

# YARGITAY YÖNÜNDEN HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Hakan PEKCANITEZ\*\*

## I. YARGITAY'IN İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ VE UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ GÖREVİ

### A. İctihatların Birleştirilmesi

#### 1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun doğru ve tüm ülkede yeknesak olarak uygulanabilmesini Yargıtay içtihatları ve bu içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi sağlamaktadır. Bu nedenle ilk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması bakımından çok önemli olan içtihatların birleştirilmesini kurumunu ele almak istiyorum.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ulusal yargı mercilerinin görevidir.<sup>1</sup> Bu görev

\* Bu makale Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü Sebebiyle Yapılan Sempozyuma tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 " 30. AİHM; hukuki güvenlik ilkesinin hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçladığını, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğe yol açabileceğini belirtmiştir (Çelebi ve diğerleri Türkiye, B. No: 582/05, 9.2.2016, § 52/f).

31. AİHM, içtihat farklılıklarını kendi bölgesinde yetki sahibi olan ve davanın esasına bakan yerel mahkemelerin bulunduğu yargı sistemlerinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmekle birlikte yüksek mahkemelerin görevinin bu çelişkileri düzeltmek olduğunu ve çelişkili uygulama yüksek mahkemenin bünyesinde geliyorsa bu durumun toplumun adli sisteme olan güvenini azaltarak hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceğini belirtmiştir (Çelebi ve diğerleri Türkiye, § 55). 11 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019 32.

33. Çelişkili yargı kararları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM, öncelikle ulusal mahkemelerin yerini almak gibi bir görevi olmadığını, ulusal mevzuatın yorumlanmasından doğan sorunların öncelikle mahkemelerin görevi olduğunu ve AİHM'in rolünün bu tür yo-

ülkemiz bakımından Yargıtay'a aittir. Nitekim Yargıtay'ın en önemli görevlerinden birisi de adli yargı alanında içtihat birliğini sağlamak ve kanunların yeknesak olarak uygulanmasını gerçekleştirmektir.<sup>2</sup>

rumlama sonuçlarının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğunu belirterek içtihat farklılığından kaynaklanan tutarsızlığın giderilmesi için iç hukukta bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının ve bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığının önemli olduğunu vurgulamıştır (Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye, §§ 49-53, 54). 34. Mahkeme içtihatlarındaki değişim, yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup böyle bir değişiklik özü itibarıyla önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir (S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğ.leri Türkiye, B. No: 3573/05, 17293/05, 30.11.2010, § 28).

35. Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti (B. No: 29784/07, 18.7.2013, § 49) kararında AİHM, aynı mahkemede aynı olgulara ilişkin olarak aynı kanunun farklı uygulandığı bir durumun söz konusu olması nedeniyle mevcut başvurunun Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye kararındaki koşullardan farklı olduğuna vurgu yapmıştır. Kararda, iş hukuku çerçevesinde işçilerin sorumluluğuna ilişkin aynı kanun hükmünün uygulandığı tazminat davalarında verilen farklı kararlara değinilmiştir. Buna göre AİHM, başvuru yapan meslektaşları olan beş başvuru için istinaf mahkemesince bireysel sorumluluk hükümlerinin uygulanarak tazminat talebinin reddedildiğini ancak sadece başvuru yapan davasında aynı mahkemenin objektif sorumluluk hükümlerini uygulayarak başvurucu aleyhine tazminata hükmettiğini belirtmiştir. AİHM, bu yorumun hukuki bir dayanağı olmadığı söylenemez ise de başvuru yapan benzer olgulara dayalı aynı hukuki soruda açık bir farklı cevapla karşılaşmış olduğuna dikkati çekmiştir (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 47).

36. AİHM yargı sisteminde içtihat farklılığının giderilmesinin uluslararası bir mahkemeden ziyade ulusal mahkemelerin görevi olduğuna işaret etmiştir. Bununla birlikte somut olayda temyiz mahkemesinin önemsiz zarar ölçütü yönünden başvuruyu reddettiğini vurgulamıştır (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 48). AİHM başvuru yapan karşılaştığı açık içtihat farklılığının mahkemelere ve yargı sistemine olan güveni zedelediğini belirtmiştir. Ayrıca aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde bu farklılaşmaya ilişkin olarak mahkemeler tarafından makul bir açıklama da getirilmediğini tespit etmiş; yargısal içtihat farklılığını giderici bir mekanizmanın işletilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 49).

37. Beian/Romanya (B. No: 30658/05, 6.12.2007) kararında AİHM, bölgesel yargılama yetkilerine sahip derece mahkemelerinden oluşan bir sistemde içtihat farklılıklarının olabileceğini kabul etmiş ancak bu farklılıklardan kaynaklanan sorunları çözüme görevinin yüksek mahkemelere düştüğünü vurgulamıştır. AİHM somut olayda ise 12 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22/1 /2019 içtihat farklılığının kaynağının yüksek mahkemenin kendisi olduğunu açıklamıştır. AİHM bu içtihat farklılığına yol açmakla ülkenin en yüksek yargısal makamının kendisinin hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerini, yargı sistemine olan kamusal güveni zedelediğini belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Beian/Romanya, §§ 37-40). . (Anayasa mahkemesi Aşır Tunç Başvurusuna İlişkin 2015/17453 Esas sayılı ve 22.01.2019 tarihli Kararının gerekçesinden alınmıştır).

<sup>2</sup> Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s. 4942 ("Usul"); Kuru

Anayasa Mahkemesi **Aşır Tunç** Başvurusu'na İlişkin 2015/17453 Esas sayılı ve 22.01.2019 tarihli kararında, Yargıtay'ın aynı dairesinin, diğer içtihatlarıyla çelişecek şekilde karar vermiş ve bu konuda makul bir gerekçe göstermemiş olmasını, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali saymıştır.<sup>3</sup> Bu tespitin Yargıtay Daireleri arasındaki içtihat farklılığı

B./Arslan R./Yılmaz E., Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 648; Kuru B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 545; Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S., Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 93-94.

3 67. Dolayısıyla somut olaya özgü olduğu anlaşılan içtihadın aynı uyumsuzluklar yönünden yine aynı Daire ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından benimsenmediği, en üst dereceli mahkeme sıfatıyla Yargıtay nezdinde tutarlı ve yeknesak bir uygulamanın sağlanmadığı saptanmıştır. Bu durum ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsmaktadır. 68. Sonuç olarak somut olayda görülen davada Yargıtay'ın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar verilmesi söz konusu olup makul bir gerekçe de ortaya konulmadan ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyumsuzluğun zıttı olacak şekilde davanın neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemeyen nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır.

69. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. 18 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019 C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden 70. 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir: "(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir... (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurusu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir".

71. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hale getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin, bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018, § 55). 72. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal idari eylem ve işlemler,

bakımından da aynı yönde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir tespit, yargı kararlarının farklı olmasının hiçbir şekilde kabul edilmeyeceği anlamına da gelmemektedir. Özellikle yeni uygulamaya giren bir kanun hükmüne ilişkin içtihadın, henüz yerleşik hale gelmediği bir aşamada, somut hükmün yargı organlarınca farklı biçimlerde yorumlanması hukukun doğası gereğidir. Zira hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında gerek olayların ve delillerin değerlendirilmesinde ve gerekse kanun hükmünün yorumunda farklılık olması hâkimin bağımsızlığının ve objektifliğinin de bir sonucudur. Doktrinde de aynı hukuk kuralının yorumunda birden fazla görüşün ileri sürülebildiği bir gerçektir. O halde hukuk kurallarının farklı yorumlanması ve farklı yönde kararların verilmiş olması son derece doğaldır. Bu farklılık hukukun dinamiğinde mevcuttur. Hukukun gelişimi de bu farklılığı zorunlu kılmaktadır. O halde içtihat farklılığı tek başına hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelmemektedir. Ancak farklı kararların varlığı halinde hangi içtihada göre karar verilebileceği yönündeki tereddüt, belirsizlik ve sürpriz kararların verilebilmesi ihtimalini ortaya çıkaracaktır. İleri sürülen talep hakkında verilen karar, bir daireye düştüğünde kabul edilebilecek, diğer daireye gittiğinde ise reddedilecek bir içtihat olmamalıdır. Yine dava açan kişinin, Dairenin çelişki kararlarından hangisini bu sefer uygulayaca-

---

yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (Mehmet Doğan, § 57).

73. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan, § 58).

74. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nce ihlalin tespit edildiği hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan, § 59).

75. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır (Mehmet Doğan, § 60). 19 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019

ğı konusunda tereddüdü bulunmamalıdır. Zira bu belirsizlik ve öngörülebilirliğin olmayışı, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvene zarar verecektir. Bu nedenlerle Yargıtay'ın anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etmesi için kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Bu istikrarın sağlanabilmesi araçlarından birisi de içtihatların birleştirilmesidir.

İlk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinden gelen kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi her şeyden önce temyiz incelemesi yapan Yargıtay hukuk dairesi tarafından sağlanacaktır. Ancak Yargıtay dairesinin kendi içtihatları arasında bir çelişki varsa veya Yargıtay daireleri ya da Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatları arasında çelişki mevcutsa, bu durumda çelişkinin giderilmesi için içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulacaktır (Yargıtay Kanunu m. 15/2, Yargıtay Kanunu m. 16/5). Yine Yargıtay'ın bir dairesinin yerleşik bir içtihadından dönmek, başka bir ifade ile farklı bir karar verebilmesi için, içtihadı birleştirme kararı yoluna başvurması gerekmektedir (Yargıtay Kanunu m. 15/2-c). Yargıtay hukuk daireleri ile ilgili olarak yerine getirmesi gereken bu önemli görevin yanında, bölge adliye mahkemelelerinin göreve başlamasından sonra, bu mahkemelerin kendi daireleri ya da diğer bölge adliye mahkemesinin daire veya daireleri arasında ortaya çıkabilecek olan içtihat uyuşmazlığının giderilmesi görevini de üstlenmiştir (5235 s. Kanun m. 35/I-3). Bu nedenle Yargıtay hem kendi daireleri, hem de bölge adliye mahkemelerinin daireleri arasında oluşan içtihat uyuşmazlıklarını gidermekle görevli kılınmıştır. Bu incelemede asıl olarak hukuk daireleri ile ilgili içtihatların birleştirilmesi esas alınacaktır.

Yargıtay, içtihadı birleştirme görevini, aşağıda vereceğimiz sayılardan da görüleceği gibi, bazı yıllar çok yoğun, bazı yıllar ise, yılda sadece bir kez yerine getirmiştir. Bazı yıllarda ise hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir.

İçtihatların birleştirilmesi için Yargıtay Kanunu'nda üç organ öngörülmüştür. Bunlar Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu'dur. Biz bu incelememizde asıl olarak Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme görevini ele alacağız.

1926 yılından 1976 yılı sonuna kadar, 50 yıl içinde hukuk işlerinde 357 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. En çok içtihadı birleştirme kararı 1957 yılında verilmiş olup, bunların sayısı 22'dir. 1944 ve 1955 yıllarında 20, 1954 yılında ise 19 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. 1939, 1961 ve 1963 yıllarında hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir.<sup>4</sup> Ortalama olarak bir yılda verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı sayısı 7,14 tür.

1977-1991 yılları arasında, yani 15 yılda, toplam 70 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. 1977 yılında 4; 1978 yılında 6; 1979 yılında 3; 1980 yılında 3; 1981 yılında 4; 1982 yılında 4; 1982 yılında 6; 1984 yılında 5; 1985 yılında 9; 1986 yılında 3; 1986 yılında 3; 1987 yılında 7; 1988 yılında 3; 1989 yılında 3; 1990 yılında 6; 1991 yılında 4 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. Bu yıllar arasında verilmiş olan içtihadı birleştirme sayısı yılda 4.66'dır.

1992-2017 yılları arasında 25 yıl içindeki içtihadı birleştirme kararı sayısı toplam 35 dir. Yargıtay 1992, 3; 1993 yılında, 3; 1995 yılında, 3; 1994 yılında, 5; 1996 yılında, 2; 1997 yılında, 3; 1998 yılında, 2; 1999 yılında, 1; 2000 yılında, 1; 2002 yılında, 1; 2004 yılında, 1; 2003 yılında, 1; 2007 yılında 1; 2010 yılında 1; 2012 yılında 1; 2014 yılında 1; 2016 yılında 1; 2017 yılında 4 içtihadı birleştirme karar vermiştir. 2001, 2005, 2006, 2008, 2009, 2011; 2013, 2015 yıllarında hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir. Bu yıllar arasında içtihadı birleştirme sayısı yılda 1.4 olarak söylenebilir. 2017 yılında 5,<sup>5</sup> 2018 yılında ise 6<sup>6</sup> içtihadı birleştirme kararı verilmiştir.

Son on yıl içinde verilen dokuz içtihadı birleştirme kararından birisi, ihtiyati tedbir,<sup>7</sup> yemin,<sup>8</sup> tahkim kararlarına karşı başvurulacak yol<sup>9</sup> ve

<sup>4</sup> Kuru B., İctihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977, s. 13-14 ("İctihatların Birleştirilmesi").

<sup>5</sup> 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1; 17.03.2017, E. 2014/1, K. 2017/2; 26.05.2017, E. 2017/2, K.2017/3; 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4; 27.12.2017, E. 2016/1, K.2017/6;

<sup>6</sup> 23.02.2018/ E. 2017/1, K.2018/2; 13.04.2018, E. 2017/3, K. 2018/3; 13.04.2018, E. 2016/2, K. 2018/4; 20.04.2018, E. 2017/4, K.2018/5; 22.06.2018, E. 2016/5, K. 2018/6; 06.07.2018, E. 2017/5, K. 2018 /7,

<sup>7</sup> İBK, 21.02.2014, 1/1 (RG, 17.04.2014, S. 28975).

<sup>8</sup> İBK, 03.03.2017, 2/1 (RG, 17.06.2017, S. 30099).

<sup>9</sup> 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1 (Kazanıcı İctihat Bankası).

bir diğeri de ıslah<sup>10</sup> olmak üzere üç tanedir. Diğer iki içtihadı birleştirme kararı tenfiz<sup>11</sup> ve ilâma dayalı alacağın ilâmsız icra yolu ile takibe konulup konulamayacağı<sup>12</sup> hakkındadır. Bir karar da, içtihadı birleştirme kararı verebilmek için görevli dairenin büyük genel kurul olmayıp, hukuk genel kurul olduğu yönündedir.<sup>13</sup> Bu sayılara bakıldığında içtihadı birleştirme kararlarının çoğunlukla Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Geçmişte de Yargıtay'ın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili çok sayıda içtihadı birleştirme karar verdiği söylenebilir. Bu nedenle Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından çok değerlidir.

Doktrinde Yargıtay'ın son dönemlerde her nedense içtihadı birleştirme kararı vermeme eğiliminde olduğu, sayının giderek azaldığı, neredeyse “*yok olmaya yüz tuttuğu*” ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Sayılara bakıldığında bu görüşün haklı olduğu ortadadır. İçtihadı birleştirme kararlarının uygulamadaki büyük yararları nedeniyle bu yöndeki düşünün isabetli olmadığı açıktır.<sup>15</sup>

Elbette bir yıl içinde verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı sayısının çok olması yargıya olan güvenin artmasına neden olmasa da, çok az sayıda verilmiş olan birleştirme kararları da ciddi tereddütler uyardırmaktadır. Zira hukukun gelişimi içinde içtihatların zaman içinde çelişkili olması kaçınılmazdır. Mevcut çelişkili kararlara alışılmış olması gibi bir düşünce ise yargıya güveni zayıflatan sonucu doğuracaktır.

İçtihadı birleştirme kararları mümkün olduğu kadar kısa sürede verilebilmeli ve bu sayede çelişkili kararların uygulamada yarattığı tereddüt ve güvensizlik ortamı ortadan kaldırılmalıdır. Çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi her şeyden önemlidir. Ancak bir şekilde verilmiş çelişkili kararlar varsa, bu kararlardaki çelişki zaman geçirmeden ortadan kaldırılabilir.

<sup>10</sup> İBK, 06.05.2016, 1/1 (RG, 23.03.2017, S. 30016).

<sup>11</sup> İBK, 10.02.2012, 1/1 (RG, 20.09.2012, S. 28417).

<sup>12</sup> İBK, 26.05.2017, 2/3 (RG, 21.07.2017, S. 30130).

<sup>13</sup> İBK, 17.03.2017, 1/2 (RG, 17.05.2017, S. 30069).

<sup>14</sup> Yılmaz E., “İçtihadı Birleştirme” veya “Adalettteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, Makaleler, 2. Cilt, s. 1165 (“İçtihadı Birleştirme”).

<sup>15</sup> Yılmaz, E., Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağanı, İzmir 2015, Cilt I, s. 544 (“İtirazın İptali”).

İçtihadı birleştirme sebeplerinden birisi, Yargıtay hukuk dairesi ile bir başka dairenin içtihatları arasında çelişki bulunmasıdır (Yargıtay Kanunu m. 15/2-b). Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ile 15. Hukuk Dairesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması hakkında farklı içtihatlarının bulunması,<sup>16</sup> içtihadı birleştirme sebebidir. Zaman içinde diğer daireler kendi içinde bölünmekte ve farkı uygulama sürmektedir. Hukuk Genel Kurulu'nun kararları, hukuk daireleri bakımından bağlayıcı değildir. Bu nedenle daireler, Hukuk Genel Kurulu'ndan farklı kararlar verebilir. Bu durumda da içtihadı birleştirme yoluna gidilmelidir (Yargıtay Kanunu m. 16/5). Üçüncü olarak Yargıtay'ın bir dairesinin yerleşik içtihadından dönmek istemesi halinde içtihadı birleştirme yoluna başvurulmalıdır (Yargıtay Kanunu m. 15/2-c). Özellikle bu sonuncu sebeple içtihadı birleştirme yoluna son yıllarda pek başvurulmamaktadır. Bu tutum hem Yargıtay Kanunu'na aykırılık oluşturmakta, hem de sürpriz karar verme yasağına aykırılık teşkil etmektedir.<sup>17</sup> Yargıtay dairelerinin kendi içinde çelişik kararlar vermesi sürpriz karar verme yasağına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay'ın bir dairesi yerleşik içtihadından dönmek isterse, farklı bir karar verilmesinin gerekçeleriyle birlikte, Yargıtay Birinci Başkanı'ndan içtihatların birleştirilmesini istemek zorundadır.

## 2. Tarihi Gelişimi ve Yabancı Ülkelerdeki Düzenlemeler

İçtihadı birleştirme yolu ilk olarak 1926 yılında 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilatının Tevsiine Dair Kanun ile kabul edilmiştir. Bundan sonra 1928 tarihli 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun, ardından 1973 tarihli 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ve son olarak 1983 tarihli 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda içtihatların birleştirilmesi kurumu muhafaza edilmiştir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> 11. HD, 24.05.2013, 136/3211 (Kazancı İçtihat Bankası), 15. HD, 17.05.2013, 136/3211 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Pekcanitez H., Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibarıyla Uygulanması, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt: II, Ankara 2015, s. 1387 vd.

<sup>17</sup> Pekcanitez H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 788; Karşlı A., Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 332; Aktepe Artık, S., Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 400.

<sup>18</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 13; Kuru, Usul, C.V, s. 4944-4945.



İçtihadı birleştirme kurumu ülkemize özgü olup, yabancı ülke hukuklarında yüksek mahkemelerin içtihatlar arasındaki çelişkinin doğmasını önlemek ve kanunların yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla farklı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 17 Haziran 2005 tarihli İsviçre Federal Mahkemeler Kanunu'na göre, Federal Mahkeme'nin bir dairesinin, bir veya birden fazla başka dairesinin bir hukuki mesele hakkındaki eski kararlarından farklı bir karar verebilmesi, ancak diğer ilgili daire veya dairelerin birleşiminden oluşan kurul tarafından onaylanması şartıyla mümkündür ( BGG Art. 23, 1). Görüldüğü gibi burada Federal Mahkeme'nin kararları arasında çelişkili karar verilmesinden önce, ilgili daire veya dairelerin onayı alınarak karar verilmesi sağlanmakta ve böylelikle çelişkili karar verilmesi de önlenmektedir.<sup>19</sup>

Bir daire, hukuki bir mesele hakkında karar verirken, birden fazla daireyi ilgilendiren hukuki mesele hakkında karar vermesi gerekiyorsa ve bu karar hukukun gelişimi veya içtihatların yeknesaklığı bakımından gerekli ise, bu durumda ilgili olan tüm dairelerin iznini alması gerekir (BGG Art. 23, 2). Bu sayede de çelişkili kararların verilmesi önlenmiş olmaktadır.

Yargıtay Kanunu'nda çelişkili karar verilmesini önlemeye yönelik bir usûl öngörülmemiş, aksine çelişki ortaya çıktıktan sonra bu çelişkinin giderilmesi amaçlanmıştır. Aslında İsviçre hukukundaki çelişkili kararın verilmesini önlemeye yönelik olan bu usûl, çelişkili kararlar verildikten sonra bu çelişkinin giderilmesine ilişkin usûle tercih edilmelidir.

9 Mayıs 1975 tarihli Alman Mahkemeler Kanunu'nun 132. paragrafına göre, Federal Yüksek Mahkeme'de hukuk ve ceza dairesi üyelerinin oluşturduğu Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu mevcuttur. Bu iki genel kurul, Birleşik Büyük Genel Kurul'u oluşturur.

<sup>19</sup> Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı verebilmek için birleştirilmesi istenilen daire veya genel kurul kararlarının arasındaki çelişkili kararların kararlı ve sürekli olmasını araması kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Zira çelişkinin giderilmesi yerine bu çelişkinin sürekli ve kararlı olmasının aranması, çelişkinin bir süre devam etmesini ve arada hak arayanların çelişkili kararların bir yönü sebebiyle hak kayıplarına uğraması kaçınılmaz olacaktır (Aynı yönde eleştiriler için bkz. Duran L., Danıştay İçtihatları Birleştirme Uygulaması, Cem Sar'a Armağan, Siyasal Bilgiler Dergisi, 1972/3, s. s. 430; Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 22; Yılmaz, İçtihadı Birleştirme, s. 1168).

Bir daire hukuki mesele hakkında, bir başka dairenin kararından farklı bir karar vermek isterse, bu durumda hukuk genel kuruluna başvurulur ve bu konuda Hukuk Genel Kurulu emsal bir karar verir. Bir hukuk dairesi, başka bir hukuk dairesinin veya Hukuk Genel Kurulu'nun kararından farklı karar vermek isterse, bu durumda da Hukuk Genel Kurulu karar verir. Bir hukuk dairesi, incelediği bir dosya hakkında, hukukun gelişimi veya içtihat birliğinin sağlanmasının gerekli kıldığı hallerde, hukuki bir mesele hakkında Hukuk Genel Kurulu'nun görüşünü almaya karar verebilir (GVG 132). Bu ihtimal İsviçre hukukunda da düzenlenmiştir. Bu şekilde adeta emsal bir karar alınarak farklı kararların verilmesi önlenmek istenmektedir.

Bir ceza dairesi, başka bir ceza dairesinin veya ceza genel kurulunun kararından farklı karar vermek isterse ceza genel kurulu karar verecektir. Bir hukuk dairesi bir ceza dairesinin veya ceza genel kurulunun ya da bir ceza dairesi, hukuk dairesinin veya hukuk genel kurulunun veya büyük genel kurul kararından ayrılmak isterse, buna büyük genel kurul karar verir (GVG § 132, 2).

Büyük Genel Kurul'a başvuru üzerine, içtihadından ayrılmak istenilen daire, kendisine sorulması üzerine önceki içtihadında ısrar ederse, başvuru kabul edilir ve incelemeye geçilir. Daire büyük kurulun kararının hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için zorunlu olduğunu açıklamalıdır.

Hukuk Genel Kurulu bir başkan ve 12 Hukuk Dairesinin birer üyesi ile özel dairelerden birer (Kartel, Noter, Patent, Ziraat, Avukatlık, Ekonomi ve Vergi daireleri olmak üzere ) üyelerden oluşur. Başka bir daire de ilgili ise ve verilecek karar bu dairenin de kararını etkileyecek olursa, bu daireden de bir üye tarafından temsil edilir (GVG § 132, 5). Eğer kararından dönülmesi arzu edilen dairenin görevi arada değişen iş dağılımı sebebiyle başka bir daire tarafından yürütülmeye başlanmışsa, bu dairenin üyesi kurula katılır. Büyük Genel Kurul başkan ve büyük genel kurulun üyelerinden oluşur. Üye ve temsilciler başkan tarafından bir çalışma yılı için seçilir.

Hukuk Genel Kurulu ve Büyük Genel Kurul sadece hukuki mesele hakkında karar verir. Herhangi bir duruşma yapılmaz (GVG 138, 1). Bu kararlar, bundan sonraki kararlar bakımından başvuran daire bakımından bağlayıcıdır.<sup>20</sup> Bunun anayasaya aykırı olmadığı Federal Al-

<sup>20</sup> Zöllner, Zivilprozessordnung, Köln, GVG §138 Rn. 1; Arenhövel/ Prütting, Gehrle-

man Mahkemesi'nin 30.11.1951 günlü kararı ile kabul edilmiştir (GVG 139).

Fransız Temyiz Mahkemesi, içtihadı birleştirme yoluyla farklı daireler arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarını giderme görevini üstlenmekte; bu çerçevede sürekli olarak özenli bir çalışma faaliyetine girişmekte; temyiz mahkemesinin birinci başkanı da daire başkanlarıyla sürekli bir iletişim içinde bulunmaktadır.<sup>21</sup>

Adli Teşkilât Kanunu'nun 431-5 maddesine göre, farklı hukuk daireleri arasında aynı tür hukukî mesele hakkında farklı çözümlere varılmışsa veya farklı çözümlerin ortaya çıkma ihtimali varsa, çelişkilerin giderilmesi için ilgili hukuk dairelerinden birindeki üyelerin oybirliğiyle "*karma daireye*" başvurulmasına karar verilebilir. "*Karma daire*", farklı hukuk daireleri arasındaki içtihat ayrılıklarını gidermek suretiyle farklı görüşlerin doğumuna engel olan bir düzenleme aracı olarak işlev görmektedir.

Adli Teşkilât Kanunu'nun 431-7 maddesine göre ise, temyiz mahkemesi birinci başkanının re'sen veya cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine aldığı karara dayalı olarak yayınladığı bir kararnameyle ya da uyuşmazlığa bakan ilgili dairenin kararıyla, karma daireye içtihatların birleştirilmesi talebiyle başvurulabilecektir. Karma daire, temyiz mahkemesi birinci başkanından, daire başkanlarından ve ilgili dairelerin temsilcilerinden oluşmaktadır.

### 3. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcı Gücü

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre

"İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar".<sup>22</sup>

in, ZPO Kommentar, 2. Auflage, GVG § 132 1 B .

<sup>21</sup> Boré J./Boré L., La cassation en matière civile, 4e édition, Paris 2008, s. 64; Pireyre B., L'Harmonisation de la jurisprudence et de la pratique judiciaire, Conférence de haut niveau-Conseil de l'Europe, Athènes, le 29 Septembre 2017, s. 5 (<https://www.courdecassation.fr/>). Fransız hukukuna ilişkin tercüme Dr. Öğr. Üye. Nur Bolayır tarafından yapılmıştır. Kendisine yardımlarından ötürü teşekkür ederim.)

<sup>22</sup> Yargıtay Kanunu'nun önceki düzenlemesinde (1750 sayılı Yargıtay Kanunu m. 20) genel kurullara yer verilmemişti. Bununla birlikte uygulamada genel kurulları da bağlaması gerektiği ileri sürülmüştür (Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 28).

Bu bağlayıcılık elbette bölge adliye mahkemeleri için de geçerlidir. İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı gücü sadece sonuç kısmı hakkındadır. Bununla birlikte kesin hükümde olduğu gibi içtihadı birleşime kararlarının gerekçesinde yer alan ve sonuç kısmına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçelerdeki ilkelerinde bağlayıcı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>23</sup> Yargıtay gerekçelerin bağlayıcı olduğundan söz etmese de “göz önünde tutulacağı,<sup>24</sup>” “gerekçeleri ile aydınlatıcı<sup>25</sup>” demiştir. Kanaatimce gerekçeler bağlayıcı olmasa da Yargıtay’ın kararlarında belirttiği gibi belirlenen ilkeler bakımından yol gösterici ve aydınlatıcıdır.

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi 12.06.1969 gün 38/34 sayılı (RG 29.01.1970, S. 13412, s. 11-13) kararı ile içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda mahkemeleri bağlamasını, Anayasanın 138. maddesindeki hâkim bağımsızlığına aykırı olmadığına karar vermiştir. 1953 yılına kadar içtihadı birleştirme kararlarının mahkemeleri de bağladığı yönünde bir hüküm mevcut değildi. Buna dayanarak içtihadı birleştirme kararlarının sadece Yargıtay’ın hukuk dairelerini bağladığı, mahkemelerin güçlü gerekçeler göstererek içtihadı birleştirme kararlarına aykırı şekilde karar verebileceği kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>26</sup>

#### 4. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Kaldırılması veya Değiştirilmesi

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması istenebilir (Yargıtay Kanunu m. 45/3). Bunun usûlü içtihatların birleştirilmesine karar verme usûlü ile aynıdır. Mahkemelerin içtihadı birleştirme kararına gerekçe göstermek suretiyle uymaması söz konusu olamaz (Yargıtay Kanunu m. 45/5). Olsa olsa bu gerekçe temyiz aşamasında ilgili daire tarafından isabetli bulunursa, dairenin içtihatların birleştirilmesini ya da değiştirilmesini istemesi mümkündür. Belki mahkemelerin bağlı olması nedeniyle hukukun kalıplaştığı ve dondu-  
rulduğu iddiasını haklı kılmamak adına mahkemelerin de doğrudan

<sup>23</sup> Kuru, Usul, C. V, s. 4961; Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 33-34.

<sup>24</sup> HGK 24.11.1965, 6/685-428 (RKD 1966/5-6, s. 96 vd.).

<sup>25</sup> HGK 21.09.1994 1/248-538 (İKİD 1995/413, s. 11049 vd.

<sup>26</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 13; Kuru, Usul, C. V, s. 4944-4945; Bilge N./Önen E., Medeni Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 61.

bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesini ya da kaldırılmasını isteme yetkisini tanımak gerekir. İçtihadı birleştirme kurumunun hukuku kalıplaştırdığı, hukukun gelişimini önlediği ancak bugüne kadar verilmiş olan içtihadı birleştirme kararlarından kaçının gerçekten bu amaçla değiştirilmiş olduğuna bağlıdır. 1976 yılı sonuna kadar üç içtihadı birleştirme kararı için değiştirme kararı verildiği bu nedenle içtihadı birleştirme yolunun daha etkin şekilde işletilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>27</sup> Somut olaya uygulayacağı kanun hükmünün anayasaya aykırılığını ileri sürecek olan mahkemenin içtihadı birleştirme kararının kaldırılması ya da değiştirilmesi hakkında bu yetkiye sahip olmaması eleştirilebilir.<sup>28</sup>

Yargıtay yeni kararlarından birisinde bozma kararından sonra ıslah yoluna başvurulması yönünde içtihadı birleştirilmesi kararının değiştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 37.

<sup>28</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 40-41.

<sup>29</sup> 53. Bozmadan sonra ıslah yapılması yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma hakkını zedelediği ileri sürülmüş ise de, bu yasadaki bireysel başvuruya taşınmış, ne var ki Anayasa Mahkemesi, Suzan Tekin (Kavurkacı) Ve Diğerleri Başvurusu'nda (Başvuru Numarası: 2013/1932) ihlal tespit etmemiştir. Söz konusu başvuruda, başvurucu destekten yoksun kalma ve manevi tazminat davasında ıslah taleplerinin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi ve yargılamanın uzun sürmesi nedenleriyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. 9 yıl 8 ay süren yargılamada makul süre açısından ihlal bulan mahkeme (B. No: 2013/1932, 17.07.2014, § 66), ek dava açma hakkının bulunduğu işaret edilerek mahkemeye erişim hakkı yönünden ihlal bulunmadığına hükmetmiştir (B. No: 2013/1932, 17.07.2014, § 53). Mahkeme bir diğer başvuruda da aynı neticeye ulaşmış ve ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. (B. No: 2013/5934, 26.2.2015, § 61 ve § 72 ). Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görüşünün dayanağı kalmamıştır.

54.6100 sayılı HMK'nın 177/1 maddesinde "ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" denilmekle maddenin açık ibaresinden ıslahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkün olabileceğinin kastedilmektedir. Bu aşamadan sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır.

55.6100 sayılı HMK'nın temyiz hükümlerinde hükmün temyizen bozulmasından sonra da ıslahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hüküm mevcut olmasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile sınırlama getirildiğine göre bu istisnai yolun hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da genişletilerek kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hâllerinde de için sonuçlanması güçleştirir ve ıslah müessesesinden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer. Her ne kadar, yeni bir usul kanunu yürürlüğe girmiş ise de bozmadan sonra ıslah yasağının hak ihlali olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararları ve yasa koyucununun 1948 t. İBK'yı bilmesine

İçtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi zarureti çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Sosyal hayatta toplum görüş ve inanışlarında, bilimsel görüşlerde, önemli değişiklikler olması veya sosyal ihtiyaçların değişmesi, kanunlarda yapılan değişikliklerin, içtihadın dayanağı olan kanun hükmünü açık ya da zımni olarak değiştirmesi, içtihatları birleştirme sırasında tartışılmamış maddi ve hukuki pek ağır sakıncaların ortaya çıkması, benimsenen çözümün ülkenin genel hukuk duygusunu ağır bir şekilde zedelemesi içtihatların değiştirilmesi ya da kaldırılması için güçlü sebepler olarak söylenebilir. Bu değişiklikler zamanında yapılamazsa hukuk yaşamına, hak arayanlara zarar verir. Bu konuda bazı içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ya da kaldırılması kanun değişikliği ile mümkün olabilmektedir. Örneğin görevsizlik kararı ile birlikte yargılama giderlerine hükmedilmesi yönündeki içtihadı birleştirme kararı,<sup>30</sup> hatalı olduğu yıllarca ileri sürülebilmişse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır (HMK m. 331/2). İchtihatların birleştirilmesi kararlarının değiştirilmesi hukukun donmasını engeller, ona hayatıyet verir. Bu nedenle içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi konusunda da çok muhafazakâr davranmamak gerekir.<sup>31</sup> Kanunların çok sık değiştirildiği ülkemizde, içtihadı birleştirme kararlarının değişmesi konusundaki çekingenlik de bir çelişki oluşturmaktadır.

---

rağmen bunu kaldıran veya değiştiren bir hüküm getirmemesi dikkate alındığında mevcut kararın değiştirilmesini gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. SONUÇ: 56. Yukarıda açıklanan nedenlerle; "bozma kararı sonrasında ıslah yapılamayacağı ve İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine" dair, 06.05.2016 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verildi. İBK. 6.5.2016, 1/1(Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>30</sup> 25.04.1945 gün ve 9 sayılı içtihadı birleştirme kararı (RG 28.07.1945, 6069).

<sup>31</sup> Teksif ilkesinin çok katı uygulandığı ülkemizde bu katılığı dava boyunca sadece bir kez yumuşatabilecek ve tarafların ispat hakkını sağlamaya yönelik olan ıslah konusunda verilen 04.02.1948 gün ve 10/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının (RG 17.06.1948, 6934) değiştirmesi yönündeki talebi reddedilmemeliydi. Zira usûle ilişkin bir sebeple hüküm bozulduktan sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yeniden yargılama aşamasında ıslah kurumuna izin verilmemesi, hem ıslahın amacıyla bağdaşmamakta, hem de bu yolla korunmak istenilen usûlî müktesep hakka aykırılık teşkil etmemektedir. Zira usûle ilişkin bir sebeple, örneğin yetkisizlik kararı sebebiyle verilen bozma kararına uyulmasından sonra usûlî müktesep hak sadece yetkisizlik kararı verilmesi yönünde olacaktır. Bundan sonra yetkili mahkemede davaya devam edilmesi halinde gerek tam gerekse kısmen ıslah yapılmasına engel olunmaması gerekirdi (Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2017, s. 301-302).

Bu vesileyle içtihadı birleştirme kararının talep edilmesi veya incelenmesi aşamasında ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin bu içtihadı birleştirme kararı hakkında bekletici sorun kararı verip vermemesi tartışılabilir. Her şeyden önce içtihadı birleştirme istenmiş olması ilgili davaların ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Ancak bu konuda gündeme alınmış ve incelenmekte olan bir içtihadı birleştirme incelemesinin sonucunun mahkemenin bekletici sorun sayması uygun olur.<sup>32</sup> Aynı şekilde Yargıtay ilgili dairelerinin de ilgili dosyaların incelemesini bekletmesi uygun olacaktır.

### B. Bölge Adliye Mahkemelerinin Kararları Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi (Uyuşmazlığın Giderilmesi)

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesine göre, Başkanlar Kurulu'nun görevlerinden birisi de, kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaktır. Bu hükme göre;<sup>33</sup>

*“Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemeleri Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararları arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması halinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini istemek”.*

Görüldüğü gibi bölge adliye mahkemelerinin kararları arasındaki “**uyuşmazlığın giderilmesi**” olarak adlandırılan bu prosedür, içtihadı birleştirme kararından oldukça farklıdır.

<sup>32</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 42 vd.

<sup>33</sup> 5235 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle Yargıtay'ın Hukuk ve Ceza Genel Kurulu'nun aynı ya da farklı bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından, hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyuşmazlık bulunursa, bunların Yargıtay tarafından içtihadı birleştirme yoluyla karara bağlanacağı kabul edilmiştir (Özekes M., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, C. III, s. 2256-2257). Böylelikle ilk önce içtihadı birleştirme olarak kabul edilen ve Hukuk Genel Kurulunun görevli kılındığı istinaf mahkemelerinin daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesi, daha sonra yapılan değişiklik ile Yargıtay dairesinin görevi içinde kabul edilmiştir.

Her şeyden önce uyuşmazlığın giderilmesi, bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri ve dolayısıyla temyiz yolu kapalı olan kararları hakkında istenebilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin temyiz yolu açık olan kararları bakımından uyuşmazlığın giderilmesi istenemez. Zira bu kararlar arasındaki çelişkiler zaten temyiz aşamasında giderilecektir.

Uyuşmazlığın giderilmesini istemek yetkisi, başkanlar kurulu herhangi bir talep olmasa da kendiliğinden veya bölge adliye mahkemesinin hukuk ya da ceza dairesinin, Cumhuriyet başsavcısının veya istinaf yoluna başvurma hakkına sahip olanlara aittir.

Yine 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

*“(3) numaralı bende göre yapılacak istemler, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığına, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletilir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığı uyuşmazlık bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep eder. Uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir”*.<sup>34</sup>

Kanaatimce bölge adliye mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için verilen karara “*uyuşmazlığın giderilmesi*” denilmesi isabetli değildir. Çünkü bu ibare ile usûl hukuku terminolojisinde ilk akla gelen, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın giderilmesidir ve bu da genellikle dava yolu ile sağlanabilir. Yine uyuşmazlık, dairelerin kararları arasında değil, bir davada taraflar arasında söz konusu olur. Bu nedenle içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi yerine uyuşmazlığın giderilmesi demek isabetli olmamıştır. Terim olarak “*kararların uyumlu hale getirilmesi*” veya “*kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi*” denilebilirdi.

Bölge adliye mahkemelerinin çelişkili kararlarının giderilmesi için verilen karara, içtihatların birleştirilmesi denilmemesi doğrudur. Nitekim içtihadı birleştirme kararı Yargıtay daireleri ile Hukuk Genel Kurulu kararları arasındaki çelişkili kararlar hakkında verilmektedir.

<sup>34</sup> Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 11 ve 12. maddesinde de Başkanlar Kurulu'nda uyuşmazlığın giderilmesi talebi kaydının tutulması hakkında hükümler bulunmaktadır.



Gerek konu, gerek usûl ve gerekse sonuçları bakımından içtihatların birleştirilmesi ile uyumsuzluğun giderilmesi birbirinden farklıdır. Uyuşmazlığın giderilmesi bölge adliye mahkemesinin daireleri ile başka bir bölge adliye mahkemesinin daire arasındaki farklı kararları bakımından istenir. Bölge adliye mahkemesi kararı ile Yargıtay dairelerinin kararları arasında bir çelişki olmaz. Ancak çelişki Yargıtay'ın verdiği kararlara ilişkin ise, elbette bu uyumsuzluk Yargıtay kararları yönünde giderilecektir.<sup>35</sup>

Bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından sağlanacaktır. Bu konuda bölge adliye mahkemesinin çelişkili karar veren daire üyelerinin bu toplantıya katılımı veya en azından görüş açıklamasına imkânı tanınmamıştır. Her ne kadar bölge adliye mahkemelerinin ilgili daireleri, kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi için görüşlerini yazılı olarak bildirebilirse de, çelişkinin giderilmesi ile ilgili kararın verildiği toplantıda kendi görüşlerini açıklamaları ve oylamaya katılmaları daha isabetli olurdu. Çünkü Yargıtay ilgili hukuk dairesi, aslında kendisinin karar vermediği ve karar verilen konuda da uygulamayı yakından bilmediği bir konuda kararlar arasındaki çelişkiyi gidermeye çalışmaktadır.

Yabancı hukuk sistemlerinde aslında temyiz edilemeyen kararlara karşı istinaf mahkemelerinin gerekli görmesi halinde, temyize başvuru imkânı bulunmaktadır. Bu özellikle bir emsal içtihat oluşması bakımından ve belki de istinaf mahkemesi kararları arasında içtihat birliğinin sağlanması bakımından kabul edilmiştir. Örneğin Alman Usûl Kanunu'nda istinaf mahkemesi hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için kararın aslında temyiz sınırının altında olmasına rağmen, temyiz edilebilmesine izin verilmektedir (ZPO § 543). Bu şekilde temyiz incelemesi kabul edilerek verilen karar, daha sonra istinaf mahkemeleri için emsal karar oluşturmaktadır. Benzer bir düzenleme ilk derece mahkemeleri için de geçerlidir. Örneğin 600 Euro'nun al-

<sup>35</sup> "İçtihatların birleştirilmesi deyiminin sadece hukuk daireleri ile hukuk genel kurulu arasındaki kararlar bakımında söylenebileceğinden bu kavramın hüküm zatlıklarının Yargıtay'ca içtihat halinde birleştirilmesi" denilmesinin daha doğru olacağı ileri sürülmüştür (Şirin, O, İçtihatların Birliği Oturumu, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Ankara 2007, s. 123-124).

tındaki kararlar için istinaf yoluna başvurulmasa da, ilk derece mahkemesi hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanabilmesi için istinaf yoluna başvurulmasına izin verebilmektedir (ZPO § 511). Bu sayede ilk derece mahkemelerinin çelişkili kararlar verebilmesi önlenmek istenmiştir. Hukukumuzda bu tür bir başvuru imkânı kabul edilmemiştir, ancak gelecekte bölge adliye mahkemelerinin kararları arasında çıkabilecek içtihat uyuşmazlığının önlenmesi için bu tür bir başvuru imkânının düşünülmesi gerekir.

## II. İstinaf Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemelerine Dosyayı Geri Göndermesine İlişkin Uygulaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması bakımından değerlendirmeyi düşündüğüm ikinci konu, istinaf mahkemelerinin istinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesidir. Bu yöndeki uygulama, istinaf mahkemelerinin görevi ile Yargıtay'ın temyiz incelemesi aşamasındaki görevinin ayırt edilmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun doğru uygulanması bakımından çok önemlidir. Eğer istinaf mahkemeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istisnai ve sınırlı olarak belirlenmiş olan (HMK m. 363/1-a) dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararları sınırlı hallerin ötesine taşıyarak verirse, bu istinaf mahkemelerini temyiz mahkemesi haline getirecek ve istinaf mahkemesi ile Yargıtay arasındaki farkı ortadan kaldıracaktır. Bu ise kanun koyucunun istinaf mahkemeleri ile arzuladığı sisteme aykırı olacağı gibi istinaf sistemine de aykırılık teşkil edecektir.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 318. maddesine göre istinaf mahkemesi üç şekilde karar verebilir. Birinci olarak verilen kararı kaldırabilir (1 a). İkincisi yeni bir karar verir (1 b). Üçüncü ise, ilk derece mahkemesine yeniden inceleme yaparak karar vermesi için geri gönderir. İlk derece mahkemesine yeniden yargılama yapması içinde gönderme kararı verilmesi iki halde mümkündür. Birincisi davanın önemli bir kısmında hiç karar verilmemiş, ikincisi ise, vakıaların önemli bir kısmının toplanmamış olmasıdır.

İsviçre hukukunda her şeyden önce ilk derece mahkemesine dosyanın geri gönderilebilmesi için asıl kural olan,  **yeni bir karar verme**

**yetkisinin istinaf mahkemesine ait olması** yönündeki kuralın esas alınarak karar verilmesidir. İstinaf mahkemeleri bu ilke ışığında değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.<sup>36</sup>

Belirli araştırmalar, eksik incelemelerin tamamlanması elbette istinaf mahkemesi tarafından yerine getirilebilir. İlk derece mahkemesinden talep edilenlerden önemli bir kısmı hakkında ilk derece mahkemesi karar vermemişse, yeni vakıaların ve bununla ilgili yeni delillerin istinaf mahkemesi tarafından tamamlanarak karar verilmesi gerekir. Ancak istinaf mahkemesi yeni vakıa ve yeni deliller tüm dava malzemelerine bakıldığında, önemli bir kısmı tamamlanmamış toplanmamış ise, bu konuda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin yerine geçerek ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmeyen bir konu hakkında karar vermek durumunda olmamalı ya da ilk derece mahkemesi yerine önemli miktarda delili kendisi toplamak zorunda kalmamalıdır. Ancak bu halde dahi her iki tarafın menfaati varsa, özellikle davanın daha kısa sürede sonuçlanması ya da usûl ekonomisi gereği daha ucuz toplanması, ilk derece mahkemesine geri gönderme her halde yapılmayacaktır. Özellikle ilk derece mahkemesine dosyanın geri gönderilmesi cezalandırıcı karakterde olmamalıdır Ancak ilk derece mahkemesi çok ciddi yargılama hataları yapmış ise bu durum saklıdır. İstinaf mahkemesi istinaf başvurusu üzerine dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme konusunda serbest değildir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ancak belirli hallerde mümkündür. Bu hallerden birincisi davanın önemli bir kısmı hakkında ilk derece mahkemesinde karar verilmemiş olmasıdır. Buradan küçük boşluk ya da eksikliklerin istinaf mahkemesi tarafından tamamlanacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Davanın esaslı kısmı elbette matematiksel olarak ifade edilemez. Özellikle önemli ölçüde tamamlanmamış tahkikat için bu söz konusu olabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu her halde bir istisnadır. Dosyanın geri gönderilmesinde sadece tarafların menfaatleri değil, masraf da dikkate alınarak karar bağlanmalıdır.<sup>37</sup> İstisna olarak dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi kabul edilmiştir. İstinaf mahkemesi ancak eksiklikler önemli ölçüde ise bu istisnayı kul-

<sup>36</sup> Reetz/Hilber, in Sutter Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, 2. Auflage, Genf 2013, Art.318 N.26.

<sup>37</sup> Spühler, K., Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Volume II, Art.318 N.5-7.

lanmalıdır. Özellikle kanunun düzenlemesinde lafzen bunu yapabilir olarak ifade edildiğinden, istinaf mahkemesi buna rağmen eksikliği kendisi de tamamlayarak karar verebilir. Dava dosyasının ilk derece mahkemesine geri gönderilmesinin istisnai nitelikte oluşu ve usûl ekonomisi delillerin toplanmasının istinaf mahkemesine ait olması yönünü ağır basmaktadır.<sup>38</sup>

İsviçre hukukunda da ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin geri gönderme kararı ile bağlıdır. Ancak bu kararla, ilk derece mahkemesinin yeniden verdiği kararın istinafında da istinaf mahkemesi önceki kararı ile bağlıdır.

Avusturya Usûl Kanunu'nun 496. paragrafında, istinaf mahkemesinin yeniden karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi düzenlenmiştir. Bu hallerden ilki, istinaf mahkemesi tarafından kaldırılan ilk derece mahkemesinin verdiği kararda talep sonucu hakkında tam olarak karar verilmemiş olmasıdır. İkinci olarak ilk derece mahkemesindeki yargılamada, uyuşmazlık hakkında doğru karar verilebilmesi için dava yeteri kadar aydınlanmamış ya da esaslı karar verilmesini engellemişse dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. İlk derece mahkemesinin kararı içerik olarak eksik ise veya esaslı biçimde usûle aykırı ise bu takdirde dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmektedir.

Alman hukukunda istinaf mahkemesi istinaf sebeplerinin varlığını tespit ederse, kural olarak sadece verilen hükmü kaldırmakla (iptal etmekle) yetinmez (judicium rescindens), bunun yerine yeni doğru olan karar verir (judicium rescissorium). Yeniden karar verilebilmesi için gereken eksik tahkikatın tamamlanması ve karar için gerekli olan delillerin tamamlanması da istinaf mahkemesinin görevi içindedir. İstinaf mahkemelerinin hükmü kaldırmasından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılması gerekli ise söz konusu olmaktadır. Ayrıca istinaf mahkemesindeki duruşmada bunun taraflardan birisi tarafından talep edilmesi gereklidir. Eğer bir talep olmazsa istinaf mahkemesi ağır hatayı dahi kendisi halletmelidir. Tarafın talebi olsa da bu konuda ilk dere-

<sup>38</sup> Staehelin, A./Staehelin, D./Grolimung, P., Zivilprozessrecht, 2. Auflage, s. 498; Volkart, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011, DIKE Komm-ZPO, Art.318 N.4-8, s. 1806.

ceye gönderme hakkında takdir yetkisi istinaf mahkemesine aittir. İstinaf mahkemesi takdirine göre ilk derece mahkemesinde ağır eksiklerin bulunması halinde dosyayı vermiş olduğu kararı kaldırarak tekrar ilk derece mahkemesine geri gönderir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği haller Alman Usûl Kanunu'nun 547. paragrafında sınırlı olarak sayılmıştır. Bu haller ağır usûl hatalarıdır. İlk derece mahkemesinde taraflardan birinin hukuki dinlenilme hakkının ihlali, bir delilin ibrazı için çok kısa süre verilmesi, geç getirilmiş olan vakıaların 296 1 deki koşullar olmaksızın reddedilmesi, delil gösterme yükümlülüğünün ihlali, tanık veya tarafların yetersiz dinlenilmesi, masraflar için kısa süre öngörülmesi, mahkemenin haksız biçimde kesin hüküm itirazını kabul etmesi<sup>39</sup> ağır usûl hatalarına örnek olarak verilebilir. Alman Usûl Kanunu'nun 538. paragrafının ikinci fıkrasına göre, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak ilk derece mahkemesine sadece aşağıdaki hallerde geri gönderebilir

1. İlk derece mahkemesinde ağır bir yargılama hatası yapılmış ve bu hatanın giderilmesi için çok sayıda, kapsamlı bir delil toplanması gerekiyorsa.
  2. İptali (kaldırılması) istenen kararda bir itiraz kabul edilmeyerek reddedilmişse,
  3. İptali istenen karar ile sadece dava şartları bakımından karar verilmişse
  4. Miktar ve sebebi bakımından uyuşmazlık konusu olan bir talep sonucuna ilişkin olarak, kaldırılması istenilen kararda, talebin sebebi hakkında vaktinden önce karar verilmiş ya da dava miktar olarak karar verilebilir halde olmasına rağmen reddedilmiş ise
  5. İptali istenen hüküm senet ve çek yargılamasında hakların saklı olması kaydıyla verilmişse
  6. İptali istenilen karar gıyap kararına ilişkin ise,
  7. İptali gereken karar kısmi dava hakkında verilen karar 301. maddedeki koşullara aykırı ise
- ve taraflardan birisi ilk dereceye gönderilmesini talep ederse.

<sup>39</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2010, § 138 Rd.19 vd.

3 no'lu bentte yer alan sebebin varlığı halinde istinaf mahkemesi tüm itirazları incelemeli ve sonuçlandırmalıdır. 7 numaralı bentte ise talebe gerek olmaksızın dosya ilk derece mahkemesine gönderilir.<sup>40</sup>

Alman hukukunda istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi de sadece sınırlı sayıda öngörülmüştür. Hukukumuzdan farklı olarak ayrıca taraflardan birisinin (7. bent hariç) talebi aranmıştır.

Alman hukukunda yapılan son reformda, istinaf mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme imkânları kısıtlanmış ve kural olarak tarafların bu yönde talepte bulunması şartına tabi kılınmıştır. ZPO 538'e göre istinaf mahkemesinin davayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilmesi için yargılamanın ağır bir hata ile malûl olması ve bu hatadan dolayı delillerin istinaf mahkemesince toplanmasının kapsamlı, zaman alıcı ve masraflı olması gerekmektedir. Örneğin çok sayıda tanığın ya da bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerekiyorsa, tanıkların uzak yerlerde oturmaları ve istinaf mahkemesine gelmeleri zor ise delil toplamanın zor ve masraflı olduğundan söz edilebilir.

Yukarıda incelediğimiz üç ülkede de istinaf mahkemeleri tarafından verilen kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi istisnai hallerde ve sınırlı sayıdaki sebeplere binaen kabul edilmiştir. Bu nedenle istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararları kaldırdıktan sonra yeniden yargılama yaparak bir karar vermek yerine, kolay yolu seçerek tekrar ilk derece mahkemesine gönderme yolunu tercih edecek olurlarsa, bu kanunun amacına aykırı olacaktır. Böyle bir uygulama usûl ekonomisine de ciddi biçimde aykırılık teşkil edecektir. Zira bu dosyaların ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi arasındaki gidiş ve gelişleri, hem zaman kaybına neden olacak hem de istinaf mahkemelerinin asıl görevini yerine getirmemesi gibi bir sonucu ortaya çıkaracaktır.<sup>41</sup>

İstinaf mahkemelerinin görevine başlamasıyla birlikte yukarıda açıklamaya çalıştığımız tehlike özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 363. maddesinin 1 a 6. bendiyle ilgili uygulama bakımından dikkat çekicidir. HMK m. 363/1-a, 6. bendi şu şekildedir.

<sup>40</sup> Bu maddenin çevirisi bakımından farklılıklar için bkz. Akil C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 321 dn. 12.

<sup>41</sup> Taşpolat Tuğsavul M., İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar, TBBD 2018/Ocak-Şubat s. 318 vd.

*“Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplamadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması”*

353. maddenin ilk fıkrasında altı bent olarak istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemesine dosyayı gönderebileceği haller sınırlı olarak ve tek tek sayılmıştır. Bu sayılan hallerin özellikle ilk derece mahkemelerinin çok ağır yargılama hataları sebebiyle öngörüldüğü açıktır. Böylelikle ilk derece mahkemelerinin çok ağır yargılama hataları ya da davanın başında hukuka aykırı olarak davayı esastan incelemeyen verdikleri usûle ilişkin kararların kaldırılarak tekrar esastan inceleme yaparak karar vermeleri istenilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde;

*“Özellikle bazı önemli ve klasik usul eksikliklerinin mevcudiyeti halinde bölge adliye mahkemesine, duruşma yapmadan davayı yeniden görmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır”* denilmiştir (Hükümet Gerekçesi).

Uygulamada ilk derece mahkemesinin hiç delil toplamamasının ya da hiçbir değerlendirme yapmamasının mümkün olamayacağı belirtilerek bu bendin geniş biçimde uygulanmasına ilişkin yorumlar yapılmaktadır. Bu yorumların maddenin amacına uygun olmadığını öncelikle belirtmem gerekiyor. Bu bendin yorumu yapılırken, kanunun hazırlanışı sırasındaki tartışmaların göz önünde tutulması önemli olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrası, 1993 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporuna dayanmaktadır. Bu Tasarının 317. maddesinde, istinaf mahkemesinin, altı bent olarak sayılan hallerde, kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine göndermesi düzenlenmiştir. Tasarının 317. maddesinin 6. bendinde

*“Mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili hiçbir kanıtı toplamadan karar vermiş olması”* dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gönderilmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu bent pek fazla değişikliğe uğramadan, 1999 yılında oluşturulan komisyon tarafından Tasarıya alınmış ve ardından bu şekilde yasalaşmıştır. Bu bendi yorumlar-

ken her şeyden önce “kanun koyucu abesle iştigal etmez” ilkesinden hareket edilirse, doğru bir uygulamaya ulaşılabilir.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus da, istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin tasarının tartışılması aşamasında, bu bent hakkındaki değerlendirmelerdir. İstinaf mahkemelerine ilişkin tasarının ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin değerlendirilmesi amacıyla İstinaf Mahkemeleri konulu uluslararası 7-8- Mart 2003 tarihli toplantıda, Avusturyalı Prof. Klicka tarafından bu konuda şöyle bir öneride bulunulmuştu:

*“Değerli konuklar, son olarak sizleri bir konuda ikaz etmek istiyorum. Eğer istinaf mahkemeleri oluşturmaya karar verirseniz-ki buradaki koşulları tam olarak bilmememize rağmen ben bu mahkemelerin kurulmasından yana- yım ve genel eğilime bakarak bunun doğru bir yol olduğunu düşünüyorum- lütfen bir hususa dikkat edin. Kuracağınız sistemde istinaf mahkemesinin mümkün olduğu kadar kendisinin karar vermesini sağlayın. İstinaf mahkemesinin kolay yolu seçerek bir alt mahkemenin kararını bozmakla ve tekrar birinci derece mahkemesine göndermekle yetinmeyip, karar verme yükümlülüğü duymasını sağlayın. Aksi takdirde dava birinci ve ikinci derece mahkemesi arasında gidip gelerek zaman kaybına neden olacaktır. Birinci derece mahkemesi bir karar alacak, buna karşı istinaf yoluna gidilecek, istinaf mahkemesi bir hata bulacak, ancak daha iyi ve daha doğru bir karar vermeyecek ve kararı bozup birinci derece mahkemesine göndermekle yetinecektir. Bu –tabiri caizse- kötü alışkanlık Avusturya’da çok yaygın hale gelmiştir. Kanun koyucu bu uygulamayı dikkatli bir şekilde engellemeye çalışmış, ancak yeterince başarılı olamamıştır ve dolayısıyla Avusturya’da uygulama alanında böyle bir sorunla karşı karşıya kaldık. Ben de Avusturya’nın bakışı açısından, etkin bir istinaf yolu oluşturulması için bu hususta sizleri ikaz etmek istiyorum”.*<sup>42</sup>

İstinaf hükümlerinin hazırlanmasında komisyon üyesi olan Prof. Dr. Yıldırım bu toplantıdaki sunumunda mevcut hükmü eleştirmekle birlikte

*“Delil ikamesi yetersiz de olsa gerçekleşmişse, dosya artık ilk derece mahkemesine geri gönderilemez. Tasarı f. 1 de sınırlı biçimde bozma hallerinin gösterdikten sonra f. II de yine sınırlı olarak esas hakkında karar verilebilecek*

<sup>42</sup> Klicka, T., İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 51-52.



*faraziyeleri düzenlemiştir. Bu iki fıkranın faraziyeleri dışında kalan hallerde, örneğin yetersiz delil ikamesi faraziyesinde, artık istinaf mahkemesi duruşmalı inceleme yapmak zorundadır” demektedir.*<sup>43</sup>

HMK m. 353 b. 6’daki düzenlemenin amacı dikkate alınmadan ve en önemlisi de istinaf mahkemelerinin asıl görevinin “denetim ve düzeltici kanun yolu” olduğundan ve istinaf mahkemelerinin “dar anlamda yetkili” istinaf mahkemesi olduğundan söz edilerek, istinaf mahkemelerinin delil toplamakla yükümlü olmayıp, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararı kaldırdıktan sonra dosyayı ilk derece mahkemelerine gönderebilecekleri söylenemez.<sup>44</sup> Yine istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak hüküm verme yetkisi bulunmakla birlikte, bunun ilk derece mahkemesinin yerine geçerek hüküm verme olarak anlaşılması, denetim fonksiyonunun bir devamı olarak ve onunla sınırlı olarak anlamlandırılması gerektiği de istinaf sistemine uygun değildir.

Öncelikli olarak istinaf mahkemeleri, Yargıtay gibi hukuka aykırı bulunduğu ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak yeniden karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderen mahkemeler değildir. Aksi halde bu uygulama kanuna ve istinafın amacına aykırı olur. İstinaf, yeniden ele almak, hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak ve yeniden yargılama yapılarak bir karar verilmesini gerektirmektedir. İstinaf mahkemelerinin asıl görevi bu olmakla birlikte, kanun koyucu sınırlı biçimde ve istisnai olarak saydığı hallerde, kararın kaldırılmasından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine izin vermiştir. Ancak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kanunda tek tek sayılmış istisnai hallerde mümkündür (HMK m. 353/1).

Her ne kadar kanundaki ifade uygulamada çok istisnai hallerde geçerli olabilecek bir hal ise de, bu bize kolaylıkla bu bendin uygulanmasını geniş yorumlamak imkânı vermemelidir. Bu anlamda aşağıdaki bölge adliye mahkemesi kararının Kanunun amacına aykırı olduğu düşüncesindeyim.

<sup>43</sup> Yıldırım, Kanun Yolu Olarak İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 308-309.

<sup>44</sup> Karş. Boztaş N., İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi, *MİHDER* 2017/2, s. 424 vd.

“ Somut olayda; taraflar arasında temel uyuşmazlık konularından birisi olan fazla çalışma süresinin tespit edilebilmesi için taraflar tanık deliline dayanmış ancak mahkemece tanık beyanları eksik alınmış ve doğal olarak uyuşmazlığın çözüm noktasında tam olarak değerlendirilmemiş, yukarıda HMK 253/1-a.6 madde metninde açıklanmaya çalışılan, kararın kaldırılıp iade edilmesi sonucuna götüren koşullar bu şekilde oluşmuştur. **Çünkü davanın esasıyla ilgili gösterilen delillerden “BİRİNİN bile toplanmaması” HMK 353/1-a.6 maddesi bağlamında GÖSTERİLEN delillerin “değerlendirilmemesi” anlamını taşır.**

**Davanın esasını, çözümünü ve sonuçta verilecek kararı doğrudan etkileyecek nitelikteki delillerle ilgili hiç araştırma yapılmaması ya da delillerin sonuç elde edemeyecek derecede eksik toplanması arasında hiçbir fark bulunmamakta, uyuşmazlığın esasına ilişkin eksik delil, ihtilaflı ve delil durumunu hiçlik noktasına getirmektedir. Bu durumun yöntemince giderilmesi, gereğinin yerine getirilmesi işlemi ilk derece mahkemesince yapılmalıdır.**<sup>45</sup>

Bu kararın gerekçesinde şöyle denilmektedir:

“ Bu madde kapsamında isabetli bir değerlendirme yapabilmek için istinaf mahkemesinin temel niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ceza yargısının aksine hukuk yargısında dar istinaf sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin en temel özelliği ise denetimin asıl olmasıdır. **Yeniden yargılama ise ikincildir** ve maddi vakıa denetiminin içinde değerlendirilmesi gerekir. Buradan da anlaşılacağı üzere istinaf mahkemesi her ne kadar bir vakıa mahkemesi olsa da **esas itibari ile bir denetim mahkemesidir**. İstinaf kanun yolunda asıl olan denetimdir. Başka bir ifade ile **istinafta temyiz gibi mahkeme kararlarına karşı öngörülmiş olağan bir kanun yoludur**. Bunun sonucu olarak her ikisinde de denetim muhakemesi yapılır. İstinaf kanun yolu yargılaması ilk derece aşamasında dosyanın tam olarak tekemmül etmiş olması varsayımı üzerine oturtulmuştur. Bu nedenle istinaf mahkemesinin esas hakkında bir denetim yapabilmesi ve bir karar verebilmesi ilk derece mahkemesinde usulünce verilmiş esasa ilişkin bir kararın varlığına bağlıdır.

Maddenin lafzı gibi anlaşılması istinaf incelemesini bir denetim mekanizması olmaktan çıkartıp **yeniden yargılama mekanizması haline getirir**. Özellikle çok yetersiz olmakla birlikte, delillerin kısmen toplandığı veya

<sup>45</sup> Antalya BAM 10. HD, 21.10.2016, 2/3 (Kazancı İçtihat Bankası).

*kısmen değerlendirildiği hallerde iş yükünün tamamen istinaf aşamasına kaymasına ve ilk derece mahkemelerinin formalite bir yargılama yapılmasına neden olur ki, bu durum hem taraflar hem de istinaf mahkemeleri bakımından katlanamaz sonuçlara neden olabilir.*

Gerekçe verilen karar istinaf mahkemelerinin kuruluşu, amacı ve işlevine aykırıdır. Özellikle istinaf mahkemesinin Yargıtay gibi denetim mekanizması olduğu ve asıl görevinin denetim olduğu, yeniden yargılama mekanizması olmadığı gerekçesi, istinafın amacına aykırıdır.

Bölge adliye mahkemelerinin başka kararlarında da, asıl görevin denetim görevi olduğu ve istinaf mahkemelerinin dar anlamda istinaf mahkemeleri olması sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin asıl olduğu kabul edilmektedir. Örneğin;

*“6100 sayılı Kanun’un 353/1. maddesinde : “a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye .. gönderilmesine duruşma yapmadan KESİN olarak karar verir- 6- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” denilmiş olup, davaların yığılması halinde açılan işçi alacaklarına ilişkin davada, fazla mesai talebine yönelik dava ile ilgili delillerin gerekçeli kararda hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması, Bölge Adliye Mahkemesince kararın kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan KESİN olarak karar verilmesini gerektiren bir haldir.*

*Dolayısıyla hüküm kısmında diğer taleplerin reddine karar verilmiş ise de gerekçede fazla çalışma ücretine yönelik herhangi bir açıklama bulunmadığından gerekçe ile hüküm birbiriyle çeliştiğinden fazla çalışma ücreti yönünden mahkemece olumlu-olumsuz şekilde gerekçenin belirtilerek ve delillerin değerlendirilerek buna uygun hüküm tesis edilmesi gerekmekte olup, bu durumda fazla çalışma ücretine ilişkin esasa yönelik delillerin hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması nedeniyle **davanın esasını incelenmeden ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmesi** sonuç ve kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur”.<sup>46</sup>*

<sup>46</sup> İzmir BAM 3. HD, 10.02.2017, 234/261.

“HMK'nın 353/1-a maddesinde, Bölge Adliye Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin İlk Derece Mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyayı kararı veren mahkemeye göndermesine dair duruşma yapmadan kesin olarak karar vereceği haller düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen gönderme kararına ilişkin olarak HMK. 353/1-a.6 madde düzenlemesi ise “Mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan VEYA gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” şeklindedir.

**Tarafların delillerinin tamamı eksiksiz toplanmış olsa dahi gösterilen deliller hakkında mahkemece hiç değerlendirme yapılmaması halinde yukarıda açıklanan madde metni çerçevesinde istinaf incelemesi yapan daire tarafından dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesi mümkündür.**

Ayrıca toplanmayan bir delilin yasa maddesinin istediği anlamda değerlendirildiğinden de söz edilemez.

Davacının, dava açmakta talebi açıklattırılmaksızın, davanın davalı işyerlerinde geçmekte birlikte Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen hizmetlerinin tespiti mi yoksa davalı belediyede geçen çalışmalar nedeniyle toplu sözleşme hükümlerinden yararlanma amacına mı yönelik olduğu açıklattırılmaksızın **hâkim davayı aydınlatma görevi gözardı edilerek hüküm kurulması HMK 353/1-a-6 maddesine aykırıdır.**

Mahkemece dava niteliği ve dava ile ulaşılmak istenilen sonuç, elde edilmek istenilen yarar açıklattırılarak, davanın hizmet tespiti niteliğinde olduğunun görülmesi durumunda Sosyal Güvenlik Kurumunun fer'i müdahil olacağı da değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.<sup>47</sup>

Yukarıdaki kararda da davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemiş olması, kararının kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine imkân tanınmasa da, madde geniş olarak anlaşılmalı ve uygulanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasına göre, kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gön-

<sup>47</sup> İstanbul BAM 31. HD, 24.01.2017, 83/45 (Kazancı İçtihat Bankası).

derilmesi, istinaf mahkemelerinin dar anlamda mahkemeler olmasıyla ilgilendirilemez. Dar istinaf ya da sınırlı istinaf, istinaf mahkemesini ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır.<sup>48</sup> Başka bir ifade ile istinaf yargılamasında yeni vakıalara dayanmak mümkün değildir. Bunun yanında istinaf mahkemesi istinaf dilekçesi ile ve burada belirtilen sebeplerle bağlıdır. Buradaki istinafta yeni vakıa getirilmesi yasaktır.<sup>49</sup> Bu anlamda Türk hukukundaki istinaf dar anlamda istinaftır.<sup>50</sup> İstinaf mahkemesinin verilen kararı sadece kaldırıp yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndermesi biçiminde bir istinaf modeli kabul edilmemiştir.<sup>51</sup>

Doktrinde de bu bend yorumlanırken, ilk derece mahkemesinin delillerin çok azını toplamış olsa da, daha toplanacak çok kapsamlı delillerin bulunması halinde bu bent kapsamına girebileceği kabul edilmektedir.<sup>52</sup>

Yılmaz, istinaf sisteminin başarılı olabilmesi için istinaf mahkemelerinin kendi yetkilerinde olan uyuşmazlığı yeniden çözen bir karar vermeleri seçeneği üzerinde durmaları ve faaliyetlerini bu yönde sürdürmeleri, ilk derece mahkemelerine gönderme kararının çok istisnai hallerde kullanabilmeleri gerektiğini ifade etmiştir.<sup>53</sup>

Akkaya'ya göre, deliller çok sınırlı toplanmış veya toplanan deliller yetersiz ve yüzeysel değerlendirilmiş ise, istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemeli, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermemelidir.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Yılmaz, İstinaf, s. 22; Özekes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2244-2245.

<sup>49</sup> Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2010, s.569

<sup>50</sup> Deren-Yıldırım, N., Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8- Mart 2003, Ankara 2003, s. 269.

<sup>51</sup> Akil, s. 53.

<sup>52</sup> Hiç delil toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi halinde istinaf mahkemesi duruşma yapmadan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilecektir( Özekes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2259).

<sup>53</sup> Yılmaz E., İstinaf Ankara 2005, s. 80. Aynı yönde Ergün, Z., İstinaf, İstanbul 2005, s. 33.

<sup>54</sup> Akkaya T., Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 328. Aynı yönde Konuralp H., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II; Ankara 2007, s. 185.

Akil ise, altıncı bentteki ifadenin, Avusturya hukukundaki düzenleme örnek alınarak, *ilk derece mahkemesi önündeki yargılamanın, uyumsuzluk konusunun esaslı(tüketici) bir şekilde değerlendirilmesini engelleyecek önemdeki bir hata ile malul olması*" şeklinde kaleme alınması daha uygun olurdu demektedir.<sup>55</sup>

Gözütok'a göre, bir dosyada esastan karar verilmiş ise delillerin hiç toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi normal şartlarda gerçekleşmesi mümkün olamayacak bir durumdur. Bir kısım deliller toplanmış olsa da toplanması gereken kapsamlı deliller var ise, yani ilk derece mahkemesinin yaptığı tahkikat hiç bir şekilde uyumsuzluğu çözmeye yaklaşmış olmayıp, daha yapılması gereken kapsamlı delil toplama işlemleri var ise, yani yapılacak tahkikat hüküm kurmanın çok uzağında olmak üzere eksik incelemeyi içerdiği halde karar verilmişse bu halde Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'nin eksik delilleri tümüyle toplamak zorunda olmadığı ve esasını incelemeyi ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın karar veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.<sup>56</sup>

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu yeni bir karar, istinafın amacına ve kanundaki düzenlemeye son derece uygun örnek bir karardır. Bu kararın Yargıtay'ın diğer daireleri tarafından da benimsenmesi halinde, bölge adliye mahkemelerinin kolaylıkla dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesini de önleyeceğini düşünmekteyim.

"İlk derece mahkemesince, idrak çağında bulunan ortak çocuk bizzat dinlenmediği gibi uzman raporu da alınmamıştır. Bu sebeple 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesi gereğince, aile mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip; idrak çağında bulunan çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşü de bizzat alınarak ve toplanan diğer delillerle hep birlikte değerlendirilerek, kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Bölge adliye mahkemesince verilen kararda da bu hususlara işaret edilmiş, **ancak eksik**

<sup>55</sup> Akil, s. 321-322.

<sup>56</sup> Gözütok, Z., Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz, s. 112 vd.

delillerin toplanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Az yukarıda da açıklandığı üzere ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri deliller toplandığından Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 353/1-a-6. maddesi uyarınca eksik hususların ikmali için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, eksik delillerin toplanması konusunda özellikle HMK'nun 353, 354 ve 373. maddeleri ele alındığında da, kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesince verilen kararın yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu maddelere bakacak olursak;

HMK 353/1-b-3 maddesinde; "Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında duruşma yapılmadan karar verilir".

HMK 354. maddesinde "(1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince inceleme, davanın özelliğine göre heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır.

(2) İnceleme sırasında gereken hallerde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi istinabe edilebilir".

Yine HMK'nun 357/3. maddesinde "İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir" şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen hükümler değerlendirildiğinde de, eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması gerektiği anlaşılmaktadır. O halde bölge adliye mahkemesince idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınması ve uzmanlardan rapor alınarak toplanan tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir".

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi".<sup>57</sup>

Bu açıklamalardan sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendi lafzen anlaşılması dışında,

<sup>57</sup> 2. HD, 04.12.2017, 5594/13799 (Kazancı İçtihat Bankası).

istinafın amacına uygun olarak yorumlanmalı ve anlaşılmalıdır. Uygulamada ilk derece mahkemesinin hiç delil toplamaması veya delilleri hiç değerlendirmemiş olması elbette çok istisnai hallerde karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu bendin çok istisnai hallerde uygulama alanının olacağı kanun koyucu tarafından da bilinerek, bilinçli olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi ise istinaf mahkemelerinin yüzyılı aşkın süredir uygulandığı ülkelerde,<sup>58</sup> istinaf mahkemelerinin zaman içinde kolayca kaçarak ve hukuka aykırı olarak iptal ettiği kararların yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemelerine gönderilmesi yönündeki eğilimin mevcut oluşu ve bunun önlenmesine ilişkin yakın zamanlarda düzenlemeler yapılmış olmasıdır. Tüm bu gelişmeler dikkate alındığında bu bendin mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerekecektir. Özellikle istinaf mahkemelerinin amacına aykırı olan veya ilgisi olmayan gerekçelerle, bu bendin kapsamını genişletmek, istinaf mahkemelerinin kuruluş amacına aykırı olacak ve görevlerini de yerine getirememeleri sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu yorum yapılırken ister istemez istinaf mahkemelerinin mevcut durumunun da dikkate alınması gerekmektedir. Bugün için istinaf mahkemelerinin sayısı kendilerine gelen iş yüküne uygun değildir. En önemlisi istinaf mahkemeleri iki, hatta üç şehir sınırları geçildikten sonraki şehir ya da ilçelerin ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararları incelemektedir. Hal böyle olunca, delillerin toplanması getirilmesi ilk derece mahkemesine nazaran çok daha fazla zaman ve masrafı gerektirebilmektedir. Bütün bunlar dikkate alınarak yapılacak yorumun yine de kanunun amacına uygun olmasını sağlamamız gerekmektedir. Somut olayda usul ekonomisinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Özellikle zaman ve masraf yönünden istinaf mahkemesinin kolaylıkla sağlayabileceği ya da getirtebileceği deliller için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilememesi gerekmektedir. Zira anayasamızda da açıkça öngörülen usul ekonomisi buradaki yorumda da dikkate alınmalıdır. Ancak her halde istinaf mahkemelerinin eksik olan delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusunda asıl görevli oldukları da dikkatten kaçırılmamalıdır.<sup>59</sup> Zira kanun istinaf mahkemesinin çok

<sup>58</sup> Örneğin bkz. Werner Hinz, ZPO Reform und Mietprozess, Neue Zeitschrift für Mietrecht(NZM), 2001/13, s. 605; Akil, s. 104.

<sup>59</sup> Seiler, B., Die Berufung nach ZPO, 2013, S.665 vd.; Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Art. 308-327a ZPO Rn. 11 vd.



ağır yargılama hataları dışında ilk derece mahkemelerinin kararını kaldırdıktan sonra kendisinin eksiklikleri tamamlayarak karar vermesini öngörmektedir.

### III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Son olarak 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklere değinmek istiyorum. Ülkemizde son yıllarda diğer kanunlarda olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yürürlüğünden hemen sonra değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Bir kanunun zaman içinde bazı maddeleri, hatta tümü değiştirilebilir. Ancak kabulünden kısa bir süre sonra, durum ve koşullarda çok önemli bir değişiklik olmadan, bu kadar değişiklik yapılmasını haklı kılacak bir sebebin olmadığını düşünüyorum. Tesadüfen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aynı yıl, yani 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Usûl Kanunu'nda henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Yakın bir zamanda bir değişiklik yapılması da düşünülmektedir. Bunun en önemli sebebi yeni kanunun uygulamasının tam olarak görülebilmesi, doktrinde tartışılması ve uygulamanın içtihatlarla çözüm bulması, boşlukların doldurulması, yorum yoluyla doğru uygulamanın bulunmasıdır.<sup>60</sup>

Daha önceki usûl kanunumuz olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yaklaşık doksan yıl içinde otuz değişiklik yapıldığı söylenerek bu değişikliklerin çokluğundan söz edilirken, yeni Kanunumuzla ilgili 2011 yılından bu yana, yani altı yıl içinde onüç değişiklik yapılmıştır.<sup>61</sup> 15.08.2017 tarihinde Kanun Hükmünde Kararname ile bir değişiklik daha yapılmıştır. Bu değişiklikler 90 yılda yapılan değişikliklerin yarısına tekabül etmektedir. Son olarak 2018 yılı içinde 7101 ve 7145 sayılı Kanunlarla değişiklikler yapılmıştır.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Pekcanitez H., Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci, TBBDD 2017/ Kasım-Aralık, s. 211 vd. ("Erozyon Süreci").

<sup>61</sup> 2019 yılı başına kadar sekiz yıl içinde yapılan değişikliklerin sayısı on beşe ulaşmıştır.

<sup>62</sup> 7101 sayılı Kanun 28.02.2018 tarihinde kabul edilmiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410, 416, 418 ve 439. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 7145 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375 inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendine "tespit edilmiş olması" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında

Kanun yaparken olduğu gibi, değiştirilirken de, değişiklik önerileri yeteri kadar düşünülmeli, değerlendirilmeli ve tartışılmalıdır. Yine temel kanunların kabulünden sonra bir süre geçiş zamanı tanınarak, bu süre içinde yeni hükümlerin daha doğru uygulanabilmesi için çalışmalar yapılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili yapılan değişikliklerin hiçbirisi bu tür bir tartışma imkânı sağlanmadan kabul edilmiştir. Sürpriz kanun değişiklikleri birbirini takip etmektedir. Bu değişiklikler son yıllarda oldukça yaygın olarak kullanılan ve kanun yapma tekniğine uygun olmayan “*torba kanun*”larla gerçekleştirilmiştir.

Uygulayıcılar 2011 tarihinden bu yana Hukuk Muhakemeleri Kanunu yanında, yeni Borçlar Kanunu ve yeni Ticaret Kanunu hükümleri ile yeni göreve başlayan istinaf mahkemeleri sayesinde yepyeni bir uygulamaya alırken, diğer taraftan kanunlardaki sürekli yapılan değişiklikleri takip etmek zorunda kalmaktadır. Bu baş döndürücü değişiklikler uygulamayı işin içinden çıkılması zor bir duruma sokmuştur. Öğrenci kitapları dışında artık kimse kitap almamaktadır. Çünkü kitap yayınlandıktan bir süre sonra eski hale gelmektedir. Uygulamada çok az sayıda bulunan kitaplar da nasıl olsa kısa zamanda bir kanun değişikliği ile eski kitap haline geleceğinden satın alınmamakta, kitap basılmamaktadır. Kitabın zaten az okunduğu ülkemizde bu değişiklikler kitap okumayı da olumsuz etkilemektedir. Henüz yedi yıl geçmeden sürekli yapılan değişiklikler sonunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematigi bozulmuş ve bu Kanun'la kabul edilen pek çok önemli ilke zedelenmiştir. Sürekli yap-boz şeklinde yapılan değişiklikler birbirini izlemektedir. Bu değişikliklerin bir olumsuz sonucu da içtihatların oluşması, boşlukların doldurulması gibi uygulamanın gelişmesine izin vermemesidir. İşin bir başka kötü tarafı da, kanun değişikliklerinin olumsuz sonuçlarından ders çıkarılması yerine, değişiklik yapma hızı kesilmemekte, sürekli yeni öneriler gündeme gelmekte ve oluşturulan komisyonlarla yeni değişikliklerin yapılması amaçlanmaktadır.

Her mahkemenin kararlarına karşı gidilebilecek ayrı bir istinaf, ayrı bir temyiz süresinin mevcudiyeti yanında, mevcut sürelerle haklı bir sebep olmaksızın sık sık oynanmaktadır. Örneğin Hukuk Mu-

---

dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi” ibaresi eklenmiştir.

hakemeleri Kanunu'nda temyize başvuru süresi bir ay olarak kabul edilmişken ve istinaf incelemesinden sonra bir aylık temyize başvuru süresi henüz başlamadan, 7035 sayılı Kanun'la bu süre iki haftaya indirilmiştir. Bu değişikliğin hiçbir makul ve kabul edilebilir bir sebebi yoktur. Amaç yargının hızlanması ise, iki hafta ile hızlanacak kadar kısa süren bir yargılamamız uygulamada zaten yoktur. Bazı Yargıtay dairelerinde duruşma için 1,5-2 yıl beklenirken, iki haftalık sürenin kısaltılmasını kimse fark etmeyecektir. Hâlbuki hak arayan kişiler bakımından son imkân olan temyiz aşamasında dilekçenin bir ay gibi bir sürede hazırlanması son derece önemlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kanundaki parasal sınırların her yıl arttırılması uygulamasından son derece haklı gerekçelerle vazgeçilmişken, bu gerekçeler hiç dikkate alınmadan kısa bir süre geçtikten sonra bu sefer tekrar her yıl artması yönünde değişiklik yapılmıştır. 6763 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 ile parasal sınırların yeniden her yıl arttırılması kabul edilmiştir.<sup>63</sup> Bu değişiklik her şeyden önce hak kayıplarının artmasına neden olmaktadır. Duruşmaya çıkan hâkim o gün vereceği karara karşı istinaf yoluna gidip gidilemeyeceğini kestirmekte zorlanmaktadır. Halen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre kanun yollarına başvurulduğu düşünülduğünde, eski Kanun'a göre ayrı, yeni Kanun'a göre ayrı kanun yolu süreleri gündeme gelmektedir.

Parasal sınırlar her yıl yeniden değerlendirme oranı ile çarpılarak yeni yıldan itibaren bulunacak tutar o yıl için geçerli olmak üzere uygulanmaktadır. Ertesi yıl ise yeniden parasal sınır değişmektedir. Birkaç yıl sonra ise, gerek hâkim ve gerekse taraflar, senetle ispat sınırı için işlemin yapıldığı tarihteki hukuki işlemin değerini, temyiz sınırı için hükmün verildiği tarihteki parasal sınırları cetvellere bakarak belirlemek zorundadırlar. Bu sınır 2017 de farklı, 2018 de farklı 2019 yılında farklıdır. Nitekim 2019 yılı için senetle ispat zorunluluğu 3660; istinaf sınırı 4400; temyiz sınırı 53.800; temyizde duruşma sınırı 88.210 Lira'dır. Bir öğrenciye dahi senetle ispat sınırının bu yıl neden 3660 lira olduğu, ancak bu tutarın her yıl değişeceği, bunun takip edilmesi gerektiği izah edilebilir değildir. Hukuk devletine, hukuk güvenliğine aykırı biçimde küsuratlı ve her yıl değişen parasal sınırlar terkedildik-

<sup>63</sup> Pekcanitez, Erozyon Süreci, s. 246 vd.

ten sonra, hiçbir haklı sebep olmadığı halde yeniden kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk güvenliğine aykırı olması, uygulamada hak kayıplarına neden olması ve karmaşa yaratması nedeniyle parasal sınırların her yıl arttırılması uygulamasından vazgeçilmiştir. Bunun bir başka sebebi, artık enflasyonun ve para değerindeki kayıpların eskiden olduğu gibi çok yüksek olmamasıdır.

Temyiz sınırını 47.530 lira olarak görüp dava açan bir kişi, hüküm verildiği tarihte parasal sınırların artışı nedeniyle aleyhine verilen hükmü temyiz sınırı olan 47.530 liranın altında kaldığından temyiz edememektedir. Bir dava açılırken o davada verilen karara karşı istinaf ya da temyize başvurmanın mümkün olup olamayacağını kimse kestirememektedir. Çünkü 6763 sayılı Kanunla getirilen 44. maddede 341, 362 ve 369. maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktarın esas alınacağı kabul edilmiştir. Bu sürprizleri hukuk devletinde anayasa ile korunan hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Yargılamanın hızlandırılması denilince kanundaki sürelerin kısaltılması ilk akla gelen olmaktadır. Hâlbuki mahkemelerdeki duruşma aralıkları dört-beş ay gibi aralıklarla yapılabilmektedir. Duruşmalarda ayrılan zaman ise beş-on dakika ile sınırlıdır. Yılda bir dosya için ayrılan süre toplam 10-15 dakikadır. Bu uygulama ortada iken, sürekli kanun değişiklikleri ile uğraşmak yıllardır yapılagelen beyhude çalışmalardır.

Son bir örnek vermek gerekirse, tahkimde görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi iken, neden yapıldığı bilinmeyen bir değişiklik ile hem milli hem de milletlerarası tahkimde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmuştur.<sup>64</sup> Bu değişiklik uygulamada karışıklık yaratma dışında hiçbir fayda sağlamamıştır. Nitekim daha sonra yapılan değişiklik ile tekrardan hakem kararlarına karşı başvuru iptal davasında bölge adliye mahkemesi görevli kabul edilmiştir. Ancak bu yapılırken tahkimde tek bir mahkemenin ihtisas mahkemesi olmak yerine, bazı işler için yine asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmış, bazı işlere ise bölge adliye mahkemeleri görevli kabul edilmiştir.

<sup>64</sup> Pekcanitez, Erozyon Süreci, s. 255 vd.

Bütün bu değişikliklerin altı-yedi yıl içinde yapıldığı düşünülürse, kanun yapmanın dayanılmaz bir ağırlığı ortadadır. Gerçekten kanun yapmak kolay ise de, mevcut kanunların doğru uygulanması oldukça zordur. Bu nedenle uygulamada kanundan kaynaklanmayan değişiklikler dikkatlice ayırt edilerek kanun değiştirme kolaylığı terk edilmelidir. Gerçekten bir kanun değişikliği gerekiyorsa, bu değişikliğin yeteri kadar tartışılması ve hatta bir geçiş süresi kabul edilerek, kanunun yeteri kadar tartışılmasına imkân tanınması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerin kamuoyu ile paylaşılmadan, ilgili kişi ya da kurumların görüşleri alınmadan, hiç tartışılmadan ve hemen uygulamaya konularak kabul edildiği de göz önünde tutulursa,<sup>65</sup> bu konunun sayı ve nitelik olarak ciddi bir kanun değiştirme olumsuzluğu içinde olduğumuz görülecektir.

<sup>65</sup> Örneğin 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile para alacağına ilişkin ticari davalarda, dava şartı olarak, zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş ve aslında "torba kanun" olmakla birlikte kanunun isminden bu yönü anlaşılmayan düzenleme, ilgili kişi ya da kurumlarla tartışılmadan yürürlüğe girmiştir. Keza 7101 sayılı Kanun'la konkordato hükümlerinde değişiklik yapan Kanun hiçbir kişi ya da kuruluşla paylaşılmadan sürpriz biçimde kabul edilmiş, kısa süre sonra, Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'la tekrar değişiklik yapılmıştır.

