. 1, para. 114; Kırca, Yorum, s. 12; Sözer, s. 160. Anayasa Mahkemesi de farklı yargı organlarınca hukuk kuralının farklı şekilde yorumlanabileceğine; Anayasa Mahkemesi'nin hangi yoruma öncelik tanınması gerektiğine ilişkin olarak bireysel başvuru yoluyla bir karar vermesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bkz. AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

¹²⁸ Sözer, s. 160.

¹²⁹ Kramer, s. 187-189; Larenz/Canaris, s. 163. Işıktaç/Metin'e göre, bu kriterlerin en uygun ve en elverişli olanı serbestçe seçilebilir. Bkz. Işıktaç/Metin, s. 208.

¹³⁰ Özekes, Temel Hukuk, s. 112.

¹³¹ Zippelius, s. 50.

sınırını belirleyen lafız, aynı zamanda yorum bakımından başlangıç noktasını oluşturur¹³². Ancak, yorumla kuralın hukukî açıdan taşıdığı anlamın tespiti hedeflendiğinden lafız tek başına yeterli değildir. Bu aşamada, kanunda kullanılan ifadenin hukuken hangi anlama geldiğinin tespiti de gerekmektedir. İşte bu noktada, kanunun bağlamından, sistematik bütünlüğünden, kanunda düzenlenen hususların hukuk biliminin hangi alanına ait olduğundan hareketle o ifadelerin genel olarak ne şekilde yorumlanabileceği tespit edilir¹³³. Dolayısıyla, lafzın anlaşılması dahi kanunun bağlamına ve sistematik bütünlüğüne bağlıdır.

Bu iki kriterin yanı sıra, kanun koyucunun iradesinin de yorum bakımından dikkate alınması gerekir. Zira hâkim, kanun koyucunun değer yargıları ile temelde bağlıdır¹³⁴ ve bunun aksi, kanunun değiştirilmesi ya da düzeltilmesi yolu ile hâkimin yasama alanına müdahalesi olarak değerlendirilebilir¹³⁵. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, kanun koyucunun iradesinin kanunu hazırlayan heyet üyelerinin iradesinden bağımsız olduğudur¹³⁶. Bunun dışında, kanunun, yaratıcısından bağımsız olarak ortaya koyduğu, toplumun ihtiyaçlarına göre zamanla değişebilecek olan amacı da yorum bakımından önemlidir¹³⁷. Hem normla getirilen kuralın hem normun içinde yer aldığı kanunun hem de genel olarak hukuk düzenine mündemiç olan ilke ve esasların bu noktada dikkate alınması, kanunun amacının tespitinde kolaylık sağlar. Türk hukuk sistemi açısından, kanunun sözü ve özüyle uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanunun yalnızca lafzından hareketle yorumun yorumcuyu yanlış sonuçlara götürmesinin yanı sıra böyle bir yorumun kanuna aykırı olduğunun da dikkate alınması gerekir¹³⁸. Bu noktada, yorumla varılan birden fazla sonucun varlığı hâlinde, kanunun amacına uygun olan yorumun dikkate alınması gerekir¹³⁹. Ancak, amaca uygun yorumun da

¹³² Larenz/Canaris, s. 163; Zellner, s. 502; Aral, Hukuk Bilimi, s. 185; Kırca, Yorum, s. 3; Sözer, s. 148.

¹³³ Bydlinski, s. 557; Larenz/Canaris, s. 164; Sözer, s. 148.

¹³⁴ Larenz/Canaris, s. 165; Kırca, Yorum, s. 8.

¹³⁵ Zippelius, s. 50; Hausheer/Jaun, Art. 1, para. 103; Kırca, Yorum, s. 10.

¹³⁶ Larenz/Canaris, s. 165.

¹³⁷ Larenz/Canaris, s. 165. “Yasanın dayandığı temel ilkeyi ve amacı araştırılıp ortaya çıkarmak gerekir. Bu işlem yapılırken de toplumun o anda sahip olduğu güncel olan gereksinimler, gerekçeler, değer yargıları, olayın özellikleri göz önünde tutularak bir sonuca varmaya çalışılır. Yasalara anlam verilirken toplumsal değişme ve ilerlemeler ihmal edilmemelidir”, YHGK, 14.02.1990 T., 1989/391 E., 1990/83 K., www.kazanci.com, s.e.t. 27.06.2019.

¹³⁸ “Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK’nun 1.maddesine uygun düşmez”, YHGK, 25.02.2004 T., 2004/40 E., 2004/113 E., www.kazanci.com, s.e.t. 27.06.2019.

¹³⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 124. “Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lafızdan çıkan mana yerine, kanunun ruhundan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerektir ki, bu durum. Medeni Kanunun birinci maddesinde kabul edilen, kanunun lafızıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı

Anayasa'nın temel ilke ve esaslarını ihlâl etmemesi gerekmektedir¹⁴⁰. Böylelikle anlamsız sonuçlara ulaşılmasının da önüne geçilebilir¹⁴¹.

Sonuçta, sosyal bilimler alanına dahil olan ve matematiksel bir kesinliği sağlamanın her zaman mümkün olmadığı bir bilim olarak hukukta, kuralların yorumunda anılan kriterler çerçevesinde hâkime bir serbestî tanınmaktadır. Dolayısıyla, kriterlerin uygulanması ile kuralın birden farklı anlama gelmesi hâlinde, hâkimin, varılan sonuçlardan birini diğerlerine ağır basmasının gerekçesini de açıklayarak kabul etmesi mümkündür¹⁴². Bu noktada, uyuşmazlığın çözümünde daha adil sonucun elde edilmesine özen gösterilmesinin yol gösterici olabileceği ileri sürülmüştür¹⁴³. Ancak kanaatimizce, adil olma kavramı sınırları kesin olarak belirlenemeyen ve kişiden kişiye farklılık gösterebilen göreceli bir kavramdır. Dolayısıyla varılan sonucun yorumcu bakımından adil olması onun aynı zamanda hukukî olduğu anlamına her zaman gelmez. Ayrıca öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi kuralın yorumu bakımından adil bir sonuca varma eğilimi hukukî öngörülebilirliğin göz ardı edilmesini haklı kılmaz¹⁴⁴. Yorum yapılırken adaletli bir sonuç ile hukukî öngörülebilirlik arasındaki dengenin kurulması gerekir¹⁴⁵.

Kanaatimizce, yorum faaliyeti neticesinde varılan sonucun yorumlanan kuralın lafzını aşmaması; genel mantık ilkelerine, Anayasa'ya ve hukukun genel esasları ile ilgili hukuk alanının özel ilkelerine aykırı olmaması şartıyla yorumcu, bahsi geçen kriterlerden herhangi birini tercih edebilir. Böylelikle, mahkemeler aracılığıyla hukukun gelişimi de sağlanmış olur. Kuralın anlamı ve hukuka uygunluğu bakımından herhangi bir tereddütün varlığında ise yoruma devam edilerek diğer kriterler yardımı ile bu tereddütün giderilmesi sağlanmalıdır.

kaidesinin neticelerindendir.”, YİBBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., www.kararara.com, s.e.t. 27.06.2019.

¹⁴⁰ Zippelius, s. 50.

¹⁴¹ “Yasalar yorumlanırken, anlamsız sonuçlara ulaştıran yorumlardan kaçınmak zorunludur”, YİBBGK, 25.01.1985 T., 1984/5 E., 1985/1 K., RG, 16.04.1985, S. 18727. Ancak Kelsen, hukuk normlarının insanlar tarafından üretilen metinler olduğunu ve bu nedenle bazen hukuk normlarının anlamsız olabildiğinin mümkün olduğunu ifade etmekte; böyle bir durumda yorum yolu ile norma bir anlam kazandırılması imkanının bulunmadığını çünkü yorum ile normdan normda bulunmayan bir şeyin elde edilmesinin söz konusu olamayacağını dile getirmektedir. Bkz. Kelsen, s. 1370-1371.

¹⁴² Larenz/Canaris, s. 167; Zippelius, s. 50. Özkes'e göre de taraflar ya da vekilleri yahut da hâkimler bir kuralın yorumunda hangi yorum kriterinden hareket ettiklerini gerekçesi ile birlikte ortaya koymalıdır. Ancak bu hâlde doğru bir yorum yapılıp yapılmadığı saptanabilir. Aksi durumda ise keyfiliğin ortaya çıkması muhtemeldir. Bkz. Özkes, Temel Hukuk, s. 113.

¹⁴³ Zippelius, s. 51.

¹⁴⁴ Özkes, Temel Hukuk, s. 112.

¹⁴⁵ Özkes, Temel Hukuk, s. 112. Yazara göre, bu çerçevede, lafzî yorum hukukî belirliliği amaca uygun yorum ise adil bir sonucu temsil etmektedir. Adalet ve hukukî belirlilik arasında belirli bir denge gözetilerek sonuca varılmalıdır. Bkz. Özkes, Temel Hukuk, s. 112.

Şayet yorum ile hiçbir makûl ve hukukî sonuca ulaşamıyorsa bu hâlde bir boşluk olduğunun kabulü gerekmektedir.

§ 2. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yorumlanması

A. Genel Olarak

Hukuk kuralları ile kimi durumda kamusal kimi durumda ise bireysel menfaate üstünlük tanınmaktadır. Bazı hukuk kuralları devletin egemenlik yetkilerinin kullanılması, bazı kurallarsa irade serbestîsini ve bunun gereklerini sağlamak için öngörülmüştür. Bu noktada, başlangıçta kamu ve özel hukuk ayrımı olmak üzere hukuk kuralları belirli dallara ayrılmıştır. Hukuk kuralları açısından yapılan ayırım, bu kuralların yorumlanmasında da önem arz eder. Zira, farklı menfaatleri korumayı hedefleyen ve farklı amaçlara hizmet eden hukuk dallarına ilişkin kuralların aynı ilke ve esaslara dayanılarak yorumlanması, hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebep olabilir¹⁴⁶. Örneğin hem ceza hukukunda hem de borçlar hukukunda zarar görenin zararının tazminine ilişkin düzenlemeler yer almasına karşın bu düzenlemelerin yorumunda aynı yöntemin uygulanması hâlinde ya ceza hukuku bakımından ya da borçlar hukuku bakımından daha olumsuz bir durumun ortaya çıkması muhtemeldir. Zira, ceza hukukunda kabul edilen kanunîliğin, borçlar hukuku bakımından aynı derecede sıkı biçimde uygulanması, irade serbestîsinin hâkim olduğu bu alan açısından farklı sonuçlar doğurur. Dolayısıyla hukuk kurallarının anlamlandırılması ve uygulanması bakımından metot seçiminde, ilgili hukuk alanının temelinde yatan ilke ve esasların dikkate alınması gerekir¹⁴⁷.

Medenî usûl hukukunun bağımsız bir alan olarak gelişimi 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra gündeme gelmiştir. Daha önce, maddî hukuk tarafından tanınan hakkın bir niteliği ya da parçası olarak kabul edilen dava hakkına ve buna ilişkin kurallardan oluşan usûl hukukuna bakış, özellikle *hukukî korunma hakkı* kavramının ortaya çıkışıyla birlikte değişmiştir¹⁴⁸. Hukukî korunma hakkı, maddî hukuka göre hak sahibi olan kişinin bu hakkını bir hükümle garanti altına alılabilmek konusunda devlete karşı sahip olduğu bir hak olarak tanımlanabilir¹⁴⁹. Hukukî korunma hakkının kabulü ile bireylere maddî hukuktan kaynaklanan taleplerini geçerli bir şekilde ileri sürebilme imkânı tanınması ve bu taleplerin yetkili devlet

¹⁴⁶ Sözer, s. 148.

¹⁴⁷ Sözer, s. 148.

¹⁴⁸ Weber, Friedrich, Zur Methodik des Prozessrechts, Studium Generale, 1960/4, s. 184-185; Bruns, Rudolf, Methodik des Prozessrecht, Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, 1972, s. 196.

¹⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wach, Adolf, Der Rechtsschutzanspruch, ZZP, B. 32, 1904, s. 1 vd..

organlarınca usûlüne uygun şekilde incelenmesi gerektiği ortaya konulmuştur¹⁵⁰. Buna göre, şayet davanın yetkili organ tarafından usûlüne uygun şekilde yürütülmediği anlaşılırsa davanın taraflarının devlete karşı bir talep hakkı doğar¹⁵¹.

Önceleri bağımsız bir alan olarak kabul edilmemesi nedeni ile usûl hukukuna ilişkin kurallar amaca uygunluk ve pratiklik çerçevesinde incelenmiş, yorumlanmış ve şekillendirilmiş; fakat bu kurallar bakımından bilimsel bir yöntemin varlığı göz önünde bulundurulmamıştır¹⁵². 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, usûl hukuku, sadece maddî hukuktan kaynaklanan hakkın mahkemeler aracılığı ile talep edilmesine ilişkin kuralları düzenleyen teknik bir alan olmaktan çok, kendine özgü usûlî kavramların (örneğin, dava şartları ya da derdestlik) şart ve sonuçlarının da ortaya konulduğu bir alan olarak görülmeye başlanmıştır¹⁵³. Medenî usûl hukukunun ayrı bir hukuk dalı olarak gelişmeye başlamasının ardından bu alana ait kuralların uygulanması ve yorumu açısından, bu hukuk dalının kendine özgü bir metodolojiye sahip olup olmadığı tartışılmıştır¹⁵⁴.

B. Medenî Usûl Hukukunun Bağımsız Bir Metodolojisi Olup Olmadığı Sorunu

Medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumu ve uygulanması açısından bağımsız bir metodun bulunup bulunmadığı konusunda iki görüş mevcuttur¹⁵⁵.

1. Bağımsız Bir Metodolojinin Bulunduğunu Kabul Eden Görüşler

Usûl hukukunun bağımsız bir metodolojisi olduğuna ilişkin düşüncelerin temelini, bu hukuk dalının maddî hukuktan farklı, kendine özgü konusu oluşturmaktadır¹⁵⁶. Bu düşüncayı

¹⁵⁰ Weber, s. 184; Bruns, s. 196.

¹⁵¹ Weber, s. 184-185; Bruns, s. 196.

¹⁵² Weber, s. 183-184.

¹⁵³ Weber, s. 184.

¹⁵⁴ Stein/Jonas/Brehm, Kommentar zur Zivil Prozessordnung, C. 1, 2013, Mohr Siebeck, vor § 1 para. 47.

¹⁵⁵ Bkz. Goldschmidt, James, Der Prozess als Rechtslage, 1986, s. 227 vd.; Weber, s. 183 vd.; Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozessrecht, 1970, s. 20, 110 vd.; Fenge, s. 140 vd.; Schumann, Ekkehard, Prozessrecht und Methode Elemente einer Prozessualen Betrachtungsweise, FS für Konstantinos D. Kerameus, I, 2009, s. 1209; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 56; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 8; Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 122; Kern/Diehm/Kern, Einl., para. 20; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl III, para. 36; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 46, 53; Zöller/Vollkommer, Einl., para. 92; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 16; Blomeyer, Karl, Besprechungen (Lehrbuch des Zivilprozessrechts von Adolf Schönke), ZZP, B. 66, 1953, s. 161; Fasching, Hans W., Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, 1993, s. 41; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 13; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 72; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 66; Ulukapı, Usûl, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 23; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 14.

¹⁵⁶ Bkz. Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 47; Weber, s. 184 vd..

savunan yazarlar, usûl kurallarının maddî hukuk kurallarından farklılaşan karakterinden hareket eder. Zira, onlara göre, maddî hukuk kuralları sosyal yaşamı düzenlemek için öngörülen, soyut ve genel kurallardır¹⁵⁷. Oysa, usûl hukukuna ilişkin kurallar maddî hukuktan kaynaklanan hakkın konu edildiği somut bir uyuşmazlığın yetkili makamlar huzurunda çözümlenmesine ilişkin süreci düzenler. Bu çerçevede, kanun koyucu usûl hukuku kurallarını münferit bir olayın şekillendirilmesinden hareketle oluştururken, maddî hukuk kurallarını ise sosyal yaşamın düzenlenmesi amacıyla öngörmektedir¹⁵⁸. Diğer bir anlatımla, hukuk kuralı olması nedeni ile soyut şekilde ifade edilse de usûl hukuku kurallarında kanun koyucunun hareket noktası maddî hukuktakine nazaran somuttur¹⁵⁹. İlk olarak 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan bu görüşler, usûl hukukunun konusunu dava ile sınırlı şekilde ele almış ve yargılama sürecinden hareketle sonuca varmıştır¹⁶⁰.

Usûl hukukunun bağımsız bir metodolojisinin var olduğunu ilk kez dillendiren *Goldschmidt*'e göre usûl hukuku, maddî hukuka ilişkin kuralları somut olaya uygulayan hâkimin, hüküm verebilmesi için hukukî ölçütü ortaya koyan bir bilim dalıdır¹⁶¹. *Goldschmidt*, usûl hukuku ile maddî hukukun birbirinden kesin şekilde ayrıldığını ve usûl hukukunun hem maddî hukuktan hem de amaca ilişkin düşüncelerden bağımsız bir alan olduğunu düşünmektedir¹⁶². Daha önceki dönemde *Savigny*'nin fikirlerinin etkisi ile davanın bir hukukî ilişki olarak tanımlanmasının aksine¹⁶³ *Goldschmidt*, davayı, kesin hükme ulaşmayı amaçlayan yargılama nedeniyle ortaya çıkan hukukî bir durum olarak tanımlar¹⁶⁴. Hâkim, hakkın ne tarafını ne de konusunu oluşturur; o hükmünü verirken hakkın üstünde ya da dışında bir yerde bulunmalıdır¹⁶⁵. Yazara göre, maddî hukuk kurala hâkim ise usûl hukuku da duruma hâkimdir ve usûl hukuku kuralları hukukî bir ilişkiyi değil hukukî bir durumu açıklar¹⁶⁶.

Usûl hukukunun, maddî hukukun statikliğinin aksine dinamik bir alan olduğunu ileri süren yazar, usûl kurallarının ve usûlî işlemlerin her birinin, bu hukuk dalının nihaî hedefi olan kesin hükme ulaşmakla ilişkili olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle her bir işlemin yargılamanın ilerlemesini teşvik edip etmediği noktasında özel bir incelemeye tâbi tutulması

¹⁵⁷ Bkz. **Weber**, s. 186.

¹⁵⁸ Bkz. **Weber**, s. 186-187.

¹⁵⁹ Bkz. **Weber**, s. 187.

¹⁶⁰ Bkz. **Weber**, s. 184 vd..

¹⁶¹ **Goldschmidt**, s. 228.

¹⁶² **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 49.

¹⁶³ **Bruns**, s. 196.

¹⁶⁴ **Goldschmidt**, s. 251, 255.

¹⁶⁵ **Goldschmidt**, s. 247-248.

¹⁶⁶ **Goldschmidt**, s. 253.

¹⁶⁷ **Goldschmidt**, s. 227-228.

gerekir¹⁶⁸. Yazara göre ayrıca usûl hukukunun, kendine özgü kavramları bulunmaktadır ve bu kavramların şartları ve sonuçları ise usûl hukuku bakımından düzenlenmektedir¹⁶⁹. Bunların değerlendirilmesi de yine usûl hukukunun kendi sistematığı içinde gerçekleştirilmelidir¹⁷⁰.

Usûlî bakış açısından hareket eden *Goldschmidt*, ilk olarak haktan yola çıkmakta ve maddî hukukta düzenlenen hakkın, hâkimin karar verebilmesi için bir kıstası ortaya koyduğunu savunmaktadır¹⁷¹. Maddî hukuk, belirli şartlar altında bir hakkın doğumu ya da kullanımı imkânını sunmakta; hukukî sonucun doğması için gereken koşul vakıaları ve buna bağlı hukukî sonuçları kesin ve belirli bir şekilde ortaya koymaktadır¹⁷². Şayet, bahsi geçen hususlara ilişkin herhangi bir belirsizlik, açıklamaya muhtaç bir durum söz konusu olursa bunun maddî hukukun tâbi olduğu ilkelerle aydınlatılması gerekir¹⁷³. Usûl hukuku kuralları bakımından bir belirsizlik söz konusu olduğunda da yine kuralın münferit olaydan bağımsız bir biçimde, soyut ve genel olarak düşünülmesi ve bu şekilde anlamlandırılması gerekir¹⁷⁴. Maddî hukuk kuralında öngörülen hukukî sonuç, hâkim kararında somutlaşır. Bu ise aslında daha yargılamanın başında mevcudiyeti belirsiz olan koşul vakıalarının ispatlanabilirliği ile ilişkilidir¹⁷⁵. Bu nedenle kanun koyucunun somut hukukî uyumsuzluktan bağımsız olarak düzenlediği soyut nitelikli koşul vakıalarının, hükmü verecek mahkeme tarafından değerlendirilmesinde de özel bir metotla hareket edilmelidir¹⁷⁶.

¹⁶⁸ **Goldschmidt**, s. 227.

¹⁶⁹ **Goldschmidt**, s. 227 vd..

¹⁷⁰ **Goldschmidt**, s. 227 vd..

¹⁷¹ **Goldschmidt**, s. 248 vd. Aynı yönde bkz. **Weber**, s. 188 vd.

¹⁷² Bkz. **Weber**, s. 188.

¹⁷³ Bkz. **Weber**, s. 188.

¹⁷⁴ Bkz. **Weber**, s. 188.

¹⁷⁵ Bkz. **Weber**, s. 189.

¹⁷⁶ Davanın aydınlatılabilmesi için hâkimin geçmişte meydana gelen hayat olayını aydınlatması ve isabetli bir kararla uyumsuzluğu nihayete erdirmesi gerektiğinden hareket eden bu metoda göre, hâkimin, maddî hukuk kuralında kanun koyucu tarafından ortaya konulan kıstası dikkate alarak hayat olayının aydınlatılmasında hangi vakıaların önemli olduğuna karar vermesi gerekir. Bu, *Goldschmidt*'in usûlî işlemlere ilişkin olarak yaptığı ikili ayırımla paralel doğrultudadır. Hâkimin bir inceleme yapmasını ve ister ara ister nihaî olsun bir karar vermesini gerektiren işlemler olarak tanımlanan bağlı etkili işlemler (*Erwirkungshandlungen*), davanın açılması, kanun yoluna başvuru, iddiaların ve delillerin sunulması gibi hususlarda ortaya çıkmaktadır. Bu konularda hâkim, hem bahsi geçen işlemin usûl hukukunda düzenlenip düzenlenmediğini hem öngörülen şekle uygun olup olmadığını hem de istenen hukukî sonucu doğurmak bakımından işlemin yeterli olup olmadığını inceler; şekle aykırı olan işlemler geçersiz sayılır, sadece geçerli şekilde yapılan işlemlerin hâkim kararını elde etmek bakımında yeterli olup olmadıkları incelenir. Geçerli bir işlemin yeterli olup olmamasına göre de hâkim ret ya da kabul yönünde bir karar verir. Bu incelemede hukukî sonucun meydana gelmesi bakımından sunulan vakıaların hangisinin önemli olup olmadığı hâkim tarafından belirlenir. Önemli bir vakıanın ispatının mümkün olmadığı, henüz yargılamanın başında tespit edilirse uyumsuzluğa ilişkin karara da varılmış olur; çünkü bu, talebin gereksiz olduğunun ortaya konulmasından başka bir şey değildir. Doğrudan etkili işlemler (*Bewirkungshandlungen*) ise doğrudan bir hâkim kararına yönelmeyen, geçerli şekilde meydana geldiklerinde hukukî sonuç doğuran, ikrar, davanın kabulü ya da davadan feragat gibi işlemlerdir. Bu işlemlerin de öncelikle usûlen öngörülüp öngörülmedikleri incelenir, ayrıca hâkim sadece işlemin geçerli şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini denetler; işlem usûl hukukunda hiç öngörülmemiş ya

Yargılama faaliyetinin kamu hukukunun özel bir türü olduğundan hareket eden *Weber* ise usûl hukukunda metot ile kastedilenin usûl kuralları oluşturulurken ve bu kurallar uygulanırken dikkate alınan yöntem olduğunu düşünmekte; usûl hukukunun bağımsız bir metodundan bahsedilebilmesinin onun konusunun incelenmesi ile ortaya konulabileceğini dile getirmektedir¹⁷⁷. Bu noktada, yazar, sadece devlet mahkemeleri tarafından yürütülen yargılamaların değil; aksine uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarına ilişkin düzenlemelerin de usûl hukukunun konusuna dahil olduğunu düşünmektedir¹⁷⁸. Usûl kuralları da maddî hukuk kuralları gibi genel ve soyut şekilde düzenlenir¹⁷⁹. Ancak sosyal yaşam alanındaki genel hukuk düzenini şekillendiren maddî hukuk kurallarına kıyasla, usûl hukuku kurallarının münferit hukukî bir olayın açıklanması, şekillendirilmesi ve çözüme kavuşturulması bakımından meydana getirdiği somutluk, onu maddî hukuktan ayırır¹⁸⁰.

Usûlî işlemlerle başlayan, devam eden ve sona eren bir gelişim süreci olarak usûl, hâkim aracılığı ile uyuşmazlıkların esası bakımından karar verilmesini amaçlar¹⁸¹. Bu yönüyle *Goldschmidt*'in dinamik hukuk görüşünü kabul eden *Weber*, ondan farklı olarak, usûl hukukunun statik düzenlemelerinden bahsetmektedir¹⁸². Bu noktada taraflara, mahkemeye ya da davanın konusuna ilişkin dava şartlarının ya da maddî anlamda kesin hüküm etkisini düzenleyen kuralların usûl hukukunun statik yanını oluşturduğunu; bu kuralların somut uyuşmazlıktan bağımsız bir şekilde genel ve soyut bir biçimde düzenlendiğini ve şartları ortaya çıktığında kendiliğinden gerçekleştiğini savunmuştur¹⁸³. Ancak yazar da usûl kurallarının ve davanın özel bir düşünüş tarzını gerektirdiğini dile getirmiş; bu noktada ispat edilebilirlik bakımından *Goldshmidt*'in yukarıda açıklanan görüşünü desteklemiştir¹⁸⁴. Hatta, bugün geçerli olan medenî usûl hukuku sistemi bakımından davacının, sadece hayat olayına ilişkin vakıalar sunarak mahkemeden talepte bulunmasının değil, bu talebin hukuken dayanağını oluşturan maddî hukuk kuralının da gösterilmesinin bir gereklilik olduğunu (§ 253/II-2 ZPO; HMK m. 119/1-g) ifade etmiştir¹⁸⁵. Hâkimin tarafların hukukî nitelendirmeleriyle bağlı olmadığını

da şeklen geçersiz ise bu durumda- hiç yapılmamış gibi- dikkate alınmaksızın yargılamaya devam olunur. Bu durumda mahkemenin ret ya da kabul gibi bir kararı gerekmez. Aksi durumda ise kanunun bu işlemlere bağladığı hukukî sonuç gerçekleşir ve bu mahkeme kararında tespit edilir. Bkz. **Weber**, s. 190 vd.; **Bruns**, s. 198 vd..

¹⁷⁷ **Weber**, s. 185, 187 vd..

¹⁷⁸ **Weber**, s. 186.

¹⁷⁹ **Weber**, s. 187.

¹⁸⁰ **Weber**, s. 187.

¹⁸¹ **Weber**, s. 187.

¹⁸² **Weber**, s. 187.

¹⁸³ **Weber**, s. 187-188.

¹⁸⁴ **Weber**, s. 189.

¹⁸⁵ **Weber**, s. 189.

ancak, ileri sürülen vakıalardan maddî hukuka göre talebin türetilip türetilmeyeceğini incelemesi gerektiğini; eğer bu soruya olumsuz yanıt veriliyorsa ve bu durumun düzeltilmesi mümkün de değilse daha başlangıçta talebin gerekçelendirilemediğinden bahisle davanın reddedileceğini ifade etmiştir¹⁸⁶. Yazara göre, somut vakıaları hukuk kuralının koşul vakıaları ile kıyaslayarak hukukî sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı yönündeki inceleme usûlî metodun aslî parçasını oluşturmaktadır¹⁸⁷. Bunun dışında, yazar, usûl kurallarının incelenmesi bakımından ise tarafların yargılama üzerindeki etkilerinin önemli olduğunu; kuralların kapsamının belirlenmesi bakımından usûl hukukunun yargısal bir süreç olarak dikkate alınması gerektiğin, ifade etmiştir¹⁸⁸. Hâkim de ancak, kanunen öngörülen olayları yine öngörülen formları ile inceleyebilir¹⁸⁹.

Yine Weber, usûl hukuku bakımından amaca uygunluk ve pratikliğin bugün de önemini yitirmediğini; ancak özellikle usûl hukukunun tebligata, sürelerle ilişkin teknik alanında kanunen öngörülen yaptırımlar karşısında kullanım imkânı olmadığını ifade etmiştir¹⁹⁰. Zira, yazara göre usûl hukukunun görevi, yargılamanın hukuk devleti ilkesine uygun olarak yürütülmesini sağlamaktır¹⁹¹. Davanın taraflarının ve devletin yargılama süreci üzerindeki etkisini, hukuk devletine uygun bir şekilde sınırlamakla görevli olan şekil kurallarının bilinçli olduğunu düşünen yazar, yargısal şekilciliği savunmaktadır¹⁹². Weber'e göre, usûlî düzenlemelerin yorumu ve şekillendirilmesi bakımından usûl hukukunun karakterinin ve özelliklerinin özel bir metoda sebebiyet verip vermediğinin tespitinde, usûl hukukuna ilişkin kuralların da emredici ve ihtiyarî niteliği haiz olduğunun, bu nedenle genel yorum ilkelerinden sapmayı gerektirmediğinin iddia edilmesi, somut uyuşmazlık bakımından tatmin edici olabilir¹⁹³. Oysa bu düşünceler hukuk devleti ilkesini yeterince hesaba katmamaktadır¹⁹⁴. Yazar, usûlî eksiklerin düzeltilmesinin, münferit olay üzerinden değil, soyut ve genel çerçevede yapılması ve yargılamanın diğer ilgililerinin haklı menfaatlerinin gözetilmesi gerektiğini ifade etmiş; böylelikle bir yandan usûl hukukunu fazlası ile inşaî bir düşünceden korunacağına diğer yandan ise hukukun uygulanmasının bir standarda sokulacağını savunmuştur¹⁹⁵.

¹⁸⁶ Weber, s. 189-190.

¹⁸⁷ Weber, s. 190.

¹⁸⁸ Weber, s. 190.

¹⁸⁹ Weber, s. 192.

¹⁹⁰ Weber, s. 184.

¹⁹¹ Weber, s. 184.

¹⁹² Weber, s. 184-185.

¹⁹³ Weber, s. 192-193.

¹⁹⁴ Weber, s. 193.

¹⁹⁵ Weber, s. 193.

Sauer'e göre ise hukuk kuralları soyut ve genel kurallar ile bu kuralların somut olaya uygulanmasını düzenleyen kurallar olarak iki çeşittir¹⁹⁶. İlki maddî hukuka ilişkin soyut kuralları, ikincisi ise usûlî karakteri haiz kuralları oluşturmaktadır¹⁹⁷. Usûl hukuku maddî hukukun altında ya da yanında bulunan, onun eki ya da tamamlayıcısı niteliğindeki bir hukuk dalı olmayıp, aksine maddî hukukla eşit haklara sahip aynı düzeyde bir hukuk dalıdır¹⁹⁸. *Sauer*, usûl hukukuna ilişkin metodolojinin maddî hukukun soyut bakış açısının aksine, somut bir bakış açısına sahip olduğunu iddia etmektedir¹⁹⁹. Diğer bir anlatımla, yazara göre usûlî metodoloji soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasından meydana gelir²⁰⁰.

2. Bağımsız Bir Metodolojinin Bulunduğunu Reddeden Görüşler

Yukarıda izah edilmeye çalışılan görüşlerin aksine, bugün genel olarak, medenî usûl hukukunun kendine özgü bazı kuralları olmasına karşın genel yorum kurallarından ayrılmayı gerektirecek bağımsız bir metodolojisi olmadığı kabul edilmektedir²⁰¹. Diğer bir deyişle, yargılama hukukuna ilişkin bir kuralın yorumunda maddî hukukta da uygulanan temel mantık kurallarından ayrılmayı gerektiren herhangi bir özel durum bulunmamaktadır²⁰².

Medenî usûl hukukunun metodolojisi bakımından ayrıntılı bir değerlendirme yapan *Fenge*'ye göre, usûl hukukunun bağımsız bir metodolojisi bulunmamaktadır²⁰³. Ancak yazar, usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda, bu hukuk dalını diğer hukuk dallarından ayıran unsurların ve özelliklerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır²⁰⁴. Zira yazara göre, başlangıçta benzer olarak kabul edilebilecek biri maddî hukuktan biri ise usûl hukukundan kaynaklanan iki olayın, bu iki alan arasındaki esaslı farklılık nedeni ile farklı şekilde

¹⁹⁶ *Sauer*, s. 20.

¹⁹⁷ *Sauer*, s. 20.

¹⁹⁸ *Sauer*, s. 20.

¹⁹⁹ *Sauer*, s. 110 vd..

²⁰⁰ *Sauer*, s. 110 vd..

²⁰¹ *Fenge*, s. 140; *Schumann*, Methode, s. 1209; *Prütting/Gehrlein*, Einl., para. 56; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Einl. § 7, para. 8; *Wieczorek/Schütze/Prütting*, Band 1/1, Einl., para. 122; *Kern/Diehm/Kern*, Einl., para. 20; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Einl. III, para. 36; *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 46, 53; *Zöller/Vollkommer*, Einl., para. 92; *Hk-ZPO/Saenger*, Einf., para. 16; *Blomeyer, K.*, s. 161; *Fasching*, Auslegung, s. 41; *Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım*, s. 13; *Pekcanitez*, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 72; *Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası*, Usûl, s. 66-67; *Ulukapı*, Usûl, s. 13; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Ders Kitabı, s. 23; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, Usûl, s. 14. Ayrıca bkz. BGH, 08.10.1953, III ZR 310/51, BGHZ 10,350,359; BGH, 08.10.1959, VII ZR 87/58, BGHZ, 31,43,46; BGH, 06.11.1991, XII ZR 240/90, NJW 92, 438, 439.

²⁰² *Fasching*, Auslegung, s. 41; *Wieczorek/Schütze/Prütting*, Band 1/1, Einl., para. 122.

²⁰³ *Fenge*, s. 140.

²⁰⁴ *Fenge*, s. 145

incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir²⁰⁵. *Fenge*'ye göre usûl hukuku, hukukî korunmaya yönelik yargılamada, uyuşmazlık tarafları ile yargılama makamlarının davranışlarını düzenleyen bir bilim dalıdır²⁰⁶. Oysa maddî hukuk, insan ilişkilerini herhangi bir yargı faaliyetine gerek duymaksızın düzenleyen, yaşam alanına ilişkin kurallardan oluşan bir hukuk dalı olarak, usûl hukukundan farklıdır²⁰⁷. Yazara göre, usûl hukuku, usûlî etkilerin hangi şartlar altında ortaya çıkacağıyla da ilgilenmektedir ve bu noktada özel usûlî değerlendirmelere de gerek duyar²⁰⁸. İşte bu nedenle, usûl hukuku kuralları değerlendirilirken, hem bu kurallar bakımından maddî hukukun ve genel hukuk ilkelerinin dikkate alınması hem de özel usûlî ilke ve kuralların göz önünde bulundurulması gerekir²⁰⁹. Aslında bu noktada genel olarak davanın hukukî niteliğinden hareket edilerek sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Yazar, davanın bir hukukî işlem²¹⁰ aracılığı ile üretilen bir kurum olduğunun kabulünde, maddî hukuk kurallarının usûl hukuku bakımından da uygulanabileceğini ifade etmektedir²¹¹. Davanın mahkeme ve taraflar arasındaki bir hukukî ilişki²¹² olduğundan hareket edildiğinde ise maddî hukuk kurallarının değil hukukun genel ilkelerinin bu ilişkide dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır²¹³.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Weber'in ortaya koyduğu ve hukuk kuralının koşul vakıaların somut vakıalarla kıyaslanarak hukukî sonucun ortaya çıkıp çıkmadığının incelenmesi, esasen hukukun uygulanması açısından bugün hukukun her alanında kabul edilen altlama faaliyetinden başka

²⁰⁵ **Fenge**, s. 145. Satış sözleşmesinde alıcı olan tarafın iradesinin anlaşılmasına karşın beyanda yaptığı hata ile mahkemenin gerekçesi doğru olmakla birlikte yazım hatası nedeni ile kararı farklı nitelendirmesi konusunda yaptığı mukayese de *Fenge*, mahkeme kararının irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorusunun cevaplanması gerektiğini ve maddî hukuktan kaynaklanan açıklamaya olan güvenin korunacağına ilişkin teorinin, usûl hukukundaki duruma uygulanması hâlinde davalı ve davacı taraf bakımından farklı sonuçların meydana geleceğinin dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu dile getirmiş; dolayısıyla inceleme ve değerlendirme bakımından bu iki alanın birbirinden farklılaştığını ifade etmiştir. Bkz. **Fenge**, s. 144 vd..

²⁰⁶ **Fenge**, s. 146.

²⁰⁷ **Fenge**, s. 146.

²⁰⁸ **Fenge**, s. 146.

²⁰⁹ **Fenge**, s. 147.

²¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kohler, Josef**, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888, s. 2 vd..

²¹¹ **Fenge**, s. 148. İmparatorluk mahkemesinin davayı hukukî bir işlem olarak nitelendirdiği pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin, mahkeme kararının ilanındaki eksiklik bakımından, kanunen öngörülen şekil eksikliğinde hukukî işlemin hükümsüz olacağını düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 125'inci paragrafından yararlanılacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Fenge**, s. 148.

²¹² Bu yönde bkz. **Bülow, Oskar**, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, ZZP, B. 27, 1900, s. 222.

²¹³ **Fenge**, s. 148-149. Davanın ne şekilde nitelendirileceği sorusu kapsamlı bir çalışmayı gerektirdiğinden, bu noktada sadece değinmekle yetiniyoruz.

bir şey değildir²¹⁴. Bu husus, ayrı bir metodoloji olarak nitelendirilemez; yalnızca hukukun uygulanmasından ibarettir. Ayrıca, yazarın katı şekilciliğin hukuk devleti ilkesini koruyacağı yönündeki düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Çünkü, usûl kurallarındaki aşırı şekilcilik kişilerin mahkemeye erişim hakkını engelleyeceğinden adil yargılanma hakkını zedeler²¹⁵. Dolayısıyla bu, hukuk devletini korumanın aksine ona zarar verebilir.

Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi, *Sauer*'in metot olarak ileri sürdüğü şey ise esasen hukuk kuralının uygulanmasından başka bir şey değildir ve dolayısıyla gerçekte herhangi bir teoriyi ve metodolojiyi ortaya koymamaktadır²¹⁶.

Goldschmidt tarafından ortaya atılan bağımsız usûl hukuku metodolojisi esasen ispat edilebilirlik bakımından bugün de kabul edilmektedir. Ancak, *Goldschmidt*'in savunduğu gibi, hâkimin usûlî işlemin mevcut ve geçerli olduğunun ve taraflarca ileri sürülen vakıaların maddî hukuk normunun koşul vakıaları ile örtüşüp örtüşmediğinin tespiti de sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ayrıca hâkim, bahsi geçen değerlendirmeyi yapabilmek için dahi usûl hukukunun kurallarını öncelikle anlamlandırmak ve daha sonra olaya uygulamak zorundadır. Her ne kadar yazarın görüşü, usûl hukukunun amacının kesin hükme ulaşmak olduğunu iddia etmiş olması nedeni ile kendi içinde tutarlı görünse de bugün usûl hukukunun amacı da dikkate alındığında bu görüşün aşırı şekilci olduğunun kabulü gerekir. Bugün, artık usûl hukukunun ilgili olduğu alandan tamamen bağımsız olduğunu iddia etmenin, bu hukuk dalının amacı, koruduğu menfaatler ve pratik durum göz önüne alındığında kabulü mümkün değildir²¹⁷.

Sauer ve *Weber* tarafından ileri sürülen fikrin aslında herhangi bir teoriyi ortaya koymaması; *Goldschmidt*'in amaçsal olmayan usûl hukukuna hizmet eden görüşünün ise bugünkü pratiğe uygun olmaması gerekçesi ile bu görüşler usûl hukukunun yorumu bakımından dikkate alınmamaktadır²¹⁸.

Bugüne kadar, ilgili hukuk dalının amacı ve kendine özgü değer yargıları ile ilkeleri o hukuk dalının “özel” bir metodu olarak algılanmış olsa da aslında metot, içerik açısından değil,

²¹⁴ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 52. Hukukun uygulanması ve altlama faaliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atalay, Oğuz*, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, 2001, s. 58 vd.; *Özekes*, Temel Hukuk, s. 83 vd..

²¹⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. İHAM, Perez de Rada Cavanilles/İspanya, § 49, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22002-6775%22%7D>, s.e.t. 28.09.2020; İHAM, Miragall Escolano/İspanya, § 38, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58451%22%7D>, s.e.t. 28.09.2020.

²¹⁶ *Goldschmidt*, s. 228, dn. 1259c; *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 48-50.

²¹⁷ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 48-50.

²¹⁸ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, para. 49-52.

hermeneutik açısından ele alınan, hukuk bilimi için genel olarak geçerli olan şeyi ifade etmektedir²¹⁹. Dolayısıyla, bir hukuk dalına özgü ilke, değer yargısı ve kuralların bu hukuk dalına özgü bir metot olduğunu söylemek mümkün değildir²²⁰. Hukuk düzeninde birliğin sağlanması düşüncesi de farklı hukuk alanlarında uygulanan metodolojinin temelde benzer olması gerektiğini destekler²²¹. Dolayısıyla öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi²²², medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda genel yorum kriterlerinden ayrılmayı gerektiren bir husus mevcut değildir. Ancak, bu durum ilgili hukuk alanının kendi ilke ve değerlendirmelerinin dikkate alınmaması anlamını taşımaz²²³.

Özellikle, medenî usûl hukukunun her ne kadar özel hukuka ilişkin uyumsuzlukları konu alan yargılamaları düzenleyen kurallar bütünü olduğu kabul edilse ve bu yönüyle maddî hukuka hizmet ettiği düşünülse de medenî hukukta benimsenen irade serbestîsi ilkesinin medenî usûl hukukunda da aynı şekilde geçerli olduğu söylenemez. Medenî usûl hukuku, hukukun uygulanmasının hukukudur ve iki farklı kural türünü içinde barındırır: İlki, taraflar ve mahkeme arasındaki ilişkiyi ve yargılamanın gidişatını düzenleyen; ikincisi ise tarafların birbirleri ile ilişkisini düzenleyen kurallar²²⁴. Hem kamu hukukunun emredici vasfını hem de özel hukukun tasarruf imkanını içinde bulunduran medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumu ve yorumda dikkate alınacak ilkelerin açıklığa kavuşturulması gerekir²²⁵. Bu hukuk dalının kurallarının yorumu ve uygulanmasında, yorumlanacak kuralın kamu hukuku karakterinin mi yoksa özel hukuk karakterinin mi ağır bastığının tespit edilmesi ve bu hukuk dalına ilişkin ilke ve esasların da bu çerçevede dikkate alınması gerekir.

²¹⁹ Schumann, Methode, s. 1224.

²²⁰ Schumann, Methode, s. 1224.

²²¹ Schumann, Methode, s. 1210.

²²² Bkz. Fenge, s. 140; Schumann, Methode, s. 1209; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 56; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 8; Wiczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 122; Kern/Diehm/Kern, Einl., para. 20; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 36; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 46, 53; Zöller/Vollkommer, Einl., para. 92; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 16; Blomeyer, K., s. 161; Fasching, Auslegung, s. 41; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 13; Pekcanitez, C. I, s. 72; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 66-67; Ulukapı, Usûl, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 23; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 14.

²²³ Schumann, Methode, s. 1210.

²²⁴ Fasching, Auslegung, s. 25.

²²⁵ Fasching, Auslegung, s. 25-26.

C. Medenî Usûl Hukukuna Özgü Yorum Kuralları

1. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Niteliği İtibariyle Yorum

Hukuk, taraflar arasındaki ilişkinin özelliği ve buna dayalı olarak belirlenen kuralların niteliğinden hareketle Roma hukukundan bugüne kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır²²⁶. Kamu ve özel hukuk ayrımı bakımından bazı ölçütlerden faydalanılabilir²²⁷; ancak dile getirilen hiçbir ölçütün tam olarak tatmin edici bir sonuç verdiği söylenemez²²⁸. Bugün genel olarak devletin egemenlik yetkisini kullanarak tesis ettiği hukukî iş ve işlemlerde, işlemin karşı tarafından üstün konumda olduğu, bu gibi eşitler arasında sayılmayan işlemler bakımından kamu hukukunun ilke ve esaslarının geçerli olması gerektiği kabul edilmekte; buna karşın tarafların eşit hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişilere irade serbestîsinin tanındığı iş ve işlemlerin ise özel hukukun uygulama alanına gireceği değerlendirilmektedir²²⁹.

Buna karşın, sosyal devlet anlayışının gelişmesinin ardından kimi eşitler arası ilişkilerde (örneğin işçi işveren ilişkilerinde), dezavantajlı grupların korunabilmesi için devletin müdahalesi söz konusu olabilir²³⁰. Bu gibi hukukî ilişkilerin ise ne tam anlamı ile özel hukukun ne de kamu hukukunun kapsamında olduğu söylenebilir. Yine teknolojik gelişmeler ve sosyolojik değişimler neticesinde ortaya çıkan (internet hukuku gibi) bazı hukuk dallarının da her iki hukuk alanının da ortak özelliklerini taşıdığı ifade edilmekte; bu ayrımın her zaman sağlıklı biçimde yapılmasının mümkün olmadığı dile getirilmektedir²³¹. Dolayısıyla, artık bu iki alandan farklı olarak bazı hukuk dallarının karma nitelikli olduğu söylenebilir.

Öğretide özel hukuk ve kamu hukukuna ilişkin bu ayrımın yalnızca teorik olduğu ifade edilse de²³² aslında Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi dikkate alındığında, pratik açıdan da önemli olduğu fark edilebilir²³³. Özellikle çalışma konumuz bakımından, "*Hukukun*

²²⁶ Edis, s. 14; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 10; Gözler, Giriş, s. 74; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 36; Altaş, s. 42; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 14; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 53; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 7.

²²⁷ Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Edis, s. 15 vd.; Gözler, Giriş, s. 74 vd.; Altaş, s. 44 vd..

²²⁸ Edis, s. 21-22; Gözler, Giriş, s. 80; Altaş, s. 43.

²²⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 10; Gözler, Giriş, s. 78; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 36-37; Altaş, s. 43; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 7.

²³⁰ Gözler, Giriş, s. 79.

²³¹ Gözler, Giriş, s. 80.

²³² Edis, s. 21; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 10; Tanrıver, Usûl, s. 120; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 38; Gözler, Giriş, s. 80; Altaş, s. 44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 15.

²³³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 8. Benzer şekilde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 55.

uygulanması ve kaynakları”na ilişkin Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinin medenî usûl hukukunda da uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun cevabı bu ayrıma dayanmaktadır. Bu maddede, kanunların sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı; kanunda uygulanabilecek herhangi bir hükmün bulunmaması hâlinde öncelikle örf adet hukukundan yararlanarak, burada da bir çözüm bulunmaması hâlinde hâkimin kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural öngörecekti o şekilde bir kural getirerek uyuşmazlığı çözmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm, Türk hukuk sistemi bakımından hukuk kurallarının anlamlandırılması ve kural bulunmadığı hâlde boşluğun ne şekilde doldurulacağı hususunda önemli bir düzenlemeyi içermektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun başlangıç hükümleri içinde yer alan 5’inci maddesi ise Türk Medeni Kanunu’nu ile Türk Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümlerinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını düzenlemektedir²³⁴. İlgili hükmün lafzı dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu’nun ve Türk Borçlar Kanunu’nun genel nitelikteki hükümlerinin özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklar dışındaki hâllerde - yani kamu hukuku karakterinin söz konusu olduğu hâllerde- uygulama alanı bulmadığı düşünülebilir. Bu bağlamda öncelikle medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı dahil olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu kuralların niteliği, kuralların yorumu bakımından önemlidir²³⁵. Buradan çıkan sonuca göre ise usûl kurallarının kamu hukuku karakterini de haiz olduğu kabul edilirse, bu kez de Medeni Kanun’un bahsi geçen hükmünün kamu hukukunda da uygulama alanı bulup bulamayacağı incelenmelidir.

Medenî usûl hukukunun hangi hukuk alanına dahil olduğu incelendiğinde, öğretide görüş birliği bulunmadığı anlaşılmaktadır²³⁶. Bir görüşe göre, medenî usûl hukuku, kamu hukukunun özelliklerini taşımasının yanı sıra aslında özel hukuktan kaynaklanan bir hakkı konu alır ve amacı da bu hakkı gerçekleştirmektir²³⁷. Bu nedenle bu hukuk dalı özel hukuk alanına dahil olmalıdır²³⁸. Bu görüşü savunan yazarlarca, her ne kadar mahkemeler egemenlik yetkisini

²³⁴ Benzer bir düzenlemeye İsviçre Medenî Kanunu’nun 7’nci maddesinde de yer verilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu’nun 7’nci maddesine göre: “*Borçlar Kanunu’nun sözleşmelerin kurulmasına, ifa edilmesine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin genel hükümleri diğer medenî hukuk ilişkilerinde de uygulanır.*” Metnin aslı için bkz. https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm, s.e.t. 01.12.2019.

²³⁵ Üstündağ, Usûl, s. 41.

²³⁶ Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl. § 1, para. 35; **Guldener**, s. 51; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, 1. Kapitel, § 3, para. 24; **Stahelin/Stahelin/Grolimund**, § 1, para. 5; **Edis**, s. 22; **Üstündağ**, Usûl, s. 39 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 10; **Tanriver**, Usûl, s. 121; **Pekcanitez**, **Pekcanitez** Usûl, C.I, s. 36 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 14-15; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 54; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 8 vd..

²³⁷ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 8-9.

²³⁸ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 8.

kullanarak yargılama faaliyetini gerçekleştiriyor olsalar da mahkemeye başvuru, yargılamaya devam edilmesi veya yargılamanın sona erdirilmesi yahut söz konusu hukukî ilişkiye yönelik vakıaların mahkemeye sunulması gibi konuların tarafların tasarrufuna bırakıldığı ifade edilmiş; aslında bu hukuk dalında taraf iradesinin daha ön planda olduğu dile getirilmiştir²³⁹.

Bu konuda savunulan diğer görüş ise medenî usûl hukukunun kişiler arasındaki ilişkiyi değil, aksine mahkeme ile kişiler arasındaki ilişkileri ve tarafların yargılama sırasındaki hak ve yükümlülüklerini düzenlediğinden kamu hukukunun içinde yer aldığı yönündedir²⁴⁰. Hâkimlerin bu yargılama türünde, maddî özel hukukun kurallarını dikkate alıyor olması, kanunla bağlı şekilde karar vermekle yükümlü olmalarındandır²⁴¹. Her ne kadar tarafların özel hukuktan kaynaklanan hakları konu alınsa da yargılamanın başlaması ile birlikte taraflar ve mahkeme arasında ve tarafların kendi aralarında bir hukukî ilişki meydana gelir. Burada mahkeme ile bireyler arasındaki ilişki kamu hukukunun gerektirdiği şekilde hiyerarşik biçimde işlerken; bireyler arasındaki ilişkinin eşitlik zemininde yürütülmesi de yine devletin görevidir²⁴². Ayrıca, usûl hukuku, bu ilişkilerin tarafları bakımından genellikle tarafların anlaşarak değiştiremeyeceği, emredici kurallardan oluşan düzenlemeler öngörmektedir²⁴³. Bu kurallara aykırılık hâlinde ise özel hukuktaki gibi bir geçersizlikten söz edilemez²⁴⁴. Usûlen hatalı bir karar da kanun yolunda bozulmadıkça kesin hüküm gücüne ulaşabilir²⁴⁵. Ancak, bu hukuk dalında sınırlı da olsa bazı alanlarda tarafların etkisinin kabul edilebildiği durumlar olabilir. Özellikle tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, tarafların sulh, kabul²⁴⁶ ya da feragat gibi yöntemlerle davayı sona erdirebilmesi mümkündür²⁴⁷. Yine, dava malzemesinin mahkemeye sunulup sunulmaması da taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak taraf iradesine

²³⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 9.

²⁴⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 1, para. 35; Guldener, s. 51; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, 1. Kapitel, § 3, para. 24; Ansay, s. 4; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 1, para. 5; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 10. Edis de medenî usûl hukukunun kamu hukukunun bir parçası olduğunu ayrıca bir gerekçe açıklamaksızın belirtmiştir. Bkz. Edis, s. 22. Gamp/Reuschle'ye göre, medenî usûl hukuku, diğer yargılama hukuklarında olduğu gibi kamu hukukunun bir parçasını oluşturur. Ancak, bu tespit usûl hukukunun yorumunda ve uygulanmasında herhangi bir bakış açısı sunmaz. Bkz. Wiczorek/Schütze/Gamp/Reuschle, Band 1/1, Einl., para. 140.

²⁴¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 1, para. 31.

²⁴² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 1, para. 35.

²⁴³ Guldener, s. 51; Ansay, s. 4-5; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 1, para. 5-7; Üstündağ, Usûl, s. 39 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 10.

²⁴⁴ Guldener, s. 51. Benzer şekilde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 1, para. 33.

²⁴⁵ Guldener, s. 51.

²⁴⁶ Medenî usûl hukukunda davayı kabul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, 2009, s. 3 vd..

²⁴⁷ Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, 1. Kapitel, § 3, para. 25; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 1, para. 7; Üstündağ, Usûl, s. 40.

bağlıdır²⁴⁸. Taraflar bazı usûlî sözleşmeler yaparak yargılamanın nasıl yürütüleceğinin belirlenmesinde rol oynayabilirler²⁴⁹.

Yukarıda zikredilen iki görüş de medenî usûl hukukunun her iki alanın da özelliklerini taşıdığını inkâr etmemekte; buna karşın dikkate alınan özellikleri gereğince bir alana diğerinden daha yakın olduğunu kabul etmektedir. Bu noktada, öğretide dile getirilen sonuncu görüş ise medenî usûl hukukunun özel hukuktan doğan hakları konu alan, ancak devletin egemenlik yetkisi altında sürdürülen bir faaliyet olarak, her iki alanın da özelliklerini taşıyan karma bir hukuk dalı olduğu yönündedir²⁵⁰.

Medenî usûl hukuku devletin özel hukuka ilişkin konulardaki yargılama faaliyetini konu almakta; bu ilişkiler bakımından devletin yargılama organlarının teşkilatlanması, görevi, yetkisi, yargılama sürecinde dikkate alınması gereken kurallar, tarafların ve mahkemenin hak ve yükümlülükleri ve yargılama sonucunda elde edilen hükme bağlanan etki, bu hukuk dalına tâbi kurallarla belirlenmektedir. Söz konusu hususlar dikkate alındığında, bu hukuk dalının konusunun genellikle kamu gücünden kaynaklandığı anlaşılabılır. Ayrıca, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların pek çoğuna tarafların herhangi bir müdahalesi söz konusu olmamakta; aksine bu kurallara riayet edilmediği takdirde bunun sonuçlarına tarafların katlanması gerekmektedir. Medenî usûl hukukunda, tarafların irade serbestîsine sahip olduğu alanlarda dahi kanun koyucunun öngördüğü şekil ve şartlara uyulmaması, o yargılama bakımından o işlemin dikkate alınmaması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, dava konusu hakkında sulh olan tarafların bu iradelerinin usûlüne uygun biçimde tutanağa geçirilmemesi hâlinde, mahkeme içi sulhten ve buna tanınan kesin hüküm etkisinden faydalanmak mümkün değildir²⁵¹. Ancak, medenî usûl hukukunda sınırlı bazı alanlar tarafların sözleşmeleri ile şekillenebilir. Yine yargılamanın başlaması, devamı ve sona erdirilmesi kural olarak tarafların takdirindedir²⁵². Hâkimin, bireyler arasındaki uyuşmazlıklara kendiliğinden müdahalesi söz

²⁴⁸ **Guldener**, s. 52; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, 1. Kapitel, § 3, para. 25; **Stahelin/Stahelin/Grolimund**, § 1, para. 7; **Üstündağ**, Usûl, s. 40.

²⁴⁹ **Stahelin/Stahelin/Grolimund**, § 1, para. 5; **Üstündağ**, Usûl, s. 40. Guldener'e göre, bu sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi değildir. Çünkü bu sözleşmeler ile kişiler arasındaki ilişkiler düzenlenmemektedir. Aksine bu sözleşmeler ile mahkemenin yetkisi gerekçelendirilmekte ya da dışlanmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birinin kamu otoritesi olmaması sözleşmenin kamu hukuku niteliğine halel getirmez. Örneğin, hakem kararlarına bağlayıcılığını veren tarafların aralarında akdettikleri hakem sözleşmesi değildir. Bu karara bağlayıcı etkiyi tanınması onun hüküm olarak kabulünün sonucudur. Bkz. **Guldener**, s. 51, dn. 4.

²⁵⁰ **Berkin, Necmeddin M.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 1969, s. 17-18; **Tanrıver**, Usûl, s. 121; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C.I, s. 36 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 15; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 54.

²⁵¹ Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 1028-1029; **Atalı, Murat**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 2017, s. 2035; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 579; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 584.

²⁵² **Tanrıver**, s. 121; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 37.

konusu olamamakta, kamu hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, kendiliğinden dava malzemesini araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, medenî usûl hukukunun kamu hukuku yönünün daha ağır bastığı ifade edilebilir; buna karşın özel hukuk karakterinden de tamamen bağımsız olduğu söylenemez. Diğer bir deyişle, medenî usûl hukuku kamu hukuku yanında özel hukuk karakterini de taşıyan kuralları da içinde barındıran karma bir hukuk dalıdır. Bu noktada, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda, bu hukuk dalının özel hukuka ilişkin hakları konu aldığı göz ardı edilemez²⁵³.

Medenî usûl hukukunun hem kamu hukukunun hem de özel hukukun niteliklerini taşıyan karma bir alan olmasının sonucu ise Türk Medenî Kanunu'nun genel hükümlerinin ve bu kapsamda 1'inci maddesinin bu hukuk dalında doğrudan uygulama alanı bulamayacağıdır. Bu bağlamda, Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci maddesinin işaret ettiği genel hükümlerin uygulama alanının tespitinde ise mehzaz kanunun ilgili hükmünün (İsviçre Medenî Kanunu'nun 7'nci maddesi) getiriliş amacı, tarihçesi ve uygulanma biçiminin dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekmektedir²⁵⁴.

Öncelikle Türk hukukundan farklı olarak İsviçre Medenî Kanunu'nun bahse konu maddesinin lafzı her ne kadar sözleşme ilişkileri ile sınırlandırılmış da olsa hem İsviçre öğretisinde²⁵⁵ hem de yargı kararlarında²⁵⁶ bu düzenlemenin *özel hukuk ilişkilerinin bütünü* şeklinde anlaşılması gerektiği genel olarak benimsenmiştir. Medenî Kanunu'nun başlangıç hükümlerinin bu genel niteliğinin yanı sıra öğretilde, söz konusu düzenlemelerin medenî kanunda yer alan *hukukun genel ilkeleri* niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁵⁷. Buradan hareketle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin²⁵⁸ ve İsviçre Medenî Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri ile başlangıç hükümlerinin²⁵⁹ kamu hukukuna özgü alanlarda da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği dile getirilmektedir²⁶⁰. İsviçre Medenî Kanunu'nun başlangıç hükümlerinin kamu hukukunda uygulanmasında, bu hukuk dalının özel hukuktan farklılaşan özellikleri dikkate alınmalıdır²⁶¹. Ancak bu uygulamanın, İsviçre Medenî

²⁵³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 1, para. 35.

²⁵⁴ Gürzumar, Osman Berat, Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, GSÜHFD, 2004/1, s. 105 vd..

²⁵⁵ Hausheer/Jaun, ZGB Art. 7, para. 56; BK ZGB/Schmid-Tschirren, Art. 7, para. 48.

²⁵⁶ Örneğin bkz. BGE 102 IB 115; BGE 124 III 370.

²⁵⁷ BK ZGB/Friedrich, 1966, Art. 7, para. 40; Hausheer /Jaun, ZGB Art. 7, para. 32. Ayrıca bkz. BGE, 122 I 328, 340, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/89c3f89f-fd47-481e-b2b6-efb02fca3ed0/search/112219501>, s.e.t. 20.03.2020. Avusturya hukuku için aynı yönde bkz. Fasching, Auslegung, s. 26.

²⁵⁸ Hausheer/Jaun, ZGB Art. 7, para. 60; BK ZGB/Friedrich, 1966, ZGB Art. 7, para. 47-49; BSK ZGB/Schmid, ZGB Art. 7, para. 10.

²⁵⁹ Hausheer/Jaun, ZGB Art. 7, para. 18-19.

²⁶⁰ BK ZGB/Schmid-Tschirren, Art. 7, para. 97 vd..

²⁶¹ BK ZGB/Meier Hayoz, 1966, Art. 1, para. 48-77.

Kanunu'nun 7'nci maddesinin özel hukuk ilişkilerine uygulanması anlamında değil; aksine kanun boşluklarının doldurulması bağlamında hukukun genel bir ilkesinden yararlanma şeklinde anlaşılması gerektiği; bu noktada, kamu hukukuna ilişkin bir alanda Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin dikkate alınmamasının temyiz sebebi oluşturmayaacağı vurgulanmıştır²⁶². İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi de bu hükümlerin hukukun genel ilkeleri olarak kamu hukukuna ilişkin alanlarda uygulanabileceğini kabul etmektedir²⁶³.

Türk hukukunda da Türk Medeni Kanunu'nun başlangıç hükümlerinin özel hukukun tüm alanlarında uygulanabileceği ileri sürüldüğü gibi²⁶⁴; bu kuralların doğal hukukun ilkeleri olarak kabul edilerek hukukun bütün alanlarında geçerli olduğu da savunulmaktadır²⁶⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 7'nci maddesi ile getirilen düzenlemeden hareketle, genel nitelikte hükümlerin niteliğine uygun düşen diğer olaylarda doğrudan mı yoksa kıyasen mi uygulanacağı da tartışılmış ve bu çerçevede genel olarak bu düzenlemenin kıyasen uygulamaya elverişli olduğu; ancak açıkça atıf yapılan ya da o hukuk dalına ilişkin olarak teknik terimlerin kullanıldığı hâllerde doğrudan uygulamanın mümkün olacağı belirtilmiştir²⁶⁶. Bu çerçevede, kıyasın ya kanunda yer alan bir atıf kuralı nedeni ile ya da Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi gereğince uygulanabileceği; Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinin bu anlamda genel bir atıf kuralı olduğu belirtilmiştir²⁶⁷. Diğer bir anlatımla, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinin uygulanabildiği durumlarda,

²⁶² **Hausheer/Jaun**, ZGB Art. 7, para. 60.

²⁶³ Bkz. BGE 122 1 328, 340 <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/89c3f89f-fd47-481e-b2b6-efb02fca3ed0>, s.e.t. 20.03.2020. Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin kamu hukukuna özgü alanlarda uygulanacağı yönünde bkz. BGE 96 I 324, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F96-I-324%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, s.e.t. 03.04.2020.

²⁶⁴ **Edis**, s. 251 vd..

²⁶⁵ **Bilge, Necip**, Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, 1974, s. 222; **İşıktaç**, s. 3.

²⁶⁶ **Hausheer/Jaun**, ZGB Art. 7, para. 48; **BK ZGB/Schmid-Tschirren**, Art. 7, para. 57; **Edis**, s. 254 vd.; **Oğuzman/Barlas**, para. 208 vd.. Gürzumar'a göre ise bu kuralın doğrudan uygulanabildiği bir olay zaten o kuralın Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında sözüyle ve özüyle uygulanması çerçevesinde değerlendirilir. Şayet Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi ile getirilen düzenleme doğrudan uygulamaya yönelik olarak kabul edilirse bu hâlde bu hükmün gereksiz ve işlevsiz olduğu ifade edilmelidir. Oysa, bu hüküm kanunî düzenlemenin doğrudan uygulama alanına girmeyen ve fakat dolaylı şekilde uygulanmasını sağlayan genel nitelikli kurallara atıf yapan ve kıyasen uygulamayı gerektiren bir düzenlemedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürzumar**, s. 141 vd..

²⁶⁷ **Dural, Mustafa/Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 2012, para. 857; **Gürzumar**, s. 133, dn. 113, s. 141; **Serozan**, I § 5, para. 32a.

kanunda herhangi bir boşluğun bulunduğundan söz edilmeksizin kanun koyucunun atfı nedeni ile kıyasen uygulama söz konusu olmaktadır²⁶⁸.

Tüm bu gerekçelerle, kanaatimizce, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların bahsedilen özelliği dikkate alındığında, bu kurallar Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinin doğrudan uygulama alanına girmez. Diğer bir anlatımla, Türk Medeni Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin ve bu sırada da başlangıç hükümlerinin medenî usûl hukukuna ilişkin kurallarda doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi ile ifade edilen kanunların uygulanmasına ilişkin kural, esasen hukuk kurallarının yorumu bakımından dikkate alınması gereken temel ölçütü ortaya koymaktadır. Hukuk kurallarının yorumunda ilgili kuralın lafzından ve amacından hareket edileceği, bu konuda herhangi bir hükmün yer almadığı Alman hukukunda da kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu ölçüt Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği için değil, hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edildiğinden ister kamu hukukunun ister özel hukukun tüm alanlarında dikkate alınır²⁶⁹.

2. Genel Yorum Kriterlerinin Medenî Usûl Hukuku Kuralları Açısından Uygulanması

Medenî usûl hukukunun kendine özgü, bağımsız bir metodolojisinin bulunmamasının en önemli sonucu, bu hukuk dalına ilişkin kuralların yorumunda genel kurallardan ayrılmanın gerekli olmamasıdır. Medenî usûl hukuku kurallarının yorumu da öncelikle genel yorum kriterleri dikkate alınarak anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumu bakımından da en başta kuralın lafzından hareket edilir. Yorumun yorumlanacak kuralın lafzı üzerinden yükselmesi gerekir²⁷⁰. Ancak hukuk kurallarının sözcük anlamı ve dil bilgisi kuralları o kuralın anlaşılması bakımından tek başına yeterli değildir. Alman medenî usûl öğretisinde ve uygulamasında, lafza sıkı sıkıya bağlılığın diğer hukuk alanlarında olduğu gibi usûl kuralları bakımından da geçerli olmadığı kabul

²⁶⁸ Kıyasen uygulamanın bir kanun hükmüne dayanması hâlinde herhangi bir boşluktan bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Canaris**, s. 24. Kıyas ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. § 4.

²⁶⁹ Benzer şekilde Pekcanitez de medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda genel kurallardan ayrılmanın gerekli olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 72.

²⁷⁰ RGZ 48, 417, (420).

edilmektedir²⁷¹. Türk hukukunda ise bu hususta farklı görüşler mevcuttur²⁷². Bu konuda bir görüş²⁷³, usûl hukukunun şekli bir alan olması nedeni ile kuralların genellikle açık ve anlaşılır olduğu ve bu sebeple yoruma muhtaç olmadığı; ancak herhangi bir belirsizlik söz konusu olduğunda ise sadece lafza bağlı kalınarak yorumun artık kabul edilmemesi gerektiği yönündedir. Diğer görüş²⁷⁴ ise usûl kurallarının emrediciliğinden hareketle, hâkimlerin bu hukuk dalında sahip olduğu serbestînin maddî hukuka göre daha dar olduğu ve bu kuralların yorumunda lafza sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği yönündedir. Ancak, münferit kurallar bakımından gerek uygulamada²⁷⁵ gerekse öğretilde²⁷⁶ usûl kurallarının yorumunda lafza sıkı sıkıya bağlı kalındığını söylemek ise mümkün değildir. Kanaatimizce, usûl hukukunun şekli bir hukuk dalı olması usûl kurallarının yorumunda lafza sıkı sıkıya bağlı kalınması sonucunu doğurmaz. Usûl kuralları bakımından da kuralın lafzının yanında özellikle amacının dikkate alınarak yorumu gerekir.

²⁷¹ Zöller/Vollkommer, Einl., para. 93; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, Einl III, para. 37; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 17. “Hâkimin normun lafzına bağlı kalmasına gerek yoktur. Hâkimin (GG m. 20/III ve m. 97/I gereği) kanunla bağlı olması, onun kanunda yer alan harflerle bağlı olması anlamına gelmemektedir; aksine bu kanunun anlam ve amacıyla bağlılık anlamına gelir. Yorum, hâkimin kanun hükümlerinin içeriğini kanunun lafzıyla sınırlandırmaksızın, onun düzenlemesini bütün hukuk düzeni içinde dikkate alarak araştırdığı metot ve yoldur”, BVerfG, 19.06.1973, 1 BvL 39/69, 14/72, BVerfGE 35, 264 (279).

²⁷² Bkz. Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 72; Ulukapı, Usûl, s. 14; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 23; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 14-15.

²⁷³ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 72; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 23.

²⁷⁴ Ulukapı, Usûl, s. 14. Atalı/Ermenek/Erdoğan usûl kurallarının yorumunda lafza sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiğini ifade etmekle birlikte bu kuralların amacının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 14-15.

²⁷⁵ Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389’uncu maddesine göre, para alacağına ilişkin belirsiz alacak davaları bakımından ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin mümkün olmadığı; ancak uyuşmazlık konusu alacak kesinleşinceye kadar ihtiyatî hacze de karar verilemeyeceğinden alacaklının haklarının korunması için her ne kadar bahsi geçen düzenlemenin lafzî yorumu imkân tanınmasa da ihtiyatî tedbire hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. “Belirsiz alacak veya kısmi davada alacak belirlenene kadar ki yargılama sürecinde veya başında ihtiyatî haciz yolu ile alacağın teminat altına alınması olanağı bulunmamaktadır. Maddenin lafzî yorumunda para alacağının teminat altına alınması için uyuşmazlık konusu olmadığı için borçlunun taşınır veya taşınmaz mallarına ihtiyatî tedbir konulamayacağı belirtilebilir. Ancak asıl olan bir hakkın bulunması ve ihtiyatî tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Gerekçe bu iki hususu yeterli kabul etmektedir. Kaldı ki ihtiyatî tedbir, ihtiyatî hacze göre daha hafif sonuçları olan bir koruma tedbiridir. İhtiyatî tedbirde borçlu yönünden sadece kayden tedbir konulmakta ve borçlu tedbire konu mal üzerinde sınırlı da olsa tasarrufuna devam edebilmektedir. O halde kısmi dava veya belirsiz alacak davasında, hakkın bulunması ve sebebin ortaya çıkması halinde borçlunun taşınır veya taşınmaz malları üzerine ihtiyatî tedbir konulmasında ve karar verilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.” Y9HD, 02.07.2012 T., 2012/24239 E., 2012/25011. Aynı yönde bkz. Y9HD, 01.10.2012 T., 2012/31576 E., 2012/32462 K.; İstanbul BAM 26HD, 20.02.2018 T., 2018/359 E., 2018/307 K., www.lexpera.com, s.e.t. 28.09.2020.

²⁷⁶ Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 376’ncı maddesinde yer alan üçüncü kişilerin yargılamanın iadesini talep edebilmesine ilişkin hükümde “davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler”in, başvuru hakkının bulunduğu düzenlenmiş olmasına rağmen, hukukî menfaati bulunan diğer üçüncü kişilerin de yargılamanın iadesini talep edebileceği yönünde bkz. Boran Güneysu, Nilüfer, Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi, MİHDER, Y. 2016, C. 12, S. 33, s. 36-37.

Usûl kurallarının yorumu bakımından dikkate alınması gereken diğer kriter sistematik bütünlüktür. Pozitif hukukta yer alan pek çok kanunda usûlî hükümlere yer verildiğinden bu kuralların yorumunda hem usûl kanunlarının kendi sistematigi hem de hukuk düzeni içindeki yeri dikkate alınarak ve gerekirse diğer yargılama hukukuna ilişkin kurallarla karşılaştırılarak sonuca varılmalıdır²⁷⁷. Esasen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanun'a nazaran daha sistematiktir. Kanunun yorumunda bölüm ve madde başlıklarından yararlanılabilir. Ancak, usûl hukukuna ilişkin kurallar yalnızca usûl kanunlarında yer almadığından bu noktada diğer kanunlarda yer alan usûle ilişkin bütün hükümlerin de usûl hukukuna ilişkin yorumda dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve yürürlükte bulunan hükümleri bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hem 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun gibi usûl hukukuna ilişkin diğer kanunlar hem de maddî hukuka ilişkin olup da içinde usûlî hükümler barındıran tüm kanunlar usûl hukukunun yorumunda dikkate alınmalıdır.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda da dikkate alınması gereken unsurlardan birini ise kanunun hazırlık aşamasından itibaren tarihî gelişimi oluşturur²⁷⁸. Bu noktada, genel yorum ilkeleri bakımından geçerli olduğu gibi kanun taslak ve tasarılarından, meclis görüşmelerinden, daha önceki düzenlemede yer alan hususlardan ve daha önceki düzenlemenin uygulamada meydana getirdiği etkiden yararlanılarak hükmün anlamı tespit edilebilir. Ancak bu şekilde yorumda, kanunun her zaman yazarının amaçladığı şekli kazanamadığı gözden kaçırılmamalıdır²⁷⁹.

Bu çerçevede, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yeni bir kanun olduğundan, kanun koyucunun iradesinden daha sıklıkla yararlanmak mümkündür. Ayrıca, 6100 sayılı Kanun'un hazırlanmasında, önceki kanun döneminde uygulamayı temelden değiştirmeksizin

²⁷⁷ **Fasching**, Auslegung, s. 29. Benzer şekilde bkz. **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 127. 1086 sayılı Kanun döneminde, Kanun'un 193'üncü maddesi ile mahkemece yetkisizlik kararı verilmesinden itibaren 10 gün içinde yetkili mahkemeye başvuru hakkı yalnızca davacı tarafa tanınmış; bu süre içinde yetkili mahkemeye başvurulmaması hâlinde ise davayı takipten vazgeçtiğine karar verileceği düzenlenmişti. Ancak gerek öğreti gerekse uygulama, Kanun'un davanın geri alınmasına ilişkin hükmünde davalının muvafakati arandığından, şayet yetkisizlik kararı üzerine yetkili mahkemeye başvuru hakkı davalı tarafa da tanınmazsa, Kanun'un 185'inci maddesinin birinci fıkrası hilafına bir sonucun ortaya çıkacağı endişesi dile getirilmiş; bu nedenle, Kanun'un lafzında yer almasa da davalıya da bu yetkinin tanınması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Bkz. YHGK, 19.03.1969 T., 1969/183 K.; Y11HD, 20.02.2013 T., 2012/1798 E., 2013/2993 K., www.lexpera.com, s.e.t. 08.04.2020.

²⁷⁸ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 72-73; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 42; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 73.

²⁷⁹ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 73.

aksayan ve eskiyen yönleri iyileştirmek amaçlandığından²⁸⁰, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin tarihsel gelişimi bakımından özellikle 1086 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerle ve bu düzenlemelerin uygulanması hususunda bir karşılaştırma yapmak büyük önemi haizdir. Yine, 6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından bu kanunda yapılan değişiklikler ile bu değişikliklerin gerekçesi de aynı şekilde usûl kurallarının yorumunda göz önünde bulundurulmalıdır. Usûl kanunlarında yapılan değişikliklerin, sıklıkla eski düzenlemedeki olumsuz yönleri kaldırmak amacı taşıdığı dikkate alındığında yeni düzenlemenin yorumunda bu hususun dikkate alınması, kuralın anlamının daha doğru şekilde ortaya çıkmasını sağlar²⁸¹. Bu nedenle, düzenlemenin tarihî gelişimi ve kanun koyucunun iradesi usûl hukuku bakımından ayrı bir önemi haizdir.

Usûl kurallarının yorumu bakımından amaca uygunluk da dikkate alınması gereken bir diğer kriterdir. Usûl hukuku açısından amaca uygunluğun taşıdığı önem nedeni ile bu husus ayrıca inceleneceğinden burada sadece değinmekle yetinilmiştir.

3. Medenî Usûl Hukukunda Amacı İtibariyle Yorum

a. Genel Olarak

Yorumun önemli bir unsurunu teşkil eden amacın usûl hukukuna ilişkin düzenlemelerin yorumu bakımından da oldukça önem arz ettiği genel olarak kabul edilmektedir²⁸². Amaca

²⁸⁰ Bu husus 6100 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Yeni bir yargılama sistemi yerine, mevcut yargılama hukuku kurallarının gözden geçirilmesi, aksayan yönlerinin tespit edilerek düzeltilmesi, geçen süre içinde eskiyen, güncelliğini kaybeden, ihtiyacı karşılamayan kurumların yenilenmesi, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yeni kurum ve kuralların kabul edilmesi, uygulamada ortaya çıkan sorunlara, temel kavram ve kurumları zedelemekten cevap verecek yeni düzenlemelerin kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir. Ancak gerektiği zaman, mevcut sistemle uyum gözetilerek yeni kurum ve kurallara da yer verilmiştir. Bu açıdan, Tasarı aşlında 1086 sayılı Kanunun revize edilmesidir.”

²⁸¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 73.

²⁸² Schumann, Methode, s. 1224; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 10 vd.; Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 123; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 60; Zöller/Vollkommer, Einl., para. 92; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 57; Thomas/Putzo/Reichold, Einl. V, VI, para. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, Einl. III, para. 30, 37; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 17; Fasching, Auslegung, s. 31; Taşpınar, Sema, Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, 1999, s. 760; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 13; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 73; Yılmaz, Islah, s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 24; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 15. Ayrıca bkz. “...ölümle kişiliği son bulan kimsenin medeni hakları kullanılmasından ve taraf ehliyetinden bahsedilemez. Ölmüş bir kimse hakkında açılmış bulunan bir davada, halefiyet yoluyla da olsa mirasçılarının davalı olarak kabul edilmesi ve davanın bu yolla yürütülmesi benimsenemez.... Genel kural bu olmakla birlikte 10.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren bir yerde tasfiye amacı da taşıyan 3402 sayılı Kadastro Kanununun 29. maddesi ile toplumun sosyal yapısı ve ülke gerçekleri gözetilerek bu kurala bir istisna getirilmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 29/2. maddesinde mirasçılarının tayin edilememesi sebebiyle ölü olduğu belirtilerek kayıt sahibi adına tesbiti yapılan taşınmaz mallar hakkında ölünün ismi açıklanarak mirasçıları denilmek suretiyle mirasçıları aleyhine dava açılacağı ve dava sırasında davalının davadan

uygun yorumda usûl hukukuna ilişkin münferit normların amaç ve hedefinin belirlenmesi gerekir. Bu ise usûl kanunlarında yer alan anlamı belirsiz hükümlerin yorumu bakımından, hem kuralın münferiden hangi amaca ve anlama hizmet ettiğinin hem de genel olarak usûl hukukunun amacının ortaya konulması ile mümkündür²⁸³.

b. Medenî Usûl Hukukunun Amacı

aa. Genel Olarak

Özellikle 19. yüzyılın yarısından sonra bağımsız bir hukuk alanı olarak varlık kazanan medenî usûl hukukunun amacı hakkında uzun süredir tartışmalar devam etmektedir²⁸⁴. Başlangıçta bir amaç tartışmasının gerekli olup olmadığı konuşulurken²⁸⁵ bugün gelinen noktada tartışmalar bu hukuk dalı ile amaçlananın ne olduğunun tespiti hususunda yoğunlaşmaktadır²⁸⁶. Esasen, medenî usûl hukukunun amacı tartışması hem bir hukuk politikası

önce öldüğünün anlaşılması halinde de davaya mirasçılar aleyhine devam edileceği hükmü getirilmiştir....3402 sayılı Kadastro Kanununun 29. maddesinde, husumetin yöneltmesinde pasif dava ehliyeti yönünden bir belirsizliğin bulunduğu aşikardır. Ancak, Yasanın bütünü içerisinde anılan 29. maddesine amaçsal yorumla yaklaşılması durumunda yasa koyucunun dava dilekçesinde adına tesbit yapılan ve ölü olduğu anlaşılan kayıt malikinin ismi yanına salt mirasçılar sözcüğünün eklenmemiş bulunmasının herhalde davasının reddine yeterli gördüğü sonucuna varılamaz.”, YHGK, 15.12.1990 T., 1990/531 E., 1990/616 K.; “Öte yandan, vekalet ücretinin usul hükümleri dairesinde yargılama giderleri arasında yer aldığı 17.11.1948 tarih 5/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça vurgulanmıştır. Bundan, yargılama gideri olan vekalet ücretinin bir usul kuralı olduğu anlaşılmaktadır. Usul kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan aksine bir hüküm bulunmadıkça yapılan değişiklik derhal uygulanır. Bu nedenle hakim bu ilkeyi gözeterek kendiliğinden değişikliği derdest davalara uygulamalıdır. Hemen belirtilmelidir ki, kanun lafzına ve amacına göre yorumlanmalıdır. Amaçsal yorum hukukun evrensel ilkesidir. Amaç açık ise yoruma gidilemez. Anılan Kanunun amacı açık olarak “hükümün verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınması” olduğundan ve yürürlük tarihi konusunda ayrık bir hüküm bulunmadığından değişikliğin derdest davalara da uygulanması gerekirken aksine bir yorumla değişikliğin ancak kanunun yayımından sonra açılacak davalara uygulanacağını kabulü isabetsizdir.”, YHGK, 14.12.2005 T., 2005/689 E., 2005/724 K., www.lexpera.com, s.e.t. 08.04.2020.

²⁸³ Schumann, Methode, s. 1224; Rimmelspacher, Bruno, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, s. 10, 13; Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1974, s. 1; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 57; Fasching, Auslegung, s. 31; Yılmaz, Islah, s. 28.

²⁸⁴ Roma Hukuku’nda davanın usûl hukukunda takip edilen ve bireye bağlı bir haktan başka bir şey olmadığı kabul edilmektedir. Günümüzdeki hukuk anlayışından farklı olarak bu hukuk düzeninde hak usûl hukukundan doğmaktadır. Bkz. Öcal, Bahar, Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri, AÜHFD, S. 60 (3), Y. 2011, s. 527. Burada dava davacının hakkı üzerinden incelenmekte, başından itibaren davacı hakkın sahibi davalı ise hakkı ihlâl eden olarak kabul edilmektedir. Bu düşünceye ilk kez karşı çıkan ve yargılamanın amacının objektif şekilde ele alınması gerektiğini ileri sürerek amaca uygun yorum metodunun yargılama hukuku bakımından kurucusu olan ise Adolf Wach olmuştur. Bkz. Gaul, Hans Friedhelm, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 1968, s. 43 vd.; Gaul, Hans Friedhelm, Der Zweck des Zivilprozesses- ein anhaltend aktuelles Thema, (Çev. Nevhis Deren Yıldırım: Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 2002, s. 92.

²⁸⁵ Bu konuda bkz. Gaul, Zweck, s. 28 vd.; Gaul, aktuelles Thema, s. 83 vd..

²⁸⁶ Atalı’ya göre, medeni usûl hukukunun amacına ilişkin tartışmalar, usûl hukukunun kendisinin bir amaç olmadığı kabulü üzerine, genel manada güncelliğini yitirmiştir. Ancak yine de usûl hukukunun

olarak kanunun yapımı aşamasında hem de usûl kurallarının uygulanması bakımından yargılama aşamasında önem taşımaktadır²⁸⁷.

Medenî usûl hukukunun amacına ilişkin teorilerin tarihî gelişimine bakıldığında devlet tarafından benimsenen yönetim tarzının bu konuda rol oynadığı görülmektedir²⁸⁸. Zira, bireysel hakların gerçekleştirilmesi hususunda devlet otoritesinin hak ve yükümlülüğünün derecesine göre amaç sorusuna verilen cevap değişmektedir. Bu noktada, liberal anlayışın hâkim olduğu bir düzende genellikle bireylerin maddî hukuktan kaynaklanan haklarının gerçekleştirilmesi usûl hukukunun amacı olarak kabul edilir²⁸⁹. Daha çok sosyalizmin ve nasyonal sosyalizmin kabul gördüğü dönemlerde ise usûl hukukunun amacı, halk birliğinin gerçekleştirilmesi ve bireysel haklardan önce hukuk düzeninin korunması olarak ifade edilmiştir²⁹⁰. Sosyal bir hukuk devletinde ise hem bireylerin hem de kamunun menfaatlerinin dengede tutulduğu bir usûlî amaç kabul edilebilir²⁹¹.

Bugün geline nokta medenî usûl hukukunun amacı konusunda; hukuk düzeninin korunması²⁹², maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi²⁹³, gerçeğe ulaşmak²⁹⁴ gibi hâlâ pek çok farklı düşünce dile getirilmektedir²⁹⁵. Bunun yanı sıra, bugün pek çok yazar usûl hukukunun amacının yalnızca bir hususla sınırlandırılmasını genellikle reddetmekte; temelde savunulan amaç yanında hukukî barışın tesisi, kendiliğinden hak almanın önlenmesi

kapsamında yer alan münferit bazı sorunların çözümü bakımından usûl hukukunun amacı önem taşımaktadır. Bkz. **Atalı, Murat**, Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, 2014, s. 84-85.

²⁸⁷ **Gaul**, Zweck, s. 35.

²⁸⁸ **Fasching, Hans W.**, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 1990, para. 45.

²⁸⁹ **Fasching**, Lehrbuch, para. 45. Bu yönde ayrıca bkz. **Jauernig, Othmar**, Materielles Rechts und Prozessrechts, JuS 1971, s. 329 vd..

²⁹⁰ **Fasching**, Lehrbuch, para. 45; **Gaul**, aktuelles Thema, s. 94.

²⁹¹ **Rechberger, Walter H./ Simotta, Daphne-Ariane**, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 2017, para. 21.

²⁹² Bkz. **Wach, Adolf**, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1885, s. 3 vd..

²⁹³ Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl. § 7, para. 13; **Prütting/Gehrlein**, Einl., para. 3; **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 3, 16; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 74; **Taşpınar**, Amaç, s. 786; **Karlı**, Muhakeme, s. 60; **Karaaslan, Varol**, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013, s. 60; **Meriç, Nedim**, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, 2011, s. 38; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 86-87; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 8-10; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 53; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 11-12.

²⁹⁴ Bkz. **Alangoya, Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıfaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, 1979, s. 87; **Tercan**, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181-183; **Tanrıver**, Usûl, s. 126. Hakkın gerçekleştirilebilmesi için gerçeğe ulaşılmasının bir gereklilik olduğu yönünde bkz. **Gaul**, Zweck, s. 49; **Schmidt**, s. 38; **Rimmelspacher**, s. 16 vd..

²⁹⁵ Bugün artık kabul edilmeyen bir görüş olarak, usûl hukukunun amacının kesin hükme ulaşmak olduğu yönünde bkz. **Goldschmidt**, s. 151. Usûl hukukunun amacının adaletli karar vermek olduğu yönünde bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 30-31. Amaca ilişkin diğer görüşler hakkında bkz. **Taşpınar**, Amaç, s. 763 vd.; **Yılmaz**, Islah, s. 28 vd..

gibi bazı hususların da en azından medenî usûl hukukunun talî amacı olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmektedir²⁹⁶.

ab. Medenî Usûl Hukukunun Amacına İlişkin Olarak Öğretide Savunulan Görüşler

aba. Hukuk Düzeninin Korunması ve Gerçekleştirilmesi

Genel olarak usûl hukukunun amacı ile davanın amacının birbirine karıştırıldığından hareket eden bu görüşe göre, usûl hukukunun amacı özel hukukun korunması ve gerçekleştirilmesidir²⁹⁷. Bireysel hakların tespiti, gerçekleştirilmesi ve korunması ise ancak bu amacın bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, hukuk düzeninin korunması ile birlikte hukukî barışın da tesis edileceği, ancak hukukî barışın tek başına usûlî bir amaç olamayacağı ifade edilmiştir²⁹⁸.

Bu bağlamda değerlendirilebilecek diğer bir görüşe göre ise yargılamayla, tarafların menfaatlerini korumaktan ziyade bireylerin memnuniyetsizliklerin belirlenmesi ve böylelikle protestolara karşı toplumsal sistemin bağısıklığını güçlendirmek amaçlanır²⁹⁹. Dolayısıyla yargılama toplumsal düzeninin korunmasına hizmet eder.

Medenî usûl hukukunun amacının hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmesi, yargılamada taraf davranışlarının göz ardı edilmesine ve tarafların yargılama hakkındaki tasarruflarının dikkate alınmamasına neden olabileceği, bu nedenle re'sen araştırma ilkesinin taraflarca hazırlanma ilkesine kıyasla tercih edilmesi sonucunu doğuracağı ve taraflara hareket serbestisinin tanınamaması gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁰⁰.

²⁹⁶ Örneğin, *Prütting*'e göre, medenî usûl hukukunun temel amacı hakların korunmasının ve gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Şayet kanun koyucu kendiliğinden hak almayı yasaklamakta ise bu hâlde hak arayanların haklarını meşrû yollardan arayabilecekleri bir yöntemi de sunması gerekir. Dolayısıyla bu koruma ve usûl hukuku kurumları anayasal hakların garanti altına alınmasına da hizmet etmektedir. Bunun yanı sıra, usûl hukuku kamu yararının ve hukukun korunması ile hukukî barışın tesisine de hizmet etmektedir. Bkz. *Prütting/Gehrlein*, Einl., para. 3. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman*'a göre, medenî usûl hukukunun amacı maddî hukuka yönelik hakların gerçekleştirilmesi ve kısmen de şekillendirilmesidir. Ancak bunun yanı sıra adaletin gerçekleştirilmesi de temel amaçların arasında yer almaktadır. Bkz. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman*, Einl. III, para. 9. Bu yönde ayrıca bkz. BVerfG, 09.02.1982, 1 BvR 799/78, BVerfGE, 59, 330; BGH, 26.06.1980, VII ZR 143/79, BGHZ, 77, 306.

²⁹⁷ *Blomeyer, Arwed*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 1963, s. 2 *Schönke*, Das Rechtsschutzbedürfnis, AcP 150, 1949, s. 216-217; *Schönke/Kuchinke*, s. 3.

²⁹⁸ *Schönke/Kuchinke*, s. 4.

²⁹⁹ *Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, 1969, s. 114 vd..

³⁰⁰ *Gaul, Zweck*, s. 37. Aynı yönde bkz. *Atalı*, Aleyhe Bozma, s. 88.

Öğretide hukuk düzeninin korunması medenî usûl hukukunun temel amacı olarak ifade edilmemekle birlikte çoğunlukla bunun talî bir amaç olduğu dile getirilmektedir³⁰¹. Bu çerçevede, usûl hukukunun iyi işletilmesinin ve böylelikle bireysel hak ihlallerinin önlenmesinin hukuk düzeninin korunması bakımından yardımcı bir unsur teşkil ettiği kabul edilmektedir³⁰².

abb. Hukukî Barışın ve Güvenliğin Korunması

Tarihî gelişim içinde genellikle kendiliğinden hak almanın yasaklanmasının ve hukukun gerçekleştirilmesinin devletin tekeline bırakılmasının bir gereği olarak, usûl hukukunun hukukî barışı sağlama amacı dile getirilmiştir³⁰³.

Özellikle halihazırda Avusturya medenî usûl öğretisinde kabul gören bu düşüncede, yargılamanın toplumsal amacından hareket edilmekte ve münferit hukukî ilişkilerin korunması ile bütün olarak toplumsal güvenlik ve barışın tesisinin mümkün olacağı ifade edilmektedir³⁰⁴. Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun mimarı olan *Klein*, davayı maddî hukukun temininde bir araç olarak görmekle beraber³⁰⁵ yargılamada yalnızca tarafların sorunlarının değil aksine ekonomik kaynakların bütünlüğünün de dikkate alındığında tarafların harcadığı zaman, para ve emek nedeniyle toplumu da zarara uğratan ve topluma bir külfet yükleyen sosyal bir problemin de söz konusu olduğunu ifade etmiştir³⁰⁶. Yargılama ile bir yandan kişilerin hakları tesis edilirken diğer yandan da hukukî barışın ve güvenliğin sağlanması ile kamunun menfaati korunmuş olur.

Fasching'e göre ise³⁰⁷ bireysel hakların gerçekleştirilmesini sağlamak usûl hukukunun amacı olamaz. Zira en başta maddî hukukun amacı sadece bireylere hak bahşetmek değil aynı zamanda kişiler arası ilişkileri düzenleyerek toplumda hukukî barış ve güvenliğin sağlandığı ve toplumun ve bu toplumun üyesi olan her bir bireyin varlığını en iyi şekilde gerçekleştirebilmesi için üretim gücünün geliştirildiği bir hayat düzeni oluşturmaktır³⁰⁸. Kişiler arası ilişkileri

³⁰¹ Prütting/Gehrlein, Einl., para. 3.

³⁰² Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 6.

³⁰³ Schmidt, s. 12; Fasching, Lehrbuch, para. 44; Rechberger/Simotta, para. 17; Kodek, Georg E./Mayr, Peter G., Zivilprozessrecht, 2018, Einf., para. 8; Taşpınar, Amaç, s. 765.

³⁰⁴ Klein, Franz/Engel, Friedrich, Der Zivilprozess Österreichs, 1970, s. 190 vd., 202 vd.; Fasching, Lehrbuch, para. 47; Rechberger/Simotta, para. 20; Kodek/Mayr, Einf., para. 11.

³⁰⁵ Gaul, aktuelles Thema, s. 93; Rechberger/Simotta, para. 21.

³⁰⁶ Klein/Engel, s. 187 vd..

³⁰⁷ Fasching, Lehrbuch, para. 44.

³⁰⁸ Fasching, Lehrbuch, para. 44.

düzenleyen maddî hukukta dahi söz konusu olan toplumsal amaç, hakkın icrasına ilişkin şekli bir hukuk dalı olan usûl hukuku için evleviyetle kabul edilmelidir³⁰⁹.

Alman hukukunda da hukukî barışın tesisi usûl hukukunun amacı olarak ifade edilen görüşlerden biridir³¹⁰. *Blomeyer*³¹¹, medenî usûl hukukunun amacına ilişkin olarak hukukî korunma amacının yanında hukukî barışın tesisini de dile getirmiş; *Rimmelspacher*³¹² usûl hukukunun ideal amacının hukukî barışın tesisi olduğunu, dava ile hukukî barışın tesisinin ve devamlılığının garanti edileceğini ifade etmiştir. *Schönke* de hakların korunmasının yanında hukukî barışın tesisinin de usûl hukukunun bağımsız bir amacı olduğunu ifade etmektedir³¹³. Alman yüksek mahkeme kararlarında da öteden beri yargılamanın hukukî barış ve güvenliği korumaya hizmet etmesi amacından bahsedilmekte ve hatta hukukî barış ve güvenliğin tesisi kimi mahkeme kararlarında, üstün bir yargılama amacı olarak ifade edilmektedir³¹⁴.

Bu görüşe eleştiri olarak, hukukî barışın ve güvenliğin tesisinin usûl hukukunun amacı olarak görülmesi hâlinde toplumsal menfaatin bireysel menfaate üstün tutulmuş olacağı; maddî hukuka ilişkin hakların kullanımını düzenleyen bir hukuk dalında bunun kabulünün mümkün olmadığı dile getirilmektedir³¹⁵. Yine, mahkeme kararlarının her zaman her iki taraf bakımından da tatmin edici olamayacağı; buna karşın kesinlik vasfı nedeni ile tarafları bağlayacağı ve bu durumda hukukî barışın tesis edildiğinden bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür³¹⁶.

Ancak, bugün, hukukî barışın korunmasının usûl hukukunun bir sonucu olduğu ve bunun hakların gerçekleştirilmesi ve korunması olmaksızın tesis edilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir³¹⁷.

³⁰⁹ *Fasching*, Lehrbuch, para. 44.

³¹⁰ Bkz. *Blomeyer*, A., s. 1-2; *Rimmelspacher*, s. 22-23; *Schönke*, AcP 150, s. 216.

³¹¹ *Blomeyer*, A., s. 1-2.

³¹² *Rimmelspacher*, s. 22-23.

³¹³ *Schönke*, AcP 150, s. 216.

³¹⁴ Bu yönde örneğin bkz. RGZ, 151, 82 (85 vd.).

³¹⁵ *Gaul*, Zweck, s. 39-40.

³¹⁶ *Taşpınar*, Amaç, s. 766. Yargılamanın sosyal sistemin özel bir türü olduğu, devletin meydana gelen her uyuşmazlıkta mahkemeler aracılığıyla karar verilmesini garanti etmek zorunda bulunduğu ancak verilen kararın her zaman doğruluğunun garanti edilemeyeceği; hâkimin görevinin yalnızca belirli vakıaların mevcut olup olmadığını tespit etmek ve bunların kararına gerekçe oluşturup oluşturmayacağına karar vermek olduğu yönünde bkz. *Luhmann*, s. 21 vd..

³¹⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1, para. 10; *Rimmelspacher*, s. 23 vd.; *Musielak/Voit/Musielak*, Einl., para. 5. Aynı yönde bkz. *Alangoya, Yavuz*, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969/5, s. 170, dn. 131.

abc. Gerçeğe Ulaşmak

Medenî usûl hukukunun amacı olarak öğretilen savunan görüşlerden bir diğeri ise gerçeğe ulaşmaktır³¹⁸. Bu noktada medenî hukuk ile ceza hukuku arasında herhangi bir farklılığın olmadığından bahsedilmekte ve her iki hukuk dalı bakımından da yargılama ile gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.

Klasik usûl anlayışının, medenî usûl hukuku ile yalnızca şekli gerçekliğin tespit edilebileceğine yönelik ortaya attığı görüşün orta çağ döneminde kaldığını ve modern medenî usûl hukuku için geçerli olamayacağını; sosyalist usûl anlayışının ileri sürdüğü objektif (maddî) gerçekliğin ise bir ütopya olduğunu düşünen *Gaul*'e göre³¹⁹, yargılamanın amacı maddî hukuka ilişkin hakkın gerçeğe dayalı olarak ortaya konulmasıdır. Aslında ona göre, gerçeğe ulaşmak medenî usûl hukukunun amacı değildir; ancak gerçeğe ulaşmak medenî usûl hukukunun amacına ulaşılabilmesi için zarurî bir araçtır³²⁰. Mahkemenin yalnızca iddia olunan konuların varlığı ya da yokluğu hakkında bir tespitte bulunabileceğini, hâkimin vakıaların gerçekte var olup olmadığı konusunda herhangi bir değerlendirme yapmasının mümkün olmadığını ve yalnızca hukukî sonuç hakkında karar verebileceğini, dolayısıyla mahkeme kararı ile olan hakkında değil olması gereken hakkında karar verilebileceğini ileri süren *Gaul*, yargılamada tarihi gerçeğin tespitinin mümkün olmadığını ifade etmiştir³²¹. Çünkü mahkemede ancak maddî hukuk kuralında öngörülen koşul vakılardan çelişkili ve belirsiz olanların ispatlanması ile sonuca ulaşılır³²². Tek başına bu bile ulaşılan sonucun kanunun öngördüğü ölçüde gerçek olduğunu ve nihaî gerçek olmadığını ortaya koymaktadır³²³.

abd. Hakların Tespiti, Korunması ve Gerçekleştirilmesi

Öğretilen hâkim olan düşünceye göre³²⁴, medenî usûl hukuku, maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi ve korunması amacına hizmet eder. Zira medenî usûl

³¹⁸ Schmidt, s. 38; Alangoya, Vakıalar, s. 87; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181-183; Yılmaz, Ejder, “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, .3; Tanrıver, Usûl, s. 126.

³¹⁹ Gaul, Zweck, s. 53; Gaul, aktuelles Thema, s. 114.

³²⁰ Gaul, aktuelles Thema, s. 102.

³²¹ Gaul, Zweck, s. 49-50; Gaul, aktuelles Thema, s. 104-105.

³²² Gaul, aktuelles Thema, s. 106.

³²³ Gaul, aktuelles Thema, s. 107.

³²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 13; Wiczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 122; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 3; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 3, 16; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 9; Musielak/Voit/Musielak, Einl., para. 5; MüKoZPO/Rauscher, Einl., para. 8; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 1, para.6; Ansay, s. 9; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 74; Taşpınar, Amaç, s. 786; Karşlı, Muhakeme, s. 60; Karaaslan, s. 60; Meriç,

hukukunun kendine özgü, bağımsız bir amacı bulunmamaktadır³²⁵. Aksine, medenî usûl hukuku, amaca uygun ve hızlı bir yargılama ile uyuşmazlığın esasına ilişkin bir kararın alınmasına hizmet etmelidir³²⁶. Medenî usûl hukukunun konusunu, özel hukuk ilişkilerinin oluşturduğundan hareket eden bu görüş, kamu menfaati yerine bireysel menfaatin üstün tutulmasından ve taraf iradesine öncelik tanınmasından hareket etmektedir. Özellikle, kendiliğinden hak almanın yasak olması nedeniyle, bireysel hakların mahkemeler aracılığıyla korunması bir gerekliliktir³²⁷. Bu çerçevede, medenî usûl hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi gibi ilkeler bu hukuk dalının amacının hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi olduğunu kanıtlamaktadır³²⁸. Bu noktada, usûl hukukunda yer alan -örneğin vakıaların ve delillerin sunulmasının belirli bir süreye tâbi olmasında olduğu gibi- şekil ve süreye ilişkin hak düşürücü düzenlemelerin bu amaca aykırı olmadığı; zira bu düzenlemelerin keyfi uygulamaları önleyerek etkin hukukî korunmayı gerçekleştirdiği ifade edilmektedir³²⁹.

ac. Görüşümüz

Kanaatimizce öğretide dile getirilen görüşlerin hemen hepsi usûl hukuku ile çekişmeli yargıyı eş anlamda kullanmakta ve bu hukuk dalının amacını da dava çerçevesinde değerlendirmektedir. Oysa, usûl hukuku bakımından önemli ve büyük bir yeri haiz olmakla birlikte çekişmeli yargı tek başına usûl hukukunun konusunu teşkil etmez. Özellikle usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda bu hukuk dalının amacı en önemli hareket noktasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, usûl hukukunun amacına ilişkin değerlendirmenin usûl hukukunun içerdiği tüm konuları da kapsayacak şekilde belirlenmesi³³⁰ ya da en azından münferit bölümler özelinde bu hukuk dalının amacının değişebileceğinin kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla artık medenî usûl hukukun amacının yalnızca bireysel menfaatin

Tasarruf, s. 38; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 86-87; **Hanağası, Emel**, Davada “Sıfat” Kavramına İlişkin Yeni Bir Yaklaşım Denemesi, MİHDER, Y. 2015/3, C. 11, S. 32, s. 68; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 8; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 53; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 10-11.

³²⁵ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl. § 7, para. 13; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Einl. III para. 10; **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 16; **Schumann, Ekkehard**, Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes, FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, s. 572; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 74. Ayrıca bkz. BVerfG, 09.02.1982, 1 BvR 799/78, BVerfGE, 59, 330; BGH, 26.06.1980, VII ZR 143/79, BGHZ, 77, 306.

³²⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl. § 7, para. 13.

³²⁷ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 9.

³²⁸ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 10.

³²⁹ **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 16.

³³⁰ Hippel’e göre bu çerçevede yapılan değerlendirme bütün yönleri ile usûlî kurumları kapsamaya elverişli olmayan dar bir tanım veya gerçekte herhangi bir anlama gelmeyen çok genel bir açıklamadan ibaret kalacağından, usûl hukukunun amacını araştırmak gereksizdir. Bkz. **v. Hippel, Fritz**, Zur modernen konstruktiven Epoche der “deutschen Prozessrechtswissenschaft”, ZZP, B. 65, 1952, s. 424 vd..

korunması, hakkın tespiti ve gerçekleştirilmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede, daha önce öğretilde dile getirildiği gibi³³¹ usûl hukukunun farklı görünümlerinin tamamını kapsayacak tek bir amaçtan bahsedilemez.

Özellikle bugün gelinen noktada uyuşmazlıkların çözümünde dava prosedürünün *ultima ratio* olarak görülmesi³³² ve sulhün ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mümkün olduğunca yaygınlaştırılmaya çalışılması, hatta pek çok uyuşmazlık bakımından arabuluculuk yoluna başvurunun dava şartı hâline getirilmesi³³³, aslında kanun koyucunun bireysel menfaatin dışında toplumsal menfaati ve hukukî barışı da önemseydiğini ve giderek bunu öncelikli amaç hâline getirdiğini göstermektedir. Zira, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde hakkın gerçekleştirilmesinden ziyade karşılıklı olarak gösterilen fedakârlık ile uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözüme kavuşturulması yatmaktadır³³⁴. Bunun öncelikli amacının ise hukukî barışın tesis edilmesi olduğu açıktır. Hukukî barışın tesisine ilişkin olarak öğretilde dile getirilen görüşün usûl hukuku bakımından ideal bir amaç olduğu ve bunun da ancak hakların korunması yolu ile mümkün olabileceği; bu nedenle bu iki amacın birbirinden bağımsız düşünülemeyeceği yönündeki görüş³³⁵ çekişmeli yargı bakımından isabetlidir. Buna karşılık, özellikle menfaat temelli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri dikkate alındığında haktan bağımsız olarak da usûl hukukunun hukukî barışa hizmet edebileceği artık söylenebilir.

Kaldı ki, usûl hukukunun konusuna dahil olan çekişmesiz yargı³³⁶ bakımından sübjektif hak yokluğu (HMK m. 382/1-b) kriteri dikkate alındığında hakkın gerçekleştirilmesi savının

³³¹ Konuralp'e göre, "hukuk usulünün tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmamaktadır". Bkz. **Konuralp, Haluk**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, 1999, s. 6. Ayrıca bkz. **Meriç**, Tasarruf, s. 38.

³³² **Rechberger/Simotta**, para. 22.

³³³ Türk hukukunda iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade davaları bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğuna ilişkin kanunî düzenleme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 01.01.2018 tarihinden itibaren; bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticarî davalar bakımından ise arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğuna ilişkin kanunî düzenleme 7155 sayılı Kanun'la Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan değişikliklerle 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, 7251 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesiyle, 6502 sayılı Kanun'a tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvuruyu dava şartı hâline getiren bir hüküm eklenmiştir. Bkz. RG, 28.07.2020, S. 31199. Dava şartı arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı/Seven, Vural, Murat**, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 125 vd..

³³⁴ **Özekes, Muhammet**, Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Y. 2006, s. 7, s. 42; **Tanrıver, Süha**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, 2011, s. 11; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 8; **Tanrıver, Süha**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2020, s. 29.

³³⁵ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 1, para. 10; **Rimmelspacher**, s. 23 vd.; **Musielak/Voit/Musielak**, Einl., para. 5; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 91.

³³⁶ Çekişmesiz yargı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru, Baki**, Nizasız Kaza, 1961, s. 1 vd.; **Budak, Ali Cem**, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 128 vd. Diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde çekişmesiz yargı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Alangoya, Yavuz**, İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları

her durumda ileri sürülmesinin kanunen de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, çekişmesiz yargı işlerinde, hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi görüşünün çıkış noktasını da oluşturan tasarruf ilkesinin değil de hâkimin re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağı dikkate alındığında da aynı sonuca ulaşılabilir. Bu bağlamda, usûl hukukunun konusunu oluşturmaya karşın çekişmesiz yargıya ilişkin kuralların çekişmeli yargıdan bağımsız bir amacının olduğunun kabulü gerekir. Bu kabul ise çekişmesiz yargıya ilişkin kurallar bakımından artık, hakların korunması ve gerçekleştirilmesi çerçevesinde yorumun mümkün olmaması sonucunu doğurur. Kanaatimizce, çekişmesiz yargıya konu işler hakkında mahkemece verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi ve yeniden yargılamaya konu edilebilmesi dikkate alındığında çekişmesiz yargının amacı hukukî barışın tesisi de değildir. Çekişmesiz yargının düzenleme alanında yer alan işler dikkate alındığında, kanun koyucu her ne kadar iki tarafın bulunmaması nedeni ile bir uyuşmazlıktan ve kimi zaman bireysel bir haktan bahsedilemeye de ortaya çıkan bazı durumların tespitinde, değiştirilmesinde ya da sona erdirilmesinde kamu otoritesinin denetimini gerekli görmüştür. Bu nedenle, esasen kanun koyucunun çekişmesiz yargı ile korumaya çalıştığı husus kamu düzeninin ve böylece hukuk düzeninin korunmasıdır.

Çekişmeli yargı bakımından ise bireysel hakların tesisi ve korunması ile hem hukukî barışın tesisi hem de hukuk düzeninin korunması temin edilmiş olur. Bu nedenle, bu iki hususun usûl hukukunun amacı değil olsa olsa sonucu olduğunu kabul etmek gerekir.

Hem yargılama hukukunun kendine özgü süre ve şekil şartları nedeniyle vakıaların ve delillerin sunulamaması hem bazı vakıaların ispatı bakımından yeterli ve gerekli delillerin her zaman var olmaması ihtimalleri dikkate alındığında, mahkemelerin yalnızca elde edilen ya da -özellikle taraflarca getirme ilkesinin hâkim olduğu yargılamalar bakımından sunulan- ve hukuken caiz olan delillerle sonuca varması söz konusudur. Bu nedenle, genel olarak bütün yargılama çeşitleri bakımından ama özellikle de medenî usûl hukukunda olduğu gibi taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu yargılamalar bakımından gerçeğe ulaşmaya yarayacak vakıa ve delillerin mahkemede incelenmesi her zaman mümkün olamayabilir. Hatta kimi zaman tarafların da gizlilik gibi belli gerekçelerle uyuşmazlığa ilişkin her türlü vakıa ve delili mahkemeye sunmaktan imtina etmesi mümkündür. Bu durumda hâkimin kararı, sadece tarafların sunduğu vakıalar esas alınarak ortaya çıkabilir; hayat olayının gerçekliği ise sadece ileri sürülen vakıalar ile sınırlı bir şekilde incelenebilir³³⁷. Ancak, yargılama hukuklarının

Toplantısı IV, 2006, s. 110 vd.; **Yıldırım, Kâmil**, Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 19 vd.; **Atalı, Murat**, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 50 vd..

³³⁷ **Bruns**, s. 193.

karakteri ve hukuk devletinin bir gereği olarak, mahkeme hükmü ile varılan sonucun maddî anlamda kesin hüküm gücünü de elde etmesinin ardından bütün bir gelecek için mutlak bir hakikat olduğu kabul edilmektedir³³⁸. İşte bu noktada kanaatimizce, bir hususa ilişkin elbette tek bir gerçek vardır ancak delillerin yetersizliği gibi maddî ya da süre ve şekil şartının sağlanmaması nedeni ile usûlî gerekçelerle hakkın kullanımının engellenmesinin söz konusu olduğu kimi yargılamalarda mahkeme hükmünün gerçeği ikame ettiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, bu yargılama sonucunda gerçeğe ulaşmanın her zaman mümkün olmamasına rağmen, ulaşılan sonucun maddî anlamda kesin hüküm vasfını kazanması ile, bu hükümde yer alan tespitler, taraflar ve onların halefleri bakımından kural olarak bağlayıcı hâle gelir. Dolayısıyla, gerçeğe ulaşmanın usûl hukukunun kuralları dikkate alındığında her zaman mümkün olduğu söylenemez. Gerçeğe ulaşmak, medenî usûl hukukunun amacı değil ancak bu amacın gerçekleşmesini sağlayan bir aracı olabilir³³⁹. Medenî usûl hukukunun maddî hukukun taraflara tanıdığı hakların tespitini, korunmasını ve gerçekleşmesini sağladığı görüşünün dile getirilmesi ise bu hukuk dalının gerçeğe ulaşmayı dışladığı anlamına gelmez. Hakkın yerine getirilebilmesi de ancak gerçeğin tespit edilmesi ile mümkündür³⁴⁰.

4. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Normlar Hiyerarşisine Uygun Yorumu

a. Genel Olarak

Hukuk kuralları, yorumcunun yaşına, eğitimine, tecrübesine, algı düzeyine ve zamana ve mekâna göre farklı şekillerde yorumlanabilir. Hukuk hermeneutiğinin konusunu oluşturan bu durumda, bir kurala ilişkin farklı yorum sonuçlarının meydana gelmesi mümkündür. Konformist yorum, hukuk kuralına ilişkin olarak ortaya çıkan bu farklı sonuçlardan hem kuralın ait olduğu hukuk alanının genel ilke ve esaslarına hem de hiyerarşik anlamda üst normlara aykırılık oluşturanların dışlanmasını sağlamaktadır³⁴¹. Dolayısıyla, konformist yorum hukuk kaynakları arasındaki hiyerarşinin bir yansımasıdır. Usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda da konformist yorum dikkate alınmalıdır.

Öncelikle, hukukun her alanında olduğu gibi usûl kurallarının yorumunda da hiyerarşik olarak daha üstte bulunan kurala aykırı şekilde yorum mümkün değildir. Bu konuda, özellikle

³³⁸ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 559.

³³⁹ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1, para. 28; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 90.

³⁴⁰ **MükoZPO/Rauscher**, Einl., para. 8.

³⁴¹ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 575; **Schumann**, Methode, s. 1212.

usûl kanunlarında yer alan düzenlemelerin anayasaya ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun şekilde yorumu şarttır³⁴². Esasen kamusal bir gücün kullanılması olarak yargılamada, anayasal ilke ve esasların gözetilmesi ile kamusal düzen, hukukî barış ve güvenlik de korunmuş olur.

Ayrıca, usûlî düzenlemelere ilişkin yönetmelik ve tebliğlerin de usûl kurallarına yönelik kanunlara uygun olması gerekir³⁴³. Örneğin, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik³⁴⁴’in “Harç, gider avansı ve delil avansının ödenmesi” başlıklı 205’inci maddesinde yer alan, gider avansının her türlü tebligat ve posta giderlerinin yanı sıra keşif giderleri ile bilirkişi ve tanık ücretleri için davacıdan alınan meblağı ifade ettiğini düzenleyen hüküm ile 2018 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi³⁴⁵’nin 4’üncü maddesindeki düzenleme dikkate alındığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 323’üncü ve 324’üncü maddelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktaydı. Bu noktada gider avansının kapsamının belirlenmesinde, bahsi geçen hükümlerin yorumunda hiyerarşik olarak üst derecede bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na uygun şekilde yorum yapılması gerekmektedir. 7251 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120’nci maddesinin başlığı “*Harç ve Gider Avansının Ödenmesi*” olarak değiştirilmiş ve maddeye eklenen üçüncü fıkra ile delil avansının bu madde kapsamında yer almadığı açıklanmıştır. Ancak kanaatimizce burada sorun Kanun’dan değil Yönetmelik’in bahsi geçen hükmü ile Gider Avansı Tarifesi’nde yer alan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu, söz konusu düzenlemelerin Kanun’a uygun yorumu ile çözülebilecek bir hususu, bu düzenlemelerde herhangi bir değişiklik yapılmaması nedeni ile zaten açık olan Kanun hükmünü değiştirerek çözüme kavuşturmaya çalışmıştır³⁴⁶.

Bu çerçevede ayrıca, usûl sözleşmelerinin ve usûl işlemlerinin yorumunda usûl hukukunun genel ilke ve esaslarından yararlanılması; bu işlem ya da sözleşmelerin birden farklı şekilde yorumu mümkün ise usûl hukukunun genel ilke ve esaslarına en uygun olanın seçilmesi

³⁴² Schumann, Materiellrechtsfreundlich, s. 573-574; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 83; Zöller/Vollkommer, Einl., para. 98; Thomas/Putzo/Reichold, Einl. V, VI; para. 5.

³⁴³ Schumann, Materiellrechtsfreundlich, s. 574.

³⁴⁴ RG, T. 06.08.2015, S. 29437.

³⁴⁵ RG, T. 29.09.2018, S. 30550.

³⁴⁶ Kanunda yapılan bu değişikliğe uygun olarak 24.09.2020 tarihli, 31254 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi’nin 3’üncü maddesinde önceki düzenlemeden farklı şekilde “*Gider avansı her türlü tebligat ücreti, dosyanın bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’a gidiş dönüş ücreti ile diğer posta ücretleri gibi giderleri kapsar.*” hükmüne yer verilmiş; delil ikame avansının gider avansı olarak değerlendirilmesine ilişkin tereddüt bu Tarife ile de giderilmiştir.

ve bu kurallarla çelişen yorumların dikkate alınmaması gerektiği de unutulmamalıdır³⁴⁷. Emredici kurallara aykırı olduğu kabul edilen usûl işlemleri ya da sözleşmeleri geçersiz sayıldığından; bu işlemlerin ya da sözleşmelerin sıhhati bakımından da hukuka uygun yorumlanması gereklidir³⁴⁸.

b. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Anayasa'ya Uygun Yorumu

Bireyler arası ilişkilerden farklı olarak usûl hukukunun konusunu tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların yargı gücünü elinde bulunduran mahkemeler aracılığıyla³⁴⁹ ve bazen de mahkeme dışı yöntemlerle çözüme kavuşturmaları oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın tarafını oluşturmamakla birlikte yargılamanın unsurlarından biri olan mahkemelerin yargılama usûllerini düzenleyen kurallardan oluşan usûl hukuku, bu yönüyle aslında devletin egemenlik güçlerinden birisi olan yargılama gücünün bireylere sunulması konusunda bir görev üstlenmektedir. Bu bakımdan kamu yönü ağır basan usûl hukuku için anayasaya uygunluk yalnızca şeklî bir hukuka uygunluk değildir; aksine bireylerin etkin hukukî korumadan yararlanabilmesi ve temel hak ve özgürlüklerini etkili şekilde kullanabilmesi bakımından da büyük önemi haizdir³⁵⁰. Bu nedenle usûl kanunlarının yorumunda kuralın Anayasa'ya uygunluğunun dikkate alınması gerekir³⁵¹. Bu ise usûl kuralları yorumlanırken, mümkün olan pek çok anlamdan Anayasa'ya ve temel hak ve özgürlüklere en uygun olan yorumun tercih edilmesi ile mümkündür³⁵². Yorumcunun usûl kurallarının yorumunda Anayasa'ya uygun

³⁴⁷ Schumann, Materiellrechtsfreundlich, s. 575.

³⁴⁸ Schumann, Materiellrechtsfreundlich, s. 576.

³⁴⁹ Prütting/Gehrlein, Einl., para. 1; Musielak/Voit/Musielak, Einl., para. 1; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 10.

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin usûl hukuku kurallarının uygulanması bakımından verdiği bireysel başvuru kararlarında yorumun Anayasa'ya uygun şekilde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin bkz. *"Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği tabiidir."* AYM, 21.03.2019 T., Başvuru No. 2016,67616, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>>, s.e.t. 11.07.2019.

³⁵¹ Schumann, Methode, s. 1211; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 84; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 12; Thomas/Putzo/Reichold, Einl. V, VI, para. 5; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 19; Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 129; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 57; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 36, 40; Fasching, Auslegung, s. 31; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 74. Ayrıca bkz. BVerfG, 18.12.1984, 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1, 55; BVerfG, 03.06.1992, 2 BvR 78/89, BVerfGE, 86, 288, 239; BVerfG, 30.03.1993, 1 BvR 1045/89, 1381/90, 1 BvL 11/90, BVerfGE, 88, 145.

³⁵² Zöller/Vollkommer, Einl., para. 98; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, para. 84. Ayrıca bkz. BVerfG, 03.07.1973, 1 BvR 153/69, BVerfGE, 35, 360; BVerfG, 10.06.1975, BvR 1018/74, BVerfGE, 40, 88; BVerfG, 10.02.1987, 2 BvR 397, 399/82, BVerfGE, 74, 24; BVerfG, 11.02.1987, 1 BvR 475/85, BVerfGE, 74, 233 vd..

yorumu tercih etmesi, bu kuralların Anayasa'ya aykırılık nedeni ile iptali ihtimalini zayıflatacağından kuralın devamlılığı hususunda da etkilidir³⁵³.

Usûl kurallarının anayasaya uygun yorumundan, öncelikle Anayasa'da yer alan usûle ilişkin kurallara uygun bir yargılamanın anlaşılması gerekir. Bu hususta örneğin, yargılamanın aleniliğinin, gerekçeli karar hakkının ve usûl ekonomisi ilkesinin³⁵⁴ temelini oluşturan Anayasa'nın 141'inci maddesi gösterilebilir. Bu kapsamda, silahların eşitliği ilkesinin dikkate alınması; adil yargılanma hakkının bir gereği olarak taraflara mahkemeye erişim hakkının³⁵⁵ ve hukukî dinlenilme hakkının eşit biçimde tanınması, medenî usûl hukukunun Anayasa'ya uygunluğu bakımından önem arz eder³⁵⁶.

Ayrıca, yine Anayasa'nın 141'inci maddesi ile ifade edilen ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğini düzenleyen kural karşısında mahkeme kararlarının gerekçesiz olması ya da yeterli gerekçesinin bulunmaması³⁵⁷ veya hâkimlerin takdir hakkını açıkça bir

³⁵³ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 575-576. Türk hukuku açısından, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken mahkemelerin yorumu ile bağlı olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. **Gözler**, Anayasa, C. II, s. 839. Bu sebeple, kuralın kendisinin Anayasa'ya uygun olmadığının tespiti hâlinde yorumu ile varılan sonucun Anayasa'ya uygunluğunun önemi bulunmamaktadır. Ancak, yine de kuralın Anayasa'ya uygun yorumu tercih edildiğinde, kural aleyhine Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuru olasılığı azalacaktır.

³⁵⁴ “HUMK.nun 87/son maddesinde yer alan “müddei islah suretiyle müddeabihi tezyit edemez” hükmü Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarih 1999/133 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve 4.11.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Davacı vekili ise 18.5.2001 tarihli dilekçesi ile islah talebinde bulunmuştur. Bu durum karşısında davacının, dava devam ederken müddeabihin islah suretiyle artırılmasını isteyebileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira davaların en az giderle ve hızlı biçimde sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla kişileri ikinci bir dava (ek dava) açmaya zorlamamak ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırmamak için islah yolu ile müddeabihin artırılmasına olanak tanımak Anayasa'ya uygun yorumun bir gereğidir.”, Y3HD, 06.11.2001 T., 2001/9196 E., 2001/9790 K., www.lexpera.com, s.e.t. 31.03.2020. Aynı yönde bkz. Y20HD, 13.09.2005 T., 2005/7042 E., 2005/10446 K., www.kazanci.com, 09.04.2020.

³⁵⁵ Örneğin, “Davanın reddi nedeniyle kendisini vekille temsil ettiren davalılar lehine ayrı ayrı vekalet ücretine karar verilmişse de -davalılar yönünden davanın ret sebebinin ortak olduğu anlaşıldığından- Mahkeme ve Yargıtay kararlarında bu hususun yasal dayanağı açıklanmamıştır. Yargıtay içtihatları da gözetildiğinde ortak bir sebebe dayalı olarak davanın reddedildiği anlaşılan davada 1136 sayılı Kanun'un 169. maddesi uyarınca bağlayıcı olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne aykırı olarak kendisini vekille temsil ettiren her bir davalı lehine olmak üzere iki ayrı vekalet ücretine hükmedilmesinin kanunilik unsurunu taşıdığı söylenemez. Açıklanan gerekçelerle ret sebebi ortak olan davada her bir davalı lehine ayrı ayrı hükmedilen vekalet ücreti yönünden Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”, AYM, 19.09.2018 T., Başvuru No. 2015/6160, < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/6160>>, s.e.t. 25.03.2020.

³⁵⁶ **Fasching**, Auslegung, s. 32.

³⁵⁷ Örneğin, “Somut olayda ilk derece mahkemesi başvurucağı ağır kusurlu kabul etmekle birlikte hangi nedenle ağır kusurlu bulunduğu hususunda herhangi bir değerlendirme yapmamış ve başkaca herhangi bir açıklama yapma gereği görmeden 1593 sayılı Kanun hükmüne dayanarak Yüksek Sağlık Şurasının mesleki kusurun belirlenmesinde en son merci olduğu kabulüyle bu Kurul tarafından düzenlenen raporu esas alarak bir karar vermiştir. Başvurucunun genel itibarıyla Yüksek Sağlık Şurası raporuna yönelik itirazlarını da içeren temyiz isteğini inceleyen Yargıtay da kusur ve rapora yönelik bir değerlendirme yapmadan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Dosya kapsamında özel ve teknik bilgi gerektiren ölüm olayı nedeniyle farklı yargı mercileri tarafından yapılan yargılamalarda alınmış çok sayıda bilirkişi ve kurul raporu bulunmaktadır. Kural olarak bu raporlardan birini somut olayın oluşumuna daha uygun görüp diğerlerine üstün tutarak kabul etmek derece mahkemelerinin takdirindedir. Hal böyle iken ilk derece mahkemesi, ölüm olayının

tarafı zarara uğratacak şekilde kullanması Anayasa ile korunan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden, medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda keyfilğin önlenmesi de Anayasa'ya uygun yorumun bir gereğidir³⁵⁸. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında sıklıkla başvurduğu bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesi de medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda tarafların ya da üçüncü kişilerin temel haklarına hukukun icrası amacıyla örtüşmeyen ya da amacı aşan müdahaleler dışlanmalıdır³⁵⁹.

Anayasa'da yer alan ve usûl hukuku ile doğrudan ilişkili olan bu ilkelerin yanı sıra diğer anayasal ilke ve esasların da usûlî kuralların yorumunda dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede, usûl hukukuna ilişkin bir düzenlemenin uygulanması açısından hâkim ya da diğer resmî ilgililerin Anayasa ile garanti altına alınmış bulunan; eşitlik, insan onuru, mahkemelerin

gerçekleşmesinde başvurunun rolüne ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan ilgili raporu düzenleyen Yüksek Sağlık Şurasının kuruluşuna dair 1593 sayılı Kanun'un mülga 10. ila 20. maddelerine dayanarak hüküm kurmuştur. Anılan kanunun 10 ila 17. maddeleri Yüksek Sağlık Şurasının oluşumu ve hangi alanlarda görev yapacağına ilişkin olup 18 ila 20. maddelerinin ise konuyla ilgisi bulunmamaktadır. Öte yandan hekimler ile diğer sağlık mesleği mensupları hakkında ancak cezai konularda uygulama imkanı bulunan ve Anayasa Mahkemesi'nin 3/6/2010 tarihli ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararıyla iptal edilen 1219 sayılı Kanun'un 75. maddesine göre Şura kararları bağlayıcı olmayıp, mahkemelerin bilirkişi görüşüne başvurma haklarının saklı tutulduğu da gözetilmemiştir. Nitekim yürürlükte oldukları dönemde anılan kanunların ilgili hükümlerini yorumlayan Yargıtayın hukuk ve ceza Dairelerinin müstakar kararlarında (bkz. §§ 34-38) da Şura kararlarının bağlayıcı olmadığı ifade edilmiştir. Bu halde ilk derece mahkemesinin gerekçesine esas aldığı Yüksek Sağlık Şurası kararına hukuki uyumsuzluklarda öncelik veren herhangi bir kanun hükmünden söz edilemeyeceğinden kararın ilgili ve yeterli bir gerekçeyle dayandığının kabulü mümkün değildir.”, AYM, 10.05.2018 T., Başvuru No. 2015/14300, < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/14300>>, s.e.t. 25.03.2020.

³⁵⁸ Fasching, Auslegung, s. 32.

³⁵⁹ Fasching, Auslegung, s. 33. Örneğin, “Usul hükümlerine göre mahkeme kararlarının hüküm kısmında kanun yolu ve süresinin doğru bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu, tarafların karara karşı öngörülen kanun yolunu etkili ve işlevsel bir şekilde kullanmaları açısından önem arz etmektedir.... Mahkemenin gerekçeli kararını tebellüğ eden başvuru sahiplerinin kısa ve gerekçeli kararda belirtilen temyiz süresinin kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı hususuna güvenerek bu süre içinde temyiz talebinde bulunmasının, mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında makul görülmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık karara bağlanırken başvuru sahiplerinin, kanun yoluna başvuru şeklinin Mahkeme tarafından hatalı gösterilmesinin sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılmaları başvuru sahiplerinin üzerinde ağır bir yükü neden olmaktadır. Bu açıdan başvuru sahiplerinin katlanmak zorunda kaldıkları külfetin hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu, dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”, AYM, 21.03.2019 T., Başvuru No. 2016/67616, < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 11.07.2019. Ayrıca bkz. AYM, 06.02.2019 T., Başvuru No. 2016/9878; AYM, 12.09.2018 T., Başvuru No. 2015/465; AYM, 19.09.2018 T., Başvuru No. 2015/6160.

tarafsızlığı ve bağımsızlığı, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesi gibi Anayasa'nın temel ilkeleri ile mülkiyet hakkı³⁶⁰ gibi temel haklara uygun şekilde yorum yapması gerekir³⁶¹.

Bu çerçevede, Alman Medenî Usûl Kanunu'nda (§ 758 Abs. 1 ZPO) icra memuruna borçlunun konutunda ve kilitli yerlerde arama yapabilmesi yetkisi tanınmış; borçlunun konutunda arama yapılabilmesi için hâkim kararının gerektiği dikkate alındığında düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı endişesi ortaya çıkınca, Federal Anayasa Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda konut dokunulmazlığının korunması nedeniyle, gecikmesinde sakınca bulunan durumlar dışında hâkim kararının gerektiğine hükmetmiştir³⁶². Benzer bir düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nun 80'inci maddesinde yer almaktadır. Bununla, icra memuruna, haczin yapıldığı mahalde borçluya ait kilitli yerleri açma hakkı (İİK m. 80/3) tanıyan düzenlemenin; uygulamada olduğu gibi borçlunun konutuna zorla girilmesi hakkı tanıyıp tanımayacağı sorunu akla gelebilir³⁶³. Yine aynı düzenlemede yer alan belirli şartlar altında borçlunun şahsında kuvvet kullanma hakkının (İİK m. 80/4) ne şekilde yorumlanması gerektiği de düşünülebilir³⁶⁴. İşte bu gibi durumlarda usûlî bir düzenlemenin Anayasa'ya uygun yorumu çerçevesinde hareket edilmeli; kurallar Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmalıdır.

³⁶⁰ Örneğin, “Mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirler uygulanması ve bu tedbirlerin belirli bir süre de devam etmesi ancak bireye şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği takdirde ölçülü görülebilir.... Başvurucunun mal varlığı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunmasını sınırlandıran başvuruya konu ihtiyati tedbirin yaklaşık on yedi yıldır devam ettiği ve başvurucunun bundan doğan zararının ise giderilmediği gözetildiğinde müdahalenin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.”, AYM, 28.05.2019 T., Başvuru No. 2016/5174, < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>>, s.e.t. 11.07.2019. Ayrıca bkz. AYM, 09.05.2019 T., Başvuru No. 2015/17483; AYM, 19.02.2019 T., Başvuru No. 2014/19056.

³⁶¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Einl., § 7, para. 12.

³⁶² **Schumann**, Methode, s. 1211. Örneğin bkz. BVerfG, 16.06.1981, 1 BvR 1094/80, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv057346.html>, s.e.t. 12.03.2020.

³⁶³ İcra ve İflâs Kanunu'nun 80'inci maddesinde talep hâlinde icra memurunca borçlunun kilitli yerlerinin ve dolaplarının açtırılacabileceği kabul edilmiş olmasına karşın, Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi, haciz talimatında borçlunun kapısının çilingir yardımı ile açılması hususunda herhangi bir hususun yer almadığı için haczi yapmayan memurun işlemi aleyhine şikâyet yoluna başvurulması üzerine yaptığı kanun yolu incelemesinde, alacaklı ve borçlunun hacze katılımının zorunlu olmadığına; icra memurunun ise haczi yapmaktan imtina edemeyeceğine; bu nedenle talep olmasa da kilitli yerlerin açtırılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Y12HD, 03.10.2011 T., 2011/2395 E., 2011/17394 K., www.kazanci.com, s.e.t. 09.04.2020. İcra ve İflâs Kanunu'nun bahsi geçen hükmüne dayanılarak çilingir marifetiyle konuta girilmesinin Anayasa'da düzenlenen temel haklara aykırı olduğu ve bu düzenlemenin gözden geçirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel**, İcra ve İflâs Hukuku, 2020, s. 250. Aynı yönde bkz. **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin**, İcra ve İflâs Hukuku, 2020, s. 197.

³⁶⁴ Bu hükmün Anayasa ile koruma altına alınan yaşam hakkının ve kişiliğin korunmasına ilişkin temel hakka aykırı olduğu yönünde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 20; özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. **Özekes**, Temel Haklar, 161 vd.. Bu kuralın kişi dokunulmazlığına ilişkin Anayasa hükmü dikkate alınarak ölçülü şekilde uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 251. Düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde bkz. **Özcelik, Volkan**, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. II, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 2912 vd..

Usûl kurallarının anayasaya uygun yorumu için sınırı, yorumun kanunun lafzı ve kanun koyucunun açık iradesi ile çeliştiği nokta oluşturmaktadır³⁶⁵. Kanunun lafzına ve kanun koyucunun iradesinin aksine anayasaya uygun yorum geçerli değildir. Bu noktada öncelikle aşılmaması gereken sınır, kuralın muhtemel sözcük anlamıdır. Anayasaya uygun olduğu gerekçesi ile hükmün lafzını aşan, *contra legem* bir yorumun yapılması söz konusu olamaz³⁶⁶. Hükmün mümkün olan yorumlarından hiçbirisi Anayasa'ya uygun değilse bu hâlde hâkimin yargılamaya ara vererek hükmün Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile Anayasa'da düzenlenen somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurması ve bu konuda verilecek kararı beklemesi gerekir³⁶⁷.

c. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Uluslararası Hukuka Uygun Yorumu

Medenî usûl kurallarının yorumunda dikkate alınması gereken bir diğer unsur ise uluslararası hukukun ilke ve esaslarıdır. Bununla, medenî usûl kuralı yorumlanırken mümkün görülen yorumların içinden uluslararası hukukun genel ilke ve esaslarına zarar vermeyen yorumun tercih edilmesi gerektiği anlaşılr³⁶⁸. Bu açıdan özellikle uluslararası usûl hukuku anlamında iki ya da çok taraflı olarak imzalanan sözleşmelerin ve uluslararası örf adet hukuku kurallarının usûl hukukunun yorumunda dikkate alınması gerekir. Ancak, usûl hukukuna ilişkin

³⁶⁵ “Demokratik ve meşru kanun koyucuya saygı, bir düzenlemenin anayasanın sınırları içinde anlamını kaybetmeksizin mümkün olan yorumu ile gösterilir. Anayasaya uygun yorum imkânı, bu yorum kanunun lafzıyla ve kanun koyucunun açık iradesiyle açıkça çeliştiğinde sona erer. Kanun koyucunun iradesinin aksine anayasaya uygun yorum geçerli değildir.” BGHZ, 16.05.2013, II ZB 7/11, NJW, 2013, 2677. Ayrıca bkz. BGH, 24.06.2009, XII ZR 161/08, NJW 2009, 2744.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda, “ihlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlal nedenini ortadan kaldıran yeni bir karar verilmesi, bu mümkün olmadığında ise yeterli bir giderim sağlayan ve somut olayın özelliğine uygun, telafi edici birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir” (Bkz. AYM, 06.02.2019 T., Başvuru No. 2016/9878, RG, 22.02.2019, S. 30694) diyerek, kanunun lafzına rağmen Anayasa'ya uygun yorum yapılamayacağına işaret etmiştir.

³⁶⁶ Zöller/Vollkommer, Einl., para. 98; Fasching, Auslegung, s. 31. Ayrıca bkz. BVerfG, 23.05.2016, I BvR 2230/15, <https://lexetius.com/2016,1812>, s.e.t. 12.11.2019; BGH, 28.10.2015, VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Tz 39 vd.

³⁶⁷ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 85. Sözer, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun neticesi geciktiğinde kanuna aykırı hâkimin hukukuna ilişkin işlemlerin yapılacağını ifade etmekte (bkz. Sözer, s. 141); bu işlemlerin ise kurala direnme ve bu kuralı düzeltme olduğunu belirtmektedir. Bkz. Sözer, s. 252 vd.. Yazar, Anayasa'ya aykırılığın ise en önemli direnme sebeplerinden birisi olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Sözer, s. 259. Anayasa'nın somut norm denetimine ilişkin 152'nci maddesinin üçüncü fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir başvuruyu beş ay içinde karara bağlaması gerektiği; ancak bu süre içinde karar verilmezse mahkemenin davayı yürürlükte bulunan hükümlere göre sonuçlandırması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mevcut hukuk sistemimiz açısından anayasal bir değişiklik olmadıkça mahkemelerin Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile hukuk kuralını uygulamaktan kaçınması mümkün değildir.

³⁶⁸ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 86.

iç hukukta yer alan kuralın muhtemel hiçbir yorumu uluslararası hukuka uygun değilse, bu durumda hâkimin yine de iç hukuktaki kuralı uygulaması gerekir³⁶⁹. Uluslararası sözleşmeler ya da örf adet hukukuna ilişkin kurallar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmadıkça, kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip bulunmadığından, usûl hukuku çerçevesinde de usûl kuralının uluslararası ilke ve esaslarına aykırılığı o kuralı geçersiz kılmaz; fakat uluslararası hukukun süjesi konumunda bulunan devletin tazminat yükümlülüğüne sebep olabilir³⁷⁰.

Medenî usûl hukuku bakımından uluslararası düzeyde dikkate alınması gereken en önemli sözleşmelerden biri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir³⁷¹. Ulusal mevzuatın ne şekilde yorumlanacağı ulusal mahkemelerin görevine dahil olmakla birlikte, bu yorumun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapma yetkisi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne tanınmıştır. Bu nedenle özellikle, sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı maddesinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bakımından yorumu, iç hukuk açısından da dikkate alınmalıdır³⁷². Türk usûl hukuku bakımından, iç hukukta yürütülen yargılamanın bu sözleşmeye aykırı şekilde gerçekleştirildiğinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı ile kesinleşmesi yargılamanın iadesi sebebi olarak öngörülmüştür (HMK m. 375/1-i).

İç hukukun uluslararası örf adet hukukuna aykırı olmaması gerektiği de genel olarak kabul edilir³⁷³. Bir şeyin kanunlarla düzenlenmiş olmasının hatta iç hukuk bağlamında Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemesinin, onun her zaman hakkaniyetli sonuçlar doğuracağı anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır³⁷⁴. Bu nedenle, hukuk kurallarının ve elbette medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda evrensel hukuk ilkelerinin de dikkate alınması gerekir.

³⁶⁹ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 87.

³⁷⁰ Schumann, Materiellrechtsfreundlich, s. 576.

³⁷¹ Schumann, Methode, s. 1213; Zöller/Vollkommer, Einl., para. 98.

³⁷² Bu yönde örneğin; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından, iç hukukta aynı konuya ilişkin farklı mahkeme kararları nedeni ile çelişkili içtihatların yol açtığı durumun hukukî güvenliği ve öngörülebilirliği ihlâl ettiği ve adil yargılanma hakkını engellediği sonucuna varan kararları bulunmaktadır. (Bkz. Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, 09.02.2016 T., Başvuru No. 582/05). Bu şekilde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ihlâl edilmesi gerekçesi ile Türkiye'nin tazminata mahkûm edilmesinin ardından Anayasa Mahkemesi'nce de Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına aykırı karar verilmesinin hukukî öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı ve yargılamanın hakkaniyete aykırı şekilde gerçekleştirildiği yönünde karar verilmiştir. (Bkz. AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, T. 12.02.2019, S. 30684).

³⁷³ Schumann, Methode, s. 1219.

³⁷⁴ Özellikle nasyonal sosyalist dönemde Almanya'da gerçekleştirilen eylemlerin hiçbirinin kanunlara aykırı olmaması; ancak bunların evrensel hukukun ilkelerine açıkça aykırı olması nedeni ile bu dönemden sonra hukuk öğretisi ve uygulamasının kanuna bağlılık konusundaki bakış açısı değişmiştir. Radbruch, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi" başlıklı çalışmasının üçüncü dakikasında kanunlara uygun olmanın her zaman adalet ve hakkaniyete uygun olmakla eş anlama gelmediğini şu şekilde ifade etmiştir: "Eğer kanunlar adalet isteğine- örneğin keyfî şekilde İnsan Hakları'nı tanımamak ve vermemekle- bilinçli bir şekilde ihanet ediyorsa, o zaman bu kanunların geçerliliği yoktur, insanlar bu kanunlara itaat borçlu değildir ve hukukçular

5. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Maddî Hukuka Uygun Yorumu

Şekli bir hukuk olan medenî usûl hukukunun maddî hukukla bağlantısı dikkate alındığında, usûlî normların yorumunda da maddî hukuka uygun yorumun kabul edilmesi gerekir. Hukuk kaynakları arasındaki hiyerarşinin bir ifadesi olarak kabul edilen konformist yorumun aksine maddî hukuka uygun yorum, hukuk düzeninin yeknesaklığının bir görünümü olarak kabul edilmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla, maddî hukuka uygun yorum hiyerarşik bir ilişkinin sonucu değildir; bilakis hukuk düzeninde birliğin sağlanması bakımından, aynı hukuk sistemi içinde eşit konumda bulunan normların birbiri ile uyumunun dikkate alınmasının bir sonucudur³⁷⁶.

Maddî hukuka uygun yorum, genel anlamda, usûl hukukuna ilişkin bir kuralın farklı şekillerde yorumunun mümkün olduğu durumlarda maddî hukuka en uygun olan yorumun dikkate alınması olarak ifade edilebilir³⁷⁷. Diğer bir anlatımla, usûl kurallarının yorumunda şüphe hâlinde, bireylerin maddî hukuk tarafından tanınan haklarının kaybına en az yol açan yoruma öncelik tanınması, kuralın maddî hukuka uygun yorumu bakımından bir gerekliliktir³⁷⁸. Özellikle çekişmeli yargı temelinde usûl hukukunun amacından hareket edildiğinde ve böylelikle usûl hukukunun maddî hukuka hizmet eden bir hukuk dalı olduğu dikkate alındığında, usûl kurallarının uygulanmasında ve anlamlandırılmasında da maddî hukuka ilişkin değerlendirmelerin göz önünde bulundurulması doğaldır³⁷⁹. Mahkemeler, yargılama sırasında usûlî normları maddî hukukun taraflara tanıdığı hakların kullanılmasını imkânsızlaştıracak şekilde uygulayamaz³⁸⁰.

da bu kanunların hukukîlik karakteri bulunmadığını söylemek cesaretini kendilerinde bulmalıdır”. Bkz. **Radbruch, Gustav**, Five Minutes of Legal Philosophy, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson), Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1, Y. 2006, s. 14. Radbruch’un, iç hukukta yer alan ve evrensel hukukun temel ilkelerine aykırılık oluşturan düzenlemelerin göz ardı edilmesi gerektiğine ilişkin bu düşüncesi, Alman Federal Yüksek Mahkemelerinin kararlarına “*Radbruch Formülü*” olarak geçmiş ve uygulama alanı bulmuştur.

³⁷⁵ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 576; **Schumann**, Methode, s. 1218. Hukuk düzeninin yeknesaklığının sağlanması için ayrıca, medenî usûl hukuku normlarının hukuk düzeninde yer alan diğer yargılama hukuku normları ile de bir uyum içinde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Schumann**, Methode, s. 1220-1221.

³⁷⁶ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 577.

³⁷⁷ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 571; **Schumann**, Methode, s. 1220.

³⁷⁸ **Zöller/Vollkommer**, Einl., para. 99; **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 18. Benzer şekilde bkz. **Ansay**, s. 9.

³⁷⁹ **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 572; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 122. Alman medenî usûl hukukunda, her ne kadar uzun bir süre açıkça dile getirilmemiş olsa da usûl kurallarının yorumunda başlangıçtan itibaren maddî hukuka uygun yorumun kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Schumann**, Materiellrechtsfreundlich, s. 572.

³⁸⁰ Bu yönde bkz. BVerfG, 08.09.1993, 1 BvR 1331/92, NJW RR 93, 1485; BGH, 18.12.2008, IX ZR 124/08, NJW 09, 1280, 1282; BGH, 20.11.2009, V ZR 94/09, NJW RR 2010, 357. Usûlî düzenlemeler bakımından maddî hukuka uygun yorumun, hâkimlerin davayı aydınlatma görevinin bir parçası olduğu yönünde bkz. **Fasching**, Auslegung, s. 38-39.

Özellikle bazı durumlarda ise usûl hukukunun, maddî hukukun ilke ve kurallarından yararlanması zorunlu hâle gelebilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mecburî dava arkadaşlığını düzenleyen 59'uncu maddesi açıkça maddî hukuka atıf yapmaktadır³⁸¹. 60'ıncı maddede ise mecburî dava arkadaşlarının davayı birlikte açması ya da davanın onlara karşı birlikte açılması gerektiği düzenlenmiş olmasına karşın; davada dava arkadaşlarının tamamının bulunmaması hâlinde sorunun ne şekilde çözülmesi gerektiği düzenlenmemiştir. İşte bu durumda, maddî hukukun hükümlerinden yararlanılarak sorun çözüme kavuşturulabilir³⁸².

Benzer şekilde Alman hukukunda, karşı davada tarafta genişlemenin mümkün olup olmadığı sorusu usûl hukukunun maddî hukuka uygun yorumu ile cevaplanmaktadır. Usûlî bir ilke olan silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanan karşı dava, kural olarak derdest bir davanın davalısının davacısına karşı aynı davada, aralarında takas ya da mahsup ilişkisi veya bağlantı bulunan bir talebini ileri sürerek cevap dilekçesiyle birlikte ya da ondan ayrı bir dilekçe ile esasa cevap süresi içinde açtığı davayı ifade etmektedir³⁸³. Ancak, sigorta hukuku hükümlerine

³⁸¹ Burada, yalnızca usûlî gerekçelerle birden fazla kişinin birlikte hareket etmesini gerektiren şekli mecburî dava arkadaşlığı değil; birlikte hareket etme zorunluluğunun maddî hukuktan kaynaklandığı maddî mecburî dava arkadaşlığıastedilmektedir.

³⁸² Karş. **Schumann**, *Materiellrechtsfreundlich*, s. 579-580. Türk hukukunda bu durumda, öncelikle hâkimin, davayı tek başına açan ya da dava arkadaşlarından yalnızca birine karşı açan tarafa süre vererek bu eksikliğin giderilmesini sağlaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 277-278; **Taş Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*, s. 711; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, *Ders Kitabı*, s. 166; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, *Usûl*, s. 554; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, *Usûl*, s. 235. Dava konusu üzerinde dava arkadaşlarının birlikte tasarruf yetkisi bulunduğundan, şayet dava dava arkadaşlarının tamamına karşı ya da tamamı ile birlikte açılmazsa, davanın dava takip yetkisi yokluğu nedeni ile usûlden reddi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Alangoya** *Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)*, 1999, s. 98; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 140; **Erişir**, *Taraf Ehliyeti*, s. 101; **Erdoğan, Ersin**, *Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, *MİHDER*, Y. 2013, S. 25, C. 9, s. 199; **Taş Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*, s. 712; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, *Ders Kitabı*, s. 166; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, *Usûl*, s. 235. Öğretide ifade edilen diğer bir görüşe göre ise bu hâlde maddî hukuktan kaynaklanan hakkın süjesi tek bir kişi olmayıp aksine hak sahiplerinin bir araya gelmesi ile oluşan topluluktur. Bu durumda, bu kişiler bir araya gelmedikçe bir hak sahipliğinden bahsetmek de mümkün olmayacağından kolektif taraf ehliyetinin bulunduğu bu gibi durumlarda davanın taraf ehliyeti eksikliği nedeni ile usûlden reddi gerekir. Bkz. **Tanrıver**, *Usûl*, s. 541. Bu yönde ayrıca bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, *Usûl*, s. 554-555. Ancak, bu durumda, davanın sıfat yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerektiği de dile getirilmiştir. Bkz. **Postacioğlu**, *Usûl*, s. 298; **Kuru**, C. III, s. 3315; **Karşı**, *Muhakeme*, s. 370; **Ulukapı, Ömer**, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, 1991, s. 30; **Epözdemir, Rezan**, *Taraf Ehliyeti*, 2017, s. 32. Yargıtay ise bu durumda sıfat yokluğu nedeni ile davanın reddi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. “*Davanın bütünü mecburi dava arkadaşlarına karşı değil de bunlardan birine veya birkaçına karşı açılmış olması halinde davada sıfat sorunu ortaya çıkacaktır. Ancak bu halde, dava sıfat yokluğundan hemen reddedilmemeli, belirtilen eksikliğin giderilmesi yönünde bir talebin bulunması ve dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgiya dayandığının anlaşılması halinde, hâkim, HMK'nun 124. maddesinin 4. fıkrasında açıklandığı üzere, karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul ederek, davayı diğer mecburi dava arkadaşına da teşmil ederek, yargılamaya devam etmelidir.*”, Y10HD, 10.04.2017 T., 2016/10807 E., 2017/3059 K., www.lexpera.com, s.e.t. 03.02.2020.

³⁸³ Benzer tanımlar için bkz. **Ansay**, s. 244; **Kuru**, C. IV, s. 3889; **Meriç, Nedim**, *Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar*, *MİHDER*, Y. 2013, S. 26, C. 9, s. 66; **Tanrıver**, *Usûl*, s. 670; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl*, C. 2, s. 1228; **Arslanpınar, Tuğçe**, *Medeni Yargılama*

göre, zarar görenin doğrudan sigortacıya başvuru hakkı da bulunduğundan; meydana gelen bir trafik kazası nedeni ile kendisine karşı zararın tazmini gerekçesi ile dava açılan davalının hem bu davanın davacısına hem de davacının sigortacısına karşı bir karşı dava açması mümkün olabilir. Bu husus esasen Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 33'üncü paragrafında yer almamakta; Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kanunu'nun bir gereği olarak gündeme gelmektedir³⁸⁴.

Yine bu çerçevede, usûlî sözleşmeler açısından da maddî hukukun emredici kurallarının dikkate alınması gerekmektedir. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin, usûl hukuku kurallarına uygun olmakla birlikte, emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olması hâlinde sözleşmenin geçersizliğinin kabulü gerekir (TBK m. 27).

Nihayet usûl kurallarının yorumunda, maddî hukukun bütünlüğünü ihlâlden kaçınılmalıdır. Örneğin, edimin maddî hukuka göre bölünemez olduğu hâllerde kısmî karar verilemez³⁸⁵.

Bununla birlikte hem usûl hukuku hem de maddî hukuk kuralları aynı hukuk düzeni içinde eşit düzeydeki kurallar olduğundan her somut olayda, maddî hukuka uygun yorumun kesin çözüm olduğunu söylemek mümkün değildir; zira usûl hukukunun da kendine özgü bazı ilkeleri bulunmaktadır³⁸⁶. Dolayısıyla, maddî hukuka uygun yorumun sınırı usûl hukukunun kendine özgü ilke ve değerlerinde toplanmaktadır³⁸⁷. Bu alana müdahale olarak kabul edilen yerde maddî hukuka uygun yorumun terk edilmesi gerekir. Bu çerçevede, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı gibi, iş yargılamasında daha zayıf konumda bulunan işçilerin korunması için öngörülen ve esasen maddî hukuka ilişkin işçi lehine yorum kuralının, medenî usûl hukukunun öngördüğü kuralların esnetilerek ya da ihlâl edilerek uygulanması maddî hukuka uygun yorum olarak değerlendirilemez³⁸⁸.

Hukukunda Karşı Dava, 2017, s. 18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 259; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 526; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 397.

³⁸⁴ **Schumann**, *Materiellrechtsfreundlich*, s. 582. Aynı yönde bkz. **Zöller/Schultzky**, § 33, para. 24-25. Türk hukukunda da sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1478'inci maddesinde zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurabileceği düzenleme altına alınmıştır.

³⁸⁵ **Schumann**, *Materiellrechtsfreundlich*, s. 588-589.

³⁸⁶ **Schumann**, *Materiellrechtsfreundlich*, s. 577.

³⁸⁷ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 92.

³⁸⁸ “İşçilik alacakları bakımından dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi İş Hukukunda geçerli zayıf olan işçiyi koruma ilkesi ile işçi lehine yorum ilkesi gereği daha isabetli olacaktır.... Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı işçi sendika üyesi olup, Kayseri 1. İş Mahkemesinin 2011/423 Esas, 2012/803 Karar sayılı ile davacının maaş ve sosyal haklarının yol iş sendikası

6. Yargılamanın Dinamikliği

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumu bakımından, usûlî meselelerin statik değil ve fakat dinamik bir gelişimi olduğu düşüncesi³⁸⁹ de önem taşımaktadır. Usûlî dinamizm yargılamayı, şeklî birtakım kurallarla başlayan ve sonunda da yargılama hukukuna özgü belirli bir kararla sona eren, daima ilerleyen bir süreç olarak ifade eder³⁹⁰. Bu çerçevede, usûl hukuku kurallarının yorumunda somut olay özelinde gelişen durumun ve sorulara verilen cevapların, nihayetinde genel olarak usûl hukukunun tamamı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir³⁹¹.

Bir süreç olarak bakıldığında yargılamanın hedefi, nihayete erdirilmektir; yargılamanın bu nihaî yapısı davacı tarafından tanımlanan hedefe göre, ortaya konulan vakıalarla bağlı şekilde bir incelemeyi gerektirmekte ve buna uygun bir yorum yargılamanın hedefini korumayı garanti etmektedir³⁹². Pek çok belirsizlikten oluşan yargılama süreci, süreç içerisinde bu belirsizliklerin giderilmesi ile yargılama faaliyeti tamamlandığında kesin ve belirli bir sonuca ulaşmayı hedefler. Örneğin, ilk davanın usûlüne uygun şekilde açılmadığı fakat henüz bu davaya bakan mahkemece durumun kesin bir kararla sonuçlandırılmadığı bir olayda, aynı taraflar arasında, aynı sebeplere dayanılarak, aynı konuda açılan bir davanın derdestlik nedeni ile reddinin gerekip gerekmediği hususu; ilk davaya bakan hâkimin usûlünce açılmamış olmasına karşın davayı kabul edebileceği ihtimalini dışlayarak çözümlenemez³⁹³. Keza tarafların kullanmaktan feragat ettiği herhangi bir hak, ihmâli nedeni ile kaçırdığı bir süre nihaî

ile davalı işyeri arasında imzalanan TİS'e göre ödenmesi gerektiğinin tespitine ve 16.07.2008 tarihine kadarki dönem için fark ücret alacağının hüküm altına alındığı, sözkonusu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 93. maddesi gereği % 3'lük artış sonucu Eylül 2008 ayında % 3 oranında, Mart 2009 ayında % 3 oranında, Eylül 2009 ayında % 5,5 oranında, Mart 2010 ayında % 2,5 oranında ve Eylül 2010 ayında % 2,5 oranında zam yapılacağına kararlaştırıldığı görülmektedir. Davacının talep ettiği fark işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi için yasa da öngörülen kayıt ve belgeleri tutma ve işçinin bilgisine sunmakla yükümlü olan işverenin sunacağı bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü fark ücret ve ikramiye alacaklarının belirlenebilmesi için, muhasebe işlemini gerektirmektedir. Zira davacının alacağı gerçek ücrete TİS ile belirlenen zam oranları uygulanarak bulunacak miktardan işverence düzenlenen bordrolardaki ödenen ücret mahsup edilerek fark alacak bulunacaktır. Bunun için de işyerinde kayıt tutma dolayısı ile belgeleme yükümlüsü olan işverenin sunacağı bordrolara ve kayıtlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle, yaklaşık 3 yıla yakın bir süreye ilişkin TİS artışlarından kaynaklanan alacaklarını belirlemesi davacı işçinin eğitim ve sosyal durumu dikkate alındığında kendisinden beklenemeyeceği gibi sözkonusu alacakların belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesi ve davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir.”, YHGK, 22.06.2016 T., 2016/893 E., 2016/833 K., www.lexpera.com, s.e.t. 09.04.2020. İşçi lehine yorum ilkesinin medenî usûl hukuku bakımından herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı ve belirsiz alacak davalarında kanun koyucunun amacını aşacak şekilde uygulanmasına gerekçe yapılamayacağı yönünde bkz. Tanrıver, Usûl, s. 606.

³⁸⁹ Bkz. Sauer, s. 110; Goldschmidt, s. 228.

³⁹⁰ Schumann, Methode, s. 1229.

³⁹¹ Schumann, Methode, s. 1229.

³⁹² Schumann, Methode, s. 1230.

³⁹³ Schumann, Methode, s. 1231.

kararın oluşumunu etkiler. Hukukî uyuşmazlık sona erinceye kadar usûlî durum değişir ve gelişir. Kullanılan ya da feragat edilen her bir hak, riayet edilen ya da kaçırılan her bir süre pek çok olasılığı sona erdirerek kesin bir kararın ortaya çıkmasını sağlar³⁹⁴. Usûl hukukunun bu dinamik yanı, kuralların yorumunda kanun maddelerinin dışında usûlî durumların da dikkate alınması gerektiğini ortaya koyar³⁹⁵.

7. Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerin Yoruma Etkisi

a. Genel Olarak

Daha önce açıklandığı gibi medenî usûl hukukunun kendine özgü, bağımsız bir metodolojisi bulunmamakta³⁹⁶; usûl hukukuna ilişkin kurallar da genel ilkeler dikkate alınarak yorumlanmaktadır. Bununla birlikte, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda, diğer hukuk dallarından farklı olarak, bu hukuk dalına özgü bazı ilkelerin dikkate alınması gerekir³⁹⁷. Esasen bu, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yer, zaman ve kişiye göre birden farklı yorumu içinden yine bu hukuk dalının genel ilke ve esaslarına en uygun olanının belirlenmesinden, yani hermeneutik yaklaşımının usûl hukukundaki yansımından ibarettir³⁹⁸.

Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir (HMK m. 24 vd.). Ayrıca bu hukuk dalına ilişkin bazı hak ve ilkeler ise Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Köklü bir uygulamanın sonucunda kazanılan tecrübenin ortaya koyduğu bu ilkeler³⁹⁹, usûl hukukunun kendine özgü niteliğini kazanmasını sağlar. Söz konusu ilkeler, medenî usûl hukukunun hukukun diğer alanlarından ayrılarak karakterize edilmesini sağlamanın yanı sıra bu hukuk dalına ilişkin kuralların yorumunda ve uygulanmasında da ilgililere yol gösterir⁴⁰⁰. Medenî usûl hukukuna özgü ilkelerin yorumda dikkate alınması, bir yandan bu hukuk dalının amaçları ile çelişen bir karar verilmesini diğer yandan somut olay adaletinin gerçekleşmesi uğruna bu ilkelerin göz ardı edilmesini engeller⁴⁰¹. Bu ilkelerin her birinin birlikte değerlendirilmesi ile anlamlı bir sonuca ulaşılabilir. Örneğin, usûl ekonomisinin bir gereği olarak mahkemenin uyuşmazlığı mümkün olduğunca hızlı çözüme kavuşturması,

³⁹⁴ Schumann, Methode, s. 1232.

³⁹⁵ Schumann, Methode, s. 1233.

³⁹⁶ Bkz. § 2, B, 3.

³⁹⁷ Schumann, Methode, s. 1224.

³⁹⁸ Schumann, Methode, s. 1210 vd., 1235.

³⁹⁹ Tanrıver, Usûl, s. 350; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 781.

⁴⁰⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 97. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 24.

⁴⁰¹ Schumann, Methode, s. 1228.

bazı hukukî sorunların hiç incelenmeden karar verilmesi anlamını taşımaz; aksine kurumsal bir bakış açısı ile usûl ekonomisi hâkimlere, uyuşmazlığın karara bağlanmasından sonra yeniden yargılama konusu olmaması hususunda daha fazla çaba ve zaman gerektiren bir yükümlülük yüklemektedir⁴⁰².

Bugün, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin bu hukuk dalına ilişkin kuralların yorumunda dikkate alınması gerektiği şüphe götürmez. Ancak, bu ilkelerin, düzenlemenin lafzına ve amacına aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacak birer usûlî dogmaya dönüşmemesine dikkat edilmelidir⁴⁰³. Bu çerçevede bahsi geçen ilkeler aslında medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların amaca uygun yorumuna hizmet etmektedir. Her ne kadar medenî usûl hukukunun dinamikliği genel olarak kabul edilse de amaca uygunluğun da aksi kabul edilemez bir husus hâline getirilmesinden kaçınılması; kuralların yorumunda tek başına amaca uygunluğun dikkate alınmaması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır⁴⁰⁴. Yine, medenî usûl hukuku kuralları açısından kanuna bağlılığın da büyük bir önemi bulunduğu; bu kuralların yorumunda hâkimlerin politikleşmesine engel olunmalı; yasama kuvvetinin işlevi gasp edilmemeli ve özellikle lafzın ve anlamın açık olduğu kurallarda pratiklik kaygısı ile kuralın açık kelime anlamının aşılmasına da izin verilmemelidir⁴⁰⁵. Kanunun açık ve anlaşılır bir kavramına bugüne değin verilen anlamın, günün ihtiyaçları öyle gerektirdiği için lafzında herhangi bir değişiklik yapılmaksızın değiştirilmesi yasama organının işlevini gasp etmek de dahil pek çok sakıncayı da beraberinde getirir⁴⁰⁶. Kanunun lafzının açık olmadığı durumlarda ise pratiklik ve amaca uygunluk gibi gerekçelerle medenî usûl hukukuna ilişkin ilke ve esaslar yorumda dikkate alınır.

b. Hukukî Öngörülebilirlik

Anayasa'nın 2'nci maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu açıkça düzenleme altına alınmıştır. Hukukî güvenliğin tesisi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hukukî güvenlik, bireylerin iş ve işlemlerinde bağlı oldukları kuralları önceden bilebilmelerini ve davranışlarını bu kurallara göre biçimlendirebilmelerini sağlar⁴⁰⁷. Genel olarak hukukî güvenlik ilkesinin hukukî belirlilik, öngörülebilirlik ve istikrar şeklinde üç temel unsurdan

⁴⁰² Schumann, Methode, s. 1228.

⁴⁰³ Fasching, Auslegung, s. 39. Benzer şekilde bkz. Alangoya, Vakıalar, s. 81 Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 182.

⁴⁰⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 37. Ayrıca bkz. Alangoya, Vakıalar, s. 80 vd..

⁴⁰⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 39.

⁴⁰⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 39.

⁴⁰⁷ Edis, s. 10; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 220-221.

oluştugu kabul edilir⁴⁰⁸. Hukukî öngörülebilirlik ise hukuk kurallarının uygulanmasının ortaya çıkaracağı sonuçların bu kuralların muhatapları tarafından önceden tahmin edilebilir olmasıdır⁴⁰⁹. Kendiliğinden hak almanın yasak olduğu ve hak aramanın mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirildiği bir sistemde, bireylerin hak arama özgürlüklerini etkin şekilde kullanabilmeleri, bu süreç boyunca ve sonrasında nasıl hareket edeceklerini planlayabilmeleri ile doğrudan ilgilidir. İşte bu noktada, hukukî öngörülebilirlik etkin hukukî korumanın gerçekleştirilebilmesi ve böylelikle adil yargılanma hakkının tesisi bakımından da bir gerekliliktir. Buradan hareketle her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da hukukî öngörülebilirlik, hukuk devletinin bir gereği olarak yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında değerlendirilmelidir.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumu bakımından da dikkate alınması gereken ilkelerden ilki, usûlî sürecin öngörülebilirliğidir. Yargılamada keyfiliği engellemek amacına hizmet eden usûl kurallarının yorumunda yargılamanın öngörülebilirliği, güvenilirliği ve şeffaflığı göz ardı edilemez⁴¹⁰. Hukukî güvenlik açısından, medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda başlangıçta kavramlara aşırı önem vermeyi dikkate alan kavramsal içtihatçılıktan hareket edilmiştir⁴¹¹. Hukukî kavramlar her hukuk dalında olduğu gibi usûl hukuku bakımından da aynı şekilde önemlidir ve hâlâ yorum bakımından öncelikle kavramlara ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle tarafların kolayca anlayabildikleri düzenlemenin anlamından sapılması hukukî güvenliği ihlâl eder⁴¹². Ancak, tamamen lafızla bağlı kalınması ise usûl hukukuna ait olan değer yargılarının kolaylıkla gözden kaçırılmasına sebep olabilir⁴¹³. Bu yüzden yalnızca kavrama dayanılarak sonuç çıkarmak fikrine dikkatle yaklaşılmalıdır⁴¹⁴. Yani, usûl kurallarının yorumunda öngörülebilirlik, usûl kuralları bakımından lafza sıkı sıkıya bağlılık şeklinde anlaşılmamalı; hakkaniyet düşüncesi usûl hukukunda da göz ardı edilmemelidir⁴¹⁵.

Bununla birlikte, hakkaniyet düşüncesi de her hâl ve koşulda tek başına dikkate alınamaz; usûl hukukundaki şeffaflık ve usûl hukukunun amacı bunun sınırını belirler. Örneğin, usûl hukukunda belirli konularda sözleşme özgürlüğü tanınmış olmasına karşın, yargılamanın

⁴⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Köküarı, İsmail**, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, 2015, s. 67 vd..

⁴⁰⁹ **Köküarı**, s. 138.

⁴¹⁰ **Schumann**, Methode, s. 1225.

⁴¹¹ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 54.

⁴¹² **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 54.

⁴¹³ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 54.

⁴¹⁴ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 54; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 37.

⁴¹⁵ **Schumann**, Methode, s. 1225.

işleyişine ilişkin olarak taraflara doğrudan etki etme imkânı tanınmamıştır (konvansiyonel yargı yasağı)⁴¹⁶. Yine, örneğin, tarafların yargılamada hüküm kesinleşinceye kadar feragat ya da kabul ile davayı sona erdirebilmesi mümkün olmasına karşın; hükmün kesinleşmesinden sonra her iki tarafın da kesin hüküm etkisinden feragati yargılama güvenliğini tehlikeye attığı için kabul edilemez⁴¹⁷. Bu çerçevede, kesin delille ispat kuralının varlığına rağmen hakkaniyet gereğince ispat yükünün bölüştürülmesi de aynı gerekçe ile reddedilmelidir⁴¹⁸. Yine, usûl hukuku kurallarının zaman ve yer bakımından uygulamasının maddî hukukta kabul edilen temel ilkelerden farklı oluşu da usûlî öngörülebilirlik ilkesinin bir gereğidir. Usûl hukukunda genel olarak *lex fori* prensibinin ve derhâl uygulama prensibinin kabul edilmesi, farklı yargılamalarda farklı usûlî kuralların uygulanmasının önüne geçilmesini ve böylece ortaya çıkacak karmaşayı engellemektedir⁴¹⁹. Öngörülebilirlik gerek yargılama sonucunun lehe ya da aleyhe sonuçlanma ihtimali karşısında, dava açılması önündeki psikolojik bir sınır; gerekse de keyfiliğin önlenmesi ile hakka ulaşma açısından maddî hukuka riayet hususunda önemli bir kalkan oluşturmaktadır. Yargılama güvenliğinden vazgeçmek sadece usûl hukuku bakımından değil; bütün hukuk sistemi bakımından problem oluşturur⁴²⁰.

c. Tasarruf İlkesi

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda göz önünde tutulması gereken bir diğer önemli ilke ise bu hukuk dalına hâkim olan tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesi (HMK m. 24), genel olarak, taraflara yargılamanın başlamasına ya da sürdürülmesine etki edebilme fırsatı tanınması olarak ifade edilebilir⁴²¹. Yargılamanın nihaî amacı uyuşmazlığın sona ermesidir; ancak bunun mutlaka mahkemenin vereceği bir kararla olması da zorunlu değildir. Uyuşmazlıkların çözümünde ve yargılama sırasında taraflara mümkün olduğunca iş birliği imkânı sunulması; devletin yargılama gücünü ihlâl etmemek koşulu ile taraflara bahşedilen yetkilerin olabildiğince geniş yorumu ve böylelikle uyuşmazlıkların taraf iradeleri ile sona

⁴¹⁶ Schumann, Methode, s. 1225. Benzer şekilde bkz. Guldener, s. 51.

⁴¹⁷ Schumann, Methode, s. 1225.

⁴¹⁸ Schumann, Methode, s. 1225.

⁴¹⁹ Schumann, Methode, s. 1226. Medenî usûl hukuku kurallarının yer bakımından uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, 2016, s. 23 vd.. Medenî usûl hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar Ayvaz, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, 2013, s. 58 vd..

⁴²⁰ Schumann, Methode, s. 1227.

⁴²¹ Alangoya, Vakıalar, s. 2; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 182; Tanrıver, Usûl, s. 350; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 784; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 184; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 99 vd.. Ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç, Tasarruf, s. 19 vd..

erdirilmeye çabalanması medenî usûl hukuku kurallarının uygulanmasında dikkate alınmalıdır⁴²².

d. Dürüstlük İlkesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29'uncu maddesi ile düzenlenmiş olan dürüstlük ilkesi Türk Medeni Kanunu ile özel hukuk ilişkileri bakımından kabul edilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanmaktadır. Dürüstlük ilkesi, hukukî işlemlerin ve kanunî düzenlemelerin yorumunda göz önünde bulundurulur⁴²³. Her hak gibi dava hakkının da dürüstlük kuralına uygun biçimde ve hakkın kötüye kullanımına yol açmayacak şekilde kullanılması gerekir⁴²⁴. Dürüstlük ilkesi özellikle taraf usûl işlemlerinin yorumu bakımından dikkate alınması gereken bir ilkedir. Yine usûlî sözleşmeler bakımından da dürüstlük ilkesinin taşıdığı önem yadsınamaz⁴²⁵. Bu ilkenin temelinde, hakkın kullanımının ve icrasının haksız şekilde engellenmesinin ve mazur görülebilir bir yanılmanın taraf aleyhine kasıtlı şekilde kullanımının ya da bilinçli yanıltmanın veya kasıtlı faydalanmanın kabul edilemeyeceği düşüncesi yatmaktadır⁴²⁶. Bu çerçevede, dürüstlük kuralı yargılama sürecinde taraflara tanınan hak ve yetkilerin sınırının belirlenmesi bakımından önemli bir rol oynar⁴²⁷. Bunun yanı sıra, özellikle de tarafların mahkemeye güveninin tesisi bakımından mahkeme usûl işlemlerinin de dürüstlük kuralına uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekir⁴²⁸.

⁴²² **Schumann**, Methode, s. 1236. Bu bağlamda, Alman hukukunda 2004 yılına kadar açık bir kanunî düzenleme bulunmamasına karşın davanın davacının tek taraflı sulh beyanıyla sona ermesine ilişkin olarak öğreti ve mahkemelerce kabul edilen uygulama örnek olarak gösterilebilir. **Schumann**, Methode, s. 1236. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 91a, para. 168 vd.; **Thomas/Putzo/Hüsstege**, § 91a, para 31 vd.; **Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann**, Band 2/2, § 91a, para. 21 vd.; **Zöller/Althammer**, § 91a, para. 34 vd.; **Krailling, Dieter Knöringer**, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, S. 7, s. 570 vd.. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yalnızca sulh ve arabuluculuktan bahsedilmiş olsa da tarafların başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak istemeleri hâlinde kanunun lafzı ile sıkı sıkıya bağlı kalınmaması ve taraf iradesine üstünlük tanınarak uyuşmazlığın kanunda düzenlenmeyen bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla çözümüne imkân tanınması bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁴²³ **Arslan, Ramazan**, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, 1989, s. 28-31. Benzer şekilde bkz. **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 913.

⁴²⁴ **Arslan, R.**, s. 55 vd..

⁴²⁵ **Arslan, R.**, s. 66.

⁴²⁶ **Fasching**, Auslegung, s. 34. Benzer şekilde bkz. **Arslan, R.**, s. 24; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyazı/Hanağası**, Usûl, s. 168.

⁴²⁷ **Arslan, R.**, s. 71 vd.; **Tanriver**, Usûl, s.410-413; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 913; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 202; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 126.

⁴²⁸ **Arslan, R.**, s. 132-134.

e. Silahların Eşitliği İlkesi

Silahların eşitliği, usûlî bakımdan taraflara eşit hak ve yetkiler verilmesinin teminine yönelen; yargılamada fırsat eşitliğini hedefleyen bir ilke olarak tanımlanabilir⁴²⁹. Bu çerçevede, iddianın ve savunmanın ileri sürülmesinde taraflara eşit imkanlar tanınması, delilerin sunulmasında taraflara herhangi bir imtiyazın sağlanmamış olmaması, hâkimin yargılama boyunca taraflara eşit mesafede bulunması silahların eşitliği ilkesinin gereğidir⁴³⁰.

Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi “*davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması ve yargılamaya etkin katılımlarının sağlanması*” şeklinde tanımlamaktadır⁴³¹.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda, silahların eşitliği ilkesinin dikkate alınması aslında temelde anayasal eşitlik ilkesinin bir gereğidir⁴³² ve kuralların bu ilkeye uygun biçimde yorumlanması, yorumun Anayasa’ya uygun hâle gelmesine hizmet eder. Bu ilke, ayrıca, Anayasa’nın 36’ncı maddesiyle düzenlenen adil yargılanma hakkının da bir unsurunu oluşturmaktadır. Buradan hareketle, silahların eşitliği ilkesine uygunluk, hakkaniyete uygun bir yargılamanın da güvencesini oluşturmaktadır⁴³³.

⁴²⁹ **Pekcanitez, Hakan**, Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzBD, Y. 1997, S. 2, s. 46; **Tanrıver, Süha**, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y. 2004, S. 53, s. 210; **Hanağası, Emel**, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, 2016, s. 36 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 398; **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 854-855; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 196; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 153; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 116. Medenî usûl hukukunda silahların eşitliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hanağası**, Silahların Eşitliği, s. 36 vd..

⁴³⁰ **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 46; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s. 210; **Tanrıver**, Usûl, s. 398; **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 855; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 153; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 116.

⁴³¹ AYM, 16.05.2013 T., Başvuru No. 2013/1134, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8a7106f5-78df-4ce3-ab70-daae05d66e8a?wordsOnly=False>, s.e.t. 01.04.2020; AYM, 08.01.2020 T., Başvuru No. 2015/6802, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/6802>, s.e.t. 01.04.2020.

⁴³² **Fasching**, Auslegung, s. 32; **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 46; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s. 210; **Hanağası**, Silahların Eşitliği, s. 33-35; **Tanrıver**, Usûl, s. 398; **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 855; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 153.

⁴³³ **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 45 vd.; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s. 209 vd.; **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 854; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 153; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 116. Ayrıca bkz. “*Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ilkesi ışığında taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma, inceleme noktasında uygun imkânların tanınması ve yargılamaya etkin katılımlarının sağlanması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengersizlik veya hakkaniyetsiz olma iddiaları da yargılamanın bütünü kapsamında değerlendirilecektir. Ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesinin güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması*”

Silahların eşitliği ilkesi, en başta yargılamada taraflara eşit şekilde bilgi sahibi olma ve eşit bir savunma imkânının verilmesini temin eder⁴³⁴. Bunun yanı sıra bu ilkenin kabulü, herhangi bir kusur olmaksızın bilgi eksikliği nedeni ile ya da kabul edilebilir bir yanılğı dolayısıyla ortaya çıkan durumun kasıtlı bir biçimde taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde kullanımını da engellenmiş olur ve bunun ortadan kaldırılabilmesi için taraflara fırsat tanınır⁴³⁵.

Silahların eşitliği ilkesi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise maddî hukukun daha zayıf konumda bulundukları gerekçesi ile bazı dezavantajlı gruplar lehine öngördüğü kuralların, usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda ve uygulanmasında dikkate alınmaması gerektiğidir⁴³⁶. Kadının, çocuğun ya da işçilerin korunması amacıyla maddî hukukta getirilen düzenlemeler, getirilen düzenlemenin sınırları içinde uygulanmaya devam olunur. Ancak bu, yargılama aşamasında bu kişilerin iddia ve savunmalarını dile getirirken ya da delillerini sunarken herhangi bir avantaj sağlayamaz⁴³⁷.

f. Usûl Ekonomisi

Usûl ekonomisi, yargılamanın makûl süre içinde, gereksiz gider yapılmaksızın ve en pratik şekilde yürütülmesi olarak tanımlanabilir⁴³⁸. Hukukî korunmaya ulaşabilmek için birden fazla usûlî yol öngörülmüşse, bu durumda mahkemenin daha basit, daha hızlı ve daha ucuz olan yolu tercih etmesi usûl ekonomisinin bir gereğidir⁴³⁹. Başlangıçta şüphe ile yaklaşılmış olsa da bugün artık usûl ekonomisinin usûl hukuku açısından önemi tartışmasızdır. Bir usûlî düzenlemenin lafzı birden fazla yorumu kabul ediyor ve diğer kriterlere göre bunlardan

hukuk devleti olmanın bir gereğidir.”, AYM, 13.06.2019 T., Başvuru No. 2016/11861, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-11861.pdf>, s.e.t. 09.04.2020.

⁴³⁴ **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 46; **Tanrıver**, Adil Yargılama, s. 210; **Tanrıver**, Usûl, s. 398; **Erdönmez**, **Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 855; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 196; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 153; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 116. Bu yönde ayrıca bkz. AYM, 08.01.2020 T., Başvuru No. 2015/6802, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/6802>, s.e.t. 01.04.2020.

⁴³⁵ **Fasching**, Auslegung, s. 33-34. Benzer şekilde bkz. **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 47

⁴³⁶ **Erdönmez**, **Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 861.

⁴³⁷ **Erdönmez**, **Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 861.

⁴³⁸ Usûl ekonomisi ile ilgili tanımlar için bkz. **Tanrıver**, Adil Yargılama, s. 199; **Yılmaz, Ejder**, Usul Ekonomisi, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 244-245; **Karslı**, Muhakeme, s. 279; **Rüzgaresen, Cumhur**, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, 2013, s. 45; **Tanrıver**, Usûl, s. 379; **Erdönmez**, **Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 886; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 198; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 161; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 128.

⁴³⁹ **Schumann**, Methode, s. 1230; **Fasching**, Auslegung, s. 40; **Ansay**, s. 9; **Yılmaz**, Usûl Ekonomisi, s. 252; **Rüzgaresen**, s. 72.

herhangi birine de öncelik tanınmıyorsa, o zaman mümkün olan yorum tarzlarından hangisinin usûl ekonomisine daha fazla katkı sağladığının araştırılması ile sonuca varılabilir⁴⁴⁰.

Ancak usûl ekonomisinin, ortaya çıkan soruna her zaman yeterli ve geçerli bir cevap verebileceğini düşünmek de doğru değildir. Özellikle, uygulanabilecek yolların pratiklik, amaca ve konuya uygunluk bakımından birbirine eşit olduğu durumlarda usûl ekonomisi herhangi bir çözüm sunamayacağı gibi; ulaşılmak istenen hedefin farklılaştığı durumlarda da bu ilke yetersizdir⁴⁴¹.

Yine Anayasa'ya ya da maddî hukuka uygun yorumun usûl ekonomisine uygun yoruma nazaran dikkate alınması gerekir⁴⁴². Ayrıca, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin uygulanması ile farklı yorum sonuçlarına ulaşılabildiği durumlarda (örneğin, hukukî dinlenilme hakkı ile usûl ekonomisi ilkesinin farklı yorum sonuçlarına yol açtığı bir durumda), mutlaka usûl ekonomisine uygun yoruma öncelik tanınması gerektiğine ilişkin de herhangi bir genel geçer kural mevcut değildir⁴⁴³. Dolayısıyla usûl ekonomisi gibi belirsiz bir kavrama, içtihatlarda sıklıkla yer verilmesine şüphe ile yaklaşılmalıdır⁴⁴⁴. Zira, usûl ekonomisi kimi

⁴⁴⁰ **Fasching**, Auslegung, s. 40; **Yılmaz**, Usûl Ekonomisi, s. 252.

⁴⁴¹ **Schumann**, Methode, s. 1230.

⁴⁴² **Fasching**, Auslegung, s. 41.

⁴⁴³ **Fasching**, Auslegung, s. 41. Ayrıca bkz. “Görüldüğü üzere davalı vekili 23.01.2013 tarihli duruşmaya katılmamış ise de, davalı vekilinin tanıklarının dinlenmesinden açıkça vazgeçmediği anlaşılmıştır. Ayrıca mahkemece bu duruşmadan sonra yapılan 10.05.2013 tarihli duruşmada davalı vekilinin tanık dinletme talebi reddedilmemiş, bu yönde karar bir sonraki duruşmaya bırakılmıştır. Bununla birlikte eldeki davada basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu nedenle usul ekonomisi dikkate alınarak “Ön inceleme ve tahkikat” başlıklı HMK’nın 320/3’üncü fıkrası uyarınca basit yargılama usulü uygulanan davalarda ön inceleme duruşması hariç yargılamanın iki celsede bitirilmesi öngörülmüştür. Buna rağmen mahkemece davalı vekilinin katılmadığı 23.01.2013 tarihinden karar tarihine kadar 1 yıla yakın bir süre geçtiği gibi, bu süre içerisinde çeşitli nedenlerle duruşmaların birden çok kez ertelendiği de anlaşılmıştır. Bu durumda davalı vekilinin tanıklarının dinlenilmesi talebinin yargılamayı uzatmaya yönelik olmadığı, başka bir deyişle bu isteminde kötü niyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca safahati yukarıda ayrıntılı belirtilen mahkemece yapılan işlemler neticesinde tanıkların dinleneceği hususunda davalı vekilinin meşru (makul) bir beklentisinin bulunduğu değerlendirilmelidir.... O hâlde; hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir gereği olarak mahkemece, HMK’nın 240/3’üncü fıkrası uyarınca davalı tarafa uygun bir kesin süre vererek sonucuna göre tanıkların dinlenip dinlenmeyeceği belirlenmelidir.”, YHGK, 19.09.2018 T., 2018/584 E., 2018/1332 K.; “Özellikle Yasada açıkça takdire bırakılmış ya da suskun kalınmış hâllerde, şikâyetin konu ve kapsamına ve icra dosyasındaki maddi ve hukuki duruma göre şikâyetin derhal reddedileceği anlaşılıyorsa gerek zaman kaybının önüne geçilmesi düşüncesi ve gerek usul ekonomisi ilkesi gereği duruşma açılmasına gerek görülmeyebilir. Ancak yukarıda belirtilen ihtimal dışında, özellikle aleyhine şikâyet olunan kimsenin getireceği savunma sebepleri ile şikâyet sonucunun etkilenmesi ihtimali olan hâllerde “hukuki dinlenilme hakkı”nın (...m.27) da bir gereği olarak ilgiliye savunma haklarının kullanılmasında bakımdan, hâkime tanınan bu takdir yetkisinin duruşma açılması yönünde kullanılması uygun olacaktır.”, YHGK, 19.03.2019 T., 2017/1872 E., 2019/315 K., www.lexpera.com, s.e.t. 28.03.2020.

⁴⁴⁴ **Gaul**, Zweck, s. 42. Benzer şekilde bkz. **Rüzgaresen**, s. 72-73.

durumda hukukî korunmanın ihlâline sebebiyet verebilir⁴⁴⁵. Bu nedenle usûl ekonomisine uygun yorum uğruna bireylerin haklarından vazgeçilmesi söz konusu değildir⁴⁴⁶.

g. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yorumunda Aşırı Şekilcilik

Medenî usûl hukukunun konusunu, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde izlenecek yol ve yöntem oluşturur. İster mahkeme huzurunda yapılan yargılamada isterse arabuluculuk gibi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, uyuşmazlığın tarafları ile çözüm mercii arasında bir usûlî ilişki doğar. Uyuşmazlıkların çözüm süreci, tarafların ve bu uyuşmazlığı çözmekle yetkili mercinin gerçekleştirdiği usûlî işlemlerden oluşur⁴⁴⁷. Usûlî işlemler, uyuşmazlık çözüm sürecinin hukuka uygun biçimde ilerlemesine hizmet eder⁴⁴⁸. Bunun gerçekleştirilmesi ise usûlî işlemlerin öngörülen sürede ve şekilde icrası ile mümkündür. Bu bağlamda şekil kavramı, uyuşmazlıkların çözümü sürecinde yürütülecek usûlî işlemlerde uyulması ve uygulanması gereken kurallar olarak tanımlanabilir⁴⁴⁹.

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından özellikle yargılama sürecinde, şekil şartlarının öngörülmesi yargılamanın güvenliğini sağlama amacına hizmet etmektedir⁴⁵⁰. Zira yargılama esasen kamusal bir gücün kullanımı olduğundan kamu düzeninin, hukukî barışın ve güvenliğin ihlâl edilmemesi gerekir⁴⁵¹. Hem uyuşmazlık taraflarının ya da ilgililerin hem de kamunun menfaati korunmalı; bu iki menfaat arasında denge kurulmalıdır⁴⁵². Medenî usûl

⁴⁴⁵ Örneğin Yargıtay objektif dava birleşmesi olarak kabul edilen bir davada taleplerden birinin tüketici mahkemesinin görev alanına dahil olmamasına karşın usûl ekonomisi gereğince tüketici mahkemesinde incelenmesine karar vermiştir. Bkz. Y11HD, 20.01.2014 T., 2013/12021E., 2014/1039, www.legalbank.net, s.e.t. 15.08.2019. Öğretide ise bu karar usûl ekonomisi ilkesinin görev kurallarını bertaraf edecek şekilde uygulanamayacağı, görev kurallarının kamu düzeninden olduğu ve görev kurallarına aykırılığın mutlak bozma sebebi teşkil ettiği ileri sürerek eleştirilmiş; aksi yönde bir kabulün usûl ekonomisi ilkesinin görevsiz mahkemece verilen ve esasen doğru olan kararın bozulmamasının gerekçesi olarak da ileri sürülmesine yol açabileceği, bunun ise bugüne kadar kabul edilmediği ifade edilmiştir. Bkz. **Bulut**, Davaların Yığılması, s. 196-197.

⁴⁴⁶ Karş. BGH, FamRZ 1958, 316 vd.

⁴⁴⁷ **Karşı, Abdurrahim**, Medeni Usul Hukukunda Usûlî İşlemler, 2001, s. 11; **Boran Güneysu, Nilüfer**, İşlem Türleri ve Usûlî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 172. Usûlî işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karşı**, Usûlî İşlemler, s. 18 vd..

⁴⁴⁸ **Berkin**, s. 111; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 434.

⁴⁴⁹ **Ermenek, İbrahim**, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, GÜHFD, Y. 2000, C. 4, S. 1-2, s. 145.

⁴⁵⁰ **Karşı**, Usûlî İşlemler, s. 71, 74; **Boran Güneysu**, Usûlî İşlem, s. 176; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 443.

⁴⁵¹ Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin de kabul ettiği eski tarihli bir kararda Alman İmparatorluk Mahkemesi; "Eğer ZPO'da yer alan düzenlemelerin kendilerine özgü bir amacı olmayıp da aksine bu kurallar hakların gerçekleştirilmesine imkân verilmesi için tespit edilmişse, somut olayda hakkın gerçekleştirilmesi görevi toplum yararına hukukî barış ve güvenliğin gerçekleştirilmesinin üstün bir amacıdır. Fakat, yargılamada usûl kuralları bakımından belirli bir şekil kabul edilmezse bu amaca ulaşılamaz." ifadelerine yer vermiş ve şeklin hukukî barış ve güvenliğin gerçekleştirilmesi bakımından önemini ortaya koymuştur. Bkz. RGZ, 151, 82 (85 vd.).

⁴⁵² **Baumbach/Lauterbach/Alebers/Hartmann**, Einl. III, para. 43.

hukuku kuralları bakımından şeklin önemi, en çok keyfiliğin engellenmesi noktasında ortaya çıkar. Keyfî uygulamaların söz konusu olduğu bir yargılamada tarafların haklarına ulaşması da zaten mümkün değildir. Bu nedenle, devletin kamusal gücünün bir yansıması olan yargılamanın belli şekil koşullarına bağlanması en başta bireylerin haklarının korunması bakımından önem arz eder. *Jhering*'in, “*şekil keyfiliğin baş düşmanı, özgürlüğün ikiz kardeşidir*”⁴⁵³ sözü bugün de geçerliliğini korumaktadır. Yine, şekil kurallarının varlığı, yargılamada tarafların hak ve yetkilerinin önceden belirlenmesine ve bu sebeple hukukî öngörülebilirliğin garanti altına alınmasına da hizmet eder⁴⁵⁴. Usûlî işlemlerin belirli bir şekle tâbi tutulduğu durumlarda, tarafların iddia ve savunma hakkının usûlüne uygun biçimde kullanılması da güvence altına alınır⁴⁵⁵. Bu anlamda şekil ile silahların eşitliği ilkesi de teminat altına alınmış olur⁴⁵⁶. Yargılama kurallarının şeklî düzenlemeler içermesinin bir diğer nedeni ise yargılamanın belirli bir süre zarfında tamamlanmasının altında yatan menfaattir. Yargılamanın daha çabuk ve daha az masrafla sona erdirilmesi de belirli sürelerin ya da şekillerin öngörülmesi ile mümkündür. Bu bağlamda, yargılamaya ilişkin olarak şeklî kuralların öngörülmesi bir gerekliliktir⁴⁵⁷.

Medenî usûl hukukunda, şeklin özel bir anlamı olmakla birlikte, saf şekilcilik başlı başına bu hukuk dalının amacı da değildir⁴⁵⁸. Şekle ilişkin olarak öngörülen kuralların sıkı sıkıya uygulanması ve bu nedenle korunmaya değer haklı bir menfaatin bulunmamasına rağmen bireylerin hakka ulaşmasının zorlaştırılması olarak tanımlanan şekilcilik⁴⁵⁹, Alman hukukunda, özellikle de serbest hukuk okulunun etkisiyle terk edilmiştir. İlk olarak 1922 tarihli bir mahkeme kararında ifadesini bulan ve halen bir yargılama ilkesi olarak kabul gören düşünceye göre, medenî usûle ilişkin kanun hükümleri maddî hukuk tarafından tanınan hakları sekteye uğratacak ve hak aramayı zorlaştıracak şekilde uygulanmamalı; mahkemenin en hızlı ve amaca en uygun yöntemle hukukî uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturulabilmesi için çaba gösterilmelidir⁴⁶⁰. İsviçre’de de benzer şekilde, katı şekilcilik reddedilmekte; öngörülen şeklin

⁴⁵³ v. *Jhering, Rudolf*, Geist des römischen Rechts, II 2, 1954, s. 471.

⁴⁵⁴ *Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım*, s. 14; *Ermenek*, Şekilcilik, s. 146. Yazar ayrıca, medenî usûl hukukunda şekil kurallarının maddî gerçeğin bulunmasında ve adaletin tesisinde ve taraflar arasındaki eşitliğin korunmasında da rol oynadığını ifade etmiştir. Bkz. *Ermenek*, Şekilcilik, s. 146, 159.

⁴⁵⁵ *Karşı*, Usûlî İşlemler, s. 76, 77.

⁴⁵⁶ *Üstündağ*, Usûl, s. 80; *Ermenek*, Şekilcilik, s. 146.

⁴⁵⁷ *Karşı*, Usûlî İşlemler, s. 71.

⁴⁵⁸ *Wieczorek/Schütze/Prütting*, Band 1/1, Einl., para. 122.

⁴⁵⁹ *Ermenek*, Şekilcilik, s. 145.

⁴⁶⁰ *Gaul*, Zweck, s. 37. “*Maddî hukuk, usûlî düzenlemelerin hakimiyeti altında hiç yıpratılmamalı ya da mümkün olduğunca az şekilde yıpratılmalıdır*”, RGZ, 105, 421 (427). Tebligat zorunluluğunun katı şekilde uygulanmaması gerektiğine ilişkin kararda aynı yönde ifade için bkz. RGZ, 150, 357 (363). § 516 II ZPO’nun yorumuna ilişkin olarak “*Usûlî düzenlemeler, tarafın mülkiyet hakkına zarar verecek ve taleplerinin mahkeme önünde incelenmesini engelleyecek şekilde uygulanamaz*”, yönündeki görüş için bkz. RGZ, 106, 264 (265). Ayrıca bkz. RGZ, 154, 299 (302); BGH, 08.10.1953, III ZR 310/51, BGHZ 10, 350 (359); BGH,

taraflar ya da kamu açısından korunmaya değer herhangi bir menfaate hizmet etmediği tespit ediliyorsa, o hâlde o şekilde ısrar edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶¹.

Şekil kurallarının getirilmesinin temelinde bireysel ve kamusal menfaatin bulunduğu dikkate alındığında, bu kurallarının çok katı bir biçimde uygulanması düzenleme amacıyla çelişir⁴⁶². Zira, bireyleri ve böylece toplumu korumayı hedefleyen şekil kurallarının hak kayıplarına yol açacak kadar katı bir biçimde uygulanması, mahkemeye erişim hakkını ve böylelikle hukukî barışın tesisini engelleyeceği gibi hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına da yol açabilir⁴⁶³. İşte bu nedenle, usûl hukukunda hakkaniyetten söz edilemeyeceği ve hakkaniyet düşüncesine aykırı olsa dahi şekil kurallarına sıkı biçimde bağlılığın bir gereklilik olduğu yönündeki düşünce zamanla terk edilmiştir⁴⁶⁴. Artık, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda ve uygulanmasında, süre ya da şekle ilişkin konularda ortaya çıkan hataların ya da eksikliklerin düzeltilmesine imkân tanımayan, katı bir şekilcilik anlayışı ile hareket edilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶⁵. Zira, medenî usûl hukukunda neyin geçerli

08.07.1955, I ZR 201/53, BGHZ 18,98 (106); BGH, 15.12.1960, KZR 2/60, BGHZ 34, 53 (64). Karş. BGH, 28.10.1954, III ZR 327/52, BGHZ 15, 142 (144). Medenî usûl hukuku kurallarının amaca uygun kurallar olduğu ve bu nedenle olabildiğince serbest yorumlanması gerektiği yönünde ileri sürülen görüş Blomeyer tarafından eleştirilmektedir. Yazar'a göre, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından ortaya atılan ve mahkemelerde genel olarak kabul edilen bu görüşe öğretilde karşı çıkılması gerekirdi. Zira, bu düşünce pratikte çok önemli olarak kabul edilebilecek bir sorunu; kanunî -hatta örf adet hukukuna ilişkin- bir kuralın amacından ne anlaşılması gerektiği sorusunu ıskalamaktadır. Bu sorunun cevabı olarak aslında öğretilde bilindik ve birbirinden farklı görüşler karşı karşıya durmaktadır. Örneğin, bir görüş kanunun amacıyla kastedilenin kanunu hazırlayan kişilerin düzenleme ile ne murat ettiğinin dikkate alınması ile bulunacağını kabul ederken diğer bir görüş kanunun uygulandığı zamandaki fikirlerin ve hayat ilişkilerinin belirleyici olması gerektiğini savunabilir. Bu noktada, medenî usûl hukuku öğretisi bu konuyu tartışmaktan imtina etmeli, bu kurallarının münferit olaylarda standart bir biçimde uygulanacağını belirtmekle yetinmelidir. Bkz. **Blomeyer, K.**, s. 161.

⁴⁶¹ Bkz. BGE, 96 I 314 (320-321), https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F96-I-314%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, s.e.t. 07.07.2020.

⁴⁶² Gaul'e göre, adli aceleciliğin maddî bakımdan doğruluğun yerini alması kanun koyucunun amacı ile çelişir. Bkz. **Gaul**, aktuelles Thema, s. 112.

⁴⁶³ **Ermenek**, Şekilcilik, s. 167. Ayrıca bkz. "Usul hukuku biçimsellik (şekilcilik, formalizm) üzerine kurulmuştur ve bu nedenle "şekli (biçimsel) hukuk" olarak adlandırılır. Davalarda biçimsellik tarafların yargılamanın sonucunu hesaplayabilmesi, yasa yolları ile bunu denetleyebilmesi, keyfilikten korunma, eşit davranılma gibi güvenceler sağlamakla birlikte; sıkı sıkıya şekle bağlılık olarak görülmemeli, maddi gerçeği bulmak ve adaletli karar vermek adına hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmelidir.", YHGK, 06.11.2018 T., 2017/2219 E., 2018/1590 K., www.kazanci.com, s.e.t. 20.02.2020.

⁴⁶⁴ **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 para. 106, 108; **Schumann**, Methode, s. 1234 vd.; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 38, 43.

⁴⁶⁵ **Schumann**, Methode, s. 1234. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda, kanunda yer alan sürelerin kesin olduğuna ilişkin kuralın her zaman çok katı bir biçimde uygulanmasının adil yargılanma hakkına ve mahkemeye erişim hakkına aykırı olabileceğini belirtmektedir. Özellikle, kanun yoluna başvuru bakımından farklı mahkemelerde farklı sürelerin öngörülmesinin bazen karışıklığa yol açabileceğini; her ne kadar kanunda düzenlenmiş olsa bile kanun yoluna başvuru süresinin hâkim tarafından açıkça kararda gösterilmemiş olması hâlinde süresinde başvuru yapıldığı için başvurunun reddine yol açan, mahkemeye erişim hakkını engelleyecek biçimde aşırı şekilci uygulamanın kabul edilemeyeceği yönünde bkz. AYM, 26.06.2014 T., Başvuru No. 2012/855, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/7c934cd7-3f4a-4d87-afe1->

olduğunun yanı sıra neyin makûl ve amaca uygun olduğunun da tespitiyle hakkaniyete uygun bir sonuca varılabilir⁴⁶⁶. Özellikle bir hakkın korunmasını ya da tesisini konu alan çekişmeli yargının amacı, maddî hukuka hizmet etmek olduğundan, bu kuralların yorumu da amaca uygun şekilde yapılmalıdır⁴⁶⁷. Dolayısıyla, maddî hukukun incelenmesi ve uygulanması usûlî düzenlemeler ve şekilcilik yoluyla zorlaştırılmamalı⁴⁶⁸ ve usûl hukuku asıl amaç olarak ele alınmamalıdır⁴⁶⁹. Zira şeklî düzenlemelerin amacı hakkı korumaktır; hakkın engellenmesine hizmet etmezler⁴⁷⁰. Düzenlenen şeklin, hedeflenen menfaati zedelememesine özen gösterilmelidir⁴⁷¹. Bu çerçevede, kuralı uygulayacak olan hâkimin şekil kuralını değerlendirirken şeklin koruduğu menfaat ile tarafların talebi arasında bir karşılaştırma yapması gerekir. Getirilen şeklin, onunla amaçlananın ötesine geçmemesi⁴⁷² ve hak arayanlarca öngörülemez ve kabul edilemez olarak görülen hiçbir şeyin talebini haklı gösterememesi gerekir⁴⁷³.

Medenî usûl hukukunun usûl işlemlerinin ve taraf beyanlarının belirliliğine ve böylelikle hukukî güvenliğin tesisine hizmet ettiği dikkate alındığında, mahkeme veya taraf usûl işlemlerinin geçerliliği ve etkinliği, düzenlemenin şekline uymaya bağlı ise şüphe durumunda, bu şeklin kendi başına bir amaç olarak kabul edilmesi yerine, hizmet ettiği amacı

[ec4f7b6f4165?wordsOnly=False](https://www.kazanci.com), s.e.t. 20.02.2020; YHGK, 24.05.2017 T., 2017/857 E., 2017/1010 K., www.kazanci.com, s.e.t. 20.02.2020.

⁴⁶⁶ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl III, para. 38.

⁴⁶⁷ **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 18; **Ermenek**, Şekilcilik, s. 159. Bu yönde bkz. RGZ 48, 417 (418).

⁴⁶⁸ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 43. Ayrıca bkz. BGH, 29.06.1957, IV ZR 88/57, BGHZ 25, 66 (76); BGH, 27.10.1955, II ZR 310/53, BGHZ 18, 350 (357); BVerfG, 29.10.1975, 2 BvR 630/73, BVerfGE 40, 272 (275).

⁴⁶⁹ **Hk-ZPO/Saenger**, Einf., para. 18. Ayrıca bu yönde bkz. BGH, 24.09.1955, IV ZR 162/54, BGHZ 18, 185 (191).

⁴⁷⁰ **Zöller/Vollkommer**, Einl., para. 94; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 43. Ayrıca bkz. RGZ 123, 206; 133, 369. Sürelere ve şekle ilişkin kurallarda hukukî güvelik nedeni ile lafza sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği hususundaki aksi yönde görüş için bkz. **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 193.

⁴⁷¹ **Ermenek**, Şekilcilik, s. 167.

⁴⁷² Bu çerçevede, Alman Federal Temyiz Mahkemesi tarafından 2004 yılında mecburî uzlaştırma yoluna ilişkin olarak verilen karar ilgi çekicidir. Alman Medenî Usûl Hukuku Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun (EGZPO) 15a paragrafında yer alan düzenlemeye göre belirli uyuşmazlıklar bakımından tarafların dava açmadan önce uzlaştırma yolunu tüketmiş olması gerekmektedir. Düzenlemenin kapsamında kalan bir kira uyuşmazlığında, dava açıldıktan sonra bu yolun denenmemiş olduğunun fark edilmesi ve fakat henüz sözlü yargılama tamamlanmadan uzlaştırma görüşmelerinin yapıp tarafların anlaşamadıklarına ilişkin belgenin sunulması hâlinde, mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerektiği hususunda yüksek mahkeme, öngörülen düzenlemenin dava açılmasını engellemeye yönelik olduğunu, gerek kanunun lafzından gerekse kanun koyucunun amacından hareketle bu sonuca varılabileceğini, bu durumda yargılamanın devamında tamamlanabilecek bir dava şartı eksikliğinden bahsedilmesinin mümkün olmadığını ve bu şartın davanın açılabilmesi için aranan özel bir şart olduğunu belirtmiş; öğretide dile getirilen bazı görüşlerin aksine, uzlaştırma teşebbüsü tamamlanmadan açılan davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. BGH, 23.11.2004, VI ZR 336/03, <https://lexetius.com/2004,3066>, s.e.t. 19.03.2020. Bu kararın ilk bakışta aşırı şekilci olduğu ileri sürülmekle birlikte, düzenlemenin amacı dikkate alındığında yerinde olduğu savunulmuştur. Bkz. **Schumann**, Methode, s. 1227.

⁴⁷³ Bkz. BVerfG, 02.03.1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE, 88, 118 (126,127). Aynı yöne bkz. BGHZ, 13.02.2014, VII ZB 39/13, NJW 2014, 3161.

belirlemeye yarayacak biçimde uygulanması gerekir⁴⁷⁴. Yine bu çerçevede, medenî usûl hukukuna ait kuralların kamusal veya bireysel nitelik taşımasına göre de bir değerlendirme yapılmalıdır. Özellikle usûl hukukunun taraf egemenliğini kabul ettiği durumlarda, tarafların birbiriyle uyuşan iradesinin lafza üstün tutulması gerekir⁴⁷⁵.

Türk hukuk sistemi açısından düşünüldüğünde aşırı şekilciliğin kanun koyucu tarafından da benimsenmediği anlaşılabılır. Bu bağlamda öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile açıkça düzenleme altına alınan eski hâle getirme müessesesi, kanun koyucunun iradesinin aşırı şekilciliğin önüne geçerek hak kayıplarının engellenmesi yönünde olduğunu doğrulamaktadır⁴⁷⁶. Benzer şekilde Kanun ile öngörülen şekil kurallarının genellikle işlemin geçerliliğine yönelik olmasına karşın, şekil eksikliklerinin çoğu zaman süre verilerek düzeltilebileceğinin öngörülmesi de aslında aşırı şekilciliğin reddini güçlendirir⁴⁷⁷. Örneğin, vekâletnamesiz dava açılmasında asıl tarafın dilekçe ile yapılan işlemleri kabul edebilmesi (HMK m. 77); davalının yanlış gösterilmesinde davacının herhangi bir kusurunun bulunmaması hâlinde taraf değişikliğinin mümkün olması (HMK m. 124) gibi düzenlemeler bu hukuk dalının kendi içinde geliştirilen ve eksikliklerin yargılama içinde giderilmesine imkân tanıyan kurallardır⁴⁷⁸. Medenî usûl hukukuna ilişkin bir kuralın yorumunda, ortaya çıkan şekil eksikliğinin hukukî dinlenilme hakkını ve hukukî güvenliği ihlâl edip etmediğinin ve keyfî bir uygulamaya sebep olup olmadığının tespit edilmesi ile sonuca varılabilir⁴⁷⁹. Bu yapılırken ise iki yönlü bir bakış açısıyla hak sahibi ile karşı tarafın ve kamunun menfaatlerinin dikkate alınması gerekir⁴⁸⁰.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise şeklî eksikliğin ya da hatanın mahkeme usûl işlemlerinden kaynaklandığı durumlardır. Mahkeme kararında kanun yoluna başvuru süresinin hatalı şekilde kanundaki süreden daha uzun olarak gösterilmesi buna örnek verilebilir. Böyle bir durumda, kanunda belirlenen sürelerin kesin olduğuna ilişkin düzenlemenin (HMK m. 94/1) lafzından hareketle bir yorum yapılması gerektiği düşünülebilir. Ancak, bu hâlde lafza sıkı sıkıya bağlılıktan bahsedilmesi tarafların menfaatlerini zedeler. Oysa mahkeme usûl işlemlerinin taraflar açısından herhangi bir dezavantajlı durum yaratması kabul

⁴⁷⁴ Fasching, Auslegung, s. 35.

⁴⁷⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 36. Bu yönde bkz. BGH, 11.11.1993, VII ZB 24/93, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZB_24-93, s.e.t. 01.04.2020.

⁴⁷⁶ Karş. Schumann, Methode, s. 1234; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 para. 107; Fasching, Auslegung, s. 36.

⁴⁷⁷ Karş. Fasching, Auslegung, s. 35.

⁴⁷⁸ Karş. Schumann, Methode, s. 1235.

⁴⁷⁹ Fasching, Auslegung, s. 36.

⁴⁸⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 43.

edilemez⁴⁸¹. Böyle bir durumda, öngörülebilirlik ilkesinin gereği yerine getirilmeli ve tarafların meşrû beklentileri korunmalıdır⁴⁸².

Sonuç olarak usûl hukuku kurallarının yorumunda aşırı şekilci, lafza sıkı sıkıya bağlı bir yorum kabul edilmemelidir. Özellikle, şekil kuralının kamu düzenine hizmet gayesiyle getirilmediği ya da bu kuralla amaçlanan sonucun bu kurala uyulmamasına rağmen elde edilmesi gibi durumlarda şekle aykırılık, işlemin iptaline ya da geçersizliğine neden olmamalıdır⁴⁸³. Aksi hâlde hakkın kullanılması bakımından keyfiliği engellemek için getirilen şekil kurallarının, getiriliş amacına aykırı şekilde hak kaybına yol açmasına sebebiyet verilebilir⁴⁸⁴. Etkin hukukî korunmanın garanti altına alınması hukuk devletinin bir gerekliliği

⁴⁸¹ Schumann, Methode, s. 1235.

⁴⁸² Erdönmez, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 454 vd.; Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif, Medenî Yargıda Hâkimin Kanunî Süreyi Kararında Yanlış Göstermesi Problemine İlişkin Düşünceler, TBBD, Y. 2018, S. 136, s. 182 vd. Aksi yönde bkz. Kuru, C. V, s. 5433; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, S. Özel, C. 8, Y. 2013, s. 3171 vd..

Federal Alman Temyiz Mahkemesi, bu gibi hâllerde “en çok kayırma ilkesi (Meistbegünstigungsprinzip)”nden hareket etmekte ve tarafların hem kararda gösterildiği şekilde hem de karar usûle uygun olarak verilseydi ona göre başvuru hakkının tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. BGH, 16.10.2002, VIII ZB 27/02, <https://lexetius.com/2002,3562>, s.e.t. 20.03.2020.

Türk hukukunda ise Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları farklı yöndedir. Yargıtay'a göre, her ne kadar kararda hatalı gösterilmiş olsa da kanunda öngörülen süre içinde yapılmayan başvurunun dikkate alınmayacağı, zira hâkimin kanunî süreleri değiştirmek yetkisinin bulunmadığı ve bu gibi hâllerde hakkın sona erdiği kabul edilmelidir. Örneğin bkz. YHGK, 08.11.2018 T., 2017/2491 E., 2018/1671 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.03.2020. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu gibi durumlarda mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar vermektedir. Bkz. “...mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında, kararda belirtilen süre içerisinde talepte bulunan başvuru temyiz dilekçesini reddeden Yargıtay değerlendirmesinin öngörülebilirlik sınırları içinde olduğunun kabul edilemeyeceği, yapılan yorumun, başvuru hakkını kullanmayı imkânsız kılacak ölçüde ve aşırı şekilci bir yaklaşımla elde edildiği, bu açıdan kararın başvuru hakkını mahkemeye erişim hakkını zedelediği sonucuna ulaşılmıştır”, AYM, 22.09.2016 T., Başvuru No. 2014/1382, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1382>, s.e.t. 20.03.2020. Aynı yönde bkz. AYM, 21.09.2017 T., Başvuru No. 2014/13217, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13217>, s.e.t. 20.03.2020.

⁴⁸³ Ermenek, Şekilcilik, s. 176-177; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 445-446.

⁴⁸⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında tanık listesinde tanıkların adresi gösterilmemiş ya da tanık gösterilen adreste bulunamamışsa, adres gösterilmesi için tarafa kesin süre verileceği ve bu süre içinde adres gösterilmezse ya da bu adres de yanlış ise bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Tanık listesinin mahkemeye sunulması için tarafa kesin süre verilmesi ancak duruşmanın bu süreden daha sonraki bir tarihe ertelenmesi hâlinde Yargıtay, kesin süreye riayet edilmese de duruşmadan önce tanık listesinin sunulması ve tanıkların duruşmada hazır bulundurulması durumunda tanıkların dinlenilmesi gerektiğine, tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılamayacağına karar vermektedir. Örneğin bkz. “Mahkemece 24.03.2015 tarihli celsede “davalı - karşı davacı tanığı ...'nın tebliğe yarar açık adresini bildirmek üzere tarafına iki hafta kesin süre verilmesine, kesin süreye uyulmadığı takdirde bu tanığı dinletmekten vazgeçmiş sayılacağına ihtarına, adres bildirildiğinde masraf davalı - karşı davacı tarafın gider avansından karşılanmak suretiyle tanığın davetiye ile celbine” karar verilmiş ve duruşma 28.05.2015 tarihine ertelenmiştir. Davacı vekili tarafından tanığın adresi dosyaya sunulmamış ancak 28.05.2015 tarihli oturumda tanığın hazır olduğunu bildirilerek dinlenilmesini talep etmiş olup, mahkemece süresinde adresi bildirilmediğinden bahisle, tanığın dinlenilmesi talebi reddedilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243/1. maddesine göre “tanık davetiye ile çağrılır. Şu kadar ki, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hallerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıklar dinlenir”. Somut olayda kesin süreden beklenen amaç gerçekleşmiş ve davalı-davacı

olduğundan, hakkın kullanımının şekil kuralı ile Anayasa'nın etkin hukukî korunmaya ilişkin hükmünün amacını da aşacak şekilde ağırlaştırılması kabul edilemez⁴⁸⁵.

taraf celse talikine sebebiyet vermemiş olduğuna göre davalı- davacının hazır bulundurduğu tanığı dinlenip delillerin hep birlikte değerlendirilerek sonucu itibarıyla karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir”, Y2HD, 24.10.2016 T., 2015/20668 E., 2016/14016 K., www.lexpera.com, s.e.t. 30.07.2020. Benzer şekilde bkz. Y2HD, 09.09.2015 T., 2015/733 E., 2015/15376 K., www.lexpera.com, s.e.t. 30.07.2020.

Yargıtay söz konusu kararlarda taraflara verilen kesin sürenin amacından hareketle somut uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır. Tanıkların adreslerinin gösterilmesi için getirilen sürenin duruşmaların uzamasına engel olmamak ve yargılamayı uzatmamak gayesi taşıdığını, her ne kadar süresi içinde olmasa da duruşmadan önce ya da en geç duruşmada bu listenin sunulması ve duruşmada tanıkların hazır bulundurulması hâlinde, kesin süre ile amaçlanan sonuca ulaşıldığını kabul etmektedir. Böylelikle tanıkların adreslerine ilişkin liste süresi içinde ibraz edilmemiş dahi olsa, sırf bu sebeple tanıkların dinlenilmesinden vazgeçilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Öğretide ise düzenlemenin amacının sadece yargılamanın uzamasını engellemek olmayıp yargılamanın disiplinini de sağlamak olduğu, disiplinin sağlanamaması durumunda teksif ilkesinin de uygulanamayacağı dile getirilmiştir. Bkz. **Atalay, Oğuz**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Pekcanitez Usûl, C. II, 2017, s. 1892. Kanaatimizce, kesin süre içinde olmasa da duruşmadan önce sunulan listenin dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Teksif ilkesinin varoluş sebebi yargılamanın belirli bir aşamada sona erdirilmesindeki menfaattir. Zira yargılamanın uzaması en başta tarafların menfaatlerini zedeler. Ancak kesin süreye riayet edilmemekle beraber yargılamanın süresini de etkilemeyen böyle bir tutumun, uyuşmazlığın çözümüne sağlayacağı yarara rağmen yaptırıma tâbi tutulması kişilerin hukukî dinlenilme hakkının zedelenmesine yol açar. Hukukî dinlenilme ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının aşırı şekilcilığe feda edilmemesi gerekir.

⁴⁸⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi şekilciliğin ne hakları kullanmaya engel olacak biçimde katı ne de keyfilığe sebep olacak kadar esnek uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. “Özellikle, yerel mahkemelerin, bir başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki süreler gibi usul kurallarını düzenleyen ve adaletin iyi bir şekilde tecelli etmesini garanti altına alan mevzuatı yorumlamalarına ilişkin kurallar bakımından evleviyetle geçerlidir (Tejedor García / İspanya, 16 Aralık 1997, § 31, Raporlar 1997-VIII) Temyizlere ilişkin süre sınırlarını düzenleyen kurallar adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla ilgili düzenlemenin veya uygulamasının dava açmak isteyen kişinin var olan bir başvuru yolunu kullanmasını engellememesi gerekmektedir. Mahkeme ayrıca her davada ilgili somut davanın kendine özgü koşulları ışığında ve 6. maddenin 1. fıkrasının konusu ve amacını dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır (bk. mutatis mutandis, Miragall Escolano ve Diğerleri / İspanya, No. 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 ve 41509/98, § 36, AİHM 2000-I). 21. Dava açma hakkını kullanmak elbette yasal bir takım şartlara bağlansa da, yukarıdaki kurallardan, mahkemelerin usul kurallarını uygularken hem yargılamanın adil olmasına halel getirecek aşırı şekilcilikten ve hem de yasalar tarafından konulan usul kurallarını ortadan kaldırma sonucunu doğuracak aşırı esneklikten kaçınmaları gerektiği sonucu çıkmaktadır (Walchli / Fransa, No. 35787/03, § 29, 26 Temmuz 2007).”, Eşim/Türkiye, T. 17.09.2013, Başvuru No. 59601/09.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin de aynı yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. “Etkin hukukî korunmanın garanti edilmesi hukuk devleti ilkesinin aslî bir unsurunu oluşturur. Hak arama hürriyeti genel olarak, mahkemeye erişim hakkını, mahkemeler vasıtasıyla tarafların taleplerin incelenmesini ve sonucunda bağlayıcı karar verilerek sorunun çözüme kavuşturulmasını kapsamaktadır. Kanun koyucunun, etkin hukukî korunma talebi için özel şekil şartları öngörmesi mümkündür. Eğer bu şekilde bir düzenleme öngörüldüyse hak arayanların bu şekle uymak zorunluluğu nedeni ile haklarının sınırlandırılması söz konusu olur. Böyle bir sınırlandırmanın hukuk devletine bağlı yargılama düzeninin çıkarlarıyla uyumlu olmasına ve hak arayanların aşırı yükümlülük altına sokulmamasına ihtimam gösterilmelidir.”, BGHZ, 13.02.2014, VII ZB 39/13, NJW 2014, 3161. Aynı yönde bkz. BVerfG, 02.03.1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE 88,118 (123,124); BVerfG, 20.04.1982, 2 BvL 26/81, BVerfG, NJW 1982, 2425 (2426); BGH, 14.10.2010, V ZB 214/10, NVwZ-RR 2011, 87 (11). Alman Federal Temyiz Mahkemesinin bu yöndeki kararlarının eleştirisi için bkz. **Blomeyer, K.**, s. 158 vd..

§ 3. Boşluk Kavramı ve Türleri

A. Genel Olarak

Bir hukuk devletinde toplumsal yaşam, kanun koyucu tarafından belirli usûllere uygun şekilde ortaya konulan metinler çerçevesinde biçimlenir. Kanun koyucunun düzenlemediği kimi alanlar ise uzun zamandır toplum tarafından uygulanarak kabul görmüş örf ve adetler ile şekillenir. Buna karşın, hukukun düzenleme alanına girmekle birlikte kanun koyucunun düzenlemeyi ihmal ettiği kimi durumlar da ortaya çıkabilir. Bu hâlde hukukta boşluktan bahsedilebileceği, günümüz hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Oysa Kıta Avrupası hukuk sistemlerine bakıldığında geçmişte de hukukta boşluğun kabul edildiğini söylemek her zaman mümkün olmamıştır. 19. yüzyılda gerek Fransa’da⁴⁸⁷ gerekse Almanya’da⁴⁸⁸ hâkim olan hukuk anlayışı hukukta boşluk bulunabileceği fikrini reddeder⁴⁸⁹. Bu dönemde kabul edilen görüşe göre, kanun koyucunun bir şeyi düzenlememiş olması o konuda düzenlemeye ihtiyaç bulunmamasına işaret eder⁴⁹⁰. Bu dönemde genel olarak pozitivist bir anlayışla hareket edilmiştir⁴⁹¹.

Hukukî pozitivizmi savunan⁴⁹² ve hukukta boşluktan söz edilemeyeceğini düşünen *Kelsen*’e göre, kanunda somut uyumsuzluğa ilişkin olarak hüküm bulunmadığını ifade etmek, hukuk düzeni içinde mümkün değildir⁴⁹³. Aslında hukukta boşluk bulunmamakta; aksine hukukta boşluktan bahsedildiği durumlarda, sadece kanuna göre verilecek kararın, sonuçları bakımından ciddi bir adaletsizliğe yol açacağı için uygulayıcısı tarafından kabul edilemez görülmesi söz konusu olmaktadır⁴⁹⁴. Yazara göre boşluk, pozitif hukuk ile daha adil ve daha iyi olarak kabul edilen sistem arasındaki farklılıktan ibarettir⁴⁹⁵. İşte bu anlamda, *Kelsen*, yorumun mevcut normun görmezden gelinmesine hizmet ettiğini, dolayısıyla hukuk boşluklarının doldurulmasında yorumun özel bir öneminin bulunduğunu savunur⁴⁹⁶. Yazar, kanunun

⁴⁸⁶ **Edis**, s. 112.

⁴⁸⁷ 19. yüzyılda Fransız hukuk sistemine hâkim olan şerhçi hukuk okulun hakkında bilgi için bkz. **Edis**, s. 112.

⁴⁸⁸ Alman hukukunda 19. yüzyılda benimsenen kavram hukukçuluğu okulu hakkında bilgi için bkz. **Edis**, s. 113; **Heper**, Heck, s. 334 vd..

⁴⁸⁹ **Edis**, s. 112-113; **Aktaş**, **Sururi**, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, EÜHFD, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 1-2.

⁴⁹⁰ **Edis**, s. 113.

⁴⁹¹ **Aktaş**, s. 2.

⁴⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral**, **Vecdi**, Kelsen’in Hukuk Anlayışı, İÜHFM, Y. 2011, S. 34, s. 517 vd..

⁴⁹³ **Kelsen**, s. 1369.

⁴⁹⁴ **Kelsen**, s. 1369-1370.

⁴⁹⁵ **Kelsen**, s. 1370.

⁴⁹⁶ **Kelsen**, s. 1369.

uygulanması için düzenlenmesi gereken ancak kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş teknik boşlukların ise hukuk normunun çerçevesinin belirlenmesindeki belirsizlik ya da yukarıda ifade edildiği gibi pozitif hukuk ile daha adil bir sistem arasındaki farklılıktan ibaret olduğunu düşünmektedir⁴⁹⁷. Dolayısıyla bu da yorum sonucunda çözüme kavuşturulabilecek bir meseledir. *Kelsen*, hukukta boşluğun bulunmamasına rağmen, kanun koyucuların hâkime hukuk yaratma görevini vermesini ise yalnızca bir yanılsama olarak nitelendirir⁴⁹⁸.

Hukuktaki boşluk kavramının ideolojik olduğunu ve hukukta boşluğun bulunmadığını düşünen *Kelsen*, İsviçre Medeni Kanunu’nun (ve Türk Medeni Kanunu’nun) 1’inci maddesinde olduğu gibi uygulanacak kuralın kanunda bulunmaması durumunda hâkimin, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural öngörecekti o şekilde karar vermesi gerektiğini düzenleyen bir hükmün, kanunda düzenlenen normun adalete aykırı sonuç meydana getireceğinin öngörüldüğü durumda hâkimin kendi takdir hakkını kullanarak karar vermesinden başka bir şey olmadığını iddia etmiştir⁴⁹⁹. Yazara göre, burada kanun koyucu hangi durumda bir boşluk olduğunu belirleyemez; bu belirlemeyi yapmak da yine uygulayıcı olan hâkime düşer⁵⁰⁰. İşte bu ise aslında kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir alanda da hâkimin kendi kanaatine göre “boşluk” olduğu iddiası ile kural koyma ihtimalini beraberinde getirir⁵⁰¹. Yazar, bu durumda, kanun koyma vazifesinin hâkimlere geçmesi gibi olağanüstü bir gücün hâkimlere tanındığını ifade etmektedir⁵⁰². Ancak kanun koyucunun bu yetkiyi tanıırken kullandığı “boşluk” illüzyonu ile hâkimler sadece kanun koyucu gibi hareket etmeleri gerektiğinde bu yetkiyi kullanır; bunun dışında kanun koyucunun yerine geçmeyi akıllarına getirmezler⁵⁰³.

Bu düşüncelerin aksine, 20. yüzyıla gelindiğinde ise yaşamın dinamikliği karşısında kanun koyucunun her şeyi önceden öngörmesinin mümkün olmadığını, kanunlarda boşluk bulunmasının doğal olduğunu kabul eden görüşler benimsenmeye başlamıştır⁵⁰⁴. Bu yüzyılda, Alman hukukunda özellikle *Heck*’in görüşlerinin etkili olduğu düşünülmektedir⁵⁰⁵. *Heck* hukuk boşluklarının, önceki yüzyıla damgasını vuran ve esasen katı bir pozitivizmi benimseyen kavram hukukçularının savunduğu gibi, hukukun sistemleştirilmesi ile elde edilen kavramlar aracılığı ile giderilemeyeceğini; kanunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda

⁴⁹⁷ *Kelsen*, s. 1370-1371.

⁴⁹⁸ *Kelsen*, s. 1371.

⁴⁹⁹ *Kelsen*, s. 1372.

⁵⁰⁰ *Kelsen*, s. 1372.

⁵⁰¹ *Kelsen*, s. 1372.

⁵⁰² *Kelsen*, s. 1372.

⁵⁰³ *Kelsen*, s. 1372-1373.

⁵⁰⁴ *Edis*, s. 113; *Aktaş*, s. 2.

⁵⁰⁵ *Aktaş*, s. 2. Ayrıca bkz. *Edis*, s. 113, dn. 161.

hâkimlerin hukukî güvenliği ve taraf menfaatlerini dikkate alarak kural koymasının gerektiğini savunmuştur⁵⁰⁶. Yazarın menfaatler hukukçuluğu konusundaki görüşleri eleştiriliyor olsa da pozitivistimin çok katı kalıplar içinde uygulanmasına engel olma hususunda katkısının yadsınamayacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁷.

Fransa'da da aynı dönemde serbest hukuk okulunun etkisi ortaya çıkmış; kanunların gerekli olan hâllerde hâkimler tarafından değiştirilmesine ve kanunda hükmün bulunmadığı hâllerde sorunu hâkimin serbestçe çözüme kavuşturabilmesine ilişkin düşünceler taraftar bulmuştur⁵⁰⁸. Ancak bu görüş, hâkimlere kanun karşısında tanıdığı güç nedeniyle hukukî güvenliği zedeleyebileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir⁵⁰⁹.

Günümüz hukuk sistemlerinde artık boşluğun yalnızca pozitif hukuk ile ideal hukuk arasındaki farklılıktan ortaya çıktığı, kanunların eksiklikten müstesna olduğu düşüncesi kabul edilmemekte; kanun koyucunun günlük hayatta karşılaşılabilecek her olaya ilişkin bir kuralı öngörmesinin mümkün olmadığı, en azından kanun koyucunun iradesinin bir ürünü olarak yapıldığı dönemde son derece eksiksiz ve mükemmel olsa da değişen hayat koşulları ile birlikte ya da mevcut hükümlerin iptali veya mülga olması hâlinde yeni bir hüküm de öngörülmediğinde kanunlarda boşlukların söz konusu olabileceği, genel olarak kabul edilmektedir⁵¹⁰. Hatta bu noktada, hukukun gelişimi bakımından kanunlarda boşluğun bulunmasının bir zorunluluk olduğu da söylenebilir⁵¹¹.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde, kanunlarda boşluk bulunabileceği ve bu hâlde boşluğun örf adet hukukuna göre ya da orada da herhangi bir hüküm bulunmaması durumunda hâkimin kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl karar verecekse o şekilde bir kural yaratarak buna göre karar vermesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 1/2; ZGB Art. 1/2).

B. Boşluk Kavramı

Kanunda somut olaya uygulanacak bir kuralın düzenlenmesi gerektiği hâlde (*de lege lata*) düzenlenmediği; kanundaki düzenlemenin karşıt anlamından dahi uygulanacak herhangi

⁵⁰⁶ Heper, Heck, s. 335-337.

⁵⁰⁷ Heper, Heck, s. 338, dn. 29.

⁵⁰⁸ Edis, s. 114.

⁵⁰⁹ Edis, s. 114.

⁵¹⁰ Prütting, Hans, Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, s. 309; Edis, s. 116; Sözer, s. 171; Aktaş, s. 1; Altaş, s. 243.

⁵¹¹ Bydlinski, s. 472.

bir hükme varılamadığı durumda kanun boşluğundan bahsedilir⁵¹². Diğer bir deyişle, uyuşmazlığın çözümü bakımından varılacak kararın hukukî sebebini oluşturacak ve doğrudan uygulanabilecek herhangi bir kanunî hüküm bulunmaması hâlinde kanun boşluğundan söz edilebilir. Bu durum, pozitif hukuk düzeninin plana aykırı şekilde noksanlığını ifade eder⁵¹³.

Kanunda boşluktan bahsedilebilmesi için başlangıçtaki sınır, kanunî düzenlemenin kelime anlamıdır. Ancak, giderek kanunun amacının dikkate alınmasıyla birlikte lafzın tek sınır olduğunu iddia etmek artık güçleşmiştir⁵¹⁴. Kanun öncelikle emir ve talimatlardan oluşmaktadır. Bir olaya ilişkin kanunda düzenleme bulunmuyor ve dolaysız biçimde uygulanabilecek bir kural da yoksa bu durumda bir noksanlıktan bahsedilmesi mümkündür⁵¹⁵. Diğer bir anlatımla, kanunda yer alan düzenlemelerin sadece lafzı değil amacı bakımından da somut olaya uygulanamadığı hâllerde boşluktan bahsedilebilir⁵¹⁶.

Şayet, söz konusu olay hukukun düzenlemesi gereken alanın sınırları dışında kalmaktaysa boşluktan söz edilmeyeceği gibi; kanundaki hükmün karşıt anlamı somut olayın, hükmün kapsamı dışında kalmasını gerektiriyorsa da aynı sonuca ulaşmak gerekir⁵¹⁷. Örneğin, yargılamanın iadesine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375'inci maddesinde düzenlenen sebepler tahdidî bir biçimde sayıldığından, artık bu sebeplerin ne lafzen ne de amaç bakımından kapsamına giren hususlarda yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı açık olup, bu hâlde bir kanun boşluğundan bahsedilemez.

⁵¹² **Canaris**, s. 19, 39; **Kramer**, s. 214; **Dural/Sarı**, para. 845; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 91; **Oğuzman/Barlas**, para. 326-327; **Serozan**, I § 5, para. 28, 30. Ayrıca bkz. “*Kanun boşluğu; en yalın anlatımıyla, sorunun çözümüne katkı sağlayacak bir kuralın bulunmaması, yürürlükte olan hukuk düzeni dikkate alındığında, pozitif hukukun sınırları içerisinde sorunu çözecek bir düzenleme eksikliği şeklinde ifade edilebilir. Düzenleme yapılmamış olması her zaman kanun boşluğu anlamına gelmeyebilir. Bir sorun hukuk dışı alanda düzenlenmiş ya da bilerek, isteyerek susma yoluyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmemiş de olabilir. Ne var ki, hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektirmesine karşın, kanun dışında örf-adet hukuku da bunu düzenlememiş ise bir kanun boşluğundan söz edilmelidir.*”, YHGK, 27.02.2008 T., 2008/140 E., 2008/205 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.12.2019.

Kanunda herhangi bir hükmün yer almaması ve aynı zamanda somut olayın çözümü bakımından uygulanabilecek herhangi bir örf adet kuralının bulunmaması durumunda ise hukuk boşluğundan bahsedilir. Bkz. **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 356; **Edis**, s. 123; **Oğuzman/Barlas**, para. 324. Medenî usûl hukukuna ilişkin örf adet hukuku kuralları bulunmadığından çalışmada hukuk boşluğuna ayrıntılı biçimde değinilmemiş, yalnızca hukuk yaratma kapsamında gerektiği ölçüde açıklama yapılmıştır.

⁵¹³ **Canaris**, s. 39.

⁵¹⁴ **Canaris**, s. 19. Yorum ile boşluk doldurma arasındaki sınırın kanunda yer alan kuralın muhtemel kelime anlamı olduğu yönünde bkz. **Canaris**, s. 23; **Serozan**, I § 5, para. 27. “*Kanunun muhtemel kelime anlamı geçerli yorumun dış sınırlarını oluşturmaktadır.*”, Bkz. BVerfG, 10.01.1995, 1 BvR 718/89; 1 BvR 719/89; 1 BvR 722/89; 1 BvR 723/89, BVerfGE 92, 1 (12).

⁵¹⁵ **Canaris**, s. 19.

⁵¹⁶ **Kramer**, s. 215

⁵¹⁷ **Dural/Sarı**, para. 846-848; **Oğuzman/Barlas**, para. 326-327; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 91.

Güncel gelişmeler ve değişiklikler nedeni ile hukuk kuralının öngördüğü çözümün rasyonaliteden uzak kalması da söz konusu olabilir. Ancak bu durumda, hukuk kuralının yorum ya da boşluk doldurma yoluyla değiştirilmesi mümkün değildir. Bu hâlde, bahsi geçen hukuk kuralı kanun koyucunun bu kuralda değişiklik yapıncaya kadar geçerliliğini korur ve uygulanmaya devam eder. Yoksa, kuralın yok sayılarak yeni bir kural oluşturulması mümkün değildir. Aksine bir uygulama en başta hukuk güvenliğinin ağır biçimde ihlâl edilmesi anlamına gelir⁵¹⁸.

C. Boşluk Türleri

Kanun boşluğunun çeşitli türlerinden söz edilebilir⁵¹⁹. Bu kapsamda yapılabilecek ilk ayırım, kanun koyucunun düzenleme eksikliğini kabul edip etmediğinden hareketle boşluğun bilinçli ya da bilinçsiz olmasına yöneliktir⁵²⁰. Şayet somut olaya uygulanacak herhangi bir

⁵¹⁸ **Canaris**, s. 189.

⁵¹⁹ Kanunda bir hüküm bulunmasına karşın doğrudan uygulanması mümkün olmayıp da mevcut eksikliğin hâkimin takdiri ile giderilmesi ile kuralın uygulanabildiği hâllerde hüküm içi (*intra legem*) boşluktan bahsedilir. Bkz. **Kramer**, s. 218-219; **Dural/Sarı**, para. 856; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 93. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun iradi taraf değişikliğine ilişkin 124’üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında ifade edilen “*dürüstlük kuralın aykırı olmama*” ve “*kabul edilebilir bir yanılgi*” kavramının içine nelerin dahil olduğuna hâkim karar verecektir. Bu gerçekte bir boşluk olmayıp hukuk yaratmanın gerekli olduğu kanun boşluğundan (*praeter legem*) farklıdır. Bu noktada, Canaris’e göre, kanunda pek çok kavramın belirsiz olduğu ve hâkimin yorumunu gerektirdiği düşünüldüğünde bunların birer boşluk olduğunu kabul etmek, kanunlarda düzenlemeden daha çok boşluk bulunduğu anlamına gelebilir ve bu ise boşluk kavramının değersizleştirilmesine yol açar. Burada genel ve belirsiz olmakla birlikte kanunda en azından bir hüküm vardır ve tamamlanması hâkimin takdirine bırakıldığında herhangi bir plana aykırılıktan da bahsedilemez. Bkz. **Canaris**, s. 26-28. Bu konuda dile getirilen diğer bir görüş ise *intra legem* boşluklar, hâkime takdir hakkının tanındığı kurallardan farklılık gösterir. Hüküm içi boşlukta, kanunda yer alan bir kural olmasına karşın içeriksel açıdan somutlaştırılmadıkça uygulanabilecek bir kural bulunmamaktadır. Örneğin, “küçüğün menfaati”, “ihtiyaç” veya “benzer durumlar” gibi kavramların açıklanmaya ihtiyacı vardır ve bu ihtiyaç somut olayla ilgili olmayıp genel olarak somutlaştırılmalıdır Hüküm içi boşluklarda her ne kadar plana aykırılıktan bahsedilmese de içerik açısından somut olaya doğrudan uygulanabilecek bir kural bulunmadığı için, aynı kıyasın mümkün olmadığı hâllerde hâkimin hukuk yaratmasında olduğu gibi, burada da hâkimin hukuk yaratarak boşluk doldurduğu kabul edilmelidir. Bkz. **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 445-446.

Boşluk türlerine ilişkin olarak, öğretide boşluğun şekli ve maddî boşluk, emir ve değer boşlukları, uygulama ve eleştiri boşluğu, içkin ve aşkın boşluk gibi bazı ayrımlara tâbi tutulduğu ve fakat bunların artık herhangi bir öneminin kalmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **Canaris**, s. 129-131. Ayrıca, boşlukların oluşum zamanına göre başlangıçtaki ve sonraki boşluk şeklinde bir ayrıma tâbi tutulabileceği de söylenebilir. Bkz. **Canaris**, s. 135-136. Bunun dışında Canaris, boşlukların tespitine göre de hakkın yerine getirilmesinden kaçınmaya sebep olan boşluklar, amaçsal boşluklar ve ilke ve değer boşlukları olarak sınıflandırılabilceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Canaris**, s. 144 vd. Boşluk çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Canaris**, s. 129 vd.; **Larenz/Canaris**, s. 191 vd.; **BK ZGB/ Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 350 vd.; **Kramer**, s. 216 vd.; **Sözer**, s. 179 vd..

⁵²⁰ **Canaris**, s. 134-135.

hükmün bulunmaması kanun koyucunun ihmalden ve bilgisizliğinden kaynaklanmakta ise bu durumda ortaya çıkan boşluk bilinçsizdir⁵²¹ (*unbewusste Lücke*).

Buna karşın, söz konusu eksikliğin kanun koyucunun bir tercihi olduğu ve bu eksikliğin giderilmesini hukuk uygulayıcılarına bıraktığı için bilinçli olarak düzenlemediği hususlardan kaynaklandığı boşluklar ise bilinçli boşluk olarak anılır (*bewusste Lücke*)⁵²². Bu ihtimalde, kanun koyucu düzenlenmesi gereken bir alan olduğunu tespit etmiş, fakat bu hususun gelişimini uygulamaya bırakmış ve bu nedenle bir kural öngörmemiştir.

Bilinçsiz boşluk kendi içinde açık/gerçek (*offene/echte Lücke*) ve örtülü/istisnâî boşluk (*verdeckte Lücke/Ausnahmелücke*) olarak iki gruba ayrılabilir. Açık boşlukta, kanundaki düzenlemelerin hiçbirinin ne lafzı ne de amacı itibari ile somut olaya uygulanabilmesi mümkündür⁵²³. Bu durumda, esasen düzenlenmesi gereken bir alan olup da kanun koyucunun düzenlemediği ve şayet boşluk doldurulmazsa hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması sonucunu doğuran bir boşluktan bahsedilebilir⁵²⁴. Kanunda aynı konuda birbiri ile çelişen iki normun bulunduğu durumda, açık bir boşluğun mevcudiyeti kabul edilmektedir⁵²⁵. Yine, açık boşlukların eşitlik ilkesinin pozitif yönünün bir tezahürü olarak ortaya çıkabileceği; kanundaki düzenlemenin lafzı dikkate alındığında somut olaya uygun olmamakla beraber bu kuralla

⁵²¹ **Canaris**, s. 39; **Oğuzman/Barlas**, para. 333, 335. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, adli yargıda açılmasına gerektiği hâlde hataen idari yargıda açılan bir davada verilen görevsizlik kararı üzerine görevli yargı kolunda yeniden dava açılması hâlinde hak düşürücü süre ve zaman aşımı bakımından hangi tarihin dikkate alınması gerektiği konusunda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargıda açılması gerekirken adli yargıda açılan davalar bakımından bu hususa ilişkin düzenleme bulunmasına karşın (İYUK m. 9) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmadığına ve bu durumun bilinçsiz bir boşluk olduğuna ve hâkimin Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hukuk yaratması gerektiğine karar vermiştir. Bu durumda, adli yargı mahkemeleri arasında görevsizlik kararı üzerine öngörülen 10 günlük sürede (HUMK m. 193; karşı HMK m. 20) görevli mahkemede dava açılmazsa davanın açılmamış sayılacağına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. YHGK, 27.02.2008 T., 2008/140 E., 2008/205 K. Aynı yönde bkz. Y10HD, 25.12.2012 T., 2012/10482 E., 2012/26913 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.12.2019. Kanaatimizce de bahsi geçen sorunun çözümünde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20'nci maddesi kıyasen uygulanmalıdır. Ancak, kıyasen uygulama Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında hükmün özü itibariyle uygulanmasının bir parçasını teşkil ettiğinden burada herhangi bir hukuk yaratma faaliyetinden bahsedilmesi mümkün değildir. Zira, Kanun'un 20'nci maddesi ile getirilen düzenlemenin amacı, esasen süresinde olmakla birlikte usulî bilgisizlik nedeni ile görevsiz mahkemede açılan dava sonucunda verilen görevsizlik kararı nedeni ile hak sahibinin hakkına ulaşmasına engel olunmasının önüne geçilmek istenmesidir. Bu bağlamda, 20'nci maddede yer alan "görevsizlik" ifadesinin yalnızca aynı yargı kolunda yer alan mahkemeler arasındaki görev ilişkisi olarak değil farklı yargı kolunda yer alan mahkemeler arasındaki yargı kolu ilişkisi olarak da anlaşılması düzenlemenin amacına daha uygundur. Bu şekilde bir yorum hem maddî hukuka uygun hem de aşırı şekilcilikten uzak olması dikkate alındığında usul kurallarının yorumu bakımından da daha yerindedir.

⁵²² **Canaris**, s. 134; **Reimer**, para. 572; **Oğuzman/Barlas**, para. 334.

⁵²³ **Canaris**, s. 136-137; **Kramer**, s. 220; **Dural/Sarı**, para. 862; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 94; **Oğuzman/Barlas**, para. 339. Zitelmann, karar verilmesi gerektiği hâlde kanundaki eksiklikten dolayı karar verilmesinin mümkün olmadığı şeklinde ifade ettiği bu durumu gerçek boşluk olarak tanımlamıştır. Bkz. **Zitelmann**, s. 27.

⁵²⁴ Bkz. **Canaris**, s. 151; **Hausheer/Jaun**, ZGB Art. 1, para. 220.

⁵²⁵ **Canaris**, s. 65 vd.; **Kramer**, s. 221-222; **Bydlinski**, s. 463 vd..

korunmak istenen değer yargılarının kapsamı içinde kalıyorsa da açık bir boşluktan söz edilebileceği savunulmaktadır⁵²⁶.

Örtülü boşlukta ise kanunda bir hüküm yer almakla beraber bu hükmün lafzının amacından daha geniş olması nedeni ile ortaya çıkan bir uyumsuzluk söz konusudur⁵²⁷. Bu durumda, düzenlemenin amacı (*ratio legis*) ve eşitlik ilkesinin eşit durumda olmayanlara eşit davranmamaya ilişkin negatif boyutu dayanak notasını oluşturur⁵²⁸. Kanunda somut olayın istisnâ özelliklerine uygun olmamakla birlikte bir düzenleme bulunduğundan başlangıçta boşluk olmadığı izlenimi vermesi nedeni ile buradaki boşluk örtülü olarak ifade edilmektedir⁵²⁹.

Bunun dışında ise kanun koyucunun hukuk politikası gereği bir konuyu düzenlemek istememiş olduğu hâllerde her ne kadar sonuç tatmin edici olmasa da bir boşluktan bahsedilemez⁵³⁰. Zira, bir boşluğun bulunması ideal hukuka göre değil mevcut hukuk düzenine göre belirlenir⁵³¹. Olması gereken hukuk açısından (*de lege feranda*) düzenlenmesi gereken kuralın mevcut hukuk sisteminde yer almadığı hâllerde hâkimin hukuk yaratması değil, olsa olsa kanun koyucunun kanunda değişiklik yapması gerekebilir⁵³². Bu durum, öğretide gerçek olmayan boşluk/hukuk politikası boşluğu (*unechte/rechtspolitische Lücke*) olarak ifade edilmiştir⁵³³. Ancak, böyle bir kuralın uygulanmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği durumda hâkimin bu hükmü uygulamaktan vazgeçerek hukuk yaratabileceği öğretide kabul edilmiştir⁵³⁴.

⁵²⁶ **Canaris**, s. 20; **Kramer**, s. 222-223. Bu tür boşluklar amaçsal (teleolojik) boşluk olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Canaris**, s. 20, 139 vd.

⁵²⁷ **Canaris**, s. 136-137; **Larenz/Canaris**, s. 198; **Dural/Sarı**, para. 864; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 96; **Oğuzman/Barlas**, para. 340.

⁵²⁸ **Kramer**, s. 223-224; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 96.

⁵²⁹ **Larenz/Canaris**, s. 198.

⁵³⁰ **Canaris**, s. 33-34; **Kramer**, s. 217; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 5, para. 33.

⁵³¹ **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 92-93; **Sözer**, s. 179.

⁵³² **Kramer**, s. 217.

⁵³³ Öğretide örtülü boşlukların da gerçek olmayan boşlukların bir alt türü olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Edis**, s. 133-134; **Oğuzman/Barlas**, para. 341. Gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk kavramları için ayrıca bkz. **Zitelmann**, s. 27 vd. Ancak, gerçek olmayan boşluk kavramının yanıltıcı olması nedeni ile İsviçre hukukunda bu ayırım son dönemlerde terk edilmiştir. Bunun yerine, açık boşluk (*offene Lücke*) ve istisna boşluğu (*Ausnahme Lücke*) terimleri kullanılmaktadır. Bkz. **Kramer**, s. 219. Türk hukukunda da **Kırca**, gerçek ve gerçek olmayan boşluk ayırımından vazgeçilmesi gerektiğini ve örtülü boşlukların hâkimin boşluk doldurmasını gerektiren boşluklar olduğunu dile getirmiştir. Bkz. **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 96-98.

⁵³⁴ **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 5, para. 34; **Edis**, s. 133; **Dural/Sarı**, para. 866; **Oğuzman/Barlas**, para. 344; **Serozan**, I § 5, para. 40; **Karayalçın**, s. 127. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Nazi dönemi kanunlarına karşı vermiş olduğu bir kararda; hukuk kuralları adaletin temel ilkeleri ile açık bir şekilde çelişki yaratmakta ise hâkimin bu kuralları uygulaması hâlinde haklılık yerine haksızlığa karar verileceğinden, bu kuralların hukuk olma geçerliliği reddedilebilir. Hukukun temel ilkelerine aykırılık, yürürlüğe girmiş,

§ 4. Kıyas ve Amaca Uygun Sınırlama

A. Kıyas

1. Tanımı ve Hukukî Dayanağı

Kıyas çıkarımı ile hukukta sonuca ulaşmanın temelleri Roma Hukuku'na dayanmaktadır⁵³⁵. Özellikle medenî hukuk alanında kıyas, hukukun uygulanması bakımından en önemli argüman hâline gelmiştir⁵³⁶. Buna karşın ne Alman ne İsviçre ne de Türk Medeni Kanunu'nda kıyasa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaktadır⁵³⁷.

Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması hususunda, uyuşmazlık konusu hayat olayını oluşturan vakıalar ile kanunda düzenleme altına alınan soyut normun koşul vakıalarının örtüşmemesi hâlinde, somut olayın soyut kurala altlanması faaliyeti başarısızlığa uğrar. Başka herhangi bir kuralın uygulanmasının da mümkün olmaması ihtimalinde, kanunda somut olaya ilişkin doğrudan uygulanacak bir kuralın bulunmadığı sonucuna varılır. İşte bu durumda, kanunda düzenleme altına alınan kuralın amacından

uygulanmış ve riayet edilmiş olsa bile haksızlığa yol açan bir kuralı hukuk haline getirmez. Bkz. BVerfG, 23, 98 (106).

Bu görüşün Türk-İsviçre hukukunda amaca uygun sınırlamanın kabul edilmemesi nedeni ile ortaya çıktığı; amaca uygun sınırlandırmanın kabul edilmesi hâlinde hakkın kötüye kullanılması nedeni ile hukuk yaratmaya ihtiyaç duyulmayacağı ya da en azından sadece amaca uygun sınırlandırmanın mümkün olmadığı hâllerde bu yola başvurulabileceği yönünde bkz. **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 98, 102, 114. Benzer şekilde bkz. **BK ZGB/Emmenger/Tschentscher**, Art. 1, para. 405.

⁵³⁵ **Engisch, Karl**, Einführung in das juristische Denken, 2005, s. 192; **Würdinger, Markus**, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP, Y. 2006, B. 206, s. 947. Roma hukukuna göre, dört ayaklı hayvanların verdiği zararlardan hayvan malikinin sorumluluğu kabul edilmiş, Kartaca savaşının ardından İtalya'ya Afrika'dan gelen vahşi bir kuşun sebep olduğu zarar nedeniyle malikin sorumlu olup olmadığı ise tartışma konusu yapılmıştır. Zira sadece dört ayaklı hayvanlara ilişkin olarak normatif bir düzenleme mevcuttur. Bu durumda, dört ayaklı hayvanın verdiği zarardan malikin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin amacından hareketle, iki ayaklı hayvanların verdiği zarar bakımından dört ayaklı hayvanların sebebiyet verdiği zarardan sorumluluğa ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasına karar verilmiştir. Bkz. **Würdinger**, AcP 206, s. 947; **Kramer**, s. 229.

⁵³⁶ **Würdinger**, AcP 206, s. 947.

⁵³⁷ Avusturya Medeni Kanunu'nda hukukî bir olaya ilişkin kanunun ne lafzı ne de anlamı ile karar verilmesi mümkün değilse, kanunda düzenlenmiş benzer bir başka olaya başvurulması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bkz. ABGB §7. Alman Medeni Kanunu'nun 1888 yılındaki tasarısının ilk hâlinde de kıyasa ilişkin benzer bir düzenleme öngörülmüş, fakat kıyasın uygulanabilmesi için böyle bir hükme gerek duyulmadığı gerekçesi ile bu hüküm tasarıdan çıkarılmıştır. Bkz. **Würdinger**, AcP 206, s. 948. Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi ile getirilen düzenlemenin genel olarak kıyası emreden bir kural öngördüğü yönündeki görüş için bkz. **Gürzumar**, s. 141 vd.; **Aktaş**, s. 11; **Sözer**, s. 205.

hareketle, hukukî sonuçlarının, koşul vakıaları açısından birebir örtüşmeyen ve fakat benzer kabul edilebilecek bir başka olaya uygulanması kıyas olarak tanımlanabilir⁵³⁸.

Sadece kanunda yer alan kuralın lafzından hareketle bir sonuca varılabiliyorsa, ayrıca başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulmaz; fakat eğer kanunun lafzı aşılarak bir sonuca varılıyorsa bunun ikna ediciliği için hakkaniyet ya da eşitlik gibi başka gerekçelerin de ortaya konulması gerekir⁵³⁹.

Eşitlik ilkesinin pozitif yönü, eşit durumda olana eşit muameleyi gerektirmektedir. Bu, genel manada kıyas ile çıkarım yapılarak hukukun uygulanmasında temel noktayı teşkil eder⁵⁴⁰. Eşit durumda bulunanlara eşit şekilde davranılmasının bir gereği olarak kanunda açıkça düzenlenmemiş ve fakat düzenlenme ihtiyacı olan hususlarda kanunda düzenlenen benzer kuralın uygulanması genel olarak eşitlik ilkesi ile açıklanmaktadır.

Kıyasın sınırını ise hukukî güvenlik ilkesi belirlemektedir⁵⁴¹. Kanun koyucunun açıkça düzenlediği, sınırlarının ve kapsamının net bir şekilde ortaya konulduğu hâllerde, kanun koyucunun iradesinin aksine hukuk uygulayıcının kendi düşüncelerinden hareketle kanunî düzenlemeyi aşması, hukukî güvenlik ilkesinin ihlâli anlamını taşır⁵⁴². Çünkü, kıyasın uygulandığı durumda, aslında somut olay adaleti hukukî güvenliğin önüne geçmektedir⁵⁴³.

2. Şartları

a. Düzenleme Eksikliği

Hukukta boşluk olmayacağını, sadece mevcut kuralların uygulayıcısı tarafından adil bulunmaması nedeni ile uygulanmaktan kaçınılması hâlinde ortaya çıkan durumun boşluk olarak nitelendirildiğini savunan *Kelsen*, nihaî sonuca ulaşmak bakımından ne aksi ile kanıtın

⁵³⁸ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 376; **Würdinger**, AcP 206, s. 948; **Reimer**, para. 555; **Edis**, s. 143; **İmre**, s.191-192; **Metin**, Yorum, s. 250; **Furtun**, s. 81; **Gözler**, Giriş, s. 355; **Serozan**, I § 5, para. 32a; **Sözer**, s. 202.

⁵³⁹ **Canaris**, s. 20-21.

⁵⁴⁰ **Canaris**, s. 25, 74, 183; **Larenz/Canaris**, s. 202, 211; **Kramer**, s. 229-230; **Würdinger**, AcP 206, s. 952; **Würdinger/Bergmeister**, s. 17, 24; **Hausheer/Jaun**, ZGB Art. 1, para. 203; **Reimer**, para. 591; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 201; **Yongalık**, s. 13; **Furtun**, s. 84; **Sözer**, s. 204, 214. Ayrıca bkz. “Boşlukların kıyas yoluyla doldurulması, adaletin bir gereği olan eşitlik ilkesi, benzer olana benzer şekilde davranma ilkesinin de bir gereğidir.”, YHGK, 27.02.2008 T., 2008/140 E., 2008/205 K. Aynı yönde bkz. Y10HD, 25.12.2012 T., 2012/10482 E., 2012/26913 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.12.2019.

⁵⁴¹ **Würdinger**, AcP 206, s. 956; **Würdinger/Bergmeister**, s. 24.

⁵⁴² **Würdinger**, AcP 206, s. 950.

⁵⁴³ **Würdinger**, AcP 206, s. 950.

ne de kıyasın işlevsel bir niteliği bulunduğunu iddia etmiştir. Çünkü bu yöntemlerin ne zaman ve hangisinin kullanılacağı, varılan sonuçlardan hangisinin üstün tutulacağı ve hangi menfaatin korunması gerektiği yönünde herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır⁵⁴⁴. Bu görüşe göre, bir kuralın adil olup olmadığını değerlendirmek uygulayıcının değer yargılarına dayanmakta ve bu nedenle sübjektif ve keyfî sonuçlar meydana gelebilmektedir⁵⁴⁵.

Bugün gelinen noktada ne kazuistik ne de genellemeci kanunların boşluksuz bir şekilde vücut bulamayacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁶. Bu boşluklar, somut uyuşmazlığın çözümü noktasında hâkim tarafından doldurulur. Somut olaya ilişkin olarak kıyasen uygulanacak bir hükmün varlığı hâlinde boşluktan bahsedilip bahsedilemeyeceği ve kıyasın bir boşluk doldurma yöntemi olup olmadığı ise öğretide tartışmalıdır. Bu sorunun cevabı, burada bahsi geçen düzenleme eksikliğinin nitelendirilmesine bağlıdır.

Alman hukukunda hâkim olan görüşe göre, kıyas, kanunun muhtemel kelime anlamının ötesinde bir uygulamayı ve dolayısıyla kanunda bir boşluğun bulunmasını gerektirir⁵⁴⁷. Şayet ulaşılan sonuç, kanunda yer alan kuralın muhtemel kelime anlamının sınırları içinde kalıyorsa o hâlde herhangi bir boşluktan söz edilemeyeceği için boşluk doldurmaya ve kıyasa ihtiyaç da bulunmaz. Örneğin, kanunda bir durum tahdidî olmayan şekilde sayılmış ise düzenlemenin kapsamına girebilecek benzer durumlara ilişkin olarak kanunda herhangi bir boşluktan bahsedilemez⁵⁴⁸.

Hukuk düzeninin bütünlüğü içinde bulunması gerektiği hâlde kanunun muhtemel kelime anlamından olaya uygulanabilecek herhangi bir sonuç çıkarılamıyorsa, bir boşluğun varlığından söz edilir⁵⁴⁹. Diğer bir deyişle, uyuşmazlığın çözümü bakımından varılacak kararın hukukî sebebini oluşturacak ve doğrudan uygulanabilecek herhangi bir kanunî hüküm bulunmaması hâlinde boşluk mevcuttur.

Bu bağlamda kastedilen husus, plana aykırı olarak kabul edilebilecek boşluklardır. Yalnızca genel hukuk düzeni çerçevesinde plana aykırı sayılabilecek hususlarda bir boşluğun bulunduğu ve kıyasın uygulanabileceğinden söz edilebilir. Yani kıyasın uygulanabilmesi için, hakkında kanunda herhangi bir düzenleme bulunmayan ancak düzenlenmesi gereken bir

⁵⁴⁴ Kelsen, s. 1365 vd..

⁵⁴⁵ Barth, Rainer, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, 1999, s. 89-90.

⁵⁴⁶ Fasching, Auslegung, s. 44.

⁵⁴⁷ Canaris, s. 39, 71 vd.; Larenz/Canaris, s. 202 vd.; Würdinger, AcP 206, s. 950, 963; Würdinger/Bergmeister, s. 17; Reimer, para. 568.

⁵⁴⁸ Canaris, s. 24.

⁵⁴⁹ Canaris, s. 39.

olayın (*unbewusste Lücke*- bilinçsiz boşluk) mevcudiyeti şarttır⁵⁵⁰. Fakat bu düzenleme eksikliğin kanun koyucunun bilgisizliği ya da ihmalden kaynaklanmış olması gerekir.

Buna karşın, kanun koyucunun hukuk politikası gereğince bilinçli olarak düzenlemediği veya kuralın kapsamı dışında bıraktığı hususlar (*beredtes Schweigen*- vasıflı susma) bu çerçevede değerlendirilemez⁵⁵¹. Kuralın yorumundan kanun koyucunun öngöremediği bir boşluğun değil de aksine öngördüğü bir olumsuz düzenlemenin mevcudiyeti anlaşılmaktaysa, artık kıyasın mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁵⁵². Yalnızca olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) boşluk olarak kabul edilebilecek düzenleme eksikliklerinde herhangi bir boşluktan bahsedilemez⁵⁵³. Bu durumda, eksikliğin giderilmesi ancak kanunî bir değişiklikle mümkündür. Bunun dışında hâkimin boşluk olduğunu kabul ederek boşluk doldurmaya çalışması ise kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil eder⁵⁵⁴. Kıyas, boşlukların kanunun benzer olaylara ilişkin kurallarının uygulanması yoluyla giderilmesine hizmet eder; ancak kıyas ile kanunun anlamını ve amacını aşacak şekilde (*contra legem*) değiştirilmesi söz konusu olamaz⁵⁵⁵.

Ancak bu durum, kanun koyucunun gelişimini hukuk uygulayıcılarına bıraktığı için bilinçli olarak düzenlemediği boşluklar (*bewusste Lücke*- bilinçli boşluk) ile

⁵⁵⁰ Würdinger, AcP 206, s. 950; Würdinger/Bergmeister, s. 17; Reimer, para. 568.

⁵⁵¹ Canaris, s. 39; Würdinger, AcP 206, s. 951; Würdinger/Bergmeister, s. 17; Reimer, para. 573; Karayalçın, s. 129; Metin, Yorum, s. 233; Işıktaç/Metin, s. 228-229; Sözer, s. 190.

⁵⁵² Reimer, para. 573. İsviçre hukukunda benzer yönde bkz. Kramer, s. 237-238. Aynı yönde bkz. BGE, 141 III, S. 43, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-43%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, s.e.t. 18.10.2019.

⁵⁵³ Engisch, s. 183; Würdinger, AcP, s. 951; Würdinger/Bergmeister, s. 17.

⁵⁵⁴ Würdinger, AcP, s. 951; Würdinger/Bergmeister, s. 17. Ancak, içtihatlar aracılığı ile kanun koyucunun kapsam dışında bırakmak istediği hususların da kuralın kapsamına dahil edildiği ya da düzenlemenin kapsamı içinde kalması gerektiğini düşünmesine rağmen içtihatlarla düzenlemenin kapsamının daraltıldığı kimi durumlar söz konusu olabilir. Bu hâlde, varılan sonuç her ne kadar yetkisi dışında olsa da uygulama bakımından geçerliliğini koruyacak, bu ise kanun koyucunun iradesinin tarihe karışmasına yol açacaktır. Bu kanun koyucuyu daha açık, yeni bir düzenleme yapmaya mecbur bırakır. Würdinger, AcP 206, s. 952. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinin 2003 yılından önceki hâlinde ilamsız icra yolunda itirazın kaldırılması yoluna başvuru hâlinde bu talebin reddi üzerinde itirazın iptali için kanunda öngörülen bir yıllık sürenin geçmemesi şartıyla itirazın iptali davası açılıp açılmayacağı konusunda mahkemelerin farklı şekilde kararları bulunmaktaydı. Zira, o dönemki düzenlemede yer alan "itirazın kaldırılması için icra mahkemesine gitmek istemeyen" ifadesi hem uygulamada hem de öğretide farklı şekilde yorumlanabiliyordu. Örneğin itirazın iptali davası açılmayacağı yönünde bkz. Y13HD, 12.02.2002 T., 2001/10791 E., 2002/1588 K.; Y11HD, 06.06.1988 T., 972/348; Y4HD, 07.10.1988 T., 5294/8651; Y9HD, 05.06.1987 T., 4855/5970; www.legalbank.net, s.e.t. 26.11.2019. İtirazın iptali davasının bu hâlde de süresi içinde açılabilceği yönünde bkz. Y19HD, 13.10.1994 T., 9259/9330. Uygulamadaki bu karışıklık, kanun koyucunun 2003 yılında getirdiği değişiklikle açıklığa kavuşturulmuş ve 67'nci maddenin birinci fıkrasında yer alan "itirazın kaldırılması için icra mahkemesine gitmek istemeyen" ifadesi Kanun metninden çıkarılarak tereddütlere son verilmiştir.

⁵⁵⁵ Würdinger, AcP, s. 951.

kariştirilmamalıdır⁵⁵⁶. Bu ihtimalde, kanun koyucu düzenlenmesi gereken bir alan olduğunu tespit etmiş, fakat bu hususun gelişimini uygulamaya bırakmış ve bu nedenle bir kural öngörmemiştir.

Düzenleme eksikliğin başlangıçtaki ya da sonradan ortaya çıkan boşluk olması bakımından herhangi bir farklılık bulunmaz⁵⁵⁷. Örneğin, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte düzenlenmiş olmasına karşın Anayasa’ya aykırı olduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunî düzenlemenin yol açtığı boşluklarda da kıyas uygulanarak boşluğun doldurulması mümkündür.

Son olarak, kanunda yer alan bir kuralın bir başka durum için de kullanılabileceği açıkça kanun koyucu tarafından öngörülmüş olabilir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ihbarın etkisini düzenleyen 64’üncü maddesinde, fer’î müdahale etkisine ilişkin 69’uncu maddenin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanacağını düzenlemektedir. Bu durumda, kıyasen uygulama kanun hükmüne dayandığından herhangi bir boşluktan söz edilemez⁵⁵⁸.

Alman hukuk öğretisinde kıyasın varlığı için mutlaka bir düzenleme boşluğunun kabulünün gerektiği yönündeki egemen olan düşüncenin İsviçre hukuk öğretisinde oy birliği ile kabul edildiği söylenemez. Kıyasın uygulanması bakımından İsviçre Medenî Kanunu’nun 1’inci maddesinin ikinci fıkrası (TMK m. 1/2) gereğince bir kanun boşluğunun bulunması gerektiğinden hareket eden görüşün⁵⁵⁹ aksine, kıyasın Medenî Kanunu’nun 1’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında, kanunun sözüyle ve özüyle uygulanması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler⁵⁶⁰ de bulunmaktadır. Bu düşünceye göre kanunda yer alan düzenlemenin doğrudan uygulanması ile değil ve fakat kanunun herhangi bir hükmünün yorumundan veya kanuna hâkim olan değer yargılarından hareketle amaca uygun bir sonuca ulaşılabildiği durumlarda da kanunun uygulanmasından bahsedilir⁵⁶¹. Şayet

⁵⁵⁶ Reimer, para. 572.

⁵⁵⁷ Reimer, para. 571.

⁵⁵⁸ Canaris, s. 24.

⁵⁵⁹ BSK ZGB/Honsell, Art. 1, para. 35. Aynı yönde bkz. BGE, 141 III, S. 43, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-43%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, s.e.t. 18.10.2019.

⁵⁶⁰ Huber, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf, s. 36, (Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 202, naklen); BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 441, para. 464. Kramer’e göre ise kıyas kanunun lafzının değil ve fakat amacının kapsamında kalan olaya uygulanmasıdır (*praeter verba sed secundum rationem legis*). Bkz. Kramer, s. 230.

⁵⁶¹ Meier Hayoz, Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, s. 73; Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 202; Jaun, Manuel, Die teleologische Reduktion-ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, ZBJV, 137/2001, s. 31. Bu düşünceye göre, ceza hukuku bakımından da “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin kıyas düşmanı bir ilke olduğu iddia edilemez. Ceza hukukunda da kanuna mündemiç değer yargılarından ve amacından hareketle mevcut düzenlemenin kelime anlamının içinde yer almayan diğer bazı olaylara da uygulanabileceği kabul edilmelidir. Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 208. Bu çerçevede, İsviçre

kanunda, kanunî düzenlemenin doğrudan olmasa da dolaylı kapsamı dikkate alındığında somut olaya uygulanabilecek bir düzenleme yer almaktaysa örf adet hukukuna başvurmaya ya da Medenî Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hukuk yaratmaya gerek yoktur. Bağımsız, genel ve soyut bir hukuk kuralı oluşturulmasının aksine kıyasen uygulamada, hukuk uygulayıcısı kanunun değer yargılarına bağlı kalmaktadır⁵⁶². Kanunda kıyasen uygulanabilecek bir hükmün bulunması hâlinde, Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması"ndan da bahsedilemeyeceğinden, kıyasen uygulamanın hukuk yaratılması yoluyla boşluk doldurma şeklinde anlaşılması kanunun lafzına aykırı olduğu gibi, aynı zamanda örf adet hukukundan da önce kanun koyucunun kabul ettiği bir kuralın uygulanması gerektiği için sistematik olarak da bu düşünce tarzı doğru kabul edilemez⁵⁶³. Bu durumda ise ancak kanunda kıyas edilebilecek herhangi bir hükmün bulunmaması hâlinde düzenleme boşluğundan bahsedilebilir.

Türk hukukunda ise kıyasın niteliğine ilişkin çeşitli görüşler dile getirilmiştir⁵⁶⁴. Bu çerçevede kıyasın çoğunlukla hem bir yorum yöntemi hem de boşluk doldurma yöntemi olarak kabul edilmesine karşın⁵⁶⁵ İsviçre hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da kıyasın yalnızca hukuk yaratma yöntemi olduğu da savunulmuştur⁵⁶⁶. Kıyasın niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, kıyas bir boşluk doldurma yöntemi olarak kabul edilmekle birlikte hâkimin hukuk yaratması ile karşılaştırıldığında kanuna dayandığını söylenebilir⁵⁶⁷. Diğer bir görüş ise kanunda yer alan bir kuralın anlamının tespitinde benzer bir düzenlemeden kıyasen yararlanmak ile kanun boşluğunun doldurulmasında kanunda yer alan başka bir düzenlemeden kıyasen yararlanmanın farklı olduğu yönündedir⁵⁶⁸. İkinci durumda, hâkimin hukuk yaratırken benzer bir konuyu düzenleyen kanun hükmünden yararlanması söz konusudur⁵⁶⁹. Şayet uyuşmazlığın çözümünde kıyasen de olsa uygulanacak bir kural varsa, zaten bu hâlde boşluktan

Federal Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında kıyasın amaca uygun yoruma hizmet ettiği bu nedenle ceza hukukunda dahi kıyasın uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. BGE, 87 IV 115, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de>, s.e.t. 07.12.2019.

⁵⁶² Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 202; BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 441.

⁵⁶³ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 441. Yazarlar, Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararlarında sık sık kıyasın bir hukuk yaratma yöntemi olarak değerlendirildiğini; bunun metotsal açıdan hatalı olmakla birlikte yine de kanun koyucunun ortaya koyduğu hükümlerden hareket edildiğinden herhangi bir sakıncasının da bulunmadığı ifade etmektedir. Bkz. BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art.1, para. 440-441.

⁵⁶⁴ Bkz. Aral, Hukuk Bilimi, s. 200; Kırca, Amaca Uygun Sınırlama, s. 97, 109-110; Oğuzman/Barlas, § 383, dn. 197.

⁵⁶⁵ Oğuzman/Barlas, § 251, § 383; Dural/Sarı, para. 813, para. 885 vd.

⁵⁶⁶ Antalya, Gökhan O./Topuz, Murat, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, s. 292.

⁵⁶⁷ Aral, Hukuk Bilimi, s. 200; Kırca, Amaca Uygun Sınırlama, s. 97, 109-110.

⁵⁶⁸ Oğuzman/Barlas, § 383, dn. 197.

⁵⁶⁹ Oğuzman/Barlas, § 383, dn. 197.

bahsedilemez⁵⁷⁰. Yargıtay’a göre ise kıyasın uygulanabilmesi için kanunda bir boşluğun yer alması gerekir⁵⁷¹.

Alman hukukunda ileri sürülen açık boşlukların kanunda yer alan benzer bir kurala kıyasen doldurulmasına yönelik görüş, özellikle Alman Medenî Kanunu ya da diğer bir kanunî düzenlemede “kanunun sözü ve özü ile uygulanacağı”na ilişkin herhangi bir kural bulunmaması nedeni ile öğreti ve uygulama ile şekillenmiştir. Fakat kıyasın özellikle uygulamada genişletici yorumla arasındaki sınırın çizilmesinin genellikle mümkün olmadığı da dile getirilmiştir⁵⁷². Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında açıkça kanunun sözüyle ve özüyle değindiği konularda uygulanacağı (TMK m. 1/1; ZGB Art. 1/1) ifade edilmiş; ancak kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı hâlde boşluk doldurmanın ve hukuk yaratmanın söz konusu olacağı (TMK m. 1/2; ZGB Art.1/2) kabul edilmiştir. Bazen bir olay, kanunda yer alan kuralın lafzının değil ve fakat anlamının kapsamında kalabilir. Bu durumda, bir değerlendirme boşluğundan söz edilmektedir⁵⁷³. İşte kıyas, kanunda yer alan düzenlemenin lafzı itibarıyla değil ve fakat amacı itibarı ile somut olaya uygulanabildiği hâllerde gündeme gelir⁵⁷⁴. Bu çerçevede kıyas için kanunun amacı (*ratio legis*) hareket noktasıdır⁵⁷⁵. Esasen burada kanunun lafzı itibarıyla bir düzenleme eksikliği olmasına rağmen; kanunda yer alan diğer bir düzenlemenin amacı dikkate alındığında herhangi bir eksiklik söz konusu değildir.

Bu nedenlerle, kanaatimizce, kanunda kıyasen uygulanabilecek bir hükmün varlığı hâlinde ya da amaca uygun sınırlandırmanın gerekli olduğu durumda artık gerçek anlamda bir boşluğun bulunduğu ve boşluk doldurmanın gerekliliğinden bahsedilemez. Zira, ilk bakışta kanunun lafzı itibarı ile somut olaya uygulanacak bir hüküm bulunmadığı düşünülse de bu uyuşmazlık kanundaki benzer bir konuda öngörülen düzenlemenin amacının kapsamına dahil olduğundan, uyuşmazlığın çözümünde bu hükmün dikkate alınması gerekir. Kanunî bir düzenlemenin özü itibarı ile de uygulanacağı dikkate alındığında, bir kuralın amacının kapsamı içinde kalan benzer bir olaya da uygulanması mevcut kuralın anlamlandırılmasından başka bir şey değildir. Diğer bir anlatımla, burada kastedilen düzenleme eksikliği, sadece kanun

⁵⁷⁰ Oğuzman/Barlas, § 383, dn. 197.

⁵⁷¹ Bkz. Y10HD, 13.11.2012 T., 2012/19191 E., 2012/21769 K.; Y10HD, 11.02.2010 T., 2009/17251 E., 2010/1646 K.; Y9HD, 06.12.2012 T., 2012/21337 E., 2012/41639 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.07.2019.

⁵⁷² Bu yönde bkz. Larenz/Canaris, s. 187-188.

⁵⁷³ Canaris, s. 20.

⁵⁷⁴ Kanunun lafzına uygun olmamakla birlikte düzenlemenin temelinde yatan değer yargısına uygunluk hâlinde kıyasen uygulamadan bahsedilebileceği yönünde bkz. Kramer, s. 230-231

⁵⁷⁵ Larenz/Canaris, s. 199; Kramer, s. 230-231; Kırca, Amaca Uygun Sınırlama, s. 99.

koyucunun lafzen düzenlemeyi ihmal ettiği konulara ilişkindir. Amacı itibari ile uygulanacak bir hüküm bulunduğundan kıyas, kanunun özüyle uygulanmasından başka bir şey değildir.

Esasen, aksi görüşü benimseyenler dahi, ancak soruna kıyasla çözüm bulunamadığı takdirde hâkimin hukuk yaratabileceğini kabul etmektedir⁵⁷⁶. Zira, kıyasa başvurulacak olay, her ne kadar kanunun lafzının kapsamında yer almasa da onun değer yargılarına uygun olduğu için, doğrudan değilse de dolaylı bir uygulamaya yol açar. Bu hâlde ise uyumsuzluk yine de kanunla bağlı kalınarak çözümlenmektedir⁵⁷⁷. Yani, kıyasın bir boşluk doldurma yöntemi olduğu benimsense dahi, bunun hâkimin hukuk yaratmasında kullanılabilecek bir yol olmayıp; bundan önceki bir aşamada denenmesi ve çözüm bulunamazsa ancak o zaman hâkimin hukuk yaratması yoluna başvurulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

b. Benzerlik

Hukuk devletinin bir gereği olarak Anayasa'nın 10'uncu maddesi ile hüküm altına alınan eşitlik ilkesi eşit durumda olana eşit muameleyi emretmektedir. Yukarıda da açıklandığı gibi kıyas ile çıkarım yapılmasının temelinde de bu ilke yatmaktadır. Dolayısıyla, bir olayda kıyas yapıp yapılamayacağı ancak kanunda düzenleme altına alınan olay ile düzenlenmeyen olayın benzer olup olmadıklarının tespiti ile mümkündür. Bu anlamda, kıyas yoluyla çıkarım yapılırken çıkış noktası olarak hangi kuralın ele alınacağı sorusunun cevabı için öncelikle, kanunda düzenleme altına alınan olay ile düzenleme altına alınmayan olayın esaslı noktaları bakımından birbirine benzer olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekir⁵⁷⁸. Bu noktada aranan husus benzerlik olup, aksine aynılık değildir. Zira, her iki olayın bütün unsurları ile aynı olması hâlinde zaten kıyasa gerek kalmaksızın hükmün doğrudan ikinci olaya da uygulanması söz konusu olur⁵⁷⁹.

Bu benzerliğin tespiti her zaman kolay değildir. Özellikle düzenleme altına alınan konu ile düzenleme ihtiyacı bulunan konu arasında önemli unsurlar bakımından, içerik açısından ya da yapısal olarak bir yakınlığın, fonksiyonel anlamda bir denkliğin bulunması hatta mukayese edilen unsurların karşılıklı olarak değiştirilebilir olması gerekir⁵⁸⁰. Ayrıca, düzenleme altına

⁵⁷⁶ **Kramer**, s. 267; **Thomas/Putzo/Reichold**, Einl. V, VI, para. 6.

⁵⁷⁷ Bu yönde bkz. **Kramer**, s. 205 vd., 267. Bu noktada Kramer, örf adet hukuku ile kıyas çıkarımı arasında yaptığı değerlendirmede, kanun koyucunun değer yargılarına öncelik tanınması ve bu nedenle örf adet hukukuna dayanılarak kanun boşluklarının doldurulmasından da önce kıyasın denenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. **Kramer**, s. 249-250.

⁵⁷⁸ **Reimer**, para. 577; **Gözler**, Giriş, s. 356; **Furtun**, s. 80.

⁵⁷⁹ **Gözler**, Giriş, s. 356; **Furtun**, s. 80.

⁵⁸⁰ **Reimer**, para. 578.

alınan olay ile düzenlenmeyen olay arasındaki ortaya çıkan menfaat benzerliği, kıyasın uygulanabilmesi için bir gerekçe olabilir⁵⁸¹. Bu ise kuralın amacına (*ratio legis*) başvurulmasını ve ilgili hukuk alanının sistematik bağlamını göz önünde bulundurmayı gerektirir⁵⁸². Zira, kıyasın uygulanması bir mantık meselesi olmaktan daha çok bir amaç meselesidir⁵⁸³. Bu nedenle kanunun temelinde yatan değer yargıları dikkate alındığında, kanunen düzenleme altına alınan olay ile düzenleme ihtiyacı bulunan olay arasındaki farklılıkların esaslı olmaması gerekir⁵⁸⁴.

c. Kıyaslanabilirlik

Genel olarak, her hukuk normunun nakledilebilir bir amacının (*ratio legis*) olduğundan her kuralın doğası gereği kıyaslanabilir olduğu kabul edilmekle birlikte⁵⁸⁵, hukukî güvenlik nedeni ile kimi zaman kuralın bu özelliğinin ortadan kaldırılması mümkündür⁵⁸⁶. Şayet, bir hukuk kuralının hukukî sonuçlarının, sadece kanunda düzenlenen belirli olaylar için geçerli olduğu anlaşılıyorsa bu durumda kıyas yasağının varlığı kabul edilmelidir⁵⁸⁷. Bu anlamda en bilindik örnek, Anayasa'nın 38'inci maddesi ile güvence altına alınmış ve Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesi ile de açıkça düzenlenmiş bulunan suç veya ceza içeren normlarda kıyas yapılamayacağına ilişkin düzenlemedir⁵⁸⁸.

Bu açıdan özellik arz eden bir husus, istisnâî kuralların kıyasa elverişli olup olmadığıdır. Öncelikle, istisnâî kuralların da yoruma elverişli olduğu ve bu kurallarda istisnâî olarak sayılan hususların belirlenmesinin yorum ile mümkün olduğu unutulmamalıdır⁵⁸⁹. Dolayısıyla, tahdidî

⁵⁸¹ Barth, s. 90-92.

⁵⁸² Würdinger, AcP 206, s. 952- 953; Würdinger/Bergmeister, s. 17.

⁵⁸³ Barth, s. 90; Würdinger, AcP 206, s. 952, 978; Würdinger/Bergmeister, s. 17, dn. 33; Reimer, para. 555.

⁵⁸⁴ Kramer, s. 230; Würdinger, AcP 206, s. 953; Würdinger/Bergmeister, s. 17. Bu yönde bkz. YİBGK, 04.04.1945 T., 1944/18 E., 1945/7 K., <https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=63150>, s.e.t. 20.03.2020.

⁵⁸⁵ Canaris, s. 183; Engisch, s. 193.

⁵⁸⁶ Würdinger, AcP 206, s. 955; Würdinger/Bergmeister, s. 16.

⁵⁸⁷ Canaris, s. 183; Würdinger, AcP 206, s. 955; Würdinger/Bergmeister, s. 16.

⁵⁸⁸ Kıyasın, kanunun özüyle uygulanmasından başka bir şey olmadığını ileri süren düşünceye göre, ceza hukuku bakımından da “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin kıyas düşmanı bir ilke olduğu iddia edilemez. Ceza hukukunda da kanuna mündemiç değer yargılarından ve amacından hareketle mevcut düzenlemenin kelime anlamının içinde yer almayan diğer bazı olaylara da uygulanabileceği kabul edilmelidir. Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 208. Bu çerçevede, İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında kıyasın amaca uygun yoruma hizmet ettiği bu nedenle ceza hukukunda dahi kıyasın uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. BGE, 87 IV 115, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de>, s.e.t. 07.12.2019. Türk hukuku açısından kanun koyucunun Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasında suç ve cezaların kanuniliğine ilişkin düzenlemenin ardından üçüncü fıkra kıyasın yasak olduğunu açıkça düzenlemiş olması da bu görüşü destekler niteliktedir.

⁵⁸⁹ Würdinger, AcP 206, s. 959.

şekilde bir saymanın söz konusu olduğu ve bu nedenle istisnâ olarak değerlendirilen bir kanunî düzenlemede bu saymanın kapsamının belirlenmesi ve hayat olayının bu sayma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilmesi yorumu gerekli kılar.

Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hâkimlerin yasaklı olduğu hâllere ilişkin düzenleme öngören 34’üncü maddesinde yer alan “hâkimin kendisiyle doğrudan ya da dolayısıyla ilgili olduğu” (HMK m. 34/1-a) davanın kapsamının belirlenmesi yoruma muhtaçtır. Bu bağlamda, hâkimin hissedarı bulunduğu bir şirketin taraf olduğu davaya bakmaktan yasaklı olup olmadığının⁵⁹⁰ tespiti kuralın yorumunu gerektirir. Aynı düzenlemede yer alan diğer bir yasaklılık hâli olarak, hâkimin “kendisi veya eşinin altsoy ya da üst soyunun davasına” bakamayacağı düzenlenirken evlilik birliğinin kalkmış olmasına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir (HMK m. 34/1-c). Oysa, hâkimin “aralarındaki evlilik birliği kalksa bile eşinin” ve “kayın hısımlarının” davasına bakamayacağı da yine aynı madde içinde düzenlenmiştir (HMK m. 34/1-b, d). Bu durumda, hâkimin aralarındaki evlilik birliği son bulan eşinin altsoy ya da üstsoyunun davasında yasaklı olup olmadığı ise kanun koyucunun iradesinin ve boşluğun söz konusu olup olmadığının tespitini gerektirir. Bu noktada, hâkimin, kuralın diğer bentlerinde yer alan düzenlemeleri de dikkate alarak, aralarındaki evlilik birliği sona eren eşinin altsoy ya da üstsoyunun davasına bakmaktan yasaklı olduğuna karar vererek çekinmesi hâlinde, kuralın lafzı itibari değil fakat özü itibariyle uygulanması söz konusudur. Bu durumda ise istisnâ⁵⁹¹ olarak düzenleme altına alınan bir hükmün kıyas yolu ile genişletilip genişletilemeyeceği sorusu gündeme gelir. Bu anlamda, istisnâ hükümler bakımından kıyas yasağının mevcut kuralın yorumu ile karıştırılmaması gerekir.

İstisnâ kuralların kıyaslanabilir olup olmadığına ilişkin ise öğretilde iki farklı görüş bulunmaktadır⁵⁹². Roma hukukundan bu yana taraftar toplayan birinci görüşe göre⁵⁹³, istisnâ

⁵⁹⁰ Örnek için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 67.

⁵⁹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 34’üncü maddesinde sınırlı bir sayma olduğu yönünde bkz. **Kuru**, C. I, s. 81; **Tanrıver**, Usûl, s. 272; **Akkan, Mine**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2017, s. 372. Alman hukukunda da hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hâller istisnâ olarak gösterilmiştir. Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 24, para. 2.

⁵⁹² Bkz. **Canaris**, s. 181-183; **Engisch**, s. 196; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 36; **Reimer**, para. 585; **Larenz/Canaris**, s. 175-176; **Kramer**, s. 243-244; **Bydlinski**, s. 440; **Fasching**, Auslegung, s. 42; **Würdinger**, AcP 206, s. 965 vd.; **Würdinger/Bergmeister**, s. 16.

⁵⁹³ **Engisch**, s. 196; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 36. Bu yönde ayrıca bkz. BVerfG, 13.04.1990, 1 BvR 1186/89, NJW 1990, 1593 (1594); BGH, 27.10.1988, IX ZR 38/88, NJW 1989, 227; BGH, 02.11.1988, VIII ZR 121/88, NJW 1989, 460 vd.; BGH, 19.11.1957, VII ZR 409/56 26, NJW 1958, 303-304. İstisnaların dar yorumlanacağına ve bu nedenle kıyasa elverişli olmadıklarına ilişkin bu kuralın İspanya, İtalya ve Portekiz hukukunda pozitif temelinin de bulunduğu yönünde bkz. **Kramer**, s. 241, dn. 676.

kurallar dar yorumlanmalıdır (*Singularia non sunt extendenda*)⁵⁹⁴. Şayet, istisnaî kuralların kapsamına kıyas ile yeni durumlar ilave edilirse bu hâlde düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun iradesinin aksine genişletilmiş olur. Oysa kanun koyucunun düzenlediği istisnalar kıyas ile genişletilemez. Dolayısıyla bu durumda, istisnaî olarak düzenlenmiş kurallar kıyas ile çıkarım yapmak bakımından çıkış noktası olarak kullanılmaya müsait değildir⁵⁹⁵.

İkinci görüşün hareket noktası temel olarak, doğası gereğince kıyasa elverişli olmayan herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını ortaya koymakta ve kıyasın ancak hukukî güvenlik nedeni ile yasaklanabileceğini vurgulamaktadır⁵⁹⁶. Dolayısıyla, istisnaî düzenlemelerin bu karakterinin kıyaslanabilirlik bakımından herhangi bir önemi bulunmaz. Yani normun istisnaî karakteri, kıyas bakımından herhangi bir sonuç çıkarılmasına yardım etmez. Kıyaslanabilir olup olmamak ister istisnaî ister genel bir kural olsun, bu kuralın amacından hareketle belirlenir⁵⁹⁷. Kanun koyucunun amacını aşmamak kaydıyla istisnaî kurallarda da kıyas mümkündür⁵⁹⁸. Diğer bir anlatımla, istisnaî kurallar kıyasen uygulanacakları olayın da istisnaî bir özellik arz etmesi hâlinde bu olay üzerine genişleyebilir. Bu, eşit durumda olanlara eşit muamelede bulunulmasına ilişkin olan eşitlik ilkesinin bir gereğidir. İstisnaî kuralların dar yorumlandığını, bu nedenle kıyasın mümkün olmadığını söylemek metodolojik açıdan da doğru bir yaklaşım değildir. Zira, somut olayda normun kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı normun amacına göre belirlenir⁵⁹⁹. Bu şekilde istisnaî düzenlemenin şekli kapsamı değil, maddî kapsamı dikkate alınarak sorun çözüldüğünde, kanun koyucunun istisnaî düzenleme ile korumaya çalıştığı menfaat de ihlâl edilmemiş olur⁶⁰⁰. Normun amacına uygun olduğu sürece, kanunda düzenlenmiş kuralın muhtemel kelime anlamından anlaşılamayan ancak bu kurala benzer olarak nitelendirilebilen, kanunda düzenlenmemiş bir olay bakımından da istisnaî kurallarda kıyas mümkün olmalıdır⁶⁰¹. Dolayısıyla istisnaî düzenleme öngören kurallar açısından, kıyas

⁵⁹⁴ Roma hukukunda kabul edilen bu ilkeye benzer bir düzenleme de Mecelle’de yer almaktadır. Mecelle’nin 9’uncu maddesinde “*sıfat-ı arızada aslanan ademdir*” hükmüne yer verilmiş; talî nitelikteki hususlarda aslananın yokluk olduğu düzenlenmiştir. Buradan hareketle, kurala istisna getirecek bir durumda tereddütün varlığı hâlinde bu istisnanın kabul edilmemesi sonucu doğar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, Yorum, s. 33.

⁵⁹⁵ **Reimer**, para. 585.

⁵⁹⁶ **Canaris**, s. 183.

⁵⁹⁷ **Würdinger**, AcP 206, s. 966-967. Benzer şekilde bkz. **Larenz/Canaris**, s. 175-176; **Kramer**, s. 243-244; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 44. Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin, adli tatilde görülecek işler bakımından vermiş olduğu bir kararda, istisnaî düzenleme öngören kuralın amacından hareketle kapsamının genişletilebileceği düşüncesi ile sonuca varılmıştır. Bkz. OGH, 22.10.1974, 4 Ob 67/74, <https://www.jusline.at/entscheidung/363015>, s.e.t. 28.03.2020.

⁵⁹⁸ **Larenz/Canaris**, s. 176; **Bydlinski**, s. 440; **Canaris**, s. 181-183; **Fasching**, Auslegung, s. 42; **Würdinger**, AcP 206, s. 965 vd.; **Würdinger/Bergmeister**, s. 16; **Reimer**, para. 585.

⁵⁹⁹ **Würdinger**, AcP 206, s. 961; **Würdinger/Bergmeister**, s. 16.

⁶⁰⁰ **Kramer**, s. 244.

⁶⁰¹ **Würdinger/Bergmeister**, s. 16.

çıkartımının temelini oluşturan, dar yorumlanan ve fakat genel bir ilkenin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁰². Bu aşamada dikkat edilmesi gereken husus ise kıyas ile varılan sonucun istisnaî kuralın amacına aykırı düşmemesi ve kurala genel bir nitelik kazandırmamasıdır⁶⁰³. Hayatın sürekli değişen ve gelişen koşulları dikkate alındığında, hukuk düzeninin dinamikliği karşısında çok katı ve statik tespitlere yer yoktur ve istisnaî kuralların kıyaslanabilir olmadığına ilişkin genel bir kabul hatalı olur⁶⁰⁴.

Türk hukukunda da istisnaî kuralların dar yorumlanması gerektiğinden hareketle kıyasa elverişli olmadığı savunulmaktadır⁶⁰⁵. Buna karşın *Akyol*'a göre kuralın istisnaî karakterini etkilemediği, yani dar yorumu engellemediği sürece bu kuralların da kıyasa elverişli olduğu kabul edilmelidir⁶⁰⁶. Benzer şekilde *Akkanat* da istisnaî hükümlerin düzenlendiği duruma benzer olaylar bakımından kıyasen uygulanmasının modern hukuk anlayışlarında kabul edildiğini ifade etmiştir⁶⁰⁷. Aynı yönde görüş belirten *Yongalık* ise kanunda bunu engelleyici bir hüküm bulunmadığı ve hukukî güvenlik ilkesine de aykırı olmadığı sürece istisnaî kuralların da kıyasa elverişli olduğunu ifade etmiştir⁶⁰⁸. *Aral* da istisnaî hükümlerde kıyasın mümkün olmadığı gibi bir sonuca her zaman varılamayacağını dile getirmiştir⁶⁰⁹.

Kanaatimizce de kuralın arz ettiği özelliğe göre değil, aksine amacından hareketle kıyasın mümkün olup olmadığı tespit edilmelidir. Dolayısıyla, istisnaî nitelik taşıyan kurallar bakımından kıyasın mümkün olmadığını söylemek her zaman doğru değildir. Buradan hareketle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34'üncü maddesiyle düzenlenmiş olan hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığına ilişkin örneğe tekrar dönüldüğünde her ne kadar evlilik birliği ortadan kalkmış olsa bile hâkimin eski eşinin altsoyunun ve üstsoyunun davasına bakmaktan yasaklı olduğu sonucuna varılması gerekir⁶¹⁰. Zira, 34'üncü madde ile düzenlenen hâller

⁶⁰² **Würdinger**, AcP 206, s. 961.

⁶⁰³ **Würdinger**, AcP 206, s. 961.

⁶⁰⁴ **Würdinger**, AcP 206, s. 961, 967. Aynı yönde bkz. **Kramer**, s. 243.

⁶⁰⁵ **Oğuzman/Barlas**, para. 248; **Gözler**, Yorum, s. 59; **Gözler**, Giriş, s. 358-359.

⁶⁰⁶ **Akyol, Şener**, Medeni Hukuka Giriş, 1995, s. 246.

⁶⁰⁷ **Akkanat, Halil**, Türk Hukukunda İyiniyetin Korunması, 2010, s. 194.

⁶⁰⁸ **Yongalık**, s. 12-13.

⁶⁰⁹ **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 203.

⁶¹⁰ Öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34'üncü maddesi ile düzenlenmeyen bu durumun hâkimin yasaklılığına sebebiyet vermesi gerektiği yönünde görüşler için bkz. **Umar**, Şerh, s. 156; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 71; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, s. 375. Bu konuda ifade edilen bir diğer görüş ise düzenlemenin amaca uygun yorumu neticesinde eski eşin altsoyunun ve üstsoyunun davasında hâkimin yasaklılığı sonucuna ulaşılabileceği yönündedir. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 123. Tanrıver ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34'üncü maddesinde tahdidî bir sayım olduğu için kıyas yolu ile genişletilemeyeceğini ifade etmiş; ancak daha sonra evlilik birliği ortadan kalkmış olsa bile hâkimin eski eşinin altsoy veya üstsoyunun davasına bakmaktan yasaklı olduğunu açıklamıştır. Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 272.

hâkimin tarafsızlığını koruyamayacağını kesin olarak kabul edildiği ve bu nedenle davadan çekinmesinin zorunlu olduğu hâllerdir. Böyle özel durumları hâkimin ya da tarafların iradesine bırakmak istemeyen kanun koyucu, bu gibi durumlarda hâkimin mutlaka çekinmesini emreder. Hâkimin, aralarındaki evlilik birliğinin ortadan kalkmış olsa bile eski eşinin üçüncü dereceye kadar kayın hısımlarının davasına bakmaktan yasaklı olduğunu (HMK m. 34/1-d) düzenleyen kanun koyucunun eski eşinin altsoyunun ve üstsoyunun davasına bakmaktan yasaklı olmadığını (HMK m. 34/1-c) kabul ettiğini düşünmek, hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin kuralın benzer durumlarda farklı şekilde uygulanmasına sebebiyet verir. Dolayısıyla kanunda düzenlenen vakıaya benzer durumdaki bir başka olay bakımından, kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından bahisle yasaklılıktan söz edilemeyeceğini ve bu durumda olsa olsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36'ncı maddesi ile düzenleme altına alınan hâkimin reddine ilişkin hükmün uygulanacağını ileri sürmek, bahsi geçen hükümlerin inceleme usûlü ve hukukî sonuçları dikkate alındığında eşitlik ilkesine (AY m. 10) aykırılık teşkil eder.

Bu noktada üzerinde dikkatle durulması gereken husus ise kıyas ile varılan sonuç ile kıyasen uygulanan normun getiriliş amacının kanun koyucunun temel değerlendirmesinin aksine olacak şekilde aşılmaması gerektiğidir. Yani, kıyas çıkarımının temelden yoksun kişisel bir kanaate dayanmaması gerekir⁶¹¹. Dolayısıyla, kıyas ile sonuca varılması hâlinde hâkimin kıyasın uygulanabilmesi bakımından haklı sebeplerin bulunduğunu ve kıyasın şartlarının gerçekleştiğini gerekçeleri ile ortaya koyması gerekir. Aksi hâlde, yasama organına tanınan kanun koyma görevinin keyfi şekilde yargı organlarına geçmesi sonucu doğar; ki bu anayasal kuvvetler ayrılığı prensibine tamamen aykırıdır. Kıyas uygulanarak kanunî düzenlemelerin getiriliş amaçları (*ratio legis*) ve kanunî temelleri değiştirilemez⁶¹².

3. Çeşitleri

Münferit kıyas, kanunda düzenlenen münferit olayın hukukî sonuçlarının düzenlenmeyen benzer olaya genişlemesi olarak tanımlanabilir⁶¹³. Hukuk sistemimizde sıklıkla kullanılan kıyas çeşidi münferit kıyastır. Burada, sadece hâkimin somut olaya uygulayabileceğini düşündüğü ve fakat altlama faaliyetinin başarısız olduğu münferit kanunî

Bu durumda hâkimin reddinin söz konusu olduğu yönündeki pozitivist yaklaşım için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 68.

⁶¹¹ **Würdinger**, AcP 206, s. 977.

⁶¹² **Würdinger**, AcP 206, s. 977.

⁶¹³ Benzer tanımlar için bkz. **Kramer**, s. 232; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art.1, para. 382; **Barth**, s. 82; **Würdinger**, AcP 206, s. 953; **Würdinger/Bergmeister**, s. 17; **Reimer**, para. 558; **Furtun**, s. 78; **Sözer**, s. 206.

düzenlemenin, somut olayın vakıalarının benzerliği nedeni ile kıyasen uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla burada sadece tümünden gelim yöntemi kullanılarak sonuca varılmaktadır.

Bütünsel kıyasta (hukuk kıyası) ise benzer olaylarda aynı ya da benzer hukukî sonuçları doğuran birden fazla kuralın kıyas için çıkış noktası olarak kullanılması söz konusudur⁶¹⁴. Bu yolla, kanunî düzenlemeye kavuşturulmuş birden fazla kuraldan yararlanılarak tüme varım yöntemi ile büyük önerme oluşturulmakta; elde edilen bu genel ilke hukukî düzenleme ihtiyacı olan diğer olay bakımından da kıyasen uygulama alanı bulmaktadır⁶¹⁵. Dolayısıyla burada, öncelikle birden fazla kanunî düzenleme aracılığı ile tüme varım yöntemi kullanılarak genel bir ilke oluşturulmakta, daha sonra oluşturulan bu ilke tümünden gelim yoluyla somut olaya uygulanmaktadır. Örneğin, Alman Hukuku'nda düzenlemeye kavuşturulmuş müdahalenin men'i davası ve tecavüzün ref'ini talep hakkı belirli hak ya da malların ihlâli hâlinde tazminat yükümlülüğü getirerek bu hak ya da malların korunmasını amaçlamaktadır. İsim üzerindeki hak bakımından (§12 BGB), mülkiyet hakkı (§1004 BGB) ve zilyetlik (§862 BGB) bakımından kanunî düzenlemeye kavuşturulmuş olan bu düzenlemelerin aslında hakkı zarara uğrayan kişinin tazminat talebine ilişkin genel bir kuralı ifade ettiği ve dolayısıyla yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, sağlığa, özgürlüklere veya kişilik haklarına ilişkin benzer bir saldırıda bu hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla bir sonuca ulaşılabilceği genel olarak kabul edilmiştir⁶¹⁶.

Bütünsel kıyasta aranan şartlar da esasen münferit kıyas ile aynıdır. Ancak, münferit kıyasa nazaran bütünsel kıyasın, kıyas yasağının bulunmaması ve benzerlik unsurları bakımından daha titiz bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Zira, birbirine benzer birden fazla konunun kanunda düzenlenmiş olmasına karşın düzenlemeye ihtiyaç duyduğu düşünülen olaya kanunda yer verilmemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olabilir⁶¹⁷. Ayrıca, bütünsel kıyasta genel bir ilkeye varıldığı ve bu ilke benzer diğer olaylara uygulandığı için münferit kıyasa nazaran daha geniş bir uygulama alanı söz konusu olur⁶¹⁸. Bu noktada ortaya çıkan bu genel ilkenin, düzenleme altına alınmamış ve fakat kıyasın mümkün olduğu diğer benzer olaylarda da uygulanmasının bazı sonuçları vardır. Özellikle, maddî anlamda kesin hükmün

⁶¹⁴ Reimer, para. 586.

⁶¹⁵ Bydlinski, s. 476; BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art.1, para. 483; Barth, s. 83; Würdiger, AcP 206, s. 954; Würdinger/Bergmeister, s. 22; Reimer, para. 587; Furtun, s. 78; Sözer, s. 208. Bütünsel kıyasın gerçek anlamda bir kıyasen uygulama olmadığı yönünde bkz. Canaris, s. 98.

⁶¹⁶ Würdinger, AcP 206, s. 954-955; Reimer, para. 586.

⁶¹⁷ Reimer, para. 589.

⁶¹⁸ Reimer, para. 590.

kapsamında yer almamasına karşın ortaya çıkan ilkenin, sonraki yargılamalarda hukukun uygulanması bakımından yönlendirici bir etkiyi meydana getirdiği ifade edilmiştir⁶¹⁹.

Eğer kıyasen uygulanacak kuralın hukukî sebepleri ve hukukî sonuçları benzer olay bakımından tamamen geçerli olmayıp sadece kısmî benzerlik mevcut ise bu durumda genel kıyas yerine kısmî ya da sınırlandırılmış kıyastan bahsedilebilir⁶²⁰. Örneğin, sadece hukukî sebeplerin benzediği, ancak hukukî sonuçların benzemediği bir durumda genel kıyas yerine kısmî kıyas uygulanabilir⁶²¹. Bu durum, kıyasen uygulamaya ilişkin hükümlerin sadece hukukî sebeplere ya da sonuçlara atıf yaptığı hâllerde de söz konusudur⁶²².

Bunların dışında, *Canaris*'e göre kıyas gerekli ve mümkün olarak da ikiye ayrılmaktadır. Hakkın yerine getirilmekten kaçınılmasına (*ihkak-ı haktan istinkaf*) yol açan düzenleme eksiklikleri bakımından kıyas sadece boşluk doldurma yöntemi olarak diğer yöntemler yanında bir ihtimal iken; gerekli kıyas amaçsal boşluklarda söz konusudur ve hem boşluğun tespitine hem de boşluğun doldurulmasına hizmet eder⁶²³. Örneğin, anayasal bir hak ya da özgürlüğün etkili korunması başka suretle mümkün değil ve diğer herhangi bir üstün yarar da kıyasın uygulanması önünde engel teşkil etmiyorsa bu durumda kıyasın uygulanması zorunlu hâle gelir⁶²⁴.

B. Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon)

Amaca uygun sınırlama, örtülü/istisnâî boşlukların doldurulması bakımından, özellikle Alman ve Avusturya hukukunda kabul edilen ve eşitlik kuralının negatif yönünden hareketle ortaya çıkan bir yöntemdir⁶²⁵. Kanunda somut uyuşmazlığın çözümü bakımından bir kural öngörülmüş olmasına rağmen, kısıtlayıcı bir vakıya ya da istisnâî bir şart eksikliği nedeni ile kuralın lafzının amacına oranla çok geniş olduğu durumlarda, örtülü boşluklardan bahsedilmektedir. Bu durumda, kuralın lafzı içinde kalan ve fakat amacına aykırı olan

⁶¹⁹ Reimer, para. 592.

⁶²⁰ Canaris, s. 149-150.

⁶²¹ BGH bir kararında, araç sürücüsünün trafik kurallarına uygun hareket etmesine karşın aniden önüne çıkan kreş öğrencilerine zarar vermemek için aracını yandaki boş araziye sürmesi nedeni ile uğradığı zarar bakımından zorunluluk hâline ilişkin hükmün kıyasen uygulanabileceğini ancak hukukî sonuçlar bakımından olaya “uygun” bir değerlendirmenin yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. BGH, 27.11.1962, VI ZR 217/61, BGHZ, 38, 270 (227 vd.)

⁶²² Canaris, s. 150.

⁶²³ Canaris, s. 146.

⁶²⁴ Reimer, para. 559.

⁶²⁵ Canaris, s. 82 vd.; Larenz/Canaris, s. 211. Ayrıca bkz. BVerfG NJW 1997, 2230; BVerfG NJW 2012, 669 (672); <https://beck-online.beck.de>, s.e.t. 11.03.2020.

durumların dışlanması ve kuralın uygulama alanının daraltılması, amaca uygun sınırlama olarak tanımlanabilir⁶²⁶. Diğer bir anlatımla, amaca uygun sınırlama bir kuralın aslında amacı itibarıyla geçerli olmaması gereken olay gruplarına uygulanabildiği durumlarda, ortaya çıkan düzenleme hatasıdır⁶²⁷. Bu durumda kanunda yer alan düzenleme hatalıdır; çünkü düzenlemenin lafzı dikkate alınır, eşit olmayan durumlara eşit şekilde uygulama sonucu ortaya çıkar⁶²⁸. İşte bu sonucun engellenebilmesi için, kanundaki istisnâî boşlukların kanunun amacına uygun bir ilave ile sınırlandırılması gerekir⁶²⁹. Amaca uygun sınırlama, bir hukuk yaratma yöntemi olmayıp kanun koyucunun amacını korumaya hizmet eden bir yorum yöntemidir⁶³⁰.

Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 57’nci maddesi ile ihtiyarî dava arkadaşlığının kabul edilebileceği durumlar düzenlenmiş, bunlardan biri olarak da c bendinde “davanın temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı ya da birbirine benzer olması” sayılmıştır. Kanunun lafzı itibarıyla incelendiğinde hem vakıaların hem hukukî sebebin ortak olduğu durumlarda birlikte dava açılması mümkündür. Dolayısıyla, tek başına vakıaların ortak olması bu hükmün uygulanabilmesi için yeterli değildir. Oysa, ihtiyarî dava arkadaşlığının amacı, aslında ayrı ayrı açılacak birden fazla davanın dava konusundaki ya da dava sebebindeki benzerlik nedeni ile tahkikat aşamasının birlikte yürütülmesi ve böylelikle hem çelişkili kararların verilmesine engel olunması hem de usûl ekonomisinin sağlanmasıdır⁶³¹. Dolayısıyla her ne kadar hukukî sebebi ortak olmasa da aynı ya da benzer vakıalara dayanan davaların, birlikte açılması kanun koyucunun amacına da hizmet eder. Bu hâlde kuralın, hukukî sebebi aynı olmasa da vakıaları aynı ya da benzer olması hâlinde de uygulanabilmesi⁶³²; kuralın amaca uygun sınırlandırılması gerekir.

⁶²⁶ Benzer tanımlar için bkz. **Larenz/Canaris**, s. 210, 211; **Kramer**, s. 251; BK **ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 393; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 98.

⁶²⁷ **Schumann**, Methode, s. 1237.

⁶²⁸ **Schumann**, Methode, s. 1237.

⁶²⁹ **Larenz/Canaris**, s. 210.

⁶³⁰ **Fasching**, Auslegung, s. 31. Ayrıca bkz. BVerfG, NJW 1997, 2230, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-1997-S-2230-N-1>; BVerfG, NJW 2012, 669 (672), <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-2012-S-669-N-1>, s.e.t. 11.03.2020.

⁶³¹ **Kuru**, İstinafa Göre, s. 481; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 687; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 552; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 240. Benzer şekilde bkz. **MüKoZPO/Schultes**, § 59, para. 1; **Musielak/Voit/Weth**, § 60, para. 2. Bu husus ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun gerekçesinde de yer almaktadır. Bkz. HMK Gerekçe, m. 62, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, s.e.t. 10.04.2020.

⁶³² **Kuru**, C. III, s. 3343; **Tanriver**, Usûl, s. 544; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 693; **Erdönmez, Güray**, HMK m. 57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 709 vd.. Aksi yönde bkz. **Karşı**, Muhakeme, s. 368. Ancak Karşı da söz konusu düzenlemede “ve” yerine

Özellikle, usûl kanunlarında yapılan değişikliklerin ardından, kanunda taraflara yönelik olarak getirilen sürelerin yeni kanunî düzenlemelerle kısaltılması hâlinde, herhangi bir geçiş hükmünün öngörülmemesi durumunda, eski kanuna göre başvuru hakkına sahip bulunan fakat yeni düzenlemeye göre bu hakkı sona eren taraflara yönelik olarak, yeni düzenlemenin uygulanması, kişilerin hukukî dinlenilme hakkını zedeleyeceğinden; yeni kuralların daha iyi ve bu nedenle tarafların daha lehine olduğunda ilişkin düşünceye⁶³³ aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, derhal uygulama kuralının, bu gibi durumlarda amaca uygun biçimde sınırlandırılması hem usûl hukukunun ilke ve esaslarına hem de Anayasa'ya daha uygundur.

Türk-İsviçre hukukunda kıyasın tereddütsüz kabul edilmesine karşın, amaca uygun sınırlama bakımından bazı tartışmalar söz konusu olmuştur. Özellikle, kanun koyucu tarafından hazırlanan kuralın, lafzının kapsamı içinde kalan kimi durumlarda uygulanmaması sonucunu doğuran amaca uygun sınırlama, kanunî düzenlemeye ayrılık olarak algılanmaktadır⁶³⁴. Yine, bu hâlde kanun tarafından tanınmayan bir istisnanın uygulayıcı tarafından öngörülmesinin kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁶³⁵. Bu durumda, hâkimlerin kanun koyucunun yardımcısı değil, rakibi gibi görüldüğü; kanun koyucunun yetki alanına yapılan izinsiz bir müdahalenin bulunduğu düşünülebilir⁶³⁶. Bu hukuk sistemlerinde, genel olarak bu noktada sınırı hakkın kötüye kullanımı belirlemektedir⁶³⁷.

Oysa gerek kıyasta gerekse amaca uygun sınırlamada, kanunî düzenlemenin amacından hareket edilmektedir⁶³⁸. Amaca uygun sınırlama esasen kıyasın aksi yöndeki uygulamasından başka bir şey değildir ve kıyasın kabul edildiği bir sistemde amaca uygun sınırlamanın kabul

“veya” bağlacının kullanılmasının düzenlemenin amacına daha uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Karsh**, *Muhakeme*, s. 369.

⁶³³ “*Usul hukuku alanında geçerli temel ilke, yargılamaya ilişkin kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesidir. Bu ilkenin benimsenmesinin nedeni ise, bu kanun hükümlerinin kamu düzeni ile yakından ilgili olduğu, daima eskisinden daha iyi ve amaca en uygun olduğu fikri ile kanun koyucunun, fertlere ait olan hakların yeni usul hükümleri ile daha önce yürürlükte olan kanundan daha iyi ve daha adil bir şekilde korunacağına ilişkin inancıdır*”, YHGK, 18.01.2012 T., 2011/701 E., 2012/6 K., www.lexpera.com, s.e.t. 31.03.2020.

⁶³⁴ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 394.

⁶³⁵ **Zitelmann**, s. 19.

⁶³⁶ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 394.

⁶³⁷ **Kramer**, s. 254.

⁶³⁸ **Larenz/Canaris**, s. 211.

edilmemesi çelişkilidir⁶³⁹. Son dönemlerde hem İsviçre hukukunda⁶⁴⁰ hem Türk hukukunda⁶⁴¹ amaca uygun sınırlama yönteminin örtülü boşluklar açısından kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Amaca uygun sınırlama da kıyas da olduğu gibi, münferit ve bütünsel olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir. Münferit amaca uygun sınırlama, yalnızca bir hukuk kuralının amacını aşan lafzına istisnalar tanınması ile uygulama alanının daraltılması, yani daraltıcı şekilde münferit kıyasın uygulanması ile ortaya çıkar⁶⁴². Kanunun ve hukuk sisteminin genelinde kabul edilen değer yargıları dikkate alındığında kuralın lafzının çok geniş olduğu tespit ediliyorsa, daraltıcı şekilde bütünsel kıyasın uygulanması ile kuralın sınırlandırılması ise bütünsel amaca uygun sınırlamada olarak tanımlanabilir⁶⁴³. Özellikle, bütünsel amaca uygun sınırlama, kanunî düzenlemenin hakkın kötüye kullanımına yol açacak şekilde geniş olduğu durumlarda, kuralın bu durumu ortadan kaldıracak biçimde sınırlandırılması ile gündeme gelebilir⁶⁴⁴. Buradan hareketle, amaca uygun sınırlamanın genellikle münferit kanunî düzenlemeler bakımından örtülü boşlukların tespitinde rol oynadığı söylenebilir⁶⁴⁵. Ancak kimi durumlarda, amaca uygun sınırlama, sadece kanunda yer alan münferit normlar bakımından değil, hukukun genel ilkeleri açısından da geçerlidir⁶⁴⁶. Tekel durumunda bulunan bir işletmenin sözleşme yapma

⁶³⁹ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 395. Kıyasta, kanunun lafzının ötesinde fakat amacına uygun; (*praeter verba sed secundum rationem legis*); amaca uygun sınırlamada ise kanunun lafzına aykırı fakat amacına uygun (*contra verba sed secundum rationem legis*) bir uygulamanın dikkate alındığı yönünde bkz. **Kramer**, 251-252.

⁶⁴⁰ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 393 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 5, para. 36. Ayrıca bkz. BGE 121 III 219, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F121-III-219%3Ade&lang=de&type=show_document; BGE 123 III 293, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-III-292%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 09.03.2020. Kuralın lafzının, gerçek anlamı doğru ifade etmediği durumlarda, lafızdan saparak amaca göre karar verilmesinin bir yetkiden ziyade görev olduğu yönünde bkz. BGE 131 III 314, s. 315, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-314%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 12.03.2020.

⁶⁴¹ Bkz. **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 102; **Serozan**, I § 5, para. 40 vd.. “Örtülü boşluk, kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk olarak tanımlanmaktadır. Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun bulunmamaktadır. Basın İş Kanunu'ndaki %5 fazla ödeme, kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, negatif eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu için örtülü boşluk kabul edilerek ve bu boşluk amaca uygun sınırlama ile doldurularak Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca bir indirim tabi tutulmaktadır.”, Y9HD, 14.04.2008 T., 2007/14130 E., 2008/8314 K. Ayrıca bkz. Y9HD, 01.04.2009 T., 2007/40865 E., 2009/9116 K., www.lexpera.com, s.e.t. 09.03.2020.

⁶⁴² **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 403-404.

⁶⁴³ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 405.

⁶⁴⁴ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 405.

⁶⁴⁵ **Canaris**, s. 153.

⁶⁴⁶ **Canaris**, s. 155.

zorunluluğuna ilişkin kural sözleşme özgürlüğünün amaca uygun sınırlandırılmasına örnek olarak gösterilebilir⁶⁴⁷. Hukukun genel mantığı içerisinde getirilen bu sınırlama ile aslında tekel olarak faaliyet gösteren işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğu kurumu inşa edilmiş olmaktadır⁶⁴⁸.

Amaca uygun sınırlamanın her durumda uygulanabilmesi ise elbette mümkün değildir. Öncelikle, kıyasta olduğu gibi burada da temel sınır düzenlemenin amacıdır. Kuralın lafzı ile kanun koyucunun amacının örtüştüğü durumlarda örtülü boşluktan ve dolayısıyla da amaca uygun sınırlamadan bahsedilemez⁶⁴⁹. Yine, kanundaki eksikliğin ya da hatanın olması gereken hukuk bakımından düzeltilmesi gerekmele birlikte pozitif hukuk kuralları çerçevesinde kuralın amacı nedeni ile lafzından sapmanın gerekmediği hâllerde kanun koyucunun yerine geçilerek kuralın değiştirilmesi de mümkün değildir⁶⁵⁰.

Bu konuda dikkate alınması gereken diğer sınır ise kuralın amaca uygun sınırlamaya elverişli olup olmadığıdır. Bu çerçevede, süre veya şekil düzenlemeleri gibi “*katı düzen kurallarının*” amaca uygun sınırlamaya elverişli olmadığı ifade edilmektedir⁶⁵¹. Bu kurallar, temelde keyfiliği engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla böyle durumlarda, hukukî güvenliğin ön planda tutulması gerekir⁶⁵².

Son olarak da kanunda kıyasın yasak olduğu hâllerde amaca uygun sınırlama da mümkün değildir⁶⁵³. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi amaca uygun sınırlama kıyasın istisnalar bakımından uygulanması olduğu için; kıyasın yasak olduğu hâllerde amaca uygun sınırlama da yasaktır⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ **Canaris**, s. 155-156. Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürzumar, Osman Berat**, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, 2006, s. 17 vd.; **Ayrancı, Hasan**, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 230 vd.

⁶⁴⁸ **Canaris**, s. 156.

⁶⁴⁹ **Kramer**, s. 262-263; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 408; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 109 vd.. Ayrıca bkz. BGE 143 I 272, s. 281, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-272%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 12.03.2020.

⁶⁵⁰ **Kramer**, s. 257 vd.; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einl. III, para. 41. Ayrıca bkz. BGE 129 I 302, s. 310, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-I-302%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 12.03.2020.

⁶⁵¹ **Canaris**, s. 192.

⁶⁵² **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama s. 111.

⁶⁵³ **Larenz/Canaris**, s. 211; **Canaris**, s. 193; **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 113.

⁶⁵⁴ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 410.

C. Medenî Usûl Hukukunda Kıyas ve Amaca Uygun Sınırlama

1. Genel Olarak

Medenî usûl hukukuna ilişkin düzenlemelerde de somut olaya doğrudan uygulanacak bir kuralın bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Usûl hukukunda kanunda doğrudan uygulanacak bir kuralın bulunmadığı durumlarda kanunda yer alan benzer bir düzenlemeden yararlanılarak sorunun çözümlenip çözümlenemeyeceği önemli bir konudur. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, kanunda yer alan bir kuralın benzer bir başka kurala uygulanabilmesi için o konuda kıyas yasağının bulunmaması gerekir.

Medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların şekli nitelikte olduğu ve yargılama sırasında keyfiliği engelleme amacına hizmet ettiği dikkate alındığında bu hukuk dalında kıyasın mümkün olmadığı ileri sürülebilir⁶⁵⁵. Ancak kıyasın sınırını, normun doğasının değil, hakkın yerine getirilmekten kaçınılması yasağının oluşturduğu dikkate alındığında⁶⁵⁶ bu kabulün ortaya çıkardığı en önemli sonuçlardan birisi, hukukun teknik alanına ilişkin süre, şekil, tebligat gibi konularda da sadece hukukî nitelikleri gereği kıyasın yasak olduğunun iddia edilemeyeceğidir. Zira, bu düzenlemelerin de bir amacı bulunmaktadır ve bu amaç izin verdiği ölçüde kıyas bu kurallar bakımından da mümkündür⁶⁵⁷. Kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın uygulanabilmesinin temelinde anayasal eşitlik ilkesi yatmaktadır. Buna karşın, açıkça kıyasın yasak olduğunun öngörüldüğü bir alanda, bu ilkedен sapılarak kıyasın ya da amaca uygun sınırlamanın uygulanabileceği iddia edilemez.

2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Almanya, İsviçre ya da Avusturya gibi bazı ülkelerde medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların kıyasen uygulanması bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla bugün hem Alman⁶⁵⁸ hem İsviçre⁶⁵⁹ hem de

⁶⁵⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 16.

⁶⁵⁶ Canaris, s. 182-183.

⁶⁵⁷ Canaris, s. 182. Aynı yönde bkz. Würdinger, AcP 206, s. 968. Ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 16.

⁶⁵⁸ Schumann, Methode, s. 1236 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Einl. § 7, para. 16; Wiczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 133; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 58; Thomas/Putzo/Reichold, Einl. V, VI, para. 6; Zöllner/Vollkommer, Einl., para. 97; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 20. Bu yönde bkz. BGH, 31.10.1966, AnwZ (B) 3/66, BGHZ 46, 195 (198).

⁶⁵⁹ Guldener, s. 53; Meier Hayoz, Arthur, Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht, Schweizerische Juristen-Zeitung, 46/1950, s. 340.

Avusturya⁶⁶⁰ hukukunda usûlî kurallarda, şartların varlığı hâlinde kıyas ve amaca uygun sınırlama genel olarak kabul edilmektedir.

Alman Medenî Usûl hukukunda, pek çok konuda kanunda yer alan bir kuralın benzer başka bir olaya uygulanması yani kıyas yolu ile sonuca varılmıştır⁶⁶¹. Bunun bilinen en önemli örneklerinden birisi, dava takip yetkisinin ihtiyarî olarak başkasına devridir (*gewillkürte Prozessstandschaft*)⁶⁶². Kural olarak dava, sadece davacının dava takip yetkisine sahip olduğu hâllerde geçerli olarak açılabilir (§§ 51, 56 ZPO, HMK m. 53, 114/1-e). Kişi sahip olduğu hakkı kendi adına mahkemede ileri sürerek dava açabilir. Buna karşın, bir hakkın sahibi lehine sonuç doğurması için başkası tarafından ileri sürülmesi hâlinde ise temsil ilişkisinden bahsedilebilir. Başkasının hakkının kanuna ya da geçerli iradî bir işleme dayanılarak kendi namına ileri sürülmesi hâli ise hak sahibi dışında bir başkasının dava takip yetkisi olarak ifade edilebilir⁶⁶³. Kanunî dava takip yetkisinde, başkasına ait bir hakkın kendi adına sonuç elde etmek için ileri sürülmesi kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Ancak, kanunda öngörülmemiş olmasına karşın dava takip yetkisinin hak sahibi tarafından bir başkasına devredilmesi hâlinde, kendisine dava takip yetkisi devredilen kişinin de hukukî korunmaya ihtiyaç duyan bir kişisel menfaati bulunuyor ise davayı takip edebileceği mahkeme kararları ile kabul edilmiştir⁶⁶⁴. Eğer mahkeme kararı, kendisine dava takip yetkisi tanınan kişinin hukukî durumunu etkiliyorsa bu hâlde korunmaya değer bir menfaatin bulunduğu kabul edilmekte⁶⁶⁵; ekonomik menfaatin de bu noktada dikkate alınabileceği ifade edilmekte⁶⁶⁶ ve bu durumda bu kişi tarafından dava açılabilmesi kabul edilmektedir⁶⁶⁷.

⁶⁶⁰ Fasching, Auslegung, s. 42.

⁶⁶¹ Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. Schumann, Methode, s. 1238.

⁶⁶² Wieckzorerek/Schütze/Prütting, Einl., para. 135; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 58.

⁶⁶³ Dava takip yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dişel, Buse, Dava Takip Yetkisi, 2020, s. 8 vd.. Hanağası davada temsil ile dava takip yetkisini birbirinden ayıran hususun bu yetkilere sahip olanların aynı zamanda menfaat sahibi olup olmadıklarına göre belirlendiğini savunmuştur. Yazara göre, dava takip yetkisine sahip olan kişi dolaylı menfaate sahipken temsil yetkisinin sahibinin herhangi bir menfaatinden bahsedilemez. Bkz. Hanağası, Emel, Davada Menfaat, 2009, s. 190.

⁶⁶⁴ Bu yönde bkz. BGH, 03.07.1980, IVa ZR 38/80, NJW 1980, 2461; BGH, 24.10.1985, VII ZR 337/84, NJW 1986, 850; BGH, 19.03.1987, III ZR 2/86, NJW 1987, 2018; BGH, 03.12.1987, VII ZR 374/86, NJW 1988, 1210; BGH 10.06.2016, V ZR 125/15, NJW 2017, 486.

⁶⁶⁵ Bu yönde bkz. BGH, 02.10.1987, V ZR 182/86, NJW RR, 1986, 126-127; BGH, 05.02.2009, III ZR 164/08, NJW 2009, 1213, para. 21.

⁶⁶⁶ Bu yönde bkz. BGH, 23.09.1992, I ZR 251/90, BGHZ 119, 237, 242; BGH, 19.09.1995, VI ZR 166/94, NJW 1995, 3186; BGH 05.11.2015, I ZR 91/11, WRP 2016, 596, para. 20.

⁶⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Musielak/Voit/Weth, § 51, para. 25 vd. Türk hukukunda iradî dava takip yetkisinin mümkün olmadığını ileri süren görüşler (Bkz. Kuru, C. I, s. 1152 vd.; Üstündağ, Usûl, s. 298, 307 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 597; Dişel, s. 101 vd..) olduğu gibi bunun, üçüncü kişinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu ve dava takip yetkisinin devredilebilmesinin mümkün olduğu hâllerde davacı taraf bakımından kabul edilebileceğine yönelik görüşler de bulunmaktadır (Bkz. Alangoya, Tarafta İradî Değişme, s. 140; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 120). 11.02.1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile leh ve aleyhine geçit hakkı istenen taşınmazların tapuda tescil

Yine bu konuda verilen örneklerden biri iradî taraf değişikliğidir⁶⁶⁸. Alman Medenî Usûl Kanunu'nda kanunî taraf değişikliği, taraflardan birinin ölümü (§ 239 ZPO), dava konusu eşyanın (§ 265 Abs. 2 ZPO) ya da taşınmazın (§ 266 ZPO) değişmesi hâlinde gündeme gelebilir. Buna karşın iradî taraf değişikliği Alman Medenî Usûl Kanunu'nda düzenleme altına alınmamıştır. Özellikle, iradî taraf değişikliği sonucunda davaya yeni katılan tarafın davada geline aşamaya kadar gerçekleşen işlemlerin sonuçlarına katlanıp katlanmaması bakımından ortaya çıkan belirsizlik yine hukuk yaratma yolu ile mahkeme kararları ile geliştirilmiştir. Alman Federal Temyiz Mahkemesi, bu konuda dava değişikliğine ilişkin Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 263'üncü paragrafından hareketle karar vermektedir. Dolayısıyla iradî taraf değişikliği için ya bütün tarafların onayının alınması ya da mahkemenin taraf değişikliğini uygun bulması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁶⁹. Davalının muvafakati olmaksızın davacının davasını geri almasının mümkün olmadığını düzenleyen kuraldan hareketle (§ 269 ZPO), davalı tarafın değiştirilmesinde de mutlaka eski davalının onayının aranması gerektiği de vurgulanmıştır⁶⁷⁰. İstinaf aşamasında davalı taraf değişikliğinin ise kötüye kullanıma yol açmadığı sürece yeni davalının onayıyla mümkün olduğuna karar verilmiştir⁶⁷¹.

Alman hukuku bakımından örnek gösterilebilecek bir diğer alan derdest davanın taraflarının dava konusunu aralarında çözüme bağlandığını beyan etmeleri hâlinde söz konusu olmaktadır⁶⁷². Esasen Alman Medenî Usûl Kanunu'na göre tarafların birlikte, dava konusu hakkında çözüme kavuştuklarını beyan etmeleri hâlinde mahkemenin sadece yargılama giderleri hakkında karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir (§ 91a ZPO). Bu durumda, davanın taraf iradesi ile sona ermesi söz konusudur ve bu beyanın ardından derdestlik de ortadan kalkmaktadır. Mahkeme esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapmadığından verilen kararın

edilmiş olması gerektiğine karar verilmiş; aleyhine geçit hakkı talep edilen taşınmazın tapuda tescil edilmemiş olması durumunda, lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz malikinin komşu taşınmazın tapuya kaydı için dava açabileceği kabul edilmiştir. Bkz. YİBHKG, 11.02.1959 T., 959/14 E., 959/13 K., RG, 05.06.1959, S. 10223. Bu kararla birlikte, Türk hukukunda da kanunî dava takip yetkisinden farklı olarak, iradî olmasa da yargısal yolla dava takip yetkisinin tanınabildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Alangoya**, Tarafta İradî Değişme, s. 140; **Dişel**, s. 40-41, 351 vd..

⁶⁶⁸ **Schumann**, Methode, s. 1238; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 135; **Prütting/Gehrlein**, Einl., para. 58. İradî taraf değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **MüKoZPO/Becker-Eberhard**, § 263, para. 67 vd..

⁶⁶⁹ Bu yönde bkz. BGH, 10.07.2015, V ZR 169/14, NJW, 2016, 53,54; BGH, 06.04.2000, IX ZR 422/98, NJW 2000, 1950-1951.

⁶⁷⁰ **MüKoZPO/Becker-Eberhard**, § 263, para.70.

⁶⁷¹ Bu yönde bkz. BGH, 16.12.1997, VI ZR 279/96, NJW 1998, 1496, 1497.

⁶⁷² **Schumann**, Methode, s. 1238; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 135; **Prütting/Gehrlein**, Einl., para. 58.

maddî anlamda kesin hüküm gücü bulunmamakta; karar yalnızca yargılama giderlerine ilişkin nitelik taşımaktadır⁶⁷³.

Yalnızca davacının beyanı (*die einseitige Erledigungserklärung*) hâlinde ise mahkemenin ne şekilde hareket edeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 2004 yılındaki kanunî değişiklik ile, davalı tarafın davacının beyanına iki haftalık süre içinde cevap vermemesi hâlinde bu beyanı kabul ettiğinin varsayılacağı düzenlenmiştir. Ancak, hâlâ kanunda davalının bu beyanı açıkça reddetmesi hâlinde davanın akıbetine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu duruma örnek olarak, davanın açılmasından sonra dava konusu alacağın davalı tarafından ödenmesi hâlinde davacının bu beyanı ileri sürmesi verilmektedir. Böyle bir durumda başlangıçta geçerli ve gerekçeli olarak açılan bir davanın daha sonra gerekçesiz hâle gelmesi söz konusudur ve bu durumda yargılama giderleri bakımından sorumluluk meselesi gündeme gelmektedir. Davalının bu yöndeki herhangi bir beyanı bulunmadığından bu durumda Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 91a paragrafına dayanılarak karar verilmesi mümkün değildir. Öğretide bu durumda davanın tespit davasına dönüştüğü genel olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu hâlde yargılama ve derdestlik sona ermemektedir. Eğer, davalı talebi reddederse, o zaman Kanun'un 91'inci paragrafına göre yargılama giderlerine davacının mahkûm edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁴.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda da İsviçre Medenî Kanunu'nda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlere yönelik olarak 169'uncu maddede (TMK m. 194) yer alan düzenlemede hâkimin müdahalesi öngörülmüş olmasına karşın, yetkili mahkemenin belirtilmemiş olduğu; bu durumda yetkili mahkemeyi belirleme görevinin kanton hukukuna devredildiğinden söz edilemeyeceği; kanunda bir düzenleme eksikliği bulunduğu kabulü gerektiği ifade edilerek bu eksikliğin boşanma davasında yetkiye ilişkin hükmün (Art. 144 ZGB) kıyasen uygulanması ile giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Musielak/Voit/Flockenhaus, § 91a, para. 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. Musielak/Voit/Flockenhaus, § 91a, para. 11 vd.; MüKoZPO/Schulz, § 91a, para. 21 vd.; Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann, Band 2/2, § 91a, para. 5 vd.; Thomas/Putzo/Hüsstege, § 91a, para. 22 vd..

⁶⁷⁴ Musielak/Voit/Flockenhaus, § 91a, para. 45; MüKoZPO/Schulz, § 91a, para. 85. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Musielak/Voit/Flockenhaus, § 91a, para. 28 vd.; MüKoZPO/Schulz, § 91a, para. 75 vd.; Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann, Band 2/2, § 91a, para. 21 vd.; Thomas/Putzo/Hüsstege, § 91a, para. 10 vd..

⁶⁷⁵ Bkz. BGE 86 II 305, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de>, s.e.t. 08.12.2019.

3. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda -Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi- ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ne de diğer yargılama hukukuna ilişkin kanunlarda kıyasın yasak olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Aksine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu pek çok konuda metin içi kıyas yöntemi ile kanunda düzenlenen bazı hükümlerin benzer diğer olaylarda da uygulanabileceğini açıkça kabul etmiştir⁶⁷⁶. Kanun koyucunun, açıkça kıyasen uygulamayı kabul ettiği kuralların varlığı, bu düzenlemeler dışında medenî usûl hukuku alanında kıyasen uygulamanın kabul edilemeyeceği anlamına da gelmez⁶⁷⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir kısıtlayıcı hüküm bulunmamasına karşın, Anayasa'nın 142'nci maddesi ile mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir. Yani yargılama hukukuna ilişkin olarak hukuk sistemimizde kanunilik ilkesi benimsenmiştir⁶⁷⁸. Türk medenî usûl hukukunda, kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın uygulanması bu ilke dikkate alınarak cevaplanmalıdır.

Kanunda yer alan bir düzenlemenin, lafzı içinde yer almamasına karşın amacı dikkate alındığında somut olaya uygulanabildiği (kıyas) ya da lafzının kapsamında kalmasına rağmen amacı dikkate alındığında uygulanamadığı (amaca uygun sınırlama) durumlarda, esasen kanunî düzenlemenin amacı belirleyici rol oynamaktadır. Bu sebeple daha önce de açıklandığı gibi, kıyas ve amaca uygun sınırlama, kanunda yer alan düzenlemelerin amacına uygun şekilde yorumlanmasından başka bir şey değildir. Kanunların sözü ve özüyle birlikte uygulanması gerektiği, Türk hukukunda hem kanunî bir düzenleme ile açıkça ortaya konulmuş hem de pek çok yargı kararında⁶⁷⁹ da teyit edilmiş genel bir ilkedir. Medenî usûl hukukunda da diğer hukuk alanlarında olduğu gibi kanunda yer alan düzenlemenin amacından hareketle sonuca ulaşılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun, kanunların sözüyle ve özüyle uygulanacağına ilişkin kuraldan usûl hukukunda sapmayı gerektiren herhangi bir istisna bulunmamaktadır. Kaldı ki,

⁶⁷⁶ Örneğin bkz. m. 64, 70/2, 136/2, 175, 344, 366, 369/3, 395/3, 396/2.

⁶⁷⁷ **Schumann**, Methode, s. 1236.

⁶⁷⁸ **Tanrıver**, Usûl, s. 82.

⁶⁷⁹ “Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna, gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez”. Bkz. YİBGK, 22.02.1997 T., 1996/1 E., 1997/1 K., <www.kazanci.com>, s.e.t. 25.06.2019; “Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nun 1.maddesine uygun düşmez”, YHGK, 25.02.2004 T., 2004/40 E., 2004/113 E., www.kazanci.com, s.e.t. 27.06.2019.

kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın bir yorum faaliyeti olmadığı, boşluk doldurma türü olduğu kabul edilmiş olsa dahi, kanunda yer alan bir hükme dayanması nedeni ile bu iki kurumun yine de Anayasa ile kabul edilen kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği söylenebilir. Bu hâlde, hâkimin hukuk yaratması ile boşlukların doldurulmasından farklı olarak hâkim yine de kanunî düzenlemelerle bağlı kalmakta ve kanunun ötesinde bir hukuk yaratmadan bahsedilememektedir⁶⁸⁰. Dolayısıyla, medenî usûl hukukunda kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın yasak olduğu söylenemez⁶⁸¹. Hatta aksine, kıyasın uygulanmasına engel herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, hâkimin kıyasen uygulamadan imtina etmesi, hukuku uygulamaktan kaçınmak anlamına geleceğinden Anayasa’ya da aykırılık teşkil eder⁶⁸².

1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’na⁶⁸³ göre yargılama hukukunda da kıyasın uygulanması zorunludur. Bahsi geçen kararda, temyiz harcı yatırılmamasına rağmen temyiz defterine kaydedilen başvuruda temyiz tarihinin belirlenmesi bakımından ne şekilde hareket edilmesi gerektiği Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay Daireleri arasında tartışma konusu olmuştur. Zira o dönem yürürlükte bulunan kanunda harcın eksik yatırılması hâlinde ne şekilde hareket edileceği düzenlenmiş olmasına rağmen harcın hiç yatırılmaması durumu düzenleme altına alınmamıştır. Bunun üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca, sorunun *“yargılama hukuklarında öncelikle geçerli bulunduğu birleşilen benzetme (kıyas) yoluyla çözülerek, boşluğun doldurulacağı, bunun hukuk düzeninin boşluk kabul etmeyeceği ilkesinin doğal sonucu olduğu”* ifade edilmiş; harcın eksik yatırılmasına ilişkin kanunî düzenlemenin kıyasen uygulanması ile mevcut sorunun çözümü konusunda karar verilmiştir⁶⁸⁴. Her ne kadar, kıyasın boşluk doldurma yöntemi olduğu hususuna katılmasak da

⁶⁸⁰ Bkz. **Prütting**, s. 308; **Kramer**, s. 205 vd., s. 267; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 200.

⁶⁸¹ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 16. Ayrıca bkz. **Ansay**, s. 9. Maddî ceza hukukunda kıyas ve dolayısıyla amaca uygun sınırlama kabul edilmemekle birlikte, şekli ceza hukuku bakımından ise kimi durumlarda kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, hukuka aykırı biçimde delil elde edilmesi ve bu şekilde elde edilen delillere dayanılarak hüküm tesisi açıkça yasak olmasına karşın; Yargıtay delillere dayanılarak elde edilen hak ile delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılığı karşılaştırarak elde edilen hakka nispeten hukuka aykırılığın küçük ve şekli kalması hâllerinde bu kuralın uygulanmayacağına karar vermiş ve içtihatları bu yönde gelişmiştir. Bu noktada örneğin, arama kararı olmaksızın delil elde edilmesi mümkün olamamakta, arama kararı bulunmaksızın elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmektedir. Ancak kararın varlığına rağmen örneğin arama esnasında sanık ve kolluk görevlilerinin yanı sıra bulunması gereken komşu ya da ihtiyar heyeti üyesinin bulunmaması (CMK m. 119/4) ve bu duruma itiraz da edilmemesi hâlinde elde edilen delilin delili hukuka aykırı olarak değerlendirmeyi gerektirmediği Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Bkz. YCGK, 13.03.2012 T., 2011/178 E., 2012/96 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.04.2020.

⁶⁸² Bu yönde bkz. **Sözer**, s. 148.

⁶⁸³ Bkz. YİBBGK, 25.01.1985 T., 1984/5 E., 1985/1 K., RG, 16.04.1985, S. 18727.

⁶⁸⁴ Karar oy çokluğu ile verilmiştir, aksi görüşte olan üyeler kanunda bu konuda herhangi bir boşluğun bulunmadığı için hukuk yaratmaya ve kıyasa da gerek olmadığını ifade etmiştir. Diğer bir deyişle karşı görüşte olan üyeler dahi usûlî düzenlemeler bakımından kıyasın uygulanamayacağına ilişkin hâkim görüşün aksine herhangi bir beyanda bulunmamış; sadece kıyası gerektiren herhangi bir durumun somut olayda mevcut olmadığını ifade etmişlerdir.

karar Türk hukuk sistemi açısından da medenî usûl hukukunda kıyasın mümkün olduğuna ilişkin önemli bir esası ortaya koymaktadır.

Öğretide de medenî usûl hukukuna ilişkin münferit kurallar bakımından kıyasen uygulamanın kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda, örneğin, iradî taraf değişikliğine ilişkin olarak kanunda açıkça düzenlenmeyen hususlarda davanın geri alınmasına ilişkin kuralın; iradî taraf değişikliğinin davaya yeni taraf eklenmesiyle gerçekleşmesi hâlinde ise ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin kuralların kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶⁸⁵.

Yargı yerinin belirlenmesi bakımından özellikle her iki mahkemenin de görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermesi hâlinde, yargı yerinin belirlenmesi yetkisini haiz mahkemeye hangi süre içinde başvurulması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı üzerine taraflardan birinin iki haftalık süre içerisinde görevli/yetkili mahkemeye başvurması gerektiğini düzenleyen kuralın kıyasen uygulanması yoluyla sorunun çözülebileceği ifade edilmiştir⁶⁸⁶.

Benzer biçimde, yargılamanın iadesi ile ilk yargılamada verilen ve kesinleşen hükmün geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacağı⁶⁸⁷; ancak, yargılamanın iadesinin talep edilmiş olmasının hükmün icrasını durdurmayaacağından (HMK m. 381, c. 1) bu hükmün icrasına başlanılmış olması hâlinde, yargılamanın iadesi kararından sonra eski hâle getirme bakımından nasıl bir yol izleneceğinin kanunda açıkça öngörülmediği ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Bu noktada, yargılamanın iadesi ile icranın iadesine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu’nun 40’inci maddesi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ise 1977 yılında Tapu Kanunu’na dayanılarak yapılan tapu tespitinin kesinleşmesinden sonra yapılacak düzeltmelere ilişkin olarak açılacak davalarda görevli mahkemeye ilişkin Yargıtay daireleri arasında meydana gelen ihtilafın giderilmesi amacıyla yaptığı inceleme üzerine, “Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir. Kıyas veya yorum ile genişletilemez yahut değiştirilemez. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir.” şeklinde bir karar vermiştir. Bkz. YİBHKG, 15.12.1977 T., 1977/4 E., 1977/4 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.04.2020. Söz konusu kararda, tapulama tespitlerinin kesinleşmesinden önceki aşamada tapulama komisyonunun işlemleri aleyhine Kadastro Mahkemeleri’ne başvurulabileceğini düzenleyen hükmün, bu tutanakların kesinleşmesinden sonraki aşamada görevi sona eren komisyonun yetkileri dahilinde olmadan yaptığı düzeltmeler aleyhine açılacak davalarda da uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ise Kanun’da görev bakımından özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda davanın genel görevli mahkemede açılması gerektiğine karar vermiştir. Bu çerçevede, içtihadı birleştirme kararında her ne kadar görev kurallarında kıyasın mümkün olmadığı ifade edilse de, kanaatimizce, bahsi geçen kararda somut uyuşmazlık bakımından görevli mahkemeye ilişkin genel bir hüküm mevcut olduğundan kıyasa ihtiyaç bulunmamaktadır. İçtihadı birleştirme kararı ile kadastro mahkemelerine ilişkin kuralın kıyasen uygulanmasının yasaklanması değil, genel görevli mahkemenin uygulama alanının daraltılması engellenmiştir.

Mahkemelerin görevine ilişkin olarak kıyas yapılamayacağı hususunda bkz. **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2017, s. 45; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 240.

⁶⁸⁵ **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 644.

⁶⁸⁶ **Kuru**, C. I, s. 670.

⁶⁸⁷ **Umar, Bilge**, Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM, Y. 1963, S. 1-2, C. 29, s. 265, 295.

⁶⁸⁸ **Boran Güneysu**, Yargılamanın İadesi, s. 52.

arasındaki benzerlik dikkate alındığında, ilgili düzenleme eksikliĒinin 40'ıncı maddenin kıyasen uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulabileceĒi kabul edilmektedir⁶⁸⁹.

Medenî usûl hukukunda kıyas ve amaca uygun sınırlamadan bahsedilebilmesi için, düzenlemenin lafzı ile amacının örtüşmediĒi bir durumun mevcudîyeti gerekir. Dolayısıyla, kanunun ne lafzının ne de amacının kapsamında kalmayan bir hususun buna rağmen uygulanması mümkün deĒildir. ÖrneĒin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 95'inci ve devamı maddelerinde düzenlenen eski hâle getirmenin tarafın ihmâli nedeni ile usûlî işlemi yapmaması hâlinde de kıyasen uygulanabileceĒi düzenlemenin lafzı ve amacı dikkate alındığında söylenemez⁶⁹⁰. Yine, usûlî düzenlemelerde, düzenlemenin amacı ve lafzı dikkate alındığında, kanundaki susmanın bilinçli olduĒu durumlara daha sık rastlanır⁶⁹¹. Kanun koyucu bilinçli olarak bazı hususları düzenlemenin kapsamı dışında bıraktığında da kıyasın ya da amaca uygun sınırlamanın uygulanabilmesi mümkün deĒildir. ÖrneĒin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesi ile sulh hukuk mahkemelerinin görevi düzenlenirken, “*taşınır ve taşınmaz mallarda sadece zilyetliĒe ilişkin davalar*” bu mahkemenin görev alanına dahil edilmiştir. Bu düzenleme karşısında, taşınır ya da taşınmaz mallara ilişkin mülkiyete yönelik davaların da sulh hukuk mahkemesinin görevine dahil olduĒu iddia edilemez.

Düzenleme eksikliĒinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduĒu ve bu nedenle aksiyle kanıt yoluyla, ilgili hususun düzenlenmediĒi için kuralın uygulanamayacaĒının söylenebildiĒi durumlarda kıyasen uygulama söz konusu olmaz. Kanunda yer alan düzenlemenin aksi ile kanıtından sonuç çıkarılabilmesi için, düzenlemenin açık ve anlaşılır olması gerekir. Düzenlemenin lafzının açık olmadıĒı hâllerde ise aksiyle kanıtın istenip istenmediĒini belirlemek her zaman kolay deĒildir⁶⁹². Bu noktada sorunun çözümünde temel kriter, düzenlemenin amacının ne olduĒudur. ÖrneĒin, motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluĒa ilişkin olarak açılan davaların her ne kadar Karayolları Trafik Kanunu'nun 110'uncu maddesinde lafzen yer almasa da “sigorta şirketinin bölge müdürlüĒünün bulunduĒu yerde de açılabilmesi” Yargıtay tarafından benimsenmiştir. Bahsi geçen hükümde “*sigortacının merkez ya da şubesinin ya da sözleşmeyi yapan acentenin bulunduĒu yer mahkemesinde*” açılabilmesi düzenlenmiştir; Yargıtay da aksiyle kanıt yoluna başvurmak yerine amaçtan hareket ederek, sigortacının bölge müdürlüĒünün acenteden daha yetkili bir organı

⁶⁸⁹ Kuru, C. V, s. 5264, dn. 183; Boran Güneysu, Yargılamanın İadesi, s. 53-54.

⁶⁹⁰ Benzer şekilde bkz. Schumann, Methode, s. 1240.

⁶⁹¹ Schumann, Methode, s. 1240.

⁶⁹² Schumann, Methode, s. 1241.

olduğu ve her ne kadar Kanun'da yer almasa da burada da davanın açılabilirliğini kabul etmiştir⁶⁹³.

Benzer şekilde Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ile adli yargıda açılması gerekirken hataen idarî yargıda açılan davada verilecek görevsizlik kararı üzerine görevli yargı kolunda yeniden dava açılması hâlinde, hak düşürücü süre ve zamanaşımı bakımından hangi tarihin dikkate alınması gerektiği konusunda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idarî yargıda açılması gerekirken adli yargıda açılan davalar bakımından bu hususa ilişkin düzenleme bulunmasına karşın (İYUK m. 9), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmadığı ortaya konulmakta; bu hâlde aksi ile kanıtın değil amaca uygun şekilde kıyasen uygulamanın kabul edildiği görülmektedir. İdare mahkemesinin, adli yargıda görülmesi gerektiğinden bahisle önüne gelen dosyada görevsizlik kararı vermesi üzerine (İYUK m. 14/III, a) davaya adli yargıda ne şekilde devam edileceğine ilişkin bir düzenlemeye Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yer verilmemiştir⁶⁹⁴. Esasen, buradaki temel sorun, davanın konu bakımından yanlış görevli mahkemede açılması olmayıp; yanlış yargı kolundaki bir mahkemede açılmış olmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu durumda, görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen hükmün (HUMK m. 193; HMK m. 20) kıyasen uygulanması ile sorunun çözülmesi gerektiğine; davanın idarî yargıda açıldığı tarihten itibaren dava açılmasına bağlanan sonuçların korunacağına ve böylelikle tarafların hak kaybına uğramasının da önüne geçileceğine karar vermiştir⁶⁹⁵. Yargıtay tarafından, bu kararda, yanlış mahkemede açılan davanın yargı kollarına göre farklı sonuçlar doğurması engellenmiş ve böylece eşitlik ilkesinin ihlâl edilmesinin önüne geçilmiştir.

Sonuç olarak, medenî usûl hukukunda da genel şartların varlığı hâlinde, düzenlemenin amacından hareketle kıyasın uygulanabilmesi mümkündür ve bu durumda, yine de kanunun amacından hareket edildiğinden, yargılamanın usûl ve işleyişinin kanuna dayanması gerektiğine ilişkin kuraldan sapılması da söz konusu değildir.

⁶⁹³ Bkz. Y17HD, 30.04.2014 T., 2013/20177 E., 2014/6644 K.; Y17HD, 26.12.2013 T., 2013/2002 E., 2013/18410 K.; Y17HD, 05.02.2013 T., 2012/712 E., 2013/1079 K., www.lexpera.com, s.e.t. 08.04.2020.

⁶⁹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. § III, C.

⁶⁹⁵ YHGK, 27.02.2008, 2008/140E., 2008/205 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.04.2020. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y22HD, 13.10.2014 T., 2014/25555 E., 2014/27363 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.07.2019; Y10HD, 13.11.2012 T., 2012/19191 E., 2012/21769 K.; Y10HD, 11.02.2010 T., 2009/17251 E., 2010/1646 K.; Y9HD, 06.12.2012 T., 2012/21337 E., 2012/41639 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.07.2019. Öğretide de bu görüş kabul edilmiştir. Bkz. **Kuru**, C. I, s. 367, 741; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 259. Ancak, yargı kollarındaki farklılıklar nedeni ile dilekçelerin hazırlanmasında ortaya çıkan farklılıkların herhangi bir hak kaybına sebebiyet vermemesi için, adli yargıda yer alan mahkemeye yeni bir dilekçe sunulmasının yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kuru**, C. I, s. 741-742; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 260.

§ 5. Hâkimin Hukuk Yaratması Yoluyla Boşluk Doldurma

A. Genel Olarak Hâkimin Hukuk Yaratması

1. Genel Olarak

Somut olaya uygulanacak büyük önerme, kanundaki soyut kuralın yorumlanması yoluyla, eğer yorumla sonuca varılamıyorsa, örf adet hukukuna bakılarak ve bu şekilde de herhangi bir çözüme ulaşılamadıysa son olarak da kanun boşluklarının doldurulması ile tespit edilebilir⁶⁹⁶.

Somut olaya uygulanacak kuralın, her zaman kanun koyucu tarafından öngörülmediği, kanunda yer alan düzenlemelerin amacı bakımından somut olaya uygun düşmediği hâllerde kanun boşluğu bulunduğu yukarıda bahsedildi⁶⁹⁷. Değişen hayat olayları, gelişen teknoloji ve kanunun yapımı aşamasında her ihtimalin öngörülmesinin olanaksızlığı, kanunî düzenlemelerin iptali gibi nedenler kanunlarda boşlukların ve böylelikle hukuk yaratma ihtiyacının ortaya çıkmasına neden olur⁶⁹⁸. Hayatın değişimi ve hukukun gelişimi kanunlar yoluyla engellenemeyeceğinden hukuk yaratma bir gereklilik olarak kabul edilmektedir⁶⁹⁹. Hukukun gelişimi bakımından hâkimlere verilen ödev de hukuk yaratmanın bir diğer gereğini ortaya koymaktadır⁷⁰⁰.

Yazılı hukukta ve örf adet hukukunda bulunmayan soyut büyük önermenin hâkim aracılığıyla düzenlenmesi hâlinde, hâkimin hukuk yaratmasından bahsedilebilir⁷⁰¹. Diğer bir anlatımla, mahkeme kararının hukukî sebebinin kanun metni yorumlanmaksızın türetildiği durumlarda hâkimin hukuk yaratması söz konusudur⁷⁰². Bu hâlde, hâkimin kanun koyucu olsaydı ne şekilde karar verebileceğini dikkate alarak öncelikle genel, soyut ve objektif bir büyük önerme oluşturup, daha sonra somut olayı bu büyük önermeye göre altlaması yoluyla karara varması gerekir. Burada, hâkimin uygulanacak kuralı, kanundan bağımsız şekilde bulması söz konusu olduğundan kanunun ötesinde, bir hâkim hukukundan bahsedilmektedir⁷⁰³.

⁶⁹⁶ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 452.

⁶⁹⁷ Bkz. § 3, B.

⁶⁹⁸ Prütting, s. 309; Edis, s. 116.

⁶⁹⁹ Prütting, s. 309.

⁷⁰⁰ Edis, s. 117. Ayrıca bkz. §§ 511 Abs. 4, 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

⁷⁰¹ Benzer tanımlar için bkz. Prütting, s. 307-308; Kramer, s. 267; Wiczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 131; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 58; Dural/Sarı, para. 874; Oğuzman/Barlas, para. 366.

⁷⁰² Prütting, s. 308.

⁷⁰³ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 435; Kramer, s. 227.

Bu noktada üzerinde dikkatle durulması gereken husus ise kanunların sözü ve özüyle birlikte değerlendirilerek tespit edilmesi gerektiğidir. Yani, kanunun özü dikkate alınarak sözü yorumlanmalıdır. Kanunun amacı içinde yer alan bir uygulamada yorumdan; bunun aşıldığı durumda ise hukuk yaratmadan bahsedilir⁷⁰⁴. Dolayısıyla, hâkimin hukuk yaratabilmesi için öncelikli şart, somut olayın çözümünde kanunun lafzı ve amacı itibarıyla değerlendirildiğinde dahi herhangi bir düzenlemenin bulunmaması yani bir kanun boşluğunun mevcudiyetidir. Ancak bu tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda örf adet hukukunda da uygulanabilecek herhangi bir kural bulunmamalı, diğer bir deyişle bir hukuk boşluğu söz konusu olmalıdır.

Ancak, hâkimin hukuk yaratabilmesi için hukuk boşluğunun bulunması tek başına yeterli değildir; ayrıca, kanunda hâkimin hukuk yaratmasını engelleyecek herhangi bir düzenlemenin de yer almıyor olması gerekir. Özellikle kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu hukuk alanlarında hâkimin hukuk yaratması sorusu dikkatle cevaplanmalıdır. Türk hukukunda, daha ziyade kamu hukuku bakımından hukuk yaratma kurumuna temkinli yaklaşılması gerektiği, kamu hukukuna ilişkin yükümlülüklerin hukuk yaratma yolu ile ihdas edilemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁰⁵. Bu bağlamda, ceza hukukunda⁷⁰⁶ ve vergi hukukunda⁷⁰⁷ kanunilik prensibi gereğince hukuk yaratmanın mümkün olmadığı söylenebilir.

Hâkimin hukuk yaratması kanunda hâkime takdir yetkisinin tanındığı hâller ile karıştırılmamalıdır. Hâkimin takdir yetkisi (TMK m. 4), esasen kanunda bir kural bulunmasına karşın bunun somut olaya uygulanmasında hâkime somut olay adaletine ve hakkaniyete uygun biçimde karar verme yetkisi tanınmasıdır. Hâkimin kanun koyucu gibi hukuk yaratması hâlinde yeni bir kuralın ihdası söz konusu iken; takdir yetkisinin kullanılmasında kanunda yer alan kuralın hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde ve kanun koyucunun amacına uygun olarak somut olaya uygulanması söz konusudur⁷⁰⁸.

2. Hukukî Dayanağı ve Anayasal Meşrûiyet Sorunu

Hâkim tarafından hukuk yaratılmasının modern devletin bir gereği olarak görülmeye başlanmasının ardından, bu yetkinin sınırları hakkında tartışmalar başlamıştır. Hem mahkemelerin daha aktif rol aldığı Anglo-amerikan hukuk sistemlerinde hem de Kıta Avrupası

⁷⁰⁴ Edis, s. 185.

⁷⁰⁵ Edis, s. 119.

⁷⁰⁶ Gözler, Giriş, s. 393.

⁷⁰⁷ Öncel, Muallâ/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 2016, s. 17 vd.; Karakoç, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 2007, s. 174 vd.. Aksi yönde bkz. Furtun, s. 139, 175.

⁷⁰⁸ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 448.

hukuk sistemlerinde uzun süredir tartışılan bu konu, metodolojik bir tartışmadan ziyade anayasal bir meşrûiyet sorunundan kaynaklanmaktadır⁷⁰⁹. Aslında boşluk doldurma yorumun bir sonraki aşamaya taşınmasından ve yorumun geliştirilmesinden başka bir şey değildir⁷¹⁰. Ancak, mahkemeler aracılığı ile hukuk kuralı yaratılmasının karşısında, toplumsal meseleleri çözüme kavuşturan nihaî metinleri hazırlamakla görevli yasama organının yetkisinin gasp edilmesi her zaman bir çekince olarak mevcuttur⁷¹¹.

Alman hukukunda hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamasına karşın, öğreti ve uygulamada genel olarak kendiliğinden hak alma yasağı gerekçe gösterilerek hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir⁷¹². *Larenz/Canaris*⁷¹³, kanun hükümlerindeki eksikliklerin hâkim tarafından giderilmesinin kendiliğinden hak alma yasağının zorunlu bir sonucu olduğunu; Federal Alman Anayasası'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yargının "kanun ve hukuk" ile bağlı olduğunun ifade edilmesinden ötürü hâkimin yalnızca kanuna göre değil, hukuka da uygun karar vermesi gerektiğini; kanunların yorumlanması ile hâkimin hukuk yaratmasının farklı karakterlere sahip iki kurum olmadığını ve hukuk yaratmanın hâkime tanınan bir yetki olduğunun genel olarak kabul edildiğini ileri sürerek bu soruya olumlu cevap vermektedir. Ayrıca, *Canaris*⁷¹⁴, hakkın yerine getirilmekten kaçınılması yasağının temelini hukukî güvenlik ilkesine dayanmakta olduğunu ve şayet hâkimin, kanundaki belirsizlik, çelişki ya da boşluk durumlarında hukuk yaratmazsa, hukukî güvenlik ilkesinin zedeleneceğini ifade etmektedir.

Schumann'a göre⁷¹⁵, yargılama hukukunda "likit olmayan" bir alandan bahsedilemez; hakkın yerine getirilmekten kaçınılması yasağı gereğince hâkimin hukuk yaratması bir zorunluluk olduğundan, bu likit olmayan alanlar ihtimal dışı kalmaktadır. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınma yasağı gereğince hâkim, kanunun yorumunda şüpheli olan alanları açıklamak, belirsizlikleri aydınlatmak, hukuk politikası tercihi olarak değerlendirilemeyen, düzenlenmesi gerektiği hâlde ihmal edilmiş kanunî eksiklikleri ve boşlukları tamamlamakla yükümlüdür. Kuvvetler ayrılığı gibi bazı düşüncelerle hâkimin iktidar alanının daraltılmasına ilişkin çabaların 18'inci yüzyıldan itibaren değişmeye başladığını ifade eden yazar, geline

⁷⁰⁹ **Maultszch**, s. 5.

⁷¹⁰ **Canaris**, s. 23; **Larenz/Canaris**, s.187.

⁷¹¹ **Maultszch**, s. 5; **Serozan**, I § 5, para. 27.

⁷¹² Bkz. **Larenz/Canaris**, s. 189-190; **Canaris**, s. 177; **Schumann, Ekkehard**, Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZZ, B. 81, 1986, s. 80; **Maultszch**, s. 6-7.

⁷¹³ **Larenz/Canaris**, s. 189-190.

⁷¹⁴ **Canaris**, s. 177.

⁷¹⁵ **Schumann**, Rechtsverweigerungsverbot, s. 80.

noktada yargılamada hâkimin hukuk yaratmakla yetkili olduğunu ve kanunun tamamlanması ve hukukun gelişimi bakımından en önemli organın hâkimler olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁶. Hâkimin görevi kanundaki boşluğu tespit etmekle bitmez; eğer hukuk düzeni, belirli ilkeler ve değer yargıları ile bu boşluğun doldurulması imkânı sağlıyorsa bu hâlde hâkimin yazılı kanunda düzenlenmeyen olayı adil bir çözüme kavuşturmak için hukuk yaratması gerekmektedir⁷¹⁷. Hakkın yerine getirilmekten kaçınılmasının yasak oluşu, hukuk yaratma gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Maultsch'de⁷¹⁸ Anayasa'da bahsi geçen bu hükmün varlığı karşısında, şayet uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar ancak yeni bir normun inşası ile mümkün ise bu durumda yargısal bir karar oluşturmada mevcut hukuk kuralları ile yetinilemeyeceğinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir. Hatta yazara göre, hâkimlerin hukuk yaratması yetkiden ziyade bir yükümlülüktür⁷¹⁹.

Hâkimlerin hukuka uygun karar verme ödevinin anlamının belirsiz olduğunu düşünen *Prütting*'e göre ise ne Anayasa'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası ne de kendiliğinden hak almanın yasak olması hâkimin hukuk yaratmasının kabulü için tek başına yeterlidir⁷²⁰. Alman hukukunda mevcut mahkeme teşkilatı yapısının (federal düzeydeki yüksek mahkemeler ve bunların içinde yer alan senatolar, büyük senatolar, birleştirilmiş senato vs.) sadece somut olay bakımından adil ve süratli karar verilmesi için tesis edilmiş olmadığını; bütün bu yapının nihaî amacının hukuk düzeninin biçimlendirilmesindeki ve geliştirilmesindeki kamu menfaati olduğunu ifade etmiştir⁷²¹. Alman hukuku bakımından, hâkimlerin hukuk yaratmasının mahkeme teşkilatı yapısı ve birçok usûlî düzenlemeden hareketle kabul edilebileceğini; ancak bu noktada daima bazı anayasal ilkelerin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, anayasal kuvvetler ayrılığı prensibi çok katı uygulandığında, hâkimin hukuk yaratması yargının yasama alanına müdahalesi olarak kabul edilebilir. Yine, demokratik hukuk devleti ilkesinden hareketle, yasama organı kanun yapma yetkisini ve bu konudaki meşrûyetini demokratik seçimlerden almakta iken; hâkimler bakımından böyle bir meşrûyet temeli, hâkimlerin seçimle görevlendirildiği birkaç istisna dışında, söz konusu değildir. Hâkimlerin seçimle görevlendirildiği hâllerde dahi, bu durumun parlamentonun bir kanun hakkındaki oylaması ile kıyaslanabilir bir demokratik meşrûyetinin söz konusu

⁷¹⁶ **Schumann**, Rechtsverweigerungsverbot, s. 100-101.

⁷¹⁷ **Schumann**, Rechtsverweigerungsverbot, s. 100.

⁷¹⁸ **Maultsch**, s. 6-7.

⁷¹⁹ **Maultsch**, s. 6.

⁷²⁰ **Prütting**, s. 310-311.

⁷²¹ **Prütting**, s. 315.

olduğunu ifade etmek güçtür. Yine, yazara göre, Anayasa Mahkemesi kararlarında⁷²² da vurgulandığı gibi, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir temeli olarak, içtihatların kanunlara dayandırılması da dikkate alınmalıdır⁷²³.

Bu konuda Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise *Soraya* kararında⁷²⁴ Alman Federal Anayasası'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki kanuna ve hukuka bağlılık ifadesinde hareket etmiş, hukukun yazılı kurallardan daha fazlası olduğunu ve uygulanacak kuralı tespit edip uygulamanın içtihatların görevi olduğunu kabul etmiş ve hâkimin hukuk yaratmasının genel olarak geçerli olduğuna hükmetmiştir.

Türk hukuk sistemi bakımından hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin genel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası ile getirilmiştir⁷²⁵. Bu düzenlemeye göre, kanunda ve örf adet hukukunda uygulanacak bir hükmün bulunmadığı hâllerde hâkimin kanun koyucunun yerine geçerek (*modo legislatoris*) hukuk yaratması gerektiği açıkça düzenlenmiştir (Bkz. TMK m. 1/2). Ancak kanunda açıkça düzenlenmeseydi bile, Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kanunda yer alan boşlukların doldurulması gerektiği sonucuna varılabileceği Türk hukuk öğretisinde de dile getirilmektedir⁷²⁶.

Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içinde yer alan davaya bakmaktan kaçınamayacağı kabul edildiğinden, uyuşmazlığın çözümü bakımından yürürlükte bulunan mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmaması hâlinde hâkimin hukuk yaratması anayasal bir zorunluluktur ve hâkim, hukuk yaratırken kanun koyucunun bu yöndeki iradesini gerçekleştirmektedir⁷²⁷. Bu çerçevede hakkın yerine getirilmekten kaçınılması, esasen mahkemelerce nerede hukuk yaratılması gerektiğinin de sınırını ortaya koymaktadır⁷²⁸. Aksi yönde bir tutumun, yani hakkın yerine getirilmekten kaçınılmasının ise hâkimin hukukî sorumluluğuna neden olacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı maddesi ile düzenlenmiştir (HMK m 46/1-e). Anayasa'nın 38'inci maddesi ile hâkimlerin Anayasa'ya,

⁷²² BVerfG, 14.02.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 vd., 286 vd.

⁷²³ **Prütting**, s. 310-316.

⁷²⁴ BVerfGE, 34, 269, 287. Alman hukukunda "hukuka" uygun karar verilmesi ifadesinin altında, kanunlarla oluşturulan hukukun geliştirilmesine yönelik bir emrin bulunduğu ilişkin aynı yönde bkz. BVerfG, 03.11.1992, 1 BvR 1243/88, BVerfGE, 87, 273 (280); BVerfG, 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 307/94, BVerfGE, 96, 375 (394); BVerfG, 28.08.2000, 1 BvR 1821/97, NJW 2000, 3635 (3636).

⁷²⁵ İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas yoluyla alınan bu hükmün, ilk olarak Aristo tarafından ileri sürülen düşüncenin kısaltılmış bir versiyonu olduğu yönünde bkz **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 5, para. 31.

⁷²⁶ **Kırca**, Amaca Uygun Sınırlama, s. 100, dn 53.

⁷²⁷ **Edis**, s. 117; **Gözler**, Giriş, s. 390-391; **Güriz**, Başlangıç, s. 74; **Karayağcın**, s. 131; **Dural/Sarı**, para. 874; **Oğuzman/Barlas**, para. 366; **Sözer**, s. 171.

⁷²⁸ **Lames**, s. 4.

kanuna ve hukuka uygun karar vermesi gerektiği düzenlendiğinden; dayanağını bir kanunda bulan hukuk yaratma yetkisi hukukun uygulanması niteliği taşımaktadır⁷²⁹. Bu hükümler dikkate alındığında hâkimin hukuk yaratmasının bir yetki değil ödev olduğu ifade edilebilir⁷³⁰. Yine, hâkime hukuk yaratma yetkisi, kanun koyucu tarafından kanunî bir düzenleme ile tanınmıştır. Bu nedenlerle, her ne kadar kanunun ötesinde hâkimin yeni bir kural öngörmesi söz konusu olsa da bu yetki anayasal açıdan kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlâli anlamını taşımaz. Aksine, hâkimin yarattığı hukuk, yasama faaliyetinin bir tamamlayıcısı olarak kabul edilir⁷³¹.

Hâkimin hukuk yaratırken kanundan tamamen bağımsız olduğu da söylenemez. Hâkim hukuk yaratırken, kanunda yer alan değer yargılarıyla ve hukuk düzeninin genel ilkeleriyle bağlıdır⁷³². Dolayısıyla yaratılan hukuk kuralının, mevcut kanunî düzenlemeler ile ve kanunun değer yargıları ile çelişmemesi gerekir⁷³³. Diğer bir deyişle, yürürlükteki kanunlara aykırı biçimde hukukun yaratılması mümkün değildir⁷³⁴.

3. Hâkimin Yarattığı Hukukun İçeriği ve Niteliği

Kanunda ve örf adet hukukunda uygulanacak herhangi bir kuralın yer almaması hâlinde, hâkimin kanunun ötesine geçerek bir kural öngörmesi gerektiğinde, bu kuralın uyumsuzluk konusu somut olaydan bağımsız biçimde, genel, soyut, objektif ve uyumsuzluğun taraflarından bağımsız bir kural olması gerekir⁷³⁵. Bu çerçevede, hâkim tarafların menfaatlerini ve aynı zamanda toplumsal çıkarları dikkate alarak, hukuk düzenine ve ahlâk kurallarına uygun bir

⁷²⁹ Edis, s. 152; Gözler, Giriş, s. 392-393.

⁷³⁰ Edis, s. 118; Oğuzman/Barlas, para. 366.

⁷³¹ Sözer, s. 225.

⁷³² Larenz/Canaris, s. 187; Kramer, s. 278; BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 452.

⁷³³ Bkz. BGE 135 II 1, s. 7, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-II-1%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 03.03.2020.

⁷³⁴ Sözer, s. 169.

⁷³⁵ Kramer, s. 279; Edis, s. 137 vd.; Sözer, s. 196. Benzer şekilde bkz. BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 453.

kural koymalıdır⁷³⁶. Ayrıca hâkimin yarattığı hukukun, Anayasa⁷³⁷ ve pozitif hukukta yer alan mevcut diğer düzenlemelerle çelişmeyen ve bu kuralları değiştirmeyen; aksine bu düzenlemeleri tamamlayan bir kural olması, kanunun amacına ve değer yargılarına aykırı olmaması şarttır⁷³⁸. Bunun dışında, yaratılan hukuk kuralının somut olayın çözümü bakımından pratik ve hakkaniyete uygun olması da gerekir⁷³⁹.

Hâkim hukuk yaratırken, hukukun genel ilke ve esaslarından yararlanabilir⁷⁴⁰. Ayrıca, konuya ilişkin herhangi bir kanun tasarısı varsa oradaki hükümlerden istifade edilebileceği gibi⁷⁴¹, karşılaştırmalı hukukta yer alan gerek pozitif düzenlemelerden gerekse de yargı içtihatları ve öğretide yer alan görüşlerden de faydalanabilir⁷⁴². Elbette bu noktada, Türk hukuk öğretisindeki görüşler de hâkime yol gösterir.

Kanaatimizce, Türk hukuk öğretisindeki hâkim görüşün⁷⁴³ aksine, hâkimin hukuk yaratırken kıyas yoluna başvurabilmesi mümkün değildir. Zira, yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı gibi, kanunda kıyasen uygulanabilecek herhangi bir kuralın bulunması hâlinde, kuralın ve kanun koyucunun amacından hareket edilmekte; bu çerçevede hâlâ kanunda kıyasen de olsa uygulanabilecek bir kuralın varlığı kabul edilmektedir. Bu ise kanunda uygulanabilecek herhangi bir hüküm bulunmaması nedeni ile hâkimin hukuk yaratmasından tamamen farklıdır.

⁷³⁶ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 456; **Edis**, s. 138; **Dural/Sarı**, para. 881 vd.; **Işıktaç/Metin**, s. 225-226; **Oğuzman/Barlas**, para. 378 vd.; **Sözer**, s. 196. Ayrıca bkz. “*Türk Medeni Kanun’un 1’inci maddesinin ikinci fıkrasında kanun boşluğu bulunması halinde hâkimin yapması gereken gösterilmiştir. Buna göre böyle bir durumda yani kanun boşluğu bulunması halinde hâkim diğer hukuk kaynaklarına başvuracaktır. Hâkim önce örf ve adet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Örf ve adet hukukunda somut olaya uygulanabilecek bir kural mevcut ise boşluğun örf ve adet hukukunun sözü edilen kuralı ile doldurularak çözüme gidilmesi gerekecektir. Örf ve adet hukukunda da kural yok ise, hâkim kendisi bir hukuk kuralı koyacak ve koyduğu bu kurala göre hüküm verecektir. Başka bir anlatımla hâkimin kanun boşluğunu doldururken takip edeceği yol; Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinde açıklandığı üzere kanun koyucu gibi hareket etmekten ibarettir. Bu aşamada hâkim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural bulacaktır*”, YHGK, 27.02.2008 T., 2008/140 E., 2008/205 K., www.lexpera.com, 08.04.2020.

⁷³⁷ Anayasaya uygun hukuk yaratma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Möllers**, s. 259-268.

⁷³⁸ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 457-458; **Edis**, s. 139 vd.; **Sözer**, s. 224. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi de verdiği kararlarda, hâkimin yarattığı hukukun mevcut kanunî düzenlemelerle ve onun değer yargıları ile çelişmemesi gerektiğine (bkz. BGE 135 II, s. 7); benzer olaylarda farklı biçimde cevapların ortaya çıkmasından kaçınılması gerektiğine (bkz. BGE 126 III 129, s. 138) hükmetmiştir.

⁷³⁹ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 462-463.

⁷⁴⁰ **Edis**, s. 146 vd.; **Gözler**, Giriş, s. 392; **Sözer**, s. 196.

⁷⁴¹ Kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren uygulanır. Bir kanunun geçmişe etkili olarak uygulanabilmesi için dahi yürürlüğe girmiş olması gerekir. Hâkimin, kanun tasarısından yararlanması henüz yürürlüğe girmemiş bir kural ile mevcut hukuk düzeninin değiştirilmesine sebep olmaz; aksine bu durumda mevcut düzenlemedeki eksikliğin ve belirsizliğin kanun tasarısından istifade edilerek giderilmeye çalışılması söz konusu olmaktadır. Bu yönde bkz. BGE 110 II 293, s. 296; BGE 122 IV 292, s. 297.

⁷⁴² **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 5, para. 31; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 459-461. Medenî usûl hukukunda boşluk doldururken ve hukuk yaratırken hâkimin yabancı usûl hukuklarından yararlanabileceği yönünde ayrıca bkz. **Schumann**, Methode, s. 1223.

⁷⁴³ **Edis**, s. 143 vd.; **Dural/Sarı**, para. 885; **Gözler**, Giriş, s. 392; **Oğuzman/Barlas**, para. 383.

Dolayısıyla, hâkimin hukuk yaratabilmesi için, kanunda kıyasen dahi uygulanacak bir kuralın yer almaması gerekir⁷⁴⁴.

Hâkim tarafından yaratılan hukukun, kaynak olma vasfına gelince, öncelikle uyuşmazlığın tarafları bakımından kesin hüküm etkisi nedeni ile (HMK m. 303) “bireysel bir hukuk kaynağı” olduğu kabul edilir⁷⁴⁵. Bunun dışında, Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, yargı kararı olarak hâkimin karar verirken yararlanabileceği bir kaynak olduğu da şüpheden uzaktır.

Hâkimin somut olay özelinde soyut ve genel şekilde yaratmış olduğu hukukun kural olarak benzer olaylarda bağlayıcı gücü bulunmamaktadır⁷⁴⁶. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta karar verme yükümlülüğü çerçevesine, yalnızca bu uyuşmazlık bakımından boşluğun doldurulması ile yetkilendirilmiş olduğundan, yaratılan kural bundan sonraki benzer bütün uyuşmazlıklar açısından dikkate alınmayı gerektirecek kanunî bir reform olarak kabul edilemez⁷⁴⁷. Dolayısıyla bu durumda, hâkimin Kanun’dan aldığı bir yetki ile hukuka uygun şekilde karar vermesi söz konusudur. Ancak, uyuşmazlıkların çözümü bakımından mahkemelerin, Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesini ihlâl edecek ve hukukî istikrarı zedeleyecek şekilde karar verememesi gerekir. Bu sebeple, boşluğun hukuk yaratma yolu ile doldurulduğu hâllerde, benzer durumda daha önce verilmiş karardan vazgeçilmesini gerektiren sebeplerin ayrıntılı şekilde açıklanması; değişikliğin gerekçesinin ortaya konulması gerekir⁷⁴⁸.

B. Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması

1. Genel Olarak

Hâkimlerin hukuk yaratması yolu ile boşlukların doldurulmasının anayasal temelleri dikkate alındığında, bu kurumun hak arama özgürlüğü ile sıkı bir ilişkisi bulunduğu

⁷⁴⁴ Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 20. Ayrıca bkz. § 4, A, 2, a.

⁷⁴⁵ Kramer, s. 272.

⁷⁴⁶ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 454; Edis, s. 152; Gözler, Giriş, s. 393.

⁷⁴⁷ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 454. Boşluk dolduran hâkimin, kanun koyucu gibi pozitif bir düzenleme öngöremeyeceği, hâkimin kararının somut olayı aşan resmî bir anlamının bulunmayacağı yönünde bkz. BGE 51 II 412, s. 430, , <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2051412.pdf>, s.e.t. 03.03.2020. Ancak, özellikle yüksek mahkeme kararlarının alt derece mahkemeleri bakımından uygulamada yarattığı etki dikkate alındığında, mahkeme kararlarının kanunların ve örf adet hukukunun yanında yardımcı bir rol üstlenmediği; aksine kendine özgü bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kramer, s. 275-277. Mahkeme kararlarının bağlayıcı ile ilgili olarak ayrıca bkz. aça. § 6, B.

⁷⁴⁸ Edis, s. 153, 231; Kramer, s. 274; Lundmark, s. 548; Oğuzman/Barlas, para. 454; Dural/Sarı, para. 911; Antalya/Topuz, s. 277. Ayrıca bkz. AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

anlaşılabilir. Hak arama özgürlüğünün çok büyük ölçüde mahkemeler aracılığı ile kullanıldığı bir hukuk sisteminde medenî usûl hukuku bakımından hâkimlerin hukuk yaratmasının mümkün olup olmadığı ayrı bir önemi haizdir. Bizatihi kendisi hak arama özgürlüğünü garanti etmek için getirilen usûl kurallarının, bu hakkı ihlâl edecek ve kişilerin maddî hukukun sağladığı haklara ulaşmasını engelleyecek şekilde uygulanması kabul edilemez. Bu noktada, medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda olduğu gibi, aslında düzenlenmesi gereken bir usûl kuralının kanun koyucunun ihmâli ya da bilgisizliği nedeni ile öngörülmemiş olması durumunda, hâkimin hukuk yaratması bakımından da genel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Medenî usûl hukukunda hâkimin hukuk yaratması, yalnızca hak arama özgürlüğü açısından değil, ayrıca bu kuralların kamu hukuku yönü de dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Medenî usûl hukuku bakımından hukuk yaratmanın genel kurallardan sapmayı gerektiren bir özellik arz etmediği ve fakat hukuk yaratmanın sınırlarının belirlenmesi gerektiği Alman hukukunda genel olarak kabul edilmekte⁷⁴⁹; kıyasın mümkün olmadığı durumlarda hâkimin hukuk yaratmasının bu hukuk dalı bakımından da gündeme geleceği kabul edilmektedir⁷⁵⁰. Medenî usûl hukukunda hukuk yaratılırken, hukuk yaratmanın genel ilkeleri çerçevesinde ve fakat, bu kuralların yorumunda olduğu gibi, bu hukuk dalının kendine özgü ilke ve kuralları dikkate alınarak hareket edilmesi gerekir⁷⁵¹. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun, hakkında kanun yoluna başvurulamayan ve fakat hukukun gelişimi bakımından önem arz eden kararlar bakımından kanun yolunu açan düzenleme (§ 511 Abs. 4, § 543 Abs. 2 ZPO) de esasen hukuk yaratmanın bu hukuk dalında kabul edildiğini göstermektedir.

Hukuk yaratırken hâkimin keyfî davranamayacağı, amaca uygun, yargılama ilkelerine ve anayasaya uygun şekilde yaratılan hukukun geçerli olacağı ifade edilmektedir⁷⁵². Özellikle, kuralın yorumu ile çözüme varılabilecek durumlarda, yeni bir hukuk normu yaratılamaz; yani kanunun lafzına, kanun koyucunun iradesine ve mevcut hukukî yapıya hâkimin yeni bir hukuk yaratmasına nazaran üstünlük tanınması gerekir⁷⁵³. Kanuna aykırı şekilde hukuk

⁷⁴⁹ Schumann, Methode, s. 1241 vd.; Prütting, s. 310; Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 131; Prütting/Gehrlein, Einl., para. 58.

⁷⁵⁰ Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 20.

⁷⁵¹ Schumann, Methode, s. 1241.

⁷⁵² Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 133; Hk-ZPO/Saenger, Einf., para. 20; Thomas/Putzo/Reichold, Einl. V, VI, para. 6.

⁷⁵³ Wieczorek/Schütze/Prütting, Band 1/1, Einl., para. 133.

yaratılamayacağı gibi, hukuk yaratmanın kabul edilebildiği durumlarda da hâkimin neden hukuk yaratılmasına ihtiyaç bulunduğunu gerekçesi ile ortaya koyması bir yükümlülüktür⁷⁵⁴.

Alman hukukunda, geçici hukukî koruma tedbirlerinin bir türü olarak eda tedbirinin⁷⁵⁵ kabul edilmesi ya da hak ehliyetine sahip olmayan bazı sendika ve işveren kuruluşlarına taraf ehliyeti tanınması⁷⁵⁶, hâkimin hukuk yaratması yoluyla geliştirilmesine örnek gösterilebilir⁷⁵⁷. Yine bu hukuk dalında hâkimin hukuk yaratması ile geliştirilen bazı usûlî kurumlar daha sonra kanun koyucu tarafından kanunî bir düzenleme hâline de getirilmiştir⁷⁵⁸. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun, davanın kabulüne ilişkin 307'nci paragrafı; aleyhine herhangi bir başvuru imkânı bulunmayan mahkeme kararlarına karşı hukukî dinlenilme hakkının ihlâli nedeni ile başvuru imkânı sunan 321a paragrafı, başlangıçta hâkimin hukuk yaratması ile ortaya çıkmış, daha sonra kanun koyucunun onayıyla pozitif düzenlemeye kavuşmuştur⁷⁵⁹.

İsviçre hukukunda ise medenî usûl hukukuna ilişkin kanunların yorumu ve hâkimin hukuk yaratması bakımından İsviçre Medenî Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması gerektiği hem öğretide⁷⁶⁰ hem de uygulama da kabul edilmiştir⁷⁶¹. Bu noktada da sınır kanun lafzı ve anlamı olarak belirlenebilir. Hâkim eğer kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacaktıysa boşluğu öyle doldurabilir ve doldurmalıdır. Bununla birlikte, kanunî bir boşluk yoksa, hâkim, Medeni Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kararın verileceği hukukî normu serbestçe oluşturma imkânından da yoksundur; çünkü hukukun üstünlüğü kanunda yer almaktadır ve uygulanmaması keyfi olacaktır. Kanunun hatalı ve yanlış

⁷⁵⁴ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 1/1, Einl., para. 133.

⁷⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Musielak/Voit/Huber**, § 940, para. 12 vd.; **MüKoZPO/Drescher**, § 938, para. 9 vd.; **Özekes, Muhammet/Erişir, Evrim**, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER, Y. 2006, C. 3, S. 5, s. 1240 vd.. Bu kurumun, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1883 yılında verdiği bir kararla geliştirilmiş olduğu yönünde bkz. **Özekes/Erişir**, s. 1241, dn. 20.

⁷⁵⁶ Bkz. BGHZ 42, 210; BGHZ 43, 257.

⁷⁵⁷ **Schumann**, Methode, s. 1241.

⁷⁵⁸ **Schumann**, Methode, s. 1242.

⁷⁵⁹ **Schumann**, Methode, s. 1242.

⁷⁶⁰ **Guldener**, s. 53; **Meier Hayoz**, Rechtsfortbildung, s. 340.

⁷⁶¹ Babalık davası bakımından yetkili mahkemenin saptanmasına ilişkin kararda, İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi, "Kanunda bir boşluk olduğu kabul edilirse konu İsviçre Medenî Kanunu'nun 1'inci maddesine göre çözüme kavuşturulabilir" diyerek usûlî konularda da boşluk doldurmanın mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bkz. 27.12.1924 T., BGE 50 I 395, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1050386.pdf>, s.e.t. 18.10.2019. Kanton usûl kanunlarında boşluk bulunması hâlinde İsviçre Medenî Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası uygulanarak hukuk yaratılabileceği yönünde bkz. 24.06.1948 T., BGE 74 I 108, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1074105.pdf>, s.e.t. 18.10.2019. Benzer şekilde iddianın değiştirilmesine ilişkin olarak kanunda açıkça hüküm bulunmayan hâllerde, bilinçli bir boşluktan da bahsedilemiyorsa hâkimin kendisinin kural koyarak boşluğu doldurması gerektiği, aksi kabulün aşırı şekilcilğe sebebiyet verebileceği yönünde karar için bkz. 23.09.2004, BGE 5P.241/2004, https://servat.unibe.ch/dfr/bger/2004/040923_5P-241-2004.html, s.e.t. 18.10.2019. Ayrıca bkz. BGE 122 I 253 E 6a, s. 254.

olduğu bahane gösterilerek mevcut hükümlerin uygulanmasından kaçınılması ve hukuk yaratılması mümkün değildir⁷⁶².

3. Türk Hukukundaki Durum

Türk Medeni Kanunu'nun başlangıç hükümlerinin sadece medenî hukuka ya da borçlar hukukuna özgü olmayıp, genel bir hukuk ilkesi olarak hukukun bütün alanlarında uygulanabileceği kabul edildiğinden⁷⁶³; hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin hükmün de niteliğine uygun düştüğü ölçüde⁷⁶⁴ özel ve kamu hukukuna ilişkin alanlarda uygulanabileceği söylenebilir.

Ayrıca, Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile garanti altına alınan hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak da kanunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde, kanun koyucunun bu alanı düzenlemeyi istemediği ve bu hususu düzenlemenin kapsamı dışında bıraktığı kabul edilemiyorsa, hâkimin somut olayın çözümü bakımından hukuk yaratması bir gerekliliktir. Aksi durumda, kişilerin sübjektif haklarını kullanamamaları nedeni ile hak arama özgürlüğünün ve mahkemeye erişim hakkının engellenmesi ile karşı karşıya kalınır. Kendiliğinden hak almanın yasak olduğu modern bir hukuk devletinde, devletin vatandaşlara hukukî korunma imkânını sağlamaması kabul edilemez.

Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile düzenlenen hak arama özgürlüğü, temel hak ve ödevler başlığını taşıyan ikinci bölüm altında düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlükler ise dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklar olarak kabul edilir (AY m. 12) ve bunların sınırlandırılması ancak kanunla ve özlerine dokunulmaksızın mümkündür (AY m. 13).

Medenî usûl hukuku açısından bu hukuk dalına özgü kurallarının niteliği dikkate alındığında, hukuk yaratmanın ne taraf ne de kamu menfaatini ihlâl ettiği durumlar söz konusu

⁷⁶² Aynı yönde bkz. 24.09.1935 T., BGE 61 II 266.

⁷⁶³ Bkz. § 2, C, 2. Aynı yönde bkz. **Bilge**, Armağan, s. 222; **İşıқтаç**, s. 3. Ayrıca bkz. "Genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasa'nın 1. maddesinde hakkında bir hüküm bulunmayan meselelerde hâkim, örf ve âdeti göre örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi bu meseleye nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre hükmeder ilkesi yer almıştır. Bu kuralın ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür alanlarda da geçerli olduğu görüşünü Anayasa'nın 138. maddesi de desteklemektedir. Anayasa'nın bu maddesine göre, yargıç, yalnız, Anayasa ve yasalara göre değil, "hukuka" da uygun olarak vicdani kanısına göre hüküm verecektir. Buradaki "hukuk", yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü de içerir.", AYM, 11.04.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.02.2020.

⁷⁶⁴ Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanırken ceza hukukuna ya da vergi hukukuna hâkim olan kanunilik ilkesi gözden kaçırılmamalı; bu alanların hukuk yaratmaya elverişli olmadığı dikkate alınmalıdır. Bkz. **Özekes**, Temel Hukuk, s. 116.

olabilir. Üstelik böyle bir durumda, hâkimin hukuk yaratması usûl ekonomisi ya da diğer bir usûlî ilkenin gereği de olabilir.

Ancak, Türk hukuk sistemi açısından usûl hukukuna ilişkin konularda hâkimlerin hukuk yaratması, sadece Anayasa'nın 36'ncı maddesi dikkate alınarak cevaplandırılmaz. Bu bağlamda, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceğini kabul eden 142'nci maddesinin de dikkate alınması gerekir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle hedeflediği şey, yargılamada keyfî uygulamaların önüne geçilmesi ve hukukî güvenliğin korunarak istikrarın tesis edilmesidir. Hukukî güvenlik ilkesi ise “*Herkesin bağlı olacağı kuralı önceden bilmesi ve tutumunu veya davranışlarını ona göre güven ile düzene sokabilmesi*” olarak tanımlanabilir⁷⁶⁵. Hukuk devletinin bir gereği olarak hukukî güvenlik, hukuk kurallarının öngörülebilirliğini ve sağlanan bu belirlilik nedeniyle kişilerin her türlü iş ve işleminde devlete güven duyabilmesini garanti eder⁷⁶⁶.

Ayrıca bu hüküm, yargılama hukukuna ilişkin düzenlemelerin ancak kanunla ve somut olayın çözümünden önceki bir aşamada getirilmiş olmasına ilişkin tabîî hâkim ilkesinin gerçekleşmesine de katkı sağlar⁷⁶⁷. Tabîî hâkim ilkesi ise hak arama özgürlüğünün temel bir unsurunu teşkil ettiğinden⁷⁶⁸ Anayasa'nın 142'nci maddesiyle getirilen düzenleme, esasen, bu özgürlüğün de güvencesini oluşturmaktadır.

Medenî usûl hukukuna ilişkin kurallar her ne kadar bireyler arasındaki özel hukuktan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olsa da bu hâlde de mahkemelerin kamu gücünü kullanarak yargılama faaliyetini yürüttükleri gözden kaçırılmamalıdır. İşte Anayasa'nın 142'nci maddesinde yer alan düzenlemeyle, kural olarak yargılama tekeli elinde bulunduran devletin, bu yetkiyi kullanırken keyfiyete sebep olacak ve böylece kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlâl edecek biçimde herhangi bir faaliyette bulunabilmesinin önüne geçilmektedir.

Anayasa'nın 142'nci maddesi öncelikle idarenin düzenleyici işlemleri ile yargılama hukukuna ilişkin alanda kural ihdas edebilmesine engel olmaktadır⁷⁶⁹. Ancak, hükümle yalnızca yürütme organına karşı korunması gereken bir alan ihdas edildiği söylenemez. Anayasa ile öngörülen bu düzenlemede, yargılama hukukuna ilişkin kuralların kanunla

⁷⁶⁵ Edis, s. 10.

⁷⁶⁶ Bkz. AYM, 26.12.2013 T., 2013/67 E., 2013/164 K., www.lexpera.com, s.e.t. 02.04.2020.

⁷⁶⁷ Medenî usûl hukukunda tabîî hâkim ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, Süha, Tabîî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, Makalelerim III, s. 155 vd..

⁷⁶⁸ Tanrıver, Tabîî Hâkim, s. 164.

⁷⁶⁹ Tanrıver, Usûl, s. 82-83.

düzenlenmesi gerektiği açıkça ifade edildiğinden; hukukun bu alanına ilişkin kural ihdas edebilme yetkisi yalnızca yasama organına aittir. Buradan çıkarılacak sonuç ise tıpkı kanunîlik ilkesinin benimsendiği diğer hukuk dalları gibi, yargılama hukukuna ilişkin alanlarda da hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olmadığıdır⁷⁷⁰. Zira, daha önce açıklandığı gibi, hâkimin hukuk yaratması kanunun ötesinde bir hukuk uygulamasını gerekli kılmaktadır. Kanunîlik ilkesinin Anayasa ile düzenlenmiş olduğu bir alanda, bu hükmün görmezden gelinerek hâkimin hukuk yaratabileceği söylenemez. Medenî usûl hukukuna ilişkin olarak, kanunla düzenlenmeyen bir konuda kanunda boşluk olduğundan değil; kanun koyucunun bu hususu düzenlemek istemediğinden, yani aksiyle kanıttan bahsedilebilir.

Nihayet hem pozitif hukukumuz açısından Anayasa'nın 142'nci maddesinin mevcudiyeti hem de bu hükmün düzenlenme amacı karşısında medenî usûl hukukunda hâkimin hukuk yaratmasının kabulü mümkün değildir. Mevcut hukuk sistemi içerisinde, usûlî konularda kural koyma yetkisi yalnızca kanun koyucunun kendisine ait olduğu için, böyle bir sorunun çözümü de bizatihi kanun koyucuya aittir.

Öğretide, taşınmazın aynına ilişkin bir davada yargılama devam ederken mahkemenin yargı çevrelerinin değiştirilmesi nedeniyle taşınmazın bulunduğu yer başka bir il ya da ilçenin sınırları içine alınırsa, yetkisizlik kararı verilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda kanunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı ve bu nedenle burada yetkiye ilişkin hükümlerden hareketle hâkimin hukuk yaratmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür⁷⁷¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ise bu hâlde dava dosyasının yetkili mahkemeye devredilmesi gerektiğini, bu durumun mahkemenin davaya bakmasına hukukî ya da fiilî bir engel çıkması nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi (HMK m. 21 vd.) neticesinde

⁷⁷⁰ Usûl kurallarının kamu düzeninden olduğu ve ancak kanunla düzenlenmesi gerektiği için hâkimin hukuk yaratmasına konu olamayacağı yönünde bkz. **Özay, İl Han**, Günışığında Yönetim, 2004, s. 414. Ansay ise, usûl kurallarında kıyasın ve boşluk doldurmanın mümkün olmadığı iddiasının asılsız ve bilimsellikten uzak olduğunu düşünmektedir. Zira, hiçbir kanunda bunu engelleyen bir düzenleme yer almaktadır. Böyle bir düşünce ancak Medeni Kanun'un yürürlüğünden önceki dönemden kalan eski bir yanılgıdır. Ayrıca, yazara göre her ne kadar usûl hukuku kamu hukuku karakterini haiz olsa da bu durum Medeni Kanun'un 1'inci maddesinin düzenlemesinin bu alanda uygulanmasına engel değildir. Bkz. **Ansay**, s. 9-10. Medenî usûl hukukunda hukuk yaratmanın mümkün olduğu yönündeki diğer görüşler için bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 10; **Karlı**, Usûlî İşlemler, s. 212; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 16. Ayrıca bkz. "Anayasa'nın 149. maddesinin üçüncü fıkrasında yargılama usûllerinin yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür. 2949 sayılı Yasa yargılama usûllerini düzenlemiş, ancak bu konuya yer vermemiştir. Esasen bir yasanın usûlün tüm ayrıntılarını düzenlemesi beklenemez. Bu nedenle uygulamada ortaya çıkacak boşlukların içtihatla doldurulması için yargıca yetki verilmiştir. Nitekim Medeni Yasa'nın 1. maddesi hükmünün usul hukukunda da uygulanacağı kabul edilmektedir. Öteki yargı organları gibi Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla, (içtihat yoluyla) boşlukları doldurabilmesi gerekir. Anayasa'nın 152. maddesindeki itiraz yoluna ilişkin kural, böyle bir kurum oluşturulması ve bu yola başvurulması için elverişlidir.", AYM, 11.04.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.02.2020.

⁷⁷¹ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 16.

yeni görevlendirilen mahkemeye dosyanın göndermesi işlemine benzetilebileceğini⁷⁷² ve bu nedenle bu kararın 1086 sayılı Kanunu'nun 193'üncü maddesine (HMK m. 20) yönelik bir yetkisizlik kararı olarak değerlendirilemeyeceğini, bu sebeple taraflardan birinin süresi içinde yetkili mahkemeye başvurmadığı gerekçesi ile davanın reddinin mümkün olmadığını kabul etmiştir⁷⁷³. Burada mahkemenin verdiği kararının teknik anlamda bir yetkisizlik kararı olmadığı; aksine mahkemenin bu hâlde bir gönderme kararı verdiği ve bu nedenle 20'nci maddenin uygulanamayacağı öğretide de ifade edilmektedir⁷⁷⁴.

Kanaatimizce, bu durumda medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların tamamlanmış işlemleri etkilememek şartıyla derhal uygulanacağına (HMK m. 448/1), taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkiye (HMK m. 12/1), kesin yetkinin dava şartı olduğuna (HMK m. 114/1, ç) ve dava şartlarının yargılamanın her aşamasında incelenebileceğine (HMK m. 115/1) yönelik kurallar ile tabîi hâkim ve usûl ekonomisi ilkeleri birlikte değerlendirilerek sonuca varılabilir. Bu durumda, ya kesin yetkinin dava şartı olması nedeni ile yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden bahisle mahkemenin yürürlüğe giren yeni Kanun'a göre yetkisiz hâle gelmesi nedeniyle yetkisizlik kararı vermesi gerektiği akla gelebilir⁷⁷⁵, ki verilen bu yetkisizlik kararının, mahkemenin kendisinin davada yetkili olmadığını düşündüğü için verdiği diğer yetkisizlik kararlarından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Kanun koyucu aksine herhangi bir düzenleme öngörmediğinden, bu hâlde de taraflardan birinin iki haftalık süre içinde yetkili mahkemeye başvurması gerekir. Yahut da dava şartları yargılamanın başındaki duruma göre belirleneceğinden (*perpetuatio fori*)⁷⁷⁶ yargılamanın başında yetkili olan mahkemenin sonraki değişiklikten etkilenmesinin tabîi hâkim ilkesine, hukukî güvenliğe ve usûl ekonomisine aykırı

⁷⁷² Yargı yerinin belirlenmesine ilişkin kararın bir görevsizlik ya da yetkisizlik kararı olmaması nedeni ile tarafların dilekçeyle süresi içinde başvurusunun gerekmediği; yargı yeri belirlemesini yapan mahkemenin dosyayı kendiliğinden görevli/yetkili mahkemeye göndereceği yönünde bkz. **Kuru**, C. I, s. 671; **Umar**, Şerh, s. 107; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 337.

⁷⁷³ Bkz. YİBHKG, 18.06.1958 T., 1957/21 E., 1958/10 K., RG, 01.10.1958, S. 10021.

⁷⁷⁴ **Kuru**, C. I, s. 527; **Umar**, Şerh, s. 54; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 296.

⁷⁷⁵ **Kuru**, görev kuralları bakımından bu düşüncüyü savunmakta ve kamu düzenini ilişkin olan bu kurallarda herhangi bir değişikliğin meydana gelmesi hâlinde mahkemenin bunu dikkate alması gerektiğini ifade etmektedir. Zira, bu kurallar herhangi bir müstesna hak bahsetmez. Bkz. **Kuru**, C. I, s. 310.

⁷⁷⁶ **Üstündağ**, Usûl, s. 206; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 200, 243; **Pekcanitez**, **Hakan**, Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GÜHFD, Y. 2005, S. 2, s. 178; **Karlı**, Muhakeme, s. 500; **Özmumcu**, **Seda**, Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHF, Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 188; **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından, s. 86; **Tanrıver**, Usûl, s. 642; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 245; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 338; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 381. Ayrıca bkz. YİBBGK, 23.12.1976 T., 1976/7 E., 1976/6 K., RG, 19.02.1977, S. 15855. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesi ile davanın esasına girilmeden önce fark edilmeyen ve hüküm anında tamamlanmış olan dava şartı eksikliğinin davanın usûlden reddine sebebiyet vermeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, öğretilen haklı olarak, dava şartlarının yargılamanın başındaki duruma göre belirleneceğine ilişkin bahsi geçen ilkenin sadece mahkemenin görev ve yetkisi bakımından geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 381.

olacağı düşünülebilir⁷⁷⁷, ki bu hâlde de yetkisizlik kararı verilmeyeceğinden bu tartışmaya gerek kalmaz.

Tüketici mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde tüketici uyuşmazlıklarına hangi mahkemelerde bakılacağına ilişkin de hukuk sistemimizde açık bir hüküm yer almamaktadır. Bu sorun Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararı ile giderilmeye çalışılmış ve tüketici mahkemesi kurulmayan yerlerde, asliye hukuk mahkemelerinin tüketici mahkemesi sıfatıyla davalara bakacağına ilişkin düzenleme getirilmiştir⁷⁷⁸. Oysa, ne 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da ne de 5235 sayılı Kanun'da bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Öğretide bu hususta bir boşluk bulunduğu; tüketici mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde, bu mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıkların hangi mahkemede görüleceğine ilişkin kanunlardaki boşluğun Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun kararı ile giderilmesinin Anayasa'nın 142'nci maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir⁷⁷⁹.

Kanaatimizce, bu konuda da hukuk sisteminde yer alan benzer konulardaki hükümlerden hareketle çözüm bulunabilir. Asliye ticaret mahkemesinin (TTK m. 5/4), aile mahkemesinin (4787 s. K. m. 2/2), iş mahkemesinin (7036 s. K. m. 2/3) ya da fîkrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinin (6769 s. K. m. 156/1) kurulmadığı yerlerde bu mahkemelerin görevine giren davalarda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda, her ne kadar hukuk sistemimizde bu konuda genel bir kural bulunmasa da tüm bu düzenlemelerden çıkan genel bir ilke bulunmaktadır. Bu ilke diğer benzer olaylara da uygulanabilir. Diğer bir deyişle söz konusu sorunun bütünsel kıyas yolu ile çözümü mümkün olmalıdır.

Anayasa'nın 142'nci maddesinin bu şekliyle kabulünün, kimi durumda hukukî öngörülebilirliğe ve dolayısıyla hukukî güvenliğe zarar verebileceği akla gelebilir. Ancak ilgili kuralın amacının kapsamı içinde kalmak şartıyla, kuralın aşırı şekilcilikten uzak yorumunun benimsenmesi ve lafzî düzenlemeye yer verilmeyen kimi hâlde yine kanunda yer alan kuralın

⁷⁷⁷ Görev kurallarına ilişkin olarak benzer şekilde bkz. **Pekcanitez**, Zaman Bakımından, s. 178 vd. Yazar yeni kanun hükümlerinin sadece tamamlanmamış işlemlerde uygulanabileceğini; bunun yeni hükümlerin “*gerçek olmayan geçmişe etkisi*” olarak ifade edildiğini belirtmektedir. Bkz. **Pekcanitez**, Zaman Bakımından, s. 185. *Perpetuatio fori* ilkesi uyarınca, davanın açılmasından sonra tarafların iradeleri ile dava konusunu değiştirmeleri hâli dışında mahkemenin görev ve yetkisine ilişkin sonradan meydana gelen değişikliklerin mevcut davayı etkilememesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 381.

⁷⁷⁸ Bkz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 26.03.2014 tarihli ve 141 sayılı kararı.

⁷⁷⁹ **Ermenek, İbrahim**, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, 2014, s. 109-110, dn. 41.

amacından hareketle kıyasen uygulamanın kabulü ile bu tür endişeler en aza indirilir⁷⁸⁰. Medenî usûl hukuku kuralları, özel hukuk uyuşmazlıklarının konu olduğu yargılamalarda tarafların kendi aralarındaki ilişkinin yanı sıra mahkeme ile taraflar arasındaki ilişkiyi ve mahkemenin yargılama sürecindeki işlemlerini düzenlemektedir. Bu yönüyle kamu hukuku niteliğini de haiz olan medenî usûl hukukunda, hâkimin hukuk yaratması, özel hukukta olduğu gibi, kolayca kabul edilemez. Zira, bu hâlde yalnızca taraf menfaatlerinin değil kamunun menfaatlerinin de gözetilmesi ve keyfiliğe yol açabilecek hiçbir uygulamaya izin verilmemesi gerekir.

⁷⁸⁰ Bu çerçevede 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler bakımından asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiş; 5235 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yapılan tahkim yargılamasında tahkim şartına ilişkin itirazlar ile hakemlerin seçimi ve reddine ilişkin konularda asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak görev yapacağı kabul edilmiştir. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde milletlerarası tahkimde mahkemeye başvurulması gereken konularda hangi mahkemenin görevli olduğu hususunda tereddüt yaşanabilir. Esasen 2018 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde bu tereddüt iç tahkim bakımından da geçerliydi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşpınar Ayvaz, Sema**, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 469 vd.. 2018 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde yapılan değişikliğin ardından, tahkimde görevli mahkemenin uyuşmazlık konusuna göre belirleneceği ve duruma göre asliye hukuk ya da asliye ticaret mahkemesi olabileceği kabul edilmiştir. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3'üncü maddesinde herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Bu durumda, 4686 sayılı Kanun ile 5235 sayılı Kanun'un hükümleri dikkate alındığında, kural olarak asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu; ancak tahkim şartına ilişkin itirazlar ile hakemlerin seçimi ve reddine ilişkin konuların asliye ticaret mahkemelerince toplu mahkeme olarak inceleneceği kabul edilebilir. Bu kabul, aynı yargılamada tahkim şartına ilişkin itirazın asliye ticaret mahkemesinin görevine dahil olması, buna karşın örneğin tahkim süresinin uzatılması talebininse (MTK m. 10/B, 2), 5235 sayılı Kanun'da düzenlenmediğinden asliye hukuk mahkemesinin görevine girmesi sonucunu doğurur. Esasen bu ne düzenlemenin amacına ne de usûl ekonomisine uygundur. Böyle bir yorumun amaca uygun olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Taşpınar Ayvaz**, Asliye Ticaret, s. 479. Bu noktada, 4686 sayılı Kanun ile 5235 sayılı Kanun'un bahsi geçen iki hükmünün birbiri ile çeliştiği ve bu nedenle kanunda boşluk olduğu da düşünülebilir. Bu durumda milletlerarası tahkim bakımından mahkemenin görevli olduğu hâllerde hangi mahkemeye başvurulması gerektiği ciddi bir soruna yol açabilir. Öğretide, 6100 sayılı Kanun'da 2018 yılında yapılan değişiklikten önceki durumda, tahkim anlaşmalarının konusunun genellikle ticarî olduğundan tahkime ilişkin konularda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmenin düzenlemenin amacına daha uygun olacağını ifade edilmiş; bu nedenle 6100 sayılı Kanun'un 410'uncu ve 4686 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **Taşpınar Ayvaz**, Asliye Ticaret, s. 479-480. Ancak, kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 2018 yılında yapılan değişiklik, kanun koyucunun iradesinin en azından iç tahkim bakımından asliye ticaret mahkemelerini tek başına görevli saymak yönünde olmadığını ortaya koymuştur. Bu değişiklik, her ne kadar milletlerarası tahkim bakımından açık bir düzenleme öngörmese de her iki kurala da uygulama alanı tanıyan ve amaca uygun bir yorum yapılabilmesi bakımından yol gösterici olabilir. Amacı itibarıyla uygulanabilecek bir kuralın bulunduğu durumda ise boşluktan bahsedilemez. Burada da kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410'uncu maddesinde yer alan düzenlemenin kıyasen milletlerarası tahkim bakımından da uygulanması hem düzenlemenin amacına uygun hem de pratik bir sonuca ulaşılmasını sağlar.

İKİNCİ BÖLÜM

İÇTİHATLAR ve BAĞLAYICI ETKİSİ

§ 6. Genel Olarak Mahkeme İçtihatları ve Bağlayıcı Etkisi

A. Kavram

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi arasındaki temel farklılıklardan biri hukukun kaynaklarına ilişkindir⁷⁸¹. Her iki hukuk sisteminde de kanunların hukukun yürürlük kaynağı⁷⁸² olduğunun kabul edilmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte; örf adet hukuku ve mahkeme içtihatları bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Özellikle, Fransız devriminin etkisiyle Avrupa’da pek çok hukuk sisteminde -onların etkisiyle Türk hukukunda da- kanunların Anglosakson hukuk sistemlerinden hem niceliksel açıdan daha fazla hem de kapsamı itibarıyla daha geniş olduğu görülmektedir⁷⁸³. Pek çok konuda kanunî düzenlemenin bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mahkeme kararlarının önemi Anglosakson hukukuna kıyasla daha az olmasına karşın, bu hukuk sistemlerinde dahi kapsamının geniş şekilde düzenlendiği genel nitelikli hükümlerin anlamlandırılması bakımından bir içtihat hukukunun geliştiği söylenebilir⁷⁸⁴. Ancak, burada içtihat hukukunun kanunî düzenlemelerin sınırları içinde bir bağımsızlığı söz konusudur⁷⁸⁵. Aynı zamanda bu hukuk sistemlerinde, bilimsel ya da ekonomik gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan yeni ilişkilerin meydana getirdiği bazı uyuşmazlıkların da içtihatlar yoluyla çözüme kavuşturulduğu bilinen bir gerçektir⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ v. Ungern-Sternberg, s. 4.

⁷⁸² Hukuk kaynakları genel olarak yaratıcı, yürürlük ve bilgi kaynakları olarak üç gruba ayrılmaktadır. Hukukun yürürlük kaynakları, hukuk kurallarının hukuk dünyasında meydana gelirken büründüğü şekilleri ifade eder ve yürürlükteki kuralların tespitinde rol oynar. Yasama organının öngördüğü hukuk kurallarının kanun; yürütme organının öngördüğü kuralların yönetmelik ya da tüzük biçiminde vücut bulması ile hukukun yürürlük kaynakları oluşur. Bkz. Teziç, Anayasa, s. 9; Oğuzman/Barlas, para. 139 vd.; Dural/Sarı, para. 626 vd.; Gençcan, Ömer Uğur, Türk Medenî Kanunu Yorumu, C. 1, s. 73.

⁷⁸³ v. Ungern-Sternberg, s. 4-6.

⁷⁸⁴ Germann, s. 11.

⁷⁸⁵ Germann, s. 11.

⁷⁸⁶ Germann, s. 12.

Bu iki sistem örf adet hukuku ve mahkeme içtihatları arasındaki ilişki bakımından değerlendirildiğinde ise doğal hukuktan ayrılarak pozitivizme yönelmenin bir sonucu olarak Anglosakson hukukunda, kanunî düzenlemelere dayanan içtihatlar, örf adet hukukuna kıyasla daha kolay kabul edilmekte; Kıta Avrupası hukukunda ise örf adet hukukuna öncelik tanınmaktadır⁷⁸⁷. Kıta Avrupası hukuk sisteminde toplumun genel kanısına dayanan örf adet hukukuna daha fazla önem verilmekte; genel olarak mahkeme içtihatları yalnızca birer bilgi kaynağı olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁸. Bu noktada temel farklılık, mahkemelerin yalnızca mevcut hukukî düzenlemelerin uygulanmasında mı görevli olduğu yoksa kendilerinin de hukuk yaratmakla vazifeli bulunup bulunmadığında toplanmakta; Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde genel olarak ilki geçerli sayılmaktadır⁷⁸⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi ile hâkimin karar verirken öğretilerde görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanacağı düzenlenmiştir (TMK m. 1/3). Mahkemelerin karar verirken faydalanabileceği kararların kapsamının ise belirlenmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun lafzı dikkate alındığında hâkimin karar verirken her türlü mahkeme kararından yararlanabileceği düşünülebilir. Bu düzenlemeye rağmen, öğretilerde haklı olarak hâkimlerin karar verirken, mahkemeler tarafından daha önceden verilen her türlü kararı değil, sadece mahkeme içtihatlarını dikkate alması gerektiği savunulmaktadır⁷⁹⁰. Bu noktada, mahkeme içtihatlarının mahkeme kararlarından ayırt edilmesi gerekir.

Kural olarak mahkeme kararı, hukuk kuralının somutlaştırılmasıdır. Genel olarak içtihat ise mahkeme kararlarından çıkarılan genel ve soyut ilkeler olarak tanımlanmaktadır⁷⁹¹. Diğer bir anlatımla, mahkemeler tarafından verilen her türlü kararın değil; sadece kanunun ve diğer mevzuat hükümlerinin yorumlanması ve hüküm bulunmaması hâlinde hukuk yaratılması sonucu elde edilen ilkeleri içeren hükümlerin (*ilke kararları*) içtihat niteliği bulunmaktadır⁷⁹². Buna karşın, yalnızca somut olayın kanunî düzenlemenin ortaya koyduğu büyük önermeye

⁷⁸⁷ v. Ungern-Sternberg, s. 4-6.

⁷⁸⁸ v. Ungern-Sternberg, s. 6.

⁷⁸⁹ v. Ungern-Sternberg, s. 5.

⁷⁹⁰ Zeybek, Ali Cavit, Yargı İchtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri, Danıştay Dergisi, Y. 18, S. 68-69, s. 74; Dural/Sarı, para. 906.

⁷⁹¹ Lames, s. 19; v. Ungern-Sternberg, s. 15; Edis, s. 227; Zeybek, s. 73; Oğuzman/Barlas, para. 421; Dural/Sarı, para. 906. Antalya/Topuz ise mahkeme içtihatlarını hem mahkeme kararlarını hem de bundan çıkan ilkeleri kapsayacak şekilde tanımlamıştır. Bkz. Antalya/Topuz, s. 276. İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde kullanılan “Überlieferung” tabirinin Fransızca metninde yer alan “Jurisprudence” tabirinden daha geniş bir anlamı taşıdığı ve idarî organların kanunları uygulaması nedeni ile ortaya çıkan ilkelerin de bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. Egger, August, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, 1913, s. 48; BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 483. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. Edis, s. 228.

⁷⁹² Önen, Kazaî İchtihat, s. 167; Saymen, Medenî, s. 89; Oğuzman/Barlas, para. 424-425; Dural/Sarı, para. 909; Antalya/Topuz, s. 278.

altlanması faaliyetinde (*olay kararları*) ise herhangi bir ilkedan bahsedilemeyeceği için içtihadattan da söz edilemez⁷⁹³. Kararların içeriği dikkate alındığında, kararı veren merciiden hareketle bir belirleme yapılabilir. Buna göre, yüksek dereceli mahkemelerin kararlarının içtihat niteliği, genel olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁴. Ancak alt derece mahkemeleri de içtihat niteliğinde kararlar verebilir.

Hâkimler tarafından somut olaya ilişkin olarak hüküm tesis edilirken yararlanılacak mahkeme içtihatları, emsal karar (*präjudiz*) olarak anılır⁷⁹⁵. Emsal karar, değerlendirilmesi gereken vakıaların ve genelde de tarafların farklı olduğu sonraki bir yargılamada, çözüme kavuşturulması gereken hukukî meselenin aynı olması nedeniyle önceden verilen mahkeme kararının dikkate alınması açısından önem taşır⁷⁹⁶. Diğer bir anlatımla emsal karar, hakkında karar verilecek hukukî meseleyle aynı konuda daha önce verilen bir mahkeme kararının bulunması hâlinde gündeme gelir⁷⁹⁷.

Burada, emsal niteliğindeki her türlü kararın dikkate alınıp alınamayacağı akla gelebilir. Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinin kaynağını oluşturan İsviçre Medenî Kanunu’nun 1’inci maddesi ile yargı içtihatlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ancak, bu düzenlemede içtihatların “benimsenmiş” (*bewährte Überlieferung*) olması gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Bu çerçevede yerleşik bir içtihadın, benimsenmişlik açısından önemli bir emare olduğu ifade edilmektedir⁷⁹⁸. Türk hukuku bakımından ise ne 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nda⁷⁹⁹ ne de yürürlükte bulunan Türk Medeni Kanunu’nda hâkimin yararlanacağı içtihatların yerleşik olması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak öğretideki hâkim görüş, hâkimlerin karar verirken yararlanacakları içtihatların “yerleşik” olması gerektiği yönündedir⁸⁰⁰.

Kanaatimizce, içtihadın yerleşik olmasından ziyade benimsenmiş olması, bu konuda daha iyi bir ölçüt olabilir. Zira, bir mahkeme kararının emsal karar olarak dikkate alınması,

⁷⁹³ Önen, Kazaî İctihat, s. 167; Oğuzman/Barlas, para. 424; Dural/Sarı, para. 908.

⁷⁹⁴ BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 501; Önen, Kazaî İctihat, s. 169; Edis, s. 228; Oğuzman/Barlas, para. 422; Dural/Sarı, para. 911; Hatemi, § 6, para. 3; Antalya/Topuz, s. 276-277.

⁷⁹⁵ Bkz. Germann, s. 7; Larenz/Canaris, s. 253.

⁷⁹⁶ Germann, s. 7.

⁷⁹⁷ Larenz/Canaris, s. 253.

⁷⁹⁸ BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 487.

⁷⁹⁹ 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nda İsviçre’den farklı şekilde yerleşik içtihat denilmemesinin o dönem için yerinde bir tercih olduğu; zira şer’î hukukun terkedilmesi için bunun bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. Bilge, Armağan, s. 232-233.

⁸⁰⁰ Saymen, Medeni, s. 92-93; İmre, s. 205; Bilge, Armağan, s. 234; Oğuzman/Barlas, para. 454. Edis’e göre de mahkemenin kararında yararlanacağı içtihadın “benimsenmiş ve doğrulanmış” olması gerekir; ancak bundan, içtihadın birden çok kez kullanılmış olması anlaşılmamalıdır. Bkz. Edis, s. 228.

onun ne kadar uzun süredir uygulandığından bağımsız olarak gerekçesinin ikna kabiliyetine bağlıdır. Genellikle, yüksek dereceli mahkemelerin ve belli bir süredir uygulanmakla yerleşik hâle gelmiş kararlarından çıkan ilkelerin dikkate alınmasının yanı sıra, kimi durumlarda içtihadın değiştirildiği ya da bir konuda ilk kez karar verildiği hâllerde de içtihat yerleşik olmamakla birlikte benimsenmiş olabilir⁸⁰¹.

B. Emsal Kararların Bağlayıcılığı Meselesi

1. Genel Olarak

Somut bir uyuşmazlığa ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin ardından, aynı konuda, aynı vakialara dayanılarak, aynı taraflar arasında yeniden bir yargılamanın yapılamaması, yani mahkeme kararının kesin hüküm etkisi⁸⁰², mahkeme kararlarının taraflar ve mahkemeler açısından bağlayıcılığını ifade etmektedir. Kesin hüküm etkisi dikkate alındığında, mahkeme kararlarının hukukun kaynağı olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak, yargılamanın tarafları bakımından “bireysel” bir hukuk kaynağı olduğunu söylemek mümkündür⁸⁰³.

Her ne kadar dava konusu farklı olsa da tarafların ve vakıaların ortak olduğu yargılamalarda da kesin hükmün müspet etkisinden bahsedilir⁸⁰⁴. Kesin hükmün müspet etkisi, önceki yargılamada tespit edilerek kesinleşen unsurların sonraki yargılamada tekrar incelenememesini ve bağlayıcı hâle gelmesini ifade etmektedir⁸⁰⁵. Burada, önceki yargılamada ileri sürülen bir vakıanın bir mahkeme kararıyla varlığına ya da yokluğuna ilişkin bir tespit gerçekleşmiş ve bu kesinleşmiş olduğundan; sonraki yargılamalarda artık bunun aksine bir

⁸⁰¹ **Germann**, s. 46-47; **BK ZGB Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 487. Sözer’e göre ise hâkimin hukuku ancak aynı yönde verilmiş ikinci karardan sonra oluşabilir. Bkz. **Sözer**, s. 173.

⁸⁰² Kesin hüküm etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürdoğan, Burhan**, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, 1960, s. 27 vd.; **Karlı**, Muhakeme, s. 608 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 773; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2070 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 454 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 697 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 559 vd.. Ayrıca bkz. **Alagoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 555 vd..

⁸⁰³ **Kramer**, s. 272.

⁸⁰⁴ **Erdoğan, Ersin**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2017, s. 75. Bu durum öğretide kesin hükmün kesin delil etkisi olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Postacioğlu**, Usûl, s. 678; **Kuru**, C. V, s. 5067; **Akkan, Mine**, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, DEÜHFD, Y. 2009, C. 11, S. Özel, s. 15; **Umar**, Şerh, s. 871; **Karlı**, Muhakeme, s. 609-610; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 775; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 710. Kesin hükmün kesin delil etkisi ifadesinin yanıltıcı olduğu yönünde bkz. **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 74. Meriç ise bu durumu kesin hükmün unsur etkisi olarak açıklamaktadır. Bkz. **Meriç, Nedim**, Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, MİHDER, Y. 2007, S. 7, s. 404 vd..

⁸⁰⁵ **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 72; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 561.

tespit yapılamaz⁸⁰⁶. Bu durum da mahkeme kararlarının sonraki yargılamalar bakımından bağlayıcılığı kapsamında değerlendirilir.

Ayrıca, bir mahkemenin karar verebilmesinin başka bir makam ya da merciinin kararına bağlı olması hâlinde de bu makam ya da mercii tarafından verilen kararın mahkeme bakımından bağlayıcılığından bahsedilebilir⁸⁰⁷.

Bunun dışında ise mahkeme kararı kesinleşmekle birlikte, esasen somut olaydan ve taraflardan bağımsız şekilde, hukukî bir uyumsuzluğun çözümünde hukukun uygulanmasına ilişkin genel bir ilkeyi de ortaya koyar⁸⁰⁸. Diğer bir deyişle, mahkemece pozitif hukukta yer alan bir kuralın yorumlanması ya da kuralın bulunmadığı hâlde boşluğun doldurulması ile hukukî meselenin ne şekilde çözüleceğine yönelik genel ve soyut bir ilke oluşturulur. Bu son hâlde, yukarıda açıklandığı gibi, mahkeme içtihadından bahsedilir. İşte bu içtihatların, emsal karar olarak (*präjudiz*) sonraki yargılamalar bakımından bağlayıcılığının bulunup bulunmadığı hususu ise ayrıca değerlendirilmelidir.

İçtihatların bağlayıcı etkisi, somut bir uyumsuzluğa ilişkin olarak verilen mahkeme kararında varılan sonuca etkili gerekçenin (*ratio decidendi- tragende Gründe*) ilerideki yargılamalar bakımından bağlayıcılığı olarak açıklanabilir⁸⁰⁹. Emsal kararların bağlayıcılığının kabul edildiği sistemlerde, hâkim karar verirken yalnızca kanunun yorumu ve uygulanması ile yetinmez, bunun yanında emsal kararlarda da konuya ilişkin herhangi bir çözümün bulunup bulunmadığını araştırmak ve somut olayın söz konusu karara altlanması mümkün olup

⁸⁰⁶ Öğretide, kesin hükmün diğer yargılama bakımından doğurduğu bu bağlayıcı etki açısından hangi unsurlarda benzerlik olması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur. Bu konuda ifade edilen bir görüşe göre, tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan ikinci yargılamada kesin delil etkisi doğar. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 710. Oysa, bu üç unsurunun da aynı olduğu yargılamalarda, kesin hüküm etkisinden söz edilmesi gerekir. Bkz. **Umar**, Şerh, s. 871; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, 75. Kuru'ya göre, dava konusu farklı olmakla birlikte aynı taraflar arasında ve aynı vakıalara dayanılarak açılan davada, ilk davada verilen hüküm kesin delil etkisine sahiptir. Bkz. **Kuru**, C. V, s. 5073. Aynı yönde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 561. Bu konudaki diğer görüşe göre ise kesin hükmün kesin delil olarak etki gösterebilmesi tarafların aynı olmasına bağlıdır. Tarafların farklı olması hâlinde artık bu bağlayıcılıktan bahsedilemeyeceğini savunulmaktadır. Bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 350; **Akkan**, Delil Niteliği, s. 17; **Karşı**, Muhakeme, s. 610. Umar'a göre ise tarafların ya da dava konusunun aynı olması da her zaman gerekmez. Örneğin bir trafik kazası nedeni ile zarar görenlerden birisi tarafından açılan davada davalının fiilden sorumlu olduğuna ilişkin olarak yapılan tespitin olaydan zarar gören diğer kişinin aynı davalıya karşı açtığı davada da bağlayıcı olması gerekir. Dolayısıyla taraflardan biri hakkında tespit edilen bir vakıanın sonraki diğer yargılamanın da sebebini oluşturması hâlinde mahkemece tespit edilen bir vakıa olduğundan bağlayıcılık söz konusu olur. Bkz. **Umar**, Şerh, s. 872. Bunun aksine tarafların farklı olduğu hâlde, ancak güçlü bir takdiri delilden bahsedilebileceği yönünde bkz. **Akkan**, Delil Niteliği, s. 18 vd.; **Karşı**, Muhakeme, s. 610; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 710.

⁸⁰⁷ **Germann**, s. 7.

⁸⁰⁸ **v. Ungern-Sternberg**, s. 15. Ayrıca bkz. **Badura, Peter**, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, s. 51-52.

⁸⁰⁹ **v. Ungern-Sternberg**, s. 6. Benzer şekilde bkz. **Lames**, s. 19.

olmadığını incelemek yükü altındadır⁸¹⁰. Diğer bir tabirle, içtihadın bağlayıcılığı, pozitif hukukta yer alan bir normun yorumu açısından ya da burada herhangi bir kural bulunmaması durumunda örf adet hukukunda ya da hâkimin yarattığı hukukta somut olaya ilişkin bir çözümün mevcut olup olmadığının ve şayet varsa bunun içeriğinin tespitinden ibarettir⁸¹¹.

Anglosakson hukuk sisteminde, içtihatların bağlayıcılığının normatif bir etkisi bulunmasına karşın Kıta Avrupası'nda bu bağlayıcılık kural olarak kabul edilmemektedir. Türk hukuk sistemi bakımından genel kabul de bu yönde olmakla birlikte, bu konuda getirilen önemli bir istisna, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzel bütün kişi ve kurumları bağlayacağına ilişkin düzenlemedir⁸¹² (AY m. 154/6). Yine, Yargıtay'ın (Yarg. K. m. 45/5), Danıştay'ın (Danıştay K. m. 40/4) ve Sayıştay'ın (Sayıştay K. m. 58/3) içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı da hukuk sistemimiz açıdan, mahkeme içtihatlarının bağlayıcılığına yönelik normatif düzenlemelerdir.

Bunun dışında ayrıca, uluslararası mahkeme içtihatlarının da bağlayıcılığından söz edilebilir. Ancak burada kastedilen yalnızca bir dikkate alma yükümlülüğü olup; bu, bir hukuk devletinde uluslararası hukuka saygının bir gereğidir⁸¹³. Buna karşın, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin verdiği ihlâl kararlarının yargılamanın iadesini gerektirdiği gözden kaçırılmamalıdır.

2. Emsal Kararların Bağlayıcılığına İlişkin Görüşler

Yukarıda bahsi geçen kanunî düzenlemeler dışında, mahkeme içtihatlarının bağlayıcılığına ilişkin herhangi bir normatif düzenleme bulunmamakta; öğretilerde ise emsal kararların bağlayıcılığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda savunulan bir görüşe göre⁸¹⁴, mahkemelerin emsal kararları bir hukuk kaynağı değildir ve herhangi bir bağlayıcılıkları da bulunmaz. Hâkimler karar verirken yalnızca kanunî düzenlemelerden hareket etmeli; her ne kadar ilgili de olsa önceki mahkeme kararlarına dayanmamalıdır. Bunun aksine bir uygulama, mahkemelerin görevlerine aykırı davrandığı anlamına gelir.

⁸¹⁰ v. Ungern-Sternberg, s. 7.

⁸¹¹ v. Ungern-Sternberg, s. 6.

⁸¹² Alman hukukunda da benzer şekilde Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda, Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm kanton ve federal mahkemeleri ile makamları bakımından bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir (Bkz. § 31 Abs. 1 BVerfGG).

⁸¹³ v. Ungern-Sternberg, s. 20 vd. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarının, iç hukukta temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin yorumunda yardımcı kaynak olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Schumann, Methode, s. 1213.

⁸¹⁴ Bu konuda bkz. Effer-Uhe, Daniel Oliver, Die Bindungswirkung von Präjudizien, 2008, s. 3.

İsviçre hukukunda da Medenî Kanunu'nun Fransızca metninde 1'inci maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ifadeden hareketle, içtihatların hâkimlere karar verirken sadece ilham verici birer kaynak olarak değerlendirilebileceği ve bunun hâkimlerin bu kararlara koşulsuz ve şartsız biçimde bağlı olduğu anlamına gelmeyeceği ileri sürülerek, kanun koyucunun iradesinin bu şekilde anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁸¹⁵.

Bu konuda dile getirilen ve Alman hukukunda genellikle benimsenen diğer görüş (*fiili bağlayıcılık teorisi*) ise⁸¹⁶, hâkimin kanuna ve hukuka bağlı şekilde karar vermesi gerektiğine ilişkin anayasal düzenleme çerçevesinde, mahkeme içtihatlarının da hukuka uygun karar verilebilmesi açısından dikkate alınması gerektiği; ancak burada bir bağlayıcılıktan söz edilemeyeceği, bunun sadece bir riayet yükümlülüğü olduğu yönündedir. Mahkemelerin, hüküm verirken emsal kararlardan yararlanması, bu kararlarda kanunî düzenlemelerin yorumunun doğru olduğuna kanaat getirilmesinin bir sonucudur; yoksa emsal kararların bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır⁸¹⁷. Ancak, uygulamada hâkimlerin kararlarının kanun yolu aşamasında bozulmaması için üst derece mahkemesi kararlarına genellikle uyduğu gözlemlenmekte; bu nedenle fiilî bir bağlayıcılıktan bahsedilebileceği, ama mahkeme içtihatlarından ayrılmak mümkün olduğundan bunun ötesinde bir bağlayıcılıktan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸¹⁸. Bu görüşte, emsal bir kararın ikna ediciliğinin genel olarak kabul edilerek uygulanması ve böylelikle kararın örf adet hukukuna dönüşmesi hâlinde, mahkeme içtihatlarının emsal karar olarak bağlayıcının kabul edilebileceği dile getirilmiştir⁸¹⁹. Yerleşik bir içtihattan sapmanın hukukî güvenliğe aykırılık teşkil etmeyeceğinin genel olarak kabul edilmesine karşın, bu görüşte de hukukî güvenliğin ciddi şekilde sarsılacağına ilişkin endişe duyulan bazı istisnâî durumlarda, emsal kararın bağlayıcılığının kabul edilebileceği de dile getirilmiştir⁸²⁰.

Emsal kararların bağlayıcılığına ilişkin olarak diğer görüş (*varsayımsal/sınırlı bağlayıcılık teorisi*) ise bu kararların doğruluğunun varsayımsal olarak kabulü nedeni ile hâkimleri benzer bir konuda hüküm verirken bağlayacağına, ancak emsal kararın aksinin

⁸¹⁵ Bkz. **Kramer**, s. 272.

⁸¹⁶ **Larenz, Karl**, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, s. 247, 249. Aynı yönde bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 150, para. 10 vd.. Ayrıca bkz. **Lames**, s. 19-20; **Effer-Uhe**, s. 3.

⁸¹⁷ **Larenz/Canaris**, s. 254.

⁸¹⁸ **Larenz**, FS Schima, s. 247-249, 256, 262.

⁸¹⁹ **Larenz/Canaris**, s. 258-259. Ayrıca bkz. **Larenz**, FS Schima, s. 247 vd.. Aynı yönde bkz. **v. Ungern-Sternberg**, s. 47; **Aral**, Hukuk Bilimi, s. 195.

⁸²⁰ Bkz. **Effer-Uhe**, s. 4-5.

ispatının mümkün olduğuna yöneliktir⁸²¹. Bir hukuk devletinde, hukukî güvenliğin ve eşitliğin gereği olarak emsal kararların benzer konularda bağlayıcı etkisinin bulunması gerekir⁸²². Bu görüşte olan yazarlara göre, Federal Alman Anayasası'nın 95'inci paragrafı ile kabul edilen düzenlemeye göre, ülke genelinde içtihat birliğinin sağlanması için federal düzeyde bir mahkemenin teşekkülünün sağlanması da mahkeme içtihatlarının varsayımsal biçimde bağlayıcılığı konusunda bir göstergedir⁸²³. Ayrıca, hermeneutiğin kabulünün bir sonucu olarak bu teori, somut olayın çözümünde ortaya çıkan seçeneklerin eşit derecede tatminkâr olması hâlinde, daha önceki mahkeme kararının daha iyi bir çözüm sunduğu yönünde varsayımsal bir ölçüt sunar⁸²⁴. Yine, somut olay bakımından uygulanacak kuralın kanunda yer almaması hâlinde, emsal mahkeme kararlarından yararlanılabileceği; belirli şartların varlığında ise bu kararlardan ayrılmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸²⁵. Bu görüşteki yazarlarca, emsal bir karardan farklı yönde karar verilmek istenmesi durumunda, bunun gerekçesinin ortaya konulması gerektiği oybirliğiyle savunulsa da bu gerekçenin önemi konusunda görüş ayrılığı mevcuttur⁸²⁶. Bu çerçevede, *Kriegl*⁸²⁷ hâkimlerin, benzer konulardaki emsal kararlardan ayrılabilmesi için yalnızca “*iyi bir gerekçe*”yi yeterli görmesine karşın; *Bydlinski*⁸²⁸ ise emsal kararları birer hukuk kaynağı (yürürlük kaynağı) olarak kabul etmekte ve bunlardan ayrılmanın, ancak bu kararların ciddi şekilde hatalı olduğunun ortaya konulması hâlinde mümkün bulunduğunu savunmaktadır.

Germann'a göre ise emsal kararların hukukî güvenlik ve eşitlik gereğince sonraki benzer uyuşmazlıklarda dikkate alınması gerekir⁸²⁹. Esasen, mahkemelerin bu şekildeki kararlarının kanunlarla çelişmesi hâlinde dikkate alınmayacağını; ancak İsviçre uygulamasında sıklıkla karşılaşıldığı gibi, hukukî güvenliğin gerektirdiği durumlarda, mahkeme kararlarının kanun hükmüne dahi üstün tutulmasının hukuk devletine daha uygun olduğunu ileri sürmektedir⁸³⁰. Emsal kararların gerekçelerinin çok geniş şekilde formüle edildiği hâllerde benzer olaylardaki farklı vakıaların varlığı ispatlanarak bu kararlara istisnalar getirilebileceğini savunan yazar⁸³¹, yorum ve hukuk yaratma şeklinde ortaya çıkan kararların emsal etkisinin

⁸²¹ Bkz. *Effer-Uhe*, s. 5.

⁸²² *Bydlinski*, s. 506-507.

⁸²³ Bkz. *Lames*, s. 23; *Effer-Uhe*, s. 6.

⁸²⁴ *Lames*, s. 24.

⁸²⁵ Bkz. *Lames*, s. 21.

⁸²⁶ Bkz. *Effer-Uhe*, s. 6; *Bydlinski*, s. 510 vd.; *Germann*, s. 21 vd..

⁸²⁷ Bkz. *Effer-Uhe*, s. 6.

⁸²⁸ *Bydlinski*, s. 510 vd..

⁸²⁹ *Germann*, s. 29 vd.

⁸³⁰ *Germann*, s. 50-51.

⁸³¹ *Germann*, s. 26 vd..

birbirinden farklı olduğunu; hukuk yaratmaya ilişkin kararlardan sapmanın daha sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir⁸³².

Canaris ise varsayımsal bağlayıcılık teorisinde olduğu gibi, emsal mahkeme kararlarına daha başlangıçta bir bağlayıcılık izafe edilemeyeceğini; ancak somut olay bakımından eşit derecede tatmin edici birden fazla çözümün bulunması hâlinde, emsal kararların bağlayıcılığının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir⁸³³. Emsal kararın aleyhine olacak şekilde daha üstün tutulan bir gerekçe bulunmadığı zaman, bu kararların uygulanabileceğini ve bu şekliyle emsal kararların talî nitelikli hukuk kaynağı olabileceğini savunmaktadır⁸³⁴.

Hakkın sürekli değişimi ve gelişimi nedeni ile münferit olaylar bakımından verilen mahkeme kararlarının emsal karar olarak bağlayıcılığının bulunmadığını düşünen diğer bir görüşe göre ise hâkimin hukuku kanunun yanında bir hukuk kaynağı olarak kabul edilemez; aksine hâkimin hukuku ancak bir hakkın tesisine imkân tanır⁸³⁵. Bu görüş mahkeme içtihatlarının, somut olaya göre karar verilen münferit işlemler olarak değil fakat bir kurum olarak hukuk kaynağı olduğunu kabul etmektedir. Hâkimin hukuku kanunların geçerliliğini belirler ve fiilî bağlayıcılık teorisinin aksine, içtihatlar mevcut hukukun şekillendirilmesinde rol oynar⁸³⁶. Ancak, münferit kararlarının bağlayıcılığı kabul edilmeden içtihatların hukuku şekillendirdiğinin kabul edilemeyeceği bu görüşe eleştiri olarak ifade edilmektedir⁸³⁷.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin olarak Türk hukukunda hâkim görüşe⁸³⁸ göre, Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasıyla düzenlenen husus hâkim açısından yalnızca yol göstericidir ve herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır; yani mahkeme kararlarının bir bilgi kaynağı olarak hukukun yalnızca yardımcı kaynağı olduğu Türk hukukunda da genel olarak kabul edilmektedir.

Buna karşın uygulama açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir⁸³⁹. Özellikle yüksek mahkemelerin bir konu hakkında vermiş oldukları kararların, kanun yolu denetimi dikkate alındığında alt derece mahkemeleri bakımından bağlayıcı olmadığını söylemek güçtür.

⁸³² **Germann**, s. 35 vd..

⁸³³ **Larenz/Canaris**, s. 256-257.

⁸³⁴ **Larenz/Canaris**, s. 257.

⁸³⁵ Bkz. **Lames**, s. 25 vd..

⁸³⁶ Bkz. **Lames**, s. 25 vd..

⁸³⁷ **Lames**, s. 26.

⁸³⁸ **Edis**, s. 153, 228; **Bilge**, Armağan, s. 227; **Oğuzman/Barlas**, para. 454; **Hatemi**, § 6, para. 3, 5; **Antalya/Topuz**, s. 274; **Serozan**, I § 4, para. 19 vd.. Mahkeme kararlarının yardımcı kaynak olarak görülemeyeceği yönünde bkz. **Dural/Sarı**, para. 895. Mahkemelerin yerleşik kararlarının ciddi bir itirazla karşılaşmadığı müddetçe yürürlük kaynağı olarak dikkate alınabileceği yönünde bkz. **Sözer**, s. 173.

⁸³⁹ İsviçre hukuku için aynı yönde bkz. **Germann**, s. 8.

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda kanun yolu değerlendirme formlarında derece mahkemelerinin kararlarının bozulmuş olmasının tek başına olumsuz bir görüşe sebebiyet vermeyeceği belirtilse de kararın tahlil ve sonuçlandırması bakımından derece mahkemesi hâkiminin başarılı bulunması gerektiği (2802 s. K. m. 28); bu formların ise hâkimlerin derece yükselmelerinin şartlarından birisini oluşturduğu (2802 s. K. m. 21) dikkate alındığında, yüksek yargı kararlarının alt derece mahkemeleri bakımından bağlayıcılığı gündeme gelir⁸⁴⁰.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru sonucunda verilen ve mahkemelerin yerleşik içtihatlarına aykırı şekilde karar verilmesinin Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile koruma altına alınan hakkaniyete aykırı yargılama hakkını ihlâl ettiği sonucuna varan karar⁸⁴¹ ile de Türk hukuk açısından mahkeme kararlarının artık sadece bir yardımcı kaynak olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

a. Sorunun Tespiti

Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin üçüncü fıkrası, hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacağını düzenlemektedir. Düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, hâkimlerin yargı kararlarından yararlanması gerektiği kabul edilebilir. Buna karşın, somut uyuşmazlığa ilişkin olarak önceki mahkeme kararlarından ya da bilimsel görüşlerden yararlanılmadan sonuca varılması hâlinde ise herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasa ile kabul edilmiştir (AY m. 141/3). Şayet kararın gerekçesi önceki mahkeme kararlarına ya da bilimsel görüşlere dayanmamakla birlikte hukuka uygun ise bu durumda kararın kanun yolu aşamasında kaldırılması ya da bozulması da söz konusu olamaz. Ancak, önceki mahkeme kararına uyulmadan verilen kararın hukuken kabul edilemez olduğu durumlarda ise kararın bozulması mümkündür. Fakat bu hâlde, kararın önceki mahkeme kararına aykırı olduğu için değil, hukukun yanlış uygulandığı (HMK m. 371/1, a) için bozulması söz konusudur. Dolayısıyla, önceki mahkeme kararlarının sonraki kararlar bakımından bağlayıcı olduğu ne söz konusu Anayasa hükmünden ne Türk Medeni

⁸⁴⁰ Ancak mahkemelerin yayımlanmamış mahkeme kararlarına da atıf yaptığı dikkate alındığında, durumun sadece kanun yolu denetimi ile derece yükselmesi arasındaki ilgiden kaynaklanmadığının ortaya çıktığı ve bunun emsal kararlara bağlayıcılık etkisi tanınmanın bir yansıması olduğu yönünde bkz. **Germann**, s. 30, 46.

⁸⁴¹ Bkz. AYM, T. 22.01.2019, Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

Kanunu'nun 1'inci maddesinden ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kararın kaldırılması ya da bozulması sebeplerine ilişkin düzenlemelerinden çıkar.

Buna karşın, Yargıtay Kanunu'nun içtihatların birleştirilmesine ilişkin hükmü dikkate alındığında en azından Yargıtay daireleri ve genel kurullarının kendi kararları ile bağlı oldukları anlaşılabilir. Zira, bahsi geçen düzenlemeye göre Yargıtay daireleri ile genel kurullarının yerleşik içtihadından dönmesi ancak içtihatların birleştirilmesi yolu ile mümkündür. Bu düzenleme, Türk özel hukuku açısından yüksek mahkeme içtihatlarının kesin şekilde bağlayıcı olmadığını ve bundan sapılması imkânını sağlamasının yanı sıra bunun ancak bir üst kurul tarafından ve içtihatların birleştirilmesi yoluyla yapılabileceğini kabul etmesiyle emsal kararlardan ayrılmanın kolaylıkla başvurulabilecek bir süreç olmadığını ortaya koyması bakımından önemlidir⁸⁴². Bununla, kanun koyucunun içtihatların bağlayıcılığının kural; bunların değiştirilmesinin ise istisna olduğunu kabul ettiği sonucuna varılabilir⁸⁴³.

Ayrıca hâkimlerin derece yükselmelerinde esas alınan ölçütlerin yarattığı fiilî durumun yanı sıra özel hukuk bağlamında Yargıtay'ın en önemli görevlerinden biri olan ülkede içtihat birliğinin sağlanması, mantık kuralları sebebiyle de emsal kararların bağlayıcı gücünün bulunması gerektiği sonucuna ulaştırır. Zira, kanun koyucunun bu düzenlemeyle getirmeye çalıştığı nihai amaç, ülke çapında benzer hukukî uyumsuzluklarda hukuk kurallarının benzer şekilde uygulanmasıdır. Dolayısıyla bağlayıcılığın kabul edilmediği hukuk sistemlerinde dahi uygulamada çıkan bu gibi durumların fiilî bir bağlayıcılığa yol açtığı söylenebilir.

Bununla birlikte, emsal kararların bağlayıcılığı konusunu münhasıran fiilî bağlayıcılıkla sınırlamak bir yandan bireylerin meşrû beklentilerinin korunabilmesinin ancak kanun yolunu tüketmekle mümkün olabileceği sonucunu doğurur, ki bu zaman ve masraf bakımından külfetli bir süreçtir. Öte yandan, fiilî bağlayıcılık teorisini kabul etmenin meydana getirebileceği diğer bir sorun ise kanun yolunun açık olmadığı ya da bir şekilde kanun yoluna başvurulmadığı durumlarda hak sahiplerinin korumasız kalmasıdır⁸⁴⁴.

Emsal kararların uzun süre uygulanmakla örf adet hâlini alabileceğini ve ancak bu hâlde bağlayıcı hâle gelebileceğini söylemek de güçtür⁸⁴⁵. Çünkü, örf adet hukuku temelini ve

⁸⁴² İsviçre hukukunda benzer yönde bkz. **Germann**, s. 14.

⁸⁴³ **Kayhan, Fahrettin**, Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, TBB, Y. 1999, S. 2, s. 346-347; **Çoşkun, M. Kürşak**, İchtihatların Birleştirilmesi, ABD, 2001/1, s. 105.

⁸⁴⁴ **v. Ungern-Sternberg**, s. 8.

⁸⁴⁵ Emsal kararların ne kadar uzun süredir uygulanırsa da örf adet hukuku hâline gelmeyeceği yönünde bkz. **Kramer**, s. 274; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, para. 423. Ayrıca bkz. **Sözer**, s. 175.

bağlayıcı etkisini toplumun uzunca süredir benimsediği geleneklerden ve uygulamalardan almaktadır. Oysa emsal kararların sonraki kararlara etki edebilmesi, maddî meseleye yönelik olarak gerekçesinin ikna gücüne dayanır⁸⁴⁶. Bu ise mutlaka uzun bir süredir uygulanmayı gerektirmez. Ayrıca, muhataplarının birlikte kabulüyle demokratik şekilde meşrûluk kazanmış örf adet hukukunun aksine emsal kararlar hâkimler tarafından belirlenmekte ve benimsenmektedir⁸⁴⁷.

Ancak, emsal kararların mahkemeleri, yasama organı tarafından kabul edilen ve usûlüne uygun biçimde yürürlüğe giren kanunî düzenlemeler gibi bağladığını ve bu kararlardan sapılamayacağını iddia etmenin demokratik bir hukuk devletinde doğru olduğu da söylenemez⁸⁴⁸. Ayrıca, böyle bir hukuk düzeninde hukukî güvenliğin korunması hukukun değişimi ve gelişimini engellememelidir⁸⁴⁹. Bu nedenle, emsal kararların bağlayıcı etkisi incelenirken hem eşitlik ve hukukî güvenlik ilkeleri ile hukukun değişken karakteri dikkate alınmalı hem de hâkimlerin bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri bakımından ileri sürülebilecek çekinceler göz önünde bulundurularak sonuca varılmalıdır.

b. Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirme

Emsal kararların bağlayıcılığı konusunda akla gelebilecek ilk husus, kanun önünde eşitlik ilkesidir. Bütün devlet organlarının ve bu sırada mahkemelerin de her türlü işlemi kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiğinden, hukukî uyumsuzluk tarafları bakımından da benzer durumda olan bireylere benzer şekilde muamele edilmesi gerekir. Bu ise mahkeme içtihatlarının emsal karar niteliği kazanması bakımından önem arz etmektedir. Ancak, eşitlik ilkesi de mahkeme içtihatlarının her durumda bağlayıcı olduğu sonucunu doğurmaz. Çünkü, hukuk kurallarının yorumu ve uygulanması mahkemelere aittir. Yargı organının işlemleri bakımından eşitlik ilkesinin hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir⁸⁵⁰. Bu çerçevede, Alman Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, farklı mahkemelerin aynı kanun normunu farklı şekilde yorumlamasının eşitlik ilkesini ihlâl etmeyeceğini; yargı kararlarının yeknesak olmayışının hâkimlerin bağımsızlığı nedeni ile meşrû olduğunu kabul etmiştir⁸⁵¹. Hukuk sistemimiz açısından benzer şekilde, Anayasa

⁸⁴⁶ Germann, s. 49.

⁸⁴⁷ Kramer, s. 274.

⁸⁴⁸ v. Ungern-Sternberg, s. 53.

⁸⁴⁹ v. Ungern-Sternberg, s. 7.

⁸⁵⁰ v. Ungern-Sternberg, s. 47-48.

⁸⁵¹ Bkz. BVerfG, 1 BvR 1243/88, BVerfGE, 87, 273, 287. Anayasa Mahkemesi de

Mahkemesi de hukuk kurallarının yorumunun derece mahkemelerine ait olduğunu, kuralın farklı yargı organlarınca farklı şekilde uygulanabileceğini kabul etmektedir⁸⁵². Yine hukukun gelişimi bakımından da haklı gerekçelerin varlığı hâlinde emsal kararlardan sapılması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Makûl, amaca uygun ve adil gerekçelerin varlığı hâlinde farklı şekilde davranılmasının kanun önünde eşitlik ilkesini ihlâl etmeyeceği, Anayasa Mahkemesi kararlarında da sıklıkla vurgulanmaktadır⁸⁵³.

c. Hâkimlerin Bağımsızlığı Açısından Değerlendirme

Emsal kararların hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmesi ve böylelikle mahkeme içtihatlarına, benzer diğer olaylarda da bağlayıcılık etkisi tanınması, Anayasa'nın hâkimlerin kanuna ve hukuka uygun karar vermesine ilişkin hükmü kapsamında "hukuka uygun karar verme" olarak değerlendirilebilir⁸⁵⁴. Ancak bu değerlendirme, hâkimlerin bağımsızlığına gölge düşürüldüğü eleştirisi ile karşılaşabilir. Somut olaya benzer bir uyuşmazlıkta daha önce başka bir mercii ya da makam tarafından verilen bir kararın, mevcut olay açısından da dikkate alınmasının hâkimlerin bağımsız şekilde karar vermesine engel olduğu, hatta böyle bir durumda hâkimin görevinin yalnızca önceki kararı farklı taraflar bakımından tekrarlamak olduğu düşünülebilir⁸⁵⁵. Oysa, Anayasa'nın 138'inci maddesi ile düzenleme altına alınan bağımsızlık, mahkemeleri özellikle yasama, yürütme ve basın gibi diğer güçlerin etkisinden kurtarmayı amaçlamaktadır. Bu hükmün, karar organının kendisini de sınırlamayı hedefleyen karşıt bir argüman olarak kullanılması doğru değildir⁸⁵⁶. Ayrıca, emsal kararlara normatif bir etki tanınması, onların kanun hükmü niteliği kazanması anlamına da gelmez. Haklı gerekçelerin varlığı hâlinde hâkimlerin önceki kararlardan farklı şekilde karar vermesi mümkün ve gereklidir. Zira, hukukun gelişimi ve değişimi ancak bu yolla sağlanabilir⁸⁵⁷. Buna karşın, gerekçeli karar verilmesi anayasal bir yükümlülük olduğundan (AY m. 141/3), hâkimlerin bütün kararlarında olduğu gibi, benzer olayda verilen önceki içtihattan farklı şekilde karar verilmesine yönelik kararlarında da bunun nedenlerini açıklaması gerekir.

⁸⁵² Bkz. AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

⁸⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu, Sibel**, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı, Y. 2001, C. 18, s. 50 vd.; **Çağlar, Selda**, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, ABD, Y. 2012, S. 3, s. 53 vd.

⁸⁵⁴ **Bilge**, Armağan, s. 222.

⁸⁵⁵ **Uzun, Ertuğrul**, Hukuk Yorumdur, İÜHFM C. LXXII, Y. 2014, s. 103.

⁸⁵⁶ **v. Ungern-Sternberg**, s. 54.

⁸⁵⁷ **Zeybek**, s. 52, 60.

d. Hukukî Güvenlik Açısından Değerlendirme

Emsal karar sisteminin gerekçelendirilmesi açısından ileri sürülebilecek en güçlü argüman, bireylerin korunmaya değer güvenidir. Hukuk devletinde hukukî öngörülebilirliğin tesisi ve hukuk güvenliğinin sağlanması, kanunların geçmişe etkili olarak yürürlüğe girmesi hâlinde olduğu gibi, içtihat değişikliklerinde de dikkate alınmalıdır. Bu noktada uyumsuzluğu çözmekle görevli mahkemelerin, hukukun gelişimi ve değişimi ile bireylerin meşrû beklentileri arasında bir denge sağlaması gerekir⁸⁵⁸. İctihatlar, geçmişe yönelik vakıaların tespitine ilişkin olduğundan, bunların geçmişe etkisi yadsınamaz⁸⁵⁹. Bu nedenle benzer konularda daha önce verilen kararlardan sapılması, hukukî güvenlik ilkesi ile çelişir⁸⁶⁰. Bu değişiklik her ne kadar, bundan sonraki yargılamalar bakımından uygulanacak olsa da aslında geçmişe etkili bir sonuç doğurur. Zira, bu hâlde mahkeme olayın gerçekleştiği zamanda benimsenen içtihatlarla göre değil; kararın verileceği zamandaki kriterlere göre hareket edecektir⁸⁶¹. İctihatların geçmişe etkisini yasaklayan herhangi bir kural bulunmamakta; hatta uygulamada genel olarak içtihat değişikliklerinin derhal uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁶². Bu noktada, uyumsuzluğa yönelik

⁸⁵⁸ **v. Ungern-Sternberg**, s. 51 vd. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de bu yönde kararlar vermiş; birbiri ile çelişen içtihatların hukukî güvenliği zedelediğini; ancak bireylerin meşrû beklentilerinin her durumda kazanılmış bir hakka yol açmadığını da vurgulamıştır. Bkz. “*Hukukî güvenlik ilkesi bilhassa, hukukî durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçlamaktadır. Birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, toplumun yargısal sisteme olan güveninin hukuk devletinin temel unsurlarından biri olmasına rağmen, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukukî belirsizlik durumu yaratabilecektir. Bununla birlikte, hukukî güvenliğe ve yargılanabilir kişilerin meşrû beklentilerinin korunmasına ilişkin gereklilikler, yerleşik bir içtihat bağlamında kazanılabilir bir hakka yer vermemektedir. Gerçekte, içtihat değişikliği tek başına, adaletin iyi yönetimine aykırı değildir, zira dinamik ve gelişimci bir yaklaşımın terk edilmesi, her türlü yenilik ya da gelişmeyi engelleyebilecektir. Son olarak, iki dava arasında yapılan muamele farklılığı, söz konusu fiili durumlarda bir farklılık ile haklı gösterildiği takdirde, bir içtihat çelişkisi olarak anlaşılamayacaktır*”, İHAM, Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, 09.02.2016 T., Başvuru No. 582/05.

⁸⁵⁹ **v. Ungern-Sternberg**, s. 49-50.

⁸⁶⁰ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 495. Hukuk kurallarının farklı şekillerde yorumunun mümkün olduğu, hukukun dinamik kurallardan oluştuğu için her zaman öngörülebilirlik tehlikesinin söz konusu olduğu ve kuralın öncekinden farklı şekilde yorumunun uyumsuzluk tarafları açısından korunmaya değer bir güvenin ihlâline sebebiyet veremeyeceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. **Pichonnaz, Pascal**, İctihat Değişikliğinin Geçmişe Etkisi: Metodolojik Çoğulculuk Açısından Bazı Düşünceler, (Çev. Zafer Kahraman), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 2, s. 493. Ancak yazar, içtihat değişikliğinin köklü bir değişiklik olması ya da içtihadın yeniden anlamlandırılmasında ortaya çıkan sonucun uyumsuzluk tarafları bakımından katlanılmaz olduğu durumlarda Medeni Kanun’un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallarının kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pichonnaz**, s. 497 vd..

⁸⁶¹ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 495.

⁸⁶² Bu yönde bkz. BGE 111 V 161, s. 170, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/78952181-234c-433a-bb65-fc9072fd5ab9>, s.e.t. 01.05.2020. Türk hukukunda aynı yönde bkz. “*Mahkemece davanın reddine karar verilmiş olmasına rağmen dava tarihinden sonra meydana gelen içtihat değişikliği yapıldığı gerekçesiyle reddedilen kısım üzerinden kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmemiştir. Bilindiği gibi içtihat değişikliği bir mevzuat değişikliği değildir. Dolayısıyla içtihadın değişmiş olması başlangıçta davacının dava açmakta haklı olduğunu göstermez. O halde mahkemece, reddedilen kısım üzerinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, hükmedilmemesi usul ve yasaya aykırı*

kararın esas bakımından doğru şekilde çözümünün, hukukî güvenlik ve eşitlik ilkesine nazaran öncelikli olduğu da dile getirilmektedir⁸⁶³. Ancak, haklı ve meşrû beklentinin korunması kanun koyucuda olduğu gibi hâkimler için de geçerlidir ve emsal kararlardan farklı şekilde hareket edilmesinin kimi zaman yalnızca kararın verilmesinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilir. Aslında böyle bir durumda, karara etki eden gerekçenin ikna kabiliyetinden bağımsız olarak bireylerin kanunî düzenlemenin bu zamana kadar ki uygulamasına yönelik korunmaya değer haklı beklentilerinin dikkate alınması gerekir⁸⁶⁴.

Özellikle süre, şekil gibi usûlî kurallar bakımından bu husus daha önemlidir. Zira bu kuralların getiriliş amacı hukukî güvenliğin tesisidir ve mahkemenin bu kuralların anlamlandırılmasına ilişkin görüşünün değişmesi hâlinde derhal uygulama en başta bunların getiriliş amacıyla çelişir⁸⁶⁵. Usûlî kurarlarda, bu kuralların niteliği gereğince, hukukî güvenliğe ve meşrû beklentilere öncelik tanınması ve bir geçiş sürecinin öngörülmesi esastır⁸⁶⁶. Bunun tam aksi yönde bir sonuca ise kamu düzenine veya genel ahlâka ilişkin bir içtihat değişikliği hâlinde ulaşılabilir. Söz konusu içtihat değişikliğinin kamu düzenine ilişkin olduğu ya da ahlâk kurallarıyla ilgili olduğu durumlarda hemen uygulanması hukuk devlet bakımından yerinde olur⁸⁶⁷.

Bu çerçevede Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde genel olarak kabul edilen⁸⁶⁸, mahkeme içtihatlarının, öğretide yer alan görüşler gibi, sadece bilgi kaynağı olup yürürlük kaynağı olmadığı görüşü üzerinde dikkatle durulması gereken husus, mahkemelerin bir konuda vermiş olduğu kararın, sonraki benzer olayların muhatapları bakımından meşrû bir beklenti

olup hükmün bozulmasını gerektirir.”, Y13HD, 14.11.2018 T., 2018/4445 E., 2018/10685 K., www.lexpera.com, s.e.t. 30.04.2020.

⁸⁶³ **Önen**, Kazaî İctihat, s. 163; **Kramer**, s. 274; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 496.

⁸⁶⁴ **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 489.

⁸⁶⁵ **Germann**, s. 43-44.

⁸⁶⁶ **Önen**, Kazaî İctihat, s. 163; **BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 498. Benzer şekilde bkz. **Germann**, s. 43-44; **Guldener**, s. 53; **Zeybek**, s. 65.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi, temyize başvuru süresi bakımından içtihat değişikliğine gidilmiş olsa da karara konu olayda bu değişikliğin uygulanamayacağına ve bu sürenin yerleşik içtihatlarla göre belirlenmesi gerektiğine; bu hâlde meşrû beklentilerin korunmasının bir gereklilik olduğuna ve usûle ilişkin içtihat değişikliklerinin daha önceden bildirilmeden uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. BGE 132 II 153, s. 159, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/3a08e25b-2101-49d9-b245-3948ba25d5fd>, s.e.t. 01.05.2020.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, daha önceki kararlarda istinaf başvurusunda avukatın okunaksız dilekçesinin dikkate alınmasına ve işleme konulmasına karşın daha sonra bu dilekçenin başvuruya elverişsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmesi durumunda, önceden herhangi bir uyarı olmaksızın uygulamanın değiştirilmesinin bugüne kadar yaratılan güveni zedelediğine, oysa bu güvenin korunmaya değer olduğundan bahisle dilekçenin kabulünün gerekli olduğuna karar vermiştir. Bkz. BVerfGE 78, 123, 127.

⁸⁶⁷ **Pichonnaz**, s. 500-501.

⁸⁶⁸ Bu yönde bkz. **Larenz/Canaris**, s. 256; **Kramer**, s. 272; **Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter**, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2018, s. 122; **v. Ungern-Sternberg**, s. 5. İctihatların bağlayıcı olmadığı Avusturya hukukunda açıkça § 12 ABGB’de düzenlenmiştir.

yaratmasıdır. Bu sebeple, emsal kararların bağlayıcılığı konusunda yalnızca Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeden hareket edilerek, mahkeme içtihatlarının da öğreti görüşleri gibi, yalnızca bilgi kaynağı olduğunu iddia etmek, kanaatimizce, yerinde değildir. Zira, öğretilerde savunulan hiçbir görüşün böyle bir meşrû beklentiye sebep olduğu söylenemez⁸⁶⁹.

Bunun dışında ayrıca, hukukun önleyici fonksiyonu, mahkeme kararlarının münferit olayları aşan etkileri ile bireylerin davranışlarını yönlendirmeyi ve bu yolla uyumsuzlukların daha başlangıçtan engellenmesini amaçlar ve böylece toplumsal hayatın düzenlenmesini sağlar. Hukukun bu önleyici fonksiyonun yaşama geçirilebilmesi de aslında bireylerin davranışlarına yön verecek mahkeme içtihatlarındaki gerekçelerin stabil olmasına ve hukukî öngörülebilirliğe bağlıdır⁸⁷⁰.

Mahkeme içtihatlarının hukukun bütünlüğünü ve gelişimini sağlamak şeklinde iki önemli işlevi bulunmaktadır⁸⁷¹. Emsal kararların bağlayıcılığı hukuk kurallarının yeknesak şekilde uygulanmasına ve bu sayede eşitlik ve hukukî güven ilkesine hizmet etmesine karşın hukukun kalıplaşmasına ve mahkemeler aracılığı ile hukukun gelişiminin sağlanmasına engel olabilir. İşte bu çerçevede gerekli şartların varlığı hâlinde içtihat değişikliği ya da emsal kararlardan sapılması hukukun gelişimi için şarttır⁸⁷². Şayet mahkemelere, gerekli olduğu hâlde kendi içtihadını geliştirme fırsatı verilmeyerek emsal kararlara uymak zorunluluğu getirilirse, bu durumda hukukun kalıplaştığından söz edilebilir⁸⁷³. Dolayısıyla, hukukî güvenlik ve eşitlik ilkesinin yanı sıra hukukun gelişimi de dikkate alınarak mahkemelerin emsal kararlardan sapmasının hangi hâllerde mümkün olabileceği saptanmalıdır.

Esasen benzer vakıalara dayanan ve aynı kanunî düzenlemenin uygulandığı olaylarda, yetkili merciin münferit olayın ötesinde yeknesak kriterlere göre bir uygulama geliştirmesi gerekir. Ancak bu, yetkili merciin daha önceki kararlarında kanunu yanlış uyguladığının ya da kanunî düzenlemenin farklı şekilde uygulanmasının düzenlemenin amacına veya değişen koşullara daha uygun olduğunun veya bilimsel bir gelişmenin ya da toplumun değer yargılarındaki değişimin ortaya çıkması hâlinde içtihat değişikliğine gidilemeyeceği anlamına

⁸⁶⁹ **Kramer**, s. 277; **BK ZGB Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 488.

⁸⁷⁰ **Germann**, s. 32.

⁸⁷¹ **Larenz/Canaris**, s. 190.

⁸⁷² **Sözer**, s. 174. Ayrıca bkz. **Özekes, Muhammet**, İstinaf Sistemi ile Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, 2007, s.146.

⁸⁷³ **v. Ungern-Sternberg**, s. 54.

gelmez⁸⁷⁴. Aksine, yanlış bir değerlendirme sonucunda kanunun amaca uygun yorumuna tam olarak uygun olmayan bir emsal karara bağlı kalınarak uyuşmazlığın çözümü kanunun kötüye kullanımına ve hukukî güvenliğin zarar görmesine dahi neden olabilir⁸⁷⁵. Bu noktada, ciddi gerekçelere dayanılarak emsal kararlardan sapılması mümkün olmalıdır⁸⁷⁶. Emsal karardan sapmayı gerekli kılan görüşün hukuka ve kanunun amacına göre önceki karardan daha iyi olduğunun ispat yükü emsal karardan saptak isteyen mahkemeye aittir⁸⁷⁷. İleri sürülen gerekçenin önceki kararda ortaya konulan gerekçeden daha tatmin edici olması gerekir⁸⁷⁸. Ayrıca, bu sapmanın anlık ya da münferit bir olaya ilişkin olmamasına; yapılan değişikliğin bundan sonraki bütün olaylar bakımından uygulama alanı bulacak ilkesel bir değişiklik olmasına özen gösterilmelidir. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre, bu şartların gerçekleşmesi hâlinde, içtihat değişikliğinin ne hukukî güvenlik ne de eşitlik ilkesiyle çelişmesinden bahsedilebilir⁸⁷⁹. Bu husus, emsal karardan saptak isteyen mahkemenin keyfi

⁸⁷⁴ **Germann**, s. 37-38; **Hausheer/Jaun**, ZGB Art. 1, para. 57 vd.; **Kramer**, s. 274; **BK ZGB Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 491. İçtihatların değiştirilmesini gerektiren bazı hâller için bkz. **Önen**, Kazai İctihat, s. 165 vd.; **Zeybek**, s. 66 vd..

⁸⁷⁵ **Germann**, s. 43.

⁸⁷⁶ **Lundmark**, s. 548; **Edis**, s. 231; **Oğuzman/Barlas**, para. 454; **Dural/Sarı**, para. 911; **Antalya/Topuz**, s. 277. Ayrıca bkz. BGE 136 III E; 127 II 289 E 3a. Ancak Yargıtay'ın kimi zaman herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin yerleşik hâle gelmiş kararlarından vazgeçerek farklı yönde karar verdiği gözlemlenmektedir. Örneğin, resmî nikah yapılacağı düşüncesiyle karı koca hayatı yaşanması ve daha sonra eşin evden terkine sebebiyet verilmesi hâlinde, kişilik haklarının ihlâli gerekçesiyle açılan manevî tazminat davasının önceki kararlardan farklı şekilde kadının yirmi yaşında olması ve bu nedenle fiilin sonuçlarını anlayabilecek olması nedeniyle reddine ilişkin karar için bkz. Y4HD, 12.02.2019 T., 2016/15297 E., 2019/612 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.06.2020. Aksi yöndeki önceki kararlar için bkz. Y4HD, 17.01.2013 T., 2012/1692 E., 2013/438 K.; Y4HD, 25.02.2012 T., 2010/12705 E., 2012/850 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.06.2020. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin de benzer şekilde davrandığı yönünde bkz. **BK ZGB Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 494.

⁸⁷⁷ **BK ZGB Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 496.

⁸⁷⁸ **Guldener**, s. 53.

⁸⁷⁹ Bkz. BGer 2A.573/2002, 21.05.2003, E, 3, 2, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/bdc3d14c-1cb6-47c7-858a-e45a85c8d727>, s.e.t. 01.05.2020. Aynı yönde bkz. BGE 136 III 6, s. 8, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/b7afc8d0-ac17-4896-a584-caf015be6b42>, s.e.t. 01.05.2020. Hukukumuz açısından Anayasa Mahkemesi de değişikliğin münferit bir olaya ilişkin olması durumunda hukukî öngörülebilirliğin ihlâl edileceğini belirtmiş, böyle bir durumda yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. “Özellikle aynı somut olay ve hukuksal durumdaki farklı kişilerce açılan davalarda birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşılması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebilir. Yargı mercilerinin anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Bu itibarla içtihat değişikliği tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz ise de bu değişiklik ile benimsenen yeni yaklaşımın benzer uyuşmazlıklarda tutarlı olarak uygulanması gereklidir..... Esas itibarıyla hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama yetkisine sahip olan Yargıtay Dairesinin içtihat değişikliğine gitmiş olması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez ise de somut olayda bu içtihattan sonraki kararlarında da aynı Dairenin eski içtihadını sürdürdüğü dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle başvurusunun açtığı davada verilen karar Yargıtayın önceki içtihadına uygun olmadığı gibi bu karardan sonraki tarihlerde verilen içtihadı da uygun değildir. Dolayısıyla içtihat farklılığının bizzat bu farklılıkları önlemekle görevli Yargıtay Dairesi kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Yargıtay Dairesinin kararında önceki içtihattan farklı karar verilmekle niçin bu içtihattan ayrıldığına dair herhangi bir açıklamada bulunulmamış, buna dair bir gerekçe gösterilmemiştir. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir.”, AYM, 22.02.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

şekilde davranması önünde bir engel oluşturur⁸⁸⁰. Ayrıca böyle bir değişikliğin gerekçesinin ortaya konulması, hükmün kanun yolu aşamasında kolayca bozulmasını engellemek açısından da önemlidir⁸⁸¹.

Mahkemenin yerleşik kararından dönmeyi istemesi hâlinde, bunu doğrudan yapmak yerine daha önceden, örneğin konuyla doğrudan ilgili olmayan başka kararlarda karara etki etmeyen gerekçe (*obiter dicta*) kısmında, bu yöndeki eğilimi ortaya koyması da hukukî öngörülebilirlik açısından yararlı olabilir⁸⁸².

Emsal kararlardan sapılması bakımından öğretide, mevcut normların yorumu ve boşluk nedeniyle hukuk yaratma kararları arasında bir ayırım yapılması ve hukuk yaratmaya yönelik mahkeme kararlarından sapılması açısından kanunların değiştirilmesine benzer şekilde sıkı şartların kabul edilmesi gerektiği savunulmuş; bu hâlde hâkim tarafından yaratılan hukukun kanunî normu ikame ettiği için hukukî güvenlik bakımından kanunlar gibi değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸³. Bu görüşe göre eğer hukukî güvenlikten vazgeçiliyorsa içtihadı değiştirmeye sebep olan husus da en azından bunu telafi edecek güçte olmalıdır; basit olgusal değişiklikler, yorumdan farklı olarak, burada dikkate alınmamalıdır⁸⁸⁴. Burada, bilimsel ya da teknolojik bir gelişmenin ya da toplumsal değerlendirmelerin değişimi gibi ciddi gerekçelere ihtiyaç duyulur⁸⁸⁵. Oysa, mevcut normun yorumuna ilişkin bir içtihattan dönülmesinde ise yalnızca, yeni içtihadta savunulan görüşün kanunun amacına daha uygun olduğunun ispat yeterli görülmektedir⁸⁸⁶.

Bu hususta öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, her ne kadar kanunda bir düzenleme bulunmaması nedeni ile büyük önermenin hâkim tarafından konulması söz konusu olsa da burada da bir yargı kararının mevcudiyetinden bahsedilir. Bu yargı kararı gerekçesi itibariyle ikna edici olduğu sürece diğer benzer uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir. Bunun ötesinde ise yasama organı tarafından kabul edilen kanunlar gibi değerlendirilmesi mümkün

⁸⁸⁰ Germann, s. 15; v. Ungern-Sternberg, s. 50-51.

⁸⁸¹ Germann, s. 11.

⁸⁸² Kramer, s. 295; BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 497; v. Ungern-Sternberg, s. 50; Pichonnaz, s. 499.

⁸⁸³ Germann, s. 36-38; Önen, Kazaî İctihat, s. 165. Edis ise boşluğun tespitine ilişkin içtihatların da yorum teşkil ettiğini ve bu içtihatlardan dönülmesinde ciddi sebeplerin varlığının bulunması gerektiğini; boşluğun doldurulmasına ilişkin kararlarda ise içtihattan ayrılmanın sıkı şartlara bağlanamayacağını savunmuştur. Bkz. Edis, s. 230.

⁸⁸⁴ Germann, s. 38-39.

⁸⁸⁵ Germann, s. 36 vd..

⁸⁸⁶ Germann, s. 39 vd..

değildir; inandırıcılığını ve ikna kabiliyetini kaybeden böyle bir karardan da sapılması mümkündür⁸⁸⁷.

e. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Değerlendirme

Fransız hukukundan etkilenen diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da emsal kararların bağlayıcılığına karşı ileri sürülebilecek ciddi gerekçelerden birisi ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Bu ilkenin benimsenmiş olmasının emsal kararlara bir hukuk kuralı oluşturma fonksiyonu tanınması konusunda bir engel olduğu düşünülebilir⁸⁸⁸. Zira emsal kararların normatif bağlayıcılığının kabulü, mahkeme kararları ile fiilen hukukun şekillenmesine ve böylece giderek hâkimlerin kanun koyucu yerine geçmesine sebebiyet verebilir⁸⁸⁹. Esasen tek başına bu ilkenin varlığı da emsal kararların bağlayıcılığını inkârâ yeterli değildir. Çünkü, kanun koyucunun, mahkeme kararlarının aksine kanunî düzenleme öngörmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın, burada asıl sorun mahkeme içtihatlarından değil; onlara tanınan fiilî otoriteden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun, özellikle bazı siyasî, ekonomik ya da benzer başka kaygılarla mahkeme kararları aksine değişiklik yapmak konusundaki çekingenliği, emsal kararların yasama karşısında güçlenmesine yol açar⁸⁹⁰. Diğer bir deyişle, yasama organının kendi otoritesinden bazı çekincelerle yargı lehine vazgeçmesinin, emsal kararlara normatif etki tanınmasının bir sonucu olduğu söylenemez.

Ayrıca, Anglosakson hukuk sistemlerinde, şeffaf bir yargılamanın ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin temini için de mahkemelerin önceki içtihatlarının bağlayıcı etkisinin kabulünün gerektiği savunulmaktadır⁸⁹¹. Zira, benzer olaylarda benzer şekilde karar verilmesi, hâkimin kişisel değer yargılarından bağımsız olarak, kanun koyucunun kanunla getirdiği değerlendirmelerden hareketle tarafsız biçimde karar vermesini teyit ettiği gibi⁸⁹²; mahkeme kararlarının siyasî değişikliklerden etkilenmemesi açısından da bir teminat sağlayabilir⁸⁹³.

Yine de mahkeme kararlarının, hukuk normunun münferit olayı açacak biçimde geniş ve genel bir biçimde somutlaştırılması zaman içinde bu kararların otoritesinin artmasına

⁸⁸⁷ Kramer, s. 275; BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 499.

⁸⁸⁸ v. Ungern-Sternberg, s. 6.

⁸⁸⁹ Germann, s. 19; v. Ungern-Sternberg, s. 54-55.

⁸⁹⁰ v. Ungern-Sternberg, s. 55.

⁸⁹¹ Lundmark, s. 548.

⁸⁹² Germann, s. 19; Lundmark, s. 548.

⁸⁹³ Lundmark, s. 548.

sebebiyet verebilir. Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde, somut olaydan ziyade hukuk normunun yorumlanmasının yol açtığı bu temel sorun, mahkemelerin karar gerekçelerini daha ayrıntılı ve münferit olayla daha ilgili şekilde formüle etmeleri ile çözüme kavuşturulabilir⁸⁹⁴. Bu aynı zamanda, mahkeme kararlarının genel olarak birbirine benzemekle birlikte bazı küçük farklılıkları içeren olaylara ilişkin kararlarda farklı biçimde karar verilmesi nedeniyle ortaya çıkan çelişkinin azalmasını sağlar⁸⁹⁵. Halihazırda çok geniş ve genel şekilde formüle edilen emsal karara dayanmak istemeyen mahkemeler kararın gerekçesine istisnalar getirerek uygulama alanı daraltmaktadır⁸⁹⁶.

Bu hususta üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise emsal kararların bağlayıcılığının bu kararların erişilebilirliğiyle arasındaki ilişkidir⁸⁹⁷. Mahkemelerin, benzer konularda daha önceden verilen kararlara bağlı kalarak somut olayı çözüme kavuşturması ya da bu karardaki gerekçenin haksız, yersiz ya da değişen koşullara veya günün ihtiyaçlarına karşılık vermediğini ortaya koyabilmesi ancak bu kararlara ulaşılabilirdiği ölçüde mümkündür. Yalnızca bazı yüksek mahkeme içtihatlarının değil diğer bütün kararların ulaşılabilir olduğu ölçüde hem bağlayıcılığa dayalı olarak hukukun yeknesak uygulanabilmesi ve gerekliyse önceki kararın geliştirilmesi sağlanır hem de geniş kapsamlı bir karara istisna getirilebilmesi ve böylece kararın uygulama alanının belirlenebilmesi mümkün olur⁸⁹⁸.

f. Ara Sonuç

Yukarıda izah edilmeye çalışılan gerekçeler çerçevesinde, emsal kararların doğruluğu konusunda bir varsayımdan yola çıkan ve gerekçesi ortaya konulduğu sürece bu kararlardan farklı şekilde karar verilmesine de imkân tanıyan varsayımsal/sınırlı bağlayıcılık görüşünün kabulü, yeknesak bir uygulamanın temini ile eşitlik, hukukî istikrarın ve öngörülebilirliğin temini ile de hukukî güvenlik ilkesinin korunmasına hizmet edeceğinden Anayasa ile korunan hukuk düzeni açısından daha uygundur⁸⁹⁹. Zira, emsal mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, hâkimlerin hukuka uygun karar vermesine ilişkin Anayasa hükmünün, kanun önünde eşitlik ilkesinin ve en önemlisi de bireylerin meşrû beklentilerinin korunması ile hukukî güvenliğin

⁸⁹⁴ v. Ungern-Sternberg, s. 56-57.

⁸⁹⁵ v. Ungern-Sternberg, s. 57.

⁸⁹⁶ Germann, s. 23-24.

⁸⁹⁷ BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 502. Mahkeme kararları arasındaki çelişkinin giderilebilmesi bakımından bu kararlarının yayımlanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Özkes, İctihat Aykırılığının Giderilmesi, s. 148-149.

⁸⁹⁸ v. Ungern-Sternberg, s. 54.

⁸⁹⁹ Hausheer/Jaun, ZGB Art. 1, para. 50; BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 500. Benzer şekilde bkz. Germann, s. 28 vd.; v. Ungern-Sternberg, s. 54 vd.; Edis, s. 231; Sözer, s. 175.

tesisinin bir gereğidir. Bu görüşün kabulü, mahkeme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin olarak hâkimlerin bağımsızlığının ihlâl edileceği ya da hukukun gelişiminin sekteye uğrayacağı endişelerini de bertaraf eder. Çünkü, söz konusu görüş, hukukun gelişiminin ve değişiminin gerekli kıldığı ölçüde ya da hukukun daha doğru uygulanabilmesi için gerekçesi de ortaya konularak emsal kararlardan dönülebilmeye imkân tanımaktadır. Diğer bir deyişle bu görüş, emsal mahkeme kararlarının gerekçesi açısından ikna kabiliyeti devam ettiği sürece benzer konularda bağlayıcı olduğunu; eğer daha tatmin edici farklı gerekçelerin ileri sürülebilmesi mümkün ise bunların ortaya konulması şartıyla önceki kararlardan sapılması imkânını kabul etmektedir. Ayrıca, emsal kararların bağlayıcılığı, yasama organına değil mahkemelere yönelik olduğundan, bu görüş, kuvvetler ayrılığını ihlâl etmeyeceği gibi onun siyasî etkilerden korunmasına da hizmet eder.

C. Bağlayıcılığın Kapsamı

Emsal kararların bağlayıcı etkisi kabul edildikten sonra, bu bağlayıcılığın sınırının da tespit edilmesi gerekir. Mahkemeler -özellikle de yüksek mahkemeler- tarafından verilen kararların uyuşmazlığın tarafları dışında, gelecekteki benzer olayları sınırlı da olsa bağlayacağı kabul edilmesine karşın; bu etkinin kapsamı, mahkeme kararının uyuşmazlık tarafları bakımından doğurdu kesin hüküm etkisinden farklıdır. Somut uyuşmazlığın tarafları bakımından mahkeme kararının hüküm fıkrasının kesin hüküm vasfını kazandığı ve böylelikle bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir⁹⁰⁰. Mahkemelerin emsal kararlarının bağlayıcılığı ise emsal teşkil edecek karara konu somut uyuşmazlığa ilişkin hüküm fıkrasını kapsamaz. Zira hüküm fıkrası, kararın, somut uyuşmazlık bakımından olayın gerektirdiği hâl ve şartlar çerçevesinde verilen ve ancak kesinleşmesi hâlinde yalnızca uyuşmazlığın tarafları ve onların halefleri bakımından bağlayıcı olan kısmıdır. Kararın gerekçesi ise kural olarak kesin hüküm gücünü haiz değildir⁹⁰¹. Emsal kararların bağlayıcı etkisinde, bu hükmün verilmesine etki eden gerekçesi (*ratio decidendi-tragende Gründe*) dikkate alınır⁹⁰². Diğer bir anlatımla, emsal kararların bağlayıcı etkisinin kapsamına, mahkemenin somut olaya ilişkin görüşünü

⁹⁰⁰ Gürdoğan, s. 40; Kuru, C. V, s. 5049; Kuru, İstinafa Göre, s. 772; Atalı, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2059; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 450; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 707.

⁹⁰¹ Kesin hüküm etkisinin kararın gerekçesi üzerine genişlemesi kimi hâllerde mümkün olabilir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gürdoğan, s. 43 vd.; Kuru, C. V, s. 5050 vd.; Özkaya Ferendeci, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, 2009, s. 107 vd.; Meriç, Kesin Hüküm, s. 42 vd. Aynı yönde bkz. Kuru, İstinafa Göre, s. 772; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 707-708.

⁹⁰² Germann, s. 21; Larenz/Canaris, s. 253; BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 486; v. Ungern-Sternberg, s. 7; Önen, Kazaî İçtihat, s. 170.

dayandırdığı hukuk kuralının ya da ilkesinin anlamlandırılması ve uygulanmasına ilişkin düşünceleri girmektedir⁹⁰³. Ancak, kesin hüküm etkisinin gerekçe üzerine genişlediği durumlarda, gerekçenin dikkate alınması gereken kısmı emsal karar etkisine de sahip olan bölümüdür. Bu nedenle, kesin hüküm etkisinin gerekçeye genişlediği hâllerde emsal karar etkisi ile gerekçe bakımından kesin hükmün kapsamı ortak hâle gelir.

Bunun dışında mahkeme kararında yer alan, ancak somut olayın çözümü bakımından doğrudan etkisi bulunmayan gerekçe kısmı ise emsal karar olarak bağlayıcılık niteliğini haiz değildir. Somut olay bakımından önem arz eden maddî vakıalara, bunların ispatına yönelik delillere ve delillerin takdirine yönelik olanlar dışında da kararın gerekçelendirilmesi bakımından hiçbir etkisi olmayan ve gerekçede yer alması gerekli de olmayan bazı hukukî mülahazaların karar metninde yer alması, onun emsal karar olarak dikkate alınabileceği anlamını taşımaz⁹⁰⁴. Aslında mahkemenin somut olayın çözümü bakımından önem arz etmeyen bu hususlar hakkında detaylı bir inceleme yaptığını söylemek de güçtür. *Obiter dictum* denilen bu talî nitelikli gerekçeler, kural olarak emsal teşkil etmemekle beraber, kimi durumda yüksek mahkemelerin uygulama değişiklikleri açısından kullanmaya tercih ettiği bir araç hâline gelebilir⁹⁰⁵. Ayrıca, kararın talî nitelikteki gerekçeleri, somut olayla doğrudan ilişkili olmasa da hukuk kurallarının anlamlandırılması ve uygulanması bakımından mahkemelerin görüşlerini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, bu gerekçelerin yorumda ve hukuk kuralının uygulanmasında yararlanılabilecek bir yardımcı kaynak olarak değerlendirilmesi mümkündür⁹⁰⁶.

Ancak emsal karar olarak ölçüt kabul edilen gerekçenin her zaman *obiter dictum*dan ayrılması kolay değildir; kaldı ki emsal karardan sapılmayı gerektiren herhangi bir durum olmadıkça bu iki gerekçe türünü birbirinden ayırt etmeye gerek de yoktur⁹⁰⁷.

Ayrıca, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenen tümden gelim yöntemi, olaydan değil kuraldan hareket edilmesine ve böylelikle emsal kararlarda genel geçer ilkelerin tespitine sebep olmaktadır⁹⁰⁸. Emsal teşkil edecek önceki karar bakımından gerekli olandan daha geniş ve amaca uygun olandan daha genel bir belirleme yapılması hâlinde, emsal karar etkisinin

⁹⁰³ Germann, s. 22.

⁹⁰⁴ Germann, s. 22.

⁹⁰⁵ BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 497; Önen, Kazaî İçtihat, s. 172. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi daha önce verdiği hükümlerde talî olarak dile getirdiği böyle gerekçeleri daha sonra içtihadın değişmesi bakımından kullanma eğiliminde olmuştur. Bkz. Önen, Kazaî İçtihat, s. 172. Benzer şekilde bkz. Edis, s. 231.

⁹⁰⁶ Germann, s. 29; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl. III, para. 41.

⁹⁰⁷ BK ZGB Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 486.

⁹⁰⁸ Germann, s. 25; v. Ungern-Sternberg, s.56.

sınırının çizilmesi gerekir⁹⁰⁹. Bu sebeple hâkim tarafından kararın verilmesine etki eden esaslı gerekçe olarak nitelendirilmesine rağmen; bunun, daha geniş ya da daha dar şekilde yorumlanmasını gerektiren durumlar da ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, hükme ulaşmak için ölçüt olan gerekçenin tespitinde somut olayın meydana gelmesine sebep olan vakıalara başvurulması gerekir⁹¹⁰. Hem hükmün verilmesinde etkisi kararda açıkça gösterilen hem de açıkça gösterilmemekle birlikte aslında etkili olan vakıaların dikkate alınması ve genel şekilde formüle edilmiş emsal kararın sınırlandırılması ile doğru sonuca ulaşılabilir⁹¹¹. Kararda ölçüt kabul edilen gerekçe bölümünün geniş şekilde kaleme alınmış olması, özellikle sonraki yargılamalarda hâkimlerin bu karardan sapmayı gerektiren herhangi bir unsurun bulunup bulunmadığını incelemesi yoluyla ortaya konulabilir. Bu yöntemle, formüle edilmiş tarzıyla emsal karar kapsamında kalan bir uyuşmazlık, kendine özgü bir unsurun varlığı nedeniyle artık farklı yönde çözüme kavuşturulabilir ve önceki karara konu ilkeye bu şekilde istisnalar tanınabilir⁹¹². Aslında bu, eşit durumda olmayanlara eşit muamele edilemeyeceğine ilişkin eşitlik ilkesinin doğal sonucudur⁹¹³.

§ 7. İçtihadı Birleştirme Kararları

A. Genel Olarak

Mahkeme içtihatlarının bağlayıcı etkisine yönelik kıta Avrupası hukukunda açıkça bir düzenleme bulunmadığı, buna karşın öğretide ve uygulamada bu kararların emsal etkisinin genel olarak benimsendiği açıklandıktan sonra, bu hukuk sistemleri bakımından bağlayıcılığın resmen kabul edildiği içtihadı birleştirme kararlarına değinilmelidir.

İçtihadı birleştirme kararları, yüksek mahkemelerin daire ve genel kurullarının aynı konuda farklı şekilde sonuca vardığı kararları arasındaki yorum farklılıklarından doğan çelişkiyi gidermek ve böylelikle ülke genelinde hukuk birliğini sağlamak amacı ile getirilmiş bağlayıcı nitelikteki yüksek mahkeme kararlarıdır⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ Germann, s. 26.

⁹¹⁰ Germann, s. 23.

⁹¹¹ Germann, s. 23. Benzer şekilde bkz. v. Ungern-Sternberg, s. 56-57.

⁹¹² Germann, s. 23 vd.; v. Ungern-Sternberg, s. 56-57; Önen, Kazaî İctihat, s. 170.

⁹¹³ Germann, s. 25.

⁹¹⁴ Kuru, İctihatların Birleştirilmesi, s. 9-10; Kuru, İstinafa Göre, s. 753.

İçtihatların birleştirilmesi fikrinin ilk olarak İngiliz hukukunda ileri sürüldüğü; ancak Fransız ihtilalinin ardından ivme kazanabildiği ifade edilmiştir⁹¹⁵. Hatta başlangıçta Fransız hukukunda, temyiz makamının görevi sadece hâkimlerin kararlarında kanuna aykırı davranıp davranmadığını tespit etmek ve buna göre kararın bozulmasının gerekip gerekmediğine karar vermektir. Dolayısıyla, o dönem Fransız hukukunda mahkeme içtihatları şeklinde ayrı bir kavrama ihtiyaç bulunmadığı; mahkemelerin sadece kanunu uygulamak zorunda olduğu ve verilen kararların ortaya çıkardığı hukukî sonucun kanundan başka bir şey olmadığı savunulmuştur⁹¹⁶. Bu sebeple o dönemde içtihatlarda çelişki bulunmasının da söz konusu olmadığı düşünülmekteydi. Kavram içtihatçılığının da etkisi ile hâkimlerin yalnızca kanunu uygulamakla görevli olduğu; aksi bir durumda yasama organının alanına müdahale sonucunun doğacağı düşüncesi ile herhangi bir yargı içtihadının gündeme gelmesi hâlinde, bunun imhası gerektiği düşünülmekte; kanunun yorumunun gerekli olduğu hâllerde de yasama organına başvuru fikri benimsenmekteydi⁹¹⁷. Ancak, uygulamanın bu şekilde gelişmesi mümkün değildi; zira kanunların eksiksiz ve her daim güncelliğini koruyabilen metinler olmadığı aşîkârdır. Günümüzde artık, temyiz merciilerinin vazifeleri arasında içtihat birliğinin sağlanması da yer almaktadır. Mahkeme kararının mevzuata aykırı olup olmadığının denetlenmesinde önde tutulan taraf menfaatinin, içtihat istikrarsızlığının giderilmesi bakımından talî konuma geldiği, bu vazife ile temyiz mercilerinin kamu yararına hizmet ettiği kabul edilmektedir⁹¹⁸.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Yüksek Mahkeme İçtihatlarının Birleştirilmesi

1. Alman Hukuku

Federal Alman Anayasa'sının 95'inci maddesi ile ülke genelinde içtihat birliğinin sağlanması gerekliliği anayasal olarak düzenleme altına alınmış ve federal düzeyde yüksek mahkemeler arasında meydana gelen çelişkili kararlar hakkında karar vermek üzere bütün federal yüksek mahkemelerin ortak senatosunun (*Gemeinsamer Senat*) kurulması kabul

⁹¹⁵ **Marty, Gabriel**, Kazaî İçtihatların En Yüksek Mahkeme Vasıtasile Tevhidi, (Çev. H. Veldet Velidedeoğlu), İÜHFİM, Y. 1938, s. 460.

⁹¹⁶ **Marty**, s. 461.

⁹¹⁷ **Marty**, s. 461.

⁹¹⁸ **Marty**, s. 462. Bu bağlamda hem taraf menfaatinin hem de kamu menfaatinin aynı anda tatminin mümkün olabilmesi bakımından temyiz mercii önünde somut uyumsuzluğun yeniden incelenerek karar bağlanması gerektiği, bunun ise yüksek mahkemelerin iş yükünü artırması ve bu nedenle daire sayısının artması nedeni ile çelişkili kararların yaygınlaşmasına yol açacağı dile getirilmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda, temyiz makamının kamu yararına hizmet vazifesi üstün tutulmalıdır. Diğer bir anlatımla, temyiz makamının ülke genelinde hukukun yeknesak şekilde uygulanması görevine üstünlük tanınmalıdır. Bkz. **Marty**, s. 463.

edilmiş; Yüksek Mahkeme İçtihatları Arasında Yeknesaklığın Korunması Hakkındaki Kanun⁹¹⁹ ile de bu mahkemenin kuruluşu ve işleyişi düzenleme altına alınmıştır. Ülke genelinde içtihat birliğinin sağlanması bu şekilde düzenlenmekle birlikte, farklı yargı kollarının kendi içindeki çelişkili kararlarının giderilmesi ise bu yargı kolunun en üstünde bulunan yüksek mahkemeye aittir.

Alman hukukunda, Prusya döneminden bu yana yüksek mahkeme içtihatlarında meydana gelen çelişkinin giderilmesi bakımından kanunî düzenlemelere yer verilmiştir⁹²⁰. Bu bağlamda, başlangıçta, yüksek mahkemenin tek bir karar mercii olmasından dolayı kendi kararları içindeki çelişkinin giderilmesi anlaşılmakta iken sonraki dönemlerde karar vermeye yetkili senato sayısındaki artış ile senatolar arasındaki çelişkili kararların giderilmesi de bu kapsamda anılmıştır⁹²¹.

Alman hukuk sistemi açısından Federal Temyiz Mahkemesi'nin içtihat bütünlüğünü sağlama görevi bulunmaktadır⁹²². Derece mahkemelerinin kararları arasındaki çelişkinin istinaf ve temyiz kanun yolları ile giderilmesi mümkündür⁹²³. 2002 yılında Alman Medenî Usûl Kanunu'nda yapılan değişikliğin ardından aslen kanun yolu denetimi ile görevli mahkemelere hukukun geliştirilmesi vazifesi verilmiştir. Buna göre, eğer içtihat birliğinin sağlanması ya da hukukun geliştirilmesi istinaf ya da temyiz mahkemesinin bir kararını gerekli kılıyorsa, bu hâlde kanun yolu başvurusunun kabulünün gerektiği düzenlenmiştir (§ 511 Abs. 4 Nr. 1 ve § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Bu düzenlemeler, mahkemelerin sadece kanun boşluklarının hukuk yaratma yoluyla doldurulmasında değil, kanun hükümlerinin yorumu bakımından genel

⁹¹⁹ Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG), 19.06.1968'den beri yürürlüktedir. Kanun metnine ulaşmak için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/rspreinhg/BJNR006610968.html>, s.e.t. 13.11.2019.

⁹²⁰ Prusya'da 1832 yılında *Geheime Ober-Tribunal*'in üç senatoya ayrılmasının ardından yüksek mahkeme senatoları arasında farklılaşan hukukî düşünceler ve çelişkili kararlar tehlikesi gündeme gelmiş; bu nedenle 1836 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile bu duruma çözüm bulunmaya çalışılmıştır. O dönemde kabul edilen düzenlemeye göre, bir hukukî mesele hakkında önceki kararlardan farklı şekilde karar verilmek isteniyorsa, bu hâlde kararı *Geheime Ober-Tribunal*'in genel kurulunun vermesi gerekmektedir. Benzer bir düzenleme Kuzey Almanya'da da 1870 yılında kabul edilmişti. Buna göre de yüksek mahkemenin senatoları arasında aynı konuda farklı kararların mevcudiyeti hâlinde kararın genel kurul tarafından verilmesi gerekliydi. İmparatorluk döneminde ise başlangıçta genel kurul (*das Plenum*) kararları kabul edilmemiş; 1877 yılında yürürlüğe giren Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda sadece hukuk ya da ceza senatolarının kendi aralarında çelişkili kararların bulunması durumunda birleştirilmiş senatonun (*die Vereinigten Senate*) karar vermesine yönelik düzenleme kabul edilmiş; ancak ceza ve hukuk daireleri arasındaki çelişkinin giderilmesine ilişkin genel kurul kararı düzenlenmemiştir. 1886 yılında yapılan kanunî değişiklikle genel kurulun karar verebilmesi düzenleme altına alınmış; 1935 yılındaki reformla da genel kurul (*das Plenum*) birleşmiş büyük senato (*die Vereinigten Grossen Senate*); birleşmiş senato (*die Vereinigten Senate*) ise büyük senato (*die Grosse Senate*) olarak değiştirilmiştir. Bkz. **Jungmann**, s. 380-381.

⁹²¹ **Jungmann**, s. 380.

⁹²² BVerfG, 11.06.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE, 54, 277 (291).

⁹²³ **MüKoZPO/Zimmermann**, GVG § 132, para. 5.

ilkelerin düzenlenmesi anlamında da bir yetkiye sahip oldukları şeklinde anlaşılmalıdır⁹²⁴. Bahsi geçen bu düzenlemeler ile genel olarak mahkeme kararları arasındaki yeknesaklık da tesis edilir.

Yüksek mahkeme kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi ise ancak içtihatların birleştirilmesi ile sağlanmaktadır. Bu çerçevede Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu ile Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararları arasında meydana gelen çelişkilerin giderilmesine ilişkin düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bir hukuk dairesi başka bir hukuk dairesinin ya da hukuk genel kurulunun (*der Grosse Senat für Zivilsachen*) içtihadından farklı yönde karar vermek istediğinde, hukuk genel kurulu tarafından bu talep incelenir. Yine bir hukuk dairesi, bir ceza dairesinin ya da ceza genel kurulunun (*der Grosse Senat für Strafsachen*) yahut da büyük genel kurulun (*die Vereinigten Grossen Senate*) içtihadından ayrılmak istediğinde ise büyük genel kurul tarafından karar verilir. Bu incelemelerin yapılabilmesi için, kararından sapılan merciin bu kararda ısrarcı olması gerekmektedir (§ 132 GVG). Federal İş Mahkemesi'nin (§ 45 ArbGG) ve Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi'nin (§ 41 SGG) kararları bakımından da aynı yönde hükümler sevk edilmiştir⁹²⁵.

İçtihatlardaki çelişkinin giderilmesi hususunda yetkili olan genel kurullar ve büyük genel kurul, kural olarak duruşma yapmaksızın, sadece hukukî mesele hakkında karar verir (§138 GVG). Alman hukukunda düzenlenen içtihadı birleştirme usûlünün (§138 Abs. 5 GVG) sadece mevcut yargılama bakımından ilgili daireyi bağlayacağı kabul edilmiş; bunun anayasa ile hüküm altına alınan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine hâle getirmeyeceği; aksine maddî hukuka bağlılığın ve anayasal eşitlik ilkesinin güvence altına alınması için bir gereklilik olduğu kabul edilmiştir⁹²⁶. Bu tarz bir kararın sadece mevcut uyumsuzluk bakımından bağlayıcı olduğu ve diğer olaylar bakımından sadece Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 132'nci paragrafına göre bir çelişki meydana gelmesi hâlinde bağlayıcı etkinin gündeme gelebileceği de ifade edilmiştir⁹²⁷. Dolayısıyla, böyle bir kararın diğer benzer olaylar bakımından doğrudan

⁹²⁴ Maultzsch, s. 26.

⁹²⁵ İdarî yargı bakımından ise vergi mahkemeleri (§ 11 FGO) ve idare mahkemeleri için (§ 11 VwGO) benzer düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, giderek mahkemelerin farklı şekilde karar vermektan kaçınmaya başladığı ve bu yolun uygulanmasının da çok nadir hâle geldiği ifade edilmektedir. Bkz. Jungmann, s. 380.

⁹²⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, GVG § 138, para. 3; MüKoZPO/ Zimmermann, GVG § 138, para. 5; MüKoStPO/Cierniak/Pohlitz, GVG § 138, para. 5. Aynı yönde bkz. BGH I ZR 117/50, 30.10.1951, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/6a83f51e-874b-4189-9cdb-c086b2ed6d44>, s.e.t. 18.06.2019.

⁹²⁷ Zöller/Lückemann, GVG § 138, para. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, GVG § 138, para. 3; Prütting/Gehrlein/Effer-Uhe, GVG § 138, para. 4; MüKoZPO/ Zimmermann, GVG § 138, para. 5; MüKoStPO/Cierniak/Pohlitz, GVG § 138, para. 5; KK-StPO/Feilcke, GVG § 138, para. 10.

bir bağlayıcılığı bulunmamakta ve fakat ne zaman bir daire ya da genel kurul bu karardan farklı şekilde karar vermek istese, bu hâlde Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 132'nci paragrafına göre yetkili genel kurulun karar vermesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, böyle bir kararın Alman hukuk sistemi bakımından bağlayıcılığı dolaylı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Alman hukukunda, yüksek mahkeme içtihatları arasında meydana gelen çelişkinin giderilmesinin (*Divergenzvorlage*) yanı sıra, böyle bir çelişki henüz meydana gelmeden bunun engellenmesi bakımından da 1935 yılından bu yana bir yöntem (*Grundsatzvorlage*) kabul edilmektedir⁹²⁸. Bu düzenlemeyle ilgili senatonun içtihat birliğinin sağlanmasının ya da hukuk yaratılmasının gerekli olduğunu düşündüğü ilkesel öneme sahip bir konuda genel kurula ilke başvurusunda bulunabileceği kabul edilmiştir (§ 132 Abs. 4 GVG). Bu durumda, henüz mevcut olmayan ve fakat gündeme gelmesi ihtimal dahilinde bulunan bir çelişkinin daha başından engellenmesi söz konusudur. Bu yöntemle genellikle gerekçede yer alan ve kararın verilmesinde ölçüt kabul edilen görüşlerden ziyade *obiter dictum* olarak kabul edilebilecek hususlar bakımından başvurulabilir⁹²⁹.

Öğretide ilke başvurusuna özellikle hukukun kalıplaşması gerekçesi ile endişe ile yaklaşılmaktadır⁹³⁰. Yine bu konuda dile getirilen başka bir çekince ise çelişkinin daha başlangıçta engellenmesine ilişkin ilke başvurusunun somut uyuşmazlıklar bakımından kararların sürüncemede bırakılmasına yol açması ve bu nedenle hukukî güvenliğe zarar vermesidir⁹³¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise bu başvuru yöntemi usûl ekonomisi bakımından daha uygundur ve bunun uygulanması hâlinde çelişkili kararların giderilmesi bakımından öngörülen yola başvuruya da gerek kalmaz ve hukukî güvenlik daha önceki bir aşamada sağlanmış olur⁹³².

Çelişkinin mevcut olması hâlinde genel kurula başvurusunun bir yükümlülük olmasına karşın; ilke başvurusu yapıp yapmamak hususunda hâkime takdir hakkının tanınıp tanınmadığı, kanunun lafzına rağmen öğretide tartışmalıdır⁹³³. Bu husustaki bir görüş, şartların bulunması hâlinde ilke başvurusu bakımından da senatonun herhangi bir takdir hakkına sahip olmadığı yönündedir⁹³⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise ilke başvuru için ilgili senatonun takdir hakkı

⁹²⁸ Jungmann, s. 381.

⁹²⁹ Meyer, s. 127; Jungmann, s. 384.

⁹³⁰ Meyer, s. 127.

⁹³¹ Meyer, s. 131.

⁹³² Jungmann, s. 381.

⁹³³ Bkz. MüKoZPO/ Zimmermann, GVG § 132, para. 27; Prütting/Gehrlein/Effer-Uhe, GVG § 132, para. 10; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, § 132, para. 7; BeckOK GVG/Graf, GVG § 132, para. 26; Jungmann, s. 386.

⁹³⁴ MüKoZPO/ Zimmermann, GVG § 132, para. 27; Prütting/Gehrlein/Effer-Uhe, GVG § 132, para. 10.

bulunmaktadır⁹³⁵. Bu konuda dile getirilen sonuncu görüşe göre ise hem alt derece mahkemelerinin kararlarında hem de öğretide ayrıntılı tartışmalar sonucunda içtihat birliğinin sağlanması bakımından başvurunun yapılması gerektiği neticesine varılmışsa, artık ilgili senatonun ilke başvurusu yolu ile büyük senatoya başvurması bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir⁹³⁶. Zira bu hâlde artık karar vermek bakımından yetkili mercii genel kurul olup; bunun aksi bir işlem kanunî hâkim ilkesine de aykırılık teşkil eder⁹³⁷.

Ülke genelinde mahkeme içtihatları arasında çelişkinin giderilmesi hukukun yeknesak bir biçimde uygulanması anlamını taşıdığından, içtihatların birleştirilmesinin hem yüksek mahkeme kararlarına duyulan güveni artırdığı ve böylelikle mahkemenin itibarının korunduğu hem de bütün ilgililerin ve toplumun tamamının menfaatlerinin güvence altına alındığı belirtilmektedir⁹³⁸. Ancak, özellikle ilke başvurusu ile hukukun kalıplaştırılması tehlikesinin de dikkate alınması gerekir⁹³⁹. Bu noktada, genel kurula başvurulurken ilgili senato, neden bu karara ihtiyaç bulunduğu gerekçesini ayrıntılı bir biçimde göstermeli; genel kurul ise önceki kararlarından sapmayı gerektirecek haklı gerekçeler bulunmadıkça kararını diğer kararları ile uyumlu şekilde vermelidir⁹⁴⁰. Fakat bu endişeye rağmen, şartların varlığı hâlinde genel kurula başvurulmaması ise hiçbir şekilde haklı sayılamaz. Zira, Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 132'nci paragrafı ile getirilen düzenlemenin sadece usûlî bir düzenleme olmayıp aynı zamanda senatoların görevlerini belirleyen anayasal bir düzenleme olduğu⁹⁴¹; bu nedenle yüksek mahkeme kararları arasında çelişkinin mevcut olması hâlinde yetkili genel kurula başvurulmamasının Anayasa ile güvence altına alınmış olan kanunî hâkim ilkesine (GG m. 101/1 c. 2) aykırılık teşkil edebileceği de genel olarak kabul edilmektedir⁹⁴².

Alman hukuk sisteminde yukarıda açıklanan düzenlemenin uygulama alanı gün geçtikçe azalmaktadır. Bunun sebepleri arasında, yüksek mahkemenin daireleri arasında kabul edilen iş bölümü dağılımının sınırlarının son derece belirgin olması ve dairelerin uzmanlık alanlarının ayrıntılı şekilde belirlenmiş olması gösterilmektedir⁹⁴³. Ancak, bu noktada senatoların daha yüksek bir karar merciinin vermiş olduğu kararla bağlı olmak istememesi noktasındaki

⁹³⁵ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, § 132, para. 7; **BeckOK GVG/Graf**, GVG § 132, para. 26.

⁹³⁶ **Jungmann**, s. 386.

⁹³⁷ **Jungmann**, s. 386.

⁹³⁸ **Jungmann**, s. 385.

⁹³⁹ **Jungmann**, s. 385.

⁹⁴⁰ **Jungmann**, s. 385.

⁹⁴¹ **MüKoZPO/Zimmermann**, GVG § 132, para. 3.

⁹⁴² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, § 138 GVG, para. 3; **Zöller/Lückemann**, GVG § 132, para. 3; **Jungmann**, s. 380, 386.

⁹⁴³ **Jungmann**, s. 382.

endişenin (*horror pleni*) de az da olsa payının bulunabileceği ifade edilmektedir⁹⁴⁴. Bu azalmanın en önemli etkenlerinden birisi ise içtihatların birleştirilmesine ilişkin olarak öngörülen yöntemle ilgilidir. Eğer, Federal Temyiz Mahkemesi'nin hukuk senatolarından birisinin bir konuda daha önce vermiş olduğu karardan farklı yönde bir karar verilmek isteniyorsa, bu hâlde doğrudan genel kurula başvuru gerekmemektedir. Öncelikle farklı yönde karar vermek isteyen senatonun, görüşü ile çelişkiye düştüğü senatoya bu görüşte ısrar edip etmediğini sorması gerekir. Bu başvuru üzerine kendisine başvurulmuş senatonun önceki görüşünde ısrarcı olmadığını belirtmesi hâlinde artık genel kurula başvuru yapılmasına gerek kalmaksızın önceki karardan farklı yönde hüküm tesis edilebilir (§ 132 Abs. 3 GVG)⁹⁴⁵. Zira artık senatoların görüşleri arasında herhangi bir çelişkidenden bahsedilemez⁹⁴⁶.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre'de de benzer hukukî meseleler hakkında farklı yüksek mahkeme kararlarının ortaya çıkmasının hukukî güvenliği ve hukuk birliğini zedeleyeceği düşüncesiyle⁹⁴⁷ Federal Temyiz Mahkemesi Hakkında Kanun⁹⁴⁸'un 23'üncü maddesinde çelişkili kararlardan kaçınılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükmün, öncelikle, benzer konularda farklı yöndeki daire kararlarından kaçınılması yoluyla içtihat birliğini sağlamayı hedeflediği, fakat asıl amacının hak arayanlara eşit muamelenin tesisi olduğu düşünülmektedir⁹⁴⁹.

⁹⁴⁴ Jungmann, s. 382.

⁹⁴⁵ Bu düzenleme 1992 yılındaki değişiklik ile birlikte kanunî düzenleme altına alınmış olmasına rağmen daha önce de *praeter legem* olarak uygulamada kabul edilmekteydi. Bkz. Jungmann, s. 383.

⁹⁴⁶ Jungmann, s. 383.

⁹⁴⁷ Praxiskommentar zum BGG/Spühler, Art. 23, para. 1; SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 2.

⁹⁴⁸ Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), 1 Ocak 2007 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanun'un Almanca metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010204/index.html>, s.e.t. 04.02.2020. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesi ile mülga olan önceki Organizasyon Kanunu'nu ile de içtihatların birleştirilmesi usûlü kabul edilmekteydi. Bkz. Bundesgesetz über die Organization der Bundesrechtspflege (OG) Art. 16. Organizasyon Kanunu ile öncekilerden farklı bir karar verilmesi istendiği durumda içtihatların birleştirilmesi yolu açıkça öngörülmüş olmasına karşın; mevcut Kanun'un 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen husus önceki Kanun'da açıkça düzenlenmemekteydi. Buna karşın, bazı durumlarda yeni bir hukukî mesele hakkında da bu yöntemin kullanılması söz konusu olabiliyordu. Bkz. BSK BGG/Biaggini/Haak, Art. 23, para. 1. İsviçre hukukunda, Federal İdare Mahkemesi'nin de benzer durumlarda içtihatları birleştirme yetkisi kabul edilmektedir. Bkz. Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht Art. 25.

⁹⁴⁹ BSK BGG/Biaggini/Haak, Art. 23, para. 2; Praxiskommentar zum BGG/Spühler, Art. 23, para. 1. Bu hükmün amacının hukukun uygulanmasında hukukî eşitliğin gerçekleştirilmesi olduğu; buna karşın münferit olaylarda özdeş karar verilmesinin gerekmediği; federal mahkemelerin bir hukukî mesele hakkında birbirinden farklı kararlar verilebileceği yönünde bkz. BGE, 122 V 85, 88 2 a, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F122-V-85%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 05.02.2020.

İçtihatların birleştirilmesinin konusunu, somut bir olayın çözümü bakımından önem arz eden soyut hukukî bir mesele hakkında yapılan başvuru oluşturmaktadır⁹⁵⁰. Dolayısıyla, vakialara ilişkin meselelerin içtihatların birleştirilmesine konu edilmesi mümkün olmayıp; bu kararlar bir anayasal ya da kanunî hükmün yorumunu ya da yazılı olmayan hukuk kurallarının incelenmesini konu edinebilir⁹⁵¹. Hukukî sorunla ilgisi bulunan bütün dairelerin katıldığı toplantı sonucunda alınan karar, somut olay bakımından başvuru yapan daireyi bağlar⁹⁵².

İsviçre hukuk sisteminde, içtihatların birleştirilmesi yolu iki hâlde söz konusu olabilir. İlki, hukukî bir sorunun, daha önce başka bir (ya da birden çok) daire tarafından verilen karardan farklı şekilde çözüme kavuşturulmasının arzulandığı durumlarda ortaya çıkan uygulama değişikliğidir (*die Praxisänderung*) (BGG Art. 23 Abs. 1). Bu durumda içtihatların birleştirilmesi yoluna başvuru zorunludur⁹⁵³. Bu yola başvurulabilmesi için aynı hukukî meseleye ilişkin olarak daha önce başka bir daire tarafından verilmiş farklı bir kararın bulunması gerekmektedir. Buna karşın, ilgili içtihat yalnızca bu daireyi ilgilendiriyorsa daha önce verilen karardan farklı şekilde karar verilebilmesi için içtihatların birleştirilmesi yoluna başvuruya gerek yoktur⁹⁵⁴. Yine, birbiriyle ortak noktaları olan iki ayrı hukukî sorunun varlığı bu yola başvuruyu gerektirmez⁹⁵⁵.

Çelişkili bir karardan söz edilebilmesi için, aynı konuda hükmün gerekçesini oluşturan hukuk kuralının farklı biçimde yorumlanması ve farklı sonuca ulaşılması gerekir. Federal Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelen olayda öncelikle olaya ilişkin hukukî temeli ortaya koyma yükümlülüğü bulunmakta ve bu bağlamda bazı temel ilkelere değinmektedir. Ancak, içtihadın farklılaştığından bahsedilebilmesi için bu ilkelerin değil hükmün gerekçesinin dikkate alınması gerekir. Diğer bir deyişle, 23'üncü maddenin birinci fıkrasının uygulama alanı bulabilmesi için, varılan hükümle doğrudan bağlantısı olmayan ve kararda yer verilen ilkelerin (*obiter dicta*) değil; bizatihi kararın hukukî sebebinin (*ratio decidendi*) farklı yorumlanmış olması gerekir⁹⁵⁶.

Her ne kadar Kanun'da içtihat değişikliğinin geçerliliğine yönelik bir hüküm yer almasa da Federal Temyiz Mahkemesi, bu konuda verdiği bir kararda⁹⁵⁷, önceki karardan dönülmesini

⁹⁵⁰ SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 5.

⁹⁵¹ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 4.

⁹⁵² SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 5.

⁹⁵³ Praxiskommentar zum BGG/Spühler, Art. 23, para. 2; SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 9.

⁹⁵⁴ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 9.

⁹⁵⁵ SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 9; BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 9.

⁹⁵⁶ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 6.

⁹⁵⁷ BGE 125 II 152, 162 vd., http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-II-152%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 06.02.2020. Mahkemeler yoluyla uygulama değişikliğinin geçerliliği açısından ayrıca bkz. BGE 143 IV 1, 3 vd.; BGE 135 I 79, 83; BGE 132 III 770, 777.

gerektiren esaslı bir sebebin varlığının bulunması hâlinde içtihat değişikliğinin hukuken geçerli kabul edileceğini ifade etmiştir. Bu karara göre, şayet yetkili makam ilgili kuralın bugüne kadar yanlış uygulandığını ya da kanunlardaki veya hayat olaylarındaki değişiklikler nedeni ile artık bugüne kadarki yorum şeklinin kabulünün mümkün olmadığını tespit ederse, önceki içtihatlardan farklı yönde karar verebilir. Önceki içtihadın yerleşik bir içtihat hâline gelmiş olması ise bu açıdan önem arz etmez. Şayet öyle esaslı bir gerekçe söz konusu ise ve yapılan değişiklik anayasal açıdan da herhangi bir ihlâl sebebiyet vermeyecekse, içtihat değişikliği ne hukukî güvenlik ilkesine⁹⁵⁸ ne de eşitlik ilkesine aykırı sayılır.

Dairelerin önceki kararından farklı, yeni bir uygulamanın kabulü için usûlüne uygun bir karar verilmesi gerekmekte olup; kanundaki şekle aykırı biçimde verilen bir kararın, uygulamanın değiştirilmesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁹⁵⁹.

İçtihatların birleştirilmesini gerektiren diğer durum ise hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için pek çok daireyi ilgilendiren yeni bir hukukî sorun hakkında ilk kez karar verilmesi hâlidir (BGG Art. 23 Abs. 2)⁹⁶⁰. Bu durumda, somut olayda görevli olan dairenin, daha önce karara bağlanmamış ve birden fazla daireyi ilgilendiren bir konu hakkında bağlayıcı şekilde bir karar verilmesi için süreci başlatması söz konusudur. Bu sebeple aslında burada bir emsal karar (*präjudiz*) verilmesinden söz edilir⁹⁶¹.

Bu yola başvurunun dairelere tanınan bir hak mı yoksa yükümlülük mü olduğu öğretide tartışmalıdır⁹⁶². Bu konuda ileri sürülen bir görüş, kanunun metninden kesin bir sonuca ulaşamadığını ve bu nedenle kanunun amacından hareketle sonuca varılması gerektiğini ifade etmiş; düzenlemenin amacının, içtihat birliğini sağlamaktan ziyade yeni bir konuda bağlayıcı şekilde emsal etkisi oluşturabilecek bir kararın verilmesinde dairelerin fırsat eşitliğinin garanti altına alınması olduğunu savunmuştur⁹⁶³. Zira, yüksek mahkemenin bir dairesi tarafından verilen bir karardan farklı yönde karar verilebilmesi ancak 23'üncü maddenin birinci fıkrasındaki prosedürün işletilmesi ile mümkün olabileceğinden, esasen bir konuda bir daire

⁹⁵⁸ Başvuru yapan dairenin somut uyuşmazlığı kendi kararları çerçevesinde çözüme kavuşturmasının ve içtihadın birleştirilmesi kararının bir intikal süreci olmasının, hukukî güvenliğin tesisini sağlayacağı yönünde bkz. **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 14.

⁹⁵⁹ **SHK BGG/Seiler**, Art. 23, para. 11.

⁹⁶⁰ Bu yöntem daha önceki Organizasyon Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen 16'ncı maddenin birinci fıkrasının kıyasen uygulanması yoluyla bu sonuca ulaşılmaktaydı. Bkz. **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 18. Ayrıca bkz. BGE 126 I 81, 84, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-I-81%3Ade&lang=de&type=show_document, s.e.t. 06.02.2020.

⁹⁶¹ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 18.

⁹⁶² Bkz. **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 26; **SHK BGG/Seiler**, Art. 23, para. 14.

⁹⁶³ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 26. Bu yola başvurunun dairelerin takdirine bırakıldığı ve bu sebeple zorunlu olmadığı yönünde bkz. **SHK BGG/Seiler**, Art. 23, para. 14.

tarafından verilen kararın diğer daireleri de bağladığı kabul edilmelidir⁹⁶⁴. Dolayısıyla, ilgili dairelerin yeni hukukî meseleye ilişkin uygulamanın henüz şekillenmeye başladığı aşamada fikir beyan edebilmeleri gerekir⁹⁶⁵. Bu nedenle, bu yöneme başvuru isteğe bağlı olarak değil; zaman ve emek maliyeti de dikkate alınarak her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir⁹⁶⁶.

Bağlayıcı biçimde emsal karar verilebilmesi için, hakkında başvuru yapılan hukukî sorunun ya daha önce hiçbir içtihadı konu olmamış⁹⁶⁷ ya da o konuya ilişkin içtihadın varlığına rağmen, hiyerarşik olarak üstteki normda meydana gelen bir değişiklik gibi, bazı gelişmeler nedeni ile konunun tekrar gözden geçirilmesi gerekmiş olmalıdır⁹⁶⁸.

İçtihatların birleştirilmesine ilişkin usûl, ayrıntılı biçimde Federal Mahkeme'nin yönetmeliğinde düzenlenmiştir (BGerR Art. 37)⁹⁶⁹. Buna göre, dairelerden birinin yapmış olduğu başvuruya hiçbir daire aksi yönde görüş belirtmezse, o hâlde sorunun başvuru yapan dairenin görüşü yönünde çözümü kabul edilir⁹⁷⁰. Ancak, yapılan başvuruya karşı diğer dairelerden herhangi birinin aksi yönde görüş bildirmesi hâlinde, ilgili dairelerin hâkim üyelerinin katıldığı toplantıda verilecek karara göre sorun çözüme kavuşturulur⁹⁷¹. Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da içtihatların birleştirilmesi için yapılan başvurunun ardından, daha önce aksi yönde karar vermiş olan daire, görüşünü başvuru yapan dairenin görüşüne paralel şekilde değiştirirse, artık bu konuda başvuru yapan dairenin görüşü dikkate alınır⁹⁷².

Önceki düzenlemelerden farklı olarak, Federal Temyiz Kanunu'nun 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrası ile içtihadın birleştirilmesine ilişkin görüşmelerin bir sirkülasyon yöntemi ile mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Özellikle, birden çok daireyi ilgilendiren konularda dairelerin bir araya gelmesinin pratikte meydana getirdiği zorluklar düşünüldüğünde, bu yöntemin bilhassa tartışmalı olmayan konularda uygulanması usûl ekonomisini de

⁹⁶⁴ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 26.

⁹⁶⁵ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 26.

⁹⁶⁶ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 26-27. Bu çerçevede, hukukî meselenin önemi, güncelliği, bu mesele ile ilgili dairelerin sayısı, amaca uygun alternatif başka bir yolun bulunup bulunmadığı ya da daireler arasındaki iş bölümü gibi unsurların dikkate alınabileceği yönünde bkz. BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 28.

⁹⁶⁷ Kanun'un gerekçesinde bu durumda dairelerden birinin yerleşmiş bir içtihadının bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. BBl, 2001, s. 4287.

⁹⁶⁸ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 19.

⁹⁶⁹ Reglement für das Bundesgericht (BGerR), 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin Almanca metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20063281/index.html>, s.e.t. 05.02.2020.

⁹⁷⁰ SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 17; BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 16.

⁹⁷¹ SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 18; BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 16.

⁹⁷² BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 35.

uygundur⁹⁷³. Bu düzenlemeye göre, içtihadın birleştirilmesi talep edildiğinde ilgili dairelerin görüşlerini yazılı şekilde beyan etmesi üzerinde başvuru yapan dairenin görüşünün Kanun'da belirtilen çoğunluk tarafından onaylanması hâlinde ileri sürülen görüş kabul edilmiş sayılır. Ancak, dairelerden birinin onay vermemesi durumunda genel kurul toplantısı yapılarak sorun müzakere edilir⁹⁷⁴.

Öğretide, Federal Temyiz Kanunu'nun 23'üncü maddesine göre başvuru yapma hakkının Yüksek Mahkeme'nin dairelerinde bulunduğu kabul edilmekle beraber; yargılama sırasında tarafların da ilgili konuda içtihadı birleştirme yoluna başvurulmasını uyuşmazlığa bakmakla görevli daireden isteyebilecekleri kabul edilmiştir⁹⁷⁵. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi ise bu düzenlemenin yalnızca dairelere yöneltilmiş olduğuna hükmetmektedir⁹⁷⁶.

İçtihatların birleştirilmesine yönelik başvuru üzerine, somut uyuşmazlığa ilişkin hükmün müzakeresi, birleştirme talebi hakkında bir karar verilinceye kadar ertelenir⁹⁷⁷. Birleştirmeye ilişkin kararın ardından yeniden başlanılan yargılamada, daireler tarafından kabul edilmiş birleştirme kararı başvuru yapan daire bakımından bağlayıcıdır (BGG Art. 23 Abs. 3). İçtihatların birleştirilmesine ilişkin yargılamada asıl uyuşmazlığın taraflarına söz hakkı tanınmamakta; yargılama dairelerin katılımı ile kapalı bir oturumda gerçekleştirilmektedir. Ancak, içtihatların birleştirilmesi yargılamasının dayanağının taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlık olduğundan bahisle, esasen bu durumda da davanın taraflarının anayasal açıdan korunan menfaatlerinin dikkate alınması gerekir⁹⁷⁸. Bu çerçevede, tarafsız ve bağımsız mahkemelerin uygun süre içinde karar vermesini gerektiren bir süreç olarak içtihatların birleştirilmesinde de tarafların hâkimin çekinmesini talep edebileceği ve hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde taraflara, özellikle de uygulama değişikliği (*die Praxisänderung*, BGG Art. 23 Abs. 1) hâlinde, bilgi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁷⁹.

23'üncü maddeye uygun şekilde verilen bir içtihadın değiştirilmesi de yine aynı şekilde bir birleştirme kararını gerektirmektedir⁹⁸⁰. Özellikle, ikinci fıkraya dayanılarak yapılan

⁹⁷³ BBl 2001, 4287; **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 34.

⁹⁷⁴ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 16.

⁹⁷⁵ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 30.

⁹⁷⁶ BGer, II. Zivilrechtliche Abteilung, 06.08.2013, 5A_17/2013, para. 44, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/130806_5A_17-2013.html, s.e.t. 06.02.2020. Benzer şekilde bkz. BGer, I. Zivilrechtliche Abteilung, 28.05.2012, 4A_707/2012, para. 38, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/130528_4A_707-2012.html, s.e.t. 06.02.2020.

⁹⁷⁷ **SHK BGG/Seiler**, Art. 23, para. 10; **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 3.

⁹⁷⁸ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 34.

⁹⁷⁹ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 34.

⁹⁸⁰ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 17.

başvuru üzerine verilen kararın her ne kadar Kanun'da (BGG Art. 23 Abs. 3) sadece somut olayı çözmekle görevli daireyi bağlayacağı düzenlenmişse de daha sonra bu karardan farklı şekilde hüküm tesis edilmek istenirse, bu kez birinci fıkra gereğince içtihatların birleştirilmesi yoluna başvuru gerektiğinden, aslında verilen karar diğer ilgili daireler bakımından da bağlayıcıdır⁹⁸¹. Dolayısıyla, İsviçre hukuku bakımından da içtihadı birleştirme kararlarının dolaylı da olsa bağlayıcılığı kabul edilmektedir.

Ancak, 23'üncü maddeye göre gerçekleştirilen bu prosedür oldukça yavaş ve zaman gerektiren bir prosedür olduğundan, genellikle daireler bu yolu tercih etmemektedir⁹⁸². İctihadın bu yola başvurulmadan değiştirilmesi ise kanunda herhangi bir yaptırıma tâbi tutulmamıştır ve öğretide genel olarak kabul edildiği üzere temyiz sebebi de değildir⁹⁸³.

C. Türk Hukukunda Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları

1. Amacı

Genel olarak yüksek mahkemelerin ve adli yargı özelinde Yargıtay'ın aslı vazifelerinden birisi derece mahkemeleri arasında meydana gelen içtihat uyumsuzluklarını gidererek hukukun yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamaktır⁹⁸⁴. Ancak, Türk hukuk sisteminde özellikle uzun bir süre iki dereceli sistemin benimsenmesi ve bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının gecikmesi nedeni ile Yargıtay'ın temyiz mercii olmaktan ziyade istinaf makamı gibi çalışması, iş yükünü ve buna bağlı olarak da daire sayısını giderek artırmıştır⁹⁸⁵. Bu nedenle, Yargıtay daireleri arasındaki içtihatlarda da farklılıklar

⁹⁸¹ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 18, 35.

⁹⁸² SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 8.

⁹⁸³ Praxiskommentar zum BGG/Spühler, Art. 23, para. 6; SHK BGG/Seiler, Art. 23, para. 13; BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 39.

⁹⁸⁴ Marty, s. 460, 463; Bilge, Armağan, s. 244 vd.; Kuru, C. V, s. 4942; Coşkun, M. Kürşak, İctihatların Birleştirilmesi, ABD, 2001/1, s. 101-102; Pekcanitez, Yargıtay, s. 384. "Temyiz kanun yolunun amacının, kanunların ülkenin sınırları içinde yer alan bütün mahkemelerde aynı anlayışla (yeknesak) uygulanmasını sağlamak, içtihatlar yoluyla hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak ve hatalı kararların düzeltilmesini sağlamak suretiyle kanun yoluna başvuruda bulunan tarafın menfaatini korumak olduğu söylenebilir", YİBHKG, 21.02.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K., RG, 17.04.2014, S. 28975.

⁹⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı tarafından yayımlanan istatistiksel raporlara göre, Yargıtay Hukuk Dairelerinin karara bağlaması gereken toplam dosya sayısı 2000 yılında 265.888; 2010 yılında 524.829; 2016 yılında 785.609 ve bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra ise 2017 yılında 674.471; 2018 yılında 491.987 olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/84>, s.e.t. 28.10.2019. İş yükü ile bağlantılı olarak 2010 yılında 32 daire ve 250 üyeye sahip olan Yargıtay'ın 2011 yılında daire sayısı 38'e ve üye sayısı 387'e; 2014 yılında daire sayısı 46'ya ve üye sayısı da 516'ya çıkarılmıştır. Daha sonra 2016 yılında daire sayısı 44 ve üye sayısı 310 olarak belirlenmiştir. 01.07.2016 tarihli 6723 sayılı Kanun'un 15'inci maddesi ile Yargıtay'ın 12 hukuk ve 12 ceza dairesinden oluşacağı düzenlenmiştir. Halihazırda Yargıtay'ın 15 hukuk dairesi ve (13'üncü Ceza Dairesi 01.12.2020 tarihinden

yaygınlaşmıştır. Ancak, yüksek mahkemenin yalnızca tek bir karar mercii bulunduğu varsayımında dahi, bu mahkemenin kendi kararları arasındaki çelişkinin giderilmesinin de hukuk devletinin bir gereği olduğu kabul edilmektedir⁹⁸⁶. Bu nedenle, Yargıtay daireleri ve genel kurullarının gerek kendi kararları gerekse de farklı daireler arasında benzer konulardaki farklı uygulamaların sona erdirilmesi ve böylelikle içtihat birliğinin sağlanması için içtihadı birleştirme kurumuna gereksinim duyulmuştur. Bu bağlamda, içtihadı birleştirme kararlarının en önemli amacı ülke genelinde içtihat istikrarsızlığını sona erdirmek ve hukukun yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamaktır⁹⁸⁷. İctihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi, ayrıca, yargı organlarının öngörülemez ve farklı kararları ortadan kaldırdığından adil yargılanma hakkına da hizmet eder⁹⁸⁸.

Hukukun benzer olaylarda benzer şekilde uygulanması anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin ve hukuk kurallarının herkese eşit şekilde uygulanmasının bir gereğidir⁹⁸⁹. Toplumun hukuka güveninin sağlanması bakımından kanun koyucuya kıyasla mahkemelerinin rolü

itibaren kapatıldığı için) 16 ceza dairesi bulunmaktadır. Ayrıca Yargıtay Birinci Başkanlığınca 03.11.2020 tarihinde verilen kararla, 01.02.2021 tarihinde 3'üncü Ceza Dairesinin, 04.02.2021 tarihinde 23'üncü Hukuk Dairesinin ve 08.04.2021 tarihinde de 17'nci Hukuk Dairesinin kapatılmasına karar verilmiştir. Bkz. RG, 05.11.2020, S. 32295. Böylelikle Yargıtay'ın 13 hukuk ve 15 ceza dairesi kalacaktır. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin hukuk bölümünün karara bağlaması gereken dosya sayısı ise 2010 yılında 3.179; 2016 yılında 4.545; 2017 yılında 4.127 ve 2018 yılında ise 4.088 olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilsenate2018.pdf?__blob=publicationFile&v=3, s.e.t. 28.10.2019. Alman hukukunda da çelişkili kararların artışının yüksek mahkemenin daire sayısındaki artış ile doğru orantılı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Marty**, s. 473. Türk hukuku açısından tanzimat döneminde temyiz mahkemesi bulunmasına karşın içtihadı birleştirme kurumuna gereksinim duyulmamasının nedeni olarak, temyiz mercisinin sadece bir hukuk ve bir ceza dairesinden oluşması gösterilmiştir. Bkz. **Bilge**, Armağan, s. 246.

⁹⁸⁶ **Jungmann**, s. 380.

⁹⁸⁷ **Kuru**, C. V, s. 4942; **Centel, Tankut**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri, YD, Ocak 1989 s. 361, 369; **Çoşkun**, s. 93; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 99-100. Ayrıca bkz. **Özekes** İctihat Aykırılıklarının Giderilmesi, s. 145. İctihadı birleştirme kararlarının kanunî düzenleme altına alınmasına ilişkin teklif üzerine meclis görüşmelerinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Temyiz mukarratı beyinde mümasil mesailde hilâf hudusuna karşı tevhibi içtihat maksadına matuftur. Mukarraratı temyiziyein mahakim içtihadatında derecei tesiri aşikâr olmasına göre, temyiz kararlarında husule gelebilecek tezat ve mübânenetin alâhalihi terkî, mehekimi müşkülâta ve halkı mahkemelere karşı emniyetsizliğe sevkeder. Bu da adaleti memlekete sâii tesiri dokunacak neticelere badi olur. Halbuki temyizinin en büyük vazifesi memlekette adaletin vahdet ve ittihat dairesinde hüsnü tevziine hizmet olduğu nazarı itibara alınınca, kendi şahsiyeti dahilinde muhtelif cüzüleri efal ve ârâsından, her şeyden ziyade kendisinin müteessir olması v böyle olunca da, herhangi muhtelefüñfi hadisenin herkesten evvel bizzat çarei halline tevessül etmesi kendisi için bir vazife olmak icabeder.*”. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, Y. 1926, C. 26, Sıra No. 150, s. 67-68.

Hukuk sistemimiz açısından içtihat birliğinin sağlanması Yargıtay kararları arasında ve bölge adliye mahkemelerinin kesinleşen kararları arasında öngörülmektedir. Oysa, hukuk sistemimizde, istinaf kanun yoluna başvuru şartları taşımadığı (örneğin parasal sınırın altında olduğu) için verildiği anda kesin olan ilk derece mahkemesi kararları bakımından, içtihat birliğinin sağlanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaktadır. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 511'inci paragrafında kanun yolu kapalı olan ilk derece mahkemesi kararları yönünde de hukukun gelişiminin sağlanması ya da içtihat birliğinin tesisi amacı ile kanun yoluna başvuru imkânı getirilmiştir. Bkz. § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO.

⁹⁸⁸ **Özekes**, İctihat Aykırılıklarının Giderilmesi, s. 145.

⁹⁸⁹ **Kuru**, C. V, s. 4942; **Çoşkun**, s. 103-104; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, Usûl, s. 99.

dikkate alındığında, içtihatlardaki çelişkilerin giderilmesinin toplumsal açıdan bir gereklilik olduğu da ortadadır.

Nihayet, hukukun geliştirilmesi bakımından da mahkemelerin görevi bulunmaktadır⁹⁹⁰. Yüksek mahkeme kararları arasında meydana gelen çelişki, uyuşmazlık taraflarının ve dolayısıyla bireysel menfaatin zarara uğratılmasının yanı sıra hukukun bir bütün olarak gelişimini engellediğinden kamusal yararın da aleyhinedir⁹⁹¹. İctihadı birleştirme kararı verme yetkisi bulunan yüksek mahkemeler bu yolla, değışen hayat koşullarının ve güncel gelişmelerin ışığında somut uyuşmazlıktan bağımsız biçimde hukuk kurallarının uygulanması bakımından genel nitelikte bir tespit yapmakta ve bu sayede hukukun dinamikliğine katkı sağlamaktadırlar⁹⁹².

Türk hukukunda içtihadı birleştirme kurumu, 1923 yılında ilk kez gündeme gelmiş⁹⁹³ ve 1926 tarihli “Mahkemei Temyiz Teşkilâtının Tevsiiine Dair 834 sayılı Kanun” ile mevzuatımıza girmiştir⁹⁹⁴. Yaklaşık yüz yıldır uygulaması bulunan bu kurumun, bugün dahi gerçekte ne olduğunun tespit edilememesi ve bu kuruma ilişkin sorunların devam etmesi, bu kurumla amaçlanan hedeflere ulaşılmasında her zaman başarılı olunamadığını da göstermektedir.

2. Hukukî Niteliği

a. Genel Olarak

İctihadı birleştirme kararları, Türk hukukunda 1926’dan bu yana var olmasına karşın bu kararların hukukî niteliği bakımından öğretide görüş birliği bulunmamakta⁹⁹⁵; buna karşın, içtihadı birleştirme kararlarının somut olayın çözümü bakımından başvurulabilecek bir kanun

⁹⁹⁰ Jungmann, s. 380. Ayrıca bkz. Özekes, İctihat Aykırılıklarının Giderilmesi, s. 145.

⁹⁹¹ Jungmann, s. 380.

⁹⁹² Duran, Lûtfi, Danıştay’ın İctihatları Birleştirme Uygulaması, Cem Sar’a Armağan, AÜSBFD, Y. 1972, C. 27, S. Özel, s. 419-420.

⁹⁹³ Karaoğlan, Fahrettin, İctihat Yolunda Durak Yerleri II, Tevhidi İctihat Müessesesinin Tarihçesi ve Bu Müessese Etrafında İleri Sürülen İtirazlar, AD, 1937, s. 395-396; Bilge, Armağan, s. 247.

⁹⁹⁴ Türk hukuku bakımından içtihadı birleştirme kurumunun tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, Armağan, s. 244 vd.

⁹⁹⁵ Bkz. Belgesay, M. Reşit, Mahkeme İctihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İctihat Kararlarının Derdest Davalara Tesiri, Adalet Dergisi, 1960, S. 10, s. 818; Tosun, Öztekin, Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, İÜHFM, Y. 1963, s. 629; Kayhan, s. 357; Çoşkun, s. 119-120; Centel, s. 363 vd.; Oğuzman/Barlas, para. 452; Öztan, s. 121; Antalya/Topuz, s. 278; Gözler, Giriş, s. 177; Teziç, Anayasa, s. 90; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 102.

yolu olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁹⁹⁶. İçtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğinin tespiti hem içtihatların birleştirilmesi usûlü açısından hem yüksek mahkemelerin bu yetkisinin sınırının tespitinde hem de pratikte ortaya çıkan sorunların çözümü bakımından önem arz etmektedir. Oysa, Türk hukuk öğretisinde bu kararların hukukî niteliği üzerinde ayrıntılı bir incelemenin yapıldığını söylemek de mümkün görünmemektedir.

b. Öğretideki ve Uygulamadaki Görüşler

Öğretide, içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğe ilişkin tartışmalar, özellikle bu kararların hukuk kaynağı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu tartışma ise bu kararların yargı kararı sınırlarını aşp aşmadığı sorunun cevaplandırılması ile temellendirilmeye çalışılmış ve çeşitli görüşler dile getirilmiştir⁹⁹⁷.

Bu hususta savunulan ilk görüş⁹⁹⁸, içtihadı birleştirme kararlarının yeni bir hukuk kuralı yaratmadığı, aksine mahkemeler tarafından hukuk kurallarının yorumlanmasında ve yaratılan hukuk kurallarında ortaya çıkan çelişkileri sona erdirmek için bu kuruma ihtiyaç duyulduğu gerekçesinden hareket etmekte, içtihadı birleştirme kararlarının ilke kararı niteliğini haiz olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü savunanların ileri sürdüğü diğer bir gerekçe ise kanun koyucunun içtihadı birleştirme kararlarına uygun olarak kanunî değişiklikler yapması gösterilmiş; şayet içtihadı birleştirme kararları kanun olarak kabul edilseydi, kanun koyucunun böyle değişiklikler yapmasına gerek olmayacağı belirtilmiştir⁹⁹⁹. Bu kararların sadece pozitif hukuk kurallarının ne şekilde anlamlandırılacağına ilişkin bağlayıcı kurallardan ibaret olduğu savunulmasına karşın, kanaatimizce çelişkili bir şekilde, içtihadı birleştirme kararları ile kanunî boşlukların doldurulabileceği de ifade edilmiştir¹⁰⁰⁰.

İçtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliği bakımından öne sürülen ikinci görüş¹⁰⁰¹ ise somut bir uyuşmazlığa soyut hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmadığından içtihadı birleştirme prosedüründe herhangi bir yargılama faaliyetinden bahsedilemediği ve dolayısıyla verilen kararın da yargı kararı olmadığı yönündedir. Her ne kadar şeklî anlamda

⁹⁹⁶ **Duran**, İçtihatları Birleştirme, s. 419; **Bilge**, Armağan, s. 278. 1928 tarihli 1221 sayılı Kanun ile, içtihadı birleştirme kararlarının karara konu uyuşmazlık taraflarını etkilemeyeceği düzenlenmekte ve böylelikle bu yöntemin bir kanun yolu olmadığı ortaya konulmaktaydı.

⁹⁹⁷ Bkz. **Belgesay**, s. 818; **Tosun**, s. 629; **Kayhan**, s. 357; **Çoşkun**, s. 119-120; **Centel**, s. 363 vd.; **Oğuzman/Barlas**, para. 452; **Öztan**, s. 121; **Antalya/Topuz**, s. 278; **Gözler**, Giriş, s. 177; **Teziç**, Anayasa, s. 90; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 102.

⁹⁹⁸ **Çoşkun**, s. 119-120; **Centel**, s. 363; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 102.

⁹⁹⁹ **Centel**, s. 363.

¹⁰⁰⁰ Bu yönde bkz. **Centel**, s. 366; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 102.

¹⁰⁰¹ **Kayhan**, s. 357.

yargı kararı niteliği taşısa da içtihadı birleştirme kararlarının maddî anlamda yargı kararı olmadığı dile getirilmiştir¹⁰⁰². İçtihatların birleştirilmesi usûlünün de daire kararlarının inceleme usûlünden farklı olduğuna dikkat çekilmiş ve içtihadı birleştirme kararlarının “genel, soyut, yazılı norm koyma işleminden başka bir şey olmadığı” ve içtihadı birleştirme kararlarının kanun mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰³. Bu hâliyle içtihadı birleştirme kararları hukukun aslî bir kaynağı olarak kabul edilir¹⁰⁰⁴.

Yoruma yönelik kararlar bakımından herhangi bir tespit yapmayan benzer bir görüş¹⁰⁰⁵ ise kanun boşluklarının bağlayıcı şekilde doldurulmasına hizmet eden içtihadı birleştirme kararlarının yasama niteliğini haiz olduğu ve hukukun yürürlük kaynakları arasında yer aldığı yönündedir.

Bu konuda dile getirilen diğer görüş ise¹⁰⁰⁶, içtihadı birleştirme kararlarının içeriğine göre bir ayrımın yapılması gerektiği yönündedir. Buna göre, bir kanun boşluğunun doldurulması ile neticelenen içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı güçte yeni bir kural öngördüklerinden, hukukun yürürlük kaynağıdır; buna karşın sadece pozitif hukukun yorumu sonucunu doğuran kararlar ise bu niteliği haiz değildir¹⁰⁰⁷.

Bu hususta yüksek mahkeme kararlarında ise daha belirgin bir tutum sergilenmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, içtihadı birleştirme kararlarının kanun hükmünde olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁰⁸. Bu çerçevede, içtihadı birleştirme kararlarının da kanun hükümleri gibi yorumunun mümkün olduğu ve bu kararların yorumlanarak uygulanmasının içtihadı birleştirme

¹⁰⁰² **Bilgin, Arif**, Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesinin Yaşama Şansı, İBD, Y. 1967, S. 11-12, C.XLI, s. 594; **Kayhan**, s. 361; **Gözler**, Giriş, s. 177. Dural/Sarı ise bu görüşe karşı çıkmakta; içtihadı birleştirme kararlarının ancak yazılı hukuk kaynakları arasında gösterilebileceğini vurgulamaktadır. Bkz. **Dural/Sarı**, para. 913, dn. 126.

¹⁰⁰³ **Belgesay**, s. 818; **Kayhan**, s. 357; **Gözler**, Giriş, s. 178. Aynı yönde bkz. **Tosun**, s. 629.

¹⁰⁰⁴ **Belgesay**, s. 815; **Dural/Sarı**, para. 913. Özekes de bağlayıcı etkisinden hareketle içtihadı birleştirme kararlarının “yargısal ve içtihadî kural koyma” niteliğini haiz olduğunu ve hukukî ve fiilî açıdan kanun etkisi doğurduğunu ifade etmiş; bu kararlarının Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hükme istisna teşkil ettiğini ve hukukun kaynakları arasında özel bir yere sahip olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **Özekes**, İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi, s. 148.

¹⁰⁰⁵ **Teziç**, Anayasa, s. 90.

¹⁰⁰⁶ **Oğuzman/Barlas**, para. 452; **Öztan**, s. 121; **Antalya/Topuz**, s. 278.

¹⁰⁰⁷ **Oğuzman/Barlas**, para. 452; **Antalya/Topuz**, s. 278.

¹⁰⁰⁸ Örneğin bkz. “Bir konunun içtihadı Birleştirme Kararı ile aydınlanması, ameli sonuç bakımından o konuda yeni bir yasa çıkarılması anlamına gelmektedir. Nasıl ki, yasa hükümleri uygulanırken tefsirleri ve asıl amacının belirlenmesi gerekmekte ise yine yasa hükmünde olan İçtihadı Birleştirme Kararının da tefsiri mümkün olup, bu durum sonuçları ile bağlayıcı olan İçtihadı Birleştirme Kararının genişletilmesi ve değiştirilmesi anlamına gelmemektedir”, YHGK, 16.06.2010 T., 42010/282 E., 2010/323 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020. Benzer şekilde Yargıtay 1’inci Hukuk Dairesi’nin pek çok kararı bulunmaktadır. Bkz. Y1HD, 27.02.2019 T., 2016&6119 E., 2019/1381 K.; Y1HD, 30.03.2017 T., 2014/20506 E., 2017/1576 K.; Y1HD, 30.04.2014 T., 2013/19360 E., 2014/8973 K., www.lexpera.com, s.e.t. 19.06.2020.

kararını değiştirmek ya da genişletmek anlamını taşımayacağı ifade edilmiřtir¹⁰⁰⁹. Yine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında¹⁰¹⁰, “İçtihadı birleştirme kararları nitelik olarak, diğer yargı kararlarının üzerinde ve tüm yargı organlarını bağlayan özelliği itibariyle, yargısal kararlardan çok, yasama işlevine yakın ve bir kural koyucu işlem niteliğindedir.” ifadeleri ile içtihadı birleştirme kararının yasama faaliyetine yaklaşan özelliğine vurgu yapmıştır.

c. Değerlendirme ve Görüşümüz

İçtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretilerde ve uygulamada dile getirilen ve bu kararların yalnızca tek bir işlevinden hareket eden görüşlerin tatmin edici olduğu söylemek mümkün değildir. Zira, içtihadı birleştirme kararlarının sadece mevcut hukuk kurallarının yorumu ya da kanun boşluklarının doldurulması işlevini gördüğü söylenemez; aksine bu kararlarda kimi zaman pozitif hukukta yer alan kuralların yorumuyla yetinildięi¹⁰¹¹ kimi zamansa uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmadığından bahisle hukuk yaratıldıęı¹⁰¹² görülmektedir. Dolayısıyla, içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğinin tespitinde kararın içeriğinden hareketle bir sonuca varılması yerinde olur.

Kanaatimizce, hukuk kurallarının yorumu bakımından daire kararları arasındaki çelişkiyi sona erdirerek mevcut hukuk normunun hukukun genel ilkelerine, anayasal esaslara ve kuralın ilgili bulunduğu alanın genel ilkelerine göre en doğru yorumunun hangisi olduğunun tespitine yönelmiş içtihadı birleştirme kararları bakımından yargı mercilerinin genel ve soyut nitelikte yeni bir kural yarattığını söylemek güçtür. Hukuk kuralları, uygulandığı yer ve zamana göre ve uygulayıcısının ondan çıkardığı anlama göre farklı şekillerde yorumlanabileceğinden meydana gelen yorum farklılıklarının giderilmesi ve yeknesak bir uygulamanın sağlanması bir gerekliliktir. Yargıtay Kanunu’nun 45’inci maddesi ile Yargıtay daireleri ve genel kurulları

¹⁰⁰⁹ “Nasıl ki, yasa hükümleri uygulanırken tefsirleri ve asıl amaçlarının belirlenmesi gerekmekte ise yine yasa hükmünde olan İçtihadı Birleştirme Kararlarının da tefsiri mümkün olup, bu durum sonuçları ile bağlayıcı olan İçtihadı Birleştirme Kararlarının genişletilmesi veya değiştirilmesi anlamına gelmemektedir.”, YHGK, 16.06.2010 T., 2010/281 E., 2010/323 K. Aynı yönde bkz. Y1HD, 02.07.2014 T., 2014/8196 E., 2014/12765 K.; Y1HD, 08.05.2014 T., 2013/18133 E., 2014/9464 K.; YHGK, 29.11.2006 T., 2006/734 E., 2006/761 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹⁰¹⁰ YİBBGK, 29.11.2019 T., 2018/5 E., 2019/6 K., RG, 30.06.2020, S. 31171. Aynı yönde bkz. 15.12.2017 T., 2016/6 E., 2017/5 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020. Ayrıca bkz. “...içtihadı birleştirme kararlarının adliye mahkemeleri için benzer hukuki konularda adeta objektif hukuk kuralı niteliğinde bulunduklarıdır.”, YİBBGK, 26.01.1990 T., 1988/5 E., 1990/1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.06.2020.

¹⁰¹¹ Örneğin bkz. YİBBGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K., RG, 17.06.2017, S. 30099.

¹⁰¹² Örneğin bkz. YİBBGK, 06.02.1984 T., 1983/7 E., 1984/3 K., RG, 19.03.1984, S. 18346; YİBHKG, 18.11.1964 T., 1964/2 E., 1964/4 K., RG, 27.11.1964, S. 11867.

arasında benzer konularda hukuk kurallarının farklı şekilde anlamlandırılması hâlinde meydana gelen çelişkilerin giderilmesi amacıyla, hangi yoruma üstünlük tanınması gerektiğini belirleme yetkisi içtihadı birleştirme genel kurullarına tanınmıştır. Bu hâlde, yalnızca kanunî düzenlemeye verilen birden fazla anlamın hangisinin hukuken geçerli olması gerektiği tespit edilmekte; hukuk düzeninde daha önce yer almamış yeni bir kuralın ihdası söz konusu olmamaktadır. Diğer bir anlatımla, bu durumda yüksek mahkemenin bir hukuk kuralının yeknesak biçimde uygulanabilmesini sağlamak için ve yalnızca kendi yargı kolundaki mahkemeleri bağlayacak şekilde bir yorum yapması söz konusudur. Bu ise yüksek mahkemelere kanunla tanınmış bulunan otantik yorum¹⁰¹³ yetkisinin bir sonucudur.

Somut olaya uygulanacak hukuk kuralının bulunmaması gerekçesiyle derece mahkemelerinin benzer konularda farklı sonuçlara yol açan hukuk yaratması nedeni ile çelişkinin gündeme geldiği hâllerde ise durum farklıdır. Burada, içtihadı birleştirme kurulu ya halihazırda derece mahkemelerince yaratılan ve birbiriyle çelişen birden çok kuraldan birini kabul ederek ya da bu çelişkili kurallardan tamamen bağımsız şekilde (Yarg. K. m. 45/7) kendisi bir kural yaratarak mevcut sorun hakkında çözüm üretmektedir. Bu kural, somut olaya ilişkin olmayıp genel bir ilke niteliğini haizdir ve bundan sonra yüksek mahkemenin yargı kolunda yer alan mahkemelerde ilgili olduğu somut uyuşmazlıkların tamamında uygulanmasını gerektiren bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Diğer bir anlatımla, doğrudan ya da dolaylı biçimde uygulanacak bir kuralın bulunmadığı ve bu nedenle boşluğun bulunduğu bir konuda içtihadı birleştirme kararının verilmesi ile artık genel, soyut, sürekli ve objektif bir hukuk kuralı yaratılmaktadır.

Kanunlar, genel olarak şeklî ve maddî anlamda kanun olarak ikili bir ayrıma tâbi tutularak tanımlanmaktadır. Şeklî anlamda kanun ile kastedilen hukuk kuralının içeriğine ilişkin olmayıp bu kuralı hazırlayan organ ile kuralın hazırlanmasına ilişkin usûldür¹⁰¹⁴. Bu çerçevede, yasama organınca Anayasa'da belirtilen usûle göre hazırlanan hukuk metinlerinin kanun olarak tanımı mümkündür¹⁰¹⁵. Maddî anlamda kanunda ise belirleyici kriter, hukuk kuralının içeriğine ilişkin yapılan belirlemedir. Buna göre, bir hukuk kuralı, bu kuralı hazırlayandan bağımsız

¹⁰¹³ Kanunda yer alan kelimelere verilen anlamlardan hukuka uygun olanı kanunun otantik anlamını oluşturmaktadır. Otantik anlamın belirlenmesi ise yetkili organ tarafından yapılan yorumdan çıkarılmaktadır. Belirli organlarca yapılabilen, bağlayıcılığı kabul edilen, hukuken kendisine sonuç bağlanan ve kendisine karşı herhangi bir itiraz yolunun bulunmadığı yorum otantik yorum olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler, Kemal**, Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı, 1998 Ankara, C. 15, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 214 vd.; **Gözler**, Giriş, s. 282-283.

¹⁰¹⁴ **Gözler**, Anayasa, C. I, s. 830, dn. 50; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 645, dn. 129; **Teziç**, Anayasa, s. 15.

¹⁰¹⁵ **Gözler**, Anayasa, C. I, s. 830, dn. 50; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 645, dn. 129; **Teziç**, Anayasa, s. 15.

olarak genel, soyut, objektif bir nitelik arz etmekte ise kanun olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁰¹⁶. Kanaatimizce, son grupta yer alan içtihadı birleştirme kararlarının -anayasal meşrûiyetinden bağımsız olarak- içeriği dikkate alındığında genel, soyut ve objektif niteliği haiz olması nedeniyle bunların maddî anlamda kanun olarak kabulü gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararlarının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan başvuru üzerine, söz konusu kararlarla hukuk yaratılmadığı ve bu nedenle kuvvetler ayrılığı ilkesine herhangi bir aykırılık bulunmadığı yönündeki kararı¹⁰¹⁷ da hukuk yaratan kararların kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu sonucunu da içerdiğinden, bu görüşü desteklemektedir.

Ancak önemle belirtilmelidir ki, ister mevcut kuralın yorumuna isterse kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin olsun; içtihadı birleştirme kararlarının hukukun yürürlük kaynağı¹⁰¹⁸ olduğu şüphe götürmez¹⁰¹⁹. Zira, daha sonra ayrıntılı şekilde açıklanacağı gibi, içtihadı birleştirme kararlarının hem aynı yargı kolundaki alt derece mahkemeleri bakımından (dikey) hem de bu kararı veren mahkeme ile eşit derecedeki mahkemeler bakımından (yatay) bağlayıcılığı kanunla açıkça düzenlenmiştir (Yarg. K. m. 45/5). Hakkında içtihadı birleştirme kararı verilmiş bir konuda, somut uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemenin bu kararı dikkate almaksızın sonuca varması, bu hüküm karşısında mümkün olmadığından, bu kararların hukukun yardımcı kaynağı olduğu söylenemez. Aksi bir tutum ise hukukun yanlış uygulanmasına sebebiyet verir. Bu nedenle diğer yardımcı kaynaklardan -örneğin bilimsel eserlerden- farklı şekilde, mahkemenin uyuşmazlık konusuna ilişkin içtihadı birleştirme kararını göz ardı etmesi ve bu karara aykırı şekilde hüküm tesis etmesi bozma sebebi olarak kabul edilmektedir¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ **Gözler**, Anayasa, C. I, s. 830, dn. 50; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 645, dn. 129; **Teziç**, Anayasa, s. 17.

¹⁰¹⁷ AYM, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K., RG, 29.01.1970, S. 13412.

¹⁰¹⁸ Hukuk kaynakları genel olarak yaratıcı, yürürlük ve bilgi kaynakları olarak üç gruba ayrılmaktadır. Hukukun yürürlük kaynakları, hukuk kurallarının hukuk dünyasında meydana gelirken büründüğü şekilleri ifade eder ve yürürlükteki kuralların tespitinde rol oynar. Yasama organının öngördüğü hukuk kurallarının kanun; yürütme organının öngördüğü kuralların yönetmelik ya da tüzük biçiminde vücut bulması ile hukukun yürürlük kaynakları oluşur. Bkz. **Teziç**, Anayasa, s. 9; **Oğuzman/Barlas**, para. 139 vd.; **Dural/Sarı**, para. 626 vd.; **Gençcan, Ömer Uğur**, Türk Medenî Kanunu Yorumu, C. 1, s. 73.

¹⁰¹⁹ **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 85; **Gençcan**, s. 73.

¹⁰²⁰ “Yine Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde İçtihadı Birleştirme Kararlarının nasıl değiştirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Gerekliğinde bu yol izlenerek günümüz ihtiyaçları karşısında yetersiz kalan İçtihadı Birleştirme Kararları değiştirilebilir. Bu açık yasal düzenlemeler karşısında İçtihadı Birleştirme Kararlarına şu veya bu gerekçelerle uyulmaması hukuk güvenliğini sarsacağı gibi hakiminde sorumluluğunu gerektirebileceği gözardı edilmemelidir.... Bozma sonrası davacılar vekilinin amacı davayı ıslah etmektir. Dilekçesinde de bunu açıkça belirtmiştir. Zaten mahkemece de bu talep ıslah olarak kabul edilmiş ve ıslah hükümlerine göre hüküm oluşturulmuştur. Yani ıslah dilekçesi ile ilgili ek dava gibi hüküm kurulmamıştır. Oysa, yukarıda belirtildiği gibi 04/02/1948 tarih ve 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bozma sonrası ıslah mümkün olmadığından mahkemece ıslah dilekçesindeki talepler yönünden dava dinlenemez.

3. Anayasal Meşrûiyeti

a. Öğretideki Görüşler

İçtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliği dikkate alındığında, kuvvetler ayrılığının benimsendiği bir hukuk devletinde, bu kararların anayasal düzene aykırı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Esasen, içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin belki de en çok tartışılan ve Anayasa Mahkemesi'nin kararına¹⁰²¹ da konu olan bu soruna ilişkin öğretide tek bir cevabın bulunduğu söylenemez. Hatta bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararından sonra dahi bu konu tartışılmaya devam etmiştir. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile uygulamadaki durum tam olarak örtüşmemekte; bu ise hâlihazırda bu kurumun anayasal meşrûiyeti bakımından sorunları gündemde tutmaktadır.

İçtihadı birleştirme kararlarının anayasal meşrûiyeti konusunda farklı gerekçelerle leh ve aleyhte çeşitli görüşler bulunmaktadır¹⁰²²:

İçtihadı birleştirme kararlarının anayasal meşruiyetine ilişkin olarak ifade edilen bir görüş, içtihadı birleştirme kararlarının maddî anlamda yargı faaliyeti olmayıp, aksine genel ve soyut kurallar öngören maddî anlamda kanun olarak nitelendirildiği için, yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararı verebilmesinin anayasanın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu yönündedir¹⁰²³. Ayrıca, içtihadı birleştirme kararlarının, hâkimlerin kararlarını verirken bağımsız olduklarına ve hiçbir kişi ve merciden emir ve talimat almayacaklarına ilişkin anayasal düzenlemeye aykırı olduğu da ileri sürülmektedir¹⁰²⁴. Bunun yanı sıra içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı dikkate alındığında, hukuk düzenini stabil hâle getirerek

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”, Y21HD, 15.05.2014 T., 2014/3555 E., 2014/10880 K. Benzer şekilde bkz. YHGK, 08.03.2000 T., 2000/166 E., 2000/177 K.; Y11HD, 06.07.2011 T., 2011/8557 E., 2011/8410 K., www.lexpera.com, s.e.t. 19.06.2020.

¹⁰²¹ Bkz. AYM, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K., RG, 29.01.1970, S. 13412.

¹⁰²² Bkz. **Bilgin**, s. 593 vd.; **Duran**, **Lütfi**, *Tevhidi İçtihat Nedir?*, Siyasî İlimler Mecmuası, Y. 1953, S. 269, s. 226 vd.; **Karaoğlu**, S. 395 vd.; **Tosun**, s. 148; **Kayhan**, s. 361; **Kuru**, **Baki**, *Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, 1966, s. 9 vd.; **Tuncay**, **Aydın H.**, *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, 1972, s. 266 vd.; **Bilge**, *Armağan*, s. 274; **Kuru**, *İçtihatların Birleştirilmesi*, s. 10-11; **Kuru**, C. V, s. 4943; **Yılmaz**, *İçtihadı Birleştirme*, s. 8; **Çoşkun**, s. 137-138; **Teziç**, **Erdoğan**, *Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler*, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına, 55 Yıl 55 Makale, 2017, s. 236.

¹⁰²³ **Bilgin**, s. 594; **Kayhan**, s. 361; **Gözler**, *Giriş*, s. 178.

¹⁰²⁴ **Bilgin**, s. 595; **Duran**, *Tevhidi İçtihat*, s. 226; **Kayhan**, s. 361; **Tuncay**, s. 266-269.

mahkemeler aracılığı ile hukukî gelişimi engelleyici bir sonucun doğması da bu kuruma getirilen önemli eleştirilerden biridir¹⁰²⁵.

Buna karşın öğretide, içtihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği ve bu kurumun bir gereklilik olduğu sıklıkla dile getirilmektedir¹⁰²⁶. Bu görüşü benimseyenlere göre, içtihadı birleştirme kararları anayasal eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak, ülke genelinde hukukun yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamayı amaçlar¹⁰²⁷. Bu kararlar ile inşâî nitelikte bir hukukî kurum yaratılması söz konusu değildir, aksine sadece hukuk kurallarının uygulanması ve anlamlandırılması bakımından mahkeme kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi sağlanmaktadır¹⁰²⁸. Dolayısıyla, bu hâlde mahkemelerin yasama organının yetkisini kullandığı iddia edilemez¹⁰²⁹. Yine bu noktada, hukuk kuralının yorumuna yönelik de olsa içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı dikkate alındığında kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlâli endişesinin gündeme gelebileceği, bu endişenin giderilebilmesi için yalnızca somut uyuşmazlık bakımından bağlayıcı bir karar verilmesinin çözüm olarak akla gelebileceği öğretide ifade edilmiş; ancak bu durumun daha büyük sorunlara yol açması tereddüdü karşısında mevcut durumun korunması gerektiği savunulmuştur¹⁰³⁰. Zira bu düşünceye göre, yüksek mahkemelerin iş yükü göz önünde bulundurulduğunda, somut uyuşmazlık özelinde verilen kararlar işleri aksatıp geciktireceğinden; bu durum genel bağlayıcılığın sebep olduğu sorunlardan daha sakıncalıdır¹⁰³¹.

Öğretide, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının doğurduğu olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi adına, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi usûlünün de yine kanunla kabul edilmiş olduğu ve haklı gerekçelerin varlığı hâlinde içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiş; bu mekanizmanın doğru bir biçimde uygulanması hâlinde, hukukun kalıplaşması endişesinin ve içtihadı birleştirme

¹⁰²⁵ **Teziç**, Yasama Yetkisi, s. 236.

¹⁰²⁶ **Bilge**, Armağan, s. 274; **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 10-11; **Kuru**, C. V, s. 4943; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 8. Kuru ayrıca içtihadı birleştirme kararlarının, hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin olarak kanunla getirilen bir istisna olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Kuru**, Teminat, 1966, s. 9-10. Çoşkun ise hukuk kurallarının açıklanması işlevini gören içtihadı birleştirme kararlarının hukukla bağlı hâkimlerin bağımsızlığı konusunda bir istisna değil olsa olsa bir teminat olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. **Çoşkun**, s. 135.

¹⁰²⁷ **Bilge**, Armağan, s. 274; **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 10-11; **Kuru**, C. V, s. 4943; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 8; **Çoşkun**, s. 137-138.

¹⁰²⁸ **Çoşkun**, s. 136.

¹⁰²⁹ **Bilge**, Armağan, s. 274; **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 10-11; **Kuru**, C. V, s. 4943; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 8; **Çoşkun**, s. 137-138.

¹⁰³⁰ **Bilge**, Armağan, s. 275.

¹⁰³¹ **Bilge**, Armağan, s. 275.

kurumuna yöneltlen diğer eleştirilerin ortadan kalkacağı savunulmuştur¹⁰³². Mahkemelerin, gerekçesini açıkça göstererek içtihadı birleştirme kararından başka şekilde hüküm vermesinin içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine yönelik bir talep olarak algılanabileceği de ileri sürülmüştür¹⁰³³. Yine, içtihadı birleştirme kararlarının uygulama ve öğretideki pek çok görüşten hareket edilerek ve ayrıntılı bir inceleme ile ortaya konulduğu bu sebeple hukukun gelişimine katkı sağladığı da öğretilde ifade edilmiştir¹⁰³⁴. Ayrıca, kanun koyucunun da içtihadı birleştirme kararlarından farklı şekilde yeni kanunî düzenlemeler öngörmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁰³⁵.

İçtihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini savunan yazarlara göre, içtihadı birleştirme kararlarının herhangi bir denetime tâbi olmaması da bu kararların Anayasa'ya aykırılık gerekçesi olarak ileri sürülemez¹⁰³⁶. Zira, bir yüksek mahkeme kararı olan içtihadı birleştirme kararlarının denetime tâbi tutulmaması hem mahkemelerin bağımsızlığı bakımından Anayasa'ya uygundur hem de aksi durumda yargılamaların sürüncemede kalacağı ve sonlandırılmayacağı endişesi gündeme gelir¹⁰³⁷. Bu sebeple herhangi bir denetimin öngörülmemesi hukuka daha uygundur.

b. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

Anayasa Mahkemesi, 1969 yılında, içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin Yargıtay Kanunu'nun ilgili hükmünün iptali talebiyle önüne gelen dosyada, içtihadı birleştirme kararlarının işlevinden hareket ederek sonuca varmıştır¹⁰³⁸. Söz konusu karar, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun¹⁰³⁹,da yer alan bazı hükümlerin Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine uygulamadaki sorunların çözümüne ilişkin olarak verilen içtihadı birleştirme kararına ilişkindir.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 2'nci ve 3'üncü maddelerinin Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1963 kararıyla¹⁰⁴⁰ iptal

¹⁰³² **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s.35; **Kuru**, C. V, s. 4965; **Bilge**, Armağan, s. 275; **Centel**, s. 369; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 17.

¹⁰³³ **Postacıoğlu**, Usûl, s. 106; **Bilge**, Armağan, s. 275.

¹⁰³⁴ **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 17.

¹⁰³⁵ **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 18.

¹⁰³⁶ **Bilge**, Armağan, s. 274.

¹⁰³⁷ **Bilge**, Armağan, s. 274.

¹⁰³⁸ AYM, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K., RG, 29.01.1970, S. 13412.

¹⁰³⁹ RG, 27.05.1955, S. 9013. 6570 sayılı Kanun 12.01.2011 tarihli 6101 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁴⁰ AYM, 26.03.1963 T., 1963/3 E., 1963/67 K., RG, 31.03.1963, S. 11416.

edilmesi üzerine, kira sözleşmesinin devam etmesi hâlinde kira bedelinin artırılıp artırılamayacağı konusunda Yargıtay hukuk daireleri arasında birbiriyle çelişen kararlar verilmesinin ardından, Hukuk Genel Kurulunca içtihatların birleştirilmesine karar verilmiştir. Konuya ilişkin 1964 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı vermesinden önce akdedilmiş ya da yenilenmiş taşınmaz kira sözleşmelerinin süresinin iptal kararından sonraki bir tarihte dolması üzerine, yeni dönemde kira bedelinin tespiti bakımından kanunda boşluk bulunduğu ve bunun hâkim tarafından doldurulması gerektiğine karar verilmiştir¹⁰⁴¹. Hâkimin ilgili boşluğu doldururken bilirkîşi marifetiyle yapılacak inceleme sonucuna göre karar vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Kira bedelinin tespitine ilişkin bu davada görevli mahkeme¹⁰⁴² bakımından farklı içtihatların ortaya çıkması üzerine ise 1965 tarihinde İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından yeni bir karar verilmiş ve kira bedelinin tespitinde yıllık değil aylık kira bedelinin dikkate alınması suretiyle görevli mahkemenin belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁰⁴³.

Kira bedelinin tespiti talebiyle 1965 tarihli içtihadı birleştirme kararına dayanılarak açılan davada, davalı tarafın başvurusu üzerine İstanbul 19'uncu Asliye Hukuk Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak içtihadı birleştirme kararlarının genel, soyut ve bağlayıcı niteliği ve bu kararlara ilişkin herhangi bir denetim yolunun öngörülmemesi gerekçesiyle kurumun kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu; bu şekilde bir bağlayıcılığın hukukun kalıplaşmasına neden olduğu ve yüksek derece mahkemelerinin kararlarının alt derece mahkemeleri bakımından emir ve talimat niteliğinde bulunmasının mahkemelerinin bağımsızlığı ilkesini ihlâl ettiği ileri sürülerek kuralın iptali gerektiği savunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, anayasal eşitlik ilkesinin ve toplumsal adaletin gereği olarak hukuk birliğinin sağlanmasından hareketle Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile yalnızca mahkemeler arasındaki yorum farklılıklarının giderilmesinin sağlandığını, kurumun Anayasa'ya aykırı olmadığını şu gerekçeyle kabul etmiştir:

“İçtihadı birleştirme kararı, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen

¹⁰⁴¹ Bkz. YİBHKGK, 18.11.1964 T., 1964/2 E., 1964/4 K., RG, 27.11.1964, S. 11867.

¹⁰⁴² 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre dava konusunun mal varlığına ilişkin olduğu hâllerde asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki görev sorunu kural olarak dava konusunun değerine bakılarak belirlenmekteydi. Bkz. HUMK m. 2 vd..

¹⁰⁴³ Bkz. YİBBGK, 07.07.1965 T., 1965/5 E., 1965/5 K., RG, 21.07.1965, S. 12054.

*kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka davalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere içtihadı birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. **Demek ki içtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme kararı veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez.**"¹⁰⁴⁴.*

Anayasa Mahkemesi, belirli şartlar altında bu kararların değiştirilmesinin mümkün olduğu için bağlayıcılığa ve hukukun kalıplaştırılmasına yönelik eleştirilerinin de haksız olduğuna karar vermiştir. Kararda ayrıca, içtihadı birleştirme kararlarının herhangi bir denetime tâbi olmamasının ise Anayasa ile benimsenen mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin ilkelere uygun olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, içtihadı birleştirme kararlarının işlevinden hareketle bir belirleme yaparak, bu kararların hukuk yaratma fonksiyonu bulunmadığını; sadece mevcut normların uygulanması bakımından ortaya çıkan çelişkilerin giderilmesi için içtihadı birleştirme kararı verilebileceğini ifade etmiştir.

Buna karşın, iptal başvurusunun gerekçesini oluşturan 1965 tarihli kararın dayanağı mevcut bir norm olmayıp aksine daha önceki tarihli bir içtihadı birleştirme kararıdır. Diğer bir anlatımla, 1964 tarihinde kanunda boşluk bulunduğu gerekçesi ile verilen içtihadı birleştirme kararının uygulanması bakımından Yargıtay daireleri arasında ortaya çıkan çelişki nedeniyle 1965 yılında yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi lüzumu doğmuştur. Mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesi asıl olmasına karşın kira tespit davalarında görevli mahkemenin tayini bakımından parasal sınırın belirlenmesinde aylık kira bedelinin dikkate alınması gerektiğine yönelik bu kararın herhangi bir kanunî dayanağı bulunmamaktadır. Bu kararda, kanunda boşluk bulunduğu gerekçesiyle hukuk yaratılmasına karar verilen bir içtihadı birleştirme kararına dayanılarak usûlî bir konuda hukuk yaratılmaktadır. Anayasa

¹⁰⁴⁴ AYM, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K., RG, 29.01.1970, S. 13412.

Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın en azından başvurunun dayanağını oluşturan içtihadı birleştirme kararları bakımından doğruluğu tartışmalıdır.

c. Değerlendirme ve Görüşümüz

ca. Genel Olarak

Hukuk kurallarının yeknesak biçimde uygulanması ve hukukî istikrarın sağlanması amacına hizmet eden içtihadı birleştirme kararlarında yetkili mercilerin sadece pozitif hukukta yer alan kuralları mı yorumlayacakları yoksa gerekli hâllerde hâkimlere tanınan hukuk yaratma yetkisini de kullanma imknlarının bulunup bulunmadığı sorusu içtihadı birleştirme kararlarının işlevine yöneliktir. Özellikle, içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliği dikkate alındığında, pozitif hukukta yer alan bir kuralın yorumu yoluyla ulaşılan içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılmasıyla ulaşılan kararlar arasında meydana gelen sonuçlar bakımından farklılık bulunmamaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde içtihadı birleştirme kararlarının işlevine yönelik bu ayırım büyük önemi haizdir. Zira, içtihadı birleştirme kararlarının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu düşüncesinin temelinde, içtihadı birleştirme kararları ile genel, soyut ve bağlayıcı kuralların oluşturulması yatmaktadır.

Bu noktada, öncelikle içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Bu soruya verilecek cevap, bu kurumun anayasal düzen içerisindeki konumu ve meşrûiyeti ile doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla içtihadı birleştirme kararlarının anayasal meşruiyeti yoruma ve hukuk yaratmaya ilişkin kararlar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

caa. Hukuk Yaratmaya Yönelik Itihadı Birleştirme Kararları Bakımından

Öğretide, içtihadı birleştirme kurumunun yapısının Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi gereğince hâkimlere tanınan hukuk yaratma görevine uygun olmadığı, bu kararlar ile ancak derece mahkemeleri tarafından yaratılmış olan hukukun çelişkilerinin giderilebileceği ve içtihadı birleştirme kararlarına yönelik kanunî düzenlemenin lafzından da bu kararlar ile hukuk yaratılabileceğine ilişkin bir sonucun çıkmadığı ifade edilerek, hukuk yaratmanın içtihadı

birleştirme kararlarının doğasına uygun olmadığı savunulmuştur¹⁰⁴⁵. Buna karşın, içtihadı birleştirme kararlarının Yargıtay daireleri ve genel kurulları arasında meydana gelen hukuk yaratmaya ilişkin çelişkili kararların giderilmesi bakımından görevli olduğu da dile getirilmiştir¹⁰⁴⁶.

Yargıtay ise içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁴⁷. Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararına atıf yapılan kararlarda dahi içtihadı birleştirme kurullarının Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi gereğince hukuk yaratma yetkisi olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁴⁸. Yargıtay'ın bu konuda benimsediği görüşe göre, *“İçtihadı birleştirme kararlarının özelliği, uygulamaları bir esasta toplamak, yanlışlıklara meydan vermemek ve Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca uygulama alanında meydana gelen boşluğu doldurmaktır*¹⁰⁴⁹”.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları incelendiğinde bu durum daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Bugün gelinen noktada, Yargıtay'ın sadece hukuk kurallarının yorumu ile yetinmediği; aksine, düzenleme eksikliğinin bulunduğu hâllerde¹⁰⁵⁰ ve hatta kimi zaman gerekmediği hâlde dahi¹⁰⁵¹ hukuk yaratmak yolunu kullandığı görülmektedir. Dolayısıyla, içtihadı birleştirme kararları ile yalnızca yorum faaliyetinin gerçekleştirildiği, buna karşın hukuk yaratılmadığı gerekçesi ile kurumun Anayasa'ya aykırı olmadığını iddia etmek gerçekçilikten uzaktır.

Türk hukuk düzeninde, hâkimlere hukuk yaratma yetkisini tanıyan düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer almaktadır. Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının işlevine ilişkin sorunun çözümünde de ilk olarak Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci

¹⁰⁴⁵ Çoşkun, s. 106. Benzer yönde bkz. Önen, İçtihadı Birleştirme, s. 217.

¹⁰⁴⁶ Edis, s. 153; Oğuzman/Barlas, para. 449; Antalya/Topuz, s. 277; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 102. İçtihadı birleştirme kararları ile boşlukların doldurulmasının hukukun gelişimi bakımından önemli olduğu konusunda bkz. Dursunkaya, Orhan, Yasa Boşluğu ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları, YD, Y. 1977, s. 158.

¹⁰⁴⁷ Bkz. Y14HD, 15.03.2016 T., 2015/16432 E., 2016/3261 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹⁰⁴⁸ Bkz. Y14HD, 15.03.2016 T., 2015/16432 E., 2016/3261 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹⁰⁴⁹ Y14HD, 15.03.2016 T., 2015/16432 E., 2016/3261 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020. Aynı yönde bkz. Y3HD, 10.04.1970 T., 1124/1508, Çoşkun, s. 106. Danıştay ise içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılamayacağını kabul etmektedir. Bu yönde bkz. *“...kanunda düzenlenmeyen bir alanın içtihatları birleştirme yoluyla çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı sorusu akla gelebilirse de, Anayasa Mahkemesinin 12.06.1969 tarih ve E: 1968/38; K: 1969/34 sayılı kararında belirtildiği üzere; içtihadı birleştirme kararı, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verileceğinden...”*, DİBK, 11.12.2018 T., 2013/1 E., 2018/1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.02.2020.

¹⁰⁵⁰ Örneğin bkz. YİBBGK, 06.02.1984 T., 1983/7 E., 1984/3 K., RG, 19.03.1984, S. 18346.

¹⁰⁵¹ Örneğin bkz. YİBBGK, 24.05.2019 T., 2017/8 E., 2019/3 K., RG, 27.09.2019, S. 30901.

maddesi ile öngörülen hukuk yaratma yetkisinin muhatabının belirlenmesi faydalı olur. Öğretide, hukuk yaratma bakımından somut uyuşmazlıkları çözmekle vazifeli ilk derece mahkemesi hâkimlerinin yetkili oldukları kabul edilmiş; üst derece mahkemesi hâkimlerinin de hukuk yaratma yetkisinin kabulü gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁵².

Kanaatimizce, burada Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin amacından yola çıkılmalıdır. Hâkimlerin aslî vazifelerinden birisi yasama organı tarafından getirilen kurallara ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bu kuralların yorumu ve bu yolla uygulanmasını sağlamaktır. Ancak, yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, kanun koyucunun uyuşmazlık bakımından herhangi bir kural öngörmediği durumlarda, hâkimin yorumlayacağı ve uygulayabileceği bir kural olmamasına karşın uyuşmazlığı çözmekten imtina etmesi mümkün değildir (Bkz. AY m. 36/2). Böyle bir durumda esasen ortaya çıkan sorunun muhatabı bizzat kanun koyucu olmasına karşın, somut uyuşmazlık bakımından hâkimin sorunu çözüme kavuşturması gerekmektedir¹⁰⁵³. Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen düzenlemenin amacı, kendiliğinden hak almanın yasak olduğu bir hukuk düzeninde somut uyuşmazlık bakımından uygulanacak hukuk kuralının bulunmamasının sonuçlarına vatandaşların katlanmasını engellemektir. Hukuk yaratmakla görevli hâkimin, önüne gelen uyuşmazlık bakımından kanunlarda ve örf adet hukukunda uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmadığını tespit etmesinin ardından yine bu somut uyuşmazlıkla sınırlı olarak ve fakat genel ve soyut bir kural yaratması ile hukuk boşluğunun doldurulması gerekir¹⁰⁵⁴. Hâkimin hukuk yaratma yetkisini kullanabilmesi için, öncelikle çözümü bakımından kanunlarda ve örf adet hukukunda herhangi bir kuralın bulunmadığı somut bir uyuşmazlık gerekmektedir¹⁰⁵⁵. Yani, hâkim her ne kadar kanunda bir eksiklik olduğunu fark etse bile, bu durum bir somut uyuşmazlık kapsamında önüne gelmedikçe hukuk yaratma yetkisini kullanamaz.

Türk hukuk sisteminde içtihadı birleştirme kararları, hukuk kurallarının uygulanması bakımından yüksek mahkemelerin daireleri arasında ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi amacını gütmekte; bu kararlarda somut uyuşmazlıktan tamamen bağımsız biçimde sadece hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilme yapılmaktadır. İçtihadı birleştirme kararları, her ne kadar mahkeme tarafından verilmiş olması nedeni ile şeklî anlamda yargı kararları kapsamında bulunsun da somut bir uyuşmazlık ya da hukuka aykırılık iddiasının kesin bir

¹⁰⁵² Saymen, Medenî, s. 163; Edis, s. 120.

¹⁰⁵³ Bu durumda, hâkim yasama organının görevi alanında ve fakat onun izni ile faaliyette bulunmaktadır. Bkz. Edis, s. 152; Öztan, s. 160.

¹⁰⁵⁴ Saymen, Medenî, 161 vd..

¹⁰⁵⁵ Hâkimin hukuk yaratma yetkisinin, önüne gelmiş bir olay ya da hukukî ilişki bakımından geçerli olduğu yönünde bkz. Edis, s. 152. Benzer şekilde bkz. BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 454.

biçimde çözüme kavuşturulmasında görevli değildir¹⁰⁵⁶. Hukuk yaratma yetkisinin doğası gereği bulunması gereken somut uyuşmazlığın varlığına ilişkin kriterin içtihadı birleştirme kararları bakımından mevcut olduğunu söylemek bu nedenle mümkün değildir.

Bu noktada, içtihadı birleştirme kurullarında Yargıtay dairelerinin ve genel kurullarının içtihatlarından hareketle sonuca varıldığı ve hukuk yaratma yetkisinin içtihadı birleştirme kurulları tarafından kullanılmadığı da düşünülebilir. Ancak, Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesi ile açıkça, içtihadı birleştirme kararlarında ilgili daire ya da genel kurullardan farklı şekilde karar verilebileceği düzenlenmiş; uygulamada da içtihadı birleştirme kurullarının hukuk yaratma yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁵⁷.

İçtihadı birleştirme kararlarının amacının ülke çapında hukukun yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak olduğu ve uygulama farklılığının en çok da kanun boşluğu nedeni ile hukuk yaratmanın gerekli olduğu hâllerde ortaya çıktığı düşünülebilir. Ancak, kanun koyma yetkisi Anayasa ile yasama organına bırakılmıştır ve somut uyuşmazlık bakımından herhangi bir kuralın yer almadığı hâllerde, uygulamada çelişkiye yol açması ihtimali de göze alınarak, somut uyuşmazlığa bakmakla görevli hâkime, o olayla sınırlı şekilde kural yaratma yetkisi tanınarak (TMK m. 1/2) kısa vadede sorunun çözümü öngörülmüştür. Kanunî düzenleme eksikliğinin muhatabı bizatihi kanun koyucunun kendisidir ve yasama organının yol açtığı sorunun, onun yetki alanına müdahale edilerek yargı organınca çözülmesi anayasal kuvvetler ayrılığına aykırıdır. Bu durumda meydana gelen içtihat aykırılıkları ancak kanun koyucunun o konuda bir kural öngörmesi ile çözüme kavuşabilir.

Yine, Anayasa'nın 6'ncı maddesi ile, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz.*” hükmüne yer verilmiş ve Anayasa'nın 7'nci maddesi ile yasama yetkisinin devredilmez oluşu açık bir biçimde düzenlenmiştir. Anayasa koyucu tarafından bizzat yasama organına verilmiş kanun koyma yetkisinin Anayasa'da öngörülmeyen bir biçimde diğer bir organa devri mümkün değildir¹⁰⁵⁸. Bununla kastedilen, genel, soyut, kişilik

¹⁰⁵⁶ Yargı fonksiyonu şekli ve maddî kritere göre iki farklı biçimde tanımlanabilir. Kanunlarla yargı organlarına verilmiş olan bütün iş ve işlemler şekli anlamda yargı kapsamına dahil iken mahkemeler aracılığıyla hukuka aykırılık ve hukukî uyuşmazlık iddiaları üzerine yapılan inceleme sonucunda haklı olan taraf lehine sorunun kesin bir şekilde çözüme kavuşturulmasını konu alan faaliyet maddî anlamda yargı olarak tanımlanabilir. Bkz. **Gözler**, Anayasa, C. II, s. 412 vd.; **Kuru**, C. I, s. 3; **Üstündağ**, Usûl, s. 44-48; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 78-79. Genel olarak yargı faaliyeti ise “objektif hukukun bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından, yargısal usûllere uyularak somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 76.

¹⁰⁵⁷ Bkz. Y14HD, 15.03.2016 T., 2015/16432 E., 2016/3261 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020. Ayrıca bkz. YİBHKGK, 18.11.1964 T., 1964/2 E., 1964/4 K., RG, 27.11.1964, S. 11867.

¹⁰⁵⁸ **Gözler**, Anayasa, C. I, s. 824.

dışı kural öngörmenin sadece yasama organına bırakılması ve diğer devlet organlarının böyle kurallar koyma yetkisinin bulunmaması değildir; aksine, yasama yetkisinin devredilmezliği, kanunlarla eş değer ya da kanun gücünde işlem yapma yetkisinin diğer organlara devrinin yasak olmasıdır¹⁰⁵⁹. Hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan bir konuda, yasama organı dışındaki diğer devlet organlarına genel, soyut ve bağlayıcı bir düzenleme öngörme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini zedeler¹⁰⁶⁰. Kanundaki boşluk nedeni ile hukuk yaratılması yoluyla ortaya çıkan içtihadı birleştirme kararlarının maddî anlamda kanun gücüne sahip olduğu dikkate alındığında, hakkında kanun koyucunun herhangi bir düzenleme öngörmediği bir alanda, yargı organının bağlayıcı şekilde kural koyması fonksiyon gaspına yol açar ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini de ihlâl eder.

Hâkimlere hukuk yaratma yetkisinin tanındığı hâllerde yaratılan kuralın ne diğer mahkemeleri ne de aynı mahkemeyi benzer başka olaylarda bağladığı; kanun koyucunun bu düzenleme ile muradının somut uyuşmazlık çerçevesinde konunun çözüme kavuşturulması olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶¹. Böyle bir kararın emsal nitelik kazanması hâlinde dahi, gerekçesi ortaya konulmak şartıyla her zaman farklı yönde karar verilebilmesi mümkündür. Bu çerçevede olsa olsa hukukî güvenlik nedeni ile söz konusu değişikliğin geçmişe yürümemesinin ortaya çıkardığı bir bağlayıcılık söz konusu olabilir. Ancak, içtihadı birleştirme kararı ile hukuk yaratılması hâlinde ise kararın gelecekteki bütün benzer olaylar bakımından kesin bir şekilde bağlayıcı hâle gelmesi ve ancak yeni bir içtihadı birleştirme kararı ile değiştirilebilmesi ya da ortadan kaldırılabilmesi söz konusu olur. Bu ise hâkimlerin hukuk yaratmasına yönelik düzenlemenin getiriliş amacını aşmak anlamını taşır.

Tüm bu gerekçelerle, içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılamayacağı kabul edilmelidir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırılığına ilişkin olarak vermiş olduğu ret kararı¹⁰⁶² da görüşümüzü doğrular

¹⁰⁵⁹ **Özbudun**, Anayasa, s. 215; **Fendoğlu**, s. 525.

¹⁰⁶⁰ **Özbudun**, Anayasa, s. 215. Türk hukukunda yasama dokunulmazlığı genel olarak yürütme organı ile yasama organı arasında ve sıklıkla kanun hükmünde kararname özelinde değerlendirilmekte; kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından ise mahkemelerin bağımsızlığı üzerinde durulmakta (Bkz. **Özbudun**, Anayasa, s. 387 vd.; **Fendoğlu**, s. 525 vd.; **Arıkan, Cengiz**, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, 2011, s. 71 vd.) ve yasama ve yürütme organlarının yargı bağımsızlığını zarara uğratmamasının gerekliliği vurgulanmaktadır (bkz. **Özbudun**, Anayasa, s. 202 vd.). Oysa, devletin iktidarını kullanma biçimlerinden birisi olarak yargı gücü ile de yasamanın ya da yürütmenin alanına müdahale edilmesi mümkündür. Özellikle bu yetkinin kötüye kullanılması ihtimalinde kanun koyucunun iradesi hilafına mahkeme kararlarının verilmesi gündeme gelebilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ya da içtihadı birleştirme kararlarında olduğu gibi bu kararlara tanınan bağlayıcı etki dikkate alındığında kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından yargı fonksiyonunun da yetki gaspına yol açabilmesi gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁰⁶¹ **Saymen**, Medeni, s. 162; **Edis**, s. 153; **Öztan**, s. 160.

¹⁰⁶² AYM, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K., RG, 29.01.1970, S. 13412.

niteliktedir. Yukarıda da açıklandığı gibi¹⁰⁶³ Anayasa Mahkemesi, içtihadı birleştirme kurumunun Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan başvuruyu bu kararlarla hukuk yaratılmadığı, yalnızca mevcut normların yorumu gerçekleştirildiği gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu kararın mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılması durumunda kurumun Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğidir.

Esasen içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin kanunî düzenlemelerde, bu kararlarla hukuk yaratılabileceğine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemesine rağmen uygulamada sıklıkla içtihadı birleştirme kararları ile boşlukların doldurulduğu ve hukuk yaratıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ve bu nedenle kanundaki boşlukların içtihadı birleştirme kurullarınca hukuk yaratma yöntemi ile doldurulmasının mümkün olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu çerçevede, içtihadı birleştirme kurulu yalnızca ilgili konuda herhangi bir boşluğun bulunup bulunmadığını ve şayet boşluk söz konusu ise bunun doldurulması gerektiğini tespit edebilir. Bunun ötesine geçerek, hukuk yaratacak biçimde boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiğine karar veremez.

cab. Mevcut Normun Yorumuna Yönelik İçtihadı Birleştirme Kararları Bakımından

Kanunlarda yer alan mevcut normların derece mahkemeleri tarafından farklı şekilde yorumlanması ve uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek çelişkilerin giderilmesi içtihadı birleştirme kararları ile mümkündür. İçtihadı birleştirme kararlarının pozitif hukuk düzenlemelerinin yorumlanması açısından üstlendiği işlev -hukuk yaratmaya yönelik kararların aksine- yeni bir kural ihdası anlamı taşımadığından, yasama yetkisinin gaspı olarak değerlendirilemez. Aksine, Yargıtay daire ve genel kurul kararları arasında, hukukun uygulanışı bakımından çelişkinin giderilmesi için getirilmiş olan ve işlevi, kuralın hukuka en uygun yorumunun tespitinden ibaret olan içtihadı birleştirme kararları, hukukun yeknesak ve eşit şekilde uygulanmasına ve böylece adil yargılanma hakkına hizmet ettiğinden, anayasal bir gerekliliktir. Bu noktada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, derece mahkemelerinin hukuk kurallarını yorumlamak konusunda serbest olduğunu; ancak farklılaşan kararların “*derin ve uzun süreli olması*” nedeniyle hukukî öngörülebilirliği zedelediği durumlarda adil yargılanma

¹⁰⁶³ Bkz. § 7, C, 3, b.

hakkının ihlâl edildiğini kabul etmekte¹⁰⁶⁴ ve ülke genelinde hukuk birliğinin sağlanması bakımından gerekli önlemlerin alınması gerektiğini de vurgulamaktadır¹⁰⁶⁵.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda¹⁰⁶⁶ aralarında işlevsel yetki farkı bulunan makamların kanun hükümlerini farklı şekilde yorumlamasının hukukun doğası gereği olduğunu, özellikle yeni yürürlüğe giren kurallar bakımından farklı makam ve mercilerin kuralı farklı şekilde uygulamasının doğal karşılanabileceğini ifade etmiştir. Bahsi geçen kararda, özellikle ülkedeki hukuk birliğini sağlamak ve içtihat çelişkilerini gidermekle görevli olan yüksek mahkemelerin bizatihi kendi uygulamaları ile çelişkiye yol açmasının ise hukukî güvenlik ve istikrarı zedelediği vurgulanmıştır. Yüksek mahkemelerin içtihatlarındaki değişikliğin, dinamik hukukun bir sonucu olduğu ve fakat içtihat değişikliklerinde mutlaka bu değişikliğe yol açan gerekçenin gösterilmesinin, değişikliğin daha sonra istikrarlı şekilde uygulanmasının ve içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik mekanizmaların işletilmesinin gerekliliği ortaya konulmuş ve aksinin adil yargılanma hakkını ihlâl edeceği de yine bu kararda kabul edilmiştir. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi'ne göre de mevcut normların yorumunu konu alan içtihadî birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırı olmaktan ziyade, bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı bakımından bir gereklilik olduğu söylenebilir.

Emsal mahkeme kararlarının bağlayıcı etkisi, içtihadî birleştirme kararları ile doğrudan ilgilidir. Hukukî güvenlik ve eşitlik nedeni ile emsal mahkeme kararlarının sınırlı da olsa bağlayıcılığı kabul edildiğinde, bu kararlardan sapmak isteyen mahkemenin gerekçesini de ortaya koyması gerektiği açıklanmıştır¹⁰⁶⁷. Dolayısıyla hâkimlerin eşitlik ve hukukî güvenlik sınırı içinde serbestçe karar verebilmesi mümkündür. Ancak hem uygulamada mahkemelerin emsal kararlardan farklı şekilde karar verdiklerinde bunun gerekçesini göstermek hususunda yeterince özenli davranmaması hem de sapma kararlarında ortaya konulan gerekçenin herkesi aynı oranda ikna edememe ihtimali, yüksek mahkeme kararları arasında çelişkiye sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda verilecek içtihadî birleştirme kararı ile sorunun bağlayıcı biçimde

¹⁰⁶⁴ Bu yönde bkz. İHAM, Tudor Tudor/Romanya, 24.03.2009 T., Başvuru No. 21911/03, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-91885%22%7D>, s.e.t 23.06.2020; İHAM, Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, 09.02.2016 T., Başvuru No. 582/05.

¹⁰⁶⁵ Örneğin bkz. “Aynı şekilde, AİHM, Hükümetin atıfta bulunduğu hâkimlerin karar alma özerkliğinin, aynı metnin değişik yargı kademelerinde farklı yorumlanmasını açıklayabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM bu bağlamda, mahkemelerin uygulamaları arasındaki uyumu ve içtihat birliğini sağlamaya yönelik mekanizmaların hayata geçirilmesinin önemli olduğunu hatırlatmaktadır (Schwarzkopf ve Taussik, ilgili bölüm).”, İHAM, Nejd et ve Perihan Şahin/Türkiye, 27.05.2010 T., Başvuru No. 13279/05.

¹⁰⁶⁶ AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

¹⁰⁶⁷ Bkz. § 6, B, 3, c.

çözüme kavuşturulmasının hukukî güvenlik ve istikrar lehine hâkimlerin bağımsızlığını sınırlandırdığı da düşünülebilir. Oysa, yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesini gerektiriyor da olsa (Yarg. K. m. 45/3), önceki içtihadı birleştirme kararından dönülebilmesi mümkün olduğundan hâkimlerin bağımsızlığı ihlâl edilmemektedir¹⁰⁶⁸.

Tüm bu gerekçelerle, kanaatimizce, mevcut kurallarının yorumuna ilişkin olarak uygulamada meydana gelen çelişkilerin giderilmesine yönelik içtihadı birleştirme kararları Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.

cb. Medenî Usûl Hukuku Yönünden Değerlendirme

İçtihadı birleştirme kararlarının anayasal meşruiyeti açısından yapılan genel değerlendirmenin ardından çalışmanın konusu özelinde medenî usûl hukukuna yönelik konularda içtihadı birleştirme kararı verilmesinin mümkün olup olmadığı açıklanmalıdır. Bu konuda öğretide, içtihadı birleştirme kararlarıyla usûl hükmü oluşturulamayacağı dile getirilmiştir¹⁰⁶⁹.

Kanaatimizce, medenî usûl hukuku kuralları bakımından da ikili bir ayırım yapılması yerinde olur: Medenî usûl hukukuna ilişkin bir konuda içtihadı birleştirme kararı ile hukuk

¹⁰⁶⁸ Alman Anayasası'nın hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin 97'nci maddesinde hâkimlerin yalnızca kanuna tâbi oldukları kabul edilmiştir. Bu noktada Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun büyük senatoya tanımış olduğu hukukun geliştirilmesine ilişkin yetkinin (§132 GVG) hâkimlere tanınan anayasal yetkilerin aşılması anlamını taşıdığı ileri sürülerek düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Alman Federal Temyiz Mahkemesi ise ne hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin Anayasa hükmünün ne de hukukun geliştirilmesi görevini mahkemelere tanıyan kuralın yeni birer düzenleme olmadığını, Alman İmparatorluğu döneminden bu yana bu düzenlemelerin Alman hukukunda mevcut olduğunu ve hiçbir zaman hâkimlerin kanuna tabiiyeti bakımından sorun oluşturmadığını açıklamıştır. Anayasa ile hüküm altına alınan kanunla bağılılık ilkesinin, statik bir bağılılık olmadığı; bu bağılılığın gelişme yeteneği bulunmayan kurallara bağılılık şeklinde anlaşılması gerektiği Federal Temyiz Mahkemesi tarafından savunulmuş ve pozitif hukuk bakımından hâkimlere kanunî düzenlemelerin yorumu yoluyla hukukun geliştirilmesi hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Hatta Mahkeme'ye göre, adil bir karar bakımından gerekli olduğu hâlde bunun bir hak değil, yükümlülük niteliği kazandığı da vurgulanmıştır. Bu noktada, Alman Anayasa'sının 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan içtihatların kanuna ve hukuka bağlı olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin de bu sonucu açıkça ortaya koyduğu iddia edilmiştir. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun ilgili hükmünün daha önceki düzenlemelere paralel olarak aynen benimsenmesinden kanun koyucunun düzenlemeyi kanuna bağılılığa ilişkin anayasal ilkenin sınırları içerisinde değerlendirdiği sonucunun çıkarılması gerekir. Ayrıca, Federal Temyiz Mahkemesi, büyük senato tarafından verilecek kararın bağlayıcılığına ilişkin düzenlemenin (§138 GVG) isabetli olduğunu ve maddî hukuka bağılılıkla çelişmediğini ifade etmiştir. Bkz. BGH, 30.10.1951, I ZR 117/50, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/6a83f51e-874b-4189-9cdb-c086b2ed6d44>, s.e.t. 06.11.2019. Hukukun geliştirilmesi görevinin yüksek mahkemelere ait olduğu yönünde ayrıca bkz. BGH, 17.03.2003, X II ZB 2/03, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=25809&pos=0&anz=1>. İsviçre hukukunda da bu bağlayıcılığın hâkimlerin bağımsızlığını zarara uğratmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 35.

¹⁰⁶⁹ **Atalı, Murat**, Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, Y. 2018, s. 468.

kuralı yaratılmasının mümkün olmadığı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Öncelikle, yukarıda açıklandığı gibi, içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılması mümkün değildir. Bu çerçevede, boşluğun maddî hukuka ya da usûl hukukuna ait olması açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira, yaratılan kuralın niteliği dikkate alındığında bu ayrım gereksizdir. Bunun dışında medenî usûl hukukunun kendine özgü karakteri de içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılmasına imkân tanımaz. Zira, Anayasa'nın 142'nci maddesi gereğince medenî usûl hukuk dalına özgü kurallarda kanunîlik ilkesi benimsenmiştir. Kanunîlik ilkesi gereğince, usûl hukukuna ilişkin bir konuda düzenleme bulunmaması durumunda, benzer nitelikli diğer hükümlerin amacı da bu eksikliği gidermeye yetmiyorsa, kanun koyucunun bu konuyu bilinçli olarak düzenlemediği kabul edilir¹⁰⁷⁰. Diğer bir deyişle, kanun koyucunun öngörmediği bir husus, usûl hukukunda bilinçsiz bir boşluk olarak nitelendirilemez. Boşluğun olmadığı yerde ise ilk derece mahkemesi hâkimleri gibi yüksek derece mahkemesi hâkimlerinin de hukuk yaratabilmesi mümkün değildir.

Medenî usûl hukukuna ilişkin bir konuda içtihatların birleştirilmesi talebiyle yapılan başvuru üzerine, Yargıtay'ın içtihatları birleştirmekle görevli kurulunun, öncelikle uygulamada meydana gelen çelişkinin sebebini tespit etmesi; şayet çelişki lafzen uygulanabilecek bir kuralın eksikliğinden kaynaklanıyorsa, bu hâlde de kıyasen ya da amaca uygun sınırlandırma yolu ile uygulanabilecek bir hükmün mevcut olup olmadığını saptaması gerekir. Böyle bir hükmün bulunmaması hâlinde ise kanun koyucunun bu hususu düzenlemek istemediği kabul edilmeli, sorun mevcut kurallar çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Böylelikle, usûlî konularda Anayasa'ya aykırı olmasına rağmen hukuk yaratılması nedeni ile ortaya çıkan çelişki de sona erer. Zira, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, önüne gelen başvuruyu ya kıyasen ya da amaca uygun sınırlama ile uygulanacak bir hükme işaret ederek yahut aksiyle kanıt yöntemini uygulayarak çözüme kavuşturur. Bunun ötesine geçilerek hukuk yaratılması, Anayasa'nın düzenlediği kanunîlik ilkesine aykırıdır.

Yürürlükte bulunan usûlî normlarının yorumuna yönelik olarak ise içtihadı birleştirme kararı verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine, usûlî kuralların hukukî öngörülebilirlik açısından yüklendiği görev dikkate alındığında, bu kurallarda çelişkinin en aza indirilmesi ve böylelikle hak arayanların menfaatlerinin korunması garanti altına alınabilir, ki bu evleviyetle gereklidir.

¹⁰⁷⁰ Bkz. § 5, B, 3.

4. İctihadı Birleştirme Kararı Verilebilecek Durumlar

a. Çelişkili Kararın Varlığı

aa. Genel Olarak

Benzer uyuşmazlıklarda mahkemelerin benzer şekilde karar vermesi ve böylelikle hukukun uygulanmasında ÷lke genelinde birliğin sağlanması anayasal eşitlik ilkesinin bir gereęidir¹⁰⁷¹. Mahkeme kararlarının öngör÷lebilir olması, hukukî barış ve güvenliğin tesisine ve böylelikle hukuk devletine hizmet eder¹⁰⁷². Hukukun yeknesak biçimde uygulanabilmesi, ancak karar organlarının rastlantısal ve keyfi uygulamalarının ortadan kaldırılması ve içtihatların olabildiğince objektifleştirilmesi ile mümkün olabilir¹⁰⁷³.

Yargıtay Kanunu'nun Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevine ilişkin 15'inci maddesi ile Büyük Genel Kurulun görevine ilişkin 16'ncı maddesinde Yargıtay'ın daireleri veya genel kurulları arasında benzer uyuşmazlıklar bakımından farklı yönde verilen kararlar nedeni ile ortaya çıkan içtihat uyuşmazlıklarının giderilmesi ve içtihadı birleştirme kararı verilmesi düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla, içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için, hukuk ve ceza dairelerinin kendi arasında ya da hukuk ve ceza genel kurullarının daireler veya birbirileri ile arasında benzer konularda içtihat uyuşmazlığının bulunması gerekir¹⁰⁷⁴.

Yargıtay Kanunu'nun 15'inci ve 16'ncı maddelerinde düzenleme altına alınan husus Yargıtay daire ve/veya genel kurulları arasındaki içtihatların çelişkili olması hâlidir. Oysa, içtihadı birleştirme kararlarının birbiri ile çelişmesi hâlinde ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuda Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu verdiği eski tarihli bir kararda, içtihadı birleştirme kararlarının birbiri ile çelişemeyeceğini; önceki ile çeliştiği düşün÷len sonraki tarihli içtihadı birleştirme kararının mutlaka farklı bir ihtimâli konu

¹⁰⁷¹ **Fasching**, Lehrbuch, para. 50; **Jungmann**, s. 380; **Centel**, s. 361. "Genel olarak, hukukî müracaat yollarının varlığı ile takip edilen temel amaç ... hukukun geliştirilmesi de dahil olmak üzere içtihat bütünlüğünün ve böylelikle hukuk düzenindeki birliğin kurumsal olarak güvence altına alınmasıdır. Çünkü, eşit haklardan eşit olmayan şekilde bahsedilmesi hukuk düzeninin birliğini temelden tehdit eder." BVerfG, 11.06.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 291.

¹⁰⁷² **Fasching**, Lehrbuch, para. 50; **BeckOK GVG/Graf**, GVG § 132, para. 3.

¹⁰⁷³ **Fasching**, Lehrbuch, para. 50.

¹⁰⁷⁴ Yargıtay Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında çelişkili kararlar nedeni ile verilen içtihadı birleştirme kararlarının hukuk sistemimizde, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, çelişkinin henüz ortaya çıkmasından önce değil; aksine bu durumun ortaya çıkmasından sonra bir müdahale olarak öngör÷ldüğü anlaşılmaktadır. Bkz. **Pekcanıtez**, Yargıtay, s. 391.

aldığını, bu nedenle kararların yorumunun gerektiğini savunmuştur¹⁰⁷⁵. Öğretide ise böyle bir durumda ancak içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesinin gündeme gelebileceği; yoksa çelişkili kararlar nedeni ile içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulamayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷⁶.

Benzer şekilde, öğretide Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir içtihadı birleştirme kararının, Ceza Genel Kurulu ya da ceza dairelerinin kararları ile ya da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir içtihadı birleştirme kararının Hukuk Genel Kurulu veya hukuk dairelerinin kararları ile çelişmesi hâlinde içtihatların birleştirilmesi gerektiği ve bu durumda görevli kurulun Büyük Genel Kurul olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁷⁷. Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesinin beşinci fıkrasının lafzı dikkate alındığında, içtihadı birleştirme kararlarının hangi kurul tarafından verildiğine bakılmaksızın bütün genel kurulları, daireleri ve adliye mahkemelerini bağlayıcı kabul edildiğinden, bu şekilde bir çelişkinin ortaya çıkabilmesi en azından lafzen mümkün değildir. Ancak, daha sonra açıklanacağı gibi¹⁰⁷⁸, hukuk ya da ceza genel kurulu tarafından verilen içtihadı birleştirme kararlarının diğer genel kurulu ve onunla bağlantılı daire ve mahkemeleri bağlamaması gerektiğinden, böyle bir çelişki hâlinde de büyük genel kurulun karar vermesi yerinde olur.

ab. Çelişkinin Tespiti

Türk hukukunda incelemeye konu kararlar arasında herhangi bir çelişkinin bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığının ön sorun olarak incelenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yapılan incelemeler sonucunda, başvuruya konu içtihatlar hakkında çelişki bulunmadığına kanaat getirilirse içtihadı birleştirmeye karar verilmesine de gerek yoktur¹⁰⁷⁹. Ancak, uygulamada sıklıkla çelişki bulunmasına karşın içtihadı birleştirme kararına gerek olmadığı yönünde kararlar verilmektedir¹⁰⁸⁰. Bu bağlamda, hangi hâllerde çelişkinin mevcut olduğunu tespiti önemlidir.

¹⁰⁷⁵ Bkz. **Postacıoğlu**, Usûl, s. 109-110.

¹⁰⁷⁶ **Kuru**, C. V, s.4946. Ancak aynı yazar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu tarafından verilen içtihadı birleştirme kararının birbiriyle çeliştiği hâllerde Büyük Genel Kurul tarafından içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. **Kuru**, C. V, s. 4949.

¹⁰⁷⁷ **Kuru**, C. V, s. 4949.

¹⁰⁷⁸ Ayrıca bkz. § 7, C, 4, a, aa.

¹⁰⁷⁹ **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 22; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 13.

¹⁰⁸⁰ Örneğin bkz. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 27.12.2018 T. ve 395 sayılı kararı. Başvuru ve karara ulaşmak için bkz. <http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/basit-yargilama-140-5-basvuru-sonucu>, s.e.t. 24.06.2020.

Çelişkinin varlığının kabulü için, öncelikle Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiş en az iki farklı kararın bulunması şarttır. Henüz kesinlik kazanmamış bir kararın içtihadı birleştirmeye konu olması mümkün değildir. Bu noktada maddî anlamda kesin hükmün etkilerinin ortadan kalkmasına yol açan unsurların da dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi yolu ile kaldırılan bir kararın çelişki yarattığından bahisle içtihadı birleştirme yoluna gidilemez¹⁰⁸¹.

Bunun dışında ise kararlar arasındaki çelişki konu bakımından yapılacak incelemeye göre belirlenebilir. Hukuk kuralının yorumlanmasında farklılığın bulunması ya da farklı kanun hükümlerinde yer alan ve fakat aynı hukukî ilkeye dayalı benzer düzenlemelerin farklı şekilde değerlendirilmesi¹⁰⁸² hâlinde çelişkiden bahsedilebilir¹⁰⁸³. Çelişki için, kararların hukukî sebebinin benzerliği gerekmektedir; buna karşın maddî vakılarda benzerlik olmasına ise gerek yoktur¹⁰⁸⁴. Zira, içtihadı birleştirme kararları bir kanun yolu aşaması olmayıp, hukukî sebebin nitelendirilmesi bakımından genel bir ilke oluşturmak amacına hizmet ederler¹⁰⁸⁵. Yine, Yargıtay (ve Danıştay) tarafından, ilk derece mahkemesi gibi görev yaptığı konular dışında, vakia denetimi değil; aksine hukukîlik incelemesi gerçekleştirilmektedir¹⁰⁸⁶. Ancak Danıştay içtihatların birleştirilmesi bakımından sadece hukukî sebebin benzerliğini yeterli görmemekte; aksine maddî vakıalar bakımından da benzer bir olayın varlığını aramaktadır¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸¹ Kuru, C. V; s. 4946, dn. 12; Çoşkun, s. 104.

¹⁰⁸² Bu çerçevede, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nca, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte yapılmış bir sözleşmeye dayanan ve fakat bu Kanun'un yürürlüğünden sonra gerçekleşen tahkim yargılamasında verilen kararlar aleyhine iptal mi yoksa temyiz yoluna mı başvurulacağına ilişkin meselede, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 18.10.2006 tarih ve 2006/609 esas, 2006/656 karar ve 18.07.2007 tarih ve 2007/444 esas, 2007/554 karar sayılı kararın, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki iptal yoluna ilişkin hükmün zaman bakımından uygulanmasına yönelik olduğu gerekçesi ile başvuruya konu diğer kararlardan farklı bir konuda olduğu ve bu nedenle içtihatların birleştirilmesine ilişkin toplantının Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılması gerektiği yönündeki görüşü, kanaatimizce, isabetli değildir. Bkz. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 13.03.2018 tarih ve 88 sayılı kararı.

¹⁰⁸³ Zöller/Lückemann, § 132 GVG, para. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 132 GVG, para. 5; MüKoZPO/Zimmermann, GVG § 132, para. 7. Aynı yönde bkz. GemSOGB, 06.02.1973, GmS-OGB 1/72, BGHZ, 60, 392; BGH, 30.03.1953, GSZ 1 3/53, BGHZ 9, 180. Özkes ise hukuk kurallarının farklı şekillerde yorumlanabileceğini, yorum farklılıklarının birbiri ile çelişmediği ve hukukun sınırları içinde kabul edilebilir yorum ve uygulama farklılığı olarak değerlendirilebileceği durumlarda içtihat aykırılığından değil içtihat farklılığından bahsedileceğini, bunların ise hukukun gelişimi bakımından önemli olduğunu dile getirmiştir. Bkz. Özkes, İctihat Aykırılığının Giderilmesi, s. 146.

¹⁰⁸⁴ Duran, İctihatları Birleştirme, s. 421-423; Bilge, Armağan, s. 278-279; Çoşkun, s. 104. Benzer şekilde bkz. Kuru, C. V, s. 4946.

¹⁰⁸⁵ Duran, İctihatları Birleştirme, s. 423; Bilge, Armağan, s. 278.

¹⁰⁸⁶ Bilge, Armağan, s. 278; Çoşkun, s. 104.

¹⁰⁸⁷ “İctihadın birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için öncelikle birleştirme istemine konu kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. 2575 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmünde, kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzluğun ne olduğu açıklanmamış olmakla beraber, bu durumdan söz edebilmek için, kararlara esas alınan maddi olgu ve hukuki dayanaklarda ayniyet olmasına karşın, uyumsuzluğa uygulanan hukuk kuralının değişik yorumu nedeniyle birbirine aykırı karar

Bu noktada, çelişkinin tespiti açısından uyumsuzluğun dayandığı hukukî sebebin aynı olması ve farklı şekilde yorumlanması gerekmekte ise de kanaatimizce, çelişkili olduğu iddia edilen iki karar arasında gerçek bir benzerliğin bulunup bulunmadığı ancak bu iki kararın bütün unsurları itibari ile benzer olduğunun tespitine bağlıdır. Eğer, söz konusu kararlarda çelişkinin meydana gelmesi, hukukî sebebin dayandırıldığı somut olayda farklılaşan bir unsurdan kaynaklanıyorsa, o hâlde gerçek manada bir çelişkinin varlığından da bahsedilemez. Dolayısıyla, maddî vakıaların incelenmesi çelişkinin tespiti bakımından önem arz eder. Burada, istinaf kanun yolunda olduğu gibi bir vakıa denetimi yapılamaz; yalnızca uyumsuzluk konusu iki olay arasındaki benzerliğin ve böylece çelişkinin tespiti edilmesi ile yetinilir.

Alman hukukunda ayrıca, içtihatların birleştirilmesi talebinin kabul edilmesi için bahsi geçen çelişkinin ilgili uyumsuzlukların çözümü bakımından etkili olması gerektiği kabul edilmiştir. Şayet, çelişki sadece karara etkili olmayan gerekçede (*obiter dicta*) bulunmakta ise bu hâlde başvuru da kabul edilmemektedir¹⁰⁸⁸. Bu kararlara karşı herhangi bir kanun yolu imkânı da bulunmamaktadır¹⁰⁸⁹.

İçtihadı birleştirme genel kurulları ayrıca, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken hususlarda, olaydan olaya farklı durumların ve kararların ortaya çıkabileceğinden, içtihadı birleştirme kararı verilerek konunun genel geçer şekilde ve bağlayıcı biçimde çözüme kavuşturulamayacağı; böyle hâllerde hâkimlere takdir hakkı tanınması gerektiği gerekçesi ile içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar vermektedir¹⁰⁹⁰.

verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir.” DİBK, 12.12.2018 T., 2013/2 E., 2018/2 K., RG, 25.07.2019, S. 30842. “İçtihatların birleştirilmesi talebiyle yapılan başvuruya ait dilekçede sözü edilen iki karar arasında, içtihatların birleştirilmesini gerektirecek nitelikte aykırılığın bulunduğu söz edilebilmesi için, bu iki kararla çözüme kavuşturulan uyumsuzlukların kaynaklandıkları maddi olaylar arasında benzerlik ve uyumsuzluğun çözümünde uygulanan hukuk kurallarında da aynıyet bulunması gerekmektedir.”, DİBK, 02.07.2012 T., 2009/1 E., 2012/2 K., RG, 26.02.2013, S. 28571. Tuncay bu uygulamanın, özellikle Danıştay Kanunu’nda yer alan “lüzum görülürse” ifadesinin haklı bir sonucu olduğunu ileri sürmekte ve genel olarak Anayasa’ya aykırı olduğunu düşündüğü bu kuruma ne derece az başvurulursa o kadar iyi olacağından bahisle uygulamayı desteklemekte ve Yargıtay’ın da bu yönde hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Tuncay, s. 260. Bu görüşün pozitif düzenlemeye aykırı olduğu yönünde bkz. Bilge, Armağan, s. 279. Bu şekilde bir uygulamanın içtihadı birleştirme kararlarından beklenen amacı gerçekleştiremeyeceği yönünde bkz. Duran, İçtihatları Birleştirme, s. 421.

¹⁰⁸⁸ Zöller/Lückemann, § 132 GVG, para. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 132 GVG, para. 5; Prütting/Gehrlein/Effer-Uhe, § 138, para. 1. Bkz. BGH, 17.03.2003, XII ZB 2/03, NJW 2003, 1588.

¹⁰⁸⁹ Prütting/Gehrlein/Effer-Uhe, § 138, para. 2.

¹⁰⁹⁰ Örneğin bkz. “İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sonucunda, işçilik alacaklarının çok değişik tür ve nitelikte uyumsuzluk olarak mahkemeler önüne gelebileceği, aynı tür ve nitelikteki işçilik alacaklarında dahi her defasında alacağın belirli veya belirsiz olmasından söz edilmesinin mümkün olmadığı, her bir somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği, alacağın türü itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadı birleştirmenin, içtihadı birleştirme kararlarının

Alman hukukunda, şayet karar mercii o hukuk alanı bakımından tek yetkili mercii hâline gelmişse, bu durumda önceden görevli olan daire ile arasındaki içtihat uyumsuzluğu nedeni ile içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁹¹. Türk hukuku açısından benzer bir durum düşünülebilir. Zira, içtihadı birleştirme kararlarının geçmişe etkili olmaması nedeniyle geçmişteki çelişkinin giderilmesi zaten mümkün değildir; bundan sonra karar vermeye yetkili tek merciin bulunacak olması ise çelişkinin gündeme gelmeyeceği anlamını taşır.

1975 tarihli İctihadı Birleştirme Görüşmelerine ve Kararların Yazılmasına İlişkin İlke Kararı'na¹⁰⁹² göre, içtihadı birleştirme genel kurulunun “kararlar arasında aykırılık olup olmadığı veya sair nedenlerle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunup bulunmadığı” hususunun ön sorun olarak inceleneceği belirtilmiş; “sair nedenler”in ise hukukî yarar olarak anlaşılması gerektiği öğretide dile getirilmiştir¹⁰⁹³. Esasen, ilgili dairenin o konu hakkında karar verecek tek yetkili makam hâline gelmesi durumunda, çelişki bundan sonra gündeme gelmeyeceği için, içtihadı birleştirme kararı verilmesinde hukukî yarar da bulunmamaktadır. Ancak, önemle belirtilmelidir ki, tek başına yetkili hâle gelen merciin sonradan içtihadını değiştirmesinin söz konusu olduğu durumlarda, aynı dairenin kararları arasında ortaya çıkan çelişki nedeni ile içtihatların birleştirilmesi istenebilir¹⁰⁹⁴ (Bkz. Yarg. K. m. 15/1, 2, c).

soyut, genel ve her defasında geçerli normatif yapıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına, 15.12.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verilmiştir.”, YİBBGK, 15.12.2107 T., 2016/6 E., 2017/5 K.; “Objektif iyiniyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin içtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine yer olmadığına, yenilenen sözleşmelerin geçerli olup olmadığı konusunda tartışma açılması bir kısım üyeler tarafından istenmiş ise de içtihadı birleştirmeye dayanak alınan kararlar arasında bu bakımdan aykırılık olmadığından bu hususun görüşülmesine mahal bulunmadığına oyçokluğu ile karar verildi.”, YİBHKG, 03.11.1980 T., 1980/3 E., 1980/2 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹⁰⁹¹ BGH, 09.11.2010, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, NJW 2011, 240; BGH, 24.06.1958, VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16.

¹⁰⁹² RG, 13.07.1975, S. 15294. Yargıtay Kanunu'nun 17'nci maddesinde Başkanlar Kurulu'nun görevleri arasında içtihadı birleştirme kararlarının görüşülmesine ilişkin ilke kararları almak da sayılmıştır (bkz. Yarg. K. m. 17/1, 1, c). Ancak, halihazırda yürürlükte bulunan İlke Kararları, 1730 sayılı Yargıtay Kanunu döneminde alınmış kararlardır.

¹⁰⁹³ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 23.

¹⁰⁹⁴ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarihli kararı ile 22'nci Hukuk Dairesi'nin 02.09.2020 tarihinde kapatılması ve bu daire tarafından görülmekte olan davaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesi kabul edilmiştir (bkz. RG, 08.07.2020, S. 31179). Bu kararın verilmesinden önceki süreçte, özellikle belirsiz alacak davaları bakımından Yargıtay'ın 9'uncu ve 22'nci Hukuk Dairesi kararları arasında çelişkiler bulunmaktaydı. Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılarak bu Daire'nin görev alanına giren uyuşmazlıkların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devri, işçilik alacakları bakımından belirsiz alacak davaları konusunda 9'uncu Hukuk Dairesi'ni tek başına yetkili hâle getirmektedir. Bu durumda, işçilik alacakları bakımından bundan sonra tek yetkili mercii 9'uncu Hukuk Dairesi olacağından farklı dairelerin kararları arasındaki çelişki kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır. Ancak, bu noktada Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi kendi önceki kararından dönerek 22'inci Hukuk Dairesi'nin görüşünü benimsediğini açıkladığından bu hâlde de 9'uncu Hukuk Dairesi'nin önceki ve sonraki içtihatları arasında çelişki gündeme gelmiştir. Kural

Benzer bir çözüm dairelerden birinin diğerinin kararını benimsemesi nedeni ile çelişkinin ortadan kalktığı durum için de düşünülebilir. Karşılaştırmalı hukuk açısından daha önce belirtildiği gibi, önceki daire ya da genel kurul kararından farklı şekilde verilen bir karar nedeni ile çelişkinin ortaya çıkması hâlinde, ilgili dairenin artık diğer görüşü benimsediğini belirtmesi hâlinde içtihatların birleştirilmesi yoluna gerek kalmaz¹⁰⁹⁵. Türk hukuk sistemi açısından da benzer şekilde kararların verildiği ve kararları arasında çelişki bulunan mercilerden birinin diğerinin görüşünü benimsemesi hâlinde içtihatların birleştirilmesine gerek görülmediği gözlemlenmektedir¹⁰⁹⁶. Ancak, bu durumda her ne kadar iki farklı karar mercii arasında çelişki bulunmasa da aynı merciin önceki ve sonraki kararları arasında çelişki doğacağından hukukî öngörülebilirlik zedelenebilir. Bu husus Yargıtay Kanunu'nda ayrıca içtihadı birleştirme kararı verilmesini gerektiren bir hâl olarak da düzenlendiğinden (Yarg. K. m. 15/1, 2, c), Kanun gereğince içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekir.

Nihayet, çelişkili kararların verilmesine yol açan hukukî mesele hakkında kanunî bir çözümün benimsenmiş olması durumunda artık o konuda içtihadı birleştirme kararı verilmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır. Zira, çelişkiye sebebiyet veren hukukî kuralın değiştirilmesi durumunda, artık kanun koyucunun öngördüğü yeni kural uygulama alanı bulur¹⁰⁹⁷.

ac. Çelişkili Kararlar Bakımından Yerleşik Olma Meselesi

Yukarıda açıklanan hususlar dışında Yargıtay, içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için ön koşul olarak çelişkili bulunan kararların yerleşik hâle gelmiş olması gerektiğini kabul etmektedir¹⁰⁹⁸. İchtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için birbiri ile çelişen kararların yerleşik

olarak böyle bir hâlde içtihatların birleştirilmesi için Hukuk Genel Kurulu'na başvurulması gerekmekte ise de 9'uncu Hukuk Dairesi bu yola başvurmaksızın görüşünden döndüğünü açıklamıştır. (Bkz. Y9HD, 14.09.2020 T., 2016/26476 E., 2020/7547 K., www.lexpera.com, s.e.t., 06.10.2020. Bu hususta ayrıca bkz. § 7, C, 4, b.

¹⁰⁹⁵ Bkz. § 7, B, 1; § 7, B, 2.

¹⁰⁹⁶ Bu çerçevede, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin Yargıtay 3 ve 4'üncü Hukuk Dairesi'nin yerleşik kararlarından saparak verdiği bir karar nedeni ile yapılan içtihatların birleştirilmesi talebi, 9'uncu Hukuk Dairesi Başkanı'nın 3 ve 4'üncü Daire'nin görüşünü benimsediklerini açıklaması üzerine reddedilmiştir. Bkz. YİBHKG, 05.06.1987 T., 1986/7 E., 1987/6 K., www.legalbank.net, 23.06.2019.

¹⁰⁹⁷ “İçtihat aykırılığı kendiliğinden ortadan kalkmış ise (yeni bir kanun hükmünün konuyu açıkça düzenlemesi veya aykırı hükümlerden birinin yargılamanın iadesi yoluyla ortadan kalkması gibi) ortada bir içtihat uyumsuzluğu kalmadığından bu halde içtihatların birleştirilmesin yer olmadığına karar verilebilmelidir.”, YİBBGK, 29.11.2019 T., 2018/5 E., 2019/6 K., RG, 30.06.2020, S. 31171.

¹⁰⁹⁸ Örneğin, toplu iş sözleşmesindeki asgari ücret değişikliğine ilişkin içtihatların birleştirilmesine yönelik olarak yapılan başvuru üzerine Yargıtay İchtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, “...İçtihadı birleştirme konusunda kararlar arasında aykırılık bulunduğu açıktır. Ancak Dokuzuncu hukuk dairesinin görüşünün daire uygulamasında kararlılık kazandığı, aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu'nun 2.4.1986 gün 802/329 sayılı kararının tek bir karardan ibaret bulunduğu yapılan inceleme ve

olmasının aranması konusunda öğretide farklı görüşler dile getirilmektedir¹⁰⁹⁹. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, içtihatlar münferit ve yerleşik içtihat olarak iki grupta değerlendirilmekte, ancak münferit içtihatların normatif gücünün zayıf olduğu kabul edilmektedir. Yalnızca, yerleşik içtihatlar bakımından bağlayıcılık söz konusu olduğundan hem münferit içtihatların kendi aralarında hem de münferit içtihatlarla yerleşik içtihatlar arasında herhangi bir çelişkinin meydana gelemeyeceği ifade edilmiş ve bu noktada içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı kabul edilmiştir¹¹⁰⁰.

Öğretide haklı olarak ifade edilen diğer görüşe göre ise içtihadı birleştirme kararlarının düzenlenme amacı dikkate alındığında, çelişkili kararların mevcudiyeti bakımından içtihatların yerleşik hâl almasına gerek olmamalıdır¹¹⁰¹.

Kanaatimizce bu durumda, içtihadı birleştirme kararı verilmesi için kanunda öngörülen iki durumun birbiri ile karıştırılması söz konusudur. Zaten ne kanunda ne de içtihatların birleştirilmesine ilişkin Yargıtay ilke kararında çelişkili içtihatlarla ilişkin içtihatların birleştirilmesi bakımından yerleşiklik şartı aranmış, aksine yalnızca içtihatların birbiriyle çelişiyor olması yeterli görülmüştür. Çelişkili kararlar bakımından içtihatların birleştirilmesi için içtihadın ne zaman “yerleşik hâl” alacağı belirsiz bir kavramdır. Anayasal temel hak ve özgürlüklerin ihlâli bakımından ne iç ne de uluslararası hukukta ihlâlin müteaddit şekilde gerçekleşmesi şartı aranmamakta; aksine bir kez ihlâlin gerçekleşmiş olması yeterli görülmektedir. Benzer durumda bulunanlara benzer şekilde muamele ilkesinin gereği olarak benzer hukukî uyumsuzluklar bakımından farklı hukukî sonuçlara varılması durumunda içtihatların birleştirilebilmesi için bu farklı uygulamaların birden çok kez tekrarlanmasını

araştırmalardan anlaşılmıştır. Hal böyle olunca yerleşmiş ve kararlılık kazanmış uygulama karşısında aksi yöndeki bir karar dolayısıyla içtihadı birleştirme yoluna gidilmesinde hukukî yarar olmadığı sonucuna varılmıştır” denilerek içtihatların birleştirilmesi talebi reddedilmiştir. Bkz. YİBBGK, 27.11.1987 T., 1987/1 E., 1987/7 K., www.legalbank.net, s.e.t. 25.10.2019. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra taraf dilekçelerinde yer alan “sair deliller” ifadesine dayanılarak yemin deliline başvurulup başvurulamayacağı hakkındaki içtihadı birleştirme kararında, konuya ilişkin bazı dairelerin münferit kararlarının bulunduğu ve konunun “yerleşik hâl” almadığı ileri sürülerek 1975 tarihli İlke Kararı nedeni ile içtihadı birleştirme kararına gerek olmadığı yönünde görüş belirtilmiş; buna karşın konuya ilişkin başvuru dilekçesinde gösterilenden daha fazla içtihat bulunduğundan dairelerin “kararlı ve sürekli” bir uygulamasının kabulü gerektiğine ve içtihatların birleştirilmesi karar verilmiştir. Bahsi geçen ilke kararında içtihatların birleştirilmesi gerekip gerekmediğinin ön sorun olarak incelenmesi gerektiği düzenlenmiş ve fakat yerleşik hâl alma bakımından herhangi bir şart öngörülmemiştir. Bkz. YİBHKG, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K., RG, 29.06.2018, S. 30463.

¹⁰⁹⁹ Bkz. **Bilge**, Armağan, s. 276; **Kayhan**, s. 350-351; **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 22; **Yılmaz**, İctihadı Birleştirme, s. 14; **Pekcanıtez**, Yargıtay, s. 391, dn. 19.

¹¹⁰⁰ **Kayhan**, s. 350-351.

¹¹⁰¹ **Bilge**, Armağan, s. 276; **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 22; **Yılmaz**, İctihadı Birleştirme, s. 14; **Pekcanıtez**, Yargıtay, s. 391, dn. 19. Danıştay içtihadı birleştirme kararları bakımından aynı yönde bkz. **Duran**, İctihatları Birleştirme, s. 431.

aramanın hukukî bir gerekçesi bulunmamakta; aksine bu tutum mahkemelere olan güvenin zedelenmesine yol açmaktadır.

Yakın tarihte Yargıtay Birinci Başkanlığı tarafından bu yönde verilen karar¹¹⁰² ilgi çekicidir. Yargıtay dairelerinin ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararları arasında çelişki bulunduğundan bahisle içtihatların birleştirilmesi talebi ile yapılan başvurunun konusu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun basit yargılama usûlünde ön incelemeyi düzenleyen 320'nci maddesi ile yazılı yargılama usûlünde ön incelemeyi düzenleyen 140'ıncı maddesi arasındaki farklılığın ne şekilde yorumlanacağına yöneliktir. Hukuk Genel Kurulu verdiği kararda, dilekçede gösterilmesine karşın mahkemeye sunulmamış belgelerin ön inceleme aşamasında süre verilerek ibrazının mümkün olmadığına karar vermiş¹¹⁰³; 3'üncü¹¹⁰⁴, 8'inci¹¹⁰⁵ ve 9'uncu¹¹⁰⁶ Hukuk Daireleri ise bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 140'ıncı maddesinin beşinci fıkrası gereğince iki haftalık süre verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁰⁷. Esasen bu konuda, Yargıtay Birinci Başkanlığı'nın bahsi geçen kararında yer almamakla birlikte farklı dairelerce verilmiş başka kararlar da bulunmaktadır¹¹⁰⁸. Dolayısıyla söz konusu olayda Yargıtay Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu kararları arasında çelişkinin varlığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamasına karşın Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, başvuru konusuna ilişkin olarak çelişkili olmakla birlikte yerleşik olmayan Yargıtay kararlarının bulunduğu ve bu nedenle içtihadı birleştirme kararı verilmesine gerek olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu noktada önem arz eden husus ise pek çok karar bulunmasına karşın içtihadı birleştirme kararı verilmesine gerek görülmeyen bu konuda, bu karardan sonra da verilmiş farklı kararlar

¹¹⁰² Bkz. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 27.12.2018 T. ve 395 sayılı kararı. Başvuru ve karara ulaşmak için bkz. <http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/basit-yargilama-140-5-basvuru-sonucu>, s.e.t. 24.06.2020.

¹¹⁰³ YHGK, 22.03.2017 T., 2015/881 E., 2017/518 K., www.kararara.com, s.e.t. 24.06.2020.

¹¹⁰⁴ Y3HD, 17.10.2017 T., 2017/5440 E., 2017/14047 K., www.lexpera.com, s.e.t. 24.06.2020. Yargıtay Birinci Başkanlığı'nın söz konusu kararına konu edilmeyen ancak aynı yönde başka bir karar için bkz. Y3HD, 23.10.2018 T.2018/3797 E., 2018/10431 K., www.lexpera.com, s.e.t. 24.06.2020.

¹¹⁰⁵ Y8HD, 19.12.2017 T., 2015/12321 E., 2017/17138 K.; Y8HD, 28.11.2017 T., 2015/12229 E., 2017/15799 K.; Y8HD, 27.03.2017 T., 2015/5381 E., 2017/4426 K., www.lexpera.com, s.e.t. 24.06.2020.

¹¹⁰⁶ Y9HD, 13.01.2016 T., 2014/27399 E., 2016/668 K., www.lexpera.com, s.e.t. 25.06.2020.

¹¹⁰⁷ Bu konuda öğretide genel olarak, Kanun'da basit yargılamaya tâbi yargılamalarda ön inceleme aşamasında belge ibrazı için taraflara süre tanınmasına yönelik bir düzenleme öngörülmediği (**Tanrıver**, Usûl, s. 1064; **Bolayır**, **Nur**, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, 2014, s. 245; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2098-2099) bu nedenle tarafların dilekçeleri ile birlikte belgeleri mahkemeye sunmamış ya da başka yerden getirilecek belgeleri göstermemişlerse o delile dayanmaktan vazgeçtiklerini kabul etmek gerektiği (**Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2099) ifade edilmektedir.

¹¹⁰⁸ Örneğin bkz. Y18HD, 02.06.2016 T., 2016/9033 E., 2016/8926 K.; Y2HD, 02.04.2018 T., 2016/15185 E., 2018/4303 K., www.lexpera.com, s.e.t. 24.06.2020.

bulunmasıdır¹¹⁰⁹. Diğer bir ifade ile, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun aksi yöndeki görüşüne rağmen söz konusu hükümlerin uygulanmasında çelişki hâlen devam etmektedir.

Öte yandan, çelişkinin yerleşik içtihatlar arasında bulunması hâlinde içtihadı birleştirme kararı verilebileceğinin kabulü, daha az uygulaması bulunan kurumlar bakımından çelişkili kararların da doğrudan kabul edilmesi gibi bir sonuç doğurur. Bu ise sadece daha az uygulama alanı bulunan bir konuda farklı şekilde kararların verildiği yargılamaların tarafları arasında değil; aynı zamanda tanınan hakların eşit olmaması nedeni ile bu kişilerle daha yaygın uyumsuzluk (örneğin kıdem tazminatı) tarafları arasında da bir eşitsizliğe yol açar.

Yukarıda açıklandığı üzere¹¹¹⁰, Yargıtay'ın daire ya da genel kurulları tarafından bir görüşün benimsenmiş olması için mutlaka bu görüşün birden çok kararda savunulmuş olması aranmaz. Zira kararın benimsenmişliği her zaman yerleşik olmasını gerektirmez. Yerleşiklikten farklı olarak benimsenmişlik, karar merciinin ileride önüne gelecek aynı konuya yönelik olaylarda da benzer şekilde karar vereceği tespitini barındırır. Dolayısıyla, Yargıtay kararları arasındaki çelişkinin saptanmasında, ilgili görüşlerin benimsenmiş olup olmadığı sorgulanabilir; yoksa yerleşik olması değil. Bir kararın benimsenmiş olup olmadığı ise ancak bu dairenin/genel kurulun bu konuda görüşüne başvurularak anlaşılabilir. Yargıtay'ın da aralarında çelişki bulunduğu iddia edilen içtihadı birleştirmeye konu kararlarda ilke niteliğinde esasların benimsenmediği ve bu nedenle içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı yönünde kararları bulunmaktadır¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Örneğin dilekçeye eklenen fakat mahkemeye sunulmayan belgeler için taraflara iki haftalık kesin süre verilmesi gerektiği yönünde bkz. Y2HD, 11.02.2019 T., 2018/7690 E., 2019/805 K., Y8HD, 10.12.2019 T., 2016/18304 E., 2019/11169 K.; buna karşın basit yargılama usûlünün özelliği dikkate alındığında, tarafların dilekçede gösterdikleri belgeleri mutlaka dilekçeye eklemeleri ya da başka yerden getirtilecek belgeleri de göstermeleri gerektiği yönünde bkz. "...taraflar dilekçeleriyle birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakının delili olduğunu da belirterek bildirmek, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de, bunların bulunabilmesini sağlayacak bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar. Dilekçe sayısı, bu usulde görülecek işlerin basit olması ve kısa sürede karara bağlanmasını sağlamak amacıyla sınırlandırıldığından, birer defa dilekçe vermek durumunda olan tarafların daha dikkatli davranmaları gerekmektedir.", YHGK, 08.10.2019 T., 2017/1921 E., 2019/1000 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 25.06.2020.

¹¹¹⁰ Bkz. § 6, A.

¹¹¹¹ Örneğin, davada iradî temsil konusunda avukatla yapılan ücret sözleşmesinin ardından müvekkilin vekaletname vermemek yoluyla davada temsili engellemesi hâlinde yine de avukatın ücrete hak kazanıp kazanmadığına ilişkin 3'üncü ve 4'üncü Hukuk Dairelerinin farklı kararları nedeni ile yapılan başvuru üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ilke niteliğinde bir esas benimsenmediği için çelişkinin de bulunmadığını ve kararların yerleşik hâle gelmediğini ileri sürerek içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Kararın karşı oy yazısında ise esasen müzakereler sırasında içtihatların birbiri ile çeliştiği ileri sürülmesine karşın karar gerekçesine göre değil dairelerin sözlü beyanlarına göre karar verildiği ileri sürülmüş ve içtihatların birleştirilmesi bakımından hukukun statik hâle getirilmesi endişesi ile birleştirme talebinin reddedildiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, içtihatların birleştirilmesi bakımından çelişkinin bulunması yeterli olup çelişkili kararların yerleşik hâle gelmiş olmasının ayrıca

Hukuk kuralına yönelik uygulama yerleşik hâle gelmeden, daha başlangıçta kuralın içtihadı birleştirme kararı ile bağlayıcı şekilde yorumlanması hukukun statik hâle sokulması endişesi ile karşılaşır. Zira, uygulama alanı az olan ya da henüz yeni uygulamaya girmiş bir kuralda, sorunun bağlayıcı şekilde içtihadı birleştirme kararı ile çözüme kavuşturulması hukukun gelişimini engelleyebilir. Başka bir karar mercii tarafından verilen kararın gerekçesinin daha tatmin edici olması hâlinde, önceki kararı veren makamın da görüşünü bu yönde değiştirebilmesi mümkün olmalıdır. Ancak içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin Yargıtay Kanunu'nun düzenlemeleri dikkate alındığında bir dairenin kararları arasında çelişkinin bulunması da içtihatların birleştirilmesini gerektirdiğinden (Yarg. K. m. 15/1, 2, c), bu yolun aşılması mümkün değildir. Burada, kanun koyucunun hukukun gelişimine kıyasla benzer uyuşmazlıkların tarafı olan bireyler arasında eşitliğin korunmasına ve hukukî güvenliğin tesisine öncelik tanımıştır. Aksi durumda, karar mercilerinin görüşleri yerleşik hâle gelinceye kadar, kuralın uygulanması açısından ortaya çıkan belirsizlik bireylerin davranış tarzını da etkiler ve kamu düzeninin bozulmasına neden olur¹¹¹². Mevcut hukuk sistemimiz açısından, hukukun gelişimi ancak çelişkili kararlar nedeni ile verilen içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ile mümkündür.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan hususlar, yalnızca, Yargıtay kararları arasındaki çelişkinin saptanabildiği durumlarda geçerlidir. Oysa Türk hukuk sistemi açısından Yargıtay'ın verdiği tüm kararlar yayımlanmadığından, kararlar arasındaki çelişkinin tespiti de çoğu zaman mümkün olmamaktadır¹¹¹³.

b. Yerleşik İçtihattan Dönülmesi

Yargıtay Kanunu'nda içtihadı birleştirme kararı verilmesi gereken hâllerden biri olarak, Yargıtay dairelerinden birinin bir hukukî mesele hakkındaki yerleşik içtihadından dönmek istemesi sayılmıştır (Yarg. K. m. 15/1, 2, c). İçtihatların birleştirilmesini gerektiren bu hâl, aslında henüz çelişkinin ortaya çıkmasından önce değişikliğin bir üst kurul tarafından onaylanması ile gerçekleştiğinden, önleyici bir yöntem olarak kabul edilebilir. Kuralın yorumu

aranması ise kanuna aykırıdır. Bkz. YİBHKG, 12.12.1986 T., 1986/1 E., 1986/3 K., www.legalbank.net, 25.10.2019.

¹¹¹² “Bununla birlikte birden fazla içtihadın varlığı bireyin hukuk kurallarının temel bir özelliği olan davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşmışsa kamu düzeninin bozulduğundan söz edilebilir. Bu durumda bireylerin davranışlarını hangi içtihada göre yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkar (Ford Motor Company, § 59).”, AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

¹¹¹³ Mahkeme kararlarının yayımlanmasının çelişkili kararların ortaya çıkmasını engelleyeceği yönünde bkz. v. Ungern-Sternberg, s. 54-55; BK ZGB/Emmenegger/Tschentscher, Art. 1, para. 502.

ve uygulanışı bakımından ortaya çıkan farklılığın alelade bir şekilde bir kararla değiştirilmesinin yeterli görülmeyp; bunun bir kurul tarafından onaylanması gerektiğinin kabulü, hukukî güvenlik ve istikrar bakımından yerindedir. Oysa, uygulamada kimi zaman yerleşik içtihattan dönüldüğü, önceki kararlardan farklı olarak verilen karar metninin içinde dile getirilmekte¹¹¹⁴, hatta bazen, bu bile yapılmaksızın içtihat değişikliğine gidilmekte¹¹¹⁵; Yargıtay Kanunu ile açıkça öngörülen düzenleme dikkate alınmamaktadır. Bu durum sürpriz karar verme

¹¹¹⁴ Örneğin bkz. “*Dairemiz, takibe dayanak olan bonoya ilişkin ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin bulunduğu yerin yargı çevresindeki icra dairesinde takip yapılmasını engeller bir hüküm bulunmadığı ve bu yerde takip yapılabileceği görüşünde iken, HGK’nun 15.01.2014 tarih ve 2013/12-476 Esas - 2014/5 Karar sayılı kararı doğrultusunda Dairemizce içtihat değişikliğine gidilerek İİK’nun 261. maddesinin ihtiyati haciz kararının infaz edilmesi gereken yeri belirlediği, icra takibi yönünden icra dairesinin yetkisinin anılan maddede belirlenmediği, yetki konusunda İİK’nun 50. maddesi atfı ile HMK’nun genel yetki kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki görüş benimsenmiştir.*”, Y12HD, 16.03.2015 T., 2014/31896 E., 2015/5993 K. Benzer şekilde bkz. Y12HD, 15.11.2011 T., 2011/20524 E., 2011/22102 K.; Y12HD, 07.06.2011 T., 2011/12987 E., 2011/11944 K., www.lexpera.com, s.e.t. 28.05.2020.

¹¹¹⁵ Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi Avukatlık Kanunu’nun 165’inci maddesinin uygulaması ile ilgili düzenlemenin hem akdî hem de kanunî vekalet ücretini kapsadığı yönünde kararlar vermekte iken (bkz. Y4HD, 22.02.2015 T., 1979/1692 E., 1979/2338 K.; Y4HD, 06.04.2009 T., 2008/9736 E., 2009/4976 K.) 2015 yılında bu hususta içtihat değişikliğine giderek düzenlemenin yalnızca kanunî vekaleti kapsamı gerektiği yönünde karar vermiş (bkz. Y4HD, 29.01.2015 T., 2014/3149 E., 2015/1190 K., www.lexpera.com, s.e.t. 28.05.2020); ancak içtihat değişikliğinden hiç bahsetmemiştir. Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi’nin bu yöndeki görüş değişikliği diğer daireler ve Hukuk Genel Kurulu’nun aynı konudaki kararları ile çelişkili olduğundan ilgili sorun daha sonraki bir tarihte içtihadı birleştirme kararı ile çözüme kavuşturulmuştur (bkz. YİBBGK, 05.10.2018 T., 2017/6 E., 2018/9 K., RG, 20.03.2019, S. 30720). Kanun koyucunun yerleşik içtihattan dönülmesinin ancak içtihadı birleştirme kararı ile yapılabilmesini öngörmesinin temelinde hukukî güvenlik ilkesinin korunması düşüncesi bulunmaktadır. Oysa Yargıtay dairelerinin bu şekilde görüş değişikliklerini somut uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin verdikleri kararlar çerçevesinde yapmaları, uygulamada daha uzun süre çelişkilerin yaşanmasına sebebiyet vermekte; bu ise kişilerin hukuka duydukları güveni zedelemektedir. Benzer şekilde Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi, Özel Öğretim Kurumlarına göre çalışan idareci ve öğretmenlerin iş sözleşmelerinin daha önce belirli süreli kabul edilmesine karşı yapılan eleştiriler nedeni ile 2015 yılında içtihat değişikliğine gitmiş; durumu değişikliğe ilişkin kararda yalnızca “*Mahkemenin gerekçesi yönünde Yargıtay uygulaması olmakla birlikte....*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Y9HD, 19.03.2015 T., 2015/2794 E., 2015/11122 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.06.2020. Dairenin içtihatları ile 22’nci Hukuk Dairesi’nin ve Hukuk Genel Kurulu’nun kararları arasında farklılık bulunduğu gerekçesi ile yapılan içtihadı birleştirme başvurusu üzerine, görüşüne başvurulmuş 9’uncu Hukuk Dairesi, 2015 yılında içtihat değişikliğine gittiklerini, bu nedenle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. YİBBGK, 23.02.2018 T., 2017/1 E., 2018/2 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.06.2020.

yasağına¹¹¹⁶ ve böylece adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir¹¹¹⁷. Yargıtay dairelerinin az da olsa bu yola başvurduğu da olmuştur¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ Sürpriz karar, mahkemenin yargılama esnasında bir hata ya da eksiklik nedeni ile tarafların yargılamanın gidişatına göre öngöremeyecekleri şekilde farklı yönde karar vermesi olarak ifade edilebilir. Bu husus hukukî dinlenilme hakkı ile yakından ilgilidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 262; **Pekcanitez, Hakan**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, 2000, s. 787-788; **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s.185 vd.; **Yeşilova, Bilgehan**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD, Y. 2009, S. 86, s. 72 vd.. Bu yasağın hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgisi çerçevesinde ayrıca bkz. **Karasan, Varol**, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013, s. 193 vd..

Bu hususta yakın zamanda Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi tarafından verilen karar önem taşımaktadır. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 07.07.2020 tarihli kararı ile 22’nci Hukuk Dairesi’nin 02.09.2020 tarihinde kapatılması ve bu daire tarafından görülmekte olan davaların 9’uncu Hukuk Dairesi’ne devredilmesi (bkz. RG, 08.07.2020, S. 31179) üzerine belirsiz alacak davaları bakımından Yargıtay’ın 9’uncu ve 22’nci Hukuk Dairesi kararları arasında mevcut buluna görüş ayrılığı nedeni ile ortaya çıkan çelişkili durumun sona erdirilmesi için içtihatların birleştirilmesi başvurusu yapılması yerine farklı bir yol tercih edilmiştir. Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi işçilik alacaklarına ilişkin olarak daha önceden verdiği bazı kararlarda, objektif açıdan belirlenebilir olmasına karşın işçilik alacağına ilişkin uyumsuzluklar için açılan belirsiz alacak davalarını kabul etmiştir. Yine aynı daire, alacağın belirli olduğuna kanaat getirdiği başvurular bakımından hukukî yarar eksikliğinin bulunduğunu, bunun ise tamamlanabilir dava şartı eksikliği olduğunu kabul etmekteydi. Bu yönde örneğin bkz. Y9HD, 26.11.2014 T., 2014/31737 E., 2014/35649 K., www.lexpera.com, s.e.t. 06.10.2020. Ancak öğretilde, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunup bulunmadığının kural olarak davanın açıldığı ana göre tespit edileceği, hukukî yarar eksikliğinin süre verilerek giderilebilecek bir eksiklik olmadığı savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Hanağası**, Menfaat, s. 322-323. Yargıtay’ın 22’nci Hukuk Dairesi ise uyumsuzluğun işçilik alacakları ile ilgili olmasının belirsiz alacak davası açılabilmesi için tek başına yeterli olmadığını, her somut olayın özelinde bir değerlendirilme yapılması gerektiğini savunmakta ve bu yönde karar vermektedir. Ayrıca, 22’nci Hukuk Dairesi belirli alacak için belirsiz alacak davası açılması hâlinde, davanın hukukî yarar yokluğu nedeni ile reddinin gerektiği görüşündeydi. Bu yönde örneğin bkz. Y22HD, 02.07.2019 T., 2017/23159 E., 2019/14768 K., www.lexpera.com, s.e.t. 06.10.2020. Esasen bu farklılıklar nedeni ile içtihatların birleştirilmesi de talep edilmişti (bkz. YİBBGK, 15.12.2017 T., 2016/6 E., 2017/5 K., RG, 29.06.2018, S. 30463). Ancak İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu her somut olay bakımından ayrı değerlendirmenin yapılması gereken böyle bir durumda, bağlayıcı biçimde içtihadı birleştirme kararı verilemeyeceğini kabul etmişti. Yargıtay 22’nci Hukuk Dairesi’nin kapatılarak bu Daire’nin görev alanına giren uyumsuzlukların 9’uncu Hukuk Dairesi’ne devri, işçilik alacakları bakımından belirsiz alacak davaları konusunda 9’uncu Hukuk Dairesi’ni tek başına yetkili hâle getirmektedir. Hâl böyle olunca içtihadı birleştirme kararı ile çözülemeyen sorun 22’nci Hukuk Dairesi’nin kapatılması ile çözüme kavuşacaktır. Ancak hukukî öngörülebilirliğin zedelenmemesi ve sürpriz karar verme yasağının ihlâl edilmemesi için Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi verdiği yeni bir kararla, 22’nci Hukuk Dairesi’nin denetim alanına girdiği için onun kararlarının esas alındığı derdest dosyalar bakımından belirli bir süre daha 22’nci Hukuk Dairesi’nin görüşlerinin uygulanacağını kabul etmiştir (Bkz. Y9HD, 14.09.2020 T., 2016/26476 E., 2020/7547 K., www.lexpera.com, s.e.t., 06.10.2020). Karar önceki mahkeme kararlarına güvenerek işlem yapan kişilerin haklarını korumak bakımından oldukça önemlidir. Kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. **Özekes, Muhammet**, Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi’nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>, s.e.t. 06.10.2020. Ancak söz konusu kararda Yargıtay’ın 9’uncu Hukuk Dairesi işçilik alacakları açısından belirsiz alacak davasına yönelik kendi içtihadını da değiştirdiğini açıklamakta, söz konusu içtihadın da bu kararın yayımından itibaren açılan davalar bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla 14.09.2020 tarihinde verilen kararın Yargıtay Kararları Dergisi ya da diğer şekillerde yayımından sonra açılan belirsiz alacak davaları bakımından 9’uncu Hukuk Dairesi, önceki içtihatlarından farklı şekilde alacağın objektif açıdan belirlenememesini arayacak ve bunu her somut olay açısından ayrıca değerlendirecektir. Şayet alacağın belirlenebilir olmasına karşın belirsiz alacak davası açıldığı tespit edilirse bu hâlde de yine önceki kararlardan farklı şekilde davanın hukukî yarar yokluğu nedeni ile usûlden reddine karar verilecektir. Söz konusu görüş değişikliğine gerekçe olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun belirsiz alacak davasına ilişkin 107’nci maddesine 7251 sayılı Kanun ile yapılan ekleme gösterilmiştir. Ancak, kanaatimizce, getirilen düzenlemenin kararda varılan sonuçla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Bu durumda, herhangi bir kanunî düzenleme olmamasına karşın 9’uncu Hukuk Dairesi’nin yerleşmiş içtihadından dönmesi söz konusudur. Yargıtay Kanunu’na göre bu hâlde dairenin kendisinin karar vermesi mümkün olmayıp, yerleşik içtihattan

Hukukun uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması amacına hizmet eden Yargıtay'ın bizzat kendi çelişkili kararları ile hukuk birliğine zarar vermesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Ancak, kanunların değişen ve gelişen hayat olayları karşısında dinamik bir şekilde uygulanmasını amaçlayan mahkeme kararlarının da kimi zaman güncelliğini yitirmesi söz konusu olabilir. Kuralın zamana uygun yorumu gereğince, değişen hayat olayları karşısında kanunun anlamlandırılmasında değişikliğin meydana geldiği durumlarda içtihat değişikliği mümkündür¹¹¹⁹. Ancak yerleşik içtihattan dönülebilmesi için, haklı ve yeterli bir gerekçenin bulunması da gerekmektedir. Hukukî güvenlik ve istikrarın tesisi, ancak söz konusu değişikliğin gerekçesinin ortaya konulabildiği durumlarda mümkündür. Daha önce emsal mahkeme kararlarından sapılması hususunda da açıklandığı gibi, benimsenen yeni çözümün *ratio legise*, değişen olay ve fıkirlere daha uygun olduğu durumlarda, uzun süredir uygulanmakla yerleşik hâle gelmiş bir karardan sapılması hukukî güvenlik ilkesini zedelemeyiz¹¹²⁰. Bu şekilde yapılacak inceleme, ayrıca, önceki içtihattan dönülmesinin gerekli olup olmadığını tespit bakımından da yarar sağlar¹¹²¹.

Anayasa Mahkemesi, içtihat değişikliklerinin münferit bir olaya ilişkin olamayacağını; değişiklikten sonraki diğer benzer olaylarda da istikrarlı şekilde uygulanması gerektiğini ve ancak bu hâlde adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğini kabul etmektedir¹¹²². Esasen, yerleşik bir Yargıtay içtihadından dönülebilmesi ancak içtihadı birleştirme kararı ile mümkün olabileceğinden, bunun, ileride meydana gelebilecek benzer olaylarda uygulanması kanunen

dönülebilmesi Hukuk Genel Kurulu tarafından verilecek bir içtihadı birleştirme kararını gerektirir. Bu düzenlemeye rağmen Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği yerleşik içtihattan ayrılmaya ilişkin karar tabii hâkim ilkesini zedeleyebilir. Oysa Öğretide, Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi'nin söz konusu içtihat değişikliğini yaparken içtihadı birleştirme kararı yoluyla başvurmamasının yerinde olduğu savunulmaktadır (bkz. **Özekes**, Emsal Karar, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>, s.e.t. 06.10.2020). Bu görüşe göre, içtihadı birleştirme kararının verilebilmesi için geçecek sürede uygulamada ortaya çıkacak sorunlar dikkate alındığından 9'uncu Hukuk Dairesi'nin içtihadını bu şekilde değiştirmesi daha pratiktir. Benimsenen yol hukuka uygun ve tutarlıdır. Yine bu görüşe göre, 9'uncu Hukuk Dairesi hem kendi üyelerinin hem de 22'nci Hukuk Dairesi'nin üyelerinin oluşturduğu yeni bir yapıya kavuştuğundan, burada Yargıtay Kanunu'nun 15'inci maddesinde düzenlenen kuralın şartların gerçekleştiği de iddia edilemez (bkz. **Özekes**, Emsal Karar, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>, s.e.t. 06.10.2020).

¹¹¹⁷ **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme, s. 788; **Yeşilova**, s. 73; **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 390.

¹¹¹⁸ Örneğin Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, “*istifa suretiyle memuriyette geçen sürenin, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı konusunda Dairenin yerleşmiş görüşünden dönme*” gerekçesi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'na başvurmuş; ancak daha sonra eski uygulamaya tekrar döndükleri ve ilgili hükmün de mülga olduğu gerekçesiyle içtihadı birleştirme kararı verilmesine gerek olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bunun üzerine içtihadın birleştirilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. Bkz. YİBHKG, 17.11.1982 T., 1982/2 E., 1982/3 K., www.lexpera.com, s.e.t. 28.06.2020.

¹¹¹⁹ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 13.

¹¹²⁰ BGE 131 V 107, 110. Ayrıca bkz. BGE 143 IV 1, 3 vd..

¹¹²¹ **BSK BGG/Biaggini/Haag**, Art. 23, para. 13.

¹¹²² AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

zorunludur. Bu durumda, sonraki olaylarda istikrarlı şekilde uygulanması bakımından kural olarak herhangi bir sorunun meydana gelememesi gerekir.

Öğretide, ileri sürülen bir görüşe göre, içtihadın ilgili olduğu kanun hükmünün değişmesi ya da iptal edilmesi gibi durumlarda da yerleşik içtihadın değiştirilmesi ve bu nedenle içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekir¹¹²³. Kanaatimizce, yerleşik içtihattan dönülmesine ilişkin bahsi geçen hüküm, sadece mevzuatta herhangi bir değişiklik olmamasına karşın kuralın yorumunda ve uygulamasında meydana gelen değişiklik hâlinde işletilebilir. Buna karşın, kanunun değişmesi ya da iptali gibi bir durumda, yerleşik içtihadın dayandığı hukukî sebebin geçersizliği söz konusu olduğundan artık mahkemenin bu yönde bir karar verebilmesi hukuken imkansızdır¹¹²⁴. Zira, mahkemelerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun şekilde karar vermeleri gerektiği Anayasa ile açıkça hüküm altına alınmıştır (AY m. 138/1).

Yine, Yargıtay daire ve genel kurullarının yerleşik içtihadının dayanağı olan kanunî düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiş olması hâlinde, bu karar bütün yargı merciileri bakımından bağlayıcı olduğundan (AY m. 153/6), iptal kararına rağmen bu kanun hükmüne dayanılması mümkün de olmaz; yerleşik içtihat kendiliğinden etkisiz hâle gelir. Bu nedenle, artık pozitif hukuka uygun şekilde yeni bir kararın verilmesi gerekmektedir. Bu noktada ise içtihatların birleştirilmesi prosedürünün uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Bununla ilgili olarak özellikle kanunlardaki değişikliklerin maddî hukuk bakımından geçmişe etkili olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kanunun değişmesinin ardından bir süre için de olsa eski kanunî düzenlemenin kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen hukukî ilişkiler bakımından uygulanmaya devam etmesi mümkündür. Bu durumda ise mülga kanun hükümleri ile yürürlükteki kanun hükümlerinin farklılığı nedeniyle ortaya çıkan çelişki dolayısıyla da içtihadın birleştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira, artık dayandırılan hukukî sebep farklılaşmıştır.

Kanunda, Yargıtay dairelerine ilişkin getirilen bu düzenleme, genel kurullar bakımından öngörülmemiştir. Yani, yerleşik içtihattan dönülebilmesi Yargıtay dairelerine özgü bir şekilde kaleme alınmıştır. Oysa, hukuk ve ceza kurullarının da belirli bir hukukî mesele bakımından

¹¹²³ Çoşkun, s. 131.

¹¹²⁴ Bu yönde bkz. Edis, s. 232. Ayrıca bkz. “Mevzuatta içtihadı birleştirme kararından sonra kabul edilen aynı konudaki kanunlardan birisi ile çatışma halinde esasen içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi tartışmalarına yer kalmaz. Bu gibi durumlarda içtihadı birleştirme kararı çatıştığı yasa metni karşısında hükümsüz hale gelir.”, YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., www.lexpera.com, 26.06.2020.

uzunca bir süredir kabul ettiği görüşünden dönmek istemesi muhtemeldir. Kanaatimizce, bu noktada kanunun lafzındaki bu eksikliğin dairelere ilişkin kuralın kıyasen uygulanması yolu ile giderilmesi düzenlemenin amacına daha uygundur. Bu durumda, Yargıtay hukuk veya ceza genel kurulu yerleşik içtihadından dönmek istediğinde, bunun gerekçesini ileri sürerek başvuruda bulunması üzerine incelemenin büyük genel kurul tarafından gerçekleştirilmesi yerinde olur¹¹²⁵.

Öğretide ayrıca, bir hukuk dairesinin başka bir hukuk ya da ceza dairesinin veya hukuk ya da ceza genel kurulunun yerleşik içtihadından dönmek istemesi hâlinde de içtihadı birleştirme kararına gerek olduğu ifade edilmiştir¹¹²⁶. Esasen, kanunun lafzı dikkate alındığında düzenlemenin yalnızca ilgili merciin kendi yerleşik kararından ayrılmayı istemesi hâlini kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak, hukukî bir meseleye ilişkin olarak Yargıtay dairesinin ya da genel kurulunun yerleşik içtihadına rağmen başka bir daire ya da genel kurulun farklı yönde yeni bir görüşü benimsemesi hâlinde, aynı konuda Yargıtay kararları arasında çelişki olduğu için içtihatların birleştirilmesi gerekir (Yarg. K. m. 15/2-b; m. 16/5). Şayet önceki daire ya da genel kurul sonraki görüşü benimserse bu defa da önceki kararı veren mercii yerleşik içtihadından döneceği için içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekir (Yarg. K. m. 15/2-c). Diğer bir deyişle her iki ihtimalde de sonradan içtihatların birleştirilmesi gerekir. Bu nedenle, öğretide ileri sürülen bu görüş çelişkinin henüz başlangıçta önlenmesine hizmet edeceğinden kanaatimizce de yerindedir.

Yargıtay dairelerinin içtihadı birleştirme kararı verilmesini gerektiren bu duruma istisna olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373'üncü maddesinin altıncı fıkrasıyla kabul edilen düzenleme gösterilmektedir¹¹²⁷. Bu düzenleme, davanın esastan reddi ya da kabulüne ilişkin bozma kararı üzerine alt derece mahkemesinde bozmaya uyularak verilen yeni kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine verilen kararın temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca yapılacağına ilişkindir. Yargıtay dairesinin önceki bozma kararını kaldıracak şekilde verilen kararı yeniden bozmasının ancak bu dairenin, yerleşik kararlarından dönmesi hâlinde söz konusu olabileceği; yerleşik kararlardan dönmenin kural olarak içtihadı birleştirme kararıyla mümkün olmasına karşın kanun koyucunun getirdiği bu

¹¹²⁵ Bu yönde bkz. **Kuru**, C. V, s. 4949.

¹¹²⁶ **Kuru**, C. V, s. 4947-4948; **Yılmaz**, İctihadı Birleştirme, s. 12.

¹¹²⁷ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 497.

düzenleme ile içtihadı birleştirme kararına gerek olmaksızın yerleşik içtihattan dönülmesine imkân tanıdığı ifade edilmektedir¹¹²⁸.

Gerçekten de bu hüküm, uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınan kanunî düzenleme ya da maddî vakıalar ve deliller bakımından herhangi bir değişiklik olmamasına karşın, önceki bozmaya uyularak verilen ilk derece mahkemesi kararının yeniden bozulması hâlini düzenlemektedir. Böyle bir durum ancak, Yargıtay dairesinin uyuşmazlığın hukukî sebebinin uygulanması bakımından görüş değişikliğine gitmesi hâlinde mümkün olabilir. Esasen Yargıtay dairelerinin görüş değişikliğine gidebilmesi ancak içtihadı birleştirme kararı ile mümkün iken; uygulamanın kanuna aykırı şekilde gelişimi, kanun koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmasını gerektirmiştir. Bu hâli ile, dairelerin çelişkili kararlarının, içtihadı birleştirme usûlü çerçevesinde olmasa da Hukuk Genel Kurulu'na incelenmesi sağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, kanun koyucu Yargıtay dairelerinin kanuna aykırı uygulamalarını engelleyebilmek için böyle bir düzenleme öngörmüş; bu düzenleme ile dairelerin keyfî şekilde esasa yönelik bozma kararlarını kaldıracak yeni bir bozma kararı verebilmesinin önüne geçmek istemiştir¹¹²⁹. Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun iradesinin dairelere içtihadı birleştirme kararına gerek olmaksızın görüş değiştirebilme imkânı tanımak yönünde olduğu söylenemez. Yerleşik içtihadından dönmek isteyen dairenin bunu içtihadı birleştirme kararı ile yapabileceğine ilişkin kanun hükmü bugün dahi caridir. Ancak gerekçe bağlayıcı olmadığından, pozitif hukuk açısından kuralın Yargıtay Kanunu'nun 15'inci maddesine istisna tanıdığı şeklinde değerlendirilmesi mümkündür. Bu düşünceden hareketle, Yargıtay dairelerinin içtihat değişikliğine gitmesi ise uygulamadaki çelişkilerin artmasına yol açabilir. Zira, Hukuk Genel Kurulu'nun bu şekilde vermiş olduğu karar benzer olaylarda bağlayıcı olmadığından, yalnızca somut olay çerçevesinde çelişkinin giderilmesini sağlayabilir.

¹¹²⁸ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 497. 6460 sayılı Kanun ile 2013 yılında getirilen bu düzenleme ile uygulamanın yol açtığı bir sorun çözülmek istenmiştir. Yargıtay dairelerinin uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir değişiklik olmamasına karşın ilk bozma kararını kaldıracak biçimde yeniden bozma kararı vermesi üzerine verilen kararı tekrar incelemesinin, aynı konuda çelişkili kararlar veren mercie yeniden inceleme hakkı tanınmasının adil yargılanma hakkını ihlâl edeceği; bu çelişkinin ortadan kaldırılması için gerekli mekanizmaların tesis edilmesinin bir gereklilik olduğu ve bu nedenle, böyle bir durumda ilgili Yargıtay dairesi tarafından değil Hukuk Genel Kurulu tarafından sorunun çözüme kavuşturulmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bu durumun içtihat birliği ve hukukî istikrar açısından da yararlı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Adalet Komisyonu'nun 01.04.2013 tarih ve 1/750 E., K. 18 sayılı Raporu, Sıra Sayısı 444, s. 28-29, <https://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2013Yili/Kanunmetni/6460ss.pdf>, s.e.t. 28.06.2020. Düzenlemenin içtihat istikrarsızlığına yol açacağı yönünde bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2311.

¹¹²⁹ Bkz. Adalet Komisyonu'nun 01.04.2013 tarih ve 1/750 E., K. 18 sayılı Raporu, Sıra Sayısı 444, s. 28, <https://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2013Yili/Kanunmetni/6460ss.pdf>, s.e.t. 28.06.2020.

c. İctihadı Birleştirme Kararının Değiştirilmesi ya da Kaldırılması

İctihadı birleştirme kararı verilmesini gerektiren bir diğer hâl ise mevcut içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da kaldırılmasıdır (Yarg. K. m. 45/3). Yargıtay içtihadı birleştirme kurulları, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesinin somut durumun özelliklerine göre farklılaşabileceğini; bu nedenle bu konuda objektif kuralların öngörülmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir¹¹³⁰. Her ne kadar her somut durum özelinde ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekse de genel olarak emsal kararlardan farklı yönde karar verilebilmesinde olduğu gibi¹¹³¹ burada da bilimsel ve teknolojik gelişmelerin, sosyal hayattaki değişikliklerin, toplumun değer yargılarının farklılaşmasının söz konusu olduğu durumlarda¹¹³², artık ilgili kanunî düzenlemenin farklı şekilde anlaşılması onun amacına daha uygunsa o zaman bu kurala ilişkin içtihadı birleştirme kararının da değiştirilmesi gerekir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine ilişkin yeni kararda benimsenen görüşün kanunun lafzı ve amacı kapsamında değerlendirilebilir olmasıdır. Diğer bir anlatımla, teknolojik ya da bilimsel gelişmelere ayak uydurmak ya da sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamak maksadı ile kanunun amacını aşacak şekilde bir içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi mümkün değildir. Bu şekilde bir tutum, kuralın kanunu aşacak şekilde yorumu anlamına gelir ki, bu yargı organının yasama organının faaliyet alanına müdahalesi olarak deęerlendirilir¹¹³³.

İctihadı birleştirme kararından dönülmesi, önceki kararda kuralın yanlış yorumlandığının ortaya çıkması ya da kararın uygulamada yol açtığı ağır sakıncalar nedeniyle de gündeme gelebilir¹¹³⁴. Bu çerçevede, bilimsel görüşlerde içtihadı birleştirme kararının sıklıkla eleştirilmesi içtihadın değiştirilmesi açısından bir ipucu olabilir¹¹³⁵.

Kanunda meydana gelen bir değişikliğin içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine ya da kaldırılmasına yol açıp açmayacağı ise üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur.

¹¹³⁰ YİBBGK, 26.01.1990 T., 1988/5 E., 1990/1 K.; YİBBGK, 16.03.1990 T., 1989/1 E., 1990/2 K., RG, 17.05.1990, S. 20521.

¹¹³¹ Bkz. § 6, B, 3.

¹¹³² **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 396. Benzer sebepler Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararda da işaret edilmiştir. Bkz. YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., RG, 14.07.1990, S. 20574.

¹¹³³ Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bir kararında karşı oy yazısında da bu durum şu cümlelerle ifade edilmektedir: “*Kanun hükümlerinin bağlayıcı ilke ve kavramlarının kapsamına rağmen memleket gerçekleri karşısında meydana gelen ihtiyacın kanun değişikliği niteliğinde bir hükümle İctihadı Birleştirme yoluyla değiştirilmesi ya da genişletilmesi İctihadı Birleştirmenin görev sınırını açar niteliktedir.*”, YİBBGK, 24.05.1985 T., 1984/2 E., 1985/5 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.06.2020.

¹¹³⁴ **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 396.

¹¹³⁵ YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., RG, 14.07.1990, S. 20574.

Bu konuda ifade edilen bir görüş, içtihadı birleştirme kararının dayanağını oluşturan kanunî düzenlemede herhangi bir değişikliğin meydana gelmesi hâlinde içtihadı birleştirme kararının da değiştirilebileceği ya da kaldırılabilirliği yönündedir¹¹³⁶. Ancak, kanaatimizce, kanun hükmünde sonradan meydana gelen bir değişiklik, bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, geçiş hükümlerine ya da zaman bakımından uygulama kurallarına göre uygulanır. Bu noktada, yasama organı tarafından yapılan değişiklik ya da Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararı ile içtihadı birleştirme kararının dayanağını oluşturan kanun hükmünde derhal uygulamaya tâbi herhangi bir farklılık söz konusu olmuşsa; artık buna ilişkin içtihadı birleştirme kararının değil yeni düzenlemenin dikkate alınması gerekir. Diğer bir anlatımla, içtihadı birleştirme kararının dayanağını oluşturan kuralda sonradan meydana gelen bir değişiklik içtihadı birleştirme kararının uygulanmasına kendiliğinden son verir¹¹³⁷. Bu durumda, içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine gerek yoktur. Aksi bir düşünce ise kanun koyucunun ya da Anayasa Mahkemesi'nin aksi yöndeki iradesine rağmen değiştirilinceye veya kaldırılincaya kadar içtihadı birleştirme kararının uygulanması gibi bir sonucun doğmasına yol açar, ki bu kuvvetler ayrılığı ilkesi ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının etkisi dikkate alındığında hukuk devleti açısından kabul edilemez. Uygulamada da sonraki kanun nedeni içtihadı birleştirme kararlarına dayanılmaktan vazgeçildiği görülmektedir¹¹³⁸.

Bir konuya ilişkin olarak alınan içtihadı birleştirme kararı, aynı yöntemle kaldırılmadıkça derece mahkemelerinin bu kararı da dikkate alarak hüküm tesis etmesi gerekir. Bu noktada, derece mahkemelerinin, içtihadı birleştirme kararında varılan sonucun haksız olduğuna ilişkin gerekçe göstererek bu kararı uygulamaktan vazgeçmesinin mümkün olmadığı; ancak bu gerekçe ileri sürülerek içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması için başvuru yapılabileceği haklı olarak savunulmaktadır¹¹³⁹. Benzer şekilde, uzun

¹¹³⁶ **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 396.

¹¹³⁷ Benzer yönde bkz. YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., RG, 14.07.1990, S. 20574. Ayrıca bkz. **Edis**, s. 232. Anglosakson hukukunda da bağlayıcı mahkeme kararları ile çelişen sonraki tarihli kanunî düzenlemelerin bu kararların bağlayıcılığını ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Bkz. **Germann**, s. 10.

¹¹³⁸ Örneğin, 25.04.1945 tarih ve 7/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı (RG, 28.07.1945, S. 6069) ile görevsizlik kararıyla beraber yargılama giderlerine de hükmedilebileceği kabul edilmiş; öğretilde bu husus sıklıkla eleştirilmiş olmasına rağmen, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331'inci maddesinde getirilen düzenleme ile bu uygulamadan vazgeçilmiştir. Örnek için bkz. **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 396.

¹¹³⁹ **Kuru**, C. V, s. 4970; **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 394. Postacıoğlu ise mahkemelerin güçlü gerekçelerle içtihadı birleştirme kararlarına aykırı şekilde karar verebileceklerini; bu durumun içtihadı birleştirme kararını değiştirilmesi konusunda yetkili kurulu harekete geçirebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Postacıoğlu**, Usûl, s. 106. Üstündağ da benzer şekilde ilk derece mahkemelerinin gerekçesini açıklamak suretiyle içtihadı birleştirme kararlarından sapabileceklerini belirtmiş; bunun Yargıtay daireleri bakımından Yargıtay Kanunu'nun 16'ncı maddesinin beşinci fıkrasında da açıkça düzenlendiğini dile getirmiştir. Bkz. **Üstündağ**,

bir süre boyunca uygulanmayan içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı etkisinin kendiliğinden kalkacağına yönelik görüş¹¹⁴⁰ de yerinde değildir. Zira, Yargıtay Kanunu’nun 45’inci maddesi açıkça bu kararların bağlayıcılığını kabul etmiştir. İctihadı birleştirme kararının, değiştirilmesi ya da kaldırılması bakımından haklı gerekçelerin bulunduğu bir durumda, mahkemelerin somut uyuşmazlığı hâlen yürürlükte bulunan içtihadı birleştirme kararına aykırı şekilde çözüme kavuşturmak yerine, bu kararının değiştirilmesi için Birinci Başkanlık Kurulu’na başvuru yapması yerinde olur¹¹⁴¹.

Yargıtay Kanunu’nun 45’inci maddesine göre, mahkemelerin içtihatların değiştirilmesini ya da kaldırılmasını doğrudan isteme yetkisi yoktur. Somut uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme, uygulanacak içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması gerektiğini düşünmekte ise bu hâlde Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’na içtihadın değiştirilmesi talebinde bulunabilir (Yarg. K. m. 45/3, m. 45/2). Birinci Başkanlık Kurulu yapılan başvuru üzerine usûlünce yapacağı inceleme sonucunda bir değişikliğin ya da kararın kaldırılmasının gerekli olduğu kanısına varırsa ilgili genel kurultan içtihadı birleştirme kararının değişikliği ya da kaldırılması talebinin görüşülmesini ister. Kanunların Anayasa’ya aykırılığı nedeni ile iptalini doğrudan isteme yetkisine sahip mahkemelerin, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesini ya da kaldırılmasını da Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun incelemesi olmaksızın doğrudan isteyebilmeleri gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir¹¹⁴².

Tespit edebildiğimiz kadarıyla 1926 yılından bu yana medenî usûl hukukuna ilişkin olarak verilen içtihadı birleştirme kararlarının sadece iki tanesi değiştirilmiştir¹¹⁴³. Kimi zaman bu yol hiç denenmemiş, kimi zaman ise içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi talebi ile

Usûl, s. 63. Oysa, ilgili hüküm Yargıtay daire ve genel kurulları arasındaki içtihat farklılıklarından bahsetmekte; içtihadı birleştirme kararlarına değinmemektedir.

¹¹⁴⁰ **Belgesay**, s. 818.

¹¹⁴¹ **Kuru**, C. V, s. 4971.

¹¹⁴² **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 394-395.

¹¹⁴³ İctihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun vekille talep edilen yargılamalarda dilekçe ile talep edilmemişse hâkim tarafından vekâlet ücretine re’sen karar verilemeyeceğine ilişkin kararı, 07.02.1945 tarihli, 1944/19 esas ve 1945/4 karar sayılı kararı (www.lexpera.com, s.e.t. 28.05.2020), 29.05.1957 tarihli, 1957/4 esas, 1957/16 karar sayılı içtihadı birleştirme kararı (bkz. RG, 04.09.1957, S. 9697) ile kaldırılmış ve vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden sayılması nedeni ile re’sen hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 01.02.1984 tarih, 1983/9 esas, 1984/2 karar sayılı kararında (www.lexpera.com, s.e.t. 28.05.2020) temyiz süresinin geçmesi ya da temyiz yolunun kapalı olması nedeni ile hakkında temyiz başvurusu yapılamayacak kararlar aleyhine yapılan başvurunun, ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi gerekirken dosyanın Yargıtay dairesine gönderilmiş olması durumunda, Yargıtay tarafından inceleme yapılmayarak dosyanın mahalline gönderilmesi gerektiği yönündeki kararı, böyle bir durumda Yargıtay’ın doğrudan temyiz talebinin reddine karar vermesi gerektiği yönündeki 01.06.1990 tarih, 1989/3 esas, 1990/4 karar sayılı kararı (www.lexpera.com, s.e.t. 28.05.2020) ile değiştirilmiştir. Maddî hukuka ilişkin bazı değişiklik kararları için bkz. **Kuru**, C. V, s. 4968-4969.

yapılan başvurular reddedilmiştir¹¹⁴⁴. Yazılı kuralların ve Yargıtay'ın bu kuralların uygulanmasında görevli heyetlerinin ve dolayısıyla mahkeme içtihatlarının sıklıkla değiştiği bir hukuk sisteminde içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmemesi ise kendi içinde bir çelişki oluşturmaktadır¹¹⁴⁵. Oysa, gerekli hâllerde, haklı gerekçelerin ortaya konulması ile içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ve gerekliyse kaldırılması hukukun kalıplaşmasının önüne geçilmesi ve böylelikle mahkemeler aracılığıyla hukukun gelişiminin sağlanmasına hizmet eder¹¹⁴⁶.

5. İçtihadı Birleştirme Kararı Verilmesinin Usûlü

Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesi ile kimlerin içtihatların birleştirilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Yargıtay Birinci Başkanı ya kendiliğinden ya da dairelerin ya da genel kurulların veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusu üzerine içtihatların birleştirilmesini isteyebilir (Yarg. K. m. 45/1).

Bunun dışında, diğer kişi ve merciilerin de içtihatların birleştirilmesini isteyebileceği aynı düzenleme ile kabul edilmiştir. Ancak, bu kişi ve kurumların içtihatların birleştirilmesini doğrudan doğruya isteyebilmeleri mümkün değildir. Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, diğer kişi ve merciiler içtihatların birleştirilmesini, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'na yapacakları yazılı başvuru ile isteyebilirler. Bu çerçevede başvuru yapabilecek kişi ve kurumlar arasında ilk derece ya da Bölge Adliye Mahkemeleri, avukatlar¹¹⁴⁷, barolar, akademisyenler sayılabilir¹¹⁴⁸. Bu kişi ve kurumların ayrıca hukukî yararını ispat etmesine gerek bulunmamaktadır. Zira, ülke genelinde içtihat birliğinin ve hukukî

¹¹⁴⁴ Örneğin 04.02.1948 tarihinde verilen 1944/10 esas, 1948/3 karar (www.lexpera.com, s.e.t. 20.06.2019) sayılı bozmadan sonra ıslahı yapılamayacağına ilişkin kararın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından uygulamada çelişkilere yol açtığı gerekçesi ile değiştirilmesi yönündeki başvuru üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 06.05.2016 tarihinde içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine gerek olmadığı kararı vermiştir. Bkz. YİBHKGK, 06.05.2016 T., 2015/1 E., 2016/1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.06.2019.

¹¹⁴⁵ Pekcanitez, Yargıtay, s. 396.

¹¹⁴⁶ Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 35; Kuru, C. V, s. 4965-4968.

¹¹⁴⁷ Özellikle son dönemde genellikle avukatlar tarafından içtihatların birleştirilmesi başvurusu yapılmıştır. Örneğin bkz. YİBBGK, 05.10.2018 T., 2017/6 E., 2018/9 K.; YİBHKGK, 26.05.2017 T., 2017/2 E., 2017/3 K.; YİBHKGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K.; YİBHKGK, 21.02.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K.; YİBHKGK, 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (Bu karar 20.09.2012 tarih ve 28417 sayılı Resmî Gazete'de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı olarak yayımlanmış olmasına karşın; kararın Yargıtay'ın 2'nci ve 13'üncü Hukuk Daireleri arasındaki görüş ayrılığını gidermek maksadı ile Hukuk Genel Kurulu tarafından verildiği anlaşılmaktadır.).

¹¹⁴⁸ Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 21.

istikrarın sağlanması talebi, böyle bir başvuru için hukukî yararın bulunması açısından yeterlidir¹¹⁴⁹.

Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi dikkate alındığında, doğaldır ki diğer kişi ve merciiler ancak içtihatların çelişmesi hâlinde içtihatların birleştirilmesine karar verilmesini talep edebilir. Buna karşılık, Yargıtay daire veya genel kurullarının yerleşik içtihadından dönmesine yönelik bir taleple içtihatların birleştirilmesi istenemez¹¹⁵⁰.

İçtihatların birleştirilmesinin talep edilebilmesi bakımından kanunen aranan herhangi bir süre şartı bulunmamaktadır¹¹⁵¹. İçtihatların birleştirilmesi dilekçe ile talep edilebilir ve bu başvuruda gerekçenin ortaya konulması gerekir (Yarg. K. m. 45/1-2). Başvuru üzerine nasıl bir yöntemin izlenmesi gerektiği ise Yargıtay İç Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Yargıtay dairelerinin, genel kurullarının ya da cumhuriyet başsavcısının başvurusu üzerine veya Birinci Başkan'ın doğrudan harekete geçtiği durumlarda Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararına ihtiyaç yoktur (Yarg. İç Yön. m. 14/1). Buna karşın, diğer kişi ve kurumların başvurusu üzerine, Birinci Başkanlık Kurulu öncelikle, kararları arasında çelişki bulunduğu iddia edilen makamlardan görüş ister. İki ay içinde ilgili makamın yazılı şekilde görüşünü bildirmesi üzerine, Birinci Başkanlık Kurulu içtihatların birleştirilmesinin gerekip gerekmediğini incelemesi için kendi üyelerinden bir raportör üye belirler. Raportör üyenin on beş gün içinde konuyla ilgili raporunu suması gerekir. Bunun üzerine Birinci Başkanlık Kurulu ilgili makamın görüşü ve raportör üyenin raporunu dikkate alarak içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekip gerekmediğini karara bağlar (Yarg. İç Yön. m. 14/2-4).

İçtihatların birleştirilmesinin Yargıtay Birinci Başkanı'nın, dairelerin, genel kurulların ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusu (Yarg. K. m. 45/1) dışındaki, diğer kurum ve merciiler tarafından istenmiş olması hâlinde (Yarg. K. m. 45/2), içtihatların birleştirilmesi yoluna gitmenin gerekli olup olmadığına ilişkin incelemenin Birinci Başkanlık Kurulu tarafından yapılacağına yönelik düzenleme (Yarg. K. m. 45/2; Yarg. İç Yön. m. 14), bu konuda kimin karar vermeye yetkili olduğu hususunda tereddüt uyandırabilir. Zira, Birinci Başkanlık Kurulu'nun ilgili kurul ve daire başkanlarından alacağı görüş ile görevlendirdiği üyesinin raporuna dayanarak vereceği karar kesindir (Yarg. K. m. 45/2; Yarg. İç Yön. m. 14/4). Bu

¹¹⁴⁹ **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 21; **Kuru**, C. V., s. 4952; **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme, s. 12; **Çoşkun**, s. 108.

¹¹⁵⁰ **Postacıoğlu, İlhan**, Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair 1221 Sayılı Kanunun 8. Maddesinin Değiştirilmesine Dair 13.4.1953 tarihli 6082 Sayılı Kanun, İBD, Y. 1953, S. 6, s. 331-332; **Çoşkun**, s. 108-109.

¹¹⁵¹ **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 21; **Kuru**, C. V, s. 4952.

düzenleme dikkate alındığında, Birinci Başkanlık Kurulu'nun olumlu kararı üzerine başvurunun mutlaka verilecek bir içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, içtihadı birleştirme görüşmelerinin alınan ilke kararlarına göre yürütüleceği; 1975 tarihli ilke kararının¹¹⁵² 4'üncü maddesinde de içtihadı birleştirme kurulunda içtihatlar arasında çelişki bulunup bulunmadığının ve içtihadı birleştirme kararı verilmesine gerek olup olmadığının ön sorun olarak incelenip karar bağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Birinci Başkanlık Kurulu'nun çelişki nedeni ile içtihatların birleştirilmesi gerektiği yönündeki kararına rağmen, içtihadı birleştirme kurulu durumu tekrar gözden geçirerek farklı yönde karar verebilir¹¹⁵³. Bu sebeple, burada ifade edilen kesinliğin, başvurunun kabulü hâlinde, ilgili içtihadı birleştirme kurulunun söz konusu başvuruyu görüşme zorunluluğu¹¹⁵⁴ ve başvurunun reddi hâlinde ise içtihatların birleştirilmesini talep eden kişi, kurum ya da merciinin bu karar üzerine gidebileceği herhangi bir yolun bulunmadığı¹¹⁵⁵ olarak anlaşılması yerinde olur.

Anılan ilke kararlarında, içtihadı birleştirme kurullarının çelişkinin bulunmaması dışında “*sair sebeplerle*” de içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı yönünde karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu kural yalnızca içtihadı birleştirme kurullarına tanınmış olduğunda, Birinci Başkanlık Kurulu'nun “*sair sebepler*”e dayanarak başvuruyu reddedememesi gerekir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² RG, 13.07.1975, S. 15294. Yargıtay Kanunu'nun 17'nci maddesinde Başkanlar Kurulu'nun görevleri arasında içtihadı birleştirme kararlarının görüşülmesine ilişkin ilke kararları almak da sayılmıştır (bkz. Yarg. K. m. 17/1, 1, c). Ancak, halihazırda yürürlükte bulunan İlke Kararları, 1730 sayılı Yargıtay Kanunu döneminde alınmış kararlardır.

¹¹⁵³ Örneğin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği yakın tarihli bir kararda, yapılan inceleme ve alınan rapor ve görüşler üzerine Birinci Başkanlık Kurulu tarafından içtihatları birleştirilmesine gerek olduğuna karar verilmiş; daha sonra ise Hukuk Genel Kurulunca içtihatların birleştirilmesine gerek olup olmadığı tekrar incelenmiştir. Bkz. YİBHKGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K., RG, 29.06.2018, S. 30463. Benzer şekilde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 15.12.2017 tarihinde verdiği bir kararda, Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararına rağmen içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. YİBBGK, 15.12.2017 T., 2016/6 E., 2017/5 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹¹⁵⁴ Aynı yönde bkz. “Yargıtay Kanunu'nun 45/3. maddesindeki “Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvuruları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesinir.” Hükmünün Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunu bağlayıcı nitelikte bulunmadığı, Birinci Başkanlık Kurulu kararına rağmen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun içtihadı birleştirmeye gerek bulunmadığına her zaman karar verebileceği esasını benimsemiş...”, YİBBGK, 24.05.1985 T., 1984/2 E., 1985/5 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.02.2020.

¹¹⁵⁵ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun içtihatların birleştirilmesi talebinin reddine ilişkin kararı aleyhine bireysel başvurunun da mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu yönde yapılan başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeni ile reddetmiştir. Bkz. AYM, 10.05.2017 T., Başvuru No. 2014/10451, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/10451?Dil=>, s.e.t. 04.09.2020.

¹¹⁵⁶ **Kuru**, İçtihadı Birleştirme, s. 23 vd.; **Kuru**, C. V, s. 4953, dn. 41.

Birinci Başkanlar Kurulu'nun içtihatların birleştirilmesi gerektiği yönündeki kararı üzerine başvurunun hangi makam tarafından incelenmesi gerektiği de tespit edilir. Yargıtay'ın hukuk daireleri ya da ceza dairelerinin kararları arasındaki herhangi bir çelişki durumunda Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'na (Yarg. K. m. 15); Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'nun aynı konuda verdiği çelişkili kararları ile bu kurulların kararlarının birbirinin veya hukuk ya da ceza dairelerinin verdiği kararlarla çelişmesi yahut da bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesinin kararlarının çelişmesi durumunda ise Büyük Genel Kurul tarafından (Yarg. K. m. 16) içtihatların birleştirilmesi gerekir.

İçtihatların birleştirilmesi yoluna başvurunun gerekli olduğu kararı üzerine, Birinci Başkanlar Kurulu daire başkan ya da üyelerinden birini raportör olarak görevlendirerek ilk toplantının yapılacağı günü de belirler (Yarg. İç Yön. m. 14/5). Yönetmelikte, Birinci Başkanlar Kurulu kararına gerek olmaksızın doğrudan başvuru hâlinde (Yarg. K. m. 45/1) benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş; ancak, ilke kararları ile bu husus da düzenleme altına alınmıştır. Raportör üye, hakkında içtihadı birleştirme kararı talep edilen hukukî meseleyle ilgili ayrıntılı bir rapor hazırlar. Bu rapor, konuya ilişkin öğretideki ve yargı kararlarındaki görüşlerden ve gerekli ise karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak hazırlanmalıdır (İlke Kararları m. 1). İçtihadı birleştirme kararı verilmesine ilişkin başvuru dilekçesi ile Birinci Başkanlık Kurulu'nun görüşünün, raportör üyenin raporunun, ilgili daire ya da genel kurulların görüşlerinin ve diğer belgelerin görüşme gününden en az on beş gün önce kurula katılacak başkan ve üyelere gönderilmesi gerekir (İlke Kararları m. 2).

İçtihadı birleştirme görüşmelerinin ilke kararlara göre yürütüleceği ve kararların bu kararlara uygun şekilde yazılacağı hem Yargıtay Kanunu (Yarg. K. m. 45/4) hem de Yargıtay İç Yönetmeliği (Yarg. İç Yön. m. 16) ile düzenlenmiştir. Bu kararlara aykırı şekilde alınan içtihadı birleştirme kararları bakımından ise ne Kanun ya da Yönetmelik'te ne de İlke Kararlarda düzenleme bulunmaktadır. Bu çerçevede, hakkında başvuru yapılmayan bir konuda içtihadı birleştirme kurullarının kendiliğinden karar verebilmesinin mümkün olup olmadığı belirsizdir. Bu husus Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun bir kararında tartışılmış ve şu sonuca ulaşılmıştır:

“Kural olarak içtihadı birleştirme kurulları ve Birinci Başkanlık Kurulu kendilerine yetkililerce başvurulmadan re'sen içtihadı birleştirme kurumunu harekete geçiremezler. Yasada öngörülenlerce bu konuda başvuru gerekir. Ancak kararların kapsamında kalmak kaydıyla aralarında aykırılık

bulunan hukuk konuları belirleme ve özetleme yetkisini içtihadı birleştirme kurulu haiz olup bu konuda raportör üyenin özetlemesi dahi kurulu bağlamaz”¹¹⁵⁷.

Özellikle diğer kişi ve kurumların yaptığı başvuru üzerine yapılan incelemede, başvuru konusu ile ilgili olması ve uygulamada çelişkiye yol açması nedeni ile hakkında başvuru yapılmayan bir konunun da inceleme konusu yapılması hâlinde, ilgili dairelerin ve Birinci Başkanlık Kurulu’nun görüşü alınmaksızın doğrudan İçtihadı Birleştirme Kurulu’nda görüşülmesinin mümkün olup olmadığı düşünülebilir¹¹⁵⁸. Burada, kurumun amacından hareketle sorunun cevaplanması ve aşırı şekilci bir yaklaşımdan uzak durulması yararlı olur. İçtihadı birleştirme kararları, daha önce de açıklandığı üzere, çelişkili kararlar nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlâl edilmesini engellemek için öngörülmüştür. Dolayısıyla, bahsi geçen usûle aykırı şekilde de olsa, içtihadı birleştirme kurulunun önüne gelen Yargıtay kararlarının gerçekten bir çelişkiyi barındırdığı tespit edilebiliyorsa, bu çelişkinin giderilmesi için içtihadı birleştirme kararı verilebilmelidir. Kaldı ki böyle bir durumda Birinci Başkan doğrudan içtihadı birleştirme kararı verilmesini isteyebilme yetkisi de kullanabilir.

Yargıtay Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu’nun görevli olduğu içtihadı birleştirme görüşmelerine, dairelerin üçer üyeden oluştuğu varsayılarak toplamın en az üçte ikisi kadar üyenin katılması zorunludur (Yarg. K. m. 7/2)¹¹⁵⁹. Yargıtay Kanunu’nun 5’inci maddesindeki düzenlemeye rağmen halihazırda Yargıtay’ın on beş hukuk ve on altı ceza dairesi bulunmaktadır¹¹⁶⁰. Dolayısıyla, hukuk genel kurulunda içtihatların birleştirilmesi görüşmeleri en az otuz üyenin katılımı ile gerçekleşebilir. Ceza genel kurulu için bu sayı şimdilik otuz ikidir. Büyük Genel Kurul’da ise her dairenin mevcudu beş olarak kabul edilerek en az üçte ikisi kadar üyenin katılımı ile toplantı gerçekleşebilir (Yarg. K. m. 8). Büyük Genel Kurul’da, Ceza Genel Kurulu’na katılması zorunlu olan üyelerin en az üçte ikisinin bulunması şarttır. Bu toplantılarda daire başkanlarının yarısından fazlasının da bulunması gerekir. Ayrıca, Ceza Genel Kurulu ile Büyük Genel Kurul’un içtihatların birleştirilmesine ilişkin toplantılara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcı vekilinin de katılımı gerekir (Yarg. K. m. 7/4; m. 27). İçtihadı

¹¹⁵⁷ YİBBGK, 10.04.1992 T., 1991/7 E., 1992/4 K., RG, 10.06.1992, S. 21254.

¹¹⁵⁸ Bu yönde bir görüş, 10.04.1992 tarihli kararın karşı oy yazısında dile getirilmiştir. Bkz. YİBBGK, 10.04.1992 T., 1991/7 E., 1992/4 K., RG, 10.06.1992, S. 21254.

¹¹⁵⁹ Yargıtay İç Yönetmeliği’nde dairelerin mevcudunun beş olarak hesap edileceği düzenlenmektedir. Ancak, 01.07.2016 tarihli 6723 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesi ile Yargıtay Kanunu’nun 7’nci maddesinde yapılan değişiklik üzerine üye sayısının üç olarak hesap edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

¹¹⁶⁰ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 03.11.2020 tarihli ve 245 sayılı kararı ile, Yargıtay 13’üncü Ceza Dairesi de 01.12.2020 tarihinden itibaren kapatılmıştır. Aynı kararla Yargıtay’ın 23’üncü Hukuk Dairesi’nin 04.02.2021 tarihinden, 17’nci Hukuk Dairesinin 08.04.2021 tarihinden ve 3’üncü Ceza Dairesinin ise 01.02.2021 tarihinden itibaren kapatılması kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla, bu tarihlerden sonra Yargıtay 13 hukuk dairesi ve 15 ceza dairesinden oluşacaktır. Kararın tamamı için bkz. RG, 05.11.2020, S. 31295.

Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun toplantısı olduğu günlerde hukuk daireleri; Büyük Genel Kurulu'nun toplantısı olduğu günlerde ise hiçbir daire çalışma yapamaz (Yarg. K. m. 42; Yarg. İç Yön. m. 13). Bu, Yargıtay dairelerinin iş yükü göz önüne alındığında kurulların toplanması bakımından ciddi bir sorun yaratmaktadır. Özellikle, dairelerin yerleşik içtihatlarından dönmelerinin içtihadı birleştirme kararı ile gerçekleştirilebileceğine yönelik hükmün uygulanamamasının sebebi bu olabilir.

Yargıtay içtihadı birleştirme kurulları toplantıya katılanların üçte ikisinin olumlu görüşü ile karar verir. Ancak birinci ve ikinci toplantıda bu sayıya ulaşamamış olunması hâlinde, üçüncü toplantıda bulunanların çoğunluğu ile karar verilir (Yarg. K. m. 41-42).

Kararların yazımına ilişkin usûlde ilke kararları ile düzenlenmiştir (İlke Kararlar m. 13 vd.). Kararın oyçokluğu ile alınması durumunda, karara muhalif olan üyeler görüşlerini 10 gün içinde yazılı olarak bildirebilirler.

İçtihadı birleştirme kararında varılan sonuca ilişkin özet, kararın verilmesinden itibaren en kısas sürede Adalet Bakanlığı'na ve Bakanlık aracılığı ile bütün adliye mahkemeleri ile cumhuriyet savcılıklarına bildirilir (Yarg. K. m. 45/6). Ayrıca bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır (Yarg. K. m. 58).

Yargıtay Kanunu'nun 15'inci maddesinde hukuk ve ceza genel kurullarının, çelişkili kararların varlığı ya da yerleşik içtihattan dönülmesi hâllerinde sorunu içtihadı birleştirme kararı ile kesin olarak çözüme bağlayacakları belirtilmiştir. Yine 16'ncı madde ile de Büyük Genel Kurul'un kararları aleyhine herhangi bir başvuru yolu bulunmadığı düzenlenmiştir. İçtihadı birleştirme kararı verilmesi talebinin reddi hâlinde ise gerekçesi açıklanarak yeniden başvuru yapılmasında herhangi bir engel yoktur.

6. İçtihadı Birleştirme Kararının Sonuçları

a. Bağlayıcılık

aa. Genel Olarak

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin düzenleme Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre, içtihadı birleştirme kararları, benzer hukukî konularda adliye mahkemeleri ile Yargıtay dairelerini ve

genel kurullarını bağlar¹¹⁶¹. Kanunda adliye mahkemeleri ile kastedilen hukuk ve ceza mahkemeleridir. Ayrıca Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlaması ile birlikte Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları bu mahkemeler açısından da bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık geçmişe etkili olmadığından kesinleşmiş mahkeme kararları açısından herhangi bir etkisi bulunmaz¹¹⁶².

İçtihadı birleştirme kararının varlığına rağmen mahkemenin bunu göz ardı ederek karar vermesi hâlinde, hukukun yanlış şekilde uygulanması söz konusu olacağından kararın kaldırılması gerekir¹¹⁶³. Bu durumda, istinaf aşamasında dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine mi gönderileceği yoksa bölge adliye mahkemesi tarafından mı inceleneceği hususu ise göz ardı edilerek verilen içtihadı birleştirme kararının niteliğine göre belirlenir. Örneğin, içtihadı birleştirme kararı ile, göreve ilişkin bir kanunî düzenlemenin yorumu yapılmış ancak ilk derece mahkemesince bu karar dikkate alınmaksızın göreve ilişkin bir karar verilmiş ise bu hâlde, istinaf aşamasında içtihadı birleştirme kararı gereğince görevli mahkeme tespit edilerek dosyanın gönderilmesine karar verilebilir (HMK m. 353/1, a, 3). Ayrıca, içtihadı birleştirme kararına konu hususun istinaf başvurusunda ileri sürülmesi de önem arz etmez. Bu karar dikkate alınmaksızın, içtihadı birleştirme kararının aksi yönde bir mahkeme kararı verilmesi çelişkili kararların ortaya çıkmasına ve adil yargılanma hakkının ihlâlüne yol açabilir. Bu ise hukukî istikrar ve güveni zedeleyeceğinden kamu düzeni aykırıdır. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesince kendiliğinden dikkate alınması gerekir (bkz. HMK m. 355).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371'inci maddesi ile, hukukun yanlış uygulanmış olması bozma sebebi sayılmıştır. İlk derece mahkemeleri gibi bölge adliye mahkemelerinin de içtihadı birleştirme kararına aykırı şekilde hüküm tesis etmesi hâlinde kararın Yargıtay

¹¹⁶¹ Diğer yargı kollarındaki içtihadı birleştirme kararların bağlayıcılığına ilişkin benzer düzenlemeler için bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 40; 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m. 58. İçtihadı birleştirme kararlarının normlar hiyerarşi bakımından kanunlarla eşit konumda oldukları yönünde bkz. **Teziç**, Anayasa, s. 97. İçtihadı birleştirme kararlarının kanunlara aykırı olamayacağı ve kanuna aykırı bir içtihadı birleştirme kararının kanun karşısında herhangi bir geçerliliği bulunmaması nedeni ile normlar hiyerarşisinde kanunların altında ve fakat tüzüklerin üstünde bir yerde bulunduğu yönünde bkz. **Gözler**, Giriş, s. 201-202.

¹¹⁶² **Kuru**, C. V, s. 4957; **Özekes**, İçtihat Aykırılığının Giderilmesi, s. 148.

¹¹⁶³ Bu yönde bkz. **Kuru**, C. V, s. 4959-4960. “Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulu'nca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumu'nu bağlayıcı nitelikte ise de, diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından, YSK kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 28/06/1976 tarih ve 1976/6-4 sayılı kararı da bu yöndedir. Adli Tıp İhtisas Dairesi'nden alınacak rapor ile YSK kararı arasında maluliyet oranına yönelik görüş ayrılığı bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp İlgili Üst Kurulu'na gönderilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Somut olayda, yukarıda açıklanan Yargıtay uygulaması gereği, davalı tarafın maluliyet oranına itirazına ilişkin ATK'dan rapor alınmaması hatalı bulunmuş olup, davalı tarafın istinaf başvurusu bu yönüyle yerinde görülmüştür.”, Sakarya BAM 10HD, 27.12.2018 T., 2018/230 E., 2018/148, www.lexpera.com, s.e.t. 04.06.2020. Berkin ise bu hâlde mahkemelerin güçlü gerekçeler sunarak içtihadı birleştirme kararlarından ayrılacaklarını savunmuştur. Bkz. **Berkin**, s. 56.

tarafından bozulması gerekir¹¹⁶⁴. Ancak, Yargıtay dairesi ya da genel kurulu ilgili konudaki içtihadı birleştirme kararına aykırı şekilde karar vermiş ve karar bu şekilde kesinleşmişse yargılamanın iadesi talep edilemez¹¹⁶⁵.

Öğretide, Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme kararına ilişkin görüşmelerinde ceza bölümünün; Ceza Genel Kurulu'nun görüşmelerinde ise hukuk bölümünün temsili söz konusu olmadığından, bu dairelerin ve genel kurulların görüşlerini açıklama imkânı bulamadıkları bir kararla bağlı olmamaları gerektiği savunulmuş ve Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir içtihadı birleştirme kararının ceza mahkemelerini, ceza dairelerini ve Ceza Genel Kurulu'nu bağlamayacağı ifade edilmiştir¹¹⁶⁶. Oysa Kanun'un lafzı, hangi kurul tarafından verildiğine bakılmaksızın alınan içtihadı birleştirme kararının bundan sonra Yargıtay'ın bütün kurul ve daireleri ile alt derece mahkemelerini bağlayacağını düzenlemektedir. İçtihadı birleştirme kararlarının, pozitif hukukta yer alan bir kuralın yorumu bakımından meydana gelen çelişkilerin giderilmesi için o hukuk alanında en yetkili olan üst kurula tanınan ve hangi yorumun hukuka daha uygun olduğunu belirleme yetkisi veren bir otoritenin sonucu olduğu muhakkaktır. Fakat kanun koyucu bu otoriteyi tanıırken aynı zamanda buna bir sınırlama da getirmiş; bu şekilde bir yorumun ancak ilgili genel kurulun yetki alanı içindeki mahkemeler bakımından geçerli olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay tarafından verilen ve özel hukuka ya da ceza hukukuna ilişkin bir kanunî düzenlemenin yorumu açısından varılan sonuçlardan hangisinin hukuka en uygun olduğunu belirleyen bir içtihadı birleştirme kararı, idare mahkemelerini bağlamaz. Aynı şekilde, Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği içtihadı birleştirme kararlarının da bu genel kurulun yetki alanı içinde, yani, kendisi, hukuk daireleri ve alt derece hukuk mahkemeleri için bağlayıcı olduğu; bunun dışında ceza daireleri ve Ceza Genel Kurulu bakımından bağlayıcı olmadığı kabul edilmelidir. Ancak, bunun Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmesi yerinde olur.

İçtihadı birleştirme kararlarının, bağlayıcılığı açıkça düzenlenmiş olmasına karşın bağlayıcılığın hangi aşamadan itibaren geçerli olduğu ise açıklanmamıştır. Bu bağlamda özellikle içtihadı birleştirme kararlarının mahkeme kararları gibi kesinleştiği andan itibaren mi bağlayıcı olduğu yoksa bağlayıcılık etkisinin kararın Resmî Gazete'de yayımı anından itibaren mi ortaya çıktığının tespiti gerekir. Öğretide, kesinleşme anı dikkate alınarak, kararın verildiği

¹¹⁶⁴ “Mahkemelerin ve hakemlerin içtihadı birleştirme kararına aykırı karar vermiş olmaları temyiz ve bozma sebebidir.”, YHGK, 25.01.2006 T., 2005/728 E., 2006/1 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.11.2019.

¹¹⁶⁵ **Kuru**, C. V, s. 4960. Bu hâlde, çelişkili karar bulunması nedeni ile içtihatların birleştirilmesinin istenemeyeceği yönünde bkz. **Kuru**, C. V, s. 4960.

¹¹⁶⁶ **Kuru**, İçtihadı Birleştirme, s. 28-29; **Kuru**, C. V, s. 4956. Aynı yönde bkz. **Çoşkun**, s. 113, 124.

andan itibaren bağlayıcılık kazandığı ileri sürüldüğü gibi¹¹⁶⁷; bunun aksine, kararın diğer normatif düzenlemeler gibi, kural olarak, Resmî Gazete’de yayımı anından itibaren bağlayıcı olduğu da savunulmuştur¹¹⁶⁸. Sorun, içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğine bağlı olarak çözülebilir. İçtihadı birleştirme kararları, Yargıtay daire ve genel kurulları ile adliye mahkemelerini bağlamakla birlikte; bunların kanunlar gibi normatif düzenlemeler olduğu kabul edilemez. Aksine, bu kararlar yargı kararı vasfını haizdir ve Kanun gereği bağlayıcıdır. Bu nedenle, içtihadı birleştirme kararlarının kesinleşmesi ve bağlayıcılık kazanabilmesi için Resmî Gazete’de yayımının beklenmesi gerekmez. Kararın, verilmesinin ardından en kısa sürede Adalet Bakanlığı’na ve mahkeme ve cumhuriyet savcılıklarına bildirileceğine ilişkin hüküm (Yarg. K. m. 45/6) de bu görüşü destekler niteliktedir. İçtihadı birleştirme kararları aleyhine herhangi bir kanun yolu ya da başka bir başvuru imkânı bulunmadığından, bu kararlar verildiği anda kesindir ve bu andan itibaren bağlayıcı biçimde uygulama alanı bulur¹¹⁶⁹.

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının kapsamı da bu noktada incelenmesi gereken bir diğer husustur. Kanunda her ne kadar kararın bağlayıcılığından söz edilse de bu bağlayıcılığın sadece içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonuç bakımından mı, yoksa kararın gerekçesi bakımından da mı geçerli olduğu açıklanmamıştır. Bu konuda 1976 tarihinde verilen içtihadı birleştirme kararına göre, “*ıçtıhadı birleştirme kararlarının netice kısmındaki ilkeler bağlayıcı niteliktedir*”¹¹⁷⁰. Esasen, bu ifade de içtihadı birleştirme kararının hüküm fıkrasında yer almamaktadır.

Öğretide de içtihadı birleştirme kararlarının sadece sonuç kısmının bağlayıcı olduğu; kararın gerekçesinde yer alan hususların ise açıklayıcı ve yol gösterici bir vasfı haiz olduğu ifade edilmiştir¹¹⁷¹. Bu konuda dile getirilen diğer görüşe göre ise bu noktada kesin hükme ilişkin olarak medenî usûl hukukunda yapılan yorumun benzerinin burada da yapılması gerekmektedir¹¹⁷². Kural olarak, mahkeme kararlarının hüküm fıkrası kesin hüküm vasfını haizdir¹¹⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kesin hükme ilişkin 303’üncü maddesinde kesin

¹¹⁶⁷ Bu yönde bkz. **Bilge, Necip**, Yayınlanmamış Birkaç İçtihat Birleştirme Kararı, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70’inci Yaş Armağanı, 1975, s. 654; **Çoşkun**, s. 115, 123.

¹¹⁶⁸ Bu yönde bkz. **Belgesay**, s. 818.

¹¹⁶⁹ Danıştay içtihadı birleştirme kararları bakımından aynı yönde bkz. **Zeybek**, s. 103.

¹¹⁷⁰ YİBBGK, 23.12.1976 T., 1976/7 E., 1976/6 K., RG, 19.02.1977, S. 15855.

¹¹⁷¹ **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 394. Ayrıca bkz. “*Kural olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile aydınlatıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır.*”, YHGK, 10.06.2015 T., 2014/52 E., 2015/1524 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.04.2020. Aynı yönde bkz. YHGK, 20.06.2019 T., 2015/2701 E., 2019/723 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.04.2020.

¹¹⁷² **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 33-34; **Kuru**, C. V, s. 4961.

¹¹⁷³ **Postacıoğlu, İlhan**, Kesin Hükümün Kapsamı, İBD, Y. 1990, S. 1-3, s. 11; **Kuru**, C. V; s. 5051; **Meriç**, Kesin Hüküm, s. 392; **Özkaya Ferendeci**, s. 7; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 112.

hükümden bahsedilebilmesi için ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olması gerektiği; 297'nci maddesi ile de hüküm fıkrasında gerekçeye ilişkin herhangi bir husus tekrar edilmeksizin yalnızca talepler hakkındaki sonucun belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, yargı kararları¹¹⁷⁴ ve öğreti¹¹⁷⁵ tarafından çoğu zaman hüküm sonucunun gerekçeye genişletilmesi yoluna başvurulmaktadır. Özellikle, hüküm fıkrasında varılan sonuçlarla gerekçenin sıkı bir irtibatının olduğu hâllerde, hüküm fıkrasının anlaşılabilmesi ancak gerekçenin de buna dahil edilmesi ile mümkündür¹¹⁷⁶. Aynı şekilde, içtihadı birleştirme kararları bakımından da her ne kadar sadece sonuç kısmı bağlayıcı olsa da kimi zaman sonuç kısmı ile gerekçenin sıkı irtibatı nedeni ile kararda varılan bağlayıcı sonucun anlamlandırılabilmesi, bağlayıcılığın gerekçeye genişletilmesi ile mümkündür¹¹⁷⁷.

Kanaatimizce, burada da emsal kararların bağlayıcılığına ilişkin görüşlerden hareket edilmelidir. Diğer bir deyişle, emsal kararların bağlayıcılığının kapsamında olduğu gibi, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının kapsamının belirlenmesinde de karara etki eden gerekçenin (*ratio decidendi*) dikkate alınması gerekir. Zira, içtihadı birleştirme kararları somut bir olayın çözümü bakımından değil; hukuk dünyasında anlamlandırılması ya da uygulanması bakımından soruna yol açan kurala yönelik soyut bir ilkenin ortaya konulmasına hizmet eder. Kararın sonuç kısmında varılan bu ilkeye hangi gerekçelerle ulaşıldığının ortaya konulması ve bundan sonra bu ilkenin hangi durumlarda uygulanması ya da hangi durumlarda uygulanmaması gerektiğinin tespiti bakımından karara etkili gerekçe büyük önemi haizdir. Buna karşın kararın gerekçesinde yer almakla birlikte, karara etkili olmayan ve sadece ilgili kurumları açıklamak işlevini üstlenen kısımların (*obiter dictum*) ise herhangi bir bağlayıcılığı

¹¹⁷⁴ Bu yönde bkz. Y6HD, 14.10.2014 T., 2014/9459 E., 2014/11019 K.; YHGK, 02.11.2011 T., 2011/561 E., 2011/668 K.; YHGK, 22.09.2010 T., 2010/413 E., 2010/41 K.; Y1HD, 05.06.2009 T., 2009/5325 E., 2009/6439 K., www.legalbank.com, s.e.t. 08.08.2019.

¹¹⁷⁵ **Postacıoğlu**, Usûl, s. 702; **Gürdoğan**, s. 43-44; **Bilge/Önen**, s. 700-701; **Kuru**, C. V, s. 5051; **Meriç**, Kesin Hüküm, s. 423; **Umar**, Şerh, s. 830; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 112-113; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 450. Bulut ise hükümle sıkı irtibatlı bulunan gerekçenin de kesinleştiğini söylemenin her durumda mümkün olmadığını, şayet ortak gerekçeye dayanılarak birden fazla hüküm verilmişse bu hâlde “*gerekçenin çoklu etkisi*”nden söz edileceğini; böyle bir durumda hükmün kısmen temyizi hâlinde ise her ne kadar aleyhine kanun yoluna başvurulmayan hüküm fıkrası kesinleşse de bu hükümle sıkı irtibatlı gerekçenin aleyhine kanun yoluna başvurulmuş diğer hüküm fıkrası ile de sıkı irtibatlı olması nedeni ile kesinleşmeyeceği ve hatta gerekliyse gerekçenin değiştirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Bulut, Uğur**, Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Hükmün Kısmen Temyizi ve Kesinleşmesi, MİHDER, Y. 2013/1, S. 24, C. 9, s. 114 vd.. Alman hukukunda ise kesin hükmün kapsamına gerekçenin dahil olmadığı, ancak hükmün yorumunda gerekçeden yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Prütting/Gehrlein**, § 322, para. 1, para. 29; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 322, para. 9, para. 23; **Zöller**, § 322, para. 30-31. Karş. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 322, para. 20.

¹¹⁷⁶ **Bilge/Önen**, s. 700 vd.; **Kuru**, C. V, s. 5051; **Meriç**, Kesin Hüküm, s. 423 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 450.

¹¹⁷⁷ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 33-34; **Kuru**, C. V, s. 4961. Aynı yönde bkz. YHGK, 24.11.1965 T., 685/428, **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 34. Benzer şekilde bkz. Y4HD, 06.02.1973 T., 1972/5259 E., 1973/1036 K., **Üstündağ**, Usûl, s. 65.

yoktur; ancak ilgili konuda kuralın yorumunda yüksek mahkemenin görüşü açısından yol gösterici olabilir¹¹⁷⁸.

ab. Diğer Yargı Kolları Bakımından Bağlayıcılık

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı hususunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri bu kararların diğer yargı kollarındaki mahkemelere etkileridir. Esasen, Yargıtay Kanunu’nun 45’inci maddesinin ifadesinin açıklığı karşısında Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının diğer yargı kollarındaki mahkemeler üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı kolaylıkla söylenebilir¹¹⁷⁹. Ancak konunun idarî yargı, uyuşmazlık yargısı ve Anayasa yargısı özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

aba. İdarî Yargı Bakımından

İdarenin kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği iş ve işlemlerinin denetimini yapmak idarî yargının görevidir¹¹⁸⁰. Anayasa’nın 155’inci maddesi uyarınca idarî yargıda en yüksek mercii Danıştay’dır. Diğer bir deyişle, idarî yargı Danıştay’a tâbi olarak faaliyet gösteren mahkemelerin oluşturduğu yargı koludur. Bu bağlamda farklı bir yargı kolu olmasından dolayı idarî yargıda yer alan mahkemeler açısından Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Ancak, hem idarî yargıda kimi hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacak olması hem de niteliği itibarıyla idarî yargıya tâbi olan bazı uyuşmazlıkların kanunla adlî yargının görev alanına dahil edilmesi bakımından konunun ayrıca incelenmesi lüzumu vardır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31’inci maddesi, bu kanunda düzenleme bulunmayan bazı hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Kanunda bu hâller, “...hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi,

¹¹⁷⁸ Bkz. YKD, 1994/4, s. 528, (naklen Üstündağ, Usûl, s. 65).

¹¹⁷⁹ Bu yönde bkz. **Bilge**, Armağan, s. 259; **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 29. Diğer yüksek yargı organlarının içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı bakımından da benzer düzenlemeler ilgili kanunlarda yer almaktadır. Örneğin, Danıştay Kanunu’nun 40’inci maddesinde bu husus şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: “*Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.*” (2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 40/1-4). Yine Sayıştay Kanunu’nun 58’inci maddesinde, “*Bu kararlara Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idareleri ve sorumlular uymak zorundadır.*” (6085 sayılı Sayıştay Kanunu m. 58/ 3, c. 2) denilerek, içtihadı birleştirme kararlarının sadece bu merciler bakımından bağlayıcı olduğu ortaya konulmuştur.

¹¹⁸⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 28; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 73; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 34. Benzer şekilde bkz. **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 87, 90. Ayrıca bkz. **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdari Yargılama Hukuku, 2020, s. 18.

ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası” olarak sayılmıştır. Hâl böyle olunca, bahsi geçen hususlarda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükmüne ilişkin bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararının mevcudiyetinin, idarî yargıda görülmekte olan davaya etkisinin açıklanması gerekmektedir.

Kanun lafzı dikkate alındığında, idarî yargıda yer alan mahkemeler bakımından Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının herhangi bir bağlayıcı etkisinden söz edilemez. Her ne kadar düzenlemenin amacı hukukun yeknesak biçimde ve eşit şekilde uygulanması olsa da bununla kanun koyucu yalnızca ilgili yüksek mahkemenin yargı kolu ile sınırlı bir yetki tanımak istemektedir¹¹⁸¹. Bu durum, bireyler arasındaki uyuşmazlıklar ile devletin taraf olduğu

¹¹⁸¹ Bu konuda Yargıtay ve Danıştay’ın vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları yol gösterici olabilir. Her ne kadar bu kararların verildiği tarihte 1730 sayılı Yargıtay Kanun’u yürürlükte bulunsada bu Kanun’un 20’nci maddesi ile şimdiki 45’inci maddeye benzer bir hüküm öngörüldüğünden, aşağıda açıklanacak kararlar kanaatimizce bugün de önemini korumaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 27.01.1973 tarihinde verilen bir kararda, idarenin yanlış ya da hukuka aykırı bir idarî işleme dayanarak bireylere yaptığı ödemelerin daha sonra bu işlemin geri alındığı gerekçesi ile iadesinin istenebilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda, öncelikle bu tip uyuşmazlıklarda idare hukukunun mu yoksa borçlar hukukunun ilkelerinin mi uygulanması gerektiği tartışılmış; bu uyuşmazlıkların idare hukukuna ilişkin kural ve ilkelerle çözüme kavuşturulması gerektiğinin çoğunluk tarafından kabul edilmesi üzerine ise hem karşılaştırmalı hukuk öğretisindeki hem de Türk hukuk öğretisindeki görüşlerden ve Danıştay kararlarından hareket edilmiş; kazanılmış hak ile kazanılmış (yerleşmiş) durumun birbirinden ayrılması ve bu ikinci hâlde hukukî istikrarın korunması gerekçesi ile şu sonuca varılmıştır:

“1-Yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart tasarrufunu (özellikle yanlış intibak işlemi), ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine;

2-Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınamayacağına,

3-Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere, hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiğine,

4 -Bu nedenle yanlış işlemin (intibakın) bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (aylıkların) hukuken geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü gerekmesi karşısında artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamayacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenemeyeceğine ve içtihatların bu yolda birleştirilmesine, ilk toplantı günü olan 27.1.1973 tarihinde üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi.” Bkz. YİBBGK, 27.01.1973 T., 1972/6 E., 1973/2 K.; RG, 04.04.1973, S. 14497.

Bu kararın varlığına rağmen, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu 22.12.1973 tarihinde bu hususta yeni bir karar vermiştir. Danıştay 5’inci Dairesi’nin yanlış terfi işleminin geri alınması üzerine haksız ödenen ücret farklarının iadesinin talep edilip edilemeyeceği yönünde birbirinden farklı kararların bulunması üzerine içtihatların birleştirilmesi istenmiş; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu ise sadece bu hususla bağlı olmaksızın, hukuka aykırı idarî işlemlerin geri alınması açısından da uygulamada sorunlar yaşandığını ve kararın bu konuyu da teşmil edilmesi gerektiğini kabul etmiş ve başvurudan daha kapsamlı bir inceleme yapılmasına karar vermiştir. Bu karar verilirken diğer gerekçelerin yanında, Yargıtay’ın bu konudaki içtihadı birleştirme kararının varlığı da dikkate alınmış ve “**Bundan başka Yargıtay bu konuyu karara bağlamıştır. Biz Danıştay olarak konuyu kesin bir karara bağlamazsak idarenin Yargıtay içtihadına göre işlem yapmasına yol açmış olabiliriz.....Öte yandan Yargıtay Fransız mahkemeleri içtihatlarının aynen Türkiye’de uygulanması ilkesini benimsemiştir. Biz aşağıda arz edileceği gibi yurtdışının gerçeklerine**

uyuşmazlıklar bakımından kuralın farklı şekilde yorumlanması ve uygulanmasına ve böylece eşitsizliklere yol açabilir. Ancak, Türk hukuk sisteminde eşit derece birden fazla yüksek mahkemenin bulunmasının temel sonuçlarından birisi, hukukun gerçek anlamda ülke genelinde yeknesak biçimde uygulanamamasıdır. Bu sorunun içtihadı birleştirme kararlarını düzenleyen

de uyacak bir içtihadın kabulüne taraftarız.” denilerek, Yargıtay kararına rağmen yeni bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun kararı şu şekildedir:

“1 - İdarenin, hatalı terfi veya intibak işlemine dayanarak ödediği meblağın istirdadına, bir mahkeme kararına lüzum olmadan karar verebileceğine ve bu karara karşı açılacak davaların çözümünün Danıştay’ın görevi içinde olduğuna 21.12.1973 gününde yapılan müzakerede oyçokluğuyla,

2 - İdarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine 22.12.1973 günü yapılan müzakerede oy birliğiyle,

3 - Yukarıda belirtilen istisnalar dışında kalan hatalı ödemelerin istirdadının, hatalı ödemenin ilk yapıldığı tarihten başlamak üzere 90 gün içinde kabil olduğuna ve 90 günlük süre geçtikten sonra istirdat edilemeyeceğine 22.12.1973 günü yapılan müzakerede esasta ve gerekçe de oyçokluğuyla karar verildi.”, DİBK, 22.12.1973 T., 1968/8 E., 1973/14 K., RG, 14.06.1974, S. 14915.

Esasen her iki karar da sonucu itibarıyla aynı yöndedir. Ancak Danıştay, Yargıtay kararının varlığına rağmen aynı yönde yeni bir hüküm tesis ederek kendi yargı çevresinde bu kararın uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay’ın söz konusu kararla vardığı sonuç idare hukuku açısından hatalı ya da kabul edilemez bir sonuç değildir. Aksine, bugün dahi idare hukukunda “müesses durum” kavramının açıklanmasında bu karardan da istifade edilmekte (bkz. **Boz, Selman Sacit**, Yargı Kararları Işığında Müesses Durum, DEÜHFD, Y. 2018, S. 20/2, s. 136 vd.); bu durumun tespiti açısından bu kararda belirlenen ölçütler öğretiler bugün de savunulmaktadır (bkz. **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, 2019, s. 458-461). Her ne kadar Danıştay’ın kararında, Yargıtay’dan farklı bir değerlendirme yapılacağı ifade edilmiş olsa da kararlar arasında varılan sonuçlar, hatta gerekçe bakımından birbirinden ciddi farklılıkları bulunmadığı da ortadadır. Aynı şekilde Yargıtay Büyük Genel Kurulu da bu kararı verirken, sonucu itibarıyla benzer olan Danıştay’ın 1952 tarihli içtihadı birleştirme kararına uymaktansa yeni bir karar vermeyi tercih etmiştir. Bu kararda, “*Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müstesna bir hak doğurmadığı aşikâr olmakla beraber bu terfin de sübjektif bazı tesir ve neticeler hâsıl ettiğinde şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfin kanunsuzluğu dolayısıyla bunun tesir ve neticelerini tehdit eden müphemiyet ve kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemez*”, denilerek, başlangıçtaki idarî işlemin hukuka aykırı olması ancak daha sonra hukuka uygun başka işlemlerin gerçekleştirilmesi hâlinde artık başlangıçtaki işlemin geri alınamayacağını ortaya konulmaktadır. Bkz. DİBK, 26.09.1952 T., 1952/15 E., 1952/244 K., RG, 26.11.1952, S. 8267.

Yüksek Mahkemeler tarafından verilen bu kararlar, Danıştay ve Yargıtay’ın birbirlerinin kararlarından yararlanabileceklerini ancak bununla bağlı olmadıklarını ortaya koymak açısından önemlidir. Zira, bir yüksek mahkemenin içtihadı birleştirme kurulu (örneğin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu) tarafından verilen kararları diğer yüksek mahkeme (örneğin Danıştay) bakımından bağlayıcı olsaydı, bu mahkemenin (Danıştay’ın) aynı yönde yeni bir içtihadı birleştirme karar vermesi de gerekmezdi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bu konuda 1984 yılında verdiği bir kararda Yargıtay içtihadı birleştirme kararının aksine karar vermiş ve şu sonuca varmıştır: “*Bu içtihadı birleştirme kararının, idare tarafından yapılan bütün ödemelere uygulanması halinde, idarenin haksız iktisap kurallarından hiçbir zaman yararlanamaması ve memurların yapmış oldukları bütün hatalı ödemelerin idare tarafından, gerek ödeme yapılan kişilerden, gerekse ödemeyi yapan görevlilerden geri alınamaması gibi bir sonuç doğar ki, idareyi işlemez ve iş göremez bir duruma sokacak olan böyle bir sonucun hukukça savunulması mümkün değildir. Bu nedenle İçtihadı Birleştirme Kararının kapsamı dışında kalan ve herhangi bir şart tasarrufa dayanmayan salt hatalı ödemelerin, idare tarafından Borçlar Hukukunun haksız iktisap kurallarına dayanılarak geri istenebileceğinin kabulü gerekir.*”, YHGK, 05.12.1984 T., 1982/387 E., 1984/997 K., www.lexpera.com, s.e.t., 02.07.2020. Bu karar, yargı kolu açısından bu tür uyuşmazlıkların idarî yargının görevine tâbi olduğunu kabul eden Danıştay içtihadı birleştirme kararından ayrılmaktadır. Yargıtay daireleri halen Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararının Danıştay içtihadı birleştirme kararına istisna getirdiğinden bahisle, Danıştay’ın kararından farklı şekilde hüküm tesis edebilmektedir. Örneğin bkz. Y3HD, 21.12.2017 T., 2016/12008 E., 2017/18046, www.lexpera.com, s.e.t., 02.07.2020.

hükmün yorumu ile çözümlenmesi beklenemez¹¹⁸². Aksi bir kabul, yüksek mahkemelerin birbirlerinin yetki alanlarına müdahalesi ve anayasaya aykırılık sonucunu doğurur¹¹⁸³. Ayrıca, idarî yargının koruduğu menfaatler özel hukukta korunan menfaatlerden; bu hukukun tâbi olduğu ilkeler de yine özel hukuka özgü ilkelerden farklı olduğundan kuralın anlamlandırılması ve uygulanması da birbirinden farklılık gösterebilir. Bu durumun gerçek manada bir eşitsizlik yarattığı da söylenemez. Yüksek mahkemelerin birbirlerinin içtihatlarından yararlanmasında ise elbette herhangi bir beis yoktur¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² Yüksek mahkemeler arasındaki içtihat farklılıklarının giderilebilmesi ve böylece ülke genelinde hukukun yeknesak şekilde uygulanabilmesi için, yapılacak bir kanun değişikliği ile Uyuşmazlık Mahkemesi'ne böyle bir görevin verilebileceği yönünde bkz. **Duran**, s. 23 vd.; **Yeşil, Ufuk**, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2015, s. 346 vd..

¹¹⁸³ **Bilge**, Armağan, s. 259.

¹¹⁸⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen kararda, ilk derece mahkemesinin kararının bozulması üzerine bu bozmaya uyularak yeniden verilen kararın da tekrar bozulması durumunda Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı ile benimsediği usulî müktesep hak kurumunun ve bunun istisnalarının idarî yargıda da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Kararda, "Yargıtay'ın 4.2.1959 günlü, E:1957/13, K:1959/5 sayılı ve 9.5.1960 günlü, E:1960/21, K:1960/9 sayılı içtihadı birleştirme kararlarıyla, hukukta uygulamaya giren usuli kazanılmış hak, bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak olarak tanımlanmaktadır. İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararı üzerine temyiz yerinin bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen bu ilke, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide de kabul görmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.7.2006 günlü, E:2006/4-519, K:2006/527 sayılı kararında da belirtildiği üzere, bu ilkenin kimi istisnaları da bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı ya da geçmişe etkili bir yasa çıkması; uygulanması gereken bir yasa hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilmesi hallerinde, usuli kazanılmış hakka göre değil, ortaya çıkan yeni hukuki durumlara göre karar verilmesi gerekmektedir. Bunların dışında, görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış hakkın uygulanması mümkün değildir." denilmiş ve usulî müktesep hakkın idarî yargıda açıkça düzenlenmediğini ancak uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bkz. DİDDK, 24.12.2009 T., 2006/149 E., 2009/3386 K.; DİDDK, 07.04.2011 T., 2007/1221 E., 2011/215 K., www.lexpera.com, s.e.t. 02.07.2020.

Kamulaştırma Kanunu'na aykırı şekilde idarenin fiilen el atması nedeni ile açılan müdahalenin men'i ve tazminat davalarında görevli yargı yerine ilişkin olarak da Danıştay 6'ncı Dairesi; "Öte yandan, İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir ayni hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim, yukarıda belirtilen genel kabul doğrultusundaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 11.2.1959 günlü, E:1958/17, K:1959/15 sayılı kararının III. bölümünde, "İstimsalsiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Ve bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır. Ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir." gerekçesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; uyuşmazlığa konu taşınmazın 11.03.1987 tarihinde onaylanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planında "semt spor alanı" olarak belirlendiği, davacının mülkiyet bağının 22.09.2010

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının idarî yargı bakımından bağlayıcılığı konusunda akla gelebilecek diğer husus, idarî yargının konusuna dahil olmakla birlikte kanunla adlî yargının görev alanına dahil edilen uyuşmazlıklardır¹¹⁸⁵. Bu hâlde esasen idarenin kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği iş ya da işlemde kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusudur. Buna karşın kanun koyucu söz konusu uyuşmazlığın adlî yargıda incelenip karara bağlanmasını öngörmüştür. Bu çerçevede, hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dayanılarak açılacak tazminat davalarının (HMK m. 47) ya da icra ve iflâs dairelerinin görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının (İİK m. 5) idare aleyhine adlî yargıda görüleceğine ilişkin düzenlemeler örnek gösterilebilir. Anayasa'nın 129'uncu maddesi gereğince, kamu görevlilerin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı yalnızca idare aleyhine tazminat davası açılacağı açıkça kabul edilmiştir¹¹⁸⁶ (AY m. 129/5). Bu hâlde esasen uyuşmazlığın taraflarından birinin idare olduğu ve uyuşmazlığın kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin kullanımı nedeni ile ortaya çıktığı dikkate alındığında, söz konusu uyuşmazlığın çözüm mercii idarî yargı olmalıdır. Oysa, kanun koyucu açıkça adlî yargının görevli olduğunu düzenlemiştir. Bahsi geçen örneklerde idare aleyhine kamu gücünü kullanarak faaliyette bulunan kişilerin kusurları nedeni ile bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. Gerek hâkimlerin hukukî sorumluluğundan gerekse icra ve iflâs memurlarının kusurundan kaynaklanan tazminat davaları açısından haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları için aranan şartların dikkate alınması gerektiği öğretide dile getirilmektedir¹¹⁸⁷. Diğer bir deyişle bu uyuşmazlıkların çözümünde idarî yargının ilke ve esasları dikkate alınmamakta,

tarihinde kurulduğu, davacı tarafından söz konusu taşınmazın kamulaştırılması için Muratpaşa Belediye Başkanlığı ile Gençlik ve Spor Bakanlığına başvuruda bulunduğu, bu talebin eddi üzerine bakılan davanın açıldığı, Mahkemece yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapordan taşınmazın bir kısmına pazar yeri olarak kullanmak üzere beton dökülmek suretiyle fiilen el atıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; taşınmazın bir kısmına pazar yeri olarak kullanmak üzere beton döküldüğünden parselin bütünü açısından fiili el atmanın oluştuğu, başka bir ifadeyle bir bütün olan taşınmazın tamamı açısından fiili el atmanın varlığı kabul edilerek değerlendirme, Fiili el atmadan doğan zararın tazminine yönelik davanın ise özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümü adli yargı yerine ait olup davanın kısmen kabulüne ilişkin kararda isabet bulunmamaktadır.” şeklinde karar vermiştir. Bkz. D6D, 26.09.2018 T., 2016/6163 E., 2018/7076 K., www.lexpera.com, s.e.t. 02.07.2020.

¹¹⁸⁵ İdarî yargının konusuna dahil olmakla birlikte idarî yargının görev alanı dışında bırakılan uyuşmazlıklar için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, İdari Yargılama, s. 137 vd..

¹¹⁸⁶ Öğretide hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmünün Anayasa'nın 129'uncu maddesinin beşinci fıkrasına da uygun olduğuna ilişkin gerekçesi eleştirilmiş ve hâkimlerin memur olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 131.

¹¹⁸⁷ Hâkimlerin hukukî sorumluluğu bakımından haksız fiil sorumluluğunun koşullarının aranacağı yönünde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 135; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 84. İcra ve iflâs memurlarının kusurlarından dolayı idare aleyhine açılan davalarda haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **Kuru, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, s. 99; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 46; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 63; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, İcra, s. 41.

bahsi geçen davalar adlî yargıda özel hukuk hükümlerine göre incelenerek neticelendirilmektedir¹¹⁸⁸. Söz konusu tazminat davaları adlî yargıda görüleceğinden yargılama usûlü bakımından da Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Bu bağlamda, her ne kadar konusu itibari ile idarî yargıya tâbi olsa da kanunla adlî yargının görev alanına dahil edilmiş uyuşmazlıklarda, uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin olarak Yargıtay içtihadı birleştirme kararı bulunması durumunda bu karardan ayrılmayı haklı gösterecek herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

abb. Uyuşmazlık Yargısı Bakımından

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının Uyuşmazlık Mahkemesi bakımından bağlayıcı etkisinin bulunup bulunmadığı da ayrıca incelenmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesi, adlî ve idarî yargı kolları arasında meydana gelen görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözüme bağlamakla görevlidir (2247 s. K. m. 1). Hakkında içtihadı birleştirme kararı bulunan bir konuyla ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin karar vermesi gerektiği durumlarda sorunun ne şekilde çözüleceği belirsizdir. Örneğin, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile adlî yargı mahkemelerinin görev alanına girmediğine karar verilen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak idarî yargı mahkemelerinden birinin de kendini görevsiz sayması ya da tam tersi bir durumda, sorunun Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kesin bir biçimde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Uyuşmazlık mahkemesinin, adlî yargı mahkemesinin görevli olduğuna karar vermesi hâlinde ilgili adlî yargı mahkemesi bakımından aynı konuda birbiriyle çelişen bağlayıcı iki karar gündeme gelir. Benzer şekilde hüküm uyuşmazlıkların söz konusu olması da muhtemeldir. Yine, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlığına ilişkin verdiği karardan sonra henüz yargılama devam ederken o konuda mahkemenin görevli olmadığına ilişkin olarak verilen içtihadı birleştirme kararının bu dava bakımından etkisi de tartışma konusu yapılabilir¹¹⁸⁹.

Öğretide genellikle savunulan görüşe göre, uyuşmazlık mahkemesi kararları somut olay bakımından bağlayıcı bulunduğu¹¹⁹⁰ mahkemenin içtihadı birleştirme kararının aksine de

¹¹⁸⁸ Danıştay Türk Medeni Kanunu'nun 1007'nci maddesi uyarınca tapu sicilinin hatalı tutulması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminine yönelik olarak devlet aleyhine açılan bir davada, bu hâlde kanun koyucunun devletin özel hukuk ilkelerine göre sorumluluğunu kabul ettiği gerekçesi ile adlî yargının görevli olduğunu kabul etmiştir. Bkz. D6D, 14.09.2011 T., 2009/13615 E., 2011/3170 K., www.legalbank.net, s.e.t. 06.10.2020.

¹¹⁸⁹ **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 31.

¹¹⁹⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 86. “Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ve Uyuşmazlık Mahkemesinin yukarıda izah edilen mezkur kararlarının ışığı altında davacı ...'nın davacı ... Halk Eğitim Müdürlüğünde 1901009873112 sicil numaralı işçi olarak Makine Nakış Öğretmeni statüsünde kıdem

olsa Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararını uygulaması gerekir¹¹⁹¹. Somut olay dışında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı bağlayıcı niteliği haiz olmadığından, içtihadı birleştirme kararının uygulanmasına devam olunur¹¹⁹². Uyuşmazlık Mahkemesi'nin farklı yargı kolları arasında çıkan görev (yargı kolu) ya da hüküm uyuşmazlıklarının nihaî şekilde çözüm mercii olduğu Anayasa ile hüküm altına alınmıştır (AY m. 158). 2247 sayılı Kanun'un düzenlemesi dikkate alındığında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yargıtay ya da Danıştay denetiminden geçerek kesinleşen görev ya da hüküm uyuşmazlıklarında (2247 s. K. m. 14, m. 24) söz konusu kararları kaldırarak karar verebilme yetkisine sahip olduğu düşünüldüğünde¹¹⁹³, öğretide savunulan görüş Anayasa'ya uygundur. Ancak bu, uygulamada daha fazla çelişkili kararın gündeme gelmesine sebebiyet verebilir¹¹⁹⁴.

tazminatına yönelik davasının Adli Mahkemelerde karara bağlanması gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır.” gerekçesiyle direnilmiş olup; Mahkeme direnmesinde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin emsal davalarda verdiği kararlar ile Dairenin onama kararına istinad edilmiştir. Bilindiği üzere Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları kesin olup, ilgili yargı mercilerince bu kararlara uymak ve onları geciktirmeksizin uygulamakla ödevli olduğundan, Dairenin atfı yapılan onama kararı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı üzerine görülen davaya ilişkin olup Dairemizin halihazırdaki müstekâr uygulamalarına aykırı bir durum bulunmadığı gibi Uyuşmazlık Mahkemesi'nce verilen kararın bağlayıcılığının ilgili davayla sınırlı olması ve genele teşmil edilememesi karşısında Dairemiz bozma kararı usul ve yasaya uygun olup direnmenin yerinde olmadığı anlaşılmıştır.”, Y9HD, 20.02.2019 T., 2019/1389 E., 2019/4167 K., www.lexpera.com, s.e.t. 02.07.2020.

¹¹⁹¹ **Tuncay**, s. 275-277; **Bilge**, Armağan, s. 268; **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 30-31; **Işıklar, Celal**, İdari Yargıda İctihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları, TAAD, Y. 4, S. 14, s. 495; **Yeşil**, s. 347. Tuncay, bu düşüncenin sorunun çözümü bakımından yeterli olmadığını, göreve ilişkin konularda içtihadı birleştirme kararı verilmemesinin yerinde olacağını düşünmektedir. Bkz. **Tuncay**, s. 277.

¹¹⁹² **Tuncay**, s. 275-277; **Bilge**, Armağan, s. 268; **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 31; **Yeşil**, s. 347. 2247 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin daireleri arasında meydana gelen çelişkilerin giderilmesi için Genel Kurul tarafından ilke kararı verilebileceği düzenlemiş; görev konusunda verilen ilke kararlarının Uyuşmazlık Mahkemesi'ni ve bütün yargı mercilerini bağlayacağı kabul edilmişti. Bu düzenleme karşısında, bir uyuşmazlığın adli ya da idarî yargıya tâbi olduğu hususunda ilke kararının bulunması hâlinde artık o konuda içtihadı birleştirme kararına rağmen ilke kararının uygulanması gerekirdi. 2247 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi 02.07.2018 tarihinde 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 183'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmış (bkz. RG, 09.07.2018, S. 30473, 3. Mükerrer), yerine yeni bir hüküm de ihdas edilmemiştir. Bu sebeple bugün için bu tartışmaya gerek kalmamıştır.

¹¹⁹³ **Yeşil**, hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararını kaldırarak yeni bir hüküm tesis edebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Yeşil**, s. 347. Oysa, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararını kaldırabilme yetkisi bulunmaz. Burada yalnızca içtihadı birleştirme kararına dayanılarak verilen ve yüksek mahkemenin onayından geçerek kesinleşen bir mahkeme kararının kaldırılması söz konusu olabilir.

¹¹⁹⁴ İdare tarafından yapılan haksız ödemenin iadesine konu bir uyuşmazlıkta, adli yargıda açılan davada ilk derece mahkemesinin Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararına istinaden davacı idare tarafından iptal davası açılma süresi içinde iadenin talep edilmediği gerekçesi ile iadeye karar verilemeyeceği yönündeki kararı Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi tarafından “Mahkemenin dayandığı İ.B.K ile çözümlenen husus; hatalı intibak veya hatalı terfi işlemi gibi bir şart tasarrufun sonradan idare tarafından geri alınması halinde, daha önce bu şart tasarrufa dayanılarak memura yapılmış olan fazla ödemenin nedensiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenmesinin idare hukuku ilkelerine göre mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu İ.B.K.nın idare tarafından yapılan bütün ödemelere uygulanması halinde, idarenin haksız iktisap kurallarından hiçbir zaman yararlanamaması ve memurların yapmış oldukları bütün hatalı ödemelerin idare tarafından gerek ödeme yapılan kişilerden, gerekse ödemeyi yapandan geri alınamaması gibi bir sonuç doğuracağı ve bununla idareyi işlemez duruma getireceği kabul edilmelidir. Herhangi bir şart tasarrufuna dayanmayan salt hatalı ödemenin Borçlar Hukukunun haksız iktisap kuralları çerçevesinde

abc. Anayasa Yargısı Bakımından

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının Anayasa Mahkemesi’ni bağlayıp bağlamadığı da içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı kapsamında cevaplanması gereken bir diğer husustur. Öğretide bu konuda dile getirilen bir görüşe¹¹⁹⁵ göre, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunî düzenlemenin anayasaya aykırı olup olmadığının tespitinde bu düzenlemeye ilişkin herhangi bir içtihadı birleştirme kararı olup olmadığı incelenmelidir; şayet içtihadı birleştirme kararı bulunmaktaysa, değerlendirmenin bu kararda varılan sonuç çerçevesinde yapılması gerekir. Çünkü, içtihadı birleştirme kararları hukuk kuralının ne şekilde yorumlanacağını ve uygulanacağını belirlemekte ve varılan sonuç mahkemeleri bağlamaktadır. Dolayısıyla, kanun hükmünün uygulamada ne şekilde anlaşıldığı ve uygulandığı Anayasa’ya aykırılık denetimi bakımından önem arz eder. Şayet, kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi’nce yapılan yorumu dikkate alındığında Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilir ve bu nedenle hükmün iptali talebi reddedilirse; buna karşın hükmün yorumu bakımından içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonuç Anayasa’ya aykırılık sorunu meydana getirirse, bu hâlde mahkemelerin içtihadı birleştirme kararına uygun şekilde karar vermeleri gerektiğinden, kuralın Anayasa’ya aykırı şekilde uygulanması söz konusu olur. Aksine, aslında Anayasa’ya aykırı olan bir kanun hükmünün içtihadı birleştirme kararı ile benimsenen Anayasa’ya uygun yorumu ile artık iptal

istenip istenemeyeceği tartışılmadan yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” gerekçesi ile bozulmuş; buna uygun şekilde verilen karar ise 21.09.2011 tarihinde onanmıştır. Bkz. Y3HD, 21.09.2011 T., 2011/12027 E., 2011/13510, www.lexpera.com, s.e.t. 03.06.2020. Davalı çalışan ise aynı hususta idarî yargıda bir dava açmış; bu davada ise ilk derece mahkemesinin kamu zararı nedeni ile fazla ödenen paranın iadesi gerektiği yönündeki kararı Danıştay’ın 2’nci Dairesi tarafından, “Kamu görevlilerine sehven yapılan fazla ödemelerin geri alınmada, tıpkı 5018 sayılı Kanun öncesinde olduğu gibi Danıştay içtihatları Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 günlü, E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararının uygulanması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.” gerekçesi ile bozulmuş ve ilk derece mahkemesince bozmaya uygun şekilde verilen karar ise 12.03.2012 tarihinde onanmış; karar düzeltme talebi de reddedilerek karar kesinleşmiştir. Bkz. D2D, 22.02.2013 T., 2012/7723 E., 2013/967 www.lexpera.com, s.e.t. 03.06.2020. İlk davanın davalısı, ikinci davanın davacısı konumundaki çalışanın farklı yargı kollarında, aynı konuda kesinleşmiş iki farklı hüküm bulunduğu gerekçesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi’ne başvurarak sorunun çözüme kavuşturulmasını talep etmesine üzerine Uyuşmazlık Mahkemesince, Danıştay içtihadı birleştirme kararına dayanılarak verilen İdare Mahkemesi hükmünün kaldırılması ve uyuşmazlığın sebepsiz zenginleşme hükümlerince fazladan ödenen paranın iadesi yönünde çözüme kavuşturulması gerektiğine oy çokluğu ile karar verilmiş; karara muhalif kalan üyeler ise uyuşmazlık konusuna ilişkin Danıştay ve Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarına uygun şekilde bir kararın verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. UM, Hukuk Bölümü, 13.10.2014 T., 2013/1607 E., 2014/887 K., www.lexpera.com, s.e.t. 03.06.2020. Örnek için bkz. Yeşil, s. 349 vd.. Kaldı ki Uyuşmazlık Mahkemesi bu konuda sonraki tarihte verdiği kararlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak sorunun çözülemeyeceğini, Danıştay içtihadı birleştirme kararı dikkate alınarak benimsenen çözümlerin yerinde olduğunu kabul etmiş (bkz. UM, Hukuk Bölümü, 25.11.2019 T., 2018/272 E., 2019/760 K.; UM, Hukuk Bölümü, 26.03.2018 T., 2016/543 E., 2018/134 K., UM, Hukuk Bölümü, 26.02.2018 T., 2016/671 E., 2018/106, www.lexpera.com, s.e.t. 03.06.2020) ve böylece kendi kararları arasında da çelişki yaratmıştır.

¹¹⁹⁵ **Seçkin, Recaî**, Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına, 55 Yıl 55 Makale, 2017, s. 258-259; **Bilge**, Armağan, s.264-265. Hatta Seçkin’e göre, Anayasa Mahkemesi yüksek mahkemelerin yerleşik içtihatlarını da kanunî düzenlemelerin anayasaya uygun yorumu bakımından dikkate almalıdır. Bkz. **Seçkin**, s. 292.

edilmesine gerek kalmadığı da ifade edilebilir¹¹⁹⁶. Özellikle böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin incelemesinden sonraki bir tarihte içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması gibi bir nedenle kanunun Anayasa'ya aykırı şekilde uygulanması gündeme gelirse, bu durumda düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin olarak yeniden Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği, bu nedenle herhangi bir sorunun meydana gelmeyeceği kabul edilmiştir¹¹⁹⁷. Oysa, Anayasa'nın 152'nci maddesinin dördüncü fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin esastan reddine karar verdiği kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile tekrar başvuru yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımının üstünden on yılın geçmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu görüşün benimsenmesi hâlinde, içtihadı birleştirme kararının kaldırılması ya da değiştirilmesi gibi bir durumda on yıl boyunca Anayasa'ya aykırı düzenlemenin yürürlükte kalmasına imkân tanınmış olur.

Bu noktada, kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin düzenlemeden ve bu konudaki uygulama ve öğreti görüşlerinden hareketle bir sonuca ulaşılabılır. Hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de içtihadı birleştirme kararı verebilmek yetkisine sahip Yargıtay ve Danıştay'ın Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayılmış olmasına karşın, Anayasa'nın 153'üncü maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının yargı organlarını ve bu çerçevede Yargıtay'ı ve Danıştay'ı da bağlayacağı kabul edilmiştir. Aksi bir düzenlemeye ise mevzuatımızda rastlanmamakta; buna karşın genel olarak kanunların yorumu bakımından Anayasa'ya uygun yorumun dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, doğrudan içtihadı birleştirme kararları ile ilgili olmasa da konuyla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz 1967 tarihli bir kararda¹¹⁹⁹ görüşünü şu şekilde ortaya koymuştur:

“Anayasa Mahkemesinin, Anayasa denetimi görevini yaparken bir kanun hükmünün Yüksek Mahkemelerce uygulanmasında benimsenen içtihatlarla bağlı olduğunu gösteren bir hüküm ne Anayasa’da ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almıştır. Esasen yüksek Mahkeme içtihatlarının değişmez olmadığı, zaman zaman, içtihat değişikliklerinin meydana geldiği, Yüksek Mahkeme Daireleri ile Genel Kurul kararlarının aynı kuruluş içindeki diğer daireleri dahi bağlayıcı niteliği bulunmadığı göz önünde tutulunca, bunların, Anayasa Mahkemesini bağlayıcı olduğunu ileri sürebilmek için haklı bir hukuki neden gösterilemez. Bu açıklamalardan şu sonuç çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi, gerek iptal gerek itiraz

¹¹⁹⁶ Bilge, Armağan, s. 265.

¹¹⁹⁷ Bilge, Armağan, s. 266.

¹¹⁹⁸ Bkz. § 1, C, 6. Bu yönde ayrıca bkz. YİBBGK, 28.06.1976 T., 1976/6 E., 1976/4 K., www.legalbank.net, s.e.t. 21.08.2019; YİBBGK, 22.01.1988 T., 1986/5 E., 1988/1 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.10.2019.

¹¹⁹⁹ AYM, 21.11.1967 T., 1967/9 E., 1967/41 K., www.hukukturk.com, s.e.t. 04.11.2019.

yolu ile Anayasaya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa'ya uygunluğu denetlenmelidir”.

Yukarıda yer verilen karardan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadığının denetiminde diğer yüksek mahkemelerin yorumundan bağımsız (otonom) bir yorum anlayışını benimsemiştir. Bu görüş, öğretide de kabul edilmektedir¹²⁰⁰. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi karar verirken diğer mahkemelerin yorumlarını ve bu sırada içtihadı birleştirme kararlarını dikkate almak zorunda değildir; aksine ilgili yüksek mahkemenin içtihadı birleştirme kararı ile bağlı kalmaksızın kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetler.

Ancak, Anayasa Mahkemesi kimi zaman kuralı yorumlayarak bu yorumun kabulü hâlinde Anayasa'ya aykırılık bulunmayacağından hareketle iptal taleplerini reddetmektedir. Bu hâlde, kural yalnızca Anayasa Mahkemesi'nin yorumlandığı şekliyle uygulanırsa Anayasa'nın ihlâlî söz konusu olmaz. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kanunî düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu hususundaki yorumunun da diğer mahkemeler bakımından bağlayıcılığı tartışmalıdır¹²⁰¹. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda, sadece kararın sonuç kısmının değil sonucun dayanağını teşkil eden yorum kısmının da diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir.

¹²⁰⁰ Gözler, Anayasa, C. II, s. 839; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1143.

¹²⁰¹ Hakkında içtihadı birleştirme kararı bulunan bir hukukî düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nce yapılan değerlendirme önemlidir. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi, aynı konuya ilişkin daha önce de Anayasa Mahkemesi'nden iptal talebinde bulunulduğu ve Mahkemece kuralın ne şekilde anlamlandırılması gerektiği açıklanarak iptale gerek olmadığına karar verildiği, buna karşın Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı ile bağlı kalarak sorunu Anayasa Mahkemesi'nin önceki iptal taleplerini ret kararlarında benimsenen görüşün aksi şekilde çözüme kavuşturduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, kararda “*Yeri gelmişken şu yön de açıklanmalıdır ki, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya uygunluk denetimi görevini yaparken bir Kanun hükmünün yüksek mahkemelerce uygulanmasında benimsenen görüşlerle bağlı olduğunu gösteren bir hüküm, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almış değildir. Yüksek mahkeme içtihatlarının değişmez olmadığı; zaman zaman içtihad değişikliklerinin ortaya çıktığı; yüksek mahkeme daireleri ile genel kurul kararlarının aynı kuruluş içindeki daireleri dahi bağlayıcı bulunmadığı, göz önünde tutulunca, bunların Anayasa Mahkemesi'ni bağlayacağını savunabilmek için haklı bir hukuki neden de gösterilemez. Bu yön, Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1969 günlü, 1969/30-65 sayılı Kararında “Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası gerekse itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk görüşü ve anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa'ya uygunluğu denetlenmelidir” görüşü savunulmaktadır.....Anayasa Mahkemesinin kararı bu doğrultuda olmasına karşın yüce Yargıtay, Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu yorumun bağlayıcı olmadığına karar vermiş bu güne değin, 26. maddenin birinci bendine göre, kanun ve kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebileceği görüşünü sürdürde gelmiştir. Böylece aynı konuda her iki Yüksek Mahkeme, yasanın yorumunda çelişkiye düşmüş bulunmaktadır. Oysa öğretideki baskın görüş, Anayasa Mahkemesinin Anayasal yorumunun yargıyı ve herkesi bağlayacağı doğrultusundadır”* denilerek Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay'ın yorumu ile bağlı olmadığı ve fakat Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun Yargıtay'ı da bağlayacağı belirtilmiştir. Bkz. AYM, 23.11.2006 T., 2003/10 E., 2006/106 K., www.lexpera.com, s.e.t. 04.07.2019.

Öğretide de Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin diğer mahkemeler bakımından bağlayıcı nitelikte olduğu savunulmuştur¹²⁰². Özellikle, Anayasa'nın 153'üncü maddesi ile iptal kararlarının gerekçeli olması gerektiği düzenlenmiş olduğundan gerekçe bu kararların ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu düzenlendiğinden bu kararların bir kül hâlinde bağlayıcılığının kabulü gerekir. Bu çözüm tarzı, kanunların yorumunda Anayasa'ya uygun davranmaları gereken mahkemeler bakımından yol göstericidir. Bu çözümün benimsenmesi, içtihadı birleştirme kararları ile ilgili sorunu ortadan kaldırabilir. Kanunî düzenlemenin kendisinin Anayasa'ya aykırı olmamasına karşın içtihadı birleştirme kararı ile Anayasa'ya aykırı şekilde yorumlanması söz konusu ise bu durumda Anayasa Mahkemesi kanun hükmünü iptal etmez. Anayasa Mahkemesi'nce düzenlemeye verilen anlam diğer yüksek mahkemeler bakımından da bağlayıcı olduğundan artık buna aykırı içtihadı birleştirme kararının uygulanma alanı da kalmaz.

ac. Tahkim Yargılaması Bakımından

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde hakem mahkemeleri görevlendirilebilir¹²⁰³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre hakemlerin yargılama usûlü bu Kanun'un emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile serbestçe belirlenebilir (HMK m. 424). Yine uyuşmazlığın esası bakımından uygulanacak maddî hukuk kurallarını da taraflar özgürce seçebilir¹²⁰⁴. Devlet mahkemelerine nazaran taraf iradesine üstünlük tanınan tahkim usûlünde, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının, hakem mahkemeleri bakımından bağlayıcı olup olmadığı akla gelebilir. Öğretide, herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin, yalnızca Yargıtay kararlarına dayanılarak içtihadı birleştirme kararlarının hakemleri de bağladığı kabul edilmiştir¹²⁰⁵.

Yargıtay Kanunu'nun içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin düzenlemesinin lafzına bakıldığında, hakem mahkemelerini kapsamadığı düşünülebilir. Ancak

¹²⁰² Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizdeki Kazaî Murakabe Sistemi, 1967, s. 149; Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, s. 294. Aksi yönde bkz. Gözler, Anayasa, C. II, s. 827; Özbudun, Anayasa, s. 453-454.

¹²⁰³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 601; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 725.

¹²⁰⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 748.

¹²⁰⁵ Oğuzman/Barlas, para. 451; Dural/Sarı, para. 912. “Hiç kuşku yoktur ki, içtihadı birleştirme kararları ilke kararlarıdır ve benzeri hukuki konularda da Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Bu husus Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Mahkemelerin ve hakemlerin içtihadı birleştirme kararına aykırı karar vermiş olmaları temyiz ve bozma sebebidir.”, YHGK, 25.01.2006 T., 2005/728 E., 2006/1 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.11.2019. Aynı yönde bkz. YHGK, 20.02.1963 T., 71/21.

gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi olan hakem kararları aleyhine Bölge Adliye Mahkemeleri'nde iptal davası açılabilceğı; bu kararlar aleyhine ise temyiz kanun yoluna gidilebileceğı düzenlenmiştir (HMK m. 439; MTK m. 15). Dolayısıyla, bu kararların da kanunda düzenlenen iptal sebepleri ile sınırlı da olsa, denetim yeri Yargıtay'ın yargı kolu içinde kalmaktadır.

Bunun dışında, tahkim yargılamasının geçerliliğini belirleyen ve bu usûlü düzenleyen hukukun (*lex arbitri*), tahkim yeri hukukuna göre belirleneceğı kabul edilmektedir¹²⁰⁶. Dolayısıyla, tahkim yerinin Türkiye olduğı bir hakem yargılamasında uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığından tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve bu kararların denetimine kadar pek çok konuda Türk hukukunun uygulanması gerekir. Bu noktada tarafların irade serbestisi bulunmamakta¹²⁰⁷; taraflar tahkim yerini Türkiye olarak belirlemekle en azından tahkimin tâbi olduğı hukuk konusunda Türk hukukuna bağılılığı kabul etmiş olmaktadır. Tahkimin Türk hukukuna tâbi olduğı bir durumda ise bu kurallara ilişkin herhangi bir içtihadı birleştirme kararının mevcudiyeti göz ardı edilemez. Bu çerçevede, örneğin, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile bir mesele hakkında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceğı kabul edilmiş ise bu içtihadı birleştirme kararı yok sayılarak bu konu hakkında tahkim yargılamasına devam edilebilmesi mümkün olmamalıdır.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olduğı düşünöldüğünde¹²⁰⁸, içtihadı birleştirme kararlarının hakem mahkemelerinde de dikkate alınması ile çelişkili kararların giderilmesi ve hukukun yeknesak biçimde uygulanması da sağlanmış olur.

b. Derdest Davalara Etki

İçtihadı birleştirme kararlarının derdest davalara etkisi hem içtihadı birleştirme kararının yetkili kurulda müzakere edildiğı aşamada hem de kararın verilmesinden sonraki aşamada gündeme gelebilir. Bu bakımından konunun ikili ayrıma tâbi tutularak incelenmesi gerekir.

¹²⁰⁶ **Aygöl, Musa**, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, 2014, s. 38 vd..

¹²⁰⁷ **Aygöl**, s. 40-41.

¹²⁰⁸ "Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve "kesin hüküm" vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiğı üzere, kesin hükmün gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılamayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörölen ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunun 237. maddesinde yer alan "kesin hüküm" şartları hakem kararları için de aynen caridir.", YİBBGK, 23.10.1972 T., 1972/2 E., 1972/12 K., RG, 18.12.1972, S. 14395. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 78 vd..

ba. İctihadı Birleştirme Kararının Müzakere Edildiği Aşama Bakımından

İlk olarak içtihadı birleştirme kararı verilmesi için yapılan başvuru üzerine talebin karara bağlanıncaya kadar geçen sürede, konuya ilişkin derdest davalar bakımından herhangi bir etkisinin söz konusu olup olmayacağı düşünülebilir. Bu hususa ilişkin ne mevzuatta ne de içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin ilke kararlarında herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Esasen, içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliği dikkate alındığında, derdest yargılamalar bakımından içtihadı birleştirme kararı verilmesi için yapılan başvurunun ya da bu konuda müzakerelere başlanmasıyla herhangi bir etkisi bulunmadığı düşünülebilir.

Buna karşın, öğretide talebin gündeme alınmış olup olmamasına göre bir ayırım yapılarak karar verilebileceği dile getirilmiştir¹²⁰⁹. Şöyle ki, Yargıtay Birinci Başkanı tarafından doğrudan ya da Yargıtay daire ve genel kurullarının veya Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine yahut da Birinci Başkanlık Kurulu'nun verdiği karara binaen içtihatların birleştirilmesine ilişkin talep ilgili genel kurula iletilmiş ise bu hâlde derdest davalar bakımından ilk derece ve bölge adliye mahkemelerin ve Yargıtay daire ve genel kurullarının konuyu bekletici mesele yapmasının muhtemel hak kayıplarını engelleyeceği ifade edilmiştir¹²¹⁰. Bu görüşün hareket noktası, gündeme alınan bir birleştirme talebinin birkaç ay içinde sonuçlanacağına ilişkin inançtır¹²¹¹. Böylelikle, kısa zamansal farklılıklar nedeni ile içtihadı birleştirme kararına aykırı şekilde karar verilmesinin de önüne geçilmesi mümkün olur¹²¹². Zira, içtihadı birleştirme kararları geçmişe etkili değildir¹²¹³. İctihatların birleştirilmesine ilişkin talebin gündeme alınmamış olması hâlinde ise derdest davalar bakımından durumun bekletici mesele yapılmasına gerek yoktur¹²¹⁴. Ancak bu hâlde de derdest davanın taraflarından birinin Yargıtay'ın uyuşmazlık konusuna ilişkin kararlarında çelişki bulunduğunu ve bu nedenle içtihatların birleştirilmesini talep edeceğini ileri sürmesi ve mahkemenin talebi haklı bulması hâlinde de yargılamanın bu başvuru için belirli bir süre ertelenebileceği ifade edilmiştir¹²¹⁵.

¹²⁰⁹ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 42 vd..

¹²¹⁰ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 42-44, 46; **Kuru**, C. V, s. 4973, 4977; **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 397.

¹²¹¹ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 43; **Kuru**, C. V, s. 4973-4974.

¹²¹² **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 43; **Kuru**, C. V, s. 4974.

¹²¹³ “Tevhidi İctihat Kararlarına dayanılarak daha önce müstakar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kaziye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceği” içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiştir. Bkz. YİBGK, 15.06.1949 T., 1948/4 E., 1949/11 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.10.2019. Aynı yönde bkz. **Duran**, İctihatları Birleştirme, s. 424; **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 42.

¹²¹⁴ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 45-46.

¹²¹⁵ **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 46.

Diğer bir görüşe¹²¹⁶ göre ise bekletici mesele uyuşmazlığın halli bakımından çözümü gereken bir sorunun bulunmasını ve bu sorun çözüme kavuşmadıkça derdest dava hakkında karar verilebilmesinin mümkün olmamasını gerektirir. İçtihadı birleştirme kararları bakımından ise derdest davanın karara bağlanmasını etkileyici bir husus söz konusu olmamakta; hatta aksine konuya ilişkin çeşitli yüksek mahkeme kararları bulunmaktadır¹²¹⁷. Dolayısıyla herhangi bir kanunî düzenlemeye bağlanmadığı sürece gündeme alınsın ya da alınmasın içtihadı birleştirme kararı verilmesi için yapılan başvurunun derdest davalar bakımından bekletici mesele yapılması söz konusu olmamalıdır¹²¹⁸.

Bekletici mesele, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165'inci maddesiyle düzenleme altına alınmış ve bu hükümle tanımlanmıştır. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasına göre, “*Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir*”. Bu hükümden hareketle, ortaya çıkan sorun bakımından uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemenin görevli olmaması, asıl kararın verilebilmesi için başka bir merciin karar vermesinin beklenilmesinin gerekmesi ve görevli/yetkili mercie başvuru yapılmış olması, bekletici meselenin şartları olarak sayılmaktadır¹²¹⁹. Uyuşmazlığın çözümünde görevli olan derece mahkemelerinin her ne kadar Yargıtay dairelerinin değerlendirmesinden bağımsız şekilde karar verebilecekleri söylene de esasen kararın kanun yolu aşamasında bozulma ihtimali de dikkate alındığında, Yargıtay daireleri ile genel kurul kararlarının fiilî bağlayıcılığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada, somut uyuşmazlığın çözümünde hukukî sebebi oluşturan kuralın uygulanışı bakımından Yargıtay daireleri arasında bir çelişkinin mevcut olduğunun tespit edilmesi, derece mahkemelerinin karar vermesini güçleştirecektir. Bu durumda, yargılama esnasında uygulanacak kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru üzerine yargılamaya ara verilmesine yönelik düzenleme (AY m. 152) kıyasen uygulanabilir. Zira, hâkimin, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermesi gerekir (AY m. 138). Kuralın Anayasa'ya aykırılığın tespitini yalnızca Anayasa Mahkemesi yapabileceği gibi, farklı yorumlardan hangisinin hukuka daha uygun olduğunun tespitini de adli yargıda yalnızca Yargıtay içtihadı birleştirme kurulları yapabilir.

¹²¹⁶ Çoşkun, s. 109-111.

¹²¹⁷ Çoşkun, s. 110.

¹²¹⁸ Çoşkun, s. 110-111.

¹²¹⁹ Bkz. Özekes, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1404 vd.. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, 2012, s. 79 vd..

Ayrıca, bekletici meselenin amacı aynı ya da benzer konularda yargılama yapan mahkemeler arasında birbiriyle çelişen kararların ve yeniden yargılama yapılmasının önüne geçilmesi ve böylelikle hukukî güvenliğin korunmasıdır¹²²⁰. Bu hususlar dikkate alındığında, yetkili kurulda içtihadın birleştirilmesinin gerekli olduğuna karar verilerek görüşülmeye başlanması hâlinde, söz konusu çelişkinin konusunu oluşturan hukuk kuralının ilgili olduğu yargılamalarda, bunun bekletici mesele yapılması ve içtihadı birleştirme kurulunun kararının beklenmesi, çelişkili kararların ortaya çıkmasını engeller. Bu yönüyle, içtihadı birleştirme görüşmelerinin bekletici mesele yapılamayacağına ilişkin görüş, kanaatimizce yerinde değildir.

Kanunda açıkça düzenlenmedikçe bir hususun bekletici mesele yapılıp yapılmaması ise hâkimin takdirindedir¹²²¹. İctihatların birleştirilmesine ilişkin görüşmelerin başlaması hususunda da kanunlarda açıkça bir düzenleme yer almadığından sorunun bekletici mesele yapılıp yapılmaması uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkimin takdirindedir. Bu noktada, kanaatimizce, içtihadı birleştirme başvurusunun gündeme alınması ve kurulun nihaî kararını vermesi arasındaki sürenin dikkate alınması gerekir¹²²². Son yıllarda verilen içtihadı birleştirme kararları bakımından bu sürenin bir yıldan fazla olduğu dikkate alındığında, içtihadı birleştirme görüşmelerine başlanmasının bekletici mesele yapılması yargılamanın uzamasına sebep olur. Oysa yargılamanın, mümkün olduğunca hızlı şekilde sonuçlandırılması da anayasal bir gerekliliktir (bkz. AY m. 141/4). Kaldı ki, Anayasa'ya aykırılık itirazında dahi Anayasa Mahkemesi'nin beş ay içinde karar vermemesi hâlinde, derece mahkemelerinin yürürlükteki hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaklarının kabul edildiği dikkate alındığında (bkz. AY m. 152/3), içtihatların birleştirilmesine konu olan hususta da derece mahkemelerinin gerekçesini ortaya koyarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları yerinde olur.

bb. İctihadı Birleştirme Kararının Verilmesinden Sonraki Aşama Bakımından

İctihadı birleştirme kararlarının derdest davalara etkisi ikinci olarak da kararın verilmesinden sonra gündeme gelir. Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesi ile kararın bağlayıcı etkisi düzenlenmiştir; ancak bu etkinin derdest davalara etkisi hakkında açıkça bir düzenleme

¹²²⁰ Özekes, Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1404.

¹²²¹ Özekes, Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1416 vd..

¹²²² Örneğin, 24.05.2019 tarihli 2017/8 Esas ve 2019/3 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında, 06.07.2017 tarihinde (21 ay); 05.10.2018 tarihli 2017/6 Esas, 2018/9 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında, 11.05.2017 tarihinde (17 ay); 03.03.2017 tarihli 2015/2 Esas, 2017/1 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında, 10.12.2015 tarihinde (14 ay) içtihatların birleştirilmesinin gerekli olduğuna karar verilerek 10.02.2012 tarihli 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında, 29.11.2010 tarihinde (14 ay) içtihatların birleştirilmesinin gerekli olduğuna Yargıtay Birinci Başkanlığı tarafından karar verilerek inceleme başlatılmıştır.

bulunmamaktadır. Bu bağlamda, içtihadı birleştirme kararlarının karardan önce açılan ve fakat henüz kesinleşmemiş davalar bakımından da geçerli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Öncelikle bu noktada, usûl kurallarının derhal uygulanırlığına ilişkin genel kuraldan hareket edilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448'inci maddesi ile de düzenleme altına alınmış bu ilke, usûl kurallarının tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağına yöneliktir. Dolayısıyla, usûl hukukuna ilişkin olarak yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi durumunda da derdest davalarda tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla bu kararın derhal uygulanacağına şüphe yoktur. Yani, kararın bağlayıcılık etkisini kazandığı andan itibaren derdest davalar bakımından da artık bu kararın dikkate alınması gerekir.

Bu noktada, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 1960 tarihli kararı¹²²³ ile içtihadı birleştirme kararlarının derdest davalara etkisi bakımından daha geniş bir yorum yapılmış ve sonraki tarihli içtihadı birleştirme kararının usûlî müktesep hakkın¹²²⁴ istisnası olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararında ilk olarak, temyiz merciinin bozma kararına uyma kararı veren ilk derece mahkemesinin, bozma gerekçesi ile bağlı olarak karar vermesi gerektiği; bunun usûlî müktesep hakkın bir gerekliliği olduğu ve fakat bozma gerekçesine aykırı olarak bir içtihadı birleştirme kararının verilmesi hâlinde artık ilk derece mahkemesinin içtihadı birleştirme kararı gereğince hüküm vermesi gerektiği ifade edilmiştir¹²²⁵.

Öğretide haklı olarak dile getirildiği gibi¹²²⁶ kanaatimizce de şekli bir hukuk dalı olan usûl hukuku bağlamında bir hakkın yaratıldığından ve böylece kazanılmış bir haktan bahsetmek mümkün değildir. Yine, usûl hukukuna ilişkin kuralların hakkın kaynağı olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır¹²²⁷. Dolayısıyla, üst derece mahkemesinin bozma ya da kaldırma kararının ardından buna uyan mahkemenin, bozma gerekçesi ile bağlılığının usûlî müktesep hak ile izahı mümkün değildir.

Bu bağlamda, öğretide dile getirilen diğer bir görüşe¹²²⁸ göre, bozma kararına uyulmasının ardından mahkemenin bozma gerekçeleri ile bağlılığının sebebi, bozma kararının

¹²²³ YİBBGK, 09.05.1960 T., 1960/21 E., 1960/9 K., RG, 28.06.1960, S. 10537.

¹²²⁴ Usûlî müktesep hak kavramının eleştirisi için bkz. **Atalı**, Müktesep Hak, s. 457 vd..

¹²²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun sonraki tarihli bir kararında ise 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararının aksine; ilk kararın verildiği esnada dikkate alınmayan içtihadı birleştirme kararının bozmadan sonra yapılan yeniden incelemede usûlî müktesep hakkın varlığı nedeni ile dikkate alınamayacağına hükmetmiştir. Bkz. YHGK, 10.10.1962 T., 8/40-42, **Kuru**, C. V, s. 4753.

¹²²⁶ **Postacıoğlu**, Usûl, s. 763 vd.; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, C. I, s. 26 vd.; **Atalı**, Müktesep Hak, s. 466 vd..

¹²²⁷ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 466.

¹²²⁸ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 483 vd..

kesin hüküm gibi sonuç doğurmasıdır. Zira, maddî anlamda kesin hükmün amaçları ile karşılaştırıldığında, hukukî güvenliğin sağlanması, taraf menfaatlerinin korunması, usûl ekonomisine hizmet etmesi ve mahkemelerin saygınlığının korunması gibi ölçütler çerçevesinde bozma kararından sonra verilen uyma kararında alt derece mahkemesinin bozma gerekçeleri ile bağlılığının amacının paralel olduğu görülmektedir. Maddî anlamda kesin hükmün yalnızca nihaî kararlar bakımından kabul edilmesi nedeni ile bu hâlde doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı, ancak amaçsal benzerlik dolayısıyla kıyasen uygulamanın mümkün olduğu kabul edilmektedir¹²²⁹. Buna karşın yargılama devam ettiği için bozmadan sonra hukuk kurallarında meydana gelen bir değişikliğin ya da verilecek yeni bir içtihadı birleştirme kararının, bozma kararının bağlayıcılığını etkilememekle birlikte kararın konusunu ortadan kaldıracağı haklı olarak ifade edilmiştir¹²³⁰.

Çalışmanın konusu özelinde ise usûl hukukuna ilişkin bir konuda bozma/kaldırma kararı verilmesi üzerine, ilgili mahkemenin yaptığı yeniden yargılamada, bozma/kaldırma gerekçesine aykırı sonraki tarihli bir içtihadı birleştirme kararının derdest yargılama bakımından uygulanabilirliği noktasında üzerinde durulması gereken mesele, hukuk kuralında meydana gelen değişikliktir. Zira, usûl hukukuna ilişkin bir içtihadı birleştirme kararının maddî bir vakıaya ve bununla ilgili bir hukuk kuralına değil ancak usûl hukukuna ilişkin şekli bir kurala yönelik olacağından, bu bağlamda yargılama sırasında usûl kanunlarında herhangi bir değişiklik olduğunda nasıl hareket edilmesi gerekliyse yine o şekilde hareket edilmelidir. Dolayısıyla, bu hâlde de derhal uygulanırlık prensibinden ayrılmayı gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

Ancak, bu noktada içtihadı birleştirme kararının derhal uygulanması nedeni ile uyuşmazlık taraflarının hak kaybına uğraması; durumun hakkaniyete aykırı ve hukukî güvenliği zedeleyici sonuçlar doğurması gündeme gelebilir. Özellikle, içtihadı birleştirme kurullarının, Yargıtay daireleri ve genel kurullarının görüş ve gerekçeleriyle bağlı olmaksızın sorunu farklı şekilde çözüme kavuşturabileceklerine ilişkin düzenleme (Yarg. K. m. 45/7) de dikkate alındığında, davanın devamı esnasında içtihadı birleştirme kararıyla yeni bir çözümün

¹²²⁹ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 486 vd..

¹²³⁰ **Atalı**, Müktesep Hak, s. 493. Alman hukukunda da benzer şekilde, bozma kararından sonra hükmün dayandığı kanunî düzenlemede herhangi bir değişiklik meydana gelir ya da Anayasa mahkemesince ilgili hüküm farklı şekilde yorumlanmaya başlarsa, bu hâlde karar anındaki kuralın dikkate alınması gerektiği kabul edilmekte ve bozma kararının bağlayıcılığı dikkate alınmamaktadır. Bkz. **Wieczorek/Schütze/Prütting**, Band 7, § 563, para. 11, 13; **MüKoZPO/Krüger**, § 563, para. 11.

benimsenmesi nedeni ile dava açılırken dayanan mahkeme kararlarının sunduğu çözümün ortadan kalkması; böylece davanın dayanaktan yoksun hâle gelmesi söz konusu olabilir.

İsviçre hukukunda, içtihatların birleştirilmesi için yargılamaya ara verildiği durumlarda; uygulama değişikliğine ilişkin yargılama neticesinde alınan kararın, davacının davasının dayanağını teşkil eden hukukî sebebi ortadan kaldırması ve böylece davanın reddi ihtimalinin bulunması; davacının ise dava açılırken bunu hesaplayabilmesinin mümkün olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkı gereğince bu durumda davacıya başvurusunu geri alma hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir¹²³¹. Bu sakıncanın ortadan kaldırılabilmesi için Türk hukukunda da kanunların zaman bakımından uygulanmasında kimi hâllerde kabul edildiği gibi¹²³², derhal uygulanırlık prensibinin, adil yargılanma hakkını, hukukî öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini zedelediği durumlarda yumuşatılması yerinde olur¹²³³.

Bahsi geçen içtihadı birleştirme kararında ayrıca, “*Usule ait müktesep hakkın diğer bir şekli de bazı konuların Temyiz Dairesinin bozma kararının şümülü dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen şeklidir. Her ne kadar bu cihet, içtihadı birleştirmenin dışında kalmakta ise de bu şimdiki kararda ileri sürülen gerektirici sebepler karşısında, bu içtihadı birleştirme ile kabul edilen hukuki esasın bu şekil müktesep hakların varlığı halinde de, tatbiki ileri sürülebilecektir.*” denilerek bozma kararının kapsamı dışında kalan kısımlar bakımından dahi sonraki içtihadı birleştirme kararının etkisi korunmaya çalışılmıştır. Diğer bir deyişle, 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile, hükmün aleyhine kanun yoluna başvurulmayan (ya da

¹²³¹ BSK BGG/Biaggini/Haag, Art. 23, para. 34. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, hukukî düşüncenin değişimine ilişkin önemli kararlarda ilgili tarafa hukukî dinlenilme hakkının tanınması, karar hakkında düşüncülerini açıklama imkanının verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. BGE 127 V 431, 435, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/c5127431.html>, s.e.t. 07.02.2020.

¹²³² Örneğin, basit yargılama usûlünde ilk duruşmaya kadar ve en geç ilk duruşmada davaya cevap verilebilmesi mümkün iken (HUMK m. 509); 6100 sayılı Kanun ile cevap dilekçesi bakımından (HMK m. 317) dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftalık süre öngörülmüştür. Basit yargılama usûlüne tâbi bir davanın 01.10.2011 tarihinden önce açıldığı ve ilk duruşmanın bu tarihten sonra verildiği hâllerde, davalının ilk duruşmada davaya cevap verip veremeyeceği konusunda, herhangi bir geçiş hükmü bulunmadığından, 6100 sayılı Kanun’un 317’nci maddesinin derhal uygulanacağını söylemenin mümkün olmadığı; zira böyle bir düşüncenin hukukî güvenlik ilkesine ve hukuk devletine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından, s. 287-288.

¹²³³ Uygulamada da böyle bir durumda en azından davacının yargılama giderlerinden muaf tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. “*Davacı tarafın dava açıldığı tarihteki mevzuat, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.2014 tarih ve 2013/7-2454 Esas 2014/679 K. sayılı kararı ve Yargıtay nin kararları gereği içtihat durumuna göre dava açmakta haklı olduğu, bu kapsamda kayıp kaçak ve diğer bedellerin tahsilini talep edebileceği dikkate alındığında, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren geçmişe etkili yasa değişikliği ya da içtihadı birleştirme kararı gereği davanın kabul edilmemesi nedeniyle haksız çıkmasına rağmen yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla, davalı taraf lehine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmesi mümkün olmadığından, davalı tarafın istinaf talebinin yerinde olmadığı anlaşılmakla, davacı ve davalının istinaf başvurularının HMK 353/1-b-1 maddesi gereğince ayrı ayrı reddine karar verilmesi gerekmektedir.*”, İstanbul BAM 3HD, 06.05.2019 T., 2018/1598 E., 2019/732 K., www.lexpera.com, s.e.t. 04.06.2020.

başvurulup da üst derece mahkemesince onanan) kısımları bakımından usûle ilişkin bir kazanılmış hakkın gündeme geleceği ve fakat bu konuda sonradan verilen içtihadı birleştirme kararının bu tip usûlî müktesep hakkın dahi istisnası olduğu kabul edilmiştir.

Öğretide, bu son hâl de haklı olarak eleştirilmiştir¹²³⁴. Bu görüşe göre, üst derece mahkemesinin bozma kararının kapsamı dışında kalan hususlar kesin hüküm niteliğini kazandığından, artık davanın derdest olması nedeni ile içtihadı birleştirme kararının uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir¹²³⁵. Aksinin kabulü, kanun yolu aşamasında açıkça ya da bozma kararının kapsamı dışında bırakılarak zımnen onanmış kararlar bakımından yeni bir kanun yolunun varlığını kabul etmek anlamına gelir¹²³⁶ ve bu ise içtihadı birleştirme kararlarının varlık sebebi olan yeknesaklığın ve böylece hukukî güvenliğin sağlanması amacı ihlâl eder.

Kanaatimizce de kanun yolu aşamasında üst derece mahkemesince hükmün bir kısmının açıkça ya da zımnen onaylandığı kararlar sonraki içtihadı birleştirme kararından etkilenmez. Zaten, kanun yolu aşamasında onaylanmasının ardından hükmün ilgili kısmı aleyhine gidilebilecek başka herhangi bir yolun bulunmaması veya süresi içinde bu yola başvurulmaması şartıyla hüküm kesinleşeceğinden¹²³⁷ bunun usûlî müktesep hak kavramıyla izahı mümkün ve

¹²³⁴ Bkz. **Belgesay**, s. 820-821.

¹²³⁵ **Belgesay**, s. 821.

¹²³⁶ **Belgesay**, s. 821.

¹²³⁷ Bkz. **Gürdoğan**, s. 18 vd.; **Kuru**, C. V, s. 4762-4763; **Meriç**, Tasarruf, s. 243-244; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 553 vd.; **Karlı**, Muhakeme, s. 603; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. 3, s. 2055 vd.; **Bulut**, Kısmen Temyiz, s. 105; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 448; **Arsalan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 697 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 557.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde vermiş olduğu eski tarihli bir kararında da benzer sonuca ulaşılmıştır: "... *dava tarafları, aleyhlerine olan hükmün tamamını temyiz edebilecekleri gibi, hükmün yalnız bir kısmını temyiz edip diğer kısmını temyiz etmiyebilirler. "Objektif dava birleşmesi" halinde verilen hüküm taleplerden yalnızca biri örneğin manevi tazminatın kabul ya da reddi temyiz edilip boşanmaya ilişkin hükmün esas ile maddi tazminat, yoksulluk nafakası, velayet, iştirak nafakası ve fer'i (yardımcı) diğer sonuçlar temyiz edilemiyebilir. Bu hal "doktrinde "kısmi temyiz olarak tanımlanır ve kısmi temyiz (yani hükmün bir kısmının temyiz edilmemiş olması) halinde hükmün temyiz edilmeyen kısmı temyiz süresinin geçmesi ile kesinleşir. Başka bir ifade ile kesin hüküm oluşur. Hükmün süresinde temyiz edilmeyerek kesinleşen kısmı yalnız başına icra edilebilir ve icraya konabilir. (Prof. Dr. Saim Üstündağ- Medeni Yargılama Hukuku Cilt 2. İstanbul 1977 üçüncü bası. S.87). Yargıtay, tarafların bildirdiği temyiz sebepleri ile bağlı değilse de (HUMK. 439/II) tarafların temyizi ile bağlıdır. Yani kısmi temyiz halinde Yargıtay hükmün temyiz edilmeyen ve bu nedenle kesinleşen bölümü hakkında temyiz incelemesi yapamaz ve hükmün temyiz edilmeyen bölümünü bozamaz. Kısmi temyiz halinde HUMK.nun 439/II. maddesi hükmü, hükmün yalnız temyiz edilen bölümü hakkında uygulanır. Yargıtay hükmün temyiz edilmeyen bölümünü bozmayacağı gibi, mahalli mahkemede (temyiz edilen bölümün bozulması üzerine yapacağı tahkikat sonunda) hükmün temyiz edilmeyen (ve bu nedenle kesinleşmiş olan) bölümü hakkında yeni bir karar veremez. (Prof. Dr. Baki Kuru- Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4- Dördüncü baskı 1984- s. 3354-3355). Diğer taraftan kısmi temyiz sebebiyle hükmün bir bölümünün (talep sonuçlarından bazılarının) temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmesi ile, temyiz edilip onanmak suretiyle kesinleşmesi (bozmanın kapsamı dışında kalması) arasında, kesin hükmün bağlayıcılığı müstakilen infaz kabiliyeti bulunması, mevcut uyumsuzluğu yeniden ele alınması mümkün olmayacak biçimde çözümlemesi yönlerinden her hangi bir fark mevcut değildir.", YHGK, 30.11.1994 T., 1994/570 E., 1994/769 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.01.2020. Aynı doğrultuda bkz. "Yerel*

gerekli değildir¹²³⁸. Kesin hüküm, kural olarak iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlaması anındaki vakıalara göre belirlenmektedir¹²³⁹. Hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusuna ilişkin yeni bir vakıa ortaya çıkmadıkça veya yargılamanın iadesini (HMK m. 374 vd.) gerektiren bir hal söz konusu olmadıkça, aynı konuda yeniden yargılama yapılamaz¹²⁴⁰. Diğer bir deyişle, kesin hüküm teşkil eden bir konuda yeniden yargılama yapılabilmesinin istisnasını davanın sebebini teşkil eden vakılarda meydana gelen değişiklik oluşturmakta, buna karşın hukukî sebep bakımından hükmün kesinleşmesinden sonraki aşamada meydana gelen değişiklikler dikkate alınmamaktadır¹²⁴¹. Bu nedenle, hükmün kesinleşen kısmı açısından sonradan kabul edilen içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı bulunmamaktadır.

7. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Denetimi

İçtihadı birleştirme kararları aleyhine kanun yoluna başvurulamaz¹²⁴². Bu kararlarının hukuka ve Anayasa'ya uygunluğu bakımından herhangi bir denetim mekanizması da öngörülmemiş; yalnızca bu kararların veren kurul tarafından kaldırılabilceği ya da değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Öğretide¹²⁴³ ve uygulamada¹²⁴⁴, mahkemelerin bağımsızlığı açısından bu durumun yerinde olduğu ileri sürülmüştür. Türk hukukunda kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluk denetimi bakımından münhasıran yetkili makam Anayasa Mahkemesi'dir (AY m.

mahkeme davacının ihraç kararının iptali ve tazminat taleplerinin tümünün kabulüne karar vermiş ve Yüksek Özel Daire, davalının bu karara yönelik temyiz itirazlarından sadece tazminat hesabına ilişkin bulunanlarını kabul edip, diğerlerini reddetmiş olmakla, açık bir onama kararı vermemekle birlikte, ihraç kararının iptaline yönelik yerel mahkeme hükmünü onamış bulunmaktadır. Bu durumda, mahkeme hükmünün üyelikten ihraç kararının iptaline yönelik bölümü bozma kapsamı dışında bırakılmakla onanmış ve bu yön kesinleşmiştir. Dolayısıyla, kısmi bozmaya karşı kurulan direnme hükmünde, artık üyelikten ihraç kararının iptaline ilişkin davacı talebi hakkında yeniden hüküm kurulmasına gerek yoktur.”, YHGK, 23.10.2002 T., 2002/633 E., 2002/847 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.01.2020. Benzer şekilde bkz. Y2HD, 13.09.2010 T., 2010/14464 E., 2010/14728 K.; Y2HD, 24.05.2015 T., 2014/14171 E., 2015/2596 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.01.2019. Ayrıca bkz. “Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, dâvaların uzamasını önlemek maksadiyle kabul edilmiş çok önemli bir usulî hükümdür.”, YİBBGK, 04.02.1959 T., 1957/13 E., 1959/5 K., RG, 28.04.1959 T., S. 10193.

¹²³⁸ Aksi yönde bkz. **Kuru**, C. V, s. 4770; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 483. Usûlî müktesep hak ile kesin hükmün birbirinden ayrılması gerektiği yönünde bkz. YHGK, 09.11.1968 T., 1968/612 E., 1968/741 K., ABD, 1969/1, s. 54, <https://legal.com.tr/Book/NIPsa0kHCUu1Es-eYVKvQA/946f50745c0b43aba021864d93b58ba7>, s.e.t. 10.01.2020.

¹²³⁹ **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. 3, s. 2072.

¹²⁴⁰ **Gürdoğan**, s. 52-53; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. 3, s. 2062, 2072.

¹²⁴¹ **Gürdoğan**, s. 52.

¹²⁴² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 101.

¹²⁴³ **Bilge**, Armağan, s. 274.

¹²⁴⁴ **AYM**, 12.06.1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K, RG, 29.01.1970, S. 13412.

150 vd.). Gerçekten de Anayasa’da hem Anayasa Mahkemesi’nin (AY m. 146 vd.) hem de Yargıtay’ın (AY m. 153) yüksek mahkeme olarak sayıldığı ve bu nedenle bu mahkemelerden birinin diğerini denetlemesinin mümkün olmadığı; aksi durumun mahkemelerin bağımsızlığını (AY m. 138/2) ihlâl edebileceği düşünülebilir.

Oysa, mahkeme kararlarının Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olması da yine anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir (AY m. 138/1). İçtihadı birleştirme kararları da pozitif hukuka aykırı olamaz. Ayrıca, Türk hukuk sisteminde içtihadı birleştirme kararlarının sahip olduğu etki ve doğurduğu sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda, mevcut bir kuralın Anayasa’ya aykırı şekilde yorumlanması ya da hukuk boşluğunun Anayasa’yı ihlâl edecek biçimde doldurulması ile sonuçlanan bir içtihadı birleştirme kararının, sadece yüksek yargı mercii tarafından verildiği gerekçesi ile Anayasa’ya uygunluk denetiminden muaf olduğunu kabul etmek en başta içtihadı birleştirme kurallarıyla korunmaya çalışılan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, yüksek mahkemenin bağlayıcı şekilde verdiği kararın hatalı olmasının sonuçları hukuk düzeni bakımından oldukça ağırdır. Zira, bir heyet hâlinde verilen kararın hatalı olması o kararı veren yargı mensuplarının karar verme yetkisi bakımından toplumda bir güvensizliğe yol açar¹²⁴⁵. Bu kararlar aleyhine herhangi bir başvuru yolunun bulunmaması ve böylece hatalı kararların uygulanmaya devam etmesi ise ortaya çıkan bu güvensizliğin artarak devamına neden olur.

Kanaatimizce, mahkemeleri bağlayıcı bir etkiye; hatta hukuk yaratılan kararlar bakımından maddî anlamda kanun gücüne sahip olan içtihadı birleştirme kararları için herhangi bir denetim yolunun öngörülmemiş olması büyük bir eksikliktir ve Anayasa’da yapılacak bir değişiklik ile bu eksikliğin giderilmesi gerekir. Bu bağlamda yapılacak inceleme yalnızca kuralın Yargıtay tarafından yapılan bağlayıcı yorumunun Anayasa’ya aykırı olup olmadığıdır. Hukuk kurallarının yorumu ve uygulanması derece mahkemelerine ait olduğundan, Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı birleştirme kararının içerik denetimi yapabilmesi ve hangi yorumun daha üstün tutulması gerektiği yönünde bir karar verebilmesi mümkün değildir¹²⁴⁶.

8. Bölge Adliye Mahkemelerinin Kararları Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi

2016 yılından itibaren bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının ardından, bu mahkemelerin daireleri arasında ve farklı bölge adliye mahkemeleri arasında da benzer

¹²⁴⁵ Jungmann, s. 382.

¹²⁴⁶ AYM, 22.01.2019 T., Başvuru No. 2015/17453, RG, 12.02.2019, S. 30684.

konularda farklı şekilde mahkeme kararları ortaya çıkabilir. Bu durumda, ülke genelinde içtihat birliğinin tesisi, ilk olarak temyiz aşamasında Yargıtay dairelerinin görevine girmektedir¹²⁴⁷. Ancak, temyiz kanun yolu açık olmadığı ya da bu yola başvurulmadığı için kesinleşen bölge adliye mahkeme kararları arasındaki çelişki bakımından ise başka tarzda bir çözümün bulunması gerekmektedir.

5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesiyle de bölge adliye mahkemelerinin kendi daireleri arasında veya farklı bölge adliye mahkemelerince verilen ve kesinleşen kararlar arasında ortaya çıkan çelişkilerin¹²⁴⁸ giderilmesi bakımından da Yargıtay görevlendirilmiştir (5235 s. K. m.35/I, 3)¹²⁴⁹.

Bölge adliye mahkemelerinin kararları arasındaki çelişkinin giderilmesini talep etme yetkisi bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin, Cumhuriyet Başsavcısının yahut istinaf yoluna başvuru hakkı bulunanlara aittir. Bu kişi ve kurumlar, daireler ya da bölge adliye mahkemeleri arasında aynı konuda verilen ve kesinleşen kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesini isteyebilir (5235 s. K. m. 35/I, 3).

¹²⁴⁷ Pekcanitez, Yargıtay, s. 387, 398.

¹²⁴⁸ Kanun metninde yer alan “kararlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi” ifadesinin, “uyumsuzluk” kavramının yanıltıcılığı nedeni ile yerinde olmadığı ve “kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi” ya da “kararların uyumlulaştırılması” ifadelerinin daha doğru olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, Yargıtay, s. 398.

¹²⁴⁹ Ticarî nitelikli menfî tespit davalarının açılmasından önce arabuluculuğu başvurunun dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda bölge adliye mahkemeleri arasında çeşitli kararların verilmesi üzerine, Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesi, içtihatlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için yeni bir karar vererek, bu tip davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Y19HD, 13.02.2020 T., 2020/85 E., 2020/454 K. Öğretide de menfî tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savunulmuştur. Bu yönde bkz. Özkes, Muhammet/Çiftçi, Pınar, Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD, Y. 2020, S. 148, s. 102 vd.. İşçinin başka bir işçiye yönelik olarak sarf ettiği “beceriksiz, cehalet abidesi” gibi sözlerin haklı mı yoksa geçerli bir fesih sebebi mi olduğu konusunda bölge adliye mahkemesinin daireleri arasında meydana gelen içtihat uyumsuzluğu, Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin “Bir kişinin “beceriksiz” ve “cehalet abidesi” olarak nitelendirilmesi, o kişinin bulunduğu görevi yürütebilecek beceriye, gerekli bilgi birikimi ve donanımına sahip olmadığı anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde de cahil kelimesi “belli bir konuda yeterli bilgisi olmayan” şeklinde açıklanmıştır. Bu itibarla feshe dayanak teşkil eden söz konusu ifadeler, işverenin bir başka işçisine yönelik ağır eleştiri niteliğinde ise de, sataşma boyutuna ulaşmamaktadır. Bu anlamda olmak üzere, uyumsuzluk konusu benzer olay bakımından işverence gerçekleştirilen fesih geçerli sebebe dayanmaktadır” gerekçesi ile “İşçinin, işverenin bir başka işçisine yönelik sarf ettiği “beceriksiz” ve “cehalet abidesi” şeklindeki ifadelerin geçerli fesih sebebi teşkil etmesi gerektiğine ve uyumsuzluğun bu şekilde giderilmesine” yönelik verdiği kararı ile giderilmiştir. Bkz. Y22HD, 10.12.2019 T., 2019/7908 E., 2019/22799 K., www.lexpera.com, 05.04.2020. Yine, avukatlık ücret sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklar açısından görevli mahkemenin tespiti bakımından da Ankara ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin farklı yönde kesinleşen kararları nedeniyle ortaya çıkan çelişki Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesi tarafından 12.07.2018 tarihinde “Daireler arasındaki görüş ve uygulama aykırılığına ilişkin uyumsuzluğun, yukarıda açıklandığı şekilde temeldeki işlemin tüketici işleminden kaynaklanması durumunda tüketici mahkemesinin görevli olduğuna, aynı yer ve farklı yer Bölge Adliye Mahkemeleri daireleri arasında farklı görüş ve uygulama aykırılığının bu şekilde giderilmesine” yönelik verdiği karar ile giderilmiştir. Bkz. Y13HD, 12.07.2018 T., 2018/3545 E., 2018/7887 K., www.lexpera.com, s.e.t. 14.08.2020.

Bu yola başvuru bakımından da hukukî yararın bulunması gerekir. Yargıtay’a göre, daha önce aynı konuda bu yöntemin denenmiş ve Yargıtay ilgili dairesince bir karar verilmiş olması hâlinde, aynı ya da farklı bir Başkanlar Kurulu’nun bu yöndeki bir talebinde hukukî yarar bulunmamaktadır. Zira, bu yol kesinleşen mahkeme kararları bakımından herhangi bir etkisi bulunmayan bir başvuru yöntemidir ve kanun yolları gibi her çelişkide ayrı ayrı başvuruyu gerektirmez¹²⁵⁰.

Kesinleşen kararlara ilişkin olarak başvuru ve temel amacı içtihat uyumsuzluklarını gidermek olan bu yolun olağan bir kanun yolu olduğu da söylenemez. Zira, her ne kadar bu yol, kararı veren makamın bir üst denetim merciince gerçekleştiriliyor olsa da (aktarıcı etki), hakkında kanun yoluna başvuru nihaî kararların şeklî anlamda kesinleşmesinin kanun yolu denetiminden sonraya ertelenmesi (erteleyici etki) burada söz konusu değildir¹²⁵¹. Bu yöntemde, Yargıtay’ın ilgili dairesi tarafından verilen çelişkinin giderilmesine yönelik kararın, istinaf aşamasında kesinleşen, başvuruya konu kararlar bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak, bu yöntem içtihatların birleştirilmesi usûlünden de farklıdır. Hem usûl hem de konu yönünden farklılık içeren bu yolun Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararları ile karıştırılmaması gerekir¹²⁵².

Bununla birlikte, bu kararların niteliğinin tespiti de hukuk sistemimiz bakımından önemlidir. 5235 sayılı Kanun’un 20.11.2017 tarihli 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilmeden önceki hâlinde, bölge adliye mahkemelerinin kanun yolu denetiminden geçmeksizin kesinleşen kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi için Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’na başvurulmakta ve inceleme Yargıtay Kanunu’nun 15’inci maddesinin ikinci fıkrasının a bendi gereğince, Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu tarafından yapılmaktaydı. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ve ardından da 7079 sayılı Kanun ile başvurunun Yargıtay dairesince incelenmesi kabul edilmiş, uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Bu kesinlikten ne anlaşılması gerektiği ise belli değildir.

Bölge adliye mahkemelerinin kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi hususunda Yargıtay’ın ilgili dairesinin verdiği kararın, yalnızca kararları bakımından çelişki bulunan bölge adliye mahkemelerini mi yoksa bundan sonraki benzer uyuşmazlıklarda bütün bölge adliye

¹²⁵⁰ Y22HD, 04.02.2020 T., 2019/9106 E., 2020/1557 K., www.lexpera.com, 05.04.2020.

¹²⁵¹ Dar anlamda kanun yolunun aktarıcı ve erteleyici etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2158 vd..

¹²⁵² **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 398-399.

mahkemelerini de mi bağlayacağı düzenlemeden anlaşılamamaktadır. Zira düzenleme, kararın bağlayıcılığından değil kesinliğinden bahsetmektedir.

Kanun yolu denetiminden geçmeyen bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi ve böylelikle hukukun yeknesak biçimde uygulanmasının tesisi amacıyla hareketle, Yargıtay dairesi tarafından verilen kararın bundan sonraki benzer uyuşmazlıklarda bütün bölge adliye mahkemelerini bağladığı kabul edilebilir. Ancak bu hâlde de söz konusu kararın Yargıtay daireleri ile genel kurulları bakımından ne anlam ifade ettiği sorusu gündeme gelir. Yargıtay dairelerinden biri tarafından verilen bir kararın diğer daire ya da genel kurul bakımından bağlayıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktada olsa olsa emsal kararların bağlayıcı akla gelebilir ki, gerekçesi ortaya konulmak suretiyle her zaman emsal kararlardan dönülebilir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın ilgili dairesinin kararının aksine başka bir dairece farklı yönde bir hüküm tesis edilebilir. Ancak buradaki temel sorun yüksek mahkeme içtihatlarının alt derece mahkemeleri üzerinde sahip olduğu fiilî bağlayıcılık etkisindedir. Böyle bir durumda, bölge adliye ve ilk derece mahkemelerinin, 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesine göre verilen karara mı yoksa Yargıtay'ın diğer dairesinin veya genel kurulunun verdiği karara mı riayet etmesi gerektiği de cevaplanması gereken bir sorudur¹²⁵³.

İşaret edilmeye çalışılan sorunlar dikkate alındığında, 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesine dayanılarak verilen karar, hukukun yeknesak şekilde uygulanmasını garanti edemediğinden, sorunun Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile nihaî şekilde çözüme kavuşturulması gerekir. Bu ise Yargıtay dairesi tarafından verilen kararı anlamsız kılar ve içtihadı birleştirme kararı verilinceye kadar çelişkinin devam etmesine sebep olur. Oysa hukukun yeknesak biçimde uygulanması anayasal eşitliğin ve hukukî öngörülebilirliğin gereğidir.

Bu çerçevede, Alman hukukunda içtihat birliğinin sağlanması anayasal bir gereklilik olarak kabul edilmiş (Art. 95 GG), temyiz kanun yolunun kapalı olduğu kararlar aleyhine de çelişkinin söz konusu olması ya da hukukun geliştirilmesi gerekçesi ile yapılan başvurunun kabul edileceği düzenlenmiştir (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO)¹²⁵⁴. Benzer şekilde İsviçre hukukunda

¹²⁵³ Yargıtay'ın 19'uncu Hukuk Dairesi tarafından 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi gereğince yapılan başvuru üzerine, ticarî uyuşmazlıklarda menfi tespit davasının arabuluculuğa tâbi olmadığına hükmedilmiş olunmasına karşın Yargıtay'ın 11'inci Hukuk Dairesi, bu davalar bakımından da arabuluculuğun dava şartı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Y11HD, 10.02.2020 T., 2019/3048 E., 2020/1093 K., www.lexpera.com, s.e.t. 06.08.2020.

¹²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zöller/Hessler**, § 543, para. 12 vd..

da temyize başvuru bakımından parasal sınır öngörölmüş, ancak bu sınırın altında kalmakla birlikte aleyhine başvuru yapılmak istenen hukukî meselenin ilkesel önemi haiz olması durumunda, temyiz incelemesinin yapılacağı açıkça düzenlenmiş (Art. 74 Abs. 2 Buchst. a BGG); İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da hukukun yeknesak şekilde uygulanması ya da bir kuralın yorumundaki çelişkinin giderilmesinin bu kapsamda değerlendirileceği kabul edilmiştir¹²⁵⁵. Gerek Alman gerek İsviçre hukukunda, kuralın farklı şekilde yorumlanmasının neden olduğu çelişki daha başlangıçta giderilmeye çalışılmaktadır. Oysa Türk hukukunda benimsenen sistem, sorunun sonraki aşamada dahi çözümüne imkân tanımamaktadır. Bu çerçevede, yapılacak kanun değişikliği ile bölge adliye mahkemelerinin kanun yolu denetiminden geçmeden kesinleşen kararlarının yarattığı çelişkinin giderilmesi bakımından Yargıtay Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'na görev verilmesi ve kararın bağlayıcı olduğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olur¹²⁵⁶.

¹²⁵⁵ Bkz. BGE 133 III 645, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/5a17c452-6cbe-47f2-bffb-0308fdb2e267>, s.e.t. 03.08.2020. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SHK BGG/ v. Werdt/Güngerich**, Art. 74, para. 9 vd.

¹²⁵⁶ 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen değişiklik öncesinde bu konuda karar verme yetkisi Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu'na tanınmış, öğretide de Hukuk Genel Kurulu tarafından verilecek bu kararların ilke kararı niteliğini haiz olduğu ve benzer konularda ilk derece mahkemelerini, bölge adliye mahkemelerini, Yargıtay daireleri ile genel kurullarını bağlayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Kuru**, İstinafa Göre, s. 758.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEDENÎ USÛL HUKUKUNA İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI ve DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 8. Genel Olarak

Çalışmanın birinci bölümünde, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların anlamlandırılması ve bu hukuk dalında boşluğun ve hukuk yaratmanın kabul edilip edilmediği üzerinde durulmuş; ikinci bölümünde ise mahkeme kararlarının bağlayıcılığı meselesi ile özellikle Türk hukuku bakımından Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının etkisi ve sonuçları teorik açıdan incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın amacı dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından önceki bölümlerde ortaya konulan tespitlerin, uygulama açısından değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Önceki bölümlerde teorik açıdan ulaşılan sonuçların uygulama ile ne ölçüde uyumlu olduğu ise ancak mahkeme kararlarının incelenmesi ile tespit edilebilir. Buna karşın hem mahkeme kararlarının tamamına ulaşılması imkânı bulunmadığından hem de pratik bir yarar sağlamayacağından bütün mahkeme kararlarının incelenmesi yerine, otantik yorum yetkisine sahip bir mercii tarafından verilen ve bağlayıcılığı kanunen kabul edilmiş bulunan içtihadı birleştirme kararlarının usûl hukukuna ilişkin kısmının değerlendirilmesi ile uygulamadaki durumun tespiti yapılabilir.

Medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların anlamlandırılması hususunda uygulamada ortaya çıkan çelişkiler, 1929 yılından bu yana Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları ile giderilmeye çalışılmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde, bu tarihten itibaren medenî usûl hukukuna ilişkin olarak verilen içtihadı birleştirme kararları, birinci bölümdeki görüşler dikkate alınarak yalnızca hukuk kurallarının yorumu ve hâkimin hukuk yaratması bakımından değerlendirilmeye tâbi tutulmuş, uyumsuzluğun esası bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Yine burada Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının hukukî niteliğine ilişkin benimsediğimiz görüş çerçevesinde, kararların Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi dahilinde mi yoksa bu yetkinin aşılması yolu ile mi verildiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

Medeni usûl hukukuna ilişkin çok sayıda içtihadı birleştirme kararı bulunduğundan, kararların tasnifinde mümkün olduğunca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığı ile

uyumlu olunmasına ve yargılama safhalarının göz önünde bulundurulmasına çalışılmış, içtihadı birleştirme kararları bu tasnife bağlı kalınarak incelenmiştir.

§ 9. Davanın Açılması ve Dava Şartlarına İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

A. Davanın Açılmasına İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından verilen 06.02.1984 tarihli kararda¹²⁵⁷, davanın açılma anına ilişkin olarak, harca tâbi olmayan davalarda dava dilekçesinin havale tarihinin; harca tâbi davalarda ise harcın ödendiği tarihin dikkate alınması gerektiği; ancak dava dilekçesinin daha sonraki tarihte kaleme teslim edildiği kalem tarafından ispatlanabilirse davanın bu tarihte açılmış sayılacağı kabul edilmiştir.

Davanın açılmasının gerek usûl hukukunda gerekse maddî hukukta meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında¹²⁵⁸, davanın açıldığı tarihin önemi tartışmasızdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 178'inci maddesinde (bkz. HMK m. 118), dava dilekçesinin mahkeme kalemine kayıt tarihinde davanın açılmış olduğu kabul edilmiş; buna karşın uygulamada hâkimin dilekçeyi havale tarihi, harca tâbi davalar bakımından harcın ödendiği tarih ve mahkeme defterine kayıt tarihi arasında ortaya çıkan zamansal farklılıklar dikkate alındığında, davanın açılma zamanına ilişkin farklı kararlar gündeme gelmiştir. Bunun üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, verdiği kararlar, davaların açılma zamanını harca tâbi olup olmadığına göre ikiye ayırarak incelemiş; harca tâbi olmayan davalarda dava

¹²⁵⁷ Bkz. YİBBGK, 06.02.1984 T., 1983/7 E., 1984/3 K., RG, 19.03.1984, S. 18346.

¹²⁵⁸ Davanın açılmasının usûl hukuku bakımından, dava şartlarının ve kararın bu tarihteki duruma göre belirlenmesi, davanın geri alınması yasağının başlaması, derdestlik durumunun ortaya çıkması, ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haczin korunması; maddî hukuk bakımından ise zamanaşımı süresinin kesilmesi (TBK m. 154), hak düşürücü sürelerin korunması, bazı şahıs varlığı hakların mal varlığı hakkına dönüşmesi, (dava dilekçesinin davalıya tebliği ile birlikte de) iyiniyetin ortadan kalkması ve davalının temerrüde düşürülmesi gibi sonuçları bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ansay**, s. 216 vd.; **Berkin**, s. 90-92; **Kuru**, C. II, s. 1648 vd.; **Umar**, Şerh, s. 368 vd.; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1169 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 639 vd.; **Özmumcu**, s. 184 vd.. Ayrıca bkz. “Bir davanın usulen açıldığı tarihte maddî hukuk ve usul hukuku yönünden hasıl ettiği neticeleri vardır. Özellikle maddî hukuk alanında zamanaşımı kesilmiş olur. Hak düşürücü bir süre söz konusu ise bu husus hakim tarafından re'sen gözönünde tutulur. Şahsa bağlı haklarla ilgili bazı davaların takibi mirascılarına geçer. Davalı, davadan önce usulen mütemerrit duruma düşürülmemiş ise, davanın açılması ve dilekçenin usulü dairesinde tebliğ olunmasıyla mütemerrit sayılır. Usul hukuku yönünden ise, neticeleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185, 186, 187 ve 202. maddelerinde açıklandığı üzere mahkemelere, açılmış bir davayı sonuçlandırmak görevi verilmiş olur. Dava şartlarının mevcut olup olmadığı da davanın açıldığı tarihe göre tayin edilir ve açıldığı tarihteki durum ne ise ona göre hüküm verilmesi mükellefiyeti doğar. Davada derdestlik hali de söz konusu olabilir. Davacı davasını açtıktan sonra davalının rızası olmaksızın davasını takipten sarfinazar ve davasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemez. Müddeabihin temlik, davanın ıslahı ve feragat hali bu yasağın dışındadır.”, YİBBGK, 23.12.1976 T., 1976/7 E., 1976/6 K., RG, 19.02.1977, S. 15855.

dilekçesinin hâkim tarafından havale edildiği tarihte; harca tâbi davalarda ise harcın yatırıldığı tarihte davanın açılmış sayılacağına karar vermiştir. Ancak, her iki hâlde de dilekçenin mahkeme kalemine daha sonraki bir tarihte teslim edildiği mahkeme kalemince ispatlanabilirse, bu tarihin davanın açılma tarihi olarak kabulü gerekeceği içtihat edilmiştir.

İçtihatların birleştirilmesine yönelik müzakerelerin devam ettiği aşamada, 1086 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesi'nde yapılan değişikliklerle, 178'inci maddenin uygulanma zamanına ilişkin olarak ayrıntılı ve açık bir düzenleme getirilmiş olmasıdır¹²⁵⁹. Söz konusu Yönetmelik ile, dava dilekçesinin bizzat hâkim ya da yazı işleri müdürü tarafından kaleme tevdi edileceği ve harca tâbi olmayan davalarda bu aşamada, harca tâbi davalarda ise davacı tarafından harcın ödendiğine ilişkin makbuzun teslimi ile kaydın gerçekleşeceği; davanın da kayıtlı birlikte açılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında, Yönetmelik ile sorunun çözüme kavuşturulduğu, içtihadı birleştirme kararı verilmesine gerek olmadığı müzakereler sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen, Kurul içtihatların birleştirilmesine karar vermiştir.

Hem 1086 sayılı Kanun'un düzenlemesi hem de Yönetmelik hükmü, harca tâbi olmayan davalarda dava dilekçesinin kaleme tevdi edildiği gün; harca tâbi olan davalarda ise harca yönelik makbuzun teslim edildiği gün deftere kaydedildiği varsayımından hareket etmekte; davacının tasarrufundan çıkan dilekçenin kalem personelinin kusuru nedeni ile geç kaydedilmesi ihtimalini ise dışlamaktadır. Burada, tartışılması gereken husus kanun koyucunun bu ihtimalin varlığına rağmen mi kayıt tarihini dikkate aldığı; yoksa böyle bir ihtimali hiç mi öngörmediğidir. Kanaatimizce, davacının gerekli ve yeterli bir başvurusuna rağmen, dava dilekçesinin geç kaydedilmesinden ötürü dava açma hakkını kaybetmesi de dahil bazı olumsuz sonuçlara katlanması ihtimalinin, kanun koyucu tarafından öngörüldüğü ve buna karşın kabul edildiği iddia edilemez. Zira, aksinin kabulü, kanun koyucunun hukukun genel ilke ve esaslarına aykırı biçimde kural öngördüğü anlamını taşır. Kanunun lafzı ve amacı birbirine uygun olmamakla birlikte, kanunda amacı itibarıyla uygulanabilecek başka bir kural da yer almamaktadır. Dolayısıyla, bu durumda esasen kanun koyucunun öngöremediği, bilinçsiz bir boşluğun bulunduğu kabulü yerindedir. Olması gereken hukuk açısından, bahsi geçen düzenlemenin kişilerin mahkemeye erişimini ve maddî hukuktan kaynaklanan haklarını kullanmasını engelleyecek şekilde uygulanmaması gerekir. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, medenî usûl hukukunda kanunilik ilkesi benimsenmiş ve bu Anayasa ile de koruma altına

¹²⁵⁹ Bkz. Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG, 03.02.1984, S. 18301.

alınmıştır. Bu nedenle, söz konusu eksikliğin hâkimin hukuk yaratması ile doldurulması mümkün değildir. Bahse konu içtihadı birleştirme kararı, her ne kadar Kanun'un ve Yönetmelik hükmünün uygulanmasına engel değilse de¹²⁶⁰; kanun koyucunun düzenlemesi gerektiği hâlde düzenlemediği bir konuda bağlayıcı şekilde verilen yeni bir kural niteliğinde olduğundan hukuk yaratma kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁶¹. Uygulamada ortaya çıkan sorunun, usûl hukukunun bu özel durumu nedeni ile ancak kanun koyucu tarafından giderilebilmesi mümkündür. Mevcut durum bakımından ise böyle bir durumda ancak kalem personelinin kusuru nedeni ile tazminat davası açılabilir¹²⁶² (AY m. 129/5).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118'inci maddesinde davanın açılma zamanının dava dilekçesinin kayıt tarihi olduğu belirtilmiş; dava dilekçesinin kaydı hususunun Yönetmelik ile ayrıca düzenlenmesi öngörülmüştür. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 197'nci maddesiyle de dava dilekçesinin tevzi bürosuna, ön büroya ya da tevzi işiyle görevli yazı işleri personeline teslim edileceği; dilekçenin harca tâbi davalarda harç ve gider avansının, harca tâbi olmayan davalardaysa gider avansının tahsil edilmesinden sonra tevzi edileceği ve bu tarihte davanın açılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Günümüzde, güvenli elektronik imza sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerin bizzat ya da vekilleri aracılığıyla UYAP sistemi üzerinden dava açabilmesi de mümkündür. Bu hâlde gider avansı ve harçların elektronik ortamda ödenmesi mümkündür. Bu hâlde ise dava, dilekçenin sisteme kaydedildiği tarihte açılmış sayılır¹²⁶³. Bu düzenleme karşısında, davanın harç ve gider avansı yatırılmadan tevzi edilmesi ve kaydı mümkün olmadığından; İctihadı Birleştirme Kararı ile getirilen düzenlemeye konu herhangi bir sorunun halihazırda meydana gelmesi mümkün değildir¹²⁶⁴. Buna karşın,

¹²⁶⁰ Dava dilekçesinin, kalem personeli tarafından süresinde kaydedildiği durumda Kanun hükmünün uygulanmasında herhangi bir sorun ortaya çıkmadığı gibi; içtihadı birleştirme kararından farklı olarak, davanın esas defterine kaydedildiği ve fakat harcın yatırılmadığı durumlara ilişkin olarak davanın Kanun'a da uygun şekilde deftere kaydedildiği tarihte açılmış olduğu hem öğreti hem de uygulama da kabul edilmektedir. Bkz. **Kuru**, C. II, s. 1646 vd. ve orada gösterilen kararlar.

¹²⁶¹ Verilen kararın hem yönetmelik hükmünü dikkate almadığı için Anayasa'ya aykırı olduğu hem de pozitif hukuk hükümlerinin yorumunun ötesinde bu kuralları ihlâl edecek biçimde bir hukuk yaratma olduğu yönünde bkz. **Önen**, İctihadı Birleştirme, s. 217.

¹²⁶² **Önen**, İctihadı Birleştirme, s. 217-218.

¹²⁶³ “Somut olayda; dava dilekçesinin 04/02/2019 tarihinde sisteme kayıt yapılarak davanın açıldığı, harcın ise sistem gereği 05/02/2019 tarihinde yatırıldığı, dolayısıyla davanın 04/02/2019 tarihinde ve süresinde açıldığı, ilk derece mahkemesinin davanın süresinde açılmadığına ilişkin kararın hatalı olduğu, davacı vekilinin buna ilişkin istinaf itirazının yerinde olduğu ve kabulü gerektiği anlaşılmakla..”, Samsun BAM 8HD, 05.12.2019 T., 2019/2981 E., 2019/3073 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2020.

¹²⁶⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun söz konusu hükme ilişkin gerekçesinde, dava açma zamanının önemi nedeni ile mahkemelerin dava dilekçelerini derhal kayda geçirmelerinin tabii olduğu ifade edilmektedir. Bkz. HMK Gerekçe, m. 123, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>, s.e.t. 17.04.2020.

gider avansının ve harcın yatırılmasına karşın, tevzi formunun derhal oluşturulmadığı bir durumda, yukarıdaki gibi bir sorun gündeme gelebilir. Anayasa'nın 142'nci maddesi dikkate alındığında ise bu sorunun kanun koyucu tarafından çözüme kavuşturulması gerekir.

B. Mahkemelerin Görevine İlişkin Kararlar

1. Genel Mahkemelerin Görevine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13.04.1927 tarihinde verdiği, davacının davalıdan olan alacağı nedeni ile sulh mahkemesince verilen ilama dayanılarak yapılan takip sonucunda borçlunun mallarının haczedilmesinin ardından hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması hâlinde görevli mahkemenin tespitine yönelik kararda¹²⁶⁵ sulh mahkemesi, istihkak davasının konusunun 500 liralık ticaret eşyasının alınmasına yönelik olduğundan bahisle kendi görev alanına girmediğini ileri sürmüştü; asliye hukuk mahkemesi ise uyuşmazlığın haczin kaldırılmasına yönelik olduğunu ve bu durumda esas hüküm bakımından hangi mahkeme görevli ise istihkak davası açısından da o mahkemenin görevli olduğunu iddia etmiş, içtihadı birleştirme genel kurulu da bu konuda sulh mahkemelerini görevli sayan Sulh Hâkimleri Kanunu hükümlerini ortadan kaldıran ya da sınırlayan herhangi bir hüküm bulunmadığından sulh mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar pozitif hukukta o dönemde yer alan kanunî düzenlemelerin yorumundan ibarettir.

Halihazırda yürürlükte bulunan mevzuata göre, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 96'ncı ve devamı maddeleriyle hüküm altına alınan haciz nedeni ile istihkak davalarında görevli mahkemenin icra mahkemesi olduğu 97'nci madde ile açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun verdiği 06.04.1932 tarihli karara¹²⁶⁶ göre, evlenmenin hâkim izni ile gerçekleştiği durumlarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması gerektiği, zira ne sulh mahkemelerinin görevini belirleyen özel kanunda ne de 1086 sayılı Kanun'da bu konuya ilişkin bir görevlendirmenin bulunduğu ifade edilmiştir.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinin lafzî yorumu neticesinde evlilik yaşı gelmemiş olanların hâkim izni ile evlenmesi bakımından görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olduğu yönündeki kararın bugün uygulama imkânı bulunmamaktadır.

¹²⁶⁵ Bkz. YİBGK, 13.04.1927 T., **Bilge**, İçtihat Birleştirme, s. 664-665.

¹²⁶⁶ Bkz. YİBGK, 06.04.1932 T., 1932/25 K., 1932/8 K., RG, 28.07.1932, S. 2160.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382'nci maddesinde henüz evlenme yaşı gelmemiş kimsenin Türk Medeni Kanunu'nun 124'üncü maddesi gereğince evlenmesine izin verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmiştir (HMK m. 382/2-b-1). 383'üncü madde ile ise çekişmesiz yargı işleri bakımından görevli mahkemenin aksine bir düzenlemede olmadığı sürece sulh hukuk mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4'üncü maddesi gereğince ise Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü kısmı hariç olmak üzere 2'nci kitabından kaynaklanan dava ve işlerde görevli olduğu açıkça düzenlendiğinden, söz konusu iş aile mahkemelerinin görevine dahildir¹²⁶⁷.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 10.06.1931 tarihinde verilen bir başka kararda¹²⁶⁸ ise karı koca arasındaki yardım ve nafakadan kaynaklanan uyuşmazlıklara Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun açık hükmü nedeni ile sulh hukuk mahkemelerinde bakılacağı sonucuna varılmıştır. Karar metninden çelişkili hususlar anlaşılamamakla birlikte, 734 sayılı Türk Kanun-u Medenîsinde düzenlenen evlilik birliğinin korunması ve nafakaya ilişkin hususlarda karar vermeye yetkili mahkeme o dönem yürürlükte bulunan 1086 sayılı Kanun'un 500'üncü maddesi ile açıkça sulh hukuk mahkemelerine bırakılmış; kararda da sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Bahsi geçen düzenlemeler bugün Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabının birinci bölümünde yer almakta ve bu nedenle 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4'üncü maddesi gereğince aile mahkemelerinin görev alanında kalmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen diğer bir kararda¹²⁶⁹ ise taşınmaza ilişkin olarak açılan müdahalenin men'i davasının asliye hukuk mahkemesinde görüleceği kabul edilmiştir.

Kararda herhangi bir gerekçeye yer verilmeksizin temyiz incelemesi bakımından görevli dairenin tespiti noktasında uyuşmazlığın asliye mahkemelerinin görevine dahil olduğuna ve bu nedenle dosyanın temyizen inceleme merciinin birinci daire olduğuna karar verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle artık mahkemenin görevinin belirlenmesi bakımından dava konusunun değerinin önemi kalmamıştır. Görevli mahkemenin tespitinde

¹²⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2012, s. 50 vd.; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Aile Hukuku, 2020, s. 69 vd.; **Tüzüner, Özlem**, On Altı Yaşını Doldurmamış Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi, İKÜHFD, Y. 2012, S. 11 (1), s. 19 vd. Ayrıca bkz. Y2HD, 21.02.2015 T., 2004/16808 E., 2005/2507 K.; Y2HD, 21.03.2005, 2005/1635 E., 2005/4300 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.08.2019.

¹²⁶⁸ Bkz. YİBGK, 10.06.1931 T., 1931/8 E., 1931/39 K., RG, 06.08.1931, S.1866.

¹²⁶⁹ Bkz. YİBGK, 07.02.1936 T., 1935/76 E., 1936/2 K., www.lebibyalkin.com, s.e.t. 09.08.2019.

uyuşmazlığın niteliğinden hareket edilmektedir¹²⁷⁰. Dolayısıyla, bugün davacının talebinin dayanağını oluşturan hakkın tespiti ile görevli mahkemenin belirlenmesi mümkündür. Müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davaları bakımından da davacının hangi hakka dayanarak dava açtığına göre görevli mahkeme değişir. Şayet mülkiyet hakkına dayalı olarak müdahalenin men'i talep edilmiş ise ve başka herhangi bir özel mahkemenin görev alanına giren bir husus söz konusu değilse mal varlığına ilişkin davalarda genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin görevli olması gerekirken (HMK m. 2); zilyetliğe dayalı olarak saldırının önlenmesi talep edildiğinde ise sulh hukuk mahkemesi görevli kabul edilmektedir (HMK m. 4/1-c)¹²⁷¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 22.03.1944 tarihinde verilen kararda¹²⁷², sigortacının sigorta poliçesine değil de kanundan aldığı bir yetkiye dayanarak, haksız fiil sebebi ile sigortalının halefi sıfatıyla açtığı davalarda (asliye) hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

Sigortacının kanunî halefiyet nedeniyle zarar gören sigortalıya ödediği miktar kadar hukuken onun yerine geçeceğine ilişkin kanunî düzenleme dikkate alındığında, zarar veren aleyhine açılan rücu davasında görevli mahkemenin neresi olduğu tartışma konusu yapılmış hem asliye hukuk mahkemesinin hem de ticaret mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi üzerine, içtihatların birleştirilmesi gerekmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, uyuşmazlığın sigorta poliçesiyle ilgili olmadığını; davanın haksız fiilden kaynaklandığını; aksinin kabulü hâlinde sigortacının açtığı davada ticaret mahkemesinin zarar görenin açtığı davada ise asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğunun kabulü gerekeceğini; bunun ise aynı sebebe dayanan dava bakımından iki farklı mahkemenin kabul edilmesi anlamına geleceğini ileri sürerek böyle bir davada asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir¹²⁷³.

¹²⁷⁰ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 120.

¹²⁷¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 163. Ayrıca bu yönde bkz. Y8HD, 16.02.2016 T., 2016/1838 E., 2016/2475 K., www.legalbank.net, 09.08.2019.

¹²⁷² Bkz. YİBGK, 22.03.1944 T., 1939/37 E., 1944/9 K., www.legalbank.net, s.e.t. 15.08.2019.

¹²⁷³ Yargıtay daha sonra verdiği kararlarda da sigortacının rücu tazminat davalarında görevli mahkemenin tazminata konu esas ilişkiye göre belirleneceğini kabul etmiştir. Bkz. “Davacı sigorta şirketi, bu davayı sigortalısının halefi olarak açtığına göre, görevli mahkemenin tayininde sigortalı ile davalı arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti nazara alınır.... Somut olaya bakıldığında; davalının maliki olduğu daire ile davacı sigortalısının kullanımındaki işyerinin de bulunduğu ana taşınmazın, kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmaz olduğu; davacıya sigortalı işyerinin üst katında bulunan ve davalının maliki olduğu dairede tuvalet su giderinin patlaması ile suların bodrum kat tavanından sigortalı iş yerine sızdığı gerekçesiyle davalıya husumet yöneltildiği görülmektedir. Bu durumda, ana taşınmazda kat mülkiyeti kurulmuş olması nedeniyle, davada Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğunun kabulü gerekir.”, Y17HD, 28.05.2018 T., 2015/15862 E., 2018/5532 K.; “Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesine dayalı rücu tazminatıdır.”, Y17HD, 28.05.2018 T., 2015/15862 E., 2018/5532 K.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı, Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci (1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 965) maddesiyle düzenleme altına alınan sigortacının halefiyetine ilişkin hükme dayalı olarak açılan davalarda görevli mahkemenin tespitine ilişkindir. Sigorta ilişkisinin tarafların tacir olmasına bakılmaksızın ticarî nitelikte olduğunu düzenleyen (865 s. K. m. 21/1, b. 14; 6102 S. K. m. 5) hükümden hareketle, mutlak bir ticarî davadan bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışılmıştır. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, burada yalnızca göreve ilişkin mevcut kanunî düzenlemelerin yorumunu gerçekleştirmiş; özellikle aksi şekilde yorumun hukuk düzeninde çelişkiye yol açabileceğinden bahisle, söz konusu halefiyet hükmüne dayanılarak açılan davada, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığın mevcut olmadığını, sözleşmenin yalnızca sigortacının zarar gören sigortalıya karşı bir ödeme yükümlülüğü getirmek açısından etkisi olduğunu ve yapılan ödeme nedeniyle kanuna dayanan halefiyete dayanılarak zarar verene karşı açılan davada artık mutlak ticarî davanın söz konusu olamayacağına karar vermiştir. Halefiyete ilişkin düzenleme 6102 sayılı Kanun ile de aynı şekilde düzenlendiğinden, normatif kanunî düzenlemelerin yorumuna ilişkin bu içtihadı birleştirme kararının bugün de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

2. Kadastro Mahkemelerinin Görevine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 29.03.1996 tarihli kararda¹²⁷⁴, 3402 sayılı Kadastro Kanunu ile düzenlenen kadastro komisyonunda bulunması gereken bilirkişilerin kanunda yasaklı olarak kabul edilen kişilerden olması hâlinde, dosya

*tazminat istemine ilişkin olup, rücuen tazminat davaları, sigortalı kimsenin sorumlu kişiye karşı açmış olduğu bir dava gibi değerlendirilerek görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir (İBK 22/03/1944 tarih ve 1939/37 Esas, 1944/9 Karar).Davacı ... şirketi halefiyet hakkına dayalı olarak bu davayı açtığına göre, halefi olduğu sigortalı ile davalı arasındaki ilişkinin mahiyetine bakılarak görevli mahkeme tespit edilecektir. Davacının sigortalısı ile davalı arasında TTK'da düzenlenen taşıma ilişkisi mevcut olduğu nazara alındığında, dava, TTK'nın 4. maddesine göre ticari dava niteliğini taşıdığından, TTK'nın 5. maddesi uyarınca asliye ticaret mahkemelerinin görev alanındadır. Açıklanan nedenlerle mahkemece işin esasına girilerek hüküm tesisi gerekirken, davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.”, Y11HD, 17.10.2016 T., 2016/10790 E., 2016/8148 K., www.lexpera.com, s.e.t. 09.06.2020. Bu hususta öğretide savunulan görüşe göre de Yargıtay kararları ve içtihadı birleştirme kararında olduğu gibi uyuşmazlık bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi, sigortalı ile zarar veren arasındaki hukukî ilişkiye bakılarak tespit edilmelidir. Zira, bu hâlde dava sigorta ilişkisinden kaynaklanmamaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet**, Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, AÜHFD, Y. 1974, C. 1-4, S. 31, s. 417; **Arslan, Aziz Serkan**, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları, TBBD, Y. 2010, S. 88, s. 214; **Akkan, Pekcanitez Usûl**, C. I, s. 131. Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci maddesinin birini fıkrasının ikinci cümlesi ile sigortacının, zarar gören sigortalının açtığı davaya devam edebileceğini düzenlemiş olmasının da bu sonucunu doğruladığı ifade edilmiştir. Bkz. **Akkan**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 131-132.*

¹²⁷⁴ Bkz. YİBHKG, 29.03.1996 T., 1993/6 E., 1996/2 K., RG, 03.06.1996, S. 22655.

önüne gelen kadastro hâkimin dosyayı Kadastro Müdürlüğü'ne iade etmeyip, sorunu doğrudan kendisinin çözmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Söz konusu karar, Yargıtay daireleri arasında meydana gelen çelişkili kararların giderilmesi amacıyla verilmiştir. Kadastro Kanunu'nun 3'üncü maddesinin altıncı fıkrasında kimlerin bilirkişi olarak komisyonda yer alamayacağı belirtilmiş; aynı maddenin beşinci fıkrasında ise bilirkişilere ilişkin olarak söz konusu yasaklılık hâllerinin mevcudiyeti hâlinde bölgenin mülkî amiri tarafından gerekli sayıda bilirkişi görevlendirilmesi yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 27'nci maddesinde ise hâkimin usûle ve şekle ilişkin eksikliklerde tutanakları tekrar Kadastro Müdürlüğü'ne gönderemeyeceği düzenlenmiştir. İşte söz konusu kararda da bu hükümden hareketle, komisyonun teşekkülüne ilişkin kuralın şekli bir hukuk kuralı olduğu; bilirkişilerin yasaklı olmasına rağmen komisyonda görev almaları hâlinde komisyonun kanuna uygun şekilde teşekkül etmemiş olduğunun kabulü gerektiğinden ve bu husus da şekli nitelikte bulunduğundan, 27'nci maddenin beşinci fıkrası gereğince dosyanın müdürlüğe gönderilmeksizin doğrudan kadastro hakimliğince sorunun çözülmesi gerektiği benimsenmiştir.

Karar, yasaklı bilirkişinin imzasını içeren kadastro tutanaklarının akıbetinin ne olacağı meselesinin, Kanun'un kadastro mahkemelerinin yargılama usûlüne ilişkin 27'nci maddesinin beşinci fıkrasının kapsamına dahil olup olmadığına ilişkin olduğundan, yorum niteliğindedir. Bu yönüyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun yetkisi içinde yer alan kararın bugün de uygulama alanı bulunmaktadır¹²⁷⁵.

¹²⁷⁵ “...Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 29.03.1996 tarih 1993/6 Esas, 1996/2 sayılı Kararında da; "Kadastro hakiminin itirazlı parsellere ilişkin olarak uyumsuzluğu çözmek ve sicil oluşturmakla yükümlü bulunduğu, tutanağın Kadastro Müdürlüğüne geri çevrilmesinin uyumsuzluğu sonuçlandırmayacağına, çözümü geciktirerek maliyeti arttıracığına, hakimın uyumsuzluğu bitirmek zorunluluğu bulunduğu göre, tutanaklardaki usuli eksiklikler ve aykırılıkların sonuca etkili bulunmadığına, usul ve şekle ilişkin aykırılıklarda 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 27/5 maddesi gereğince tutanağın Kadastro Müdürlüğüne iade edilemeyeceğine, Kadastro Hakimi'nin uyumsuzluğu esastan çözümlemesi gerektiğine" değinilmiştir. Bu durumda anılan yasa hükümleri ve içtihadı birleştirme kararı çerçevesinde davaya Kadastro Mahkemesi sıfatıyla bakılarak ve tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin deliller toplanarak uyumsuzluğun esastan incelenip karara bağlanması gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA...", Y16HD, 19.10.2015 T., 2014/20729 E., 2015/11952 K., www.lexpera.com, s.e.t. 07.07.2020.

3. Mahkemelerin Görevine İlişkin Diğer Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 25.03.1931 tarihinde verilen karara¹²⁷⁶ göre 1086 sayılı Kanun'un 575'inci maddesinin kapsamında yer almayan asliye ceza hâkimleri aleyhine açılacak tazminat davaları bakımından Yargıtay'ın 4'üncü Hukuk Dairesi görevlidir.

Asliye ceza mahkemesi hâkimlerinin görevleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında görevli mahkemenin belirlenmesinin o dönem yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğine; bu konuda 1221 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi gereğince asliye mahkemelerinden verilen ve diğer dairelerin görevi dışında kalan hukuk davalarında görevli olmasından dolayı Yargıtay'ın 4'üncü hukuk dairesinin görevli olduğuna karar verilmiştir.

Hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak 1086 sayılı Kanun'un 573'üncü ve devamı maddeleri ile öngörülen düzenlemeye göre, hâkimlerin fiillerinden dolayı meydana gelen zararda devletin herhangi bir sorumluluğu bulunmamakta, bizzat hâkime karşı açılacak davada görevli mahkeme ise 575'inci maddenin ikinci fıkrasında gösterilen ilk derece ya da temyiz mahkemeleri olarak kabul edilmekteydi¹²⁷⁷. Bu hükümde ceza mahkemelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından hareket eden Yargıtay, o dönem yürürlükte bulunan 1221 sayılı Temyiz Teşkilatına Dair Kanunun 3'üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin ceza mahkemesi hakimlerinin hukukî sorumluluklarına ilişkin davalarda görevli olduğuna karar vermiştir. Karar görüşmeleri sırasında 575'inci madde ile yalnızca hukuk hakimlerinin düzenlendiği ve kıyasın mümkün olamayacağı ifade edilmiş; yine 4'üncü Hukuk Dairesi'nin temyiz incelemesi bakımından görevli olduğu, ilk derece mahkemesi olarak bu davaya bakamayacağı, davanın ceza mahkemelerinde görülmesi gerektiği dile getirilmiştir. Kararın gerekçesinde ise davanın ceza mahkemelerinin inceleme alanına girmediği, borçlar hukuku anlamında bir tazminatın söz konusu olduğu ve bu nedenle ceza mahkemelerinin görevli olamayacağı; yargılamanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tâbi olduğu savunulmuştur.

¹²⁷⁶ Bkz. YİBGK, 25.03.1931 T., 1931/19 E., 1931/25 K., RG, 03.05.1931, S. 1786.

¹²⁷⁷ 1086 sayılı Kanun'un 575'inci maddesinin ikinci fıkrasının 2004 yılında 5236 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâli şu şekildedir: “Tazminat davası, sulh hâkimi aleyhinde ise mensup olduğu mahkeme-i asliyede, mahkeme-i asliye vazifesini gören münferit hakimlerle icra reisi, kaza mahkeme-i asliye hakimleri aleyhinde ise mensup oldukları vilayet mahkeme-i asliyesinde ve vilayet mahkeme-i asliyesi aleyhinde ise esas davanın tabi olduğu Temyiz dairesinde rü'yet olunur”.

Ceza mahkemesi hâkimleri aleyhine açılacak tazminat davaları bakımından görevli mahkeme konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, asliye hukuk mahkemesi hâkimlerine karşı açılacak davalar bakımından 1086 sayılı Kanun ile düzenleme öngörülmüştür. Bu durumda, her ne kadar asliye ceza mahkemesi hâkimlerine karşı açılacak tazminat davalarına ilişkin olarak Kanun'da lafzen düzenlenen bir hüküm yer almasa da asliye hukuk mahkemesi hâkimlerine ilişkin düzenlemenin amacı dikkate alındığında kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, vilayet asliye hukuk mahkemesi hâkimleri aleyhine açılan tazminat davaları bakımından 1086 sayılı Kanun'un 575'inci maddesinde görevli mahkemenin davanın esasını incelemekle görevli Yargıtay dairesi olduğunu düzenleyen hükmü kıyasen uygulayarak vilayet asliye ceza hakimleri aleyhine açılacak tazminat davalarının da Yargıtay'da incelenmesine karar verilmiş; ancak ceza mahkemelerinden hükümde açıkça bahsedilmemesi gerekçesi ile 575'inci madde hükmünün doğrudan uygulanmasının kabul edilemeyeceğini de vurgulanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı maddesi ile hâkimlerin hukukî sorumlulukları nedeni ile tazminat davalarının devlet aleyhine açılması gerektiği kabul edilmiş; hükmün gerekçesinde ise bu maddede ifade edilen hâkim kavramının bütün ilk derece mahkemesi hâkimlerini ve bu sırada ceza mahkemesi hâkimlerini de kapsadığı belirtilmişse de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin açık düzenlemesi karşısında ceza mahkemesi hâkimleri bakımından 46'ncı maddenin uygulanabilmesi mümkün değildir¹²⁷⁸. Ceza mahkemesi hâkimlerinin soruşturma ve kovuşturma sırasındaki kusurlu davranışlarından dolayı¹²⁷⁹ devlet aleyhine açılacak tazminat davasında görevli mahkeme zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi olarak düzenlenmiştir¹²⁸⁰. Bunun dışında, bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın ceza dairelerinin başkan ve üyeleri bakımından ise özel bir düzenleme bulunmadığından Hukuk

¹²⁷⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı ve devamı maddelerinin ceza hâkimlerini de kapsadığı yönündeki değerlendirme için bkz. **Karademir, Dilek**, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukukî Sorumluluğu, TBBD, Y. 2015, S. 119, s. 252.

¹²⁷⁹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141'inci maddesinde hâkimlerin haksız koruma tedbirleri dışında suç soruşturması ve kovuşturması sırasında kişisel kusuru ya da haksız fiilleri veya diğer sorumluluk hâlleri nedeni ile tazminat davasının devlet aleyhine açılacağı kabul edilmiştir. Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hâkimin haksız fiilinin arandığı ve hâkimlerin kişisel kusurları nedeniyle de devlete karşı tazminat davası açılabileceğinin kabul edildiği yönündeki görüş ve bunun eleştirisi için bkz. **Tanriver**, Usûl, s. 292-293.

¹²⁸⁰ Bu durum eşit koşullarda seçilen, atamaları gerçekleştirilen ve eşit koşullarda çalışan ceza ve hukuk mahkemesi hâkimleri açısından Anayasa'da kabul edilen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu yönde bkz. **Tanriver**, Usûl, s. 286.

Muhakemeleri Kanunu'nun 47'nci maddesi aynen uygulanır¹²⁸¹. Bu nedenle bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının artık uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 04.02.1959 tarihinde verilen kararda¹²⁸² ise görev kuralları bakımından usûlî müktesep haktan söz edilemeyeceği ve duruşma sona erinceye kadar görevsizlik kararı verilebileceği kabul edilmiştir.

İlk derece mahkemesince verilen karar aleyhine kanun yoluna başvuru neticesinde kararın mahkemenin görevi dışında bir nedenle bozulması (ya da kaldırılması) hâlinde yeniden yapılan yargılamada görevsizlik kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 4'üncü Hukuk Dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesine yönelik içtihadı birleştirme kararında, görev kurallarının kamu düzeninden olduğuna ve yargılama devam ettiği sürece görevsizlik kararı verilebileceğine hükmedilmiştir. Bu kararda Yargıtay, temyiz kanun yoluna başvuruda ileri sürülmeyen ya da ileri sürülüp de temyiz makamınca reddedilen hususların taraf lehine usûlî müktesep hak oluşturacağını, bunun yargılamayı hızlandırmak amacı ile getirilen kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olduğunu ifade etmiş; ancak görev gibi kamu düzenini ilgilendiren diğer bir hususta usûlî müktesep hakkın koşulsuz kabulünün usûl hukukunun mutlak hükmünü değiştirmek anlamına geleceğinden kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.

Usûlî müktesep hak, bir usûl işlemi nedeni ile taraflardan biri lehine doğan ve uyulması zorunlu hak olarak ifade edilmektedir¹²⁸³. Usûlî müktesep hak, kamu düzeni gereğince Yargıtay uygulaması ile kabul edilmiş bir müessesedir¹²⁸⁴. Ancak yukarıdaki kararda da ifade edildiği gibi, kamu düzeni gereğince getirilmiş olan usûlî müktesep hakkın bir diğer kamu düzeni kuralı gereğince ihlâl edilebileceği kabul edilmekte; kamu düzeninin istisnası olarak bir başka kamu düzeni kuralı gösterilmektedir¹²⁸⁵.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, her ne kadar usûlî müktesep hakkı benimsese de Kanun'da açıkça kamu düzenine ilişkin olduğu düzenlenen görev kuralları bakımından, Yargıtay uygulaması ile getirilen bu hususun uygulama alanı bulamayacağını ifade

¹²⁸¹ **Tanrıver**, Usûl, s. 294.

¹²⁸² Bkz. YİBBGK, 04.02.1959 T., 1957/13 E., 1959/5 K., RG, 28.04.1959 T., S. 10193.

¹²⁸³ **Berkin**, s. 221; **Kuru**, C. V, s. 4737; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2187; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 633. Usûlî müktesep hak kavramı ile bunun reddedilmesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı**, Müktesep Hak, s. 458 vd..

¹²⁸⁴ 7251 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesine yapılan eklemede, "...bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durum ortadan kaldırılamaz." ifadesine yer verildiğinden, hukuk sistemimiz açısından usûlî müktesep hakkın kanunî bir dayanağa kavuştuğu söylenebilir.

¹²⁸⁵ **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2190-2191.

etmiş; aksi kabulün göreve ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesinin (HMK m. 115/1) kanuna konuluş amacına aykırılık teşkil edeceğini savunmuştur. İnceleme konusu karar 1086 sayılı Kanun'un göreve ilişkin kurallarının hem lafzî hem de amaca uygun şekilde yorumuna ilişkindir ve bugün de uygulama alanı bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesiyle görev kuralları dava şartları arasında sayılmış; 115'inci maddesiyle ise dava şartlarının yargılamanın her aşamasında mahkemece re'sen incelenilebileceği de düzenlenmiştir. Kanun yolu aşamasında görevsizlik konusu incelenmemiş de olsa uyuşmazlığın yeniden incelendiği aşamada görevsizlik kararı verilebilmesi, bu hususun usûlî müktesep hakkın istisnası olduğu için değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesiyle verilen yetki gereğince olduğu kabul edilmelidir.

C. Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 16.03.1932 tarihinde verilen kararda¹²⁸⁶, evli kadının ikametgahının kocasının ikametgahına göre belirleneceğinden, açılacak boşanma davasında yetkili mahkemenin de kocanın ikametgahında açılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

734 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi'nin yürürlükte bulunduğu dönemde verilen içtihadı birleştirme kararında, boşanma davası bakımından yetkili mahkeme tespit edilmeye çalışılmıştır. 734 sayılı Kanun'un 136'ncı maddesi ile boşanma davaları bakımından yetkili mahkemenin davacının yerleşim yeri mahkemesi olduğu açıkça ifade edilmiş; 1086 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesi ile de yetkiye ilişkin Türk Kanun-u Medenîsi'nin hükümlerinin saklı tutulduğu düzenlenmiştir. Bu noktada davacı kadının ikametgahının tespiti gerekmekte olup, bunun da 734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi ile düzenlendiği ve kocanın ikameti olarak kabul edildiğinden davanın davacı karının ikameti sayılan kocanın ikameti mahkemesinde açılması gerektiğine karar verilmiştir. Esasen, Yargıtay'ın bazı üyelerince kanunun boşanma davasında yetkiye ilişkin hükümlerinin, boşanma sebebi ile kocası ile birlikte oturduğu evden ayrılan ya da ayrılmak zorunda bırakılan ve başka bir yerde yaşamaya başlayan kadının açacağı boşanma davası bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağına işaret edilmiştir. Kanaatimizce, karının ikametgahını düzenleyen Medeni Kanun'un lafzı çok geniştir. Bu hükmün boşanma davaları bakımından dahi uygulanması düzenlemenin amacı ile örtüşmez. Dolayısıyla, burada kuralın amaca uygun sınırlandırılması ile sonuca varılması yerinde olurdu.

¹²⁸⁶ Bkz. YİBGK, 16.03.1932 T., 1932/18 E., 1932/2 K., RG, 11.06.1932, S. 2121.

Ancak İctihadı Birleştirme Genel Kurulu aksi yönde karar vererek kanunun lafzından hareket etmiş; amacını dikkate almamıştır.

Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ise boşanma davaları bakımından yetkili mahkeme Türk Medeni Kanunu'nun 168'inci maddesi ile belirlenmiştir. Eşlerden birinin yerleşim yerini ya da davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesini yetkili kılan¹²⁸⁷ kanun koyucu, içtihadı birleştirme kararı ile tartışılan konulara son verdiğinden, kararın uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 07.06.1935 tarihinde verdiğı karar¹²⁸⁸ ise boşanma davası sırasında hükmedilecek tazminat ile diğeri eşi zarara uğratacak fiillerde bulunan eşe yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin hükümler bakımından yetkili mahkemenin, 1086 sayılı Kanun'un o dönem yürürlükte bulunan ailenin korunmasına ilişkin 500'üncü maddesinde düzenleme bulunmadığından genel hükümlere dayanılarak belirlenmesinin, düzenlemenin amacına ve kararın hızla verilmesi ihtiyaçına aykırı olduğuna ve ihtiyatı tedbirlerde olduğı gibi bu tedbirlerde de yetkinin aranmaması gerektiğine ilişkindir.

734 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'nin evlilik birliğinin korunması başlığı altında yer alan ve boşanma davası sırasında hükmedilecek tazminat ile diğeri eşi zarara uğratacak fiillerde bulunan eşe yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin hükümleri hakkında karar vermek hususunda 1086 sayılı Kanun'un 1985 tarihli 3222 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmasından önceki 500'üncü maddesi ile sulh mahkemelerinin görevli olduğı düzenlenmiş; yetkiye ilişkin açık bir hüküm getirilmemişti. Yargı kararlarında çoğunlukla davalının yerleşim yeri sulh mahkemesinden bu tedbirlere hükmedilmesinin talep edileceğı kabul edilmişken 2'nci Hukuk Dairesi bu tedbirlerin ihtiyatı tedbir niteliğini taşımadığı, bu nedenle yetki bakımından genel hükümlerin geçerli olması gerektiğı yönünde karar vermiş; ortaya çıkan içtihat ihtilafı içtihadı birleştirme kararına konu olmuştur. İctihadı Birleştirme Genel Kurulu amaca uygun yorum yaparak bu tedbirler bakımından mümkün olduğunca çabuk karar verilmesi gerektiğı için ihtiyatı tedbirlerde olduğı gibi yetki konusunda bir belirlemenin yapılmaması gerektiğine karar vermiřtir¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ Bu yetkinin kesin bir yetki kuralı olduğı yönünde bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 238; **Yılmaz**, şerh, s. 96; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, s. 272.

¹²⁸⁸ Bkz. YİBGK, 07.06.1935 T., 1935/92 E., 1935/16 K., www.lebibyalkin.com, s.e.t. 09.08.2019.

¹²⁸⁹ İhtiyatı tedbirlere ilişkin olarak 1086 sayılı Hukuk Usl Muhakemeleri Kanunu'nun 104'üncü maddesinin ikinci fıkrasında ihtiyatı tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesi tarafından karar verilmesi gerektiğı düzenlenmiştir.

1086 sayılı Kanun'da dava açılmadan önce ihtiyatî tedbirin davanın açılacağı yer mahkemesinden ya da en az masrafla ve en hızlı şekilde nereden talep edilebilecekse oradan talep edilebileceği düzenlenmiş (HUMK m. 104/2); Yargıtay ise bu durumda her mahkemeden ihtiyatî tedbir talep edilebileceğini kabul etmiştir¹²⁹⁰. İhtiyatî tedbire ilişkin bu hükmün, kanaatimizce isabetli olmayan bir yorumunu içeren söz konusu değerlendirmenin, karara konu tedbirler bakımından da geçerli olduğu sonucuna varılarak, aile hukukuna ilişkin tedbirlerin verilmesi bakımından da her mahkemenin yetkili olduğu ifade edilmiştir. Mahkemelerin yetkisine ilişkin özel bir kuralın tesis edilmemesi hâlinde Kanun'da hüküm bulunmadığı değil, aksine somut uyuşmazlığın genel yetkili mahkemede incelenmesi gerektiği sonucuna varılır. Aile hukukuna ilişkin tedbirler bakımından da görevli mahkemenin düzenlendiği, buna karşın yetkili mahkemenin tespit edilmediği iddia edilemez. Bu durumda yalnızca mahkemenin yetkisine ilişkin özel bir kural öngörülmediği söylenebilir. Kanunda uygulanabilecek bir hüküm varken, bu hüküm aşılarak başka yönde karar verilemez. Ancak kanunun lafzının amacına nazaran geniş olduğu bazı durumlarda, lafzın amaca göre sınırlandırılması ile sorun çözülebilir¹²⁹¹. Bu çerçevede, aile hukukuna ilişkin tedbirler bakımından özel yetkili mahkeme öngörülmemiş olmasına karşın, özellikle eşlerden birinin diğer eşi zarara uğratacak fiillerinin önlenmesi için alınacak tedbirler bakımından kararın süratle verilmesi gerekir. Bu ise ihtiyatî tedbirler bakımından getirilen düzenlemenin amacı ile örtüşmektedir. Buradan hareketle, kararda, genel yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemenin aile hukukuna ilişkin tedbirler bakımından amaca uygun olarak sınırlandırılması ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile sorun çözülmüştür. Kararda amaca uygun yorum söz konusu olduğundan, karar İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi dahilinde verilmiştir.

Yürürlükteki hükümler dikkate alındığında karara konu hükme ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nun 169'uncu maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Buna göre boşanma ve ayrılık davası sırasında eşlerin geçimi de dahil önlemlerin re'sen alınabileceği kabul edilmiş; aynı kanunun 168'inci maddesiyle de boşanma ve ayrılık davasında yetkili mahkeme açıkça düzenlenmiştir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin diğer önlemler ise Türk Medeni Kanunu'nun 195'inci ve devamı maddelerinde düzenlenmiş; 201'inci madde ile de bu hükümler bakımından yetkili mahkeme belirtilmiş olduğundan kararın bugün için uygulama alanı bulunmamaktadır.

¹²⁹⁰ Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 410.

¹²⁹¹ Bkz. § 4, B.

D. Yargılamanın Taraflarına İlişkin Kararlar

1. Taraf Ehliyeti

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından 07.12.1955 tarihinde verilen karara¹²⁹² göre, evlatlığın mirastan yoksun bırakılmasını gerektiren bir hâlin bulunması nedeni (743 s. K. m. 457; TMK m. 510) ile evlatlık ilişkisinin kaldırılması için dava açılmasının ardından (743 s. K. m. 258) davacı evlat edinenin ölümü üzerine mirasçıların davayı takip ederek sonuçlandırması mümkündür.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, inceleme konusu kararda, öncelikle evlat edinmenin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu vurgulamış; fakat evlât edinmenin mal varlığına ilişkin sonuçlarının bulunması nedeni ile boşanma ya da nafaka gibi kişinin ölümü ile sona eren haklardan biri olduğunun da kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Zira, evlatlık evlat edinenin mirasçısı olur (TMK m. 314/2). Kurul'a göre, evlatlık ilişkisinin kanunî sebeplerle kaldırılması talebi ile evlat edinen tarafından açılan davanın devamı sırasında evlat edinenin ölümü hâlinde, mirasçıların davaya devam etmesini engelleyen herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, bu durumda diğer haklar gibi dava hakkının da mirasçılara intikal edeceğini kabul etmiş, Medeni Kanun'da hangi hakların mirasçılara intikal etmeyeceğinin sınırlı şekilde düzenlendiği, karara konu hususun bunların arasında yer almadığı dile getirilmiştir. Ayrıca kararda, dava dilekçesinin verilmesi mirasçılıktan çıkarma açısından amir bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmiştir¹²⁹³.

Esasen karar dava açılmakla malvarlığı hakkına dönüşen kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların sahibinin davanın açılmasının ardından ölümünü konu almaktadır. Ölüm hak ehliyetini ve dolayısıyla taraf ehliyetini sona erdirir¹²⁹⁴. Ancak, bazı istisnaî durumlarda, kişinin ölümünden sonra dahi davaya devam edilebilmesi mümkündür. Kişinin bir hakkına istinaden dava açmasının ardından ölmesi üzerine bu hakkın malî sonuçlarından yararlanacak mirasçılara davaya devam edebilme hakkı tanınması medeni hukukun genel bir ilkesidir¹²⁹⁵. Kaldı ki kanun

¹²⁹² Bkz. YİBHKG, 07.12.1955 T., 1955/11 E., 1955/24 K., RG, 09.02.1956, S. 9229.

¹²⁹³ Mirasçılıktan çıkarmanın ölüme bağlı bir tasarrufla gerçekleştirilebileceği 743 sayılı Kanun'un 457'nci maddesi ile düzenlenmiştir. Bu çerçevede, mirasçılıktan çıkarma ile evlatlık ilişkisinin reddi için dava açma arasında hem şeklen hem de içerik olarak farklılık bulunduğu yönünde bkz. **Saymen, Ferit**, Evlâdlık Mukavelesinin ref'i. Katileşmeyen dâvaya ölümün tesiri, s. 477 vd..

¹²⁹⁴ **Kuru, C. I**, s. 890.

¹²⁹⁵ **Saymen**, Evlatlık, s. 472.

koyucu 743 sayılı Kanun'un 85'inci maddesi¹²⁹⁶ ile nişanın bozulması nedeni ile açılan manevî tazminat davasında bu kuralı açıkça benimsemiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, -açıkça belirtmese de- kanun koyucunun Kanun'un 85'inci maddesi ile benimsediği ilkeyi bütünsel kıyas yoluyla¹²⁹⁷ somut olaya da uygulayarak sonuca varmıştır. Varılan sonuç düzenlemenin ve Kanun'un amacına uygundur.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması Türk Medeni Kanunu'nun 317'nci ve 318'inci maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak, bu hükümlerde de davanın açılmasından sonra davacının ölmesi durumunda ne şekilde hareket edileceği düzenlenmemiştir¹²⁹⁸. Kanaatimizce, söz konusu kararın aksine herhangi bir kanunî değişiklik ya da içtihadı birleştirme kararı mevcut olmadığından karar bugün de uygulama alanına sahiptir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 07.12.1955 tarihinde verdiği bir başka karar¹²⁹⁹ ise vasiyetname ile vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin edilmesinin ölümüne bağlı bir tasarruf olduğuna ve diğer ölümüne bağlı tasarruflar gibi bunun da kanunda yer alan ehliyet, şekil gibi geçerlilik şartlarına aykırılık nedeni ile iptalinin talep edilebileceğine ilişkindir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Medeni Kanun'un ilgili hükümlerine dayanılarak yalnızca vasiyeti yerine getirme görevlisi aleyhine dava açılabilirliğini, böyle bir davada verilen hükmün yalnızca vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında kesin hüküm teşkil edeceğini kabul etmiştir.

743 sayılı Kanun'un 497'nci (bkz. TMK m. 550) maddesi ile vasiyetname ile vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin edilebileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tayini işlemini ölümüne bağlı tasarruf olarak değerlendirmiştir. 743 sayılı Kanun'un 499'uncu ve 500'üncü (bkz. TMK m. 557) maddelerinde ise ölümüne bağlı tasarrufların hangi hâllerde iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle, tasarruf ehliyetini haiz olmayan bir muris tarafından hazırlanan vasiyetname ile vasiyeti yerine getirme görevlisinin tayin edilmesi hâlinde, bu işlemin kendiliğinden hükümsüz olmayacağı, ancak mirasçıların ya da diğer ilgililerin açacağı iptal davası ile işlemin geçersizliğinin tespit edilebileceği ifade edilmiş; bu davanın sonucunda verilen hükmün,

¹²⁹⁶ Benzer şekilde Türk Medeni Kanunu'nun 159'uncu maddesinde de evliliğin butlanı davasında mirasçıların açılmış bulunan davayı devam ettirebileceği kabul edilmiştir.

¹²⁹⁷ Bkz. § 4, A, 3.

¹²⁹⁸ Bu konuda öğretilde ileri sürülen bir görüş bu durumda genel ilkelerden hareketle, mirasçıların davaya devam edebileceği yönündedir. Bkz. **Koç, Evren**, HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, İÜHFM, Y. 2015, C. LXXIII, S. 1, s. 384.

¹²⁹⁹ Bkz. YİBHKG, 07.12.1955 T., 1955/16 E., 1955/25 K., RG, 10.02.1956, S. 9230.

vasiyeti yerine getirme görevlisi bakımından kesin hüküm niteliğinde olduğundan davanın karşı tarafının da mutlaka vasiyeti yerine getirme görevlisi olması gerektiği kabul edilmiştir.

743 sayılı Kanun'un 499'uncu ve devamı maddelerinde ölüme bağlı tasarrufların belirli sebeplerle iptal edilebileceği düzenlenmiş ancak davanın taraflarına ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemiştir¹³⁰⁰. Ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının, söz konusu tasarruf nedeni ile menfaat elde edenlere karşı açılması gerekir¹³⁰¹. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, görevi kabul etmesinin ardından hizmeti nedeni ile uygun bir ücret talep edebileceği Kanun'da açıkça düzenlenmiştir (743 s. K. m. 499; TMK m. 550/4). Yine vasiyeti yerine getirme görevlisinin bu görevi nedeni ile bazı hak ve yetkilere sahip olduğu da düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda, açılan dava sonucunda ölüme bağlı tasarrufun iptaline karar verilmesi hâlinde vasiyeti yerine getirme görevlisi sonuçtan doğrudan etkileneceğinden, yargılamanı tarafı olması kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının taraflarının öngörülmemiş olması düzene aykırı bir boşluk olarak kabul edilemez. Her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da söz konusu işlem nedeni ile menfaat elde eden ile menfaati zedelenen ve bu nedenle hukukî himaye talep eden kişilerin kimler olabileceği hukukun genel ilkelerinden istifade edilerek belirlenebilir. Bahse konu kararda hukuk yaratıldığından söz edilemez. Türk Medeni Kanunu'nda da bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış ve tasarrufun yalnızca vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasına ilişkin kısmının iptali isteniyorsa, bu davada vasiyeti yerine getirme görevlisinin davalı olarak gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹³⁰². Bu çerçevede, içtihadı birleştirme kararı ile benimsenen sonuç mevcut hukuk düzeni bakımından geçerliliğini korumaktadır.

2. Dava Ehliyeti

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun mülhak vakıflara ilişkin olarak verdiği 04.03.1959 tarihli kararda¹³⁰³, mülhak vakıfların tüzel kişiliği haiz olduğu, bu vakıfların üçüncü kişilere karşı açacakları davaların münhasıran vakfı temsile yetkili müteveli tarafından

¹³⁰⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 558'inci maddesi ile ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının kim tarafından açılacağı düzenleme altına alınmıştır. Davalı bakımından ise 4721 sayılı Kanun'da da hüküm bulunmamaktadır.

¹³⁰¹ **Dural, Mustafa/Öz, Turgut**, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 2013, para. 1023.

¹³⁰² **Akbıyık, Cem**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, 2012, s. 55-56.

¹³⁰³ Bkz. YİBBGK, 04.03.1959 T., 1959/3 E., 1959/18 K., RG, 26.06.1959, S. 10237.

açılabilceğı, ancak vakıf aleyhine açılan davalarda hem Vakfın hem de Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün taraf olarak gösterilmesi gerektiğı kabul edilmiştir.

Söz konusu karar, o dönem yürürlükte bulunan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 40'ıncı maddesinde¹³⁰⁴ yer alan ifadenin yorumundan hareket etmektedir. İçtihadı Birleştirme Kurulu, söz konusu hükümde “*hasım tutulmak*”tan bahsedildiğini, bunun yalnızca vakıf aleyhine açılan davalar bakımından Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne husumet yöneltilebileceğı şeklinde anlaşılması gerektiğini, bu hükmün vakıf tarafından açılacak davalara da genişletilmesinin düzenlemenin lafzına ve amacına aykırılık teşkil edeceğini savunmuş ve bu yönde karar vermiştir. Vakfa karşı açılacak davalarda vakıf tüzel kişiliğı ile Vakıflar Genel Müdürlüğü arasında kanunen zorunlu dava arkadaşlığı tesis edilmiştir. Buna karşın içtihadı birleştirme kararı ile vakfın davacı olduğı durumlarda mütevellinin temsilci sıfatıyla tek başına dava açabileceğı kabul edilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün davada taraf olarak gösterilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin vakfı koruma amacına hizmet ettiğinden hareket etmiş; mülkiyet ya da intifa gibi önemli meselelerde temsilci konumundaki vakıf mütevellisinin tek başına hareket etmesinin yaratacağı sıkıntıları gidermek için kanun koyucunun böyle bir düzenleme öngördüğünü benimsemiştir. Buna göre, davanın vakıf adına açıldığı durumlarda ise böyle bir korumaya ihtiyaç görülmemiştir. Bahse konu karar, Kanun'da yer alan ifadenin lafzen ve amaç itibari ile anlamlandırılmasından ibarettir.

2008 yılında yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 76'ncı maddesi ile 2762 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesinde yer alan düzenleme aynen kabul edilmiştir. Bahse konu içtihadı birleştirme kararını kaldıran başka bir içtihadı birleştirme kararı da bulunmadığından, karar bugün de uygulanabilir¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴ 2762 s. K. m. 40: “*Mülhak vakıflarda mütevelliliğe ve vakıftan intifa veya mülkiyet iddiasına ait davalarda mütevellilerle vakıflar idaresi birlikte hasım tutulmak lazımdır.*”. Ayrıca bkz. 5737 s. K. m. 76; Vakıflar Yönetmeliğı m. 28.

¹³⁰⁵ Yargıtay'ın 1'inci Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da tapu kaydının düzeltilerek taşınmazın vakıf adına kaydı talebini içeren davayı vakıf mütevellisinin açabileceğı kabul edilmiş; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün de davada yer alması aranmamıştır. Bkz. Y1HD, 05.04.2017 T., 2017/1073 E., 2017/1705 K., www.lexpera.com, s.e.t. 14.08.2020.

3. Dava Takip Yetkisi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 07.01.1948 tarihinde verdiği bir karar¹³⁰⁶, ormana ilişkin tecavüz ve mülkiyete ilişkin adlî yargıya tâbi davalarda, yargılamanın Orman Genel Müdürlüğü'ne bağlı avukatlarca temsil edilmesi gerektiği; bu davalarda Hazine'ye husumet yöneltilemeyeceği kabul edilmiştir.

Söz konusu kararda öncelikle, kuruluş kanunları bakımından Hazine'yi doğrudan ilgilendiren davaların Hazine avukatlarınca takip ve temsil edileceği, bu davaların 4353 sayılı Kanun ile belirlendiği, idarî yargıya tâbi davalarda Hazine avukatlarının yetkisinin daha geniş olduğu, adlî yargının görevine giren konularda ise Hazine avukatlarına sınırlı bir yetki tanındığı, Bakanlıkların ve umumî muvazeneye dahil dairelerin adlî yargıya tâbi davalarında Hazine avukatların görev alacağı kabul edilmiş; Orman Genel Müdürlüğü'nün kuruluş kanununa göre katma bütçeli bir kurum olduğu, 3904 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Kuruluş Kanunu gereğince Genel Müdürlüğe ilişkin tüm davaların Orman Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği'ne devredildiği, orman teşkilatı ya da avukatı bulunmadığı yerlerde ise davanın Hazine avukatlarınca takip edileceği ifade edilmiştir. Kararda, her ne kadar devlet ormanlarının tasarruf ve mülkiyeti Hazine'ye ait olsa da ormanların işletilmesi ve kullanılmasının münhasıran Orman Genel Müdürlüğü'ne bırakıldığı, bu nedenle ormanlara yönelik tecavüz ve müdahalenin önlenmesi bakımından Orman Genel Müdürlüğü'nün yetkili bulunduğu ifade edilmiştir. Esasen burada, hak sahibi Hazine olmakla birlikte davaların takip yetkisinin Kanun gereğince Orman Genel Müdürlüğü'ne devrolunduğu belirtilmektedir. İçtihadı Birleştirme Kurulu, söz konusu dava takip yetkisini zorunlu dava takip yetkisi¹³⁰⁷ olarak nitelendirmiş ve bu davalarda asıl hakkın tarafı olan Hazine'ye husumet yöneltilemeyeceğine karar vermiştir.

¹³⁰⁶ Bkz. YİBGK, 07.01.1948 T., 1946/16 E., 1948/1 K., RG, 12.06.1948, S. 6930.

¹³⁰⁷ Zorunlu dava takip yetkisi, maddî hukuk bakımından hak sahibinin tasarruf yetkisinin kaldırılarak üçüncü bir kişiye devredildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Dava takip yetkisini kullanan kişinin açtığı dava sonucunda elde edilen kesin hüküm ise asıl hak sahibini de etkiler. Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 511-512; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 226-227. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dişel**, s. 57 vd., s. 176 vd.. Ayrıca bkz. “Nizalı taşınmazın orman sayılan yerlerden bulunmadığı yolunda daha önce orman idaresi ile tapu kayıt sahibi Nevzat ve paydaşları arasında dava görülmüş ve sonuçta bu taşınmazın orman sayılmayan yerlerden olduğu yönünde tapu kayıt sahipleri lehine alınan hüküm kesinleşmiştir. Bu kez Hazine aynı yerin orman olduğunu ve kültür arazisi niteliğini taşımadığını ve tapu kaydının kapsamı dışında bulunduğunu ileri sürmüştür ve dava açmıştır. Bu durumda orman idaresi aleyhine alınan hükmün, taşınmazın orman sayılan yerlerden bulunup bulunmadığı konusunda hazineyi bağlayıcı kesin hüküm olarak kabul edilip edilmemesinin çözümü gerekmektedir. Her ne kadar ilk bakışta önceki davada orman idaresinin, bu davada ise hazinenin taraf olarak yer alması nedeni ile, taraf birliği bulunmadığı düşünülebilir ise de; 7.1.1948 gün 16 esas 19/1 karar sayılı içtihadı Birleştirme Kararı ile ormanlar hakkında açılacak tüm davaların Orman Genel Müdürlüğü tarafından takip edilmesi Hazine'ye husumet tevcihine gerek bulunmadığı vurgulanmıştır. Sözü edilen içtihadı Birleştirme Kararının açık anlamı, orman idaresinin ormanlar konusunda devleti ve dolayısıyla Hazine'yi temsil ettiği doğrultusundadır. Bu durumda her iki davada taraf birliğinin varlığını kabul etmek gerekir. Bu itibarla Orman idaresi aleyhinden kesinleşen hükmün devlet aleyhinde kesinleşmiş olarak kabulü gerekir.”, Y7HD, 27.12.1983 T., 1983/14792 E., 1983/19278 K., www.lexpera.com, s.e.t. 24.07.2020.

Diğer bir anlatımla, bu gibi davalarda Hazine'nin taraf gösterilmesi gerekmekte, davanın Orman Genel Müdürlüğü'ne tâbi avukatlarca takip edilmesi gerekmektedir.

Kararda, 4353 sayılı Kanun ile 3904 sayılı Kanun'un hükümlerinin lafzî ve sistematik yorumu ile sonuca ulaşılmıştır. Yoruma ilişkin bu karar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun yetkisi dahilinde verilmiştir. Şu an yürürlükte bulunan 6831 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi ile Kanun'un konusuna giren bazı davalar bakımından Orman Genel Müdürlüğü'nün, bazıları bakımından ise hem Orman Genel Müdürlüğü'nün hem de Hazine'nin taraf olarak gösterilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu konudaki uyuşmazlıklarda artık kanunî düzenlemenin uygulanması gerekmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 11.02.1959 tarihli kararı¹³⁰⁸ ile geçit hakkına konu taşınmazın tapuda kayıtlı olmaması hâlinde, lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın malikinin, komşu taşınmazın zilyedi adına tapuya tescili talebiyle dava açmasında hukukî yararı bulunduğu ve bu taşınmazın tapuya tescilinden sonra geçit hakkının tesis edileceğini kabul etmiştir.

Söz konusu karar, Medeni Kanun'un 671'inci (bkz. TMK m. 747) maddesi ile düzenlenen zorunlu geçit hakkının tesisi için leh ve aleyhinde geçit hakkı tanınacak taşınmazların tapuda kayıtlı olmasının zorunlu olduğuna ilişkindir. Kararın gerekçe kısmında ise tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaza zilyet olan kişinin yine tapuya kayıtlı olmayan komşu arazide geçit hakkı tesis edebilmesi için, öncelikle kendi taşınmazını tapuda tescil ettirip daha sonra komşu taşınmaz zilyedinin mülkiyeti kazanma hakkı varsa bu taşınmazın o kişi adına tapuda tescilini talep edebileceği kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'na göre, lehine geçit hakkı tanınacak taşınmaz sahibinin, komşu taşınmazın tapuya tescilinden sonra o taşınmaz üzerinde geçit hakkı talep edeceğinden, bu davayı açmakta hukukî yararı vardır. Bu noktada, Yargıtay zamanaşımı nedeni ile mülkiyet iktisabına ilişkin davanın açılabilmesi için hak sahibi olmayı değil menfaat sahibi olmayı yeterli görmüş¹³⁰⁹; böylelikle hak sahibi olmayan üçüncü kişinin, komşu taşınmazın komşusu adına tapuda tescil edilmesini talep edebileceği öngörülmüştür.

¹³⁰⁸ Bkz. YİBHKG, 11.02.1959 T., 1959/14 E., 1959/13 K., RG, 05.06.1959, S. 10223.

¹³⁰⁹ **Alangoya**, Tarafta İradî Değişme, s. 136. Hanağası da burada komşu taşınmaz malikinin dolaylı menfaati bulunduğunu ve kendisine bu menfaate dayanılarak dava takip yetkisi tanındığını belirtmektedir. Bkz. **Hanağası**, Menfaat, s. 188-189.

Bu durum karara etki eden gerekçe arasında kabul edilemeyeceğinden bağlayıcı da değildir. Ancak, kararın usûlî bir kuruma ilişkin olması ve kanunlarda olmayan bir yetki tanınması nedeni ile önemli olduğundan ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 53)¹³¹⁰ ve maddî hukuktaki tasarruf yetkisiyle ilişkilidir. Kural olarak tasarruf yetkisi hakkın sahibine ait olmakla birlikte, bazı durumlarda bu yetkinin hak sahibi olmayan üçüncü bir kişiye bırakılması söz konusu olabilir¹³¹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile dava takip yetkisinin kanunda belirtilen hâller dışında maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, dava takip yetkisinden bahsedilebilmesi için ya -iflâs alacaklılarına (İİK m. 245/I) veya haciz alacaklılarına (İİK m. 120/II) tanındığı gibi- dava konusu hakkın sahibi olmayan kişilere davayı takip edebilmek için kanunda tanınan bir yetkinin bulunması gerekir ya da -iflâs idaresinde veya tereke temsilcisinde olduğu gibi- maddî hukuktan kaynaklanan bir tasarruf yetkisinin varlığı aranır¹³¹². Diğer bir deyişle Türk hukukunda dava takip yetkisi, kişinin dava konusu hakkın sahibi olmasına ya da hakkın sahibi olmasa da kanunla bu hakka ilişkin davayı takip edebilme yetkisinin tanınmış olmasına göre belirlenir¹³¹³. Buradan çıkarılacak sonuç ise davanın tarafının dava konusu hakkın sahibi olmadığı ve kanunla da özel olarak yetkilendirilmediği durumda davayı takip etmesinin mümkün olamayacağı ve davanın sıfat yokluğu nedeni ile reddinin gerektiğidir.

İçtihadı birleştirme kararına konu olayda ise taşınmazı lehine geçit hakkı tesis etmek isteyen üçüncü kişinin, komşusu hesabına bir dava açarak yürütebileceği kabul edilmiştir. Kendisine dava açma hakkı tanınan kişi dava konusu hakkın sahibi olmamakla birlikte, bu hak üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi de yoktur. Dolayısıyla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu karar ile kanunlarda yer almayan bir dava takip yetkisi yaratmıştır¹³¹⁴. Türk hukukunda kanunî dava takip yetkisi kabul edilmekte; buna karşın, Alman hukukunda tanınan iradî dava takip

¹³¹⁰ Öğretideki tanımlar için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 117; **Tanrıver**, Usûl, s. 509; **Pekcanıtez/Taş Korkmaz**, Pekcanıtez Usûl, C. I, s. 592-593; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 149; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 269; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 225; **Dişel**, s. 16.

¹³¹¹ **Dişel**, s. 10 vd., 57 vd..

¹³¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Börü, Levent**, Sıfat ve Dava Takip Yetkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 27, S. 3, s. 262 vd.; **Dişel**, s. 255 vd..

¹³¹³ **Dişel**, s. 26.

¹³¹⁴ **Alangoya**, Tarafta İradî Değişme, s. 140; **Dişel**, s. 40-41, 351 vd..

yetkisi genel olarak reddedilmektedir¹³¹⁵. Kanunî düzenleme dikkate alındığında, hukukumuzda yargısal dava takip yetkisinin kabul edileceğine ilişkin de herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda Yargıtay'ın herhangi bir kanun hükmünü yorumladığından da bahsedilemez. Bu, kanun koyucunun öngörmediği bir konuda yargı kararı ile hukuk yaratılmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53'üncü maddesi karşısında artık bu kararda yer verilen görüşün uygulanamaması gerekir¹³¹⁶.

4. Dava Arkadaşlığı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 11.10.1982 tarihli kararı¹³¹⁷ ile mirastan doğan elbirliği mülkiyetinde ortaklardan biri ya da birkaçının ortaklığa tâbi malvarlığının korunması maksadı ile kendi adına üçüncü kişiye karşı açtığı elatmanın önlenmesi davasının incelenebilmesi için, diğer ortakların muvafakatının bulunmasının ya da ortaklığa bir temsilcinin tayin edilmesinin gerektiğini kabul etmiştir.

Karar, miras ortaklığının devam ettiği esnada terekede bulunan bir mala üçüncü bir kişinin haksız müdahalesinin söz konusu olması hâlinde, bu müdahalenin önlenebilmesi için ortakların tek başına açtıkları davayı devam ettirip ettiremeyeceklerine ilişkindir. Yargıtay'ın 7'nci Hukuk Dairesi'nin, terekeye konu hakkın korunması bakımından açılan davada herhangi bir tasarruf işleminden söz edilemeyeceğini¹³¹⁸ ve bu nedenle üçüncü kişiye karşı açılan davada mutlaka bütün ortakların onayına gerek olmadığını ileri sürmesine karşın; Hukuk Genel Kurulu ve 1'inci Hukuk Dairesi ise Kanun'un (743 s. K. m. 630/2, ayrıca bkz. TMK m. 640/2) 630'uncu maddesinin lafzının açık olduğunu, elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu bu durumda terekeye konu mallar hakkında bütün ortakların ancak oybirliği ile tasarruf edilebileceğinin düzenlendiğini, uygulama ile bu hüküm yumuşatılarak ortaklardan birinin 618'inci maddeye (bkz. TMK m. 638/2; karşı. TMK m. 640/4, m. 702/4) dayanarak el atmanın önlenmesi davası açabileceğini, fakat bu davaya devam edebilmesi için mutlaka diğer ortakların onayının

¹³¹⁵ Kuru, C. I, s. 1152 vd.; Üstündağ, Usûl, s. 298, 307 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. 1, s. 597; Dişel, s. 101 vd.. Aksi yönde bkz. Alangoya, Tarafta İradî Değişme, s. 125; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 120.

¹³¹⁶ Buna karşın uygulamada, hâlâ bu yönde kararlar verilmektedir. Bkz. “Aleyhine geçit kurulması talep edilen taşınmazların da tapulu olmaması halinde bunların tapuya tescilinde hukuki yararı bulunduğundan mahkemece davacıya istediği takdirde tescil harici taşınmazın da tapuya tescilini sağlamak amacıyla yetki ve süre verilmeli ve bu davanın sonucu beklenmeli, bu işlemler tamamlandıktan sonra geçit istemi incelenmelidir.”, Y14HD, 26.11.2015 T., 2015/10311 E., 2015/10871 K., www.lexpera.com, s.e.t. 07.07.2020.

¹³¹⁷ Bkz. YİBBGK, 11.10.1982 T., 1982/3 E., 1982/2 K., RG, 30.11.1982, S. 17884.

¹³¹⁸ Dava açmanın tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 552.

alınması gerektiğini savunmuş, aksi hâlde terekeye temsilci atanarak sorunun çözümlenebileceğini kabul etmiştir.

743 sayılı Kanun döneminde elbirliği ile mülkiyet hâlinde, ortaklardan birinin ya da birkaçının mülkiyete konu malların korunması bakımından tek başına hareket edebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakta; aksine mülkiyet hakkı sahibine tanınan genel koruma normundan hareketle sonuca ulaşılmaktadır. Bu çerçevede, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, hem elbirliği ile mülkiyete ilişkin 630'uncu maddeden hem de mülkiyetin korunmasına ilişkin 618'inci maddeden hareketle sonuca varmıştır. 630'uncu maddede elbirliği ile maliklerin haklarını ve tasarruf yetkilerini oybirliği ile alacakları karar sonucunda kullanabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, mülkiyet konusu şeye haksız bir müdahale hâlinde, el atmanın önlenmesi için açılacak davanın, bütün ortakların oybirliği ile alacakları karara bağlı olması gerekir. 618'inci madde, malikin mülkiyet konusu şeye haksız müdahale hâlinde istihkak davası açmak da dahil bu müdahalenin önlenmesi için her türlü hakka sahip olduğunu düzenlemektedir. Elbirliği ile mülkiyet hâlinde bu haktan yararlanmak için kanunun düzenlediği şartın gerçekleşmesi gerekir.

Her ne kadar kararda belirtilmiyor olsa da tartışılan husus mecburî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bir durumda, dava arkadaşlarının tamamının birlikte hareket etmemesi hâlinde durumun ne olacağıdır¹³¹⁹. O dönem yürürlükte bulunan Medeni Kanun'un lafzı dikkate alındığında, davanın doğrudan reddi gerekirdi. Oysa Yargıtay, bu durumda davanın açılmasında herhangi bir sakınca olmamakla birlikte, davanın esastan incelenebilmesi açısından diğer ortakların onayını aramıştır. Bir davanın esastan incelenebilmesi için varlığı ya da yokluğu aranan unsurlar dava şartı olarak tanımlanır¹³²⁰. Söz konusu kararda da Yargıtay, Medeni Kanun'a dayanarak davanın esastan incelenebilmesi için bütün ortakların muvafakatının gerekli olduğu hususunda bir dava şartı öngörmüş bulunmaktadır¹³²¹.

Elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu hâllerde, ortaklardan birinin tek başına hareket etmesi durumunda, tasarruf yetkisinin eksikliğinden söz edilir¹³²². Tasarruf yetkisi, kişinin malvarlığındaki bir hak üzerinde doğrudan etki edebilme yetkisi olarak

¹³¹⁹ Bu yönde bkz. **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 113; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 142; **Umar**, Şerh, s. 224; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 566-567; **Erdoğan, Ersin**, Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usûl Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MİHDER, Y. 2013, C. 9, S. 25, s. 198.

¹³²⁰ **Tanriver**, Usûl, s. 622; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 927; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 205-206; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 310; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 316.

¹³²¹ **Umar**, Şerh, s. 224.

¹³²² **Erdoğan**, Paylı Mülkiyet, s. 202.

tanımlanabilir¹³²³. Tasarruf yetkisi olmadan yapılan işlemler askıda geçersizdir ve sonradan tasarruf yetkisinin kazanılması ya da tasarruf yetkisine sahip kişi tarafından sonradan onay verilmesi hâlinde işlem baştan itibaren geçerli hâle gelir¹³²⁴. Bu durumda, tasarruf yetkisi bulunmayan ortağın tek başına dava açamaması gerekmesine karşın, dava açarken tasarruf yetkisi bulunmadığından bu eksikliğin tamamlanması ve yargılamaya ancak o şekilde devam edilmesi maddî hukuka daha uygundur. Ayrıca, malvarlığına müdahalenin söz konusu olması nedeni ile dava reddedilse dahi sonradan bütün ortakların birlikte tekrar dava açması da kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir hâlde, davanın reddedilmeyip eksikliğin tamamlanmasını istemek usûl ekonomisine de uygundur. Diğer bir anlatımla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, her ne kadar gerekçesinde açıklamasa da Medeni Kanun'un ilgili hükümlerini yorumlayarak maddî hukuka ve usûl hukukuna uygun bir sonuca varmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hem miras ortaklığına ilişkin hükümlerinde (TMK m. 640/4) hem de elbirliğiyle mülkiyete ilişkin hükümlerinde (TMK m.702/4) ortaklardan birinin terekedeki hakların korunmasını tek başına isteyebileceği; bu korumadan diğer ortakların da yararlanacağı kabul edildiğinden içtihadı birleştirme kararının bu yönüyle uygulama alanı kalmamıştır¹³²⁵. Artık, hakkın korunması için ortaklardan her birinin münferiden dava açabileceği kabul edilmektedir¹³²⁶. Ancak söz konusu kararın, medenî usûl

¹³²³ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 175; **Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, 2014, s. 345.

¹³²⁴ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 347.

¹³²⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 142; **Umar**, Şerh, s. 224. Bu düzenlemeyle ortakların tek başına dava açabileceği, ancak davanın devamı için diğer ortakların muvafakatının aranması gerektiği yönünde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 553.

¹³²⁶ “11.10.1982 tarihli ve 1982/3 Esas, 1982/2 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da, mirastan doğan iştirak halindeki mülkiyet ortaklarından birinin ya da birkaçının kendi adına 743 sayılı Kanunu Medenin 618. maddesi hükmüne dayanarak üçüncü kişilere karşı açtığı elatmanın önlenmesi davalarında, davanın yürütülebilmesi için diğer ortakların muvafakatının alınması ya da 743 sayılı Kanunun 581. maddesi hükmü uyarınca bir mümessil tayini gerektiğine, ortaklardan birinin tek başına davaya devam edemeyeceğine karar verilmiştir. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 702. maddesinde, mülga 743 sayılı Kanununun 630. maddesinde yer almayan bir hükme dördüncü fıkra olarak yer verilmiştir. Bu hükme göre; bir mala, iştirak halinde ortak olanlardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir ve bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.

702. maddeye eklenen bu fıkranın gerekçesinde: Bu yeni fıkra ile ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği, bu korumadan da bütün ortakların yararlanacağı; yeni eklenen bu fıkra ile uygulamadaki ihtiyacın karşılandığı; 743 sayılı Kanunun 630. maddesindeki hüküm nedeniyle, içtihatlar ile çözülmesinde güçlük çekilen bir sorunun giderildiği; iştirakli (elbirliği) mülkiyet kurumuna yöneltilen eleştirilerin en önemlisini giderecek bir hükmün getirildiği; iştirakli mülkiyet ortaklarından her birinin, ortaklığa giren hakları dava yolu ile veya diğer yollarla koruma yetkisine sahip olacağı; bu korumadan bütün ortaklar yararlanacağı, fakat davacının davasını kaybetmesi halinde, bu durumdan diğer ortakların haklarının etkilenmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, mirasta terekenin tâbi olduğu elbirliği mülkiyetine yöneltilen en güçlü eleştiri, birlikte hareket etme zorunda olmaları nedeniyle mirasçılarının bireysel olarak terekedeki hakların korunması amacıyla hareket edememeleriydi. Maddeye eklenen dördüncü fıkra, bu eksikliği giderme amacına yönelik olarak getirilmiştir. Olağan koruma eylemleri ve buna bağlı olarak onarımlar, mahsullerin toplanması ve bozulacak olanların satılması, acele olarak yapılması zorunlu bulunan işlemin yerine getirilmesi, elatmanın önlenmesi, tapu

hukuku bakımından önemi, dava takip yetkisinin kanunen düzenlenmediği bir dönemde, dava takip yetkisine ilişkin öngördüğü sonuçtur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile dava takip yetkisi açıkça düzenlenme altına alındığından, artık benzer konularda içtihadı birleştirme kararının değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun dava takip yetkisine ilişkin hükmünün gerekçe gösterilmesi gerekir.

5. Davaya Vekâlet

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 04.02.1959 tarihli kararında¹³²⁷, hâkimlerin sorumluluğu nedeni ile açılacak tazminat davalarında vekilin açıkça yetkilendirilmiş ve bu yetkinin de vekâletnamede belirtilmiş olması gerektiği kabul edilmiştir.

Hâkimin hukukî sorumluluğu nedeni ile vekilin tazminat davası açabilmesi için vekaletnamesinde özel yetki bulunması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 74’üncü maddesi ile açıkça düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanun döneminde bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından¹³²⁸, Yargıtay 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile tazminat davası için özel yetkinin bulunması gerektiğini, vekilin şikâyet hakkının bulunmasının tek başına yeterli olmadığını ve dava açılması için ayrıca ve açıkça bir yetkinin kendisine tanınmış olması gerektiğini karara bağlamıştır. Ayrıca, bu kararda bu eksikliğin giderilemeyecek bir eksiklik olduğu, bu sebeple bu şekilde açılan davanın doğrudan reddi gerektiği de ifade edilmiştir. Hâkimin hukukî sorumluluğu nedeni ile tazminat davası açılabilmesi için kanunda yer almayan bir şartın içtihadı birleştirme kararı ile öngörülmüş olması, bu karar ile hukuk yaratılmasıdır. Esasen diğer bazı konularda vekilin o işlemi yapabilmesi için özel yetkinin arandığına ilişkin 1086 sayılı Kanun’da da hüküm bulunmasına karşın; hukukî sorumluluk nedeni ile tazminat davasının bu kapsamda yer almaması hâlinde, her ne kadar bu bir gereklilik de olsa içtihadı birleştirme kararı ile tanınması mümkün olmamalıdır. Böyle bir durumda, kanunda boşluk

sicilinde hak sahipliğinin belirlenmesi gibi taksimi mümkün olmayan talepler, ortaklardan her biri tarafından müstakil bir şekilde dava yoluyla ileri sürülebilmelidir.”, Y14HD, 20.03.2019 T., 2016/9140 E., 2019/2511 K., www.lexpera.com, s.e.t. 06.07.2020. Buna karşın Yargıtay, sicilın düzeltilmesi ya da ecrimisil talebinde veya kazandırıcı zamanaşımı ile mal edinmede yahut önalım hakkının kullanılmasında mirasçılardan birlikte hareket etmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. **Sirmen, A. Lâle**, Eşya Hukuku, 2018, s. 310. Sirmen’e göre ise herhangi bir hakkın tartışılmadığı zilyetlik davalarını mirasçılardan her biri tek başına açabilir. Ancak, hakkın tartışıldığı, el atmanın önlenmesi ya da istihkak gibi davaların açılabilmesi için mirasçılardan oybirliği ile almış olduğu bir kararın gerekli olduğunu, bu tür davalar bakımından 11.10.1982 tarihli içtihadı birleştirme kararının halen uygulanma alanı bulunduğu ileri sürmektedir. Bkz. **Sirmen**, s. 310, dn. 231.

¹³²⁷ Bkz. YİBBGK, 04.02.1959 T., 1957/14 E., 1959/6 K., RG, 29.04.1959, S. 10194.

¹³²⁸ Kanuna 1981 yılında 2494 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardında bu husus ayrıca ve açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bkz. HUMK m. 33.

bulunduğundan değil, kanun koyucunun konuyu bilerek düzenlemediğinden hareketle sonuca varılması yerinde olur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte hakimın hukukî sorumluluğu nedeni ile tazminat davası açan vekilin vekaletnamesinde özel yetkinin bulunmadığından bahisle ilk derece mahkemesinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı nedeni ile davayı reddetmesi üzerine, dosya önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararı’nın bu hususta açık hüküm bulunmayan 1086 sayılı Kanun döneminde uygulama alanı bulunduğunu; oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 74’üncü maddesi ile tazminat davası için de özel yetkinin varlığının gerektiğinin açıkça düzenlendiğini; bu hususun bir dava şartı olduğunu ve dava şartı eksikliğinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115’inci maddesinde eksikliğin giderilebilecek olduğu hâlde süre verilmesi gerektiğini düzenlediğini ifade etmiş; bu nedenle artık mezkur İçtihadı Birleştirme Kararı’nın uygulama alanı kalmadığına hükmetmiştir¹³²⁹.

§ 10. Tahkikata İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

A. Davaların Birleştirilmesine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 14.02.1992 tarihli kararı¹³³⁰ ile, bir yargı çevresinde yer alan aynı düzeydeki birden fazla mahkemenin davaların birleştirilmesi açısından aynı mahkeme sayılacağına karar vermiştir.

1086 sayılı Kanun’un yürürlükte bulunduğu dönemde, davaların birleştirilmesine ilişkin hükümde yer alan “aynı mahkeme” ve “ayrı mahkeme” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği hususunda Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu kararları arasında çelişki meydana

¹³²⁹ “1086 sayılı HUMK’da açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle 04.02.1959 gün ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde çözümlenen hakimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine açılan tazminat davalarında vekaletname sorunu, 6100 sayılı HMK 74.maddesinde somut bir norma bağlanmış, söz konusu norm ile vekaletnamede özel yetki bulunmaması halinde hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılmayacağı kabul edilmiş ve bu husus aynı Kanun’un 114.maddesi (f) bendi uyarınca dava şartı haline getirilmiştir..... Görüşmeler sırasında, yargısal faaliyetten dolayı açılan tazminat davalarında özel yetkili vekâletnamenin dava dilekçesi ile birlikte ibrazının zorunlu olduğu, sonradan da olsa baştaki bu eksikliğin giderilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle daire kararının onanması gerektiği savunulmuş ise de; Kurul çoğunluğu tarafından söz konusu zorunluluğun somut düzenleme bulunmayan 1086 sayılı HUMK’nun yürürlükte olduğu dönem için geçerli olduğu, 6100 sayılı HMK’nun getirdiği açık düzenlemeler karşısında eski uygulamanın devam ettirilmesinin mümkün bulunmadığı görüşü benimsenmiştir.”, YHGK, 23.10.2013 T., 2013/1152 E., 2013/1472 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.08.2019. Aynı yönde bkz. **Kuru**, C. IV, s. 5853; **Yılmaz**, Şerh, s. 499-500.

¹³³⁰ Bkz. YİBBGK, 14.02.1992 T., 1991/3 E., 1992/2 K., RG, 01.05.1992, S. 21215.

gelmiştir. Bunun üzerine, Büyük Genel Kurul, hem 1086 sayılı Kanun'un 45'inci hem de o dönem yürürlükte bulunan 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun'un 1 ve 2'nci maddelerinden hareketle sonuca varmıştır.

Kararın gerekçesinde, 469 sayılı Kanun ile iş yükünün gerektirdiği yerlerde asliye mahkemelerinin birden fazla dairesinin kurulacağını kabul edildiği; kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirirken ayrı bir mahkeme kurma düşüncesinde olmadığı, yalnızca mevcut mahkemelerin sayısını artırmayı amaçladığı; bir mahkemenin birden fazla dairesinin bulunduğu yerlerde bu mahkemeler arasında bir görev ilişkisinden bahsedilemeyeceği ve şayet bunlardan birisi kapatılırsa onun görevine giren davalara diğer dairelerin bakacağı; bu mahkemeler arasında iş bölümü¹³³¹ ilişkisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, İcra ve İflas Kanunu'nda 3494 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ve bu değişikliğin gerekçesinin de ulaşılan sonucu desteklediği vurgulanmıştır¹³³².

469 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde, gerekli yerlerde asliye hukuk mahkemelerinin birden çok dairesinin açılabilceği düzenlenmiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde, aynı mahkeme kavramının dar yorumlanması gerektiği ve bu kavramdan fiilen davaya bakan mahkemenin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüş¹³³³; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 45'inci ve devamı hükümlerinin 469 sayılı Kanun'un söz konusu hükümlerini uygulanamaz kıldığı ifade edilmiştir.

Bu ayırımın önemi, birleştirme kararının re'sen verilip verilmeyeceğinde ve karar aleyhine tek başına kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı noktasında toplanmaktadır. Kararda, kanunun lafzının ne şekilde anlamlandırılması gerektiği incelenmiş; yürürlükte bulunan diğer bazı kanun hükümleri de dikkate alınarak yorum yolu ile sonuca ulaşılmıştır.

¹³³¹ Kararda iş bölümü ilişkisinden bahsediliyor olsa da “*Dava doğrudan doğruya "asliye hukuk mahkemesi"ne hitaben açılmakla ancak iş bölümü esasına göre dosyalar bu mahkemelere dağıtılmaktadır. Bu mahkemelerin hepsi görevli oldukları davaların tümüne bakmaya yetkilidirler. Ne var ki iş çokluğu, görevli oldukları davalar açısından iş bölümünü doğurmuştur. Aralarında hiçbir zaman bir görev ilişkisi mevcut değildir.*” ifadesiyle kastedilen teknik manada iş dağılımı ilişkisidir. Bu yönde bkz. **Ermenek**, Birleştirilme, s. 118.

¹³³² “*Aynı yargı çevresinde aynı sıfat ve görevle kurulan mahkemelere diğer bazı kanunlarımızda da yer verilmiştir. 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nun 26/II. maddesi aynen şöyledir: "Bir yerde ticaret davalarına bakan mahkemenin müteaddit daireleri bulunduğu taktirde ticaret sicili, Adliye Vekaleti'nce bunlardan birine bağlanır". İcra İflas Kanunu'nun sıra cetveline itiraz ile ilgili 235. maddesi önceki metnindeki "iflasa karar veren mahkeme" ifadesi konumuzu ilgilendirir şekilde tereddütlere yol açtığı için değiştirilmiş (3494 s. K., 25.11.1988) "iflasa karar verilen yerdeki ticaret mahkemesine" haline getirilmiş, madde gerekçesinde de açıkca "o yerde ticaret mahkemesinin birden ziyade daireleri mevcutsa herhangi bir Dairesi'ne yapabilmeleri imkanı getirilmektedir" denilmek suretiyle Daire'lerden oluşan aynı mahkeme keyfiyeti bir defa daha kanun koyucu tarafından doğrulanmıştır.*”, Bkz. YİBBGK, 14.02.1992 T., 1991/3 E., 1992/2 K., RG, 01.05.1992, S. 21215.

¹³³³ **Üstündağ**, Usûl, s. 358, dn. 9.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun davaların birleştirilmesine ilişkin 166’ncı maddesinde, “*aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinden*” ve “*ayrı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinden*” bahsedilmektedir. Dolayısıyla, aynı yargı çevresi içinde yer alan, örneğin asliye hukuk mahkemesinin farklı dairelerinin, aynı mahkeme olup olmadığını tartışmaya gerek kalmamıştır. 5235 sayılı Kanun ve onun verdiği yetki ile Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılacak yargı çevresi belirlemesine göre¹³³⁴, dikey ve yatay görev ilişkisi dikkate alınarak¹³³⁵ birleştirilmesi istenen davaların aynı yargı çevresinde aynı sıfat ve düzeyde yer alıp almadığı tespit edilebilir. Bu çerçevede, aynı düzey kavramı ile, Yargıtay, bölge adliye mahkemesi ve ilk derece mahkemeleri arasındaki ilişki; aynı sıfat kavramıyla ise aynı düzeyde yer alan ve birbiri hakkında görevsizlik kararı veremeyen mahkemeler kastedilmektedir¹³³⁶. İş yoğunluğu nedeni ile mahkemenin birden fazla dairesinin bulunduğu yerlerde bu daireler aynı sıfatta iki ayrı mahkeme olarak kabul edilmektedir.

B. İddianın ve Savunanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 08.11.1991 tarihli, kararında¹³³⁷ tapudaki kayda güvenerek iyiniyetle malı iktisap eden kişinin aslında iktisabında kötüniyetli olduğu iddiası ile açılan davada, dava açma iradesinin kötüniyet iddiasını da içinde barındırdığı; zaten bu kabul edilmese de kötüniyet iddiasının hukukî niteliği itibari ile yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecek bir itiraz olduğundan iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağına tâbi olmayacağı sonucuna varılmıştır.

Medeni Kanun’un tapu kaydına dayanarak iyiniyetle mal iktisap eden kişinin bu kazanımının korunacağına ilişkin düzenlemesini (bkz. TMK m. 1023) konu alan kararda, asıl hak sahibinin iyiniyetle mal iktisap edene karşı açtığı tapu iptal ve tescil davasında, tapudaki yolsuz tescile dayanarak hakkı iktisap eden kişinin bu hakkı kazanırken iyiniyetli olduğunu iddia etmesi gerekip gerekmediği, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında incelenerek sonuca ulaşılmıştır.

¹³³⁴ Ermenek, Birleştirilme, s. 115.

¹³³⁵ Ermenek, Birleştirilme, s. 106-107.

¹³³⁶ Ermenek, Birleştirilme, s. 106-107.

¹³³⁷ Bkz. YİBBGK, 08.11.1991 T., 1990/4 E., 1991/3 K., RG, 29.01.1992, S. 21126.

Türk Medeni Kanunu'nun hem 3'üncü maddesinde hakkın doğumu için iyiniyetin gerekli olduğu hâllerde iyiniyetin mevcut olduğuna ilişkin iyiniyet karinesinden¹³³⁸ hem de özel olarak tapuya güven ilkesinden hareketle tapudaki yolsuz tescile dayanarak iyiniyetle hak iktisabına imkân tanınmıştır. Bu durumda, tapudaki yolsuzluğu bilmeyen kişi iyiniyetli olduğunu ispat yükünden kurtulmakta ve kanun gereğince bu kişinin iyiniyeti ispatlanmış sayılmaktadır¹³³⁹. Bu kişinin iyiniyetli olmadığına karşı tarafça ispatlanması gerekir¹³⁴⁰. İşte bu hâlde, asıl hak sahibinin, tapuda hakkı iktisap edenin iyiniyetli olmadığını açıkça ileri sürmesi gerekip gerekmediği ve şayet ileri sürmesi gerekli ise yargılamanın hangi kesitine kadar bunu yapması gerektiği kararın konusunu oluşturmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu daha önceki bir tarihte, iyiniyete dayanan kişinin iyiniyetli olmadığı dosya kapsamındaki vakıa ve karinelere anlaşırsa, bu kişinin kötüniyetli olduğunun ayrıca karşı tarafça ispatlanmasına gerek kalmayacağına karar verilmiştir¹³⁴¹.

İncelemeye konu kararda, Yargıtay Büyük Genel Kurulu, asıl hak sahibinin dava açmakla iyiniyetle hak iktisap eden ve tapuda malik görünen kişinin aslında iyiniyetli olmadığını da iddia etmiş bulunduğunu, bu iddianın dava açma iradesini mündemiç olduğunu, bu nedenle her ne kadar açıkça ileri sürülmesi de hâkimin bu durumu re'sen dikkate alması gerektiğini kabul etmiş; aksi kabulde dahi kötüniyetin varlığının hakkın iktisabına engel olan bir itiraz niteliğinde bulunduğunu ve bu nedenle yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Karar, Kanun'da yer alan düzenlemenin usûl hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde yorumundan ibarettir.

¹³³⁸ Genellikle kullanıldığı şekliyle iyiniyetin bir karine olduğu düşüncesi isabetli değildir. Zira karine, varlığı bilinen bir vakıadan diğer bir vakıanın varlığı ya da yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkân tanıyan kurallardır. Bkz. **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**, İsbat Yüğü, 1980, s. 165; **Taşpınar, Sema**, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, Y. 1996, S. 45, s. 534; **Karakaş, Fatma Tülay**, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHFD, Y. 2013, S. 62, s. 731; **Tanrıver**, Usûl, s. 782; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1655; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 337; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar**, **Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 393; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 471. Bu çerçevede, iyiniyetin varlığı, karine temeline gereksinim duymadığı için, yani iyiniyetin varlığı için başka herhangi bir olguya ihtiyaç duyulmadığı ve buna rağmen kanun gereğince sübjektif iyiniyetin (TMK m. 3) varlığı kabul edildiğinden, bu sözde karine olarak ifade edilebilir. Bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 168; **Taşpınar**, Fiili Karineler, s. 535; **Karakaş**, s. 745; **Tanrıver**, Usûl, s. 783-784. Bu durumda, karine temelinin teşkil eden bir vakıa söz konusu olmadığından iyiniyet karinesine dayanan tarafın, iyiniyetli olduğunu ispatlamasına ve bu konuda delil ikame etmesine de gerek kalmaz. Bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 784; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1658. Bu hususta ayrıca bkz. **Akkanat**, s. 58 vd..

¹³³⁹ **Umar/Yılmaz**, s. 184.

¹³⁴⁰ **Karakaş**, s. 745.

¹³⁴¹ Bkz. YİBHKG, 14.02.1951 T., 1949/17 E., 1951/1 K., RG, 11.04.1951, S. 7782. 1991 tarihli inceleme konusu kararda, bu kararın varlığı da ele alınmış ve bu karara rağmen yeni bir içtihadı birleştirilme kararı verilmesi gerekip gerekmediği tartışılmış; konuları itibari ile farklı bulundukları gerekçesi ile değiştirilmesine gerek görülmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, davacı dava açarken dilekçede hakkını dayandırdığı hukuk kuralını ve bu kuralda yer alan sonucun ortaya çıkabilmesi için gerekli koşul vakıaları göstermelidir (HMK m. 119). Bu medenî usûl hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin de bir sonucudur¹³⁴². İspat, hukuk kuralında yer alan koşul vakıaların uyuşmazlık konusu olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini konu edindiğinden¹³⁴³, kuralda yer alan koşul vakıanın ileri sürülmemesi hâlinde, kişinin hakkını ispat edememesi söz konusu olabilir¹³⁴⁴. Kanun koyucu, taraflarca getirilme ilkesinin tanındığı bu yargılamalarda, dava malzemesinin toplanmasını yargılamanın belli bir kesitine hasretmiş, böylelikle gereksiz yere emek ve para harcanmaksızın yargılamanın nihayete erdirilmesi amaçlanmıştır¹³⁴⁵. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesinde davacının iddiasına dayanak teşkil eden vakıa ve delilleri ancak dilekçeler aşaması tamamlanıncaya kadar serbestçe ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Bu aşamadan sonra ıslah ya da karşı tarafın muvafakati olmaksızın yeni vakıa ya da delil sunulmasının mümkün olmadığı da Kanun ile düzenlenmiştir¹³⁴⁶. Diğer bir deyişle, usûl hukukunda kabul edilen teksif ilkesinin bir gereği olarak, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamına davanın sebebini teşkil eden vakıalarla talep sonucu dahildir¹³⁴⁷. İtiraz, hakkın doğumunu engelleyen ya da hakkı sona erdiren vakıaların ileri sürülmesi olarak tanımlanabilir¹³⁴⁸. Hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilmesi için, dosya kapsamına girmiş olması gerekir¹³⁴⁹.

Bu çerçevede, kötünियeti ispatla yükümlü olan asıl hak sahibinin, bunu ileri sürmemiş olması hâlinde, mahkemenin bu hususu re'sen dikkate alabilmesi mümkün değildir¹³⁵⁰. Ancak, iyiniyetin bulunmadığını ortaya koyan vakıalar dosya kapsamından anlaşılmakta ise açıkça ileri sürülmemiş olsa da hâkimin bunu re'sen dikkate alması gerekir¹³⁵¹. Bunun dışında ise

¹³⁴² **Özekes, Muhammet**, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 266.

¹³⁴³ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1627.

¹³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Dava Dilekçesi, s. 274 vd.; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1158 vd..

¹³⁴⁵ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 405.

¹³⁴⁶ Basit yargılama usûlü için ayrıca bkz. HMK m. 319.

¹³⁴⁷ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1250; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 268; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 406.

¹³⁴⁸ **Kuru**, C. II, s. 1769; **Tanrıver**, Usûl, s. 661; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1208; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 254; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 345; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 393.

¹³⁴⁹ **Kuru**, C. II, s. 1770; **Umar**, Şerh, s. 452; **Tanrıver**, Usûl, s. 662; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1208; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 272; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 345; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 408.

¹³⁵⁰ İyiniyet bir hakkın doğumu ya da hukukî sonucun gerçekleşmesi için gerekli bir şart olduğundan, somut olayda bu şartın eksikliği hakkın doğumuna ya da hukukî sonucun meydana gelmesine engel teşkil eder. Bu hâliyle iyiniyet eksikliği itiraz niteliğini haizdir. Bkz. **Akkanat**, s. 81.

¹³⁵¹ **Umar/Yılmaz**, s. 185; **Akkanat**, s. 81.

davacının, davalının iyiniyetli olmadığı ve bu nedenle hakkı kazanamadığı itirazı, yargılamanın yalnızca Kanun ile belirlenen kesitine kadar ileri sürülmesi şartıyla dikkate alınacağından, karar bu yönüyle isabetsiz bir yorumu içermektedir¹³⁵². Bu hâliyle, kararın usûl hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ve teksif ilkelerine aykırı olduğu da ortadadır. Buna karşın söz konusu içtihadı birleştirme kararı hâlen uygulama alanı bulmaktadır¹³⁵³.

C. Islaha İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 04.02.1948 tarihli, kararında¹³⁵⁴, ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasının ardından ıslahın mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

İlk derece mahkemesince verilen hükmün temyiz aşamasında bozulmasından sonra dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesi hâlinde, bozmadan sonraki yargılamada ıslahın mümkün olup olmadığının incelendiği karar, Yargıtay hukuk dairelerinin çelişkili kararlarından kaynaklanmaktadır. İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, verdiği kararda, bozmadan sonra yapılan yargılamada ıslahın mümkün olamayacağı; aksi şekilde bir kabulün hem usûlî müktesep hakları zedeleyeceği hem de yargılamanın uzamasına sebebiyet verebileceği dile getirilmiştir. Müzakereler esnasında 1086 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde, ıslahın tahkikatın tamamlanıncaya kadar mümkün olduğunu düzenlediği; bozmadan sonra ıslahın bu açık kanun hükmü karşısında zaten mümkün olamayacağı da dile getirilmiş; ayrıca, bozmanın niteliğine göre bir değerlendirmenin yapılması gerektiği, bozmanın konusunun tebligat gibi şekle ilişkin konuları içermesi hâlinde, uyuşmazlığın karşı tarafı bakımından herhangi bir hak söz konusu olmayacağından, bu gibi durumlarda ıslahın yapılabileceği de ileri sürülmüş; içtihadı birleştirme kararında ise herhangi bir istisna tanınmaksızın bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı kararlaştırılmıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, bu kararda mehzaz Kanun'un ilgili hükümlerinden istifade ederek ıslahın yapılış zamanına ilişkin kanunî düzenlemeyi yorumlamıştır. Kararın gerekçesinde, *“hüküm temyizen bozulduktan sonra da ıslahın cari olabileceğine dair sarih ve zımni bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman le takyid edildiğine göre 84'üncü maddenin*

¹³⁵² Umar, Şerh, s. 449.

¹³⁵³ Bkz. Y8HD, 11.03.2019 T., 2016/2181 E., 2019/2515 K., www.lexpera.com, s.e.t. 14.08.2020.

¹³⁵⁴ Bkz. YİBHKGK, 004.02.1948 T., 1944/10 E., 1948/3 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.06.2019.

mücerret ıtlakına bakılarak bu istisnai yolun hükmün Yargıtayca bozulmasından sonraki safhalara da şumulünün kabul edilmesi ... müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer” denilerek, 1086 sayılı Kanun’un bahsi geçen kuralı lafzen ve amacı itibari ile anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Her ne kadar varılan sonuç öğretide genel olarak kabul edilmese de¹³⁵⁵, kararda ıslahın yalnızca tahkikat aşamasının tamamlanıncaya kadar mümkün olduğu ve tahkikatın sona erip hükmün verilmesinden sonraki başka bir aşamada ve bu sırada bozmadan sonraki yargılamada da artık ıslahın bahis konusu edilemeyeceği benimsenmiştir. Karar yorum yolu ile çelişkinin giderilmesine hizmet etmektedir ve bu yönüyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun yetkisi dahilinde verilmiş olduğunun kabulü gerekir.

Sonraki tarihli bir içtihadı birleştirme kararının gerekçe kısmında ise “*Bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir*”¹³⁵⁶ ifadeleriyle, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın da tahkikat aşamasına dahil olduğu kabul edilmiştir. Kararın bu kısmı her ne kadar hüküm sonucunda yer almasa da kararın verilmesi bakımından dikkate alınan gerekçe kısmında yer aldığından bağlayıcıdır. Bu kararın yorumundan hareketle, bozmadan sonra tahkikata devam olunduğu, bu hâlde ıslahın da mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹³⁵⁷.

Bugüne kadar söz konusu içtihadı birleştirme kararına uyan¹³⁵⁸ ve bu karardan özellikle de usûle ilişkin bozma sebepleri hâlinde sapan¹³⁵⁹ pek çok karar verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 177’nci maddesiyle, ıslahın tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği düzenlendiğinden artık içtihadı birleştirme kararının uygulanmayacağı da düşünülmüş¹³⁶⁰ ve Yargıtay’ın farklı daireleri arasında konu yeniden tartışmalı hâle gelmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından 2016 yılında verilen karara göre ise bu konuda içtihat değişikliğine gidilmesine gerek olmadığı ve bozma sonrasında ıslah

¹³⁵⁵ Bozmadan sonra tahkikat aşaması yeniden başlayacağından ıslahın mümkün olduğu yönünde bkz. **Kuru**, C. III, s. 2797; **Tanrıver**, Usûl, s. 730. Bozmadan sonra ıslahın ancak bozmaya konu hususlarda mümkün olduğu; bozma kapsamı dışında kalan hususların usûlî müstesna hak nedeni ile ıslaha konu olamayacağı yönünde bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 517. Usûle ilişkin bozma sebeplerinden sonra ıslahın mümkün olduğu; esasa ilişkin bozma sebeplerinden sonra ise mümkün olamayacağı yönünde bkz. **Postacıoğlu**, Usûl, s. 454; **Umar**, Şerh, s. 495; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1526-1527.

¹³⁵⁶ YİBBGK, 04.02.1959 T., 1957/13 E., 1959/5 K., RG, 28.04.1959 T., S. 10193.

¹³⁵⁷ **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1524.

¹³⁵⁸ Örneğin bkz. Y1HD, 19.10.2015 T., 2015/12983 E., 2015/12068 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.06.2020.

¹³⁵⁹ Örneğin bkz. Y10HD, 12.03.2015 T., 2015/2911 E., 2015/4657 K., www.lexpera.com, s.e.t. 21.06.2020.

¹³⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan**, **Ersin/Korkmaz**, **Cansu**, Yargıtayca Verilen Bozma yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu, YBHD, Y. 2016, S. 2, s. 262 vd.

yapılamayacağı sonucuna varılmış; 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine gerek görülmemiştir¹³⁶¹.

Kanaatimizce, 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile bozmadan sonra tahkikata dönüleceğini düzenleyen içtihadı birleştirme kararının ve ıslahın tahkikat tamamlanıncaya kadar yapılabileceğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlemesi karşısında, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı kalmamıştır. Yargıtay Kanunu ile içtihadı birleştirme kararlarına tanınan bağlayıcılık, sonraki mevzuat ya da içtihadı birleştirme kararlarından etkilenir. Bu durumda, söz konusu kararın değiştirilmesi yerinde olurdu. Kaldı ki, uygulamada ortaya çıkan çelişkili kararlar, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının amacını gerçekleştiremediğini de ortaya koymaktadır. Bozmadan sonra ıslah hakkının aleyhe bozma yasağı, usûl ekonomisi ve hukukî dinlenilme hakkı¹³⁶² dikkate alınarak ve usûl hukukunun amacı gözetilerek¹³⁶³ tespit edilmesi yerinde olurdu. Ancak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun içtihadın değiştirilmesine gerek olmadığı kararı karşısında, her ne kadar bozmadan sonra tahkikata devam ediliyor olsa da uygulamada taraflara ıslah hakkı tanınmamaktadır. Bununla beraber 22.07.2020 tarihli 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹³⁶⁴ 18'inci maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesine ikinci fıkra eklenerek, bozma ya da kaldırma kararının ardından dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi hâlinde ıslahın mümkün olduğu; bozmaya uymakla ortaya çıkan hukukî durumun ise ıslahla ortadan kaldırılamayacağı düzenlemesi getirilmiş olduğundan söz konusu içtihadı birleştirme kararı artık uygulanmayacaktır.

Nihayet kararla ilgili olarak vurgulanması gereken bir husus ise kararın verilmesine etkili olmayan gerekçe kısmında yer alan, “...bir dava açıldıktan sonra teslimi istenen malın telef ve ziyat gibi bir sebeple teslimin imkansızlığından dolayı iddiayı, ifa yerine tazminata çevirmek ve davayı, sebebi olan vakıalar sonradan öğrenilerek düzeltmek ve deliller safhasında da yeni deliller ikame etmek lüzum ve zarureti hasıl olabilir ve iyi niyet sahibi olan taraflar bu yanlışlıkları ve unutulmuş şeyleri ıslah yoluyla düzeltir veya tamamlayabilirler.” ifadesidir.

¹³⁶¹ YİBHKG, 06.05.2016 T., 2015/1 E., 2016/1 K., RG, 23.03.2017, S. 30016. Kararın eleştirisi için bkz. **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 396, dn. 31.

¹³⁶² Bkz. **Erdoğan/Korkmaz**, s. 277 vd..

¹³⁶³ **Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, TBBD, Y. 2020, S. 149, s. 125.

¹³⁶⁴ RG, 28.07.2020, S. 31199.

Kararın bu kısmı, *obiter dicta* olarak bağlayıcılığı haiz olmamakla birlikte sonraki yargılamalar bakımından hâkimlere yol gösterici niteliği nedeni ile önemlidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 04.05.1978 tarihli kararında¹³⁶⁵, davalının dava açılmadan önce ölmüş olduğu tespit edilirse davanın reddedilmesi gerekeceği, dava dilekçesinde kanunî bir eksiklik bulunduğu gerekçesi ile mirasçılarının davaya dahil edilemeyeceği ve ıslah yolu taraf değişikliğinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Davalının dava açılmasından önce ölmüş olmasına rağmen ona karşı açılan davada, davalının mirasçılarının davanın teşmil edilip edilemeyeceği konusunda Hukuk Genel Kurulu ve 3'üncü Hukuk Dairesi arasında meydana gelen ihtilafın giderilmesine ilişkin söz konusu kararda, İçtihadı Birleştirme Kurulu, uyuşmazlığı ıslahla taraf değişikliğinin mümkün olup olmayacağı noktasında incelemiş ve bu konuda menfi bir sonuca ulaşmıştır.

Kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Kanun'da iradî taraf değişikliğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından, davalının yanlış gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması hâlinde taraf değişikliğine ilişkin kanunî bir dayanak bulunmamaktaydı. Bu durumda, ortaya çıkan sorunun çözümü bakımından öğreti ve uygulamada ıslahla taraf değişikliğinin mümkün olup olmayacağı gündeme gelmiş; öğretide çoğunlukla ıslahla taraf değişikliğine izin verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir¹³⁶⁶. Buna göre ıslahla taraf değişikliğine izin verilmesi, katı şekilciliğin önüne geçilmesi ve böylelikle usûlî hakkaniyete uygun davranılmasının gereğidir¹³⁶⁷. *Alangoya* ise iradî taraf değişikliğinin kanunda düzenlenmediğini ve bu noktada kanunda eksiklik bulunduğunu ifade etmiş; ancak mevcut eksikliğin ıslahla giderilmesinin mümkün olmadığını, bu noktada medenî usûl hukukunun amacından hareketle bir çözüm yolunun benimsenmesi gerektiğini kabul etmiş ve dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin yol gösterici olduğunu vurgulamıştır¹³⁶⁸.

Bahsi geçen kararda ise öğretideki çoğunluk görüşünün aksine ıslahla taraf değişikliğinin kabul edilemeyeceği, davacının dava açarken gerekli özeni göstererek davalıyı doğru tespit etmiş olmasının bir zorunluluk olduğu, ıslahın taraflar ve dava konusu dışındaki diğer usûl işlemleri bakımından öngörülebilir bir yol olduğu ve kanunda taraf değişikliğinin

¹³⁶⁵ Bkz. YİBBGK, 04.05.2978 T., 1978/4 E., 1978/5 K., RG, 01.06.1978, S. 16303.

¹³⁶⁶ Bkz. **Postacıoğlu**, Usûl, s. 461 vd.; **Üstündağ**, Usûl, s. 557; **Üstündağ**, **Saim**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, 1967, s. 196.; **Kuru**, C. I, s. 1206; **Yılmaz**, Islah, s. 354 vd..

¹³⁶⁷ **Yılmaz**, Islah, s. 368.

¹³⁶⁸ **Alangoya**, Tarafta İradî Değişme, s. 170 vd..

ıslahla mümkün olduğuna ilişkin herhangi bir kuralın yer almadığı gerekçesi ile taraf değişikliğinin mümkün olmadığı ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁶⁹.

Halihazırda, iradî taraf değişikliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer aldığından (m. 124) hataen ölü kişiye karşı dava açılması hâlinde davanın mirasçılara yöneltilmesinin mümkün olduğu ve bu nedenle bu hususta ıslaha başvurulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹³⁷⁰. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önceki dönemde ne lafzen ne de amacı itibari ile uygulanabilecek böyle bir düzenleme bulunmadığından bu hususta kanunda açık bir boşluk bulunduğu kabulü gerekir¹³⁷¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 24.05.2019 tarihinde verilen kararda¹³⁷², bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsili istemiyle açılan kısmî davada dava konusunun sonradan ıslahla artırılmasına rağmen bu artırılan kısım için faiz talep edilmemiş olması durumunda, dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak bu miktar için de faize hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

İçtihadı birleştirme kararına konu husus, kısmî dava yoluyla açılan bir alacak davasında dava dilekçesinde faiz talep edilmiş olmasına karşın, daha sonra dava konusunun artırılması için gerçekleştirilen ıslah talebinde artırılan miktar bakımından faiz istenmemiş olması hâlinde mahkemenin ıslah edilen miktar bakımından faize karar verip veremeyeceği ile ilgilidir. Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında oluşan içtihat farklılıkları nedeni ile bu konuya ilişkin uygulama birliğinin sağlanması bakımından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu önüne gelen olay, esasen kanunda yazılı hükümlerin yorumuna ilişkindir.

Kararın müzakeresi sırasında, çoğunluk tarafından kısmî ıslahta faiz talep edilmemiş olsa dahi dava dilekçesindeki faiz talebinin ıslah edilen miktara da teşmil edileceği ifade edilmiş; buna gerekçe olarak da ıslahın ek davadan farklı olması gösterilmiştir. Bu görüşte olan üyeler, kısmî dava ile talep edilen alacağın miktarının artırılması bakımından ya ıslah yoluna

¹³⁶⁹ Bazı durumlarda davayı reddetmek yerine “temsilcide hata” olduğu gerekçesi ile davada taraf değişikliğine doğrudan izin verildiği Yargıtay kararları da mevcuttur. Bu yönde bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 209 vd..

¹³⁷⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 125; **Karşı**, Muhakeme, s. 686; **Akkaya, Tolga**, Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m. 124), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, S. Özel, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. 903. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124'üncü maddesi karşısında artık ıslah ile taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığının tartışılmasına gerek kalmadığı yönünde bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1519. Yılmaz'a göre ise Kanun'da taraf değişikliğinin “ancak karşı tarafın açık rızası” ile mümkün olacağı ifade edildiğinden artık ıslah ile taraf değişikliği yapılamayacağı kabul edilmelidir. Ancak, bu tutumun yeni davaların açılmasına sebebiyet vereceğinden usûl ekonomisine ve adil yargılanma hakkına uygun olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 403.

¹³⁷¹ Yargıtay kimi kararlarında bu boşluğu maddî hataya ilişkin düzenlemeden hareketle doldurmaya çalışmıştır. Bkz. **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 634 vd..

¹³⁷² Bkz. YİBBGK, 24.05.2019 T., 2017/8 E., 2019/3 K., RG, 01.06.1978, S. 16303.

başvurulması ya da ek dava açılması gerektiğini haklı olarak ifade etmişlerdir. Ancak kararda, ıslahın ek davadan farklı olarak derdest davada talep sonucunun artırılmasına ilişkin bir yöntem olduğundan bahisle, bu yöntemde dava dilekçesindeki diğer unsurlar ve bu sırada faiz talebi tekrar edilmeksizin sadece arttırılmak istenen miktarın belirtilmesinin yeterli olduğu dile getirilmiştir. Karar gerekçesinde de çoğunluk görüşü dikkate alınarak dava dilekçesinde kısmî alacak yönünden talep edilen faizin ıslahla arttırılan miktar bakımından da -her ne kadar ayrıca faiz talep edilmemiş olsa dahi- geçerli olduğu benimsenmiş, bunun hak arama özgürlüğü ve usûl ekonomisine de uygun olduğu ifade edilmiş ve bu durumda taleple bağlılık ilkesinin ihlâl edilmeyeceği dile getirilmiştir. Zira karara göre, ıslah ile sadece talep sonucuna ilişkin rakam değiştirilmekte, bu nedenle faiz talebinin tekrarına gerek duyulmamaktadır. Yine, belirsiz alacak davasının açılma ve inceleme koşulları farklı olduğundan kısmî dava ile ilgili olarak varılan kararın bu farklılığı da etkilemeyeceği kararın gerekçe kısmında açıklanmıştır.

Alacak hakkına bağlı ve fakat bağımsız şekilde talep ve dava konusu yapılabilen bir hak olarak faiz alacağı ister kısmî ister tam eda davasında, ayrıca talep edilmedikçe, hâkimin taleple bağlılık ilkesi gereğince kendiliğinden faize karar vermesi mümkün değildir. İnceleme konusu karara konu olayda, kısmî dava şeklinde açılan bir davada, dava dilekçesinde talep edilen miktar bakımından bu hakka bağlı olarak ortaya çıkan faiz alacağının da istenmesi ve fakat ıslahla dava konusunu kılınan bakiye alacak bakımından herhangi bir faiz talebinde bulunulmaması söz konusudur. Öğretide bir görüş tarafından da bu hâlde yeni bir dava açılması söz konusu olmayıp; bilakis sadece kısmî ıslah yoluyla talep sonucunun genişletilmesi söz konusu olduğundan ve ıslah konusu yapılmayan diğer usûlî işlemlerin hukuken geçerliliği etkilenmeyeceğinden ıslahla talep edilen kısım bakımından ayrıca faiz talebine gerek olmadığı dile getirilmiştir¹³⁷³.

Kanaatimizce, burada kanunda düzenlenmesi gereken ve fakat kanun koyucunun ihmâli ya da bilgisizliği nedeni ile düzenlemediği bir husus söz konusu değildir. Karara konu husus, esasen kanunla düzenleme altına alınan hukuk kurallarının anlamlandırılması ve olaya uygulanmasından ibarettir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, kısmî davaya, ıslaha ve taleple bağlılık ilkesine ilişkin hükümleri ve faizin hukukî niteliği birlikte değerlendirildiğinde inceleme konusuna ilişkin kanunda herhangi bir boşluğun bulunduğu söylenemez. Oysa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, kanunun hem lafzını hem amacını aşan hem de usûl hukukunun sistemi ile bağdaşmayan bir yorumla adeta kısmî davada ıslaha ilişkin olarak

¹³⁷³ **Gündüz, Okan**, İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler, YBHD, 2017/3, s. 207.

kanun koyucunun iradesinin dışında yeni bir unsur eklemiş; kanunda düzenleme altına alınan kuralı anlamlandırmanın ötesinde kanunu aşan bir hukuk yaratma faaliyetine girişmiştir. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesinin üçüncü fıkrasında hâkimin karar verirken yararlanması gereken kaynaklardan biri olarak gösterilen bilimsel görüşlerden ise yalnızca şekli olarak yararlanılmış; kararda öğreti görüşleri olarak ifade edilen düşüncenin aksi yönünde sonuca varılmıştır. Öğretideki görüşler her ne kadar yardımcı kaynak niteliğinde olsa da kararda değinilmiş; ancak bu görüşlerden farklı şekilde sonuca varmanın gerekçesi esaslı biçimde ortaya konulamamıştır. Açıklanan usûlî ve metoda ilişkin nedenlerden ötürü içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonucun *contra legem* bir hukuk yaratma olduğunun kabulü gerekir.

D. İspata ve Delillere İlişkin Kararlar

1. İkrara İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 09.12.1931 tarihinde verilen kararda¹³⁷⁴, ikrarın bölünemeyeceğine ilişkin kuralın (o dönem yürürlükte bulunan) Ticaret Kanunu’nda yer aldığı, Usulü Muhakemat Kanunu’nda ise buna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından ikrarın bölünemeyeceğine yönelik kuralın yalnızca Ticaret Kanunu’nun uygulama alanı bulduğu konularda kabul edilmesi gerektiği ve davalının ikrarından sonra ödemeye ilişkin vakıanın davalı tarafından ispatlanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

865 sayılı Ticaret Kanunu’nda açıkça düzenlenen ikrarın bölünemeyeceğine ilişkin hükmün uygulanma alanı ile ilgili olarak Ticaret Mahkemesi ve Hukuk Dairesi’nin birbiriyle çelişen kararları nedeni ile içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş; ikrarın bölünüp bölünemeyeceğine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Kararda, Ticaret Kanunu’nda yer alan hükmün yalnızca ticarî davalar bakımından uygulanması gerektiği; o dönem yürürlükte bulunan Usulü Muhakemat Kanunu’nda herhangi bir düzenleme yer almadığından diğer hukuk mahkemeleri bakımından bunun uygulanmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir. Kararın gerekçesinde ikrar çeşitleri bakımından örnekler verilmiş, ancak yanılgılı değerlendirmeler yapılmış olsa da nihayetinde “*borcum vardı, ancak ödedim*” şeklindeki bir bileşik ikrarda¹³⁷⁵

¹³⁷⁴ Bkz. YİBGK, 09.12.1931 T., 1931/18 E., 1931/45 K., www.lebibyalkin.com, s.e.t. 07.08.2019.

¹³⁷⁵ Bileşik (mürekkep) ikrar, ikrarda bulunan tarafın karşı tarafın ileri sürdüğü vakıayı tamamen kabul etmesi ile birlikte bu vakıanın meydana getirdiği hukukî sonucunu doğumunu engelleyen ya da bunu ortadan kaldıran bir başka vakıayı da ikrarına eklemesi hâlinde söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Berki, Ali Himmet**, İkrarın Tecezzisi ve Ademi Tecezzisi Meselesi, AD, 1937, s. 7; **Postacıoğlu**, Usûl, s. 555; **Bilge/Önen**, s. 514-515; **Tanrıver, Süha**, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu,

ödeme vakiasının bunu iddia eden davalı tarafa ait olduğu sonucuna varılmıştır. 865 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır; ikrarın bölünemeyeceğine ilişkin hukuk sistemimizdeki tek düzenleme böylelikle ortadan kalkmıştır. Halihazırda, bu içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonuç hakkında bugün ne aynı doğrultuda ne de aksi yönde herhangi bir kanunî düzenleme mevcuttur. İkrarın bölünüp bölünemeyeceği sorusunun cevabı öğreti görüşlerine ve mahkeme uygulamasına bırakılmıştır. Bu konuda öğretilerde çeşitli görüşler dile getirilmektedir¹³⁷⁶. Öğretilerde özellikle bağlantılı bileşik ikrarın¹³⁷⁷ bölünemeyeceği yönünde hatalı şekilde dile getirilen görüşten¹³⁷⁸ son dönemde vazgeçilmiştir¹³⁷⁹.

Bahsi geçen kararda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu aksiyle kanıt yöntemini uygulamış, kanunda bilinçli bir boşluk olduğuna kanaat getirmiştir; kanun koyucunun medenî hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından menfî bir çözüm tarzını benimsediğini kabul etmiştir. Karar, ticaret kanunu dışındaki mevzuatta ikrarın bölünemeyeceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından, kanun koyucunun ikrarın bölünmezliği hususunu ticarî uyuşmazlıklar dışında kabul etmediğini ve hatta bileşik ikrar bakımından ticarî uyuşmazlıklarda dahi bileşik ikrarın bölünmesi gerektiğini ortaya koymakta¹³⁸⁰; bu yönüyle ile ikrarın bölünmesi bakımından genel bir tespit niteliğini taşımaktadır.

Bu kararın hâlen uygulanıp uygulanamayacağı konusu ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun bu konudaki diğer bir kararıyla birlikte incelenerek değerlendirilmelidir.

TBBD, Y. 1993, S. 2, s. 225; **Kiraz, Taylan Özgür**, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, 2013, s. 137 vd.; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 339 vd.; **Umar**, Şerh, s. 552 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 754 vd.; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1639; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 333; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 405 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 470.

¹³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver**, İkrar, s. 227 vd.; **Kiraz**, s. 207 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 756 vd.; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1641 vd.

¹³⁷⁷ Bağlantılı bileşik ikrar, ikrar edilen vakıaya eklenen yeni vakıanın ikrar edilen vakıa ile doğrudan ilişkili olduğu, ikrar edilen vakıanın doğal sonucu olarak kabul edildiği durumlarda gündeme gelir. Bkz. **Ansay**, s. 259; **Berkin**, s. 189; **Tanrıver**, İkrar, s. 226; **Tanrıver**, Usûl, s. 755; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 340; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1639-1640; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 333; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 406; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 470. Umar, bileşik ikrarın bağlantılı ya da bağlantısız olarak ayrılmasının anlamsız ve gereksiz olduğunu; bu konudaki ölçütün yetersiz olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **Umar, Bilge**, Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İÜHFM, Y. 1964, S. 1-2, s. 255-256; **Umar**, Şerh, s. 557-558.

¹³⁷⁸ Bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceği yönünde bkz. **Ansay**, s. 3-259; **Bilge/Önen**, s. 518; **Berki**, İkrar, s. 8; **Postacioğlu**, Usûl, s. 555; **Postacioğlu, İlhan**, İkrarın Bölünmezliği ve Yeni Bazı Kararlar, İBD, Y. 1960, S. 3-4, s. 69; **Postacioğlu, İlhan**, İkrarın Bölünmezliği, Karar Tahlili, İÜHFM, Y. 1964, S. 3-4, s. 1056; **Kuru**, C. II, s. 2058, 2064; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 340; **Karlı**, Muhakeme, s. 601.

¹³⁷⁹ Bağlantılı bileşik ikrarın bölünebileceği yönünde bkz. **Umar**, İkrar, s. 155; **Umar/Yılmaz**, s. 222 vd.; **Umar**, Şerh, s. 557; **Tanrıver**, İkrar, s. 235; **Kiraz**, s. 224 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 761; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1648; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 335; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 406; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 470.

¹³⁸⁰ Ticarî uyuşmazlıklarla ilgili olarak aynı yönde bkz. **Umar**, Şerh, s. 554, dn. 10.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun ikrara ilişkin olarak verdiği 09.10.1946 tarihli diğer karar¹³⁸¹ ise taraflardan birinin savunmasının yalnızca kendi aleyhine olan kısmını ikrar saymanın ve esaslı kabul edilebilecek diğer konuları incelememenin usûl kanununa uygun olmadığına, bu nedenle bu şekilde gerçekleşen savunmanın davayı ikrar olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkindir.

1946 tarihli karar esasen tapuda kaydı bulunmayan bir arazinin zilyetliğinin devrinin ardından zamanaşımı ile mülkiyetin iktisap edilip edilemeyeceği hususunda Yargıtay 3'üncü ve 5'inci Hukuk Daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığına ilişkindir. Kararın gerekçe kısmında, 1086 sayılı Kanun'un ikrar düzenlemesine ilişkin olarak da yukarıdaki ifadeler yer almaktadır. Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu, tapuda kaydı olmayan bir arazinin haricen satışının ardından satıcının arazinin iadesi talebiyle açtığı davada, davalı alıcının, mahkeme huzurunda araziye on yıl önce davacı satıcıdan aldığı, ancak on yıllık süre nedeni ile iade talebinin zamanaşımına uğradığı beyanını davalı aleyhine sonuç doğuracak bir ikrar olarak kabul etmemiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta Yargıtay 5'inci Hukuk Dairesi, görüşmeler sırasında davalı alıcının taşınmazı davacıdan aldığı yönündeki beyanının ikrar teşkil ettiği ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre yirmi yıllık zamanaşımı süresi dolmadığı gerekçesi ile taşınmazın iadesinin gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Buna karşılık Genel Kurul kararına göre, bir bütün teşkil eden savunmanın sadece lehe olan bir kısmının esas alınarak karar verilmesinin usûlî kaidelere uymayacağı ifade edilmiş; davalının beyanının ikrar olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Esasen bu kararda ikrarın bölünüp bölünmeyeceğinden daha çok davalı beyanının ikrar olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında yanılgılı bir sonuca varılmıştır. Karardan anlayabildiğimiz kadarı ile, taşınmazın davacı tarafından davalıya haricen satıldığı noktasında da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, taşınmazın satış sözleşmesinden önceki malikinin kim olduğu noktasında herhangi bir çekişme bulunmadığından bu yöndeki iddianın ispatına gerek dahi yoktur. Kararın sonuç kısmında ise ikrara ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmeksizin; tapuda tescil edilmemiş taşınmazların zilyetliğin devri suretiyle haricen satışı hâlinde on yıllık zamanaşımı süresinin dikkate alınabileceğine hükmedilmiştir.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı kısmı, hüküm sonucu ile bu hükme etki eden gerekçedir¹³⁸². 1946 tarihli Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı ile haricen satışta zamanaşımına ilişkin varılan sonucun ikrara ilişkin gerekçede beyan edilen hususla doğrudan

¹³⁸¹ Bkz. YİBGK, 09.10.1946 T., 1946/6 E., 1946/12 K., RG, 20.06.1947, S. 6637.

¹³⁸² Bkz. § 7, C, 6, a, aa.

bir bağlantısı bulunmamaktadır. Zira somut olay bağlamında tartışılan husus haricen satışta mülkiyetin iktisabı için gerekli olan zamanaşımı süresi ile ilgili olduğundan, davalı alıcının taşınmazı davacı satıcıdan aldığı yönündeki ikrarının varılan sonuç bakımından herhangi bir önemi bulunmamakta, bu husus kararın *obiter dictası* içinde yer almaktadır. Dolayısıyla bu husus bağlayıcılık vasfını haiz değildir. Kaldı ki, 1946 tarihli kararın ikrara ilişkin olarak vardığı sonucun doğrudan 1931 tarihli kararla çeliştiği de söylenemez. Kanaatimizce, 1931 tarihli karara konu hususta ne bir kanunî düzenleme ne de içtihadı birleştirme kararını değiştiren ya da ortadan kaldıran yeni bir içtihadı birleştirme kararı bulunduğundan bu ilkenin bugün dahi geçerli olması için herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, 1931 tarihli içtihadı birleştirme kararı gereğince Türk hukuku açısından ikrarın bölünemeyeceğine ilişkin genel bir kural olmadığı ve bileşik ikrarın bölünebileceği kuralı bugün dahi geçerlidir.

2. Delillere İlişkin Kararlar

a. Senetle İspata İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 12.04.1933 tarihli karar¹³⁸³, senede dayanan her türlü iddiaya karşı ileri sürülecek savunmanın tanıkla ispat edilemeyeceğine, Kanun'un düzenlemesi kesin olduğundan senetle ispatı gerekmeyişi hâlde senede bağlanan her türlü alacağa karşı ödeme iddiasının da mutlaka senetle ispatlanması gerektiğine ilişkindir.

Karara konu uyuşmazlık, ticarî bir alacakla ilgili olan ve senede dayanan alacak aleyhine yapılacak savunmanın ispatı bakımından takdirî delillerden yararlanılıp yararlanılamayacağına ilişkindir. Dönemin Ticaret Kanunu'nda dava konusunun miktarına bakılmaksızın hükmün, senet, emare ya da tanık beyanına dayanılarak verilebileceği kabul edilmiş; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 291'inci maddesinde ise Ticaret Kanunu'nun ispata ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. 1086 sayılı Kanun'un 288'inci maddesinde, kanunda belirtilen parasal sınırı (o dönem için 5000 kuruş) aşan hukukî işlemlerin senetle ispatı zorunludur. 290'uncü maddeye göre ise senetle ispat olunan her türlü iddia aleyhine ileri sürülen savunma sebeplerinin de senetle ispatının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Görüşmeler sırasında Ticaret Kanunu'nun özel kanun olduğu ve ticarî uyuşmazlıklar bakımından Ticaret Kanunu'nun tanıkla ispata imkân veren hükmünün uygulanması gerektiği

¹³⁸³ Bkz. YİBGK, 12.04.1933 T., 193/31 E., 193/7 K., RG, 16.09.1933, S. 2504.

dile getirilmiş olsa da içtihadı birleştirme kararında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin hükmünün mutlak olduğu kabul edilmiştir.

Somut uyuşmazlık bakımından karar tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat açısından senede karşı senetle ispat kuralına yönelik olarak biri özel fakat eski, diğeri genel fakat yeni tarihli iki farklı hüküm bulunmaktadır. Kararda sonraki tarihli genel hükmün uygulanmasına hükmedilmiştir. Bahse konu kararda mevzuatta birbiri ile çelişen iki hükmün bulunduğundan hareket edilmiş ve sonraki tarihli kararın dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kanun'da birbiri ile çelişen iki hükmün bulunması hâlinde boşluktan söz edilir ve bu durumda boşluğun doldurulması gerekir¹³⁸⁴. Ancak, söz konusu kararda 1086 sayılı Kanun ile Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin birbiri ile çeliştiğini söylemek güçtür. Zira, 1086 sayılı Kanun Ticaret Kanunu'nun hükümlerini saklı tutmuştur. Ticaret Kanunu ile öngörülen düzenleme senetle ispat kuralının istisnasını oluşturmaktadır. İnceleme konusu husus ise senede karşı senetle ispata ilişkin olup bu hususta Ticaret Kanunu'nda bir hüküm de sevk edilmediğinden, genel nitelikli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükmünün uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur. Bu çerçevede, birbiri ile çelişen iki hükümden bahsedilemeyeceğinden boşluktan da söz edilemez. İncelemeye konu karar, senede karşı senetle ispat kuralının yorumundan ibarettir.

Yürürlükteki hukuk açısından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesi ile, 1086 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye paralel olarak, senetle ispat edilen iddia aleyhine ileri sürülecek hukukî işlemlerin miktar ve değerine bakılmaksızın senetle ispatı şart koşulmuş; bu kuralın istisnaları ise 203'üncü maddede düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta, ticarî işlerde senetle ispat kuralı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

b. Yemine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 13.07.1931 tarihinde verilen kararda¹³⁸⁵, ispata konu vakıa hakkında yemin teklif edip de yeminin teklif edileceği duruşmaya gelmeyen davalının gıyabında yeminin eda ettirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak yeminin talep edilmesi üzerine hâkimin yemini eda ettirmesinin kanunî bir zorunluluk olduğu sonucuna varılmıştır.

¹³⁸⁴ Canaris, s. 65 vd.; Kramer, s. 221-222.

¹³⁸⁵ Bkz. YİBGK, 13.07.1931 T., 1931/10 E., 1931/42 K., www.lebibyalkin.com, s.e.t. 08.08.2019.

Kararın müzakeresi sırasında yeminin edası bakımından taraflardan birinin bunu talep etmesinin yeterli olduğu; yeminin onu teklif edenin huzurunda yapılması gerekmediği ifade edilmiştir. Kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 1086 sayılı Kanun'un tarafların duruşmaya gelmemesine ilişkin 398'inci ve devamı hükümlerinde ise dosyanın işlemde kaldırılması müessesesi bugünkünden farklı şekilde düzenlenmiş; bir tarafın mazeretsiz şekilde duruşmaya gelmemesi hâlinde hakkında gıyap kararı verilerek yargılamaya devam edileceği kabul edilmiştir¹³⁸⁶. Söz konusu hüküm, 1086 sayılı Kanun'un hem lafzen hem de sistematik şekilde yorumunu konu almaktadır.

Yemin teklifinin ardından teklifte bulunan tarafın duruşmaya gelmemesi, yemini eda etmesi gereken karşı taraf için dosyanın işlemde kaldırılması bakımından herhangi bir imkân sunmadığından dönemin mevzuat hükümleri gereğince varılan sonuç kabul edilebilirse de bugün Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun duruşmaya yalnızca taraflardan birinin gelmesi hâlinde o tarafa dosyayı işlemde kaldırma hakkı tanıyan 150'nci maddesinin ikinci fıkrası dikkate alındığında, hâkimin duruşmaya gelen davacıyı davalının yokluğunda yemini eda etmeye zorlaması mümkün değildir. Buna rağmen, davacının davalının mazeretsiz olarak gelmediği duruşmada dosyanın işlemde kaldırılmasını talep etmeyerek davalının yokluğunda duruşmaya devam edilmesini talep ettiği durumda ise bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının günümüzde de uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 03.03.2017 tarihli kararında¹³⁸⁷ ise 6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda dava ya da cevap dilekçesinde yer alan "*sair deliller, her türlü delil, ve sair delil*" gibi ifadelerin tarafların yemin deliline başvurulmuş sayılmaları için yeterli görülmemiş, bu durumda hâkimin ispat yükünü taşıyan tarafa yemin delilini hatırlatamayacağı kabul edilmiştir.

İçtihadı birleştirmeye konu husus, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, bu Kanun ile dava ve cevap dilekçesinde tarafların iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıaları hangi delillerle ispatlayacaklarını açıkça göstermeleri gerektiğine ve somutlaştırma yüküne yönelik düzenleme karşısında, dilekçelerde yer alan sair deliller/her türlü delil gibi ifadelerin dikkate alınıp alınmayacağıdır. 1086 sayılı Kanun döneminde bulunmamasına karşın 6100 sayılı Kanun ile kabul edilen somutlaştırma

¹³⁸⁶ 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398'inci maddesi şu şekildedir: "*İki taraftan biri tayin olunan günde tahkikat hâkimi nezdinde veya mahkemede hazır bulunmadığı veya cevapnamesini göndermediği veyahut bulunup da cevaptan imtina eylediği takdirde gıyap kararı verilir.*"

¹³⁸⁷ Bkz. YİBBGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K., RG, 17.06.2017, S. 30099.

yükünün bir gereği olarak hangi vakıanın hangi delille ispatlanacağını daha yargılamanın başında dilekçeler aşamasında açıkça gösterilmesi gerekmektedir (HMK m. 194).

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın bazı daireleri, dilekçede yer alan sair deliller gibi ifadelerin hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkimin ispat yükünü taşıyan tarafa yemin delilini hatırlatması gerektiği görüşündedirler. Buna karşın diğer bazı daireler ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirdiği düzenleme karşısında artık açıkça başvurulmadığı sürece yemin delilinin hâkim tarafından hatırlatılamayacağını savunmuşlardır.

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından oy çokluğu ile alınan karar da somutlaştırma yükü ile dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerine yönelik hükümler dikkate alındığında artık sair deliller gibi bir ifadenin herhangi bir anlam ifade etmediği; yemin delilin mutlaka açıkça dayanılması şartıyla hâkim tarafından ispat yükünü taşıyan tarafa hatırlatılabileceği kabul edilmiştir. Aksi yönde görüş bildiren bazı üyeler ise yemin delilinin her ne kadar kesin delil olsa da talî nitelikli bir delil olduğunu, diğer delillerle ispatlanamayan vakıalar bakımından son çare olarak başvuru bir nitelik taşıdığını, bu özelliği dikkate alındığından hangi vakıanın ispatı için yemin deliline başvurulacağını daha yargılamanın başında belirlemenin mümkün olmadığını, bunun ancak yargılama devam ederken ortaya çıkabileceğini, zaten yemin delilin açıkça gösterilmesi gerektiğini kabul eden çoğunluğun da dilekçede yemin ile hangi vakıanın ispatının gerektiği konusunda bir belirleme yapılmasını aramadığını; bütün bu durumlar dikkate alındığında yemin delilinin somutlaştırma yüküne ilişkin kuralın uygulanmasına uygun olmadığını savunmuşlardır. Bu nedenle eski uygulamadan sapılmasına gerek olmadığını, çoğun içinde az da vardır ilkesinden hareketle sair deliller ifadesinin yemin delilini de kapsamına aldığını, böyle bir durumda hâkimin taraflara bu delili hatırlatması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Söz konusu karar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemenin uygulanmasına ilişkindir. Kanunun 119/1-f, 129/1-e, 136/1 ve 194'üncü maddeleri birlikte değerlendirilerek sonuca varılmıştır. Kararda, mevcut normların lafzı ve kanunun sistematüğinden hareketle bu kuralların ne şekilde anlamlandırılması gerektiği belirlenmeye çalışılmış; aynı zamanda kanunun gerekçesinden yararlanılarak kanun koyucunun amacına en uygun yöntemin tespiti sağlanmıştır. Bu hâliyle karar pozitif hukukta yer alan kuralın yorumundan ibarettir ve hukuk mahkemeleri ile Yargıtay daireleri ve Genel Kurulları bakımından bağlayıcıdır.

c. Delillere İlişkin Diğer Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 10.05.1974 tarihli, kararında¹³⁸⁸, Bağ-Kur sigortalısı olarak yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 1479 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce en az on yıldır kendi adına çalışıldığı vakiasının yalnızca söz konusu Kanun'da öngörülen belgelerle ispatlanabileceği, bu hususta tek istisnanın ise 1086 sayılı Kanun'un 294'üncü maddesinde yer alan düzenleme olabileceği kabul edilmiştir.

Yargıtay hukuk daireleri arasında meydana gelen çelişki nedeni ile Hukuk Genel Kurulu'na yapılan başvuruda, 01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren ve kendi ad ve hesabına çalışan meslek erbabının sigortalılığını düzenleyen 1479 sayılı Kanun'un, yürürlük tarihinde emekliliğe hak kazanan ya da kısa süre içinde hak kazanacak olanlarla ilgili olarak getirdiği geçiş hükmünün ne şekilde anlamlandırılması gerektiği konu edilmiştir. Konunun medenî usûl hukukuna ilişkin boyutu, kanun koyucunun 1479 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi ile gerekli şartları taşıyanların sigortalı sayılabilmesi için yapacakları başvuruda, bu iddiayı yalnızca meslek kuruluşlarından ya da vergi dairelerinden alınan belge ile ispatlayabilecekleri düzenlenmesine karşın, 1086 sayılı Kanun'da yer alan diğer ispat vasıtalarının da bu konuda kullanılıp kullanılamayacağına yöneliktir.

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Kanun'un lafzen ve amaca uygun yorumlanması ile sonuca varılacağını ifade etmiş; kanunun henüz yeni yürürlüğe girmiş olması nedeni ile Meclis tutanaklarından da yararlanılarak kanun koyucunun düzenlemeyi öngörmekteki amacının tespit edilebileceğini ve geçiş hükümlerinin istisnâî düzenlemeler olmaları nedeni ile geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, yalnızca belirli belgelerle ispatı öngören 1479 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ispata ve delillere ilişkin hükümleri karşısında özel nitelikli olduğuna; bu Kanun'un uygulanması açısından öncelikle ve münhasıran bu maddede belirtilen belgelerin kullanılabileceğine karar vermiştir. Genel Kurul, yalnızca, ilgili belgelerin yangın, doğal afet gibi bir nedenle kaybolması ya da zarar görmesi hâlinde ve bununla sınırlı olarak 1086 sayılı Kanun'un 294'üncü maddesinden istifade edilebileceğini kabul etmiştir.

Medenî usûl hukukunda delillerin değerlendirilmesi açısından farklı sistemler mevcuttur. Türk hukukunda kabul edilen sistem serbest delil sistemidir¹³⁸⁹. Hukuk

¹³⁸⁸ Bkz. YİBHKGK, 10.05.1974 T., 1974/3 E., 1974/4 K., RG, 07.07.1974, S. 14938

¹³⁸⁹ **Tanrıver**, Usûl, s. 799; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1733; **Kale, Serdar/Keser, Salih**, Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, S. Özel, s. 704, 708.

Muhakemeleri Kanunu'nun 192'nci maddesi ile kanunda düzenlenmemiş diğer delillerin de ispat vasıtası olarak kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak, bu noktada, Türk hukuku delillerin serbestçe değerlendirilmesini değil kanunî delil sistemini benimsediğinden¹³⁹⁰, Kanun'un belirli delillerle ispatı öngördüğü hâllerde, iddianın ancak bu delillerle ispat edilebilmesi mümkündür (HMK m. 189/3). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükmünde geçen "Kanun" ifadesinin yalnızca bu Kanun ile sınırlı olmadığı genel olarak kabul edilir¹³⁹¹. Dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında, içtihadı birleştirme kararının konusunu oluşturan olayda olduğu gibi, kanunî bir düzenleme ile belirli vakıaların yalnızca belirli delillerle ispat edilebileceğinin öngörüldüğü hâllerde, ispat ve delillere yönelik genel hükümlerin değil, bu özel hükmün uygulanması gerekir. Karar, bu yönüyle bugün de kabul edilebilir.

Kararın çalışmanın konusu bakımından önemli bir noktası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, senetle ispat edilmesi gereken hususlarda, tanık dinlenebilmesine yönelik 294'üncü (HMK m. 203/1-e) hükmünün kıyasen uygulanmasıdır. Zira, 1479 sayılı Kanun, emekliliğe hak kazanılması için gerekli çalışma süresinin hangi belgelerle ispat edilebileceğini düzenlemiş; buna karşın bu belgeye ulaşmanın mücbir sebep nedeniyle imkânsız olduğu hâllerde ne şekilde hareket edileceği düzenlenmemiştir. Her ne kadar bu Kanun'da olmasa da 1086 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin amacı düşünüldüğünde bu durumu da kapsadığı kabul edilmelidir. Hukuk Genel Kurulu da buradan hareketle sonuca varmıştır.

Bu kararda dikkat çeken diğer husus ise meslek kuruluşunun bulunmadığı bir il ya da ilçede faaliyet gösteren ve küçük ölçekli olması nedeni ile vergiden muaf bulunan bir kişinin öngörülen süreyi ne şekilde ispatlayacağına yönelik Kanun'da bir düzenlemenin mevcut olmadığını tespit etmiş olmasıdır. Esasen, bu konuda Kanun'da bir boşluk mevcuttur. Ancak, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu bu konuda herhangi bir hukuk yaratma faaliyetine girişmemiş; aksine bu hâlin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü ve buna rağmen düzenlenmediği gerekçesi ile Kanun'da yer alan düzenlemeye herhangi bir istisna getirilmemesinin icap ettiğini söyleyerek aksi ile kanıt yolunu tercih etmiştir.

1479 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi, 5510 sayılı Kanun'un 106'ncı maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı bulunmamaktadır.

¹³⁹⁰ Tanrıver, Usûl, s. 799-798; Atalay, Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1734; Kale/Keser, s. 705.

¹³⁹¹ Umar, Şerh, s. 540; Yılmaz, Şerh, s. 1052; Kale/Keser, s. 709-711.

§ 11. Mahkeme Kararları ve Kanun Yollarına İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

A. Mahkeme Kararlarına İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 19.10.1990 tarihli kararında¹³⁹², 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılıp reddedilen tapu iptali ve tesciline ilişkin davalarda, imar ihya vakiasının sabit görülüp görülmediği fark etmeksizin, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda kesin hüküm teşkil edeceğini kabul etmiştir.

Söz konusu karar, esasen kamu arazisi olmasına karşın masraf ve emek harcanması yolu ile tarım arazisine çevrilmesi hâlinde, bu araziye çekişmesiz ve aralıksız olarak yirmi yıl boyunca elinde bulunduran kişinin ya da haleflerinin adına tescil edilmesi (3402 s. K. m. 17) için dava açılması durumunu konu almaktadır. Tartışmanın asıl sebebi, 3402 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, fakat bu şekilde ihya edilen arazinin zilyedi adına tesciline imkân tanıyan 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 37'nci maddesinin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmasından sonra imar ihya gerekçesi ile açılan tescil talepli davaların, kanunî düzenleme eksikliği nedeni ile zilyedi adına tescil edilememesi, buna karşın bu kişinin ihya şartlarını taşıdığının tespit edilmesi nedeni ile lehine tapuda şerh düşülmesi durumunda, 3402 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından yeniden dava konusu edilip edilemeyeceğine ilişkindir¹³⁹³. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 46'ncı maddesi ile 766 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi nedeni ile Hazine adına kaydedilen taşınmazların, bu Kanun'da yer alan şartları taşıması hâlinde zilyetleri adında tescil edilecekleri kabul edilmiştir. 3402 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan dava bu hükme dayanmaktadır. İçtihadı birleştirme kararına konu mahkeme kararlarından biri yukarıda açıklanan sebebe dayanmakta iken; diğeri ise ihya şartı gerçekleşmediği için davanın reddini konu almaktadır. Esasen farklı konuları içeren bu kararların çelişki yarattığı gerekçesi ile içtihadı birleştirme kararına konu kılınması, kanaatimizce, hatalıdır¹³⁹⁴. Ancak, Hukuk Genel Kurulu, davanın her ne sebeple olursa olsun reddinin, sonraki yargılamada kesin hüküm niteliğinde olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu

¹³⁹² Bkz. YİBHKG, 19.10.1990 T., 1990/3 E., 1990/5 K., RG, 22.02.1991, S. 20794.

¹³⁹³ Kanaatimizce, söz konusu dava sonucunda taşınmaz zilyedinin ihya şartlarını taşıdığı mahkeme kararı ile tespit edilmiştir. Bu hükmün kesinleşmesiyle, zilyedin ihya şartlarının taşıdığı vakiasının yeniden yargılama konusu yapılamayacak olması kesin hükmün menfi etkisinden; zilyedin bu mahkeme kararına dayanarak arazinin kendi adına tecilini talep etmesi durumunda ise söz konusu kesin hükmün müspet etkisinden yararlanılabilir. Kesin hükmün menfi ve müspet etkisi hakkında bilgi için bkz. **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 68 vd..

¹³⁹⁴ Ayrıca bkz. § 7, C, 4, a, ab.

sonucun dayanağı olarak ise Kadastro Kanunu'nun Geçici 4'üncü maddesinde Tapulama ve Kadastro Mahkemeleri'nde, 3402 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce kesin hükme bağlanan konularda bu Kanun'un uygulanmayacağı kuralı gösterilmiştir.

Söz konusu karar, 3402 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin lafzî yorumuna dayanmaktadır. Ancak varılan sonucun, usûle ilişkin esasların isabetsiz şekilde yorumu nedeni ile kamu hizmetine ayrılmayan bir kamu arazisinin emek ve masraf harcayarak ihya eden ve tarıma elverişli hâle getiren kişi adına tesciline imkân tanınmasını ve böylelikle bu toprakların ülke ekonomisine kazandırılmasını hedefleyen düzenlemenin amacına¹³⁹⁵ aykırı olduğu ortadadır. Söz konusu karar, bu yönüyle usûl kurallarının maddî hukuka uygun yorumu ilkesine ve mülkiyet hakkına ilişkin olumsuz sonucu nedeni ile Anayasa'ya uygun yorum ilkesine de aykırılık teşkil eder.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 10.04.1992 tarihli kararında¹³⁹⁶, mahkemelerin kısa kararı ile gerekçeli kararının çelişkili olmasının bozmayı gerektirdiğini, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinin önceki kısa kararla bağlı olmaksızın çelişkiyi giderecek yeni bir karar verebileceğini kabul etmiştir.

Yargıtay 10'uncu Hukuk Dairesi Başkanı'nın yaptığı başvuru üzerine, duruşmada tefhim edilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında ortaya çıkan çelişkinin, kanun yoluna başvurulması hâlinde işin esasına girilmeksizin usûl yönünden bozma sebebi sayılıp sayılamayacağı konusunda Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu kararları arasında farklı görüşlerin bulunduğu ileri sürülmüş ve bu nedenle içtihatların birleştirilmesi talep edilmiştir. İçtihadı birleştirme kararı verilmesinin gerekip gerekmediği konusunda yapılan inceleme üzerine ise başvurunun kapsamı genişletilerek hem kısa karar ve gerekçeli karar arasındaki çelişkinin bozma sebebi sayılıp sayılamayacağı hem de bu konuyla doğrudan ilgili olması nedeniyle, bozmadan sonra ilk derece mahkemesi hâkiminin önceki kısa karara uygun şekilde karar vermesinin gerekli olup olmadığı konularında Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında çelişkili kararların bulunduğu ve içtihatların birleştirmesinin gerektiği kabul edilmiştir.

İçtihadı birleştirme kurulu, 1086 sayılı Kanun'un 382'nci maddesiyle mahkeme kararlarının aleni olacağının kabul edildiğini¹³⁹⁷ ve kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili

¹³⁹⁵ Bkz. YİBHKG, 19.10.1990 T., 1990/3 E., 1990/5 K., karşı oy gerekçesi.

¹³⁹⁶ Bkz. YİBBGK, 10.04.1992 T., 1991/7 E., 1992/4 K., RG, 10.06.1992, S. 21254.

¹³⁹⁷ Gerekçeli kararın kısa kararla çelişkili olmasının aleniyet ilkesi ile açıklanamayacağı yönünde bkz. **Umar**, Şerh, s. 863. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru ile önüne gelen ve kısa kararın gerekçeli kararla çelişmesi nedeni ile mahkeme kararlarının aleni olması gerektiğine ilişkin hükmün ihlâl edildiğinin ileri sürüldüğü bir olayda durumu şu şekilde açıklamıştır: “Hükümün aleni olması mahkeme kararlarının mutlaka

olması hâlinde, bu kuralın ihlâl edileceğini, bunun ise mahkeme kararlarına güven ilkesine ve kamu düzenine aykırı olduğunu gerekçe göstererek çelişkinin bozma sebebi olduğuna karar vermiştir. Hâkimlerin vicdanî kanaatine göre karar vermesinin anayasal bir gereklilik olduğundan hareketle de bozmadan sonra hâkimin önceki kısa kararla bağlı olmaksızın çelişkiyi ortadan kaldıracak şekilde yeni bir karar verebileceği; bunun usûl ekonomisine de daha uygun olduğu kabul edilmiştir.

Esasen, söz konusu içtihadı birleştirme kararı 1086 sayılı Kanun'un, hükmün kapsamına ve şekline ilişkin 381'inci ve 382'nci, bozma kararı verilebilecek durumlara ilişkin 428'inci ve bozma kararının sonuçlarını düzenleyen 430'uncu maddelerinin yorumundan ibarettir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 430'uncu maddesinde, usûlî bir sebebe dayanılarak bozma kararı verilmişse, bozma kararının kapsamı içinde kalan işlemlerin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiriyle çelişmesi 382'nci maddeye aykırı olduğundan usûle ilişkin bir bozma sebebi teşkil edeceği; bu konuda verilen bozma kararının ise hem kısa hem de gerekçeli kararı geçersiz hâle getireceği içtihadı birleştirme kararı ile birlikte kabul edilmiştir. İçtihadı birleştirme kararının, kısa kararın da bozmayla birlikte ortadan kalktığına ilişkin bölümü, bazı üyelerce reddedilmiş; bozmanın yalnızca gerekçeli kararı kapsadığı, bozmadan sonra yapılacak işin kısa karara uygun bir gerekçeli karar yazılması olduğu; bunun usûlî müktesep hak ilkesine de daha uygun olacağı savunulmuştur.

Kararda, kısa kararın gerekçeli karara aykırı olması, mahkeme kararlarının alenen tefhimine ilişkin 1086 sayılı Kanun'un 382'nci maddesine aykırı bulunmuş, bu sebeple usûlî sebeplerle bozmaya konu teşkil edeceği oybirliği ile benimsenmiştir. Buradan çıkan sonuç, hakkında çelişki bulunan durumun 382'nci maddenin kapsamına dahil olup olmadığı hakkında yorum yapıldığıdır.

açık duruşmada tefhimi anlamına gelmeyip, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın yayınlanması veya mahkeme kalemine bırakılması da, yargılamanın bütünü dikkate alınarak aleni hüküm elde edilmesi açısından yeterli görülebilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Pretto ve Diğerleri/İtalya, B. No. 7984/77, 8/12/1983, §§ 20-28). Başvuruya konu yargılamada ilk derece mahkemesi tarafından, gerekçesi daha sonra açıklanmak üzere "başvurucunun davasının kısmen kabulü ile denetçinin dışarıdan seçilmesine ilişkin toplantıda alınan kararın iptali ile, diğer hususlarda açılan davanın reddine" şeklinde hüküm kurulup, hükmün esasına bağlı olan yargılama masrafları ile vekalet ücreti konusunun ise gerekçeli karar evrakında değerlendirildiği, kararın ilgili usul hükümleri uyarınca yargılamanın taraflarına tebliğinin de sağlanmış olduğu görülmekle, başvurucunun aleni yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.", AYM, 20.03.2014 T., Başvuru No. 2013/1780, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/def8f9eb-3889-4845-b4e7-f4053c8d667c?wordsOnly=False>, s.e.t. 22.04.2020.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasal bir zorunluluktur (AY m. 141). Aynı zamanda mahkemenin dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü çerçevesinde gerekçe, hukukî dinlenilme hakkının da bir gereğidir¹³⁹⁸. Ancak uygulamada, kararın açıklandığı sırada gerekçenin hazırlanması her zaman mümkün olmadığından, 1086 sayılı Kanun'un 381'inci maddesinde, tarafların iddia ve savunmalarının dinlenilmesinden sonra yargılamanın sona erdiğinin açıklanması üzerine hâkimin kararını açıklayacağı; kararın açıklanmasının ise en azından hüküm sonucunun okunarak tutanağa geçirilmesi ile mümkün olacağı; gerekçeli kararın ise tefhimden itibaren 15 gün içinde yazılması gerektiği kabul edilmişti (karş. HMK m. 294). Hüküm sonucunun gerekçeli karardan önce tefhim edildiği bu gibi durumlarda, hüküm fıkrasının tutanağa geçirilmesi ile birlikte hukuken varlık kazandığı genel olarak kabul edilir¹³⁹⁹. Yani bu durumda, hâkimin kısa kararı tefhim ettikten sonra kendiliğinden bu karardan dönmesi mümkün değildir¹⁴⁰⁰. Gerekçeli kararın, yargılama sonunda tefhim olunan hüküm sonucuna aykırılık teşkil etmesi hâlinde, kanun yolu aşamasında, esas yönünden herhangi bir inceleme yapılmaksızın, kararlar arasındaki çelişkinin ortadan kaldırılması için ilk derece mahkemesine gönderilmesi söz konusudur. Kararda ise usûlî sebeplerle bozulan kararda, bozmanın kapsamında kalan işlemlerin geçersiz sayılacağına ilişkin 1086 sayılı Kanun'un 430'uncu maddesi, inceleme konusu olay bakımından değerlendirilmiş ve hem kısa hem de gerekçeli kararın bozmanın kapsamında kaldığı sonucuna varılarak her iki kararın da

¹³⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 166 vd.; **Özekes, Muhammet**, Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, 2007, s. 78. Ayrıca bkz. "Gerekçenin ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir.", YİBBGK, 07.06.1976 T., 1976/4 E., 1976/3 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.04.2020.

¹³⁹⁹ **Üstündağ**, Usûl, s. 795; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 433; **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 174-175.

¹⁴⁰⁰ **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 176. Ayrıca bkz. "6100 sayılı HMK'nun 294. maddesi gereğince hükmün tefhimi, her halde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Aynı Kanun'un 297/2. maddesine göre hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Yine aynı Kanun'un 298/2. maddesinde; gerekçeli kararın tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Esasen kısa kararı yazıp, tefhim etmekle davadan elini çekmiş olan hakim artık bu kararını değiştirmesine yasal olanak da yoktur. Kısa kararla gerekçeli kararın birbirinden farklı olması, yargılamanın aleniyeti ve kararların alenen tefhim olunmasına ilişkin Anayasa'nın 141. maddesi ile HMK'nun yukarıda değinilen emredici nitelikteki maddelerine de aykırı bir durum yaratır. Ayrıca bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, re'sen gözetilmesi yasa ile hakime yüklenmiş bir görevdir.", YHGK, 17.04.2015 T., 2015/32 E., 2015/1220 K.. Aynı yönde bkz. Y12HD, 22.02.2017 T., 2016/24295 E., 2017/2392 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.04.2020; Y23HD, 27.11.2018 T., 2018/786 E., 2018/5502 K., www.kazanci.com, s.e.t. 22.04.2020.

kaldırılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁴⁰¹. Söz konusu hususlarda Kanun'da herhangi bir eksiklik bulunduğu iddia edilemez; karar bu hâliyle, 1086 sayılı Kanun'un yorumuna ilişkindir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile gerekçeli kararın kısa karara uygun olması gerektiği düzenlenmiştir (HMK m. 298/2). Gerekçeli kararın kısa karara aykırı olması istinaf aşamasında incelenir. Bu durum dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini gerektiren durumların içine dahil değildir (bkz. HMK m. 353/1, a). Bu hâlde, kararın kaldırılarak bölge adliye mahkemesince yeniden incelenmesi gerektiğinden; ilk derece mahkemesinin kısa kararıyla bağlılık da söz konusu değildir¹⁴⁰².

B. Kanun Yollarına İlişkin Kararlar

1. Olağan Kanun Yollarına İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 14.12.1927 tarihinde verilen diğer bir kararda¹⁴⁰³ ise 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce dilekçe ile aleyhine temyize başvurulmuş karar bakımından teminat (kefaletname) gösterilmesi gerekip gerekmediği incelenmiş, inceleme tamamlanmadan 1086 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinden ve henüz tamamlanmamış incelemede müktesep haktan bahsedilemeyeceğinden hareketle teminata gerek olmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

1086 sayılı Kanun'un 578'inci maddesi ile kanunun zaman bakımından uygulanması açısından genel bir kural öngörülmüştü. Buna göre, bu kanunun müktesep hakları ihlâl etmemek şartıyla geçmişe etkili olduğu kanunda açıkça kabul edilmişti. Somut karar bakımından da aslında zaman bakımından uygulamaya ilişkin bir husus hakkında değerlendirme yapılmıştır. Temyiz yoluna başvuru, şekli ve şartları usûl hukukunda düzenlenen ve etkisini usûl hukuku alanında doğuran bir işlem olduğundan, bu yola başvuruda da herhangi bir geçiş hükmü

¹⁴⁰¹ Duruşmada tefhim olunan ve böylelikle varlık kazanan hüküm sonucuna rağmen, çelişki nedeni ile her iki kararın da ortadan kalktığını ve uyuşmazlık konusunda yeni bir karar verileceğini kabul etmenin şekli anlamda kesin hüküm etkisiyle çelişeceği yönünde bkz. **Umar**, Şerh, s. 863. Burada, yapılması gerekenin mahkemenin kısa karara uygun bir gerekçeli karar hazırlaması olduğu yönünde bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 794 vd. İçtihadı birleştirme kararının yerinde olduğu, bunun gerçeğe ulaşmaya hizmet edeceği yönünde bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 434.

¹⁴⁰² **Umar**, Şerh, s. 864; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 557. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının uygulama alanının kalmadığını herhangi bir gerekçe belirtmeksizin kabul etmiştir. Bkz. YHGK, 05.04.2017 T., 2017/1143 E., 2017/621 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.04.2020.

¹⁴⁰³ Bkz. YİBGK, 14.12.1927 T., 1927/8 K., **Şener, Esat**, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, 2000, s. 24.

bulunmaması şartıyla, derhal uygulama ilkesi geçerlidir. 1086 sayılı Kanun'un yanıltıcı ifadesine karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin kuralı daha anlaşılırdır. 1927 tarihli içtihadı birleştirme kararı, tamamlanmış işleri etkilememek kaydı ile usûlî kuralların derhal uygulanacağını düzenleyen bu kurala uygundur. Diğer bir deyişle, karar o dönemde yürürlükte olan kuralın yorumundan ibarettir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 23.02.1938 tarihli karar¹⁴⁰⁴, kiralanan taşınmazların tahliyesi davalarının aynî hakka ilişkin olmadığı için 1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 443'üncü maddesinin icranın ertelenmesine ilişkin hükmünün uygulama kapsamına dahil olmadığı kabul edilmiştir. 443'üncü maddede, *taşınmazlara ve bunlara ilişkin aynî haklara ilişkin* davalarda verilen hükmün icraya konabilmesi için kesinleşmesi gerektiği düzenlenmiştir; içtihadı birleştirme kararı ile Kanun'un düzenlemesi "*taşınmazın aynına ve buna ilişkin davalara ilişkin hükümler*" olarak yorumlanmış, bu nedenle kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin davaların düzenleme kapsamına girmediği görüşü benimsenmiştir. Söz konusu sınırlandırma bakımından kararda herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350'nci maddesi ile de taşınmazın aynına ilişkin davalarda hükmün icrası için kesinleşmesi gerektiği açıkça kabul edildiğinden içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 11.04.1940 tarihinde verilen kararda¹⁴⁰⁵ ise hükmün verilmesi ile tebliğ edilmesi arasında on yıldan fazla sürenin geçmesi hâlinde, tebliğ üzerine temyiz başvurusu yapılmış ve zamanaşımı def'i¹⁴⁰⁶ ileri sürülmüş ise Yargıtay'ın dosyanın esasını incelemeksizin zamanaşımı def'i hakkında bir karar verilmesi için kararı bozması gerektiği kabul edilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125'inci (TBK m. 146) ve devamı maddeleri ile zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlendiğini, ancak diğer borcu sona erdiren sebeplerden farklı olarak zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi hâlinde davanın esasına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın öncelikle bu iddianın karara bağlanması gerektiğini belirtmiş; 818 sayılı Kanun'un 135'inci (TBK m. 156/2)

¹⁴⁰⁴ Bkz. YİBGK, 23.02.1938 T., 1937/11 E., 1938/7 K, RG, 30.06.1938, S. 3947.

¹⁴⁰⁵ Bkz. YİBGK, 11.04.1940 T., 1939/15 E., 1940/70 K., RG, 09.09.1940, S. 4607.

¹⁴⁰⁶ Zamanaşımı, alacaklının alacak hakkını kanundaki şekle uygun olarak belirli bir süre içinde ileri sürmemesi hâlinde, borçluya ifadan kaçınma hakkı veren bir def'i olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Karaşahin, Yasin Alperen**, İflâsın Açılmasının, İflâsın Ertelenmesinin ve Konkordato Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri, BATİDER, Y. 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 222; **Erdoğan, Ersin/Karaşahin, Yasin Alperen**, Yabancı Mahkemede Açılan Davalarda Zamanaşımının Kesilmesi, MİHDER, Y. 2016, C. 12, s. 33, s. 65.

maddesinde yer alan ve zamanaşımının hükümle kesilmesinin ardından yeni zamanaşımı süresinin her hâlde on yıl olduğunu düzenleyen hükmün icraya ilişkin olmadığını, dava zamanaşımına yönelik bulunduğunu ve hükmün verilmesinin ardından on yıl geçmiş ise bunun temyiz aşamasında ileri sürülebileceğini kabul etmiştir¹⁴⁰⁷. Dava zamanaşımının uyuşmazlığın esastan incelenmesine engel bir husus olduğu için Yargıtay'ın önüne gelen dosya ile ilgili olarak zamanaşımı iddiasının bulunması durumunda herhangi bir inceleme yapmaksızın kararı bozması ve zamanaşımını kesen ya da durduran bir sebebin bulunup bulunmadığını incelemek üzere ilk derece mahkemesine göndermesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Söz konusu karar 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 135'inci maddesinde yer alan hükmün uygulanmasına ilişkindir. Hükmün verilmesinin ardından ve fakat karar temyiz edilmeden ortaya çıkan yeni durumla ilgili olarak ilk derece mahkemesinin inceleme yaparak karar vermesi gerekir. Temyiz mercii denetim makamı olduğundan, hükmün verilmesinden sonra borcun zamanaşımına uğradığı iddiası hakkında ilk derece mahkemesince karar verilmeden herhangi bir inceleme yapabilmesi mümkün değildir. Zamanaşımı borcu sona erdiren bir durum olduğundan bu iddia dikkate alınmaksızın ilk derece mahkemesinin kararının denetlenmesi ise sonrasında zamanaşımı nedeni ile borcun sona erdirildiğine karar verilmesi ihtimali karşısında usûl ekonomisine aykırı olur. Hükümle dosyadan elini çekmiş olan ilk derece mahkemesinin ise üst derece mahkemesinin bozma/kaldırma kararı olmaksızın dosyayı yeniden incelemesi söz konusu değildir. Bu nedenle kararın Yargıtay tarafından bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir. Dolayısıyla, söz konusu karar 818 sayılı Kanun'da yer alan hükmün usûl hukukunun ilkeleri çerçevesinde yorumundan ibarettir¹⁴⁰⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ilk derece yargılaması bakımından hâkimin tahkikata başlamadan önce hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri

¹⁴⁰⁷ On yıllık sürenin hükmün tefhimi ya da tebliğinden itibaren başlaması gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 617.

¹⁴⁰⁸ 1940 tarihli içtihadî birleştirme kararına konu husus hakkında kanunî herhangi bir değişiklik bulunmamasına karşın Yargıtay bu kararla varılan sonucu benimsemekte, ancak karar gerekçelerinde içtihadî birleştirme kararına atıf yapmamaktadır. Bkz. “*Somut olayda, davanın kabulüne ilişkin kararın 26/07/2005 tarihinde verildiği ve gerekçeli kararın davalı ... vekiline 14/03/2018 tarihinde tebliğ edildiği, böylece hüküm tarihi ile kararın taraflara tebliğ tarihi arasında on yıldan fazla süre geçtiği anlaşılmaktadır. Hükmün doğurduğu sonuçların büyük bir kısmı tefhim anından itibaren meydana gelir, buna karşılık bazı sonuçları ise hükmün kesinleşmesi ile doğar. Hakim verdiği hükmü kendiliğinden değiştiremez. İlam zamanaşımına uğramış olsa bile temyiz edilip Yargıtay tarafından bozulmadıkça davayı tekrar ele alıp zamanaşımı nedeniyle reddedemez. Şu halde, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156/2. maddesi (818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 135/2. maddesi) uyarınca hükmün verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle ilamın zamanaşımına uğradığı, davalının bu on yıllık sürenin geçmesinden sonra ilamın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek hükmü temyiz etmiş olduğu gözetildiğinde mahkemece ilamın zamanaşımına uğradığı nazara alınarak yeniden hüküm kurulması gerekir. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekmektedir.*”, Y12HD, 20.12.2018 T., 2018/14959 E., 2018/13954 T., www.lexpera.com, s.e.t. 28.07.2020.

inceleyerek karara bağlaması gerektiği düzenlenmiş (HMK m. 142, m. 320); kanun koyucunun bu sürelerin öncelikle incelenmesi gerektiği yönündeki iradesi bu şekilde ortaya konulmuştur. Her ne kadar Kanun'da hükmün verilmesinden sonraki aşamada zamanaşımına uğramasına ilişkin açık bir düzenleme yer almasa da kanun koyucunun iradesi de dikkate alındığında söz konusu karar bugün de uygulanabilir¹⁴⁰⁹. Ayrıca, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun verdiği bu karar ile ortaya çıkan ilke, hukuk sistemimiz bakımından benzer bazı konularda yol gösterici olması bakımından da önemini korumaktadır¹⁴¹⁰.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 10.07.1940 tarihinde verilen karara¹⁴¹¹ göre, davanın başından sonuna kadar vekille takip edilen davalarda ilamın asile tebliğ edilmesi geçersizdir ve bu hâlde kanun yoluna başvuru süresi işlemeye başlamaz.

1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 124'üncü maddesinde tebliğin herhâlde mutlaka vekile yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiş; 392'nci maddesinde ise ilamın taraflara gönderileceği kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 124'üncü maddenin getiriliş amacından hareketle ilamın da vekile tebliğ edilmesi gerektiğine, 124'üncü maddenin 392'nci maddeyi de kapsayan bir düzenleme olduğuna işaret ederek ilamın vekile tebliğ edilmemesi hâlinde tebligatın hükümsüz olacağını, bu nedenle temyiz süresinin bu tarihten itibaren hesaplanamayacağını kabul etmiştir. Söz konusu karar, 1086 sayılı Kanun'da yer alan hükmün uygulama alanının belirlenmesine ilişkindir. Amaca uygun yorum ile sonuca varılmıştır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından vekile tebliğ zorunluluğu 11'inci madde ile düzenlendiğinden 1086 sayılı Kanun'un 124'üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle söz konusu kararın uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 13.11.1940 tarihinde verdiği başka bir kararda¹⁴¹² ise her iki tarafın da temyiz kanun yoluna başvurmasına rağmen, Yargıtay tarafından yalnızca bir tarafın dilekçesi dikkate alınıp inceleme yapılarak karar verilmiş, diğer tarafın

¹⁴⁰⁹ Bkz. Y19HD, 07.02.2019 T., 2018/1311 E., 2019/748, www.lexpera.com, s.e.t. 15.08.2020.

¹⁴¹⁰ Örneğin hükmün temyizinden sonra feragatin gerçekleşmesi hâlinde, ilk derece mahkemesi kendiliğinden karar vermemektedir. Böyle bir durumda karar bozularak dosyanın Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesine gönderilmesi üzerine, feragat nedeni ile karar verilmesi gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiş, bunun gerekçesi olarak da inceleme konusu içtihadı birleştirme kararı ile benimsenen görüş gösterilmiştir. Bkz. YHGK, 21.10.1981 T., 1981/551 E., 1981/683 K., www.lexpera.com, s.e.t. 15.08.2020. Benzer şekilde bkz. Y10HD, 16.03.2017 T., 2016/8355 E., 2017/2186 K., www.lexpera.com, s.e.t. 15.08.2020. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310'uncu maddesinde 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından, böyle bir durumda, Yargıtay'ın dosyayı ek karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndermesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

¹⁴¹¹ Bkz. YİBGK, 10.07.1940 T., 1937/7 E., 1940/75 K., RG, 30.09.1940, S. 4625.

¹⁴¹² Bkz. YİBGHK, 13.11.1940 T., 1938/48 E., 1940/88 K., RG, 21.02.1941, S. 4740.

temyiz dilekçesi hakkında herhangi bir inceleme yapılmamış olduğundan dilekçesi işleme konulmayan tarafın temyiz kararı üzerine, karar düzeltme başvurusunda bulunması hâlinde incelemenin temyiz başvurusu gibi değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kararda öncelikle ilgili tarafın başvurusu hiç dikkate alınmadığından karar düzeltmeye konu bir temyiz kararı bulunmadığını ifade etmiş, her ne kadar ikinci dilekçe karar düzeltme dilekçesi olarak verilmiş olsa da bunun temyiz dilekçesi olarak kabulünün gerektiğini benimsemiştir. Önceki dilekçenin dikkate alınmaması nedeni ile tarafın karar düzeltme dilekçesi vermeye mecbur bırakıldığı, ancak bu ikinci dilekçenin karar düzeltme dilekçesi olarak kabul edilmesinin taraflara tanınan başvuru yollarını haksız şekilde sınırlandırmak anlamına geleceğinden kabul edilemeyeceği de dile getirilmiş, böyle bir sınırlandırmanın Kanun’a dayanmadığı belirtilmiştir.

1086 sayılı Kanun’un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 440’ıncı maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde hükme etkili itirazın incelenmemesi karar düzeltme sebebi olarak kabul edilmiştir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararında taraflardan birinin temyiz itirazlarının hiçbirinin incelenmemesi hâlinde bu hükme dayanılarak karar düzeltme talep edildiğinde, hem işin mahiyeti gereği hem de herhangi bir hak kaybına yol açılmaması için karar düzeltme başvurusunun temyiz başvurusu gibi incelenmesi gerektiği kabul edilmiş; söz konusu hükmün uygulama alanının tarafların temyiz itirazlarının bazılarının dikkate alınmaması hâliyle sınırlı olduğu, buna karşın hiçbir itirazın dikkate alınmaması durumunda ise uygulanamayacağı benimsenmiştir. Bu durumda, kuralın, kişilerin mahkemeye erişim hakkını da engellemeyecek biçimde amaca uygun şekilde sınırlandırılması söz konusudur. Kararın bugün için uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun temyiz kanun yoluna ilişkin 07.06.1944 tarihli bir başka kararında¹⁴¹³ ise 1086 sayılı Kanun’un hükmün tavzihine ilişkin 455’inci maddesinin temyiz kararları bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Bahse konu kararda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 455’inci maddede “hüküm” ve “mahkeme” ifadelerine yer verildiğini, aslında Yargıtay’ın temyiz kanun yolunda hüküm vermeyip yalnızca ilk derece mahkemelerince verilen kararları denetleme yetkisini haiz olduğunu, ancak bu kararların tavzih edilemeyeceği gibi bir sonucun çıkarılamayacağını açıklamıştır. Zira temyiz kararlarının da belirsizlik içermesi ya da icrasında tereddüt oluşması söz konusu olabilir. Karar gerekçesinde ayrıca, temyiz kararları aleyhine karar düzeltme

¹⁴¹³ Bkz. YİBGK, 07.06.1944 T., 1942/40 E., 1944/22 K., RG, 23.11.1944, S. 5864.

yolunun açık olmasının da tek başına tavzihin reddine gerekçe olamayacağı belirtilmiş; iki kurumun amacının ve kapsamının farklı olduğu dile getirilmiştir. Dolayısıyla hükmün icrasına kadar temyiz kararlarının da tavzihi mümkündür¹⁴¹⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 455'inci maddesinde "hükmün" belirsiz ya da çelişkili olması hâlinde icrasına kadar taraflardan birinin başvurusu üzerine kararı veren mahkemenin bu belirsizliği ya da çelişkiyi gidermesinin mümkün olduğu kabul edilmiş; buna karşın temyiz sonucu verilen kararlar bakımından herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Mahkemelerin esas hakkında verdiği kararlar hüküm olarak tanımlanmaktadır¹⁴¹⁵. Bu hâlde, temyiz kanun yolunda mahkemelerin kararları usûl ve esas yönünden incelenmekte, ancak kararlar ilk derece mahkemesinin kararının onanması, düzelterek onanması ya da bozulmasını konu almaktadır. Dolayısıyla bu kararların içeriği dikkate alındığında hüküm niteliğini haiz olmadıkları anlaşılabılır. Buna karşın, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurumu, 455'inci maddenin amacından hareket ederek yalnızca mahkeme hükümleri açısından değil, temyiz kararları için de bu hükmün uygulanabileceğini kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, bahse konu karar 455'inci maddenin lafzen kapsamında yer almamakla birlikte amacı itibari ile kapsamında bulunan bir hususa uygulanmasını konu almakta, Kanun'da açıkça düzenlenen bir husus benzer nitelikte başka bir meselede uygulanmaktadır. 455'inci maddenin temyiz kararları bakımından kıyasen uygulanmasını konu alan karar İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi içinde verilmiştir ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da aksi yönde bir düzenleme bulunmadığından mevcut hukuk sistemi açısından kararın uygulanabilmesi mümkündür¹⁴¹⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 15.10.1980 tarihinde verilen karara¹⁴¹⁷ göre, 1086 sayılı Kanun'un dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin 409'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*oturma gününün belli edilmesi için tarafların başvurusu gereken hâllerde, gün tespit ettirilmemiş ise, son işlem tarihinden başlayarak bir*

¹⁴¹⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 21.03.1960 tarihinde verilen bir karar, önceki tarihli bir içtihadı birleştirme kararının gerekçesi ile hüküm fıkrası arasında çelişkinin bulunması nedeni ile tavzihini konu almaktadır. Bkz. YİBBGK, 21.03.1960 T., 19/6, RG, 30.05.1960, S. 10515.

¹⁴¹⁵ **Tanrıver**, Usûl, s. 984; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 1974; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, Usûl, s. 482.

¹⁴¹⁶ Örneğin bkz. "*İş mahkemesi kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. Ancak Yargıtay kararında maddi hata yapılması hâlinde ilgili karar maddi hata nedeniyle yeniden inceleme konusu yapılabilir. Nitekim bu husus 07.06.1944 gün ve 1942/40 E., 1944/22 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtilmiştir.*", YHGK, 14.03.2018 T., 2017/3126 E., 2018/475 K., www.lexpera.com, s.e.t. 30.07.2020.

¹⁴¹⁷ Bkz. YİBBGK, 15.10.1980 T., 1980/2 E., 1980/1 K., RG, 05.12.1980, S. 17181.

ay geçmekle” dosyanın işlemde kaldırılacağına yönelik düzenleme Yargıtay’ın bozma kararından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği durumlarda da uygulanır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, “*oturum gününün belli edilmesi için tarafların başvurusu gereken hâller*”in Kanun’da açıkça gösterilmediğini belirterek, incelemeye konu hususun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini, konuya ilişkin kurallar çerçevesinde yorumlamıştır. 1086 sayılı Kanun’un 429’uncu maddesinin hâkime bozmaya uyma ya da direnme konusunda tarafları dinleme yükümlülüğü getirdiğinden, tarafların başvurusuna gerek olmaksızın oturum gününü hâkimin re’sen belirlemesinin zorunlu olduğundan hareket eden karşı görüş, bir aylık süre içinde başvuru yapılmamasını dosyanın işlemde kaldırılması sebebi saymamaktadır. Buna karşın, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 429’uncu maddenin ikinci fıkrasının uygulanabilmesinin, öncelikle oturum gününün tespiti için başvuru yapılmasına ve gerekli giderlerin ödenmesine bağlı olduğunu savunmuş; hem 1086 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten beri süregelen uygulamayı hem de 1711 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin gerekçesini dikkate alarak bu 409’uncu maddenin Yargıtay incelemesinden dönen kararlar bakımından da uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Söz konusu karar, 1711 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yapılan kısmi değişikliğin sonunda uygulamada ortaya çıkan çelişkiler nedeni ile verilmiştir. 1711 sayılı Kanun, 1086 sayılı Kanun’un tamamında değişikliği hedefleyen Kanun tasarısının bir bölümünün aynen alınarak yürürlüğe girmesini sağlamış; ancak bu yapılırken 409’uncu maddede olduğu gibi, bazı düzenlemelerin öncülü ya da devamı niteliğindeki diğer değişiklikler kanunlaştırılmamıştır. Bu ise uygulamada sorunlara yol açmıştır. Kanunda duruşma gününün belirlenmesi için tarafların başvurusu gereken hâllerin ne olduğuna ilişkin düzenleme yer almamakta; bu belirsizlik ise mahkeme kararları ile çözülmeye çalışılmaktadır. İçtihadı birleştirme kurulu, 409’uncu maddenin gerekçesinden hareketle, kanun koyucunun iradesinin de varılan sonuç ile aynı yönde olduğunu belirtmiş; kuralı yorumlamıştır. İçtihadı birleştirme kurulunun, 409’uncu maddenin uygulama alanının belirlenmesi bakımından yaptığı yorumun, 429’uncu maddenin düzenleme amacı ile çelişmemesi gerekir. Ayrıca, bir düzenlemenin yorumu yapılırken düzenlemenin amacı içinde kalmak şartıyla Anayasa’ya ve maddî hukuka en uygun yorumun tercih edilmesi¹⁴¹⁸ ve kuralın yorumunun usûl hukukunun temel ilkelerine ve bu sırada da usûl ekonomisine¹⁴¹⁹ de uygun olması bir gerekliliktir. Söz konusu karar ile

¹⁴¹⁸ Bkz. § 2, C, 4, b ve § 2, C, 5.

¹⁴¹⁹ Bkz. § 2, C, 7, f.

kabul edilen sonucun, özellikle de tebliğ edilmeyen bozma kararları bakımından uygulamada başka sorunlara yol açacağı, yargılamaları uzatacağı ve nihayet kişilerin hak kaybına uğraması gibi bazı ağır sonuçlara yol açacağı belirtilmiş olmasına karşın bu sonuç tercih edilmiştir. İçtihadı birleştirme kararının yarattığı bu sorun, 16.07.1981 tarihli 2494 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmış; 1086 sayılı Kanun'un 429'uncu maddesine bozma üzerine hâkimin, peşin alınan gideri kullanarak tarafları kendiliğinden duruşmaya çağırması gerektiği açıkça düzenlenmiş; düzenlemenin gerekçesinde ise içtihadı birleştirme kararı ile meydana gelen duruma kanunî bir çözüm bulunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁴²⁰. Dolayısıyla, söz konusu içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı kalmamıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 07.11.1983 tarihli kararı¹⁴²¹ ise 1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 432'nci maddesinin dördüncü fıkrasının yalnızca asliye hukuk mahkemesi kararlarına karşı değil, sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı da uygulanabileceğini konu almaktadır.

1086 sayılı Kanun'un 432'nci maddesi, temyiz başvurusunun kanunî süre geçtikten sonra yapılması yahut kararın temyize elverişli olmaması hâlinde, dosyanın Yargıtay'a gönderilmeksizin ilk derece mahkemesince başvurunun reddine karar verilmesi gerektiği düzenlemesini içermektedir. Özellikle katılma yolu ile temyize ilişkin 433'üncü maddenin sulh hukuk mahkemeleri bakımından da uygulanacağı açıkça düzenlendiğinden uygulamada 432'nci maddenin dördüncü fıkrası bakımından tereddüt hasıl olmuştur. Bu kuralın sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna, İçtihadı Birleştirme Kurulu öncelikle, Kanun'un söz konusu hükmünün başlığında asliye ya da sulh hukuk mahkemelerine yönelik bir ayırım bulunmadığını belirterek, temyize ilişkin bu kuralın genel nitelikli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, 1086 sayılı Kanun'da yazılı yargılama usûlünün genel yargılama usûlü olarak kabul edildiği, diğer yargılama usûllerinin bundan ayrılan hâllerinin istisnâî şekilde ve açıkça düzenlendiği, bu yargılama usûllerinde açık bir düzenlemenin olmadığı durumlarda genel kuralların uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Yine İcra ve İflâs Kanunu ile Tapulama Kanunu'nda da temyiz süresinin kaçırılması ya da kararın temyize elverişli olmaması durumlarında ilgili mahkemenin başvuruyu ret kararı vermesi gerektiği düzenlendiğinden hukuk sistemimiz açısından bu düzenleme ile öngörülen hususun genel bir ilke olduğu da açıklanmıştır. 433'üncü maddede açıkça sulh mahkemelerinin belirtilmesinin,

¹⁴²⁰ Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. YHGK, 05.02.1997 T., 1996/833 E., 1997/39 K., www.lexpera.com, s.e.t. 23.07.2020.

¹⁴²¹ Bkz. YİBBGK, 07.11.1983 T., 1983/4 E., 1983/5 K., RG, 10.12.1983, S. 18247.

katılma yolu ile temyiz usûlünün hukuk sistemimiz bakımından 2294 sayılı Kanun ile getirilmiş yeni bir düzenleme olduğundan, uygulamada tereddüte yol açmaması için açıkça düzenlendiği; ancak bu düzenleme olmasa da hem 432'nci hem 433'üncü maddelerin sulh hukuk mahkemelerinde de uygulanacağı dile getirilmiştir.

Kararın gerekçesinden anlaşıldığı üzere söz konusu içtihadı birleştirme kararı 1086 sayılı Kanun'un hem kendi içinde hem de genel olarak hukuk sistemi dikkate alınarak yorumundan ibarettir. Kanun'un incelemeye konu düzenlemenin yer aldığı bölümü dikkate alınarak sistematik yorumun yapıldığı karar İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi dahilinde verilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 346'ncı maddesi ile de bu husus düzenleme altına alınarak, kanun yoluna başvuru süresinin geçirildiği ya da kesin bir karara karşı başvuru yapıldığı durumlarda kararı veren mahkemenin başvuruyu reddedeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, söz konusu şartların varlığı hâlinde ret kararı sulh ya da asliye yahut özel bir mahkeme tarafından verilebilir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1985 tarihli kararında¹⁴²², harca tâbi olup da mahkeme kalemince harç alınmadan temyiz defterine kaydedilen dilekçelerin akıbetinin, 1086 sayılı Kanun'un (5236 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki) 434'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında¹⁴²³ yer alan eksik harç ödenmesi hâlinde yapılacak işlemleri düzenleyen hükmün kıyasen uygulanması ile belirleneceği; bu durumda temyiz başvurusunun dilekçenin deftere kaydedildiği tarihte yapılmış sayılacağı; ancak harcın mahkeme kalemince hesaplanıp istenmiş olmasına rağmen ödenmediğinin belge ile ispatlandığı hâllerde temyiz talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, harca tâbi olmasına rağmen harcın hiç yatırılmamasına karşın temyiz defterine kaydı yapılan temyiz başvurusunun geçerli sayılıp sayılamayacağı hususunda, o dönem yürürlükte bulunan kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı, diğer bir deyişle kanunda bu noktada bir boşluk olduğu kabul edilmiş; ancak, bu hâlde yorum ile sorunun çözüme kavuşturulacağı dile getirilmiştir. Kararda, özellikle

¹⁴²² Bkz. YİBBGK, 25.01.1985 T., 1984/5 E., 1985/1 K., RG, 16.04.1985, S. 18727.

¹⁴²³ 1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 434'üncü maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: *“Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren hakim veya mahkeme başkanı tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir. Bu kararın da temyiz edilmesi halinde 432 nci maddenin son fıkrası hükmü kıyasen uygulanır.”*

mahkemelerin yazı işlerindeki ihmâl ya da yanlış değerlendirme nedeni ile temyiz başvurusunda bulunan tarafın kusuru olmaksızın harcın alınmaması hâlinde, harcın ödenmemesi nedeni ile temyiz başvurusunun geçersiz sayılmasının hukukî güvenliğe ve hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği, Kanun'un 434'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası dikkate alındığında kanun koyucunun amacının da harç nedeni ile temyiz yolunun kapatılmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmiş ve bir yorum aracı olarak kıyasın uygulanması ile sorunun çözüleceği dile getirilmiştir. Bu durumda, 434'üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan harca tâbi temyiz başvurularının harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağına ilişkin düzenlemenin uygulanamayacağı; eğer bu hüküm uygulanırsa içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilen sonucun anlamsızlaşacağı, kuralın yorumunda anlamsız bir sonucun benimsenmesinin ise mümkün olmadığı açıklanmış ve harcın mahkeme kaleminin hatası nedeni ile hiç yatırılmadığı bu gibi hâllerde, temyiz başvurusunun, deftere kayıt tarihi olarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Temyiz harcı yetkili tarafından istenmiş olmasına rağmen, ilgili tarafından ödenmemiş ve bu, mahkeme kalemince belgelendirilmiş ise temyiz talebinin reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Kararın karşı oy yazısında ise kanunda uygulanabilecek bir kuralın bulunması hâlinde - bu kural tatmin edici olmasa dahi- boşluktan söz edilemeyeceği; 1086 sayılı Kanun'un 434'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında harca tâbi işlerde temyiz başvurusunun harcın ödendiği tarihte yapıldığının kabul edileceği düzenlendikten sonra 3'üncü fıkra ile istisnâî bir düzenleme olarak harcın eksik yatırılması hâline yönelik bir imkân tanındığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, istisnâî kuralların genişletilerek uygulanması söz konusu değildir. Ayrıca, burada boşluk olmadığı gibi yoruma da ihtiyaç olmadığı; aksine kanunun lafzının yeterince açık olduğu ifade edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararı ile kanunun açık hükmünün uygulanamaz hâle getirildiği, bunun ise yasamanın yerine geçmek olduğu vurgulanmış; varılan sonucun kanunun lafzına ve amacına aykırı olduğu dile getirilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize başvuruda harçlara ilişkin hükmü harcın eksik yatırılmış olması durumunda tamamlanması için süre verilmesini öngörmüş; buna karşın harcın hiç yatırılmadığı hâlde ne yapılması gerektiğini düzenlememiştir. 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 27'nci ve 127'nci maddeleri ise harcın yatırılmaması hâlinde harca konu işlemin yapılamayacağını ve sonraki işlemlere devam edilemeyeceğini düzenlemektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, aslında ilgili tarafın herhangi bir kusuru olmaksızın, hatta kimi zaman harcı ödemek konusunda ısrarına rağmen, mahkemelerin yazı işlerince temyiz başvuru harcının alınmaması durumunda, 492 sayılı Kanun'un bahsi

geçen hükümlerinin ve 1086 sayılı Kanun'un 434'üncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasının, kişilerin mahkemeye erişim hakkını sınırlandıracağını kabul ederek, bu kuralların uygulama alanını sınırlandırmıştır. Zira, süresi içinde temyize başvuran tarafın yazı işlerinin kusuru nedeni ile harcı ödeyememesi hâlinde, bu durumun sonradan fark edilmesi üzerine harcın yatırıldığı tarihin temyize başvuru süresi olduğunun kabulü, temyiz süresinin ilgilinin kusuru olmaksızın kaçırılmasına ve böylelikle kanun yoluna başvuru hakkının ortadan kaldırılmasına yol açar. Bu ise tarafların mahkemeye erişim hakkının ölçsüz şekilde ve hakkaniyete aykırı biçimde sınırlandırılması anlamına gelir.

Kanaatimizce, söz konusu karar iki yönden ele alınmalıdır. İlk olarak, karar metninde de belirtildiği gibi, temyiz başvuru harcının ilgilinin kusuru olmaksızın hiç yatırılmamış olması hâlinde, harcın eksik yatırılmasına ilişkin 434'üncü maddenin üçüncü fıkrasının amacından hareketle kıyasen uygulanmasını konu almaktadır. Bu durumda, temyiz defterine kaydı yapılan başvuru bakımından harcın sonradan ödenmesi mümkün hâle getirilmiştir. Bununla ilgili olarak 434'üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulanması durumunda ortaya çıkacak sorun ise bu fıkranın amaca uygun sınırlandırılması yolu ile çözüme kavuşturulmuş; hem Harçlar Kanunu'ndaki hem de 434'üncü maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemelerin, temyize başvuru hâlinde kendisinden harç ödemesi talep edilen kişinin buna rağmen ödememesi hâlinde uygulanmasının kanun koyucunun iradesine ve düzenlemenin amacına uygun olduğu, ancak kendisine harç ödeme imkânı tanınmayanlar bakımından bu hükümlerin uygulanmasının hakkaniyete aykırı olduğu kabul edilmiştir. Karar mevcut normların amaçları itibari ile yorumundan ibarettir¹⁴²⁴. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344'üncü maddesi ile de istinaf yoluna başvuruda harcın hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi hâlinde verilecek bir haftalık kesin sürede bu eksikliğin tamamlanması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bu hüküm 366'ncı maddenin atfı ile temyiz bakımından da uygulanmaktadır.

Temyiz kanun yoluna ilişkin bir diğer içtihadı birleştirme kararı ise başvurunun süresi içinde yapılmaması ya da temyize elverişli olmayan bir konuda başvuru yapılmasına ilişkindir.

¹⁴²⁴ Bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar 1086 sayılı Kanun'un temyize ilişkin hükümleri uygulandığından (HMK Geçici m. 3, Geçici m. 4) söz konusu içtihadı birleştirme kararı da uygulanmaya devam etmiştir. Örneğin bkz. “..temyiz dilekçesinin hakime havale edildikten sonra temyiz defterine kaydının yaptırılması ve harcının yatırılması gerekir. Temyiz süresi içinde temyiz dilekçesi temyiz defterine kaydedilmiş, ancak harç yatırılmamış ise, harç ve temyiz giderlerinin yatırılması için ilgili tarafa HUMK'nun 434/3. Maddesi gereği 7 günlük kesin süre verilmesi gerekir. 8 günlük süre içinde temyiz edilmeyen (HUMK.432/4), temyiz defterine kaydı yapılmayan (HUMK. 434/2) veya verilen kesin süre içinde temyiz harç ve gideri yatırılmayan (HUMK. 434/3) kararlar kesinleşmiş olur.”, Y9HD, 17.01.2017 T., 2016/21529 E., 2017/231 K., www.kazanci.com, s.e.t. 27.06.2019. Aynı yönde bkz. Y10HD, 07.12.2015 T., 2014/17434 E., 2015/21407 K., www.kazanci.com, s.e.t. 27.06.2019.

1086 sayılı Kanun'un 2294 sayılı Kanun ile değiştirilen 432'nci maddesi ile temyiz başvurusunun sürenin geçmesinin ardından yapıldığı ya da aleyhine temyiz yoluna başvurulana karara karşı bu yolun kapalı olduğu durumlarda, dosyanın Yargıtay'a gönderilmeksizin ilk derece mahkemesince temyiz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna karşın ilk derece mahkemesince dosyanın Yargıtay'a gönderildiği hâllerde ne şekilde karar verileceği ise uygulamada çelişkiye yol açınca, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından söz konusu çelişkinin giderilmesi için 01.02.1984 tarihinde bir içtihadı birleştirme kararı verilmiştir¹⁴²⁵.

1984 tarihli kararda öncelikle, 432'nci maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin değişikliğin gerekçesinden hareket edilmiş; her ne kadar temyiz kanun yolunda usûlden esasa kadar her türlü konuda Yargıtay'ın karar vermesi kural olsa da kanun koyucunun davalara hız kazanması ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi amacı ile bu düzenlemeyi öngördüğü ve ret kararını ilk derece mahkemelerine bıraktığı ifade edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından 432'nci maddenin dördüncü fıkrasının yorumuna ihtiyaç duymayacak kadar açık bir düzenleme içerdiği dile getirilerek hâkimin, Kanun gereğince kendisine verilen yetkiyi kullanmayıp dosyayı Yargıtay'a göndermesi hâlinde, ne şekilde hareket edilmesi gerektiğinin kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin gerekmediği vurgulanmıştır. Diğer bir anlatımla, bu durumda bir kanun boşluğundan değil olsa olsa hâkimin kanunu uygulamamasından söz edilebilir. Ayrıca burada bir boşluğun olduğunun kabulünde dahi mahkemelerin görevlerinin kanun ile düzenlenmesi gerektiği için, söz konusu boşluğun doldurulmasının mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Aksi kabulün Anayasa'nın 142'nci maddesine aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur. Kararın gerekçesinde ayrıca, Yargıtay Kanunu'nun 40'ıncı maddesinde yer alan düzenlemeden hareketle Yargıtay'ın da ön inceleme aşamasında süre ve temyize elverişlilik bakımından inceleme yapabileceği, dolayısıyla dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gerek olmadığı yönündeki görüşün kabul edilemeyeceği belirtilerek, 432'nci maddenin bu düzenlemenin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, Yargıtay'ın bahsi geçen konularda hüküm verebilmesi için öncelikle ilk derece mahkemesinin süre ya da temyize başvuru bakımından ret kararı vermiş ve bu karar aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olması gerekir. Büyük Genel Kurul'a göre, aslen ilk derece mahkemesince bir karar verilmeksizin Yargıtay'ın inceleme yapması Kanun'a aykırılık teşkil eder. Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, süre ve temyize elverişlilik bakımından ret kararının Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde eğer karara karşı temyiz yolu öngörülmüş fakat karar düzeltme

¹⁴²⁵ Bkz. YİBBGK, 01.02.1984 T., 1983/9 E., 1984/2 K., RG, 21.03.1984, S. 18348.

yolu öngörülmemişse, Kanun'a aykırı bu uygulamanın hak kaybına da yol açabileceği dile getirilmiştir. Bunun dışında, ceza yargılamasında böyle bir durumda Yargıtay'ın karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün kıyasen uygulanması her iki hukuk alanının niteliklerinin ve koruduğu menfaatlerin birbirinden farklı olması nedeni ile söz konusu olamaz. Nihayet, kanun koyucunun 2294 sayılı Kanun ile yeni bir sistem öngördüğü, temyizde posta giderleri bakımından da ilk derece mahkemelerine yetki verdiği, bu hükümlerin temyize ilişkin Yargıtay'ın karar vermesi gereken konulara istisna olarak kabul edilmesi gerektiği de yine kararın gerekçesinde açıklanmıştır.

Tüm bu gerekçelerden hareketle 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile, ilk derece mahkemesince verilen kararlar aleyhine kanunî sürenin geçmesinin ardından temyize başvurulması ya da karar aleyhine temyiz kanun yolunun kapalı olması hâlinde, ilk derece mahkemesince temyiz başvurusunun reddine karar verilmeksizin dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda Yargıtay'ın inceleme yapamayacağı, dosyanın ilk derece mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu hâliyle karar 1086 sayılı Kanun'un 432'nci maddesinde yer alan düzenlemenin lafzen yorumunu içermektedir¹⁴²⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 01.06.1990 tarihinde, 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine karar verilmiştir¹⁴²⁷. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca, 1990 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile, 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararının hem uygulamada meydana getirdiği sorunları dikkate alarak hem bu kararın verilmesinden sonra benzer konudaki İcra İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliği göz önünde bulundurarak hem de 432'nci maddenin amacına ve gerekçesine işaret ederek temyiz süresinin geçmesinden sonra temyiz edilen ya da temyiz yolunun kapalı olduğu bir dosyanın ilk derece mahkemesince reddedilmeyerek Yargıtay'a gönderilmesi hâlinde, Yargıtay'ın inceleme yapabileceği ve dosyanın mahalline iade edilmeksizin Yargıtay tarafından temyiz talebinin reddedilebileceği kabul edilmiştir.

Söz konusu kararda, hem 1086 sayılı Kanun'un 432'nci maddesinde 2294 sayılı Kanun ile öngörülen düzenlemenin amacından hareket edilmiş hem de 1984 tarihli içtihadı birleştirme

¹⁴²⁶ Kanaatimizce, karar kanun koyucunun düzenlemeyi öngörürken dikkate aldığı amaca uygun değildir. Zira, kararın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği gibi, 2294 sayılı Kanun'un hazırlık görüşmelerinde içtihadı birleştirme kararına konu husus tartışılmış, ancak Yargıtay'ın bu konuda inceleme yaparak karar vermesi tabii olduğundan ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir. Yine 2294 sayılı Kanun'un getiriliş amacı da yargılamada hızlılık olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, varılan sonuç hem kanun koyucunun iradesine hem de düzenlemenin objektif amacına aykırı olarak kanun lafzının aşırı şekilde yorumunu içermekte ve usûl ekonomisine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu durum, yorum yolu ile ulaşılan kararın bağlayıcılığını etkilemez.

¹⁴²⁷ Bkz. YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., RG, 14.07.1990, S. 20574.

kararının verilmesinden sonra ilk derece mahkemeleri tarafından verilen temyiz başvurularının reddi kararları üzerine temyiz yoluna başvurulması nedeni ile sorunun aslında Yargıtay tarafından çözümlendiği, ancak içtihadı birleştirme kararı nedeni ile sürecin gereksiz şekilde uzadığı dile getirilmiştir. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nda temyize başvuru bakımından ilk derece mahkemelerine süre ve temyize elverişlilik bakımından inceleme yetkisi veren düzenlemeye, bu hususlar dikkate alınmaksızın dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi hâlinde kararın Yargıtay tarafından verilmesi gerektiği hükmü getirilmiş; bu değişikliğin, 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararının işleri gereksiz yere uzattığı gerekçesi ile yapıldığı açıklanmıştır. Söz konusu kanun değişikliği 1086 sayılı Kanun'un 432'nci maddesine ilişkin olmasa da onunla da ilgili olduğundan içtihadın değiştirilmesi gerektiği kabul edilerek sonuca ulaşılmıştır. Yine 1990 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonucun Yargıtay Kanunu'nun 40'ıncı maddesine daha uygun olduğu da kararın gerekçesinde dile getirilmektedir.

İçtihadı birleştirme kararı ile varılan sonucun kanunî düzenlemenin lafzına ve amacına aykırı olduğunun tespit edildiği hâllerde değiştirilmesi mümkündür. 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla kabul edilen aşırı şekilci ve bu yönüyle de usûl ekonomisine aykırı sonucun, 1990 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile kanun koyucunun iradesine, düzenlemenin amacına, güncel değişikliklere ve usûl hukukun ilkelerine uygun şekilde yeniden yorumlanması ile verilen karar bugün de uygulama alanı bulmaktadır¹⁴²⁸.

2. Olağanüstü Kanun Yollarına İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 23.05.1956 tarihinde verilen kararda¹⁴²⁹ yargılamanın iadesi taleplerinin duruşmalı olarak yapılması ve mutlaka taraf teşkilinin sağlanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 73'üncü maddesinde Kanun'da gösterilen istisnalar dışında hâkimin her iki tarafı çağırıp iddia ve savunmalarını dinlemeksizin

¹⁴²⁸ Umar, Şerh, s. 1005. Ayrıca bkz. "Kesin olan kararların istinaf istemleri hakkında HMK'ın 346. maddesi gereğince mahkemece, istinaf dilekçesinin reddine dair bir karar verilmelidir. Mahkemece karar verilmediği takdirde de, 1.6.1990 gün 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay'ca da temyiz isteminin reddine karar verilebileceği gözetildiğinde bu kararın kanun yollarından olan istinaf incelemesinde de uygulanabileceği kanaatiyle davalının istinaf dilekçesinin kararın miktar itibarıyla kesinlik sınırı altında kaldığı anlaşıldığından HMK'ın 346/1 maddesi kıyasen uygulanarak, HMK'ın 352/1 inci maddesi gereğince usulden reddine karar verilmiştir.", İstanbul BAM 13HD, 15.05.2019 T., 2019/826 E., 2019/707 K., www.lexpera.com, s.e.t. 27.06.2020. Benzer şekilde bkz. İstanbul BAM 34HD, 04.02.2019 T., 2019/16 E., 2019/210 K.; İstanbul BAM 3HD, 18.05.2018 T., 2017/2118 E., 2018/606 K.; Ankara BAM 10HD, 22.02.2017 T., 2017/240 E., 2017/247 K., www.lexpera.com, s.e.t. 27.06.2020.

¹⁴²⁹ Bkz. YİBBGK, 23.05.1956 T., 1956/8 E., 1956/9 K., RG, 11.08.1956, S. 9379.

hüküm veremeyeceği düzenlenmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na göre, yargılamanın iadesi talebinin bir davaya vücut verdiği 1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönemde yürürlükte bulunan 449'uncu maddesinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca yargılamanın iadesine ilişkin Kanun'da yer alan diğer hükümler de yargılamanın iadesi talebinin dosya üzerinden incelenmesine imkân vermeyecek şekilde kaleme alınmış olduğundan ve Kanun'da talebin dosya üzerinden incelenebileceğine ilişkin herhangi bir istisnaya da yer verilmediğinden, yargılamanın iadesi talebinin ancak taraf teşkili sağlanması üzerine incelenebileceğine karar verilmiştir.

Söz konusu karar, 1086 sayılı Kanun'un yargılamanın iadesine ve duruşmalara ilişkin hükümlerinin lafzî yorumundan ibarettir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 379'uncu maddesi ile yargılamanın iadesi talebi üzerine hâkimin tarafları davet edip dinledikten sonra karar verebileceği hüküm altına alındığından söz konusu kararın uygulama alanı kalmamıştır¹⁴³⁰.

§ 12. Yargılama Giderlerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

A. Vekâlet Ücretine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 23.12.1976 tarihinde verdiği karara¹⁴³¹ göre, yargılama gideri olarak mahkemece hükmedilecek olan vekâlet ücretinin tespitinde davanın açıldığı zaman yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi dikkate alınır.

O dönem yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 18'inci maddesinde, “tarifenin yürürlük tarihinden sonra hüküm altına alınacak hukukî yardım ücretleri hakkında uygulanacağı” kabul edilmiş; bu kuralın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu ve

¹⁴³⁰ Buna karşın uygulamada hâlâ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmü yerine söz konusu içtihadı birleştirme kararı gerekçe gösterilerek duruşma yapılmasına karar verilmektedir. Bkz. “Yargılamanın iadesi istemi üzerine hakim, 23.5.1956 gün ve 8/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince HMK'nın 27. maddesinde öngörülen yönteme uygun biçimde taraflara iddia ve savunmalarını bildirmeleri ve belirlenen günde oturuma gelmeleri için davetiye gönderip duruşma yapmadan yargılamanın iadesi isteği hakkında hüküm kuramaz. Hal böyle olunca mahkemece, yukarıda açıklandığı şekilde usulî işlemlerin yerine getirilmesinden sonra, yargılamanın iadesi talebinin mesmu (dinlenmeye değer) olup olmadığının araştırılıp sonucu dairesinde hüküm tesis edilmesi gerekirken, daha evvel verilip kesinleşen dosya üzerinde, tarafları duruşmaya davet etmeden ek karar ile talebin reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”, Y3HD, 21.11.2018 T., 2018/5059 E., 2018/11854 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.07.2020. Ayrıca bkz. Y3HD, 07.03.2016 T., 2015/18002 E., 2016/3243 K.; Y3HD, 02.04.2015 T., 2015/2914 E., 2015/5557 K., www.lexpera.com, s.e.t. 26.07.2020.

¹⁴³¹ Bkz. YİBBGK, 23.12.1976 T., 1976/7 E., 1976/6 K., RG, 19.02.1977, S. 15855.

hukuk daireleri arasında farklı şekilde yorumlanması nedeni ile ortaya çıkan çelişkili kararlar içtihatların birleştirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, davanın açılmasının maddî hukuka ve usûl hukukuna yönelik sonuçları bulunduğunu, özellikle usûl hukuku bakımından davanın açıldığı andaki şartlara göre hüküm tesis edileceğini belirtmiş; yargılama gideri olan vekâlet ücretinin asıl hakka tâbi bir fer'i alacak hakkı olduğunu kabul etmiştir. Hâl böyle olunca, asıl hakka tâbi bir hakkın asıl haktan bağımsız şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca Yargıtay İctihadı Birleştirme Kurulu'na göre, kanun koyucu Adalet Bakanlığı'na ve Türkiye Barolar Birliği'ne yalnızca tarife hazırlama görevi vermiş; buna karşın bu tarifenin yürürlük tarihini belirleme yetkisi tanımamıştır. Hukukun genel ilkelerine aykırı biçimde tarifenin geçmişe etkili şekilde uygulanacağını iddia etmenin kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır. Söz konusu tarife hükmünün 1086 sayılı Kanun'un 423'üncü maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendine¹⁴³² aykırı olduğu, bu nedenle hâkimlerin normlar hiyerarşisi gereğince Kanun'a aykırı Tarife hükmünü uygulamaları gerektiği, bu şekilde bir davranışın o Tarife'yi iptal etmek ve dolayısıyla idarenin yetkisini gasp etmek anlamını taşımayacağı ifade edilmiş; nitelikleri farklı olduğu için daha önceden Harçlar Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin içtihadı birleştirme kararının¹⁴³³ burada kıyasen uygulanmasının söz konusu olamayacağı açıklanmıştır.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yargılama gideri olarak kabul edilen vekâlet ücretinin belirlenmesi bakımından Tarife'de yer alan hükmün 423'üncü maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Buna karşın 423'üncü madde incelendiğinde, söz konusu hükümde Tarife hükmü ile çelişen herhangi bir ifadenin yer almadığı fark edilebilir. Esasen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin ne zaman uygulanmaya başlayacağına ilişkin hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bulunması da gerekli değildir. Diğer bir deyişle, bu eksikliğin düzene aykırı bir boşluk olduğu iddia edilemez. Aksine mahkemece hükmedilecek vekâlet ücretinin bir yargılama gideri olduğunun belirtilmesi (HUMK m. 423/1, 6), bu ücretin usûlî karakteri haiz olduğunu ortaya koymaktadır. Kanun'da aksine hüküm bulunmadığı sürece,

¹⁴³² 1086 sayılı Kanun'un 423'üncü maddesi şu şekildedir: “Masarifi muhakeme aşağıda beyan olunan şeylerdir: 1 – Tarife mucibince mahkeme kalemi vasıtasıyla yapılan masraflarla celsei muhakeme, keşif ve haciz masrafları, 2 – Şahidin seyahat ve ikamet masraflarıyla yevmiyesi ve ehlihibre ücret ve masrafları, 3 – İlam harçları, 4 – Resmi dairelerden talep olunan evrakın asıl ve suret tasdik ve pul harçları, 5 – Mahkemede bizzat hazır bulunanların bulundukları günlere ait seyahat ve ikamet masrafları, 6 – Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri. Vekili bulunduğu halde mahkeme de bizzat ispatı vücut eden taraf yalnız seyahat masraflarıyla bir güne mahsus olmak üzere yevmiye alabilir. Ancak hakim bizzat isticvap veya yemin etmesine karar vermiş ise bu günler için yevmiye alabilir.”

¹⁴³³ Bkz. YİBHKGK, 07.12.1964 T. 1964/3 E., 1964/5 K., RG, 12.12.1964, S. 11880.

usûle ilişkin bir hükmün tamamlanmış işleri etkilememek kaydı ile derhal uygulanması gerekir¹⁴³⁴. İçtihadı birleştirme kararına konu olayda da usûl hukukuna ilişkin bir ücretin düzenlenmesini konu alan Tarife'nin değişikliği hâlinde derhal uygulanması, usûl hukukunun genel ilkelerine uygundur. Buna karşın, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, kazanılmış hakların ihlâli endişesi ile aksi yönde bir sonuca varmış; bunu da usûl hukukunda genel olarak kabul edilen, davanın açıldığı andaki şartlara göre hükme bağlanması ilkesine dayandırmıştır. Oysa söz konusu ilkenin, usûl hukukuna ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasında değil, uyumsuzluğa ilişkin vakıa ve delillerin tespitinde dikkate alınması gerekir. Bu yönüyle varılan sonuç usûl hukukuna ilişkin genel ilkelerin isabetsiz bir yorumunu ortaya koymakta; mahkemelerin Tarife hükümlerini Kanun'a aykırı olduğu için uygulamamaları gerektiğini iddia etmek ise kuvvetler ayrılığına ve dolayısıyla Anayasa hukukuna aykırılık teşkil etmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile avukatlık ücretinin takdirinde kararın verildiği ya da hukukî yardımın tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan Tarife'nin dikkate alınacağı açıkça düzenlendiğinden, söz konusu kararın uygulama alanı kalmamıştır.

1976 tarihli bu kararın gerekçesinde, davanın açılmasının usûl hukukuna ve maddî hukuka ilişkin sonuçlarının ortaya konulması önemlidir; ancak bu kısım karara etkili gerekçede yer almadığından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmaz. Yine de önemi sebebi ile yardımcı bir kaynak olarak istifade edilebilir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 05.10.2018 tarihinde verilen karar¹⁴³⁵, yargılamanın sulh ya da benzer bir anlaşma ile sona ermesi ya da takipsiz bırakılması hâlinde tarafların vekâlet ücretinden müteselsilen sorumluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 165'inci maddesinin kapsamına ilişkindir. Bu kararda, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, söz konusu hükmün kapsamına yalnızca yargılama gideri olarak hükmedilen vekâlet ücretinin dahil olduğunu; buna karşın taraflardan biri ile avukat arasında yapılan sözleşme gereğince ödenmesi gereken avukatlık ücretinin bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini kabul etmiştir.

¹⁴³⁴ Üstündağ, Usûl, s. 74; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 16; Umar, Şerh, s. 11-12; Karşı, Muhakeme, s. 81; Tanriver, Usûl, s. 131; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 17; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 63; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 24.

¹⁴³⁵ Bkz. YİBBGK, 05.10.2018 T., 2017/6 E., 2018/9 K., RG, 20.03.2019, S. 30720.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, sözleşmelerin nispîliği ilkesinin bir gereği olarak yargılamanın karşı tarafının, akdedilmesinde herhangi bir müdahalesi olmadığı bir sözleşmenin sonuçlarına katlanmasının beklenemeyeceği; kişinin iradesi olmaksızın tarafı olmadığı bir sözleşme gereğince borç altına sokulmasının hukukî güvenlik ilkesini zedeleyeceği; avukatlık ücretine belirli bir hizmet karşılığında hak kazanılmasına rağmen avukattan herhangi bir hizmet almayan karşı tarafın bu borçtan sorumlu tutulmasının avukatlık ücretinin amacı ve kapsamıyla bağdaşmadığı; akdî vekâlet ücretinin 165’inci maddenin kapsamında değerlendirilmesinin tarafların sulh olması konusunda bir engel teşkil edeceği gerekçeleri ile bu maddenin yalnızca yargılama gideri olarak öngörülen vekâlet ücretini kapsadığına karar vermiştir.

Kararın karşı oy gerekçesinde ise Avukatlık Kanunu’nun 165’inci maddesinde yer alan “*avukat ücreti*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirsiz ve bu nedenle yoruma muhtaç olduğu, hükmün yorumunda düzenlemenin lafzından ve amacından hareket edilmesi gerektiği, amacın tespitinde ise Kanun’un sistematığının dikkate alınarak sonuca varılabileceği, düzenlemenin amacını aşacak içimde bir yorumun yapılamayacağı vurgulanmış; Avukatlık Kanunu’nun 163’üncü ve devamı maddelerinin birlikte değerlendirilmesi hâlinde kanun koyucunun 165’inci madde ile düzenlemeye çalıştığı hususun akdî vekâlet ücreti olduğunun anlaşılacağı savunulmuştur.

Diğer bir karşı görüş ise 165’inci madde ile yalnızca sulh ya da benzer bir anlaşma ile davanın sona ermesi hâli dışında, iş sahibinin birden çok olması hâlinin de düzenlendiği; içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonucun bu durum için uygulandığında ise örneğin, mecburî dava arkadaşlığında, bu kişilerin hangi vekâlet ücretinden sorumlu tutulacağı sorusunun cevapsız kaldığı; avukatlık ücretinin hem tarafla avukat arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan ücreti hem de yargılama gideri olarak hükmedilen ücreti kapsadığından herhangi bir ayırımın yapılmasının mümkün olmadığı, Kanun’un amacının avukatların ücretlerini güvence altına almak olduğu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 329’uncu maddesinde kötüniyetle ya da haksız biçimde dava açan kişinin karşı tarafın vekâlet ücretinden de sorumlu olacağının düzenlendiği, bazen kanunlarla sözleşmelerde nispîlik ilkesine istisna tanınabileceği belirtilmiş ve içtihadı konu düzenlemenin akdî vekâlet ücretini de kapsadığı ileri sürülmüştür.

Bir başka karşı oy gerekçesine göre ise yasama organının kabul ettiği bir kanunî düzenlemenin hakkaniyete aykırılık gerekçesi ile mahkemelerce değiştirilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık teşkil edeceği gibi kabul edilen görüşün avukatların ücretlerini

koruma amacını taşıyan düzenleme ile bağdaştığı da söylenemez. Görüşmeler sırasında kanunda örtülü bir boşluk olduğu ileri sürülmüş ise de ne bu boşluğun varlığından bahsedilebilir ne de böyle bir boşluk varsa dahi bunun içtihiadı birleştirme kararı ile doldurulabileceğinden. Boşluk doldurma görevi, maddî vakıa denetimini yapan ilk derece mahkemelerine aittir. Ayrıca, bu düzenleme, tarafların sulh olmaları üzerine avukatlık ücretini ödemekten kaçınmaları hâlinde, bu ücretinin garanti altına alınmasına hizmet eder. Bu görüşe göre, tarafların avukatlık ücretini ödememek için sulh olmaları hâlinde kötünıyetli olduklarının ve bu durumda söz konusu boşluğun da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329'uncu maddesi dikkate alınarak doldurulmasının kabulü yerinde olur.

Vekâlet ücreti, müvekkil ile avukat arasında akdedilen sözleşmeye dayanan ve yargılama gideri olarak mahkemece Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanan ücret olmak üzere iki çeşittir¹⁴³⁶. Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinde, avukatın sunduğu hukukî yardımın karşılığı olan miktar ya da değerin avukatlık ücreti olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, bu maddenin son fıkrasında da yargılama gideri olarak taraf lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin avukata ait olduğu belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 330'uncu maddesi ile yargılama gideri olan vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Düzenlemenin gerekçesinde ise bu hükmün Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin son fıkrasına halel getirmeyeceği, yargılamada hâkimin yalnızca tarafların leh ve aleyhine hüküm tesis edebileceğinden yargılama gideri olan vekâlet ücretinin de taraf lehine hükmedileceği, ancak lehine vekâlet ücreti hükmedilen tarafın bu Kanun'un 164'üncü maddesi hükmü gereğince söz konusu ücreti avukata vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir¹⁴³⁷.

Her iki düzenleme dikkate alındığında, vekâlet ücretinin hem taraf ile müvekkil arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklanan ücreti hem de yargılama gideri olarak kabul edilen ücreti kapsadığı anlaşılabılır. Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinde “avukatlık ücreti”nden; 165'inci maddesinde ise “avukat ücreti”nden bahsedilmektedir. Ancak, kanaatimizce her iki kavram da aynı hususu içermekte olup; Kanun'un dilinin özensizliği nedeni ile bu şekilde bir farklılık söz konusudur. Zira, Avukatlık Kanunu'nun on birinci kısmında yer alan hükümler avukatlık ücretinin tespiti ve avukatlık ücretinin garanti altına alınmasına hizmet eder¹⁴³⁸.

¹⁴³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, C. V, s. 5350 vd.; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2391 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 734 vd..

¹⁴³⁷ Bkz. HMK Gerekçe m. 334. Bu düzenlemenin medenî usûl hukukunun genel ilkelerine ve hakkaniyete aykırı olduğu haklı olarak savunulmuştur. Bu yönde bkz. **Umar**, Şerh, s. 961; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2397; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 738.

¹⁴³⁸ Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin son fıkrasında, yargılama gideri olarak hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olduğu belirtildikten sonra bu ücretin asıl tarafın borcu nedeni ile takas, mahsup ya da

Dolayısıyla, bu kısımda yer alan hükümlerin birbirinden bağımsız şekilde yorumlanması mümkün değildir. Hâl böyle olunca, 165'inci maddede ifade edilen “avukat ücreti”nin tespitinde, avukatlık ücretinin kapsamını belirleyen 164'üncü maddenin hükmü dikkate alınmalıdır. Kanunda, avukatlık ücretinin kapsamı belirlendiğinden, bu ücretin sulh hâlinde garanti altına alınmasına ilişkin hükümde söz konusu düzenlemenin sözleşme ile kararlaştırılan ücreti kapsamadığını iddia etmek, açıkça kanunî düzenlemenin lafzına aykırıdır¹⁴³⁹. Kanundaki ifadelerin belirsizliği nedeni ile yorumlanması mümkündür; ancak yorumun sınırını düzenlemenin lafzı ve amacı oluşturmaktadır. Amacı, avukatlık ücretinin korunması olan hükmün lafız itibarıyla de akdî ve kanunî vekâlet ücretlerini kapsadığı anlaşıldığından, içtihadı birleştirme kararı ile düzenlemenin amacını da aşacak biçimde bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde bir yorum ise kanun koyucunun iradesine ve düzenlemenin amacına rağmen boşluk bulunmayan bir konuda hukuk yaratmaktan başka bir şey değildir.

B. Harçlara İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 16.11.1983 tarihinde verdiği kararında¹⁴⁴⁰, karar düzeltme taleplerinde peşin harç alınamayacağını, harcın ancak talebin incelenmesi sonunda duruma göre alınabileceğini kabul etmiştir.

Kararın tartışmaya sebep olan esaslı kısmı, harcı yatırılmayan karar düzeltme taleplerinin incelemeye tâbi tutulup tutulamayacağıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Harçlar Kanunu'nda karar düzeltme isteğinin reddi hâlinde maktu harcın (492 s. K. 1 sayılı Tarife A, III, 2, b), bu talebin kabulü üzerine yapılan incelemede temyiz kararının onanması hâlinde ise temyiz olunan hükümden alınan harç miktarı kadar harcın alınması gerektiğinin düzenlendiği (492 s. K. m. 9), her ne kadar Harçlar Kanunu'nun 27'inci maddesi ile maktu harçların peşin ödeneceği kabul edilse de bu maddenin ikinci fıkrası ile niteliği gereğince işin sonunda hesaplanması gereken harçların doğduğu tarihten itibaren on beş gün içinde ödeneceği kabul edildiğinden, karar düzeltmeye ilişkin kararların da bu istisnâî hükmün kapsamında yer aldığı ve peşin harca tâbi olmadığı sonucuna varmıştır. Bu çerçevede, Harçlar Kanunu hükümlerinin yeterince açık olduğu ve 1086 sayılı Kanun'un yalnızca temyiz kanun yoluna ilişkin olarak öngörülen ve harcın peşin ödenmesini düzenleyen

haczedilemeyeceği; 166'ncı maddesinde ise avukatın ücret alacağı için hapis hakkına sahip olduğu ve avukatlık ücretinin rüçhanlı alacak olduğu düzenlenmiştir.

¹⁴³⁹ Benzer şekilde müteselsil sorumluluğun kapsamının tarafla vekil arasındaki sözleşmeyi de kapsadığı yönünde bkz. **Kuru**, C. IV, s. 3708.

¹⁴⁴⁰ Bkz. YİBHKGK, 16.11.1983 T., 1983/5 E., 1983/6 K., RG, 07.01.1984, S. 18274.

434'üncü maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanmasına imkân bulunmadığını belirtmiştir.

Kararın karşı oy gerekçesinde ise Harçlar Kanunu'na ilişkin genel ilkelerin dikkate alınması gerektiği, harçların peşin alınmasının asıl olduğu ve buna ilişkin istisnaların ancak açıkça düzenlenmesi durumunda uygulanabileceği, karar düzeltme taleplerine ilişkin hususun Harçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bulunamayacağı belirtilmiş; temyize ilişkin olarak 1086 sayılı Kanun'un peşin harcı kabul ettiği, karar düzeltmeye ilişkin ise herhangi bir kural ihdas edilmediği, ancak hem sistematik açıdan hem de amaçsal bakımdan dikkate alındığında temyize ilişkin hükmün karar düzeltme bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği dile getirilmiştir.

Söz konusu kararda, karar düzeltmede başvuru harçlarının Harçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan istisnanın kapsamına dahil olup olmadığı konusu ele alınmıştır. Bu ise kanunî düzenlemenin yorumunu gerektirmektedir. Harçlar Kanunu'nun karar düzeltmede harç alınmasına yönelik iki düzenlemesinde de harcın alınması mahkemenin başvuru açısından bir karar vermesini gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, karar düzeltme talebinin reddi ya da kabulü üzerine önceki kararın onanması hâlinde, başvuran aleyhine harca hükmedilebilir; buna karşın karar düzeltme talebinin kabulü üzerine kararın bozulması hâlinde ise başvuru harca mahkûm edilmez. Harçlar Kanunu karar düzeltme bakımından bu düzenlemeyi öngörmüş, ancak harcın ne zaman ödeneceğine ilişkin özel bir hüküm getirmemiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da (5236 s. K. ile değiştirilmeden önceki) 434'üncü madde ile temyize başvuruda harcın peşin olarak alınması gerektiği, harç eksik şekilde yatırılmış ve verilen sürede de tamamlanmamışsa temyiz başvurusundan vazgeçilmiş olacağı açıkça düzenlenmiştir (HUMK m. 434/3). Karar düzeltmeye ilişkin hükümlerde ise tebliğ ve bildirim giderlerinin peşin olarak ödenmesi gerektiği öngörülmesine karşın (HUMK m. 442/A) başvuru harcına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, İtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kanun koyucunun ihmalinden kaynaklanan bir boşluktan değil; aksine bilinçli olarak düzenlenmemiş bir hususun varlığından hareket etmiş; bu durumda, Harçlar Kanunu'nun hükümlerinin yorumu ile sonuca ulaşmıştır. Ancak, kararda belirtildiği gibi 1086 sayılı Kanun'un ilgili hükmünün kıyasen uygulanması, harçların kanunîliği ilkesine hâlel getirmez. Zira, karar düzeltmede harç alınacağı Harçlar Kanunu ile düzenlenmiş olmasına karşın, ödeme zamanı özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak kanun maktu harçların ne zaman ödenmesi gerektiğini ayrıca düzenlediğinden, karar

düzeltilme bakımından özel bir hükme de ihtiyaç bulunmamaktadır. İctihadı birleştirme kararı ile harcın amacından hareketle 1086 sayılı Kanun'un kıyasen uygulanması da kabul edilebilirdi. Fakat, kurul bu durumda kişilerin mahkemeye daha kolay erişimi bakımından söz konusu hükmü istisna kapsamında yorumlamıştır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması ile karar düzeltme yolu kaldırıldığından, söz konusu kararın bu tarihten sonraki uyumsuzluklar açısından uygulama alanı bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın Hukuk Genel Kurulu ve 9'uncu Hukuk Dairesi ile diğer dairelerinin kararları arasında, düzelterek onama kararlarında kararı temyiz eden taraf aleyhine yeniden karar ve ilam harcına hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda çelişkinin ortaya çıkması nedeni ile içtihatların birleştirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 28.09.2018 tarihli kararı ile düzelterek onama kararlarında temyize başvuran tarafın onama harcına mahkûm edilemeyeceğini kabul etmiştir¹⁴⁴¹. Söz konusu kararda, içtihadı birleştirme kurulu, hem 1086 sayılı Kanun'un hem de 6100 sayılı Kanun'un düzelterek onamaya ve yargılama giderlerine ilişkin hükmü ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun karar ve ilam harcına ilişkin düzenlemesini, Anayasa'nın vergi ödevine ilişkin 73'üncü maddesini de dikkate alarak değerlendirmiştir. Düzelterek onama kararı verilebilmesine yönelik düzenlemenin hem mülga hem de yürürlükteki usûl kanununda onama kararına ilişkin kuralın içinde yer almasına karşın bu kuralın bozma niteliğinin ağır bastığından; şayet kanun koyucu bu düzenleme ile bu takdir hakkını tanımasaydı kararın bozulması gerekeceğinden hareket edilmiştir. Ayrıca, onama kararlarında karar ve ilam harcına ilişkin kuralın aynen uygulanacağı Kanun ile açıkça düzenlenmiş olmasına karşın düzelterek onama kararlarına karşı herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu kararlarda başvuru aleyhine harca hükmedilmesinin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını ihlâl edeceği ve yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin hükme de aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir.

Kararın karşı oy gerekçesinde ise Harçlar Kanunu ve bu konudaki içtihadı birleştirme kararının¹⁴⁴² aksine, onama üzerine hükmedilecek harcın onama kararı verilen miktar üzerinden hesaplanması gerektiği; benzer şekilde düzelterek onama kararlarında da karar ve ilam harcının alınacağı, bu harcın temyizde haksız çıkılan kısım üzerinden hesaplanacağı dile getirilmiştir.

Bahse konu hususta, öncelikle, Anayasa'nın vergi, resim, harç gibi malî yükümlülüklerin kanunla düzenleneceğine ilişkin hükmü (AY m. 73/3) çerçevesinde, yargı

¹⁴⁴¹ Bkz. YİBBGK, 28.09.2018 T, 2018/2 E., 2018/8 K., RG, 14.03.2019, S. 30714.

¹⁴⁴² Bkz. YİBHKG, 10.05.1965 T., 1965/1 E., 1965/1 K., RG, 07.07.1965, S. 12042.

harçlarının mutlaka kanunla düzenlenebileceği dikkate alınmalıdır. Harçlar Kanunu'na ekli 1 Sayılı Tarife'de, karar ve ilam harçlarının oranları düzenlenmiş; Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'ın onama ya da işin esası hakkında verdikleri kararlarda da düzenlemenin aynen geçerli olduğu kabul edilmiştir (492 s. K. 1 Sayılı Tarife, A, III, 1, e). Harçlar Kanunu'nun 9'uncu maddesinde de “*Tashihi karar talebinin kabulü üzerine temyiz olunan hüküm tasdik edilirse, temyiz olunan hükümden alınmış olunan harç kadar yeniden harç alınır.*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, Kanun ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların Bölge Adliye Mahkemeleri ya da Yargıtay tarafından onanması hâlinde karar ve ilam harcı alınacağını açıkça düzenlemektedir. Kanunda, kararın bozulması hâlinde ise bu harcın alınacağına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada da kararın Yargıtay'ca bozulması hâlinde başvuru aleyhine karar ve ilam harcına hükmedilmemektedir. Düzelterek onama kararlarına karşı ise ne 492 sayılı Kanun'da ne de ekli tarifelerinde açık bir hüküm yer almaktadır.

Düzelterek onama kararları, alt derece mahkemesince verilen kararın esas yönünden hukuka uygun olmakla birlikte, kanunun yanlış biçimde uygulandığı durumlarda, karar aleyhine kanun yoluna başvurulması üzerine, inceleme makamının kararın hatalı olduğunu kabul etmekle birlikte bu hatanın yeniden yargılamayı da gerektirmediğine karar vermesi ve bu nedenle söz konusu hatayı düzelterek kararı onaması durumunda söz konusu olur. Ayrıca, kararın usûl ve esas bakımından doğru bulunmakla birlikte gerekçe bakımından hatalı bulunmasında veya tarafların kimliklerine ilişkin ya da yazı ve hesap hatası gibi açık yanlışlıklarda bu yanlışlıkların düzeltilmesi için de yargılamaya ihtiyaç duyulmayacağından, düzelterek onama kararı verilebilir¹⁴⁴³.

Düzelterek onama kararları, 6100 sayılı Kanun'da “Onama kararları” başlığı altında 370'inci madde ile hüküm altına alınmıştır. Kanunun sistematığı açısından bakıldığında, her ne kadar düzelterek de olsa bu kararın bir onama kararı olduğu ve bu nedenle Harçlar Kanunu'nun onama hâlinde karar ve ilam harcı alınması gerektiğine ilişkin hükmüne tâbi olduğu düşünülebilir¹⁴⁴⁴. Ancak, bu hâlde kararda hata bulunduğu ve bu hatanın düzeltilmesi gerektiği yüksek mahkeme tarafından kabul edilmekte, fakat bu hatanın esas hakkında herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermeyeceği gerekçesi ile yeniden yargılamaya ihtiyaç duyulmadığı düşünülmektedir. Düzelterek onama kararlarının bu yönü dikkate alındığında, getiriliş amacının usûl ekonomisi olduğu kabul edilmelidir. Usûl ekonomisi gerekçesi ile getirilen bir

¹⁴⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üstündağ, Usûl, s. 874; Kuru, C. V, s. 4711 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 492 vd.; Özkes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2316 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, Ders Kitabı, s. 505; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usûl, s. 674; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 650.

¹⁴⁴⁴ Bu yönde bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 494, dn. 95.

düzenlemenin ise kişilerin mahkemeye erişim hakkını engelleyecek biçimde geniş şekilde yorumlanması düzenlemenin amacı ile örtüşmez. Burada her ne kadar bir onama kararı bulunsa da esasen kararın kanun yoluna başvuru hakkı gösterecek bir hatayı içerdiği de mutlaklıdır. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılama giderlerinden mahkûmiyete ilişkin hükmünde, tarafların haklılığı ya da haksızlığı değerlendirmesi yapılarak sonuca gidildiği görülmektedir (HMK m. 326). Bu hâlde, bu hatanın düzeltilmesi için hak arama özgürlüğünü kullanan kişinin, aslında haklı bulunmasına rağmen; karar ve ilam harcına mahkûm edilmesi ne kanunî düzenlemelerin amacına ne de hakkaniyete uygundur. Kanun koyucunun mahkemelerce verilen hatalı kararlar aleyhine kanun yoluna başvuru cezalandırmak gibi bir gayesi olmadığı, Harçlar Kanunu'nun onama ve bozma kararları üzerine karar ve ilam harcı alınması hususunda yaptığı ayırımı daha da belirginleştirmektedir. Bu çerçevede, Kanun'da her ne kadar onama kararları altında düzenlenmiş olsa da düzelterek onama kararlarında başvuru aleyhine karar ve ilam harcına hükmedilmesi, düzenlemenin amacı ile örtüşmeyeceğinden, amaca uygun sınırlama yolu ile bu gibi durumlarda da -bozma kararlarında olduğu gibi- karar ve ilam harcına hükmedilmemesi gerekir¹⁴⁴⁵. Söz konusu karar, kuralın amaca uygun yorumundan ibarettir.

C. Diğer Yargılama Giderlerine İlişkin Kararlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 24.12.1941 tarihinde verdiği kararda¹⁴⁴⁶, temyize başvuran tarafın posta giderlerini yatırmaması hâlinde temyizden vazgeçmiş sayılacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu karar ilk derece mahkemesi kararı aleyhine temyize başvurulması hâlinde dosyanın Yargıtay'a tevdi için gerekli olan posta giderlerine ilişkindir. Posta giderlerinin ödenmesine ilişkin Kanun'da doğrudan uygulanabilecek herhangi bir hüküm yer almamakta; bu durum uygulama bakımından sorunlara yol açmakta idi. 1086 sayılı Kanun'un kararın verildiği dönem yürürlükte bulunan 434'üncü maddesinde, temyiz başvurusu üzerine başvuran tarafın “kanunî harç ve resimleri” hâkimin belirlediği süre içinde yatırması gerektiği, aksi takdirde temyiz başvurusunun yapılmamış sayılacağı düzenlenmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu da öncelikle bu hükümden hareketle posta giderinin “harç ve resim” kavramlarının lafzına dahil edilip edilmeyeceğini tartışmış, nitelik itibarı ile posta giderlerinin her iki kavram içinde de değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Posta

¹⁴⁴⁵ Bu kararların onama niteliği ağır bastığından karar ve ilam harcı alınmaması gerektiği yönünde bkz. **Kuru**, C. V, s. 4726.

¹⁴⁴⁶ Bkz. YİBHKG, 24.12.1941 T., 1940/9 E., 1941/32 K., RG, 20.04.1942, S. 5088.

giderlerinin ödenmemesi hâlinde ne şekilde karar verilmesi gerektiği konusunda belirsizlik, posta giderleri ödeninceye kadar süresiz şekilde beklemenin kanun yolu incelemesini ve böylece kararın kesinleşmesini, hatta kimi durumda icrasını geciktireceğinden davanın karşı tarafı açısından olumsuz bir durum yaratır. Ayrıca böyle bir kabul, kararın kesinleşmesini engellemek açısından kötüye kullanıma da açıktır. Bu nedenle, sorunun belirli bir yaptırıma bağlanarak çözümü gerekmiş; her ne kadar temyiz kısmında uygulanacak bir hüküm bulunmasa da Kanun'un 414'üncü maddesinin kıyasen uygulanması ile sorunun çözümlenebileceği kabul edilmiştir.

Kanun'un 414'üncü maddesi tanık ya da bilirkişi görüşüne başvurulmasını yahut keşif yapılmasını isteyen tarafın hâkim tarafından belirlenen süre içinde buna ilişkin giderleri ödemesi gerektiğini, aksi hâlde talebinden vazgeçmiş sayılacağını düzenlemekte idi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, söz konusu düzenlemenin doğrudan temyize başvuruda posta giderlerine ilişkin sorun bakımından uygulanmasının mümkün olmasa da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmiştir. Zira, burada kanun koyucunun bir işlemi talep edenin onun giderlerine de katlanması gerektiğine, şayet bu giderleri karşılamaz ise talebinden vazgeçtiğinin kabulüne ilişkin genel bir kuralı ortaya koyduğu Kurul tarafından kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, Hukuk Genel Kurulu, uygulamada soruna yol açan durum bakımından Kanun'un ruhundan hareketle bir çözüm tarzı benimsemiştir. Bu hâlde, her ne kadar delillere ilişkin olarak öngörülmüş bir hüküm olsa da 414'üncü maddenin temelinde yatan genel bir ilkeden hareketle posta giderlerine ilişkin sorun da çözülmüştür. Yukarıda açıldığı gibi¹⁴⁴⁷, mahkemelerin, bu şekilde öncelikle Kanun'un tümüne hâkim olabilecek bir temel ilkeyi tespit edip sonrasında bunu somut olaya uygulamaları bütünsel kıyas olarak ifade edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Kanun'un amacını aşmayan, aksine onun ruhuna uygun bir çözümü kıyas yoluyla saptamış olduğundan, söz konusu kararın İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi dahilinde verildiğinin kabulü gerekir.

1086 sayılı Kanun'un 434'üncü maddesinde sonradan yapılan değişiklikle, temyiz başvurusunda "gerekli harç ve giderlerinin" ödenmesi gerektiği düzenlenmiş olduğundan, inceleme konusu içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı kalmamıştır¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁷ Bkz. § 4, A, 3.

¹⁴⁴⁸ Temyiz yoluna başvuruda gerekli harç ve giderlerin peşin olarak ödenmesi gerektiği, eksiklik söz konusu ise tamamlanılacağı, belirlenen süre içinde ödenmemesi hâlinde ise başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile de açıkça düzenleme altına alınmıştır (HMK m. 366; m. 344).

Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından bu konuda verilen diğ er bir karar ise temyize başvurmasına rağmen posta giderlerini ödemeyen başvurucunun temyizden vazgeçmiş sayılacağına ilişkin kararın hangi mahkeme tarafından verileceğine ilişkindir. Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından 05.01.1949 tarihinde verilen karar¹⁴⁴⁹ ile bu h alde temyizden vazgeçilmiş sayıldığına ilişkin kararı vermeye yetkili mahkemenin ilk derece mahkemesi olduğu, bu giderlerin Hazine'den karşılanamayacağı sonucuna varılmıştır.

İctihadı birleştirme kararına konu husus, temyiz başvurusu üzerine posta giderlerinin ödenmemesi h alinde, 1941 tarihli i ctihadı birleştirme kararı ile 414' nc  maddenin kıyasen uygulanması sonucu temyizden vazgeçilmiş sayılacağına ilişkin kararın hangi mahkeme tarafından verileceğidir. Zira, 1086 sayılı Kanun'un 414'üncü maddesi esasen ilk derece yargılamasındaki hususlara ilişkindir. Oysa kıyasen uygulanan husus, ilk derece mahkemesinin nihaî bir kararı ile dosyadan elini çekmesinin ardından gündeme gelmektedir. Posta giderlerinin ödenmemesi nedeni ile dosya temyiz mahkemesine g nderilememiş, ancak ilk derece mahkemesi de dosyadan elini çektiğinden kararı kimin vereceğı konusunda tereddüt oluşmuştur.

Görüşmeler sırasında, 1941 tarihli i ctihadı birleştirme kararının kaldırılması ya da değiştirilmesi talep edilmiş ve söz konusu durumda 434' nc  maddenin kıyasen uygulanması gerektiğı savunulmuş, buna karşın i ctihadı birleştirme kararının değiştirilmesi yoluna gidilmemiştir. Söz konusu sorunun c z m  bakımından ise her ne kadar 434'üncü maddede harcın ödenmemesi h alinde Temyiz merciinin temyize başvurulmamış sayıldığı kararı vereceğı düzenlenmiş olsa da 1941 tarihli i ctihadı birleştirme kararının dayanağıının 414'üncü madde olduğu, bahse konu giderlerin h akim tarafından re'sen icrası emredilen bir hususa ilişkin de olmadığı, bu nedenle 415'inci madde gereğince yargılama sonucunda haksız c ıkan taraftan alınmak üzere devlet hazinesinden karşılanmasının da mümkün olmadığı ifade edilmiş; posta giderlerinin ödenmemesi nedeni ile temyizden vazgeçilmiş sayıldığına ilişkin kararın ilk derece mahkemesince verilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Kararın müzakeresi esnasında, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun temyize başvuru süresi ve şekline ilişkin denetimin ilk derece mahkemesince yapılacağı hükmünün kıyasen uygulanabileceğı de dahil c şitli gerekçelerle olumlu ya da olumsuz düşünceler ifade edilmiş olmasına karşın, kararın gerekçesinde yalnızca 1941 tarihli karara atıf yapılmış ve 415'inci

¹⁴⁴⁹ Bkz. Y BHGK, 05.01.1949 T., 1944/32 E., 1949/1 K., RG, 13.04.1949, S. 7187.

maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Posta ücretinin yatırılmaması hâlinde temyize başvurulmamış sayıldığına ilişkin kararın hangi mahkeme tarafından verileceği hususunda Kanun'da doğrudan uygulanabilecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kıyasen uygulanması önerilen bazı düzenlemeler ise reddedilmiş; söz konusu boşluk hukuk yaratma yolu ile doldurulmuştur.

Esasen, ilk derece mahkemesi uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği nihaî kararı ile dosyadan elini çekmiş olsa da taraflardan birinin temyiz başvurusu üzerine gerekli giderlerin yatırması için belli bir süreyi öngören bir karar vermiştir. Bu kararın ilk derece mahkemesince verileceği hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu karara uyulmamasının yaptırımını ise Kanun'da düzenlenmiştir. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin verdiği karara uyulmaması, temyize başvurulmamış sayılma sonucunu Kanun gereğince kendiliğinden doğurur. Posta ücreti ödenmediği için dosyanın temyiz merciine gönderilememesi gibi bir durumda, buna bağlanan sonuca ilişkin kararın temyiz merciince verilmesi fiilen mümkün de değildir. Bu çerçevede verilen karar, 414'üncü maddenin uygulanmasına ilişkin olup pratik gerekliliklerin dikkate alınması nedeni ile usûl ekonomisine de uygundur¹⁴⁵⁰. Ancak, ilk derece mahkemesince bu eksiklik dikkate alınmamış ve dosya Yargıtay'a gönderilmişse, bu içtihadı birleştirme kararı gereğince dosyanın temyizden vazgeçilmiş sayıldığı kararı verilmesi için ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi ise hem usûl ekonomisine aykırı hem de aşırı şekilci bir tutumdur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile istinaf dilekçesi verilirken istinafa ilişkin giderlerin ödenmesi gerektiği düzenlenmiş; bu giderlerin hiç ödenmediği ya da eksik ödendiği sonradan anlaşılırsa kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin sürede bu eksikliğin tamamlanmasının istenmesi, aksi hâlde başvurudan vazgeçilmiş sayıldığına tarafa ihtar edilmesi gerektiği kabul edilmiştir (HMK m. 344). Eğer belirlenen sürede giderler ödenmezse, mahkemece başvurunun yapılmamış sayılacağına karar verileceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme, giderlerin ödenmemesine karşılık dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesi hâlinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiğini öngörmemektedir. Aksine bir düzenleme ya da karar da bulunmadığı için bahse konu içtihadı birleştirme kararı hâlen uygulama alanına sahiptir¹⁴⁵¹.

¹⁴⁵⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344'üncü maddesinde istinaf başvuru için gerekli harç ve giderlerin verilen kesin süre içinde ödenmemesi hâlinde mahkemece başvurunun yapılmamış sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm 366'ncı maddenin atfı nedeni ile temyiz yolunda da uygulanır. Bu karara karşı kanun yolu açıktır (HMK m. 344; m. 346/2).

¹⁴⁵¹ Bu yönde bkz. **Umar**, Şerh, s. 1001.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 22.03.1976 tarihinde verilen başka bir kararda¹⁴⁵², dava açılmadan önce yaptırılan delil tespitine ilişkin masrafların yargılama giderlerinden sayılacağı ve bu masrafların dava konusuna dahil edilemeyeceği kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın söz konusu kararı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu döneme aittir. Yargıtay'ın 3'üncü Hukuk dairesi ile Hukuk Genel Kurulu ve diğer daireleri arasında meydana gelen görüş ayrılığı, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulması hâlinde söz konusu giderlerin dava konusuna dahil edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile terkedilmiş olan, asliye ve sulh hukuk mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin parasal sınırın belirlenmesi bakımından ve sonrasında da kanun yoluna başvuru gibi diğer bazı hususlar açısından önem arz etmektedir.

Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi, yargılama giderlerinin davanın açılması anından sona ermesi tarihine kadar yapılan masrafları kapsadığını, delil tespitinin dava açılmadan önce yapılması hâlinde buna ilişkin masrafların 1086 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca dava açılıncaya kadar tahakkuk eden masraflar içinde değerlendirilmesi gerektiğini, taraflar dava konusu hakkında anlaşmalar dahi delil tespitine ilişkin olarak yapılan bu masraf konusunda anlaşamazlarsa, bunun tek başına davaya konu kılınmasını engelleyen herhangi bir usûl hükmü bulunmadığını ileri sürmüştür.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu ise sorunun çözümü bakımından öncelikle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1'inci maddesinde düzenlenen¹⁴⁵³ masraflar ile Kanun'un 413'üncü ve devamındaki hükümlerinde düzenlenen yargılama giderleri arasındaki farkın ortaya konulması gerektiğini ifade etmiş; Kanun'un 1'inci maddesi ile düzenlenen masrafların, davacının mahkemeye başvurmaksızın, hakkını elde etmek için kanunî bir zorunluluk nedeni ile yaptığı giderleri kapsadığını; yargılama giderlerinin ise hakkın ispatı ve davanın devamı için mahkeme tarafından yapılan giderleri konu aldığını kabul etmiştir. Bu noktada, dava açılmadan önce delil tespitinde de keşif, tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi gibi bazı işlemlerin yargılamadan önce yaptırılması nedeni ile oluşacak masrafların peşinen ödenmesi gerektiği; yargılama giderlerine ilişkin 1086 sayılı Kanun'un ilgili

¹⁴⁵² Bkz. YİBBGK, 22.03.1976 T., 1976/1 E., 1976/1 K., RG, 28.04.1976, S. 15572.

¹⁴⁵³ 1086 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin kararda incelenen kısmı 1985 yılında 3156 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâli şu şekildedir: “Mahkemelerin vazifeleri teşkili mahakim kanuniyle belirlidir. Teşkili mahakim kanununda mahkemenin vazifesi müddeabihin kıymetine göre tayin edilmiş ise işbu kıymet; müddeabihin kame edildiği gündeki kıymetine o zamana kadar tahakkuk eden faiz ve masraf ve teferruatı dahi ilâve edilmek suretiyle aşağıda gösterilen kaideler mucibince hesap ve tayin olunur.”

düzenlemesinde ise yargılama giderlerinin kapsamına keşif, tanık, bilirkişi ücretlerinin de dahil olduğu belirtilmiştir. Dava açıldıktan sonra delil tespitine başvuru hâlinde ise yapılan giderlerin yargılama gideri olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmadığı belirtilmiş; sırf dava açılmadan önce başvurulduğu için farklı sonuca varılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, delil tespitine ilişkin kararların ilam niteliği bulunmadığı, tek başına ilamların icrasına ve davaya konu olamayacağı; bu giderlerin dava konusuna dahil sayılması hâlinde, dava açılmadan önce kötünietli olarak delil tespiti istenerek dava konusunun artırılması ve kanun yoluna ilişkin hükümlerin dahi dolanılması sonucunun doğabileceği dile getirilmiş; söz konusu gerekçelerle davanın açılmasından önce başvurulmuş delil tespitine ilişkin giderlerin dava konusuna dahil edilemeyeceği kabul edilmiştir.

Karar 1086 sayılı Kanun'un göreve ilişkin 1'inci, yargılama giderlerine ilişkin 423'üncü ve delil tespitine ilişkin 368'inci ve devamı maddelerinin yorumundan ibarettir. Delil tespiti, hukukî yararın varlığı hâlinde açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş ya da ileride açılacak bir davaya konu vakıanın tespiti bakımından, delillerin önceden toplanarak koruma altına alınmasına hizmet eden geçici hukukî koruma tedbiri olarak tanımlanabilir¹⁴⁵⁴. Yargılama giderlerinin kapsamına, tanık, keşif ya da bilirkişiye ödenen ücretlerin de dahil olduğu kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmıştır (HMK m. 323; HUMK m. 423). Taraflardan biri, hukukî yararını ortaya koyarak, iddiasını ispata yarayan bir hususta önceden delil toplanmasını, yani bilirkişi incelemesi yaptırılması, tanık dinlenilmesi ya da keşif yapılmasını (HMK m. 400; HUMK m. 368) talep edebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 402'nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, delil tespitinin talep edilmiş olması durumunda, mahkemece belirlenen tespit giderlerinin avans olarak ödenmesi gerekir. Sırf dava açılmadan, daha başlangıçta bu işlemlerin gerçekleştirilmesi, bu kurumun niteliği ve sonuçlarını değiştirmeyeceğinden, delil tespiti nedeniyle avans olarak ödenen bu miktarın yargılama giderlerinden sayılmaması için herhangi bir neden bulunmamaktadır¹⁴⁵⁵. Zaten, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323'üncü maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde, geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin giderlerin yargılama giderlerinden sayılacağı açıkça düzenlenmiştir.

¹⁴⁵⁴ **Kuru**, C. IV, s. 4426; **Karlı**, Muhakeme, s. 765; **Kuru**, İstinafa Göre s. 649; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2562; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 594; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 592; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 716.

¹⁴⁵⁵ Öğretide bir görüşe göre, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulması hâlinde delil tespiti hakkında karar veren hâkimin yargılama giderlerine de hükmedeceği kabul edilmişken (bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2568), diğer görüş ise delil tespiti nedeni ile yapılan giderlerin asıl davaya ilişkin yargılama giderleriyle birlikte hükme bağlanacağını, bunun 29.05.1957 tarihli, 4/16 sayılı kararın bir gereği olduğunu ifade etmektedir (bkz. **Umar**, Şerh, s. 1179).

Diğer bir anlatımla, içtihadı birleştirme kararı ile varılan sonuç bugün için kanunî düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak, uygulamada yine de davanın açılmasından önce delil tespitine başvurulması durumunda, yapılan harcamanın “tazminat” olarak talep edildiği; mahkemelerin de kimi zaman bu giderleri dava konusuna dahil etmeleri nedeni ile kararın bozulması gerektiğine hükmedilmektedir¹⁴⁵⁶. Söz konusu kararlarda bahsi geçen içtihadı birleştirme kararına atıf yapılmaktadır. Oysa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu durum açıkça düzenlendiğinden, artık kanunî düzenlemeye atıf yapılması yerinde olur.

§ 13. Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 21.02.2014 tarihli kararında¹⁴⁵⁷, ilk derece mahkemelerinin verdiği ihtiyatî tedbir taleplerinin reddine ya da bu taleplerin kabulü hâlinde itiraz üzerine verilecek kararlar bakımından temyiz kanun yolunun kapalı olduğu sonucuna varılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile önceki kanundan farklı olarak ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi ya da ihtiyatî tedbir talebinin kabulüne itiraz edilmesi üzerine mahkemece verilecek kararlar aleyhine kanun yolu öngörülmüş (HMK m. 391/3, m. 394/5); Kanun’un ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerinde “kanun yoluna” başvurulacağı ifade edilmiş, istinafa ilişkin hükümlerde bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulacağı kabul edilmiştir (HMK m. 341/1). 6100 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamadığından, söz konusu kararlara karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Aslında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici 3’üncü maddesinin

¹⁴⁵⁶ Örneğin bkz. “Davacı dava dilekçesinde delil tespit gideri olan 3.560,55 TL’nin de tazminine karar verilmesini istemiş olup, mahkemece kısa kararda ve gerekçeli kararda tespit giderine ilişkin bir hüküm kurulmamış, yargılama giderleri hesaplama dahil edilmemiştir. Delil tespiti dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir (HMK 405/1). Bu nedenle dava ile ilgili olan delil tespiti dosyası nedeniyle yapılan ve HMK’nın 323. maddede sayılan giderler de yargılama giderine dahil olup dava değerine (müddeabihe) dahil değildir. Dava değerine dahil olmadığından dava açılarak istenmesine gerek olmadığı gibi, buna rağmen istenmesi halinde de asıl alacak olarak hükmedilmesi mümkün değildir. Bu giderlerin mahkemece; talep olsun olmasın yargılama gideri olarak kendiliğinden haklılık durumuna göre hükmedilmesi gerekir. 22.3.1976 tarihli 1976/1 Esas, 1976/1 Karar sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da delil tespiti giderlerinin yargılama giderlerinden sayılacağına ve müddeabihe dahil edilmeyeceğine karar verilmiştir. Davacının delil tespiti giderlerine ilişkin tazminat talebinin yargılama gideri olarak değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken yargılama giderlerine dahil edilmemesi doğru olmamıştır.”, Y15HD, 10.01.2017 T., 2015/6231 E., 2017/95 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.07.2020. Ayrıca bkz. Y15HD, 20.06.2016 T., 2015/5908 E., 2016/3535 K.; Y17HD, 09.11.2015 T., 2015/3826 E., 2015/11751 K., www.lexpera.com, s.e.t. 10.07.2020.

¹⁴⁵⁷ Bkz. YİBHKG, 21.02.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K., RG, 17.04.2014, S. 28975.

üçüncü fıkrası ile bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar bu mahkemelerin görevli olduğu hâllerde 1086 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, öncelikle ihtiyatî tedbire ilişkin kararların geçici niteliğinden bahisle ara karar niteliğinde bulunduğunu ve temyizle konu edilemeyeceğini gerekçe göstermiştir¹⁴⁵⁸. Oysa, kararın karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, İcra ve İflas Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişikliğin ardından ihtiyatî tedbirler gibi geçici nitelik arz eden ihtiyatî haciz kararlarının reddi ve kabulü hâlinde itiraz üzerine verilen kararlar aleyhine temyiz yoluna başvuru mümkün kılınmıştır. Ayrıca, mahkemelerinin görevinin kanunla düzenleneceğinden, kanunda hüküm bulunmayan hâllerde kıyas ya da yorum yolu ile genişletilemeyeceğinden hareketle, Kanun'da bölge adliye mahkemelerine verilen görevin temyiz makamına yorum yolu ile aktarılamayacağı da gerekçede dile getirilmiştir. Temyiz kanun yolunun sadece hukukîlik denetimi yaptığını; bölge adliye mahkemelerinden beklenen vakıa denetiminin bu yolda mümkün olmadığını ve bu sebeple ihtiyatî tedbirler aleyhine temyiz yoluna başvurulması ile düzenlemenin hedeflerine ulaşamayacağı savunulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu, bu gerekçelerin dışında ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında 1086 sayılı Kanun'un 6100 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması gerektiğini düzenlediğini; 1086 sayılı Kanun'da inceleme konusu hakkında herhangi bir hüküm bulunmadığını; bu kurumun Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile öngörüldüğünü ve temyiz kanun yolunun kapsamının 6100 sayılı Kanun'a göre, yönteminin ise 1086 sayılı Kanun'a göre belirlenmesinin mümkün olamayacağını belirterek bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya dek, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun kararı isabetsizdir. Öncelikle, düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi ve kabulü hâlinde itiraz üzerine verilen kararlar aleyhine "kanun yolu"na başvurulacağının açıkça düzenlendiği görülmektedir¹⁴⁵⁹. Bu kararda kanun yoluna başvuru imkanının bulunup

¹⁴⁵⁸ İhtiyatî tedbir kararlarının nihaî kararlara benzedikleri yönünde bkz. **Özekes/Erişir**, s. 1260 vd.. İhtiyatî tedbir kararlarının ara karar ya da nihaî karar olarak değerlendirilemeyeceği, bu kararların birer geçici hukukî koruma tedbiri olarak nihaî kararın etkisini korumak işlevini haiz oldukları yönünde bkz. **Sarısözen, Serhat**, İhtiyatî Tedbir Kararına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. II, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 1321.

¹⁴⁵⁹ Söz konusu içtihadı birleştirme kararının karşı oy yazısında Kanun'un lafzının açık olduğu ve bu nedenle içtihat yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş, içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için temel unsurun bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu husus, öğretide de dile getirilmektedir. Bkz. **Sarısözen**, s. 1346. Hukuk kuralları soyut ve genel ilkelerden oluştuğu için, yoruma ihtiyaç duydukları şüpheden uzaktır.

bulunmadığı değil olsa olsa hangi kanun yoluna başvurulabileceği tartışılabilir; ki kararın verildiği dönemde yalnızca temyiz kanun yolu mevcut bulunduğundan, bu hususta da çelişki yaratacak herhangi bir durum söz konusu olmamalıdır¹⁴⁶⁰. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında da kanun koyucunun hedefinin söz konusu kararlara karşı üst yargı yerince bir denetim imkânı sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun üst derece yargı yerinin denetimini öngörmesine rağmen, yargı organınca bu yolun kapatılması mahkemeye erişim hakkını ve böylece adil yargılanma hakkını da ihlâl edeceğinden, usûl kuralı hem uluslararası hukuka hem de anayasal ilkelere aykırı şekilde yorumlanmıştır. Mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceği ve Kanun ile Yargıtay'a tanınmayan bir yetkinin yorum ile tanınmasının mümkün olmadığı düşüncesi de yerinde değildir. Zira kanun koyucu geçiş hükümleri öngörerek, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar temyiz kanun yolunun uygulanmasına devam edileceğini de açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede Yargıtay'ın görevi yürürlükten kalkan Kanun'un lafzından hareketle değil, halihazırda yürürlükte bulunan Kanun'un lafzından ve amacından hareketle yorum yapmaktır. Düzenlemenin lafzına ve amacına rağmen bu şekilde bir sonuca varılması, kanunu aşan hukuk yaratmadan başka bir şey değildir.

§ 14. Tahkime İlişkin Kararların Değerlendirilmesi¹⁴⁶¹

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 06.06.1956 tarihli kararında¹⁴⁶², tahkim yargılamasının süresinin uzatılması için mahkemeye başvurulduğunda, mahkeme başkanı ya da hâkim tarafından verilen kararlar aleyhine kanun yolunun kapalı olduğuna karar verilmiştir.

Dolayısıyla lafzın açık olduğu kurallarda dahi, kuralın lafzının açık olduğunu tespit edebilmek bir yorumu gerektirir. İçtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için ise kuralın lafzının açık olmaması gibi bir şart aranmamakta; aksine Yargıtay daireleri ya da genel kurulları arasında kuralın yorumu bakımından çelişkinin meydana gelmiş olması gerekli ve yeterli görülmektedir. Dolayısıyla, Kanun'un lafzı ne kadar açık olursa olsun uygulamada farklı şekilde yorumlanabiliyorsa bu farklılığın giderilmesi ve hukukun yeknesak biçimde uygulanabilmesi için içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekir.

¹⁴⁶⁰ Bu yönde bkz. **Umar**, Şerh, s. 1156-1157; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku, 2013, s. 1028 vd.; **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından, s. 469; **Karşlı**, Muhakeme, s. 758 vd.; **Sarısözen**, s. 1345.

¹⁴⁶¹ Tahkim müessesesine ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun, 1086 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce verilen hakem kararlarının, müktesep hak nedeni ile, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da tescile tâbi olduklarına ilişkin kararı, karar metninde herhangi bir gerekçe gösterilmediği için değerlendirilememiştir. Karar için bkz. YİBGK, 08.05.1929 T., 1929/7 E., 1929/12 K., RG, 10.10.1929, S. 1316.

¹⁴⁶² Bkz. YİBGK, 06.06.1956 T., 1956/3 E., 1956/11 K., RG, 16.08.1956, S. 9383.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Ticaret Dairesi'nin birbiriyle çelişen kararları üzerine, 1086 sayılı Kanun'un 529'uncu maddesi ile hüküm altına alınan ve tahkim yargılamasının altı aydan fazla süreceği hâllerde ya tarafların açık rızası ile ya da mahkemece sürenin uzatılabileceğine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak, kanun yolunun açık olduğuna ilişkin herhangi bir kuralın öngörülmediğini belirtmiş; bu maddede yer alan “mahkeme reisi ya da hâkim” ifadesinin sulh ya asliye hukuk mahkemesi olarak anlaşılamayacağını, bununla asliye hukuk mahkemelerinde mahkeme başkanının tek başına verdiği, toplu asliye hukuk mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise hâkimin verdiği kararların kastedildiğini ifade etmiş; mehzaz kanundaki düzenlemenin de bu yönde olduğu açıklamıştır. Kararda ayrıca, kanunda açıkça düzenlenmedikçe ve işin mahiyeti gerektirmedikçe mahkeme kararlarının temyizi kabil olmadığının kabulü gerekeceği, söz konusu düzenlemeyle takdir hakkının tamamen mahkeme başkanına ya da hâkimine bırakıldığı dile getirilmiş; 1086 sayılı Kanun'un 427'nci maddesi anlamında nihaî bir karardan bahsedilemeyeceği için bu hükmün kıyasen uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Esasen, kararın verildiği dönemde, tahkim süresinin uzatılması talebi üzerine mahkemece verilecek ret ya da kabul kararlarının aleyhine kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı Kanun'da düzenlenmediğinden, bir boşluktan bahsedilebilir. Buna karşın, temyize ilişkin genel nitelikli 427'nci maddede mahkemelerden verilen nihaî kararlara karşı bu yolun açık olduğu düzenlenmiş; sonrasında buna istisna teşkil edecek biçimde bazı kararların kesin olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla 1086 sayılı Kanun'un kanun yoluna ilişkin genel hükmü dikkate alındığında, kararda savunulduğunun aksine, Kanun'da temyize başvuru imkânı açıkça düzenlenmeyen ya da mahiyeti icabı temyize başvuruyu gerektirmeyen kararlar bakımından kanun yolunun kapalı olduğu sonucuna doğrudan varılamaz. Ayrıca, tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddi ya da kabulüne ilişkin kararlar da nihaî nitelikteki kararlardır¹⁴⁶³. Ancak, tahkim usûlünün genel olarak uyuşmazlığın hızlı şekilde çözüme kavuşturulması için kabul edildiği dikkate alındığında, sürenin uzatılması talebine ilişkin kararın kesin olarak verildiği ve bu nedenle kanun yoluna başvuru imkânının bulunmadığı düşüncesi kurumun amacına daha uygundur. Söz konusu karar, 427'nci maddenin lafzının, tahkimin niteliği de dikkate alınarak amaca uygun sınırlandırılmasıdır. Hukuk Muhakemeleri

¹⁴⁶³ Nihai kararlar, yargılamaya son veren ve hâkimin dosyadan elini çekmesine yol açan mahkeme kararlarıdır. Bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 788; **Boran Güneysu, Nilüfer**, Medenî Usûl Hukukunda Karar, 2014, s. 106; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 436; **Kuru**, İstinafa Göre, s. 455; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usûl, s. 482.

Kanunu'nun 427'nci maddesinin ikinci fıkrasında da tahkim süresinin uzatılması talebini konu alan mahkeme kararlarının kesin olduğu kabul edilmiştir.

Hâkimlerin hakemliği ve hakem ücretlerinin belirlenmesine ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 13.05.1964 tarihli kararında¹⁴⁶⁴, hâkimlerin kanunlarda gösterilen özel hâller dışında hakem olarak görev yapamayacakları, bunun taraflarca ileri sürülmemiş dahi olsa temyiz aşamasında re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu ve hakem ücretinin hakemin kendisi tarafından belirlenemeyeceği, ücretin ya taraflarca sözleşme ile ya da mahkemece belirlenmesi gerektiği, hakem ücretinin tespitinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nden yararlanmanın mümkün olmadığı, ücretin uyumsuzluğun değer ve niteliği ile hakemin emeğine ve olayların olağan akışına göre saptanabileceği kabul edilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca, Anayasa'nın hâkimlerin kanunlarla düzenlenenler dışında başka herhangi bir özel ya da resmî görev üstlenemeyeceklerine ilişkin kuralından (AY m. 140/5) hareketle, ayrıca ve açıkça görevlendirilmiş olmadıkça hâkimlerin hakemlik yapamayacağı; bu kabulün hem iş yükü açısından pratik sonuçlarının bulunduğu hem de hâkimlik mesleği bakımından tarafsızlığın korunması noktasında gerekli olduğu ifade edilmiştir. Taraflarla hakem arasında akdedilen sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu, bu sözleşme gereğince hakemliği kabul eden kişinin görevini ifa etmek zorunda olduğu, bunun karşılığında da taraflarca kararlaştırılan ücretin hakemlere ödenebileceği, şayet ücret kararlaştırılmamışsa genel hükümler çerçevesinde mahkemelere başvurularak bu ücretin ödenmesinin talep edilebileceği¹⁴⁶⁵ bu içtihadı birleştirme kararında kabul edilmiştir. Ayrıca kararda, hakemlerin ücretlerini kendilerinin belirlemesinin kabul edilemeyeceği, zira bir kimsenin alacağı bakımından hüküm veremeyeceği dile getirilmiştir. Bunun dışında avukatlık ile hakemliğin niteliklerinin birbirinden farklı olduğu ve bu nedenle hakem ücretinin tespitinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nden yararlanılamayacağı sonucuna varılmıştır.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararının hâkimlere ilişkin ilk kısmı, anayasal bir ilkenin somut olaya uygulanmasından ibaret olup yorum niteliğindedir. İkinci kısım için ise aynı şeyi söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. İçtihadı birleştirme kararının konusunu oluşturan hakem ücretleri konusunda kararın verildiği dönemde pozitif hukukta herhangi bir düzenleme

¹⁴⁶⁴ YİBHKG, 13.05.1964 T., 1964/1 E., 1964/3 K., RG, 08.07.1964, S. 11748.

¹⁴⁶⁵ Ücret davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, C. VI, s. 6036 vd..

yer almamakta, sorun mahkeme içtihatları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktaydı. Bu çerçevede, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taraflar ve hakem arasında hakem ya da tahkim sözleşmesinde belirlenen ücretin geçerli olacağı kabul edilmekte; buna karşın tarafların ücreti belirlememesi hâlinde ise bunun ne şekilde tespit edileceği belirsizlik oluşturmaktaydı¹⁴⁶⁶. Diğer bir deyişle, tarafların sözleşmede hakem ücretini belirlemedikleri hâllerde, hakem ücretinin tespiti bakımından kanunda bir boşluk bulunmaktaydı¹⁴⁶⁷. Söz konusu içtihadı birleştirme kararı ile boşluğun tespiti ve bunun hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması gerektiğinin belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kendisi hukuk yaratarak söz konusu boşluğu bağlayıcı biçimde doldurmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 440'ıncı maddesi ile hakem ücretine ilişkin düzenleme getirildiğinden bu içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı kalmamıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 23.10.1972 tarihinde verilen başka bir kararda¹⁴⁶⁸, hakem kararlarının 1086 sayılı Kanun'un 533'üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi dışındaki bir sebeple bozulması hâlinde, sonraki incelemenin bozma sebepleri ile sınırlı şekilde gerçekleştirilebileceği, bozma dışında kalan kısımların lehine karar verilen taraf bakımından usûlî müktesep hak oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Yargıtay, tahkimin taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hızlı şekilde sonuca ulaşması için tercih edilen bir yöntem olduğunu, hakem kararlarının da mahkeme kararları gibi kesin hüküm niteliğini haiz olduğunu belirtmiş; kararın Yargıtay'ın bozma sebepleri dışındaki diğer kısımlarının kesinleşeceğini, bozmanın kapsamı dışında yeni bir karar verilemeyeceğini kabul etmiştir. Aksi durumda, kararın bozmaya konu olmayan kısımlarının da değiştirilebileceği kabul edilir; ki bu, lehine hüküm tesis edilen taraf bakımından hukukî güvenliğin zedelenmesine yol açabilir. Ayrıca, Yargıtay tarafından bozulan hakem kararının tamamen ortadan kalktığının kabulü, zamanaşımının ne zaman kesildiğinin belirlenmesinde ve faizin hangi tarihten itibaren işleyeceğinin tespitinde de bazı sorunları meydana getirir ve hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu nedenle İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, hakem kararının Yargıtay'ca bozulması hâlinde kararın tamamının ortadan kalktığını söyleyemeyeceğini, bozmadan sonraki incelemenin ancak bozma sebepleri ile sınırlı olarak yapılabileceğini, fakat hakemlerin tarafsız olmaması ya da yetkili bulunmaması nedeniyle

¹⁴⁶⁶ Üstündağ, Usûl, s. 968; Kuru, C. VI, s. 6034-6035.

¹⁴⁶⁷ Bu durumda hakem ile taraflar arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden hareketle sorunun çözümlenmesi gerektiği yönünde bkz. Üstündağ, Usûl, s. 969.

¹⁴⁶⁸ Bkz. YİBBGK, 23.10.1972 T., 1972/2 E., 1972/12 K., RG, 18.12.1972, S. 14395.

kararın bozulması durumunda ise bozma kapsamının dışındaki diğer konularda da inceleme yapılabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁶⁹.

Söz konusu karar ile, hakem kararlarında kısmî bozma kararı verilebileceği kabul edilmiş¹⁴⁷⁰; böylelikle öğretide daha önceki dönemde yapılan ve hakem kararının bozulması hâlinde kararın tamamen mi ortadan kalkmış sayılacağı¹⁴⁷¹ yoksa kısmen mi bozulduğu¹⁴⁷² tartışması son bulmuştur. İçtihadı birleştirme kararı gereğince, Yargıtay tarafından hakem kararının, talep edilmeyen ya da hakemlerin yetkilerini aşan bir konuda verildiği yahut da hakemlerin her iki tarafın iddialarının tamamı hakkında karar vermediği gerekçesi ile bozulması üzerine yapılan yeni yargılamada, yalnızca bozmaya konu husus hakkında inceleme yapılabilir.

İçtihadı birleştirme kararı, hakem kararların yargısal niteliğinin ağır bastığını dikkate alarak bu yargılama sonucunda verilen kararların kesin hüküm niteliğini haiz olduğunu kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak, tıpkı mahkeme kararları gibi, bu kararların da aleyhine temyiz yoluna başvurulmamış ise kesinleşeceğinin kabulü gerekir. Bunun haricinde bozmanın kapsamı dışında kalan hususlar onanmış kabul edildiğinden¹⁴⁷³, kararın bozma kapsamı dışında kalan bölümü kesin hüküm vasfını kazanır. Kesin hüküm ise aynı konuda aynı taraflar arasında aynı sebebe dayanılarak esasa ilişkin yeni bir inceleme yapılmasını engellemektedir (HMK m. 114/1, i). Her ne kadar usûlî müktesep haktan bahsedilse de aslında dikkate alınması gereken husus, hakem kararının kesinleşmesidir. Burada, kararın kim tarafından verildiğinden bağımsız olarak usûl hukukuna özgü temel bir ilkenin uygulanması gündeme gelmektedir. Bu durumda, kanaatimizce, söz konusu karar tahkime ilişkin hükümlerin medenî usûl hukukunun genel sistematigi ve bu hukuk dalına ilişkin ilke ve esasların dikkate alınması yoluyla yorumundan ibarettir. Bu hali ile kararın Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun yetkisi dahilinde verildiğinin kabulü gerekir.

¹⁴⁶⁹ Uygulamada, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bu kararı ile hakemlerin direnme kararı veremeyeceklerinin kesin şekilde tespit edildiği ileri sürülmektedir. Bkz. YHGK, 25.01.2006 T., 2005/728 E., 2006/1 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.07.2020. Ancak kararda, yalnızca hakem kararlarının kısmen bozulması hâlinde kararın bozulmayan kısımların usûlî müktesep hak oluşturacağı ve bozma kararının kapsamına girmeyen hususlarda yeni bir karar verilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, kararın direnme hakkını kesin olarak engellediği sonucuna varılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yönde bkz. **Alangoya, Yavuz**, Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Makaleler, 2012, s. 211 vd..

¹⁴⁷⁰ **Sargin, Fügen**, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının Kısmî İptali İmkânı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 31, S. 2, s. 49.

¹⁴⁷¹ Bu yönde bkz. **Kuntman, Osman**, Hakem Kararı Yargıtayca Bozulunca Ortadan Kalkar, İBD, Y. 1972, C. 46, S. 3-4, s. 253 vd..

¹⁴⁷² **Alangoya, Yavuz**, Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, 1973, s. 222 vd.. Ayrıca bkz. **Üstündağ**, Usûl, s. 975, dn. 135.

¹⁴⁷³ **Özekes**, Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2308.

İnceleme konusu karar hakem kararlarının kesin hüküm niteliğini tespit bakımından bugün de önemini yitirmemiştir. Buna karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hakem kararlarına karşı iptal yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir (HMK m. 439). Kanun’da gösterilen sebeplerin varlığı hâlinde hakem kararı iptal edilir. Bu durumda, yeniden hakem seçilerek ve süre tayin edilerek uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekir¹⁴⁷⁴.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca, 28.01.1994 tarihli kararda¹⁴⁷⁵, tahkim sözleşmesinin taraflarının sözleşmeye maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, hakemlerin buna aykırı şekilde karar vermesinin temyiz sebebi olacağı kabul edilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun hakem kararlarının denetimini konu alan 533’üncü maddesinde gösterilen temyiz sebeplerin genişletilip genişletilemeyeceğini konu alan içtihadı birleştirme kararının verilmesine, Yargıtay 15’inci Hukuk Dairesi’nin bu hususta farklı tarihlerde farklı şekilde vermiş olduğu kararlar sebep olmuştur. Tarafların aralarında akdettikleri tahkim anlaşmasına, uyuşmazlığın maddî hukuka göre çözümlenmesi gerektiği yönünde bir hüküm koymaları durumunda, hakemlerin bu hükümle bağlı olduğu; şayet bu hükme riayet edilmez ve maddî hukuka aykırı şekilde karar verilirse, bu durumda kararın Yargıtay tarafından temyiz aşamasında bozulacağı kabul edilmiştir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa, hakemlerin hakkaniyete uygun biçimde karar verecekleri, bu aşamada maddî hukuka uygunluk denetiminin yapıp yapılmayacağı hususunun kararın kapsamı dışında kaldığı da belirtilmiştir.

1086 sayılı Kanun’un 533’üncü maddesinde¹⁴⁷⁶, hakem kararları aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş ve ancak kanunda gösterilen istisnâî dört durumda hakem kararının bozulması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu uyuşmazlığın temelini teşkil eden mesele, bu hükümle getirilen temyiz sebeplerin genişletilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

¹⁴⁷⁴ Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2783.

¹⁴⁷⁵ Bkz. YİBHKG, 28.01.1994 T., 1993/4 E., 1994/! K., RG, 13.04.1994, S. 21904.

¹⁴⁷⁶ 1086 sayılı Kanun’un 533’üncü maddesi şu şekildedir:

“Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

1 – Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması, 2 – Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi, 3 – Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmiyan meseleye karar vermeleri, 4 – Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.”

Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, gerek öğretideki hâkim görüşten gerekse karşılaştırmalı hukuktan hareketle temyiz sebeplerinin genişletilebileceğini kabul etmiş; taraflar uyuşmazlığın çözümünde maddî hukukun uygulanması yönünde bir anlaşmaya varmışlarsa, bunun hakem heyetinin yetkisini, uyuşmazlığın ancak bu kurallar çerçevesinde çözümlenmesi yönünde sınırlandırmak anlamına geldiğini; bu kurallara uyulmaması hâlinde hakemlerin yetkili olmadıkları konuda karar vermiş olduklarının kabulü gerekeceğini ve bu nedenle kararın bozmayı gerektireceğini ifade etmiştir. Özellikle, mehz kanun olan Neuchatel Usûl Kanunu'nda hakem kararlarının temyiz sebeplerini düzenleyen kuralda yer alan “*Aksine sözleşme yoksa*” ifadesinin, metin kanunlaştırılırken unutulduğu ileri sürülmüş ve varılan sonucun kanun koyucunun iradesine de uygun olduğu kabul edilmiştir.

Kararın karşı oy gerekçelerinden birinde, kararda varılan sonucun doğru olduğu, ancak bu sonucun, 533'üncü maddenin hakemlerin yetkisine ilişkin hükmüne dayandırılmayacağı; usûlî konularda inceleme yaparak bozma hakkı bulunan temyiz mahkemesinin esasa ilişkin konularda evleviyetle yetkili olduğunun kabulünden hareketle sonuca varılması gerektiği dile getirilmiştir. Diğer karşı oy gerekçeleri ise mehz kanundaki ifadenin 1086 sayılı Kanun'a alınmayışının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu; kanun koyucunun “ancak” ifadesi ile de bu tercihini pekiştirdiği ve bu sebepler dışında herhangi bir sebebe dayanılamayacağı belirtilmiş; aksi bir kabulün yasama yetkisini gasp etmek olacağı savunulmuştur. Zira, hâkimlerin mevcut kuralları uygulamanın ötesine geçerek kanunu tadil görevleri yoktur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar kararın gerekçesinde varılan sonucun hakemlerin yetkisine ilişkin düzenleme kapsamında kaldığı ileri sürülmüş olsa da bu aslında, Kanun'un temyiz sebeplerine yönelik 428'inci maddesinde yer alan “*Kanunun ve iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması*” hükmünün, tahkim bakımından kıyasen uygulanmasından ibarettir. Hakemlerin yetkileri dahilinde bulunmayan meseleye karar vermeleri ile kastedilen, konu bakımından hakemlerin yetkili olup olmadığıdır¹⁴⁷⁷. Tahkim anlaşmasının kapsamına giren bir konuda uyuşmazlığın çözümünde hangi kuralların uygulanacağını belirlenmesi, bu bent çerçevesinde bir yetki aşımı teşkil etmez.

Kanun'da hakemlerin ne şekilde karar vereceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, ancak Yargıtay'ın hakem kararlarına ilişkin yerleşmiş içtihatlarıyla, hakemlerin hak ve nesafete uygun şekilde karar vereceklerinin kabul edildiği; taraflar uyuşmazlığın maddî hukuka göre çözümünü isterse bu durumda, maddî hukuk kurallarının dikkate alınması

¹⁴⁷⁷ **Kuru**, C. V, s. 6098 vd. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2756 vd..

gerekeceği belirtilmiştir. Öğretide ise bu ayrımın maddî hukuk kurallarının hak ve nesafete uygun olmadığı gibi bir sonuca sebep olabileceği dile getirilmiştir¹⁴⁷⁸. Öğretideki bu görüşe göre, hakemlerin maddî hukuka bağlılığı esastır; ancak hakem usûlünün iradîliği karşısında, eğer taraflar maddî hukukun emredici kurallarından ayrılmayı isterse buna imkân tanınması gerekir¹⁴⁷⁹. Öğretide konuya ilişkin dile getirilen diğer görüş ise Kanun’daki düzenleme dikkate alındığında hakemlerin maddî hukuka uygun olmayan, kendi hakkaniyet anlayışlarına göre karar vermeleri hâlinde kararın bozulması mümkün olmamalıdır¹⁴⁸⁰. Bu görüşe göre ise tarafların maddî hukuka göre karar verilmesi hususunda anlaşmış olmasına karşın hakemlerin buna riayet etmemesi bozma sebebi sayılamaz. Bu her ne kadar hatalı bir sonuç olsa da kanunî bir değişiklik yapılmadıkça, bu düzenlemenin başka şekilde anlaşılması mümkün değildir¹⁴⁸¹.

Kanaatimizce, hakemlerin ne şekilde karar verecekleri ile verilen bu kararın kanun yolu aşamasında ne şekilde inceleneceği hususları birbirine karıştırılmamalıdır. Elbette ki, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yargılamasını seçen tarafların, hukuka ve hakkaniyete aykırı, adaletsiz kararların verilmesini de benimsedikleri söylenemez. Taraflar, sözleşme ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Ancak, hakemlerin karar verirken bu belirlenen hukuka ne derece riayet ettiğinin denetlenmesi, esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinden farklıdır. Bir kuralın benzer diğer bir olaya kıyasen uygulanabilmesi, ancak düzenlemenin amacının buna imkân tanıdığı ölçüde mümkündür¹⁴⁸². Şayet kanun koyucunun hakem kararının denetimi bakımından öngördüğü yolda sınırlı sebepler benimsenmiş ise bu sebeplerin kanun koyucunun iradesini ve düzenlemenin amacını aşacak biçimde genişletilmesi, kıyas değil, aksine hukuk yaratma anlamına gelir. Daha önce de ifade edildiği gibi¹⁴⁸³, bir düzenlemenin istisnaî bir alanı kapsıyor olması ya da sınırlı bir saymayı içermesi, bu düzenlemenin her zaman yalnızca kanunda lafzen ifade edilen hususlardan ibaret olduğu ve dar yorumlanması gerektiği anlamını taşımaz. Kanunî düzenlemede açıkça ifade edilmemiş olmasına karşın düzenlemenin amacı kapsamında kalan hususlar da dikkate alınmalıdır. Bu noktada sınır, kanun koyucunun düzenlemeyi getirmekteki düşüncesi ile düzenlemenin objektif amacıdır. Söz konusu karada da bu çerçevede karar verilmesi gerekir.

Kanun koyucunun Neuchatel Usûl Kanunu’ndaki kurala rağmen farklı şekilde bir kural ihdas ettiği; hem mehz kanunda yer alan “*aksine sözleşme yoksa*” ifadesinin metne

¹⁴⁷⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 624.

¹⁴⁷⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 623.

¹⁴⁸⁰ Postacıoğlu, Usûl, s. 802-803.

¹⁴⁸¹ Postacıoğlu, Usûl, s. 806-807.

¹⁴⁸² Bkz. § 4, A, 2, b.

¹⁴⁸³ Bkz. § 4, A, 2, c.

alınmamasından hem de “*ancak*” diyerek tahdidî bir düzenleme getirildiğinin vurgulanmasından anlaşılabilir. Pek çok kanun değişikliğinde, uygulamadaki bu tereddüte rağmen, söz konusu kuralda herhangi bir değişiklik yapmamış olması da kanun koyucunun iradesinin, kuralın yalnızca sayılan sebepleri kapsaması gerektiği yönünde olduğu görüşünü destekler. Düzenlemenin amacı, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıkların, hakemlerin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yetkilerine hâlel getirmeksizin, sadece usûlî bazı konularda denetlenmesini sağlamaktır. Hakem kararlarına karşı karar düzeltme yolunun öngörülmemiş olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Bu çerçevede, temyiz kanun yolu için öngörülen kuralın hakem yargılamasında kıyasen uygulanması mümkün görünmemektedir. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi bilinçli olduğundan, Kanun’da bu konuda bir boşluk bulunduğu da söylenemez. Düzenlemenin, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağı endişesi haklı olsa da kanunun lafzına ve amacına aykırı şekilde düzeltilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü hukuk yaratma anlamını taşır; ki söz konusu içtihadı birleştirme kararı ile kanun koyucunun iradesinin aksine yeni bir temyiz sebebinin ihdas edildiği kabul edilmelidir. Bu durum Anayasa’nın 142’nci maddesine aykırıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hakem kararları aleyhine Bölge Adliye Mahkemesi’nde iptal yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş ve 1086 sayılı Kanun’daki temyiz sebeplerinden daha kapsamlı şekilde, ancak yine de sınırlı bazı sebepler ile kararın iptal edilebilmesi kabul edilmiştir (HMK m. 439). Söz konusu hükümde de hakem kararının sözleşmeye ya da maddî hukuka aykırı şekilde verilmiş olması bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiş; bu kararlar aleyhine ise aynı gerekçelerle temyiz kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Kuralın gerekçesinde ise “*İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez.*” denilerek, kanun koyucunun iradesinin hakem kararının esas bakımından herhangi bir denetime tâbi tutulmaması yönünde olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Bu noktada yalnızca, kararın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği hâllerde, bununla sınırlı olarak bir inceleme yapılabilir¹⁴⁸⁴. Dolayısıyla bugün, söz konusu içtihadı birleştirme kararının, kanun koyucunun iradesine rağmen uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

¹⁴⁸⁴ Kamu düzenine aykırılığın tespitinde de hakem kararının esas yönünden herhangi bir şekilde denetlenmesinin mümkün olmaması gerektiği yönünde bkz. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2779.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 13.04.2018 tarihli, kararında¹⁴⁸⁵, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce akdedilen tahkim sözleşmeleri gereğince bu Kanun'un yürürlüğünden sonra verilen tahkim kararlarının denetimi açısından, 1086 sayılı Kanun'da düzenlenen temyiz kanun yolunun değil; 6100 sayılı Kanun ile kabul edilen iptal davasının uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte akdedilmiş olup da bu Kanun'un yürürlüğünden sonra verilen hakem kararları aleyhine başvuru yolunun 1086 sayılı Kanun'a mı yoksa 6100 sayılı Kanun'a göre mi belirleneceği hususunda Yargıtay daireleri¹⁴⁸⁶ arasında ortaya çıkan görüş ayrılığı nedeni ile içtihatların birleştirilmesi gerekmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na yapılan inceleme sonucunda, tahkim anlaşmalarının usûl yönünün daha ağır bastığı ve bu nedenle usûl sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş; usûl hukukuna ilişkin kuralların herhangi bir geçiş hükmü öngörülmemesi hâlinde derhal uygulanacağı prensibinden hareketle, tahkim kararlarına karşı başvuru yoluna ilişkin kuralın zaman bakımından uygulanmasında herhangi bir geçiş hükmü bulunmadığından derhal uygulanacağı kabul edilmiştir. Kararda, taraflarca 6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılan sözleşme ile sözleşmenin hazırlandığı dönemde yürürlükte bulunan kanunların uygulanacağının kabul edilmesi durumunda dahi, geçiş hükümlerinin taraf iradeleri ile öngörülmesinin mümkün olmadığı ve tarafların tahkim kararı aleyhine başvuru yolunu belirleme özgürlüğüne sahip olmadıkları ifade edilmiştir.

Kararın karşı oy gerekçesinde ise tahkim anlaşmasının maddî hukuk yönünün ağır bastığı, bu süreçte taraf iradelerinin ön planda tutulduğu, tarafların sözleşmeyi akdettikleri dönemde yürürlükte bulunan kuralların uygulanması yönünde irade sergilemişlerse, artık kanun değişikliği nedeni ile bu iradenin aşılmasının hukukî güvenliği zedeleyeceği savunulmuştur. Bu çerçevede önem arz eden husus, 1086 sayılı Kanun döneminde aslında Kanun'da açıkça belirtilmemekle birlikte 1994 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilen temyiz sebebinin 6100 sayılı Kanun'da yer almamasıdır. 1994 tarihli içtihadı birleştirme kararında¹⁴⁸⁷, taraflar

¹⁴⁸⁵ Bkz. YİBHKG, 13.04.2018 T., 2016/2 E., 2018/4 K., RG, 18.09.2018, S. 30539.

¹⁴⁸⁶ Esasen başvuruda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu konuda kararları olduğu ifade edilmiş; ancak Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu bahse konu kararların bazılarının farkı konulara ilişkin olduğunu bazılarının ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi hakem yargılamasını konu aldığını gerekçe göstererek inceleme kapsamında kalmadığını kabul etmiş ve bu nedenle içtihatların birleştirilmesi görüşmeleri Hukuk Genel Kurulu'na gerçekleştirilmiştir. Bkz. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 13.03.2018 tarih ve 88 sayılı kararı.

¹⁴⁸⁷ YİBHKG, 28.01.1994 T., 1993/4 E., 1994/1 K., RG, 13.04.1994, S. 21904.

tahkim anlaşması ile uyuşmazlığı maddî hukuka göre çözümlenmesini isterse, hakemlerin bu kurallara uygun şekilde karar vermesi gerektiği; aksi hâlde Yargıtayca hakem kararının bozulacağı kabul edilmiştir. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının, bu hükme dayanarak hakem heyeti kararının Yargıtayca hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı noktasında da değerlendirileceğine yönelik güven ile imzalanması hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda iptal sebebi olarak bu hükmün düzenlenmeyişi ve kuralların gerekçesinde de bu hususun iptale konu olamayacağının belirtilmesi karşısında¹⁴⁸⁸, hukukî güvenliğin zedeleneyeceği dile getirilmiştir. Bu çerçevede, Kanun'da bir geçiş hükmüne ihtiyaç duyulduğu ve bu konuda bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun yorum yolu ile doldurulması gerektiği savunulmuştur.

Açıklanan gerekçelerden de anlaşıldığı üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, mevcut kanunî düzenlemelerin yorumundan hareketle uygulamadaki sorunu çözüme kavuşturmuştur.

Tahkim yerinin Türkiye, tahkimin tâbi olduğu hukukun Türk hukuku olduğu bir yargılamada tahkim kararının denetimine ilişkin kurallar Türk hukukuna göre belirlenir. Bu aşamada kanunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmuşsa, zaman bakımından uygulama kuralları gereğince söz konusu değişikliğin uygulanması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hakem kararları aleyhine iptal yolunun öngörülmüş, bu kuralların uygulanması açısından ise herhangi bir geçiş hükmü getirilmemiştir. Diğer bir deyişle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun derhal uygulamaya ilişkin 448'inci maddesinin uygulanmasına engel herhangi bir düzenleme yer almamaktadır¹⁴⁸⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesinde yer alan iptal sebepleri ve düzenlemenin gerekçesi dikkate alındığında, kanun koyucunun amacının hakem kararlarının denetimini şekli bazı sebeplerle sınırlamak olduğu anlaşılabılır. Bunun dışında ise söz konusu kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği hâller iptal sebebi sayılmıştır. Bu kararlara karşı yine aynı sebeplerle temyiz yoluna başvurulabileceği de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesinin altıncı fıkrası ile düzenlemiştir. Kanun koyucu, tarafların iradelerine öncelik tanımakta ve mahkemelerin denetimini olabildiğince sınırlandırmaktır. Bu

¹⁴⁸⁸ HMK Gerekçe m. 443: “*Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir.*”, Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamarali/Kanunlasari/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, s.e.t. 09.07.2020.

¹⁴⁸⁹ Bu yönde bkz. **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından, s. 444; **Pekcanitez, Hakan**, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, 2015, s. 1398, 1401, 1405 vd.; **Özbay, İbrahim**, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 802-803.

şekilde tahkim yargılamasından beklenen süratin de sağlanabileceği düşünülmektedir. Ayrıca, 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak, iptal başvurusunun kural olarak kararın icrasını durdurmayaacağı kabul edilmiştir (HMK m. 439/4).

Şayet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce akdedilen, ancak bu Kanun'un yürürlüğünden sonraki tarihte verilen hakem kararlarının 1086 sayılı Kanun'da öngörülen temyize tâbi olduğu kabul edilirse, hem kararın icrası için temyiz incelemesinin sonucunun beklenmesi gerekecek hem de temyiz başvurusu üzerine karar düzeltme yolu kapalı olduğundan, 6100 sayılı Kanun'a göre iki aşamalı denetim imkânının yanlış bir yorum nedeni ile teke indirilmesi söz konusu olacaktır¹⁴⁹⁰. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüme kavuşturulmasını isteyen bireylere, Kanun aracılığı ile tanınan bu hakların yorum yolu ile uygulanamaz hâle gelmesi, kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, yorum yolu ile varılan sonucun düzenlemenin amacı bakımından da daha isabetli olduğu kabul edilmelidir.

Kararın sonuca etkili olmayan gerekçe kısmında, tahkimin hukukî niteliğine ilişkin de bazı tespitler yapılmıştır. Ancak yapılan nitelendirmelerin birbiri ile çeliştiği görülmektedir¹⁴⁹¹. Ayrıca içtihatların birleştirilmesi başvurusunda isabetle gösterildiği gibi, Hukuk Genel Kurulu'nun, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi hakem kararları aleyhine başvuru yolunu düzenleyen hükmünün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kararlarını da dikkate alarak, yalnızca millî hakem kararları için değil, milletlerarası tahkim kararlarını da kapsayan bir karar vermesi yerinde olurdu. Zira, bu hâliyle millî ve milletlerarası hakem kararları bakımından benzer konularda çelişkili kararlar verilmeye devam edilmekte; bu ise içtihadı birleştirme kararının amacına ulaşmasına engel olmaktadır.

Tahkim bahsine son vermeden önce, üzerinde durulması gereken bir diğer karar ise 3533 sayılı Kanun'un uygulama alanı ile ilgilidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 1978 yılında verdiği bir kararda¹⁴⁹², Vakıflar Genel Müdürlüğü ile 3533 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde işaret edilen kuruluşlar arasında mülkiyeti vakfına ait olan ve tüzel kişiliği bulunan

¹⁴⁹⁰ Bkz. **Pekcanitez**, Tahkim, s. 1405 vd.

¹⁴⁹¹ “Bu hâliyle tahkim, *alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir*. Tahkimin üç unsurundan bahsedilebilir. Bunlar:

a- Hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla görevli olması,

b- Hakemlerin yapmış oldukları yargısal faaliyetin taraflar arasında bağitlanmış bir sözleşmeye dayanması.

c-Tahkimin *özel bir yargılama usulü olmasıdır*”, Bkz. YİBGK, 13.04.2018 T., 2016/2 E., 2018/4 K., RG, 18.09.2018, S. 30539.

¹⁴⁹² Bkz. YİBGK, 06.03.1978 T., 1978/2 E., 1978/2 K. www.legalbank.net, s.e.t. 14.08.2019.

mazbut vakıflar nedeni ile meydana gelen uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetinin değil, genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

Bahsi geçen kararda, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 3533 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için, uyuşmazlık taraflarının katma bütçeli idarelerden ya da iktisadî devlet teşekküllerinden olması ve bu kuruluşların kendilerine verilen görevin ifası için kullandıkları malların tamamının devlet malı olması gerektiğini ifade etmiştir. 26.05.1935 tarihli, 78/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile devlet mallarının Muvazeneyi Umumiye Kanunu'nda sayıldığı ve vakıf mallarının bu kapsamda değerlendirilmediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla mazbut vakıfların malları, devlet malı niteliğini haiz olmayıp Vakıflar Genel Müdürlüğü bu vakıfların yalnızca temsilcisi konumundadır. İçtihadı Birleştirme kararına göre görev kuralları yorum yolu ile genişletilemeyeceğinden, malvarlığı devlet malı olarak nitelendirilemeyen bu kuruluşlara ilişkin uyuşmazlıklarda Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bunları temsil ediyor olması 3533 sayılı Kanun'un uygulanabileceği anlamına gelmez.

Esasen, 3533 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin lafzı dikkate alındığında katma bütçeli idareler açısından bu Kanun'un uygulanabilmesi için mallarının tamamının devlet malı olması aranmamaktadır. Aksine söz konusu düzenlemeye “*umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daire ve belediyeler*”in bu Kanun'un uygulama alanı içinde kaldığı belirtildikten sonra aynı cümlede “*sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya hususi idareler ait olan daire ve müesseseler*” ayrıca belirtilmiştir. Kararda, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün katma bütçeli idareler arasında yer aldığı¹⁴⁹³ ifade edildiğinden, Kanun'un lafzına göre ise katma bütçeli idareler bakımından mallarının tamamının devlete ait olması şartı aranmadığından söz konusu karar ile kanunî düzenlemenin lafzını aşan bir yoruma ulaşılmıştır. Ancak, mazbut vakıflar bakımından, ayrıca, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yalnızca bir temsilci olduğu ifade edilerek, aslında uyuşmazlığın tarafının malvarlığı kendisine ait olan bir vakıf tüzel kişiliği olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durumda, bir özel hukuk tüzel kişisinin bir kamu kuruluşu ile özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkları bakımından 3533 sayılı Kanun uygulanamayacağından, karar gerekçesinde yer alan yorum bakımından düzenlemenin lafzını aşsa da sonucu itibari ile düzenlemenin lafzına ve amacına uygundur. Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bahsi geçen kararı hâlen uygulanmaktadır¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹³ Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2003 yılından bu yana yürürlükte bulunan 5018 sayılı Kanun'a ekli II sayılı cetvele göre özel bütçeli idareler arasında yer almaktadır. Bkz. 5018 sayılı Kanun, II sayılı Cetvel, B, 17.

¹⁴⁹⁴ Bkz. Y3HD, 02.07.2012 T., 2012/11024 E., 2012/16543 K., www.lexpera.com, s.e.t. 22.07.2020. Uyuşmazlığın Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kendisine ait bir taşınmaza ilişkin olması hâlinde ise 3533



SONUÇ

Bu çalışmada, medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların mahkemeler tarafından anlamlandırılması ve uygulanması ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve Yargıtay içtihadı birleştirme kararları inceleme konusu yapılmış; burada yapılan tespitlerin ardından, medenî usûl hukukuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararları değerlendirmeye tâbi tutularak uygulamadaki durum da ortaya konulmuştur. Bu çerçevede çalışmada şu sonuçlara varılmıştır:

Medenî usûl hukuku kurallarının uygulaması bunların yorumlanmasına bağlıdır. Her metin gibi hukuk metinlerinin de uygulanabilmesi öncelikle anlamlandırılmasını gerektirir. Medenî usûl hukuku kurallarının nasıl yorumlanacağı, öncelikle bu hukuk dalına ilişkin ayrı bir metodolojinin bulunup bulunmadığına göre tespit edilebilir. Bu bağlamda, medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda genel yorum ilkelerinden ayrılmayı gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Zira bir hukuk dalının kendine özgü ilke ve değer yargılarının bulunması, onun ayrı bir metodolojiye sahip olduğu anlamını taşımaz. Hangi alana ait olursa olsun, hukuk kurallarının yorumunda benzer yöntemler kullanılır, ancak bu yapılırken kuralın ilgili olduğu alanın ilke ve değerleri de dikkate alınır.

Medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda öncelikle kuralın lafzından hareket edilmeli, bunun yanı sıra ilgili kuralın kanundaki ve hukuk sistemindeki yeri ile henüz kanunlaşmadan, daha hazırlık aşamasından itibaren gelişimi ve değişimi de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, kanun koyucunun söz konusu kuralı getirme amacı ile kuralın kanunlaştıktan sonra kazandığı objektif amaç da kuralın anlamlandırılması ve uygulanması bakımından büyük önemi haizdir. Söz konusu kriterlerin birbirine önceliği bulunmamaktadır. Çünkü, sosyal bilimlerin bir parçası olan hukukta, matematiksel bir kesinlikten bahsedilemez. Kuralın yorumu, yorumcunun yaşına, eğitimine, tecrübesine, içinde bulunduğu ortama ve zamana göre farklılaşabilir. Bu noktada, kuralın lafzını aşmaması, genel mantık ilkelerine ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmaması şartı ile bahsi geçen kriterlerden herhangi biri dikkate alınarak sonuca varılabilir.

Genel yorum ilkelerinden ayrılmanın gerekli olmamasına karşın medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda bu hukuk dalının kendine özgü ilkelerinin dikkate alınması gerekir.

Medenî usûl hukukuna ilişkin kurallar hem kamu hukuku hem de özel hukuk karakterini haizdir. Dolayısıyla bu kuralların yorumunda ne özel hukuktaki gibi taraflara tanınan irade serbestisinden ne de kamu hukukundaki gibi hâkime tanınan geniş yetkiden bahsedilebilir.

Medenî usûl hukuku kurallarının bu niteliği, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi dikkate alındığında önem arz etmektedir. Çünkü, bu hükme dayanılarak Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel ilkelerinin özel hukuka ait olmayan medenî usûl hukuku kuralları bakımından doğrudan uygulanması mümkün değildir. Oysa, Türk Medeni Kanunu'nun kanunların uygulanmasına ve kural bulunmadığı durumlarda hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin hükümleri, hukukun genel bir ilkesini ortaya koymaktadır ve bu hâli ile medenî usûl hukuku bakımından da uygulanabilir.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda düzenlemenin amacı ayrı bir önemi haizdir. Zira, bu kuralların amacı bakımından çeşitli görüşler dile getirilmekte; bu görüşlerden hangisinin benimsendiği, kuralın yorumu ile varılan sonucu etkilemektedir. Bu çerçevede, medenî usûl hukukunun amacına yönelik olarak öğretide hukuk düzeninin korunması, maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi, hukukî barışın tesisi ya da gerçeğe ulaşılması gibi görüşler ifade edilmiştir. Ancak, bu görüşler medenî usûl hukukunun çekişmeli yargı temelinde değerlendirilmesinin bir sonucudur. Buna karşın, medenî usûl hukukunun konusunu hem çekişmeli yargı hem çekişmesiz yargı hem de mahkeme dışı çözüm yöntemleri oluşturmakta; bunların tamamını kapsayan tek bir amaçtan ise bahsedilememektedir.

Çekişmeli yargı bakımından, genel olarak kabul edildiği üzere maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi bu hukuk dalının amacı olabilir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382'nci maddesi ile hakkın yokluğu hâlinde de bir çekişmesiz yargı işinden bahsedilebileceğinin açıkça düzenlendiği, alternatif çözüm yöntemlerinde ise hakkın değil menfaatin ön planda tutulduğu dikkate alındığında, maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi amacının usûl hukukunun bu alanlarına da teşmil edilebileceği iddia edilemez. Çekişmesiz yargıya ilişkin kuralların niteliği gereğince, bunların kamu düzeninin ve dolayısıyla hukukî düzenin tesisini hedeflediği; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin amacının ise hukukî barışı sağlamak olduğu anlaşılabılır. Bu bağlamda, kuralın usûl hukukunun hangi alanına ilişkin olduğu, yorumu bakımından benimsenen amacın tespitinde önem taşımaktadır. Buradan hareketle, çekişmeli yargıya ilişkin bir kuralın yorumunda hakkın gerçekleştirilmesi düşüncesi önem taşıırken, çekişmesiz yargıda hukuk düzeninin korunması için en uygun yorumun tercih edilmesi gerekmektedir.

Bütün hukuk kuralları gibi medenî usûl hukuku kurallarının da hiyerarşik bakımdan daha üstte bulunan kurallara aykırı olmaması gerekir. Bu çerçevede kuralın özellikle Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanması, şayet yorum ile birden fazla sonuca varılıyorsa bu sonuçlardan Anayasa'ya en uygun olanın tercih edilmesi gerekir. Ancak, kuralın lafzına ve

amacına aykırı biçimde Anayasa'ya uygun yorumu yapılamaz. Yine, usûl kurallarının yorumunda uluslararası hukukun ilke ve esasları ile ikili ya da çok taraflı uluslararası anlaşmaların da dikkate alınması, birden fazla yorum içinden bu ilkelere en uygun olanın seçilmesi gerekir.

Hukuk düzeninde yeknesaklığın sağlanması açısından medenî usûl hukuku kurallarının ve özellikle çekişmeli yargıya ilişkin kuralların yorumunda maddî hukukun tanıdığı hakkın kaybına en az yol açan yorumun dikkate alınması gerekir. Diğer bir deyişle medenî usûl hukukuna ait bir kuralın farklı şekillerde yorumunun mümkün olduğu durumlarda, maddî hukuka en uygun olan yorumun esas alınması gerekir. Bunun sınırını ise usûl hukukunun kendine özgü ilke ve değerleri oluşturmaktadır.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumunda dikkate alınması gereken diğer bir husus ise yargılamanın dinamikliğidir. Yargılamanın başından sonuna kadar sürekli gelişen ve değişen bir süreç olarak kabul edilmesi ile kuralın yorumunda da bu dinamikliğin göz önünde bulundurulması, yorumun değişen durumlar dikkate alınarak yapılması gerekir.

Nihayet usûl hukukuna ilişkin kuralların yorumunda, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede, usûl kurallarının yorumunda hukukî öngörülebilirlik dikkate alınmalı, hakkaniyete aykırı sonuçlara varacak biçimde yorumdan kaçınılmalıdır. Yine usûlî kurallar tasarruf ilkesine ve dürüstlük ilkesine uygun şekilde yorumlanmalı; silahların eşitliği ilkesi bu kuralların yorumunda da dikkate alınmalı ve yorumla ulaşılan sonuç, gerekmediği hâlde bir tarafı daha dezavantajlı duruma düşürmemelidir. Yorumla birden fazla sonuca ulaşıldığı durumlarda en pratik, en hızlı ve en ucuz olanın tercih edilmesi de usûl hukukunun bir gereğidir. Medenî usûl hukukuna ilişkin ilkelerin bu hukuk dalına ait kuralların yorumunda dikkate alınması, usûl hukukunun amacına uygun şekilde karar verilmesini sağlar. Dolayısıyla bu ilkeler, usûl kurallarının yorumunda amaca uygunluğun tesisini sağlar. Ancak, bu yapılırken aşırı şekilcilikten uzak durulmalı, usûl hukukunun keyfiliği önleme görevinin ötesine geçilerek kişilerin hak kaybına neden olunması engellenmelidir. Bu noktada, kuralın kamu düzenini korumak bakımından üstlendiği işlev dikkate alınmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

Medenî usûl hukuku kurallarının yorumu bakımından çalışmada incelenen bir başka konu ise somut uyuşmazlık bakımından kanunda lafzen uygulanabilecek herhangi bir hükmün bulunmaması ya da mevcut hükmün lafzının amacını aşacak şekilde geniş olmasıdır. Kanunda lafız itibarı ile olmasa da amacı itibarı ile uygulanabilecek bir hükmün bulunduğu durumlarda

bir boşluktan bahsedilemez. Bu durumda, kuralın amacından hareketle benzer durumdaki olaya uygulanması, kanunun amacı itibari ile yorumundan ibarettir. Bunun gibi, kanunda yer alan kuralın somut uyuşmazlığa lafzen uygulanabildiği ve fakat amacı itibari ile uygulanmasının mümkün olmadığı hâller için de aynı durum geçerlidir. Kanunda kıyasen uygulanabilecek bir hükmün bulunduğu yahut da amaca uygun sınırlanması gereken bir kuralın yer aldığı durumlarda, herhangi bir kanun boşluğundan bahsedilemez. Bu durumda, kanun koyucunun iradesi ile düzenlemenin amacından hareketle kuralın anlamlandırılması söz konusudur. Bu tespit, Anayasa'nın 142'nci maddesi gereğince kanunîliğin benimsendiği usûl hukuku açısından önem arz etmektedir. Zira, kuralın amacından hareket edildiği ve kanunu aşan herhangi bir yorum faaliyetine girişilmediği için kıyasın ve amaca uygun sınırlamanın medenî usûl hukukunda uygulanması, kanunîlik ilkesini zedelemeyiz.

Kanunda ne lafzen ne de amacı itibari ile uygulanabilecek bir kuralın bulunduğu durumlarda ise kanun boşluğundan bahsedilir ve bu durumda örf adet hukukunda da uygulanabilecek herhangi bir kural bulunamıyorsa hâkimin hukuk yaratması gerekir. Ancak bunun için, hâkimin hukuk yaratmasını engelleyen bir durumun da bulunmaması şarttır. Esasen hâkimin hukuk yaratması, kendiliğinden hak almanın yasaklandığı bir hukuk devletinde hak arama özgürlüğünün bir sonucudur. Hâkimin, önüne gelen uyuşmazlık bakımından kanunda uygulanabilecek bir hükmün yer almadığını tespit etmesi hâlinde de bu uyuşmazlıkla ilgili olarak karar vermesi anayasal bir zorunluluk olduğundan, gerekli hâllerde ve koşulların oluşması şartıyla hâkim hukuk boşluklarını hukuk yaratarak doldurmalıdır.

Kanunda yer alması gerektiği hâlde bulunmayan kuralın medenî usûl hukukuna ilişkin olması hâlinde ise hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Zira, Anayasa'nın 142'nci maddesi ile mahkemelerin kuruluşu, görevi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile yargılamada keyfiliğin önlenmesi ve hukukî öngörülebilirliğin sağlanması hedeflenmiştir. Anayasa'nın bahsi geçen hükmü, yargılama hukukuna ilişkin kural koyma tekeliyi yasama organına bırakmış, yürütme ve yargı organlarının usûl kanunlarına aykırı ya da bundan farklı şekilde kural ihdas edebilmesine imkân tanımamıştır. Dolayısıyla, medenî usûl hukukuna ilişkin konularda kanunda bir düzenlemenin bulunmaması, plana aykırı bir boşluk olarak değil, kanun koyucunun bu konuyu düzenlemek istememesi olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle lafzen ya da amacı itibari ile uygulanacak bir kuralın bulunmadığı böyle bir durumda, aksi ile kanıt yoluna başvurulmalıdır.

Mahkemelerin medenî usûl hukukuna ilişkin kuralları yorumlaması ve uygulaması ile bu kuralların ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin genel ilkeler de tespit edilmiş olur. Zira hukuk kurallarının somutlaştırıldığı mahkeme kararları, aslında hâkimlerin kanunlarda yer alan kuraldan ne anladığını ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun hâkimlerin karar verirken mahkeme kararlarından da yararlanacağını düzenleyen hükmü karşısında, önceki mahkeme kararları ile kuralın uygulanışına ilişkin olarak benimsenen görüşlerin sonraki yargılamalar bakımından ne derece etkili olduğunun da tespiti gerekir. İşte bu noktada, hem Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesinin hem de hukukî öngörülebilirliğin tesisinin ve hukukî güvenliğin korunmasının bir gereği olarak, emsal kararların bağlayıcılığı kabul edilmeli; buna karşın sosyal hayattaki değişiklikler, toplumun değer yargılarındaki farklılaşma, teknolojiadaki gelişmeler nedeni ile yahut da önceki yorumun hatalı olduğunun tespiti hâlinde emsal kararlardan sapılması mümkün olmalıdır. Diğer bir deyişle, emsal kararlar kural olarak sonraki benzer konularda mahkemeleri bağlar. Buna karşın daha tatmin edici farklı bir gerekçenin ileri sürülmesi hâlinde ise artık bu karardan ayrılmak mümkündür.

Emsal kararların bağlayıcılığı, yalnızca kararın sonuca etki eden gerekçesi bakımından geçerlidir. Bunun dışında, kararın gerekçesinde yer almakla birlikte sonuca etki etmeyen, o husus kararda belirtilmeseydi de aynı şekilde sonuca varılacağı anlaşılan hususlar bakımından ise herhangi bir bağlayıcılık söz konusu değildir. Bunlar, sonraki yargılamalar bakımından ancak yardımcı kaynak niteliğini taşır.

Emsal mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunda kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmamakta; bazı anayasal ilkeler nedeni ile bunların bağlayıcılığı kabul edilmektedir. Oysa içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı açıkça kanunla düzenleme altına alınmıştır. Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerine aittir ve bu kurallar hukuka uygun olmak şartıyla farklı ölçütler dikkate alınarak farklı şekillerde yorumlanabilir. Hukuk devleti ise bireylere hukukun eşit şekilde uygulanmasını sağlamalıdır. İşte bu çerçevede, derece mahkemeleri tarafından farklı şekilde yorumlanan kuralların uygulamada yarattığı çelişkinin giderilmesi ve hukukun yeknesak şekilde uygulanması içtihadı birleştirme kararları ile gerçekleştirilebilir.

Alman ve İsviçre hukuklarında federal mahkemenin çeşitli daireleri arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarının giderilmesi bakımından içtihatların birleştirilmesine yönelik benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, her iki hukuk sisteminde de dairelerin görevlerine ilişkin uzmanlaşmanın sağlanmış olması ve federal mahkemenin incelemekle görevli olduğu dosya sayısının azlığı nedeni ile içtihadı birleştirme kurumuna nadiren başvurulmaktadır. Ayrıca, bu

lkelerde, kararları arasında çelişki bulunan daireler içtihadın birleştirilmesi için başvuru yapmadan önce birbirleri ile görüşerek çelişki yaratan kararlardan birinden vazgeçmek yolu ile sorunu çözebilmekte; bu nedenle içtihatların birleştirilmesi yoluna bavurulmasına da gerek kalmamaktadır.

Türk hukukunda ise hem Danıştay hem Sayıştay hem de Yargıtay açısından içtihatların birleştirilmesi kurumu ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yargıtay’ın daireleri ile genel kurulları arasında meydana gelen içtihat farklılıklarında bu yola başvuru mümkün olduğu gibi, bir dairenin önceki içtihadından dönmek istemesinde yahut da içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi gerektiğinde de bu yola başvurulabilir. Bu yolla ülke genelinde hukukun yeknesak biçimde uygulanması sağlanır.

İçtihadı birleştirme kararları, somut olaydan bağımsız olarak bir hukuk kuralının ne şekilde uygulanması gerektiğini konu almaktadır. Kanun gereği bağlayıcılık vasfını haiz olan bu kararlar ile hukuk kuralına ilişkin, mahkemelerin farklı şekildeki yorumları arasından hukuka en uygun olanının tespiti sağlanmaktadır. Bu yönüyle, adli yargı alanında en yüksek mahkeme olan Yargıtay’ın bu alana ilişkin hukuk kuralları bakımından otantik yorum yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Zira, Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı ile vardığı sonuç, bundan sonraki yargılamalarda alt derece mahkemeleri ile Yargıtay’ın daire ve genel kurullarını bağlar. İçtihadı birleştirme kararlarının somut olaydan bağımsız şekilde, genel, soyut ve bağlayıcı niteliği dikkate alındığında, bu kararlar ile hukuk boşlukların tespit edilebileceği ancak bu boşluğun ne şekilde doldurulacağının belirlenemeyeceği ve bu kararlarla hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, mevcut bir kuralın yorumunu konu aldığı müddetçe Anayasa’ya uygun kabul edilir. Çünkü, içtihadı birleştirme kararları, mevcut hukuk kurallarının hukuka en uygun şekilde yorumu ile hukukun ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasına hizmet etmektedir. Oysa, bu kararlarla, hukuk düzeninde mevcut olmayan yeni bir kuralın ihdas edilmesi, en başta kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Zira içtihadı birleştirme kararları ile hukuk yaratılması, maddi anlamda kanun konulmasından başka bir şey değildir. Ayrıca, hâkimin hukuk yaratabilmesi somut bir uyuşmazlığı gerektirdiğinden, içtihadı birleştirme kararları niteliği gereğince de hukuk yaratmaya uygun değildir.

Medenî usûl hukuku kuralları bakımından durum değerlendirildiğinde ise usûl hukukuna ilişkin bir kuralın farklı şekillerde yorumlanması nedeni ile içtihatların birleştirilmesi hâlinde, Anayasa’nın öngördüğü kanunilik ilkesi zedelenmeyeceği gibi usûl hukukuna ilişkin kuralın eşit şekilde uygulanması yoluyla ülke genelinde hukuk bütünlüğü sağlanabilir. Medenî

usûl hukukuna ilişkin bir konuda lafzen uygulanacak bir kuralın bulunmaması hâlinde, içtihadı birleştirme kararı ile kıyas ya da amaca uygun sınırlama yolu ile uygulanabilecek bir kuralın bulunup bulunmadığının tespitinde de herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira, burada da kuralın amacı itibari ile yorumu yapıldığından kanunîlik ilkesi ihlâl edilmez. Ancak, amacı itibari ile dahi uygulanacak bir kural bulunmadığında ise içtihadı birleştirme kurulunun bunu tespit ederek kanun koyucunun bu konuyu düzenlemek istemediği sonucuna varması gerekir. Bunun ötesine geçilerek içtihadı birleştirme kararı ile usûlî bir konuda hukuk yaratılması hem kuvvetler ayrılığı ilkesine hem de Anayasa'nın 142'nci maddesi ile benimsenen kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi, ilk olarak Yargıtay daireleri ya da genel kurul kararları arasında aynı konuda farklı kararların bulunması hâlinde söz konusu olabilir. Bu noktada, İsviçre ve Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, çelişkinin ortaya çıkmasını önleyici bir sistem benimsenmemiş; aksine çelişki meydana geldikten sonra giderilmesi yolu tercih edilmiştir. Kesinleşmiş mahkeme kararları arasında aynı konuda farklı şekilde karar verilmesi çelişkinin varlığını gösterir. Bu çerçevede, hukukî sebep bakımından benzerlik aranmaktadır. Ancak, kararların bütün unsurları bakımından benzer olduğunun tespiti ancak maddî vakıaların benzerliği hâlinde söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, farklılaşan bir vakıa nedeni ile kural farklı şekilde uygulanmışsa, o hâlde çelişkiden bahsedilmesi mümkün değildir. Ayrıca çelişkinin karara etki eden gerekçe kısmında bulunması gerekir. Sonuca etkili olmayan gerekçe bağlayıcı olmadığından, çelişkinin varlığından da söz edilemez. Yine hâkimin takdir hakkını kullandığı durumlarda da çelişki iddiası dikkatle incelenmelidir.

Farklı dairelerin kararları arasında çelişkinin mevcut olmasına karşın, artık bu dairelerden yalnızca birinin bu konuda karar vermeye yetkili hâle gelmesi durumunda, bundan sonra çelişki meydana gelmeyeceğinden, içtihatların birleştirilmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır.

Benzer konuda farklı şekilde karar veren daire ya da genel kurullardan birisi bundan sonra diğer makamın kararını benimsediğini açıklayabilir. Bu durumda her ne kadar iki daire kararı arasında çelişki ortadan kalkmış olsa da içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekir. Zira bu sefer de dairenin ya da genel kurulun kendi kararları arasında çelişki meydana gelir.

Çelişkili kararların içtihadı birleştirme kararına konu kılınması için yerleşik hâle gelmesi gerekmez. Kuralın lafzında yerleşiklikten bahsedilmediği gibi bir görüşün benimsenmesi için birden çok kez uygulanması bir zorunluluk da değildir. Burada hukukun

statik hâle getirilmesi endişesi ile karşılaşılabılır. Ancak, uygulamanın yerleşik hâle gelmesi için geçen sürede bireylerin davranışlarını ne şekilde belirleyecekleri konusundaki belirsizlik dikkate alındığında, kanun koyucunun hukukun gelişimine nazaran yeknesak uygulamaya öncelik tanıdığıının kabulü gerekir.

Kanunda içtihadı birleştirme kararlarının birbirleri ile çelişme ihtimali düzenleme altına alınmamıştır. Bu durumda, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi gerekir.

Hukuk sistemimiz bakımından içtihatların birleştirilmesinin gerekli olduğu diğer durum ise yerleşik içtihattan dönülmesidir. Mahkeme kararlarından dönülebilmesi mümkün olduğundan Yargıtay dairelerinin de yerleşmiş içtihatlarından benzer gerekçelerle dönebilmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu değişiklik, tek bir olaya ilişkin olmayıp, bundan sonraki benzer tüm olaylarda istikrarlı biçimde uygulandığında adil yargılanma hakkı ve hukukî öngörülebilirlik de zarar görmemiş olur. Yerleşik içtihattan dönülmesi için içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç duyulması, kanunda herhangi bir değişiklik olmadığı hâlde kuralın yorumunun değişmesi durumunda söz konusudur. Kanunda önceki içtihattan dönülmesini gerektiren bir değişiklik olması ya da kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi hâlinde ise içtihadı birleştirme kararına gerek olmaksızın önceki içtihat değiştirilmelidir.

Her ne kadar Yargıtay Kanunu'nda sadece Yargıtay dairelerinden bahsediliyor olsa da genel kurulların da yerleşik içtihatlarından dönebilmeleri içtihadı birleştirme kararı ile mümkündür. Ayrıca, Yargıtay'ın bir dairesinin ya da genel kurulunun diğer dairesinin yerleşmiş içtihadından farklı şekilde karar vermek istemesi hâline de içtihadı birleştirme kararı verilmesini talep etmesi çelişkinin daha başlangıçta önlenmesi açısından yararlıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373'üncü maddesinin altıncı fıkrası ile öngörülen ve esastan ret ya da kabule ilişkin bozma kararına uyularak verilen kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması hâlinde, incelemenin Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılmasını öngören düzenlemenin, yerleşik içtihattan dönülebilmesi için içtihadı birleştirme kararının gerekli olduğuna yönelik hükmün istisnasını oluşturduğu düşünülebilir. Ancak, 373'üncü maddenin altıncı fıkrasının getiriliş amacı dikkate alındığında, böyle bir sonucun kabul edilememesi gerekir.

Mahkeme kararlarında olduğu gibi içtihadı birleştirme kararlarına konu olan hukuk kurallarının da gelişen ve değişen şartlara uygun olarak yeniden yorumlanması gerekebilir.

Yahut önceki kararda varılan sonucun hukuka en uygun sonuç olmadığı tatmin edici bir gerekçe ile ortaya konulabilir. İşte bu hâllerde içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması gerekebilir, ki bu da yine bir içtihadı birleştirme kararının verilmesini gerekli kılar. Kanunlarda meydana gelen değişiklik içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesini gerektirmez. Yeni bir kuralın ihdas edilmesi ya da kuralın iptali durumunda, içtihadı birleştirme kararının uygulanması kendiliğinden sona ereceğinden, önceki içtihadı birleştirme kararını değiştiren ya da kaldıran yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesinde hukukî yarar yoktur.

İçtihatların birleştirilmesi ya Yargıtay Birinci Başkanı tarafından kendiliğinden ya da dairelerin veya genel kurulların yahut Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine gündeme gelebileceği gibi mahkemeler, avukatlar, akademisyenler, noterler, barolar gibi diğer kişi ve mercilerin de bu yönde bir talebi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla, içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için öncelikle bir talep gerekmektedir. Buna karşın, içtihadı birleştirme kararı verilmesine ilişkin görüşmelerde hakkında içtihadı birleştirme başvurusu yapılmamış bir konuda karar verilmesi, çelişkinin önlenmesi ve eşitliğin sağlanması hususları göz önünde bulundurulduğunda, mümkün olmalıdır.

İçtihadı birleştirme kararları değiştirilmedikçe yahut ilgili oldukları kanun hükmünde herhangi bir değişiklik meydana gelmedikçe alt derece mahkemeleri ile Yargıtay daireleri ve genel kurulları bakımından bağlayıcıdır. İçtihadı birleştirme kararına rağmen farklı yönde karar verilmesi hukukun yanlış şekilde uygulanması anlamını taşıyacağından, kararın kaldırılmasını ya da bozulmasını gerektirir. Ancak, bu şekilde bir kararın kesinleşmesi yargılamanın iadesine sebebiyet vermez.

Yargıtay Kanunu'nun lafzına rağmen hukuk genel kurulu tarafından verilen bir içtihadı birleştirme kararı, ceza daireleri ile ceza genel kurulu bakımından bağlayıcı değildir. Çünkü, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar ancak bu kurulun yetkisi içindeki mahkemeleri etkiler. Bu kurulun yetkisi dışında kalan dairelerin ve genel kurulun bu kararla bağlı olmaması gerekir.

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının başladığı an da Yargıtay Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu kararlar yargı kararı niteliğinde olduğundan, Resmî Gazete'de yayımları ile değil verildikleri andan itibaren bağlayıcıdır. Yine, bağlayıcılığın kapsamı konusunda da Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, emsal mahkeme kararlarında olduğu gibi içtihadı birleştirme kararlarında da somut uyuşmazlığın çözümünden bağımsız

şekilde, kuralın anlamlandırılmasına yönelik genel bir ilkenin tespiti söz konusu olduğundan, karara etki eden gerekçenin bağlayıcılığının kabulü yerinde olur.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları yalnızca adli yargıda yer alan mahkemeler bakımından bağlayıcıdır. Bununla birlikte diğer yargı kollarında yer alan mahkemeler açısından Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinde, idarî yargıda bazı konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiği düzenlendiğinden, atıf yapılan bu kurallara ilişkin olarak Yargıtay içtihadı birleştirme kararının varlığı durumunda bu kararların idarî yargı açısından bağlayıcı olup olmadığı akla gelebilir. Ancak, Yargıtay ve Danıştay Anayasa'ya göre eşit düzeyde iki yüksek mahkeme olduğundan ve birden fazla yüksek mahkemenin bulunduğu hukuk sistemimizde hukukun her alanda yeknesak şekilde uygulanması mümkün olmadığından, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının idarî yargıda uygulanması kabul edilemez. Ayrıca, idarî yargının kendine özgü ilke ve değerlerinin kuralın uygulanması bakımından farklı sonuçlara yol açması da kuvvetle muhtemeldir.

Hakkında içtihadı birleştirme kararı bulunan bir konunun Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmesi durumunda, Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen kararların kaldırılmasına imkân tanıyan Uyuşmazlık Mahkemesi kararının somut olay bakımından bağlayıcılığı kabul edilerek içtihadı birleştirme kararından farklı da olsa buna uyulması gerekir. Bunun dışındaki hâllerde ise içtihadı birleştirme kararının uygulanmasına devam edilir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararları diğer yargı merciileri ile kurum ve kuruluşlar bakımından bağlayıcıdır. Ancak aksine bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hakkında Yargıtay içtihadı birleştirme kararı verilmiş bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı bu kurala Anayasa Mahkemesi tarafından verilen anlama göre belirlenir. Diğer bir deyişle, kuralın kendisi Anayasa'ya aykırı ise içtihadı birleştirme kararı ile benimsenen yorumun Anayasa'ya uygun olması kuralın iptal edilmesi gerektiği sonucunu değiştirmez. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi'nin bir kuralın ancak belirli bir şekilde yorumlanmakla Anayasa'ya uygun olduğunu kabul ederek iptaline karar vermediği durumlarda ise bu gerekçe diğer yargı merciileri bakımından bağlayıcıdır. Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna aykırı şekilde bir içtihadı birleştirme kararı verilemeyeceği gibi, bu sonuca aykırı olarak önceden verilen içtihadı birleştirme kararının uygulama alanı da bulunmamaktadır.

Tahkim mahkemeleri tarafında verilen kararların denetim yeri bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'dır. Yine tahkim yerinin Türkiye olduğu yargılamalarda tahkimin tâbi olduğu hukuk Türk hukuku olduğundan, ilgili konuda kabul edilmiş bir içtihadı birleştirme kararının hakem mahkemeleri bakımından da bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir.

İçtihadı birleştirme kararı verilmesi derdest davalar bakımından bazı sonuçlar doğurabilir. Öncelikle, bir konuda içtihadı birleştirme kararı verilmesi için başvuru yapılması hâlinde, bunun derdest davalar bakımından bekletici mesele yapılması gerektiğine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, içtihadı birleştirme kararlarının bir yıldan daha kısa sürede verilemediği göz önüne alındığında, usûl ekonomisi de dikkate alınarak, başvurunun ilgili konularda bekletici mesele yapılmasına yol açmayacağı kabul edilmelidir.

İçtihadı birleştirme kararının verilmesinden sonra ise bu karar tamamlanmış işleri etkilememek kaydı ile derhal uygulanacağından derdest davalar bakımından da uygulama alanı bulur. Bu durumda, 1960 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, Yargıtay'ın bozma kararına uyularak verilen kararlarda bozma gerekçesine bağlılığın gerekliliği ifade edilmiş; ancak bozmadan sonra o konuda bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi hâlinde bunun dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bozma gerekçelerin bağlayıcılığının kabulü maddî anlamda kesin hükmün kabulü ile benzer gerekçelere dayandığından, maddî anlamda kesin hükme ilişkin kuralın burada da kıyasen uygulanması gerekir. Yargılama devam ettiğinden bozmadan sonra verilen içtihadı birleştirme kararı bozma kararının bağlayıcılığını etkilememekle birlikte, konusunu ortadan kaldırdığı için mahkemelerin içtihadı birleştirme kararını dikkate alması gerekir. Usûl kuralları bakımından bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi durumunda ise adil yargılanma hakkının, hukukî öngörülebilirliğin ve hukukî güvenliğin zedelenmemesi şartıyla usûl kurallarının derhal uygulanması kuralı gereğince bozmadan sonraki aşamada da içtihadı birleştirme kararı uygulanır. Hükmün kesinleşmesinden sonra verilen içtihadı birleştirme kararı ise söz konusu hükmü etkilemeyeceğinden kararın bozma kapsamı dışında kalan kısımları bakımından içtihadı birleştirme kararının herhangi bir etkisi bulunmaz.

İçtihadı birleştirme kararları aleyhine kanun yoluna başvurulamayacağı gibi başka herhangi bir denetim yolu da öngörülmemiştir. Ancak, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlendiği bir hukuk sisteminde yüksek mahkemeler tarafından bağlayıcı olarak verilen bu kararların denetimine imkân tanınmaması, mahkemelerin bağımsızlığı ile açıklanamaz. Yapılacak bir Anayasa değişikliği ile içtihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığının denetimine ilişkin bir düzenlemenin kabul edilmesi gerekir. Böyle bir değişiklik, Anayasa Mahkemesi'ne yalnızca içtihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırı olup

olmadığını inceleme yetkisi tanınmalıdır. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin içerik denetimi yapması, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil eder.

Hukuk sistemimiz bakımından mahkeme kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi için öngörülen diğer bir yol ise temyiz kanun yolunun açık olmaması nedeni ile temyize başvurulamayan ya da bu yola başvurulmadan kesinleşen bölge adliye mahkemesi kararları arasında ortaya çıkan çelişkinin ilgili Yargıtay dairesi tarafından giderilmesini öngören düzenlemedir. 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi ile bu şekilde verilecek kararların kesin olduğu ifade edilmiştir. Bu kesinlikten ne anlaşılması gerektiği uygulamada belirsizlik yaratabilir. Yargıtay'ın dairelerinden biri tarafından verilen böyle bir kararın diğer daireleri ve genel kurulu bağlayıp bağlamayacağı da belirsizdir. Dolayısıyla çelişkileri gidermek amacından hareketle öngörülen düzenlemenin uygulamada daha fazla çelişkiye yol açması kuvvetle muhtemeldir. Bunun için yapılacak bir kanun değişikliği ile söz konusu görevin Yargıtay'ın genel kurullarına verilmesi ve bu kararların bağlayıcı olduğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olur.

KAYNAKÇA

Akbıyık, Cem, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul 2012, On İki Levha.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2020, Beta.

Akıl, Cenk/Gül, Mehmet Akif, Medenî Yargıda Hâkimin Kanunî Süreyi Kararında Yanlış Göstermesi Problemine İlişkin Düşünceler, TBBD, Y. 2018, S. 136, s.167-184.

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 9. Baskı, İstanbul 2012, Beta.

Akkan, Mine, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanıtez Usûl).

Akkan, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği, DEÜHFD, Y. 2009, C. 11, S. Özel, s. 3-61, (Delil Niteliği).

Akkanat, Halil, Türk Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, Filiz.

Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, S. Özel, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. 897-941.

Aktaş, Sururi, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, EÜHFD, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 1-28.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, Savaş, (İdari Yargılama).

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2019, Savaş.

Akyol, Şener, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1995, Filiz.

Alangoya, Yavuz, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969/5, s.125-194, (Tarafta İradî Değişme).

Alangoya, Yavuz, Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, Fakülteler Matbaası, (Vakıalar).

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999, (Dava Ortaklığı).

Alangoya, Yavuz, İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 110-121.

Alangoya, Yavuz, Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Makaleler, İstanbul 2012, Beta.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, Beta.

Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, Yetkin.

Altaş, Hüseyin, Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2018, Yetkin.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, Güzel Sanatlar.

Antalya, Gökhan O./Topuz, Murat, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, Legal.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2001, Filiz, (Hukuk Bilimi).

Aral, Vecdi, Kelsen'in Hukuk Anlayışı, İÜHF, Y. 2011, S. 34, s. 513-552.

Arıkan, Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasam Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Ankara 2011, Yetkin.

Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, Cezaevi Matbaası.

Arslan, Aziz Serkan, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları, TBBD, Y. 2010, S. 88, s. 195-224.

Arslan, Ramazan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, S Yayınları.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2020, Yetkin, (Usûl).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2020, Yetkin, (İcra).

Arslanpınar, Tuğçe, Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava, Ankara 2017, Yetkin.

Aşık, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, Seçkin.

Atalay, Oğuz, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanıtez Usûl).

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi.

Atalı, Murat, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 50-105.

Atalı, Murat, Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, Yetkin, (Aleyhe Bozma).

Atalı, Murat, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanıtez Usûl).

Atalı, Murat, Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, Y. 2018, s. 457-502, (Müktesep Hak).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, Yetkin, (Usûl).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, Yetkin, (İcra).

Aygül, Musa, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, İstanbul 2014, On İki Levha.

Ayrancı, Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 229-252.

Badura, Peter, “Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht”, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main 1985, Alfred Metzner Verlag, s. 49-74.

Barth, Rainer, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, Berlin 1999, Duncker&Humblot.

Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Helbing Lichtenhahn Verlag, (BSK BGG/Yazar, Art. X).

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 2. Aufl., Basel 2002, (BSK ZGB/Yazar, Art X).

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Beck'sche Kurz Kommentare Zivilprozessordnung, 2019, C. H. Beck.

Baumgartner, Samuel/Dolge, Annette/ Markus, Alexander R./Spühler, Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., Bern 2018, Stämpfli Verlag.

Beck'scher Online Kommentar-GVG, 2019, 4. Aufl., (BeckOK GVG/Yazar, §).

Belgesay, M. Reşit, Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Davalara Tesiri, Adalet Dergisi, 1960, S. 10, s. 815-821.

Berki, Ali Himmet, İkrarın Tecezzisi ve Ademi Tecezzisi Meselesi, AD, 1937, s. 5-11, (İkrar).

Berki, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 2018, Türkiye Adalet Akademisi.

Berkin, Necmeddin M., Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, Hamle.

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1-10 ZGB, B. I, 1966, (BK ZGB 1966, Yazar, Art. X).

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1-9 ZGB, B. 1, 2012, Stämpfli Verlag, (BK ZGB, Yazar, Art. X).

Bettermann, Karl August, Die Verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, Heidelberg 1986, Müller.

Bilge, Necip, Yayımlanmamış Birkaç İçtihat Birleştirme Kararı, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 649-678, (İçtihat Birleştirme).

Bilge, Necip, Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 217-283, (Armağan).

Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, Sevinç.

Bilgin, Arif, Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesinin Yaşama Şansı, İBD, Y. 1967, S. 11-12, C.XLI, s. 592-597.

Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 1963, Springer.

Blomeyer, Karl, Besprechungen (Lehrbuch des Zivilprozessrechts von Adolf Schönke), ZZP, B. 66, 1953, s. 158-163.

Bolayır, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, Vedat.

Boran Güneysu, Nilüfer, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014, Adalet, (Karar).

Boran Güneysu, Nilüfer, Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükmün İptalini Talep Etmesi, MİHDER, Y. 2016, C. 12, S. 33, s. 23-62, (Yargılamanın İadesi).

Boran Güneysu, Nilüfer, İşlem Türleri ve Usulî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 163-194, (Usulî İşlem).

Boz, Selman Sacit, Yargı Kararları Işığında Müesses Durum, DEÜHFD, Y. 2018, S. 20/2, s. 127-157.

Börü, Levent, Sıfat ve Dava Takip Yetkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 27, S. 3, s. 249-278.

Bruns, Rudolf, Methodik des Prozessrecht, Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, München Wien 1972, R. Oldenbourg Verlag, s. 191-204.

Budak, Ali Cem, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 128-187.

Bulut, Uğur, Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Hükmün Kısmen Temyizi ve Kesinleşmesi, MİHDER, Y. 2013/1, S. 24, C. 9, s. 91-128, (Kısmen Temyiz).

Bulut, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara 2017, Adalet, (Davaların Yığılması).

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1982, Springer.

Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl., Wien 2018, Facultas.

Canaris, Claus- Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983, Duncker&Humblot.

Capitant, Henri, Kanunun Manasının Tayininde İhzarî Çalışmaların Değeri, Çev. Hakkı Demirel, AÜHFD, Y. 1956, C. 13, S. 1-2, s. 53-68.

Centel, Tankut, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri, YD, Ocak 1989, s. 361-369.

Çağlar, Selda, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, ABD, Y. 2012, S. 3, s. 41-86.

Çoşkun, M. Kürşak, İçtihatların Birleştirilmesi, ABD, 2001/1, s. 87-146.

Dişel, Buse, Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, On İki Levha.

Du Pasquier, Claude, Hukukun Tatbikinde Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme İçtihatları, (Çev. Jale Akipek), AÜHFD, Y. 1954, S. 3-4, s. 305-346.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, Filiz.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2012, Filiz.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 2013 İstanbul, Filiz.

Duran, Lûtfi, Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması, Cem Sar'a Armağan, AÜSBFD, Y. 1972, S. Özel, C. 27, s. 419-441, (İçtihatları Birleştirme).

Duran, Lûtfi, Tevhidi İçtihat Nedir?, Siyasî İlimler Mecmuası, Y. 1953, S. 269, s. 226-229.

Dursunkaya, Orhan, Yasa Boşluğu ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları, YD, Y. 1977, s. 155-163.

Edis, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Effer-Uhe, Daniel-Oliver, Die Bindungswirkung von Präjudizien Eine Untersuchung aus dem Blickwinkel von Prinzipientheorie und Fuzzy-Logik, 2008 Göttingen Cuvilier Verlag.

Egger, August, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Berlin- Heidelberg 1913, Springer.

Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2019, 2. Baskı, On İki Levha.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 2005, Kohlhammer.

Epözdemir, Rezan, Taraf Ehliyeti, Ankara 2017, Adalet.

Erdoğan, Ersin, Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MİHDER, Y. 2013, S. 25, C. 9, s. 183-211, (Paylı Mülkiyet).

Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara 2017, Yetkin, (Kesin Hüküm).

Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016, Yetkin.

Erdoğan, Ersin/Karaşahin, Yasin Alperen, Yabancı Mahkemede Açılan Davalarda Zamanaşımının Kesilmesi, MİHDER, Y. 2016, C. 12, s. 33, s. 63-78.

Erdoğan, Ersin/Korkmaz, Cansu, Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu, YBHD, Y. 2016, S. 2, s. 249-290.

Erdönmez, Güray, HMK m. 57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 695-755.

Erdönmez, Güray, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanitez Usûl).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, Yetkin.

Erişir, Evrim, Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, 2007, Güncel.

Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, GÜHFD, Y. 2000, C. 4, S. 1-2, s. 142-180, (Şekilcilik).

Ermenek, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, Adalet.

Ermenek, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, Yetkin, (Birleştirilme).

Esen, Bülent Nuri, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, Ankara 1972, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Fasching, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1990, Manzsche Verlags- und Universtaetsbuchhandlung, (Lehrbuch).

Fasching, Hans W., Zur Auslegung der Zivilverfahrgesetze, Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, Wien 1993, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, s. 25-44, (Auslegung).

Fendoğlu, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Ankara 2018, Yetkin.

Fenge, Hilmar, Juristische Methodenlehre und Prozessrechtswissenschaft, FS für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, Berlin 1975, De Gruyter, s. 135-154.

Furtun, İdris Hakan, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara 2009, Yetkin.

Gadamer, Hans George, Hermeneutik, Çev. Doğan Özlem, Cogito, S. 89, Y. 2017, s. 42-58.

Gaul, Hans Friedhelm, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 1968, s. 28-62, (Zweck).

Gaul, Hans Friedhelm, Der Zweck des Zivilprozesses- ein anhaltend Thema, (Çev. Nevhis Deren Yıldırım: Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, (Derleyen M. Kâmil Yıldırım), 3. Baskı, İstanbul 2002, Alkım, s. 82-117, (aktuelles Thema).

Gençcan, Ömer Uğur, Türk Medenî Kanunu Yorumu, C. 1, Ankara 2015, Yetkin.

Germann, Adolf Oscar, Präjudizien als Rechtsquelle, Uppsala 1960, Almqvist&Wiksell.

Goldschmidt, James, Der Prozess als Rechtslage, 1986, Scientia Verlag Aalen.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa 2019, Ekin, (Giriş).

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa 2011, Ekin, (Anayasa, C. I).

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Bursa 2011, Ekin, (Anayasa, C. II).

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2018, Ekin, (Türk Anayasa Hukuku).

Gözler, Kemal, Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı, 1998 Ankara, C. 15, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 207-243, (Yorum).

Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, Giessen 1974, Gieseking Verlag Bielefeld.

Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, Schulthess.

Gündüz, Okan, İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler, YBHD, 2017/3, s. 193-214.

Gürdoğan, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, Ayyıldız Matbaası.

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 10. Baskı, Ankara 2014, Siyasal.

Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 15. Baskı, Ankara 2013, Siyasal.

Gürzumar, Osman Berat, Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, GSÜHFD, 2004/1, s. 105-161.

Gürzumar, Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, Seçkin.

Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, 2. Baskı, Ankara 1996, US-A.

Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, Yetkin, (Menfaat).

Hanağası, Emel, Davada "Sıfat" Kavramına İlişkin Yeni Bir Yaklaşım Denemesi, MİHDER, Y. 2015/3, C. 11, S. 32, s. 53-90, (Sıfat).

Hanağası, Emel, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, Yetkin, (Silahların Eşitliği).

Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul 2011, Vedat.

Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Stämpfli Verlag, (Hausheer/Jaun, ZGB Art. X).

Heper, Altan, Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010), C. 1, Y. 2011, s. 73-85.

Heper, Altan, Yasaya Sadakatin Farklı bir Okuması: Philip Heck, İÜHFM, C. LXXII, Y. 2014, S. 1, s. 333-348, (Heck).

Işıklar, Celal, İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları, TAAD, Y. 4, S. 14, Ankara 2013, s. 467-501.

Işıқтаç, Yasemin, Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme, İBD, Y. 1988, C. 62, S. 1-2-3,

<http://www.isiktac.av.tr/Makaleler/Hakimin%20Hukuk%20Yaratma%20Fonksiyonu%20%C3%9Czerine%20Bir%20%C4%B0nceleme.pdf>, s.e.t. 23.09.2019.

İşıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2013, Filiz.

İmre, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul 1980, Fakülteler Matbaası.

İnceoğlu, Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı, Y. 2001, C. 18, s. 41-70.

Jauernig, Othmar, Materielles Rechts und Prozessrechts, JuS 1971, s. 329-334.

Jaun, Manuel, Die teleologische Reduktion-ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, ZBJV, 137/2001, s. 21-80.

Jungmann, Carsten, Ein neuer “horror pleni” in den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs? Zum sachgerechten Umgang mit Divergenz- und Grundsatzvorlagen gemäs § 132 GVG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, JZ, 8/2009, s. 380-388.

Kale, Serdar/Keser, Salih, Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, S. Özel, s. 701-725.

Karaaslan, Varol, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, Seçkin.

Karademir, Dilek, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukukî Sorumluluğu, TBBD, Y. 2015, S. 119, s. 241-276.

Karakaş, Fatma Tülay, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHFD, Y. 2013, S. 62, s. 729-759.

Karakoç, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2007, Yetkin.

Karaoğlu, Fahrettin, İçtihat Yolunda Durak Yerleri II, Tevhidi İçtihat Müessesesinin Tarihçesi ve Bu Müessese Etrafında İleri Sürülen İtirazlar, AD, 1937, s.395-408.

Karashaşin, Yasin Alperen, İflâsın Açılmasının, İflâsın Ertelenmesinin ve Konkordato Verilen Mahkeme Kararlarının Zamanaşımı Yönünden Etkileri, BATİDER, Y. 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 217-198.

Karayalçın, Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Ankara 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., 2019, C. H. Beck, (KK-StPO/Yazar, § X).

Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, Alternatif, (Muhakeme).

Karşlı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, Kudret, (Usulî İşlemler).

Kayhan, Fahrettin, Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, TBBD, Y. 1999, S. 2, s. 341-363.

Kelsen, Hans, Zur Theorie der Interpretation, Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, B. 2, 2010, s. 1363-1373.

Kern, Christoph/Diehm, Dirk, Berliner Kommentare ZPO, 2017, Erich Schmidt Verlag

Kılıçoğlu, Ahmet, Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, AÜHFD, Y. 1974, C. 1-4, S. 31, s.395-446.

Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, Y. 2001, S. 1, C. 50, s. 91-118, (Amaca Uygun Sınırlama).

Kırca, Çiğdem, Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri, 2011, https://www.academia.edu/13988025/KANUNLARIN_YORUMUNDA_YORUM_Y%C3%96NTEMLER%C4%B0, s.e.t. 14.12.2019, (Yorum).

Kiraz, Taylan Özgür, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013, Bilge.

Klein, Franz/Engel, Friedrich, Der Zivilprozess Österreichs, Das Zivilprozessrecht Der Kulturstaaten, B. 3, Darmstadt 1970, Scientia.

Koç, Evren, HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, İÜHFM, Y. 2015, C. LXXIII, S. 1, s. 363-388.

Kodek, Georg E./Mayr, Peter G., Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Wien 2018, Facultas.

Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, Yetkin.

Köküsarı, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2015, Adalet.

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, Basel 2019, Stämpfli Verlag.

Krailling, Dieter Knöringer, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, S. 7, s.569-578.

Kuntman, Osman, Hakem Kararı Yargıtayca Bozulunca Ortadan Kalkar, İBD, Y. 1972, C. 46, S. 3-4, s. 251-258.

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, Ajans Türk Matbaası.

Kuru, Baki, Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, Sevinç.

Kuru, Baki, İçtihatların Birleştirilmesi Yoluyla İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977, Sevinç, (İçtihatların Birleştirilmesi).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. I).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. II).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. III).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. IV)

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. V)

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. Baskı, İstanbul 2001, Demir Demir, (C. VI)

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, Yetkin.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, Legal, (İstinafa Göre).

Lames, Peter, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, Tübingen 1993, Mohr Siebeck.

Larenz, Karl, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, s. 247-264, (FS Schima).

Larenz, Karl/Canaris, Claus- Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., München 1995, Springer.

Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, Luchterhand.

Lundmark, Thomas, Umgang mit dem Präjudizienrecht, JuS 2000, s. 546- 549, www.beck-online.beck.de, s.e.t. 15.02.2020.

Marty, Gabriel, Kazaî İctihatların En Yüksek Mahkeme Vasıtasile Tevhidi, (Çev. H. Veldet Velidedeoğlu), İÜHFM, Y. 1938, s.458-480.

Maultzsch, Felix, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010, Mohr Siebeck.

Meier Hayoz, Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, Juris Verlag.

Meier Hayoz, Arthur, Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht, Schweizerische Juristen-Zeiten, 46/1950, s. 340-343, (Rechtsfortbildung).

Meriç, Nedim, Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, MİHDER, Y. 2007, S. 7, s. 377-434, (Kesin Hüküm).

Meriç, Nedim, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, Yetkin, (Tasarruf).

Meriç, Nedim, Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar, MİHDER, Y. 2013, S. 26, C. 9, s. 57-81.

Metin, Sevtap, Hukuk Normunun Yorumu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2002, (Yorum).

Metin, Sevtap, Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, C. LXL, S. 1-2, Y. 2003, s. 35-83.

Meyer, Christian, Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Divergenz- und Grundsatzvorlage, 1994, Nomos.

Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, Augsburg 2017, C.H. Beck.

Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 17. Aufl., 2020 München, (Musielak/Voit/Yazar, § X).

Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, Grundkurs ZPO, 14. Aufl., München 2018, C. H. Beck.

Münchener Kommentar zum ZPO, Band 1, 5. Aufl., München 2016, C.H. Beck, (MüKoZPO/Yazar, § ya da Einl.).

Münchener Kommentar zum ZPO, Band 2, 5. Aufl., München 2016, C.H. Beck, (MüKoZPO/Yazar, §).

Münchener Kommentar zum ZPO, Band 3, 5. Aufl., München 2016, C.H. Beck, (MüKoZPO/Yazar, §).

Münchener Kommentar zur StPO, Band 3-2, 1. Aufl., München 2018, C.H. Beck, (MüKoStPO/Yazar, §).

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2014, Vedat.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2014, Vedat.

Öcal, Bahar, Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri, AÜHFD, S. 60 (3), Y. 2011, s. 523-570.

Öncel, Muallâ/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2016, Turhan.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, Sevinç, (Medenî).

Önen, Ergun, Hukuk Davasının Hangi Tarihte Açılmış Sayılacağını Belirleyen Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1988, S. 1, s. 207-218, (İçtihadı Birleştirme)

Önen, Ergun, Kazai İçtihatların Tanzim Edici (Normatif) Kuvveti Meselesi, AÜHFD, Y. 1968, S. 25, s. 153-172, (Kazai İçtihat).

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, Filiz.

Özbay, İbrahim, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 779-811.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2014, Yetkin.

Özçelik, Volkan, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. II, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 2909-2952.

Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, Yetkin, (Hukukî Dinlenilme).

Özekes, Muhammet, Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Y. 2006, s. 7, s. 40-45.

Özekes, Muhammet, Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Ankara 2007, s. 72-99, (Gerekçe).

Özekes, Muhammet, İstinaf Sistemi ile Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Ankara 2007, s. 143-151, (İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi).

Özekes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, Adalet, (Temel Haklar).

Özekes, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 263-300, (Dava Dilekçesi).

Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanitez Usûl).

Özekes, Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, 10. Baskı, İstanbul 2019, On İki Levha, (Temel Hukuk).

Özekes, Muhammet, Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>, s.e.t. 06.10.2020, (Emsal Karar).

Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar, Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD, Y. 2020, S. 148, s. 101-134.

Özekes, Muhammet/Erişir, Evrim, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER, Y. 2006, C. 3, S. 5, s. 1235-1274.

Özkaya Ferendeci, Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, On İki Levha.

Özmumcu, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHFMD, Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 183-206.

Öztan, Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, 29. Baskı, Ankara 2009, Turhan.

Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, TBBD, Y. 2020, S. 149, s. 77-152.

Pekcanıtez, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD, Y. 1997, S. 2, s. 35-55, (Adil Yargılama).

Pekcanıtez, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 753-791, (Hukuki Dinlenilme).

Pekcanıtez, Hakan, Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GÜHFD, Y. 2005, S. 2, s. 163-192.

Pekcanıtez, Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara 2015, s.1387-1407, (Tahkim).

Pekcanıtez, Hakan, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanıtez Usûl).

Pekcanıtez, Hakan, Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, TBBD, Y. 2019, S. 144, s. 383-419, (Yargıtay).

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 2019, On İki Levha.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020, On İki Levha, (Ders Kitabı).

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, Yetkin.

Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanitez Usûl).

Pichonnaz, Pascal, İctihat Değişikliğinin Geçmişe Etkisi: Metodolojik Çoğulculuk Açısından Bazı Düşünceler, (Çev. Zafer Kahraman), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 7, S. 2, s. 483-502.

Postacıoğlu, İlhan, Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair 1221 Sayılı Kanunun 8. Maddesinin Değiştirilmesine Dair 13.4.1953 tarihli 6082 Sayılı Kanun, İBD, Y. 1953, S.6, s. 328-334.

Postacıoğlu, İlhan, İkrarın Bölünmezliği ve Yeni Bazı Kararlar, İBD, Y. 1960, S. 3-4, s. 65-71.

Postacıoğlu, İlhan, İkrarın Bölünmezliği, Karar Tahlili, İÜHFM, Y. 1964, S. 3-4, s. 1055-1062.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1975, (Usûl).

Postacıoğlu, İlhan, Muhkem Kaziyenin Şumulu (Kesin Hükmün Kapsamı), İBD, Y. 1990, S. 1-3, C. 64, s. 10-13.

Prütting, Hanns, Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Y. 1988, Carl Heymanns Verlag KG, s. 305-323.

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus, Zivilprozessordnung Kommentar, 10. Aufl., 2018, Luchterhand Verlag.

Radbruch, Gustav, Five Minutes of Legal Philosophy, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson), Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1, Y. 2006, s. 13-15.

Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Wien 2017, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016, Nomos.

Rimmelspacher, Bruno, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, C. H. Beck.

Rüzgaresen, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, Yetkin.

Saenger, Ingo ve diğer yazarlar, Zivilprozessordnung Hand Kommentar, 8. Aufl., Münster 2019, Nomos, (Hk-ZPO/Yazar, Einf.).

Sarisözen, Serhat, İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvuru Yolu ve İctihadı Birleştirme Kararı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. II, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), C. 16, S. Özel, s. 1321-1350.

Sargın, Fügen, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının Kısmî İptali İmkânı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 31, S. 2, s. 39-96.

Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozessrecht, Aalen 1970, Scientia Verlag.

Saymen, Ferit H., Türk Medenî Hukuku, C. I, İstanbul 1948, Kenan Matbaası, (Medenî).

Saymen, Ferit H., Evlâdlık Mukavelesinin ref'i. Katileşmeyen dâvaya ölümün tesiri, <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/65195FFCC54C4E538C82934B1CFFCD60?doi> ≡, s. 467-482, (Evlâtlık).

Schmidt, Eike, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt am Main 1973, Athenäum.

Schönke, Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis Ein zivilprozessualer Grundbegriff, AcP 150, 1949, s. 216- 234, (AcP 150).

Schönke, Adolf/Kuchinke, Kurt, Zivilprozessrecht, Karlsruhe 1969, C. F. Müller.

Schumann, Ekkehard, Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodologische Bemerkungen zur Richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZP, B. 81, 1968, s. 79-102, (Rechtsverweigerungsverbot).

Schumann, Ekkehard, Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes, FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, C.H. Beck, s. 571-604, (Materiellrechtsfreundlich).

Schumann, Ekkehard, Prozessrecht und Methode Elemente einer Prozessualen Betrachtungsweise, FS für Konstantinos D. Kerameus, I, Athens 2009, s. 1209-1243, (Methode).

Seçkin, Recaî, Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına, 55 Yıl 55 Makale, Ankara 2017, s. 247-294 (İlk kez yayımlandığı yer: Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 403-462).

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2013, Vedat.

Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, 6. Baskı, 2018 Ankara, Yetkin.

Sözer, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, 6. Baskı, İstanbul 2017, Beta.

Spühler, Karl/Dolge, Annette/Vock, Dominik ve diğer yazarlar, Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Dike Verlag, (Praxiskommentar zum BGG/Yazar, Art. X).

Staehelin, Adrina/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, Schulthess.

Stämpfli Handkommentar BGG, 2. Aufl., Bern 2015, Stämpfli Verlag, (SHK BGG/Yazar, Art. X).

Stein, Friedrich/Jonas, Martin ve diğer yazarlar, Kommentar zur ZPO, C. 1, Einleitung §§ 1-40, 22. Aufl., Tübingen 2003, Mohr Siebeck (Stein/Jonas/Yazar, vor § 1).

Şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 2000, Seçkin.

Tanrıver, Süha, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, TBBD, Y. 1993, S. 2, s. 212-243, (İkrar).

Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y. 2004, S. 53, s. 191-215, (Adil Yargılanma).

Tanrıver, Süha, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, Adalet, (Derdestlik).

Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, 2011 Ankara, s. 3-31.

Tanrıver, Süha, Tabîi Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 155-181, (Tabîi Hâkim).

Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2018, Yetkin, (Usûl).

Tanriver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, Yetkin.

Taş Korkmaz, Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha, (Pekcanitez Usûl).

Taşpınar, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, Y. 1996, S. 45, s. 533-572, (Fiili Karineler).

Taşpınar, Sema, Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, 1999, s. 759-787, (Amaç).

Taşpınar Ayvaz, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, Yetkin, (Zaman Bakımından).

Taşpınar Ayvaz, Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, DEÜHFD, Y. 2014 (Basım Y. 2015), s. Özel, C. 16, s. 469-482, (Asliye Ticaret).

Tercan, Erdal, Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, Yetkin.

Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1996, S. 5, s. 181-212, (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, İstanbul 2014, Beta, (Anayasa).

Teziç, Erdoğan, Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına, 55 Yıl 55 Makale, Ankara 2017, s. 233-244, (Yasama Yetkisi).

Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilporzesordnung, 38. Aufl., 2017, C. H. Beck, (Thomas/Putzo/Yazar, § X ya da Einl.).

Tosun, Öztekin, Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları, İÜHFM, Y. 1963, s. 620-632.

Tuncay, Aydın H., İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, Danıştay Başkanlığı Yayınları.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Luzern-Freiburg 2015, Schulthess.

Tüzüner, Özlem, On Altı Yaşını Doldurmamış Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi, İKÜHFD, Y. 2012, S., 11 (1), s. 7-29.

Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, Mimoza, (Dava Arkadaşlığı).

Ulukapı, Ömer, Medenî Usûl Hukuku, Konya 2015, Mimoza, (Usûl).

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, Yetkin, (Şerh).

Umar, Bilge, Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İÜHFM, Y. 1964, S. 1-2, s. 244-263, (İkrar).

Umar, Bilge, Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM, Y. 1963, S. 1-2, C. 29, s. 261-198.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İsbat Yüğü, İstanbul 1980, Kazancı.

Uzun, Ertuğrul, Hukuk Yorumdur, İÜHFM C. LXXII, Y. 2014, s. 99-104.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, Nesil, (Usûl).

Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, (Yasak).

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, On İki Levha.

v. Hippel, Fritz, Zur modernen konstruktiven Epoche der “deutschen Prozessrechtswissenschaft”, ZJP, B. 65, 1952, s. 424-464.

v. Jhering, Rudolf, Geist des römischen Recht, Darmstadt 1954.

v. Savigny, Friedrich Carl, System of The Modern Roman Law, (Çev.: William Holloway), Vol. I, J. Higginbotham, 1867, (System).

v. Savigny, Friedrich Carl, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, (Çev. Ali Acar), 2018, Pinhan Hukuk, (Hukuk Bilimi).

v. Ungern-Sternberg, Antje, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts, Y. 2013, V. 138/1, s. 1-59.

Wach, Adolf, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, B. 1, Leipzig 1885, (Handbuch).

Wach, Adolf, Der Rechtsschutzanspruch, ZJP, B. 32, 1904, s. 1-34.

- Weber, Friedrich**, Zur Methodik des Prozessrechts, Studium Generale, 1960/4, s. 183-193.
- Wieczorek/Schütze**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, Band 1/1, Einleitung §§ 1-23, 4. Aufl., 2015, De Gruyter, (Wieczorek/Schütze/Yazar, Einl.).
- Wieczorek/Schütze**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, Band 2/2, §§78-127a, 4. Aufl., 2014, De Gruyter, (Wieczorek/Schütze/Yazar, § X).
- Wieczorek/Schütze**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, Band 7, §§ 511-591, 4. Aufl., 2014, De Gruyter, (Wieczorek/Schütze/Yazar, § X).
- Würdinger, Markus**, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP, Y. 2006, B. 206, s. 946-979, (AcP 206).
- Würdinger, Markus/Bergmeister, Felix**, Analogie und Umkehrschluss, JURA Heft 1/2007, s. 15-24.
- Yeşil, Ufuk**, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015.
- Yeşilova, Bilgehan**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD, Y. 2009, S. 86, s. 47-101.
- Yıldırım, Kâmil**, Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 2006, s. 19-48.
- Yılmaz, Ejder**, “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Sonverme” İhtiyacı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 3-19, (İçtihadı Birleştirme).
- Yılmaz, Ejder**, Usul Ekonomisi, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274, (Usûl Ekonomisi).
- Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, S. Özel, C. 8, Y. 2013, s. 3167-3190.
- Yılmaz, Ejder**, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013, Yetkin, (Islah).
- Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2017, Yetkin, (Şerh).
- Yongalık, Aynur**, İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD, Y. 2011, S. 60, s. 1-18.

Zellner, Ernst, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.

Zeybek, Ali Cavit, Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri, Danıştay Dergisi, Y. 18, S. 68-69, s. 46-109.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012, C. H. Beck.

Zitelmann, Ernst, Lücken im Recht, Leipzig 1903, Duncker&Humblot.

Zöller, Richard ve diğer yazarlar, Zivilprozessordnung: ZPO Kommentar, 32. Aufl., Köln 2018, (Zöller/Yazar, Einl.).

