

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MEDENÎ USÛL HUKUKU'NDA İSTİNAF KANUN
YOLUNDA YENİDEN TAHKİKAT YAPILMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Deniz MERAĞLI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

ŞUBAT 2013

ÖNSÖZ

Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması başlıklı bu çalışmam 29.04.2013 yılında Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Doç. Dr. Güray Erdönmez ve Doç. Dr. K. Emre Gökyayla ile teşkil eden jüri önünde yüksek lisans tezi olarak savunulmuştur.

Öncelikle bu konuda çalışmamı öneren, çalışmam boyunca desteğini esirgemeyen ve akademik anlamda her sorumu sabırla dinleyerek bana tartışma fırsatı sunan, kendisinden çok şey öğrendiğim değerli hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e şükran ve minnetlerimi sunarım.

Değerli Hocalarım Doç. Dr. Güray Erdönmez'e ve Doç. Dr. K. Emre Gökyayla'ya yapıcı önerileri ile tezimi zenginleştirmemi sağladıkları için teşekkürlerimi sunarım.

Araştırma Görevlisi olarak çalıştığım Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Değerli hocam Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu'na sağladığı huzurlu çalışma ortamı ve her türlü desteği için şükran duyuyorum. Birlikte çalışmaktan büyük mutluluk duyduğum değerli kürsü arkadaşım Ar. Gör. Melis Taşpolat'a teşekkürü bir borç bilirim. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalışmanın benim için büyük bir mutluluk ve gurur kaynağı olduğu tüm değerli hocalarıma ve araştırma görevlisi arkadaşlarıma şükranlarımı sunarım. Ayrıca bu süreçte banden desteğini esirgemeyen değerli arkadaşım Ar. Gör. Nur Bolayır'a teşekkürü bir borç bilirim.

Her zaman bana inanan, beni yüreklendiren ve hiçbir zaman desteklerini eksik etmeyen değerli aileme minnettarım.

**MEDENÎ USÛL HUKUKU'NDA İSTİNAF KANUN YOLUNDA YENİDEN
TAHKİKAT YAPILMASI**

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
RÉSUMÉ	viii
ABSTRACT	xiii
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLU VE İSTİNAF KANUN YOLUNDA TAHKİKAT

§ 1 GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU	4
I. İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Sistemler	4
II. İstinaf Kanun Yoluna Başvurulabilecek Kararlar	7
III. İstinaf Kanun Yolunun Etkileri	12
A. İstinaf Kanun Yolunun Erteleyici Etkisi	12
B. İstinaf Kanun Yolunun Aktarıcı Etkisi	13
IV. İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerin Yürürlüğü Ve Zaman Bakımından Uygulanması	14
§ 2 İSTİNAF KANUN YOLUNDA TAHKİKATIN YAPILMASI	16
I. İncelemenin Tâbi Olduğu Yargılama Usûlü	16
A. Ön İnceleme	16

B. Tahkikat İncelemesi	17
1. Tahkikat İncelemesinin Tabi Olduğu Yargılama Usulü	17
2. Tahkikat İncelemesinde İstinabe Yoluna Başvurulması.....	20
II. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 357’de Düzenlenen Usul İşlemleri	21
A. Genel Olarak	21
B. Karşı Dava Açılması	22
C. Davaya Müdahale	27
1. Genel Olarak.....	27
2. Asli Müdahale	29
3. Feri Müdahale	31
4. Davanın İhbarı.....	34
D. Islah	35
1. Bölge Adliye Mahkemesinde Yapılan Yeniden Tahkikatta Islah Yoluna Başvurulması	35
2. Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi Halinde Yapılacak Tahkikatta Islah Yoluna Başvurulması.....	42
3. İstinaf Sebepleri İçin Islah Yoluna Başvurulması	42
E. Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması	44

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLUNDA YENİDEN TAHKİKAT

§ I İSTİNAF KANUN YOLUNDA YENİDEN TAHKİKATIN KAPSAMI ..	46
I. Bölge Adliye Mahkemesinin Tahkikat İncelemesi Yapmasına Gerek Olmayan Haller	46
II. Bölge Adliye Mahkemesinin Tahkikat İncelemesi Yapması Gereken Haller	53
A. Genel Olarak	53
B. İstinaf Sebepleri	58
1. İstinaf Sebeplerinin Kapsamı	58
2. Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Sebepleri İle Bağlılığı.....	64
3. Bölge Adliye Mahkemesinin Sebeple Bağlı Olmadığı Haller.....	65

§2 TAHKİKAT İNCELEMESİNDE TALEPLERİN YENİDEN ELE ALINMASI	68
I. Genel Olarak	68
II. İstinaf Kanun Yolunda Taleplerin İleri Sürülmesi	69
IV. Aleyhe Hüküm Verme Yasağı Bakımından Değerlendirme	88
V. Usûlî Müktesep Haklar Bakımından Değerlendirme	90
§3 TAHKİKAT İNCELEMESİNDE DAVA MALZEMESİ BAKIMINDAN YENİDEN ELE ALMA	96
I. İstinaf Kanun Yolunda Tahkikata Konu Edilebilecek Dava Malzemesinin Kapsamı	96
II. Tahkikat İncelemesinde Vakıaların Yeniden Ele Alınması	101
A. Genel Olarak	101
B. Yeni Vakıanın Kapsamı ve Vakıaların İleri Sürülmesi	103
1. Yeni Vakıanın Kapsamı	103
2. Vakıaların İleri Sürülmesi	106
a. Vakıaların Meydana Geldiği Zaman Dilimine Göre İleri Sürülmesi	106
aa. Dava Açılmadan Önce Meydana Gelen Vakıalar	106
aaa. İlk Derece Yargılaması Sırasında İleri Sürülmüş Vakıalar	106
bbb. İlk Derece Yargılaması Sırasında İleri Sürülmemiş Vakıalar	110
bb. Dava Açıldıktan Sonra Meydana Gelen Vakıalar	111
cc. Hükümden Sonra Meydana Gelen Vakıalar	113
b. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi	114
III. Tahkikat İncelemesinde Delillerin Yeniden Ele Alınması	120
A. Genel Olarak	120
B. Yeni Delilin Kapsamı	121
C. Yeni Delil İleri Sürülmesi Yasağı ve Bu Yasağın İstisnaları	124
1. Genel Olarak	124
2. İlk Derece Mahkemesinde Usulüne Uygun Olarak İleri Sürüldüğü Halde İncelenmeden Reddedilen Deliller	125
3. Mücbir Sebep ile Gösterilmesine Olanak Bulunmayan Deliller	128
4. Re'sen Göz Önünde Tutulacak Deliller	135

5. Borcun Sona Erdiğine İlişkin Deliller	137
6. İlk Derece Mahkemesinde Delil Takdirinin Yanlış Olması Durumu	140
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA.....	151
ÖZGEÇMİŞ.....	163

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ALI	: American Law Enstitute
art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATF	: Arrêt de Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
Bull. civ.	: Bulletin civile
C.	: Cilt
Cass.	: Cour de cassation
Civ.	: chambre civile
Çev.	: Çeviren
DÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Fasc	: Fascicule
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar Numarası
Legal HD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi
n°	: numéro
p.	: Page
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
s.	: Sayfa
S	: Sayı
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
Unidroit	: Institut Internationale Pour L'unification du Droit Privé (International Institute For The Unification Of Private Law)
Y	: Yargıtay
V°	: Volume

RÉSUMÉ

La voie d'appel est une voie qui contrôle le fait et le droit. La cour d'appel va, à nouveau, statuer en fait et en droit. C'est pourquoi le contrôle d'appel se fait voir dans le phase d'instruction. Le thème de nôtre étude, il s'agit de le remaniement d'instruction en voie d'appel.

Le but de nôtre étude, on fait valoir la procédure de voie d'appel et explique les dispositions qui applique en droit de procédure civile de Française et de Suisse. On doit commenter la voie d'appel dans le cadre du but d'admission des dispositions de voie d'appel. En particulier on fait le contrôle du fait et du droit; à cause de cela il est important qu'on confronte les dispositions différents. Parce que l'un des causes d'admission est qu'on réalise deuxièmement l'examen des faits dans le certain limite. De cette manière on doit assurer la confiance à droit.

Dans cette étendue on estime les dispositions de droit Française qui est un peu différent que nôtre disposition de code de procédure civile. Parce que dans le nôtre de code de procédure civile, en principe, il est interdit d'invoquer des demandes et des prétentions nouvelles et les nouveaux faits, de produire de nouvelles preuves dans l'instruction en voie d'appel. Mais dans le droit de Français, pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves. En principe les parties ne peuvent pas invoquer les nouvelles prétentions.

Dans ce cadre nous expliquerons les dispositions de droit Français et nous comparerons les dispositions en droit Français et Turque. Nous estimerons l'étendue de l'instruction et les limitations. D'autre part nous indiquerons les applications de ces systèmes. Enfin nous énoncerons les dispositions de droit de procédure civile Suisse qui comprend parallèle à les dispositions de notre droit.

Dans notre étude on indique les systèmes concernant la voie d'appel, appliquant le procedure judiciaire en voie d'appel, les motifs d'appel. Premièrement on s'énoncerent les système concernant la voie d'appel, après on révèlerent les effets d'appel, en vigueur des dispositions d'appel et les jugements susceptibles d'appel.

Nous commenterons le procédure judiciaire en cours d'appel et nous expliquerons mise en état et aussi l'instruction. Nous révèlerons la commission de rogatoire, les demandes reconventionnelles, l'intervention d'un tiers, le réorganisation des demandes.

Dans le notre code de procédure civile limite l'instruction réalisant en voie d'appel. C'est pourquoi le notre code de procédure civile s'éloigne parfois le but de contrôle de fait et aussi parfois les principes de judiciaire fondamental. Article 357 de notre code de procédure civile, on ne peuvent pas examiner les demandes et les prétentions sauf à rechercher d'officiel par la cour d'appel.

La cour d'appel recherche d'office l'interdiction de modifier l'objet du litige. À notre avis, on doit accepter les exceptions de l'interdiction de modifier l'objet du litige en voie d'appel. En droit de procédure civile Français, pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves. L'interdiction in pejus et le principe de "tantum devolutum quantum appellatum" valident aussi en voie d'appel.

L'étendue de l'instruction en la voie d'appel constitue le motif d'appel qui a indiqué dans le requête d'appel et les demandes qui a examiné dans la première instance. Mais en principe la cour d'appel examine en cadre du motif d'appel qui a indiqué dans le requête d'appel. Au reste, la cour d'appel recherche d'office concernant la condition de l'ordre public. L'étendue de l'ordre public sera déterminé par la doctrine et la jurisprudence. La notion de l'ordre public qui est correct pour dépasser la limitation du motif d'appel.

En droit de procédure civile Suisse l'appel peut être formé pour la violation du droit ou constatation inexacte des faits.

Dans nôtre droit les parties ne peuvent pas invoquer des nouveaux faits et produire de nouvelles preuves. Mais il y a certaines dispositions exceptionnelles pour produire de nouvelles preuves. Mais il n'y a aucun disposition relatif à les faits. Les matériels de procès est intégral. C'est pourquoi on doit appliquer pour les faits qu'on accepte les exceptionnelles pour les preuves. D'ailleurs en droit de Français et Suisse, on accepte le meme étendue qu'on invoque les faits et de produit les preuves.

La cour d'appel ne doit pas examiner les preuves qui ne sont pas produit en depit d'existence dans le premiere juge. Mais malgré les preuves qui sont produit dûment dans le premier juge qui n'a pas examiné, le cour d'appel on les doit examiner. D'autre part il n'y a aucun possibilité de produire les preuves à cause de cas de force majeur. Etant donné ces circonstances la cour d'appel peuvent examiner cette preuves.

Dans ce contexte on doit accepter le meme étendue pour pouvoir invoquer les faits. C'est pourquoi La cour d'appel ne doit pas examiner les faits qui ne sont pas invoquer en depit d'existence dans le première juge. À la manière de cette application, il n'y a aucun possibilité de invoquer les faits à cause de cas de force majeur. Etant donné ces circonstances la cour d'appel peuvent examiner ces faits.

La cour d'appel va, à nouveau, statuer en fait et en droit. Donc on doit permettre dans le certain limite d'invoquer les faits nouveaux, produire nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves. Si on ordonne les dispositions les faits nouveaux et les nouvelles pièces qu'il n'y a aucune possibilité d'invoquer ou produire, le contrôle de fait sera très limité.

En droit de procédure civile Française, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou la révélation d'un fait. Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge et même si leur fondement juridique est différent. Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément. Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel.

En droit de procédure civile Suisse, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes: ils sont invoqués ou produits sans retard; ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant le première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise; la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'article 227, alinéa 1, sont remplies; la modification repose sur des faits ou des moyens preuve nouveaux.

Enfin, la voie d'appel est une voie qui contrôle le fait et le droit. La cour d'appel va, à nouveau, statuer en fait et en droit. Dans cette étendue, en principe, la cour d'appel statue sur le procès à nouveau. Il effectue l'instruction à nouveau. Il est important que la cour d'appel conduit l'instruction de quelle procédure. En outre en faisant l'instruction, on doit examiner les irrecevabilités de demandes et pouvoir produire les moyens nouveaux ou proposer de nouvelles preuves.

En revanche cet étude a pour but d'indiquer l'étendue d'instance en la voie d'appel. On doit ordonner les règles de loi en conséquence de but pour atteindre le but d'admission des dispositions de voie d'appel. Autrement le contrôle d'appel ne sera pas réaliste. C'est là une garantie de bonne justice.

ABSTRACT

Appeal is a law process that involves factual and legal review. For this reason the appeal process manifests itself mostly in the investigation phase at the regional general courts. Our main subject is the repetitive investigation during the appeal process.

The aim of this study is to evaluate the judicial process before the appeal court and to discuss the provisions relating to the investigation phase, taking into consideration the French and Swiss Civil Procedural provisions. The aim of the establishment of appellate law review is another aspect.

A specific aim of this study is to evaluate these provisions and compare with different examples and also to reach a decision in the context of ideal law. Because one of the reasons that appeal law process provisions are provided is a secondary review that is limited to certain aspects maintaining legal reliability

In this respect this study also involves the French appellate system that is different from our system. In our system, making new requests, submitting new evidence and laying down new facts are prohibited in the investigation phase before the court of appeal. In the French system however, new requests are also forbidden but it is possible to submit new evidence and lay down new facts about the case.

In this regard this study includes provisions relating to the appeal process in French Civil Procedural Law. Limits of the extent and procedures of the

investigation that the French appeal courts adopted are also included. Mentioning also to the applications in different systems. Additionally provisions of Swiss Civil Procedural Law are discussed which are close to the provisions in our law but not as restrictive in the investigation phase.

In our study systems of appeal process, the procedural process in appeal phase and specific procedural acts are taken in hand. This is followed by the evaluation of the means of appeal, request in the appeal process, facts and submitting of evidence and which request can be made, facts be laid down and evidence be submitted in the appeal process.

Firstly, systems accepted relating to appeal law process, the effects of appeal law process, functioning and duration of application of the provisions relating to appeal process and the rulings that the appeal process encloses will be examined. Primary investigation phases in the law process before the Regional General Courts, institution of application to regulatory commission will be explained.

Following this procedural acts provided by the 357th article of the Civil Procedural Code will be assessed. In this context the provisional extent of counter lawsuit, intervention to the case, rectification of the case, adjunction and separation of the cases will be revealed and evaluated. This is because it is important to assess possibility of procedural acts relating to the addition of materials regarding the lawsuit in the appeal process.

In the Swiss civil procedural law, grounds for appeal are incorrect application of the law; incorrect establishment of the facts.

After designating the conditions in which Regional Courts are not due to make investigation, the condition this is obligatory will be explained. Because of the rule providing the investigation in appeal process to be limited with the reason laid down

in the petition, the dependence of regional general courts with the reasons of appeal will be explained with evaluation of the extent of reasons of appeal. Exception of this rule is the existence of condition relative to public order.

This means that the regional general courts will make the investigation limited to appeal reasons but will also take in to consideration of the condition that are related to public order. In this regard conditions concerning public order will be assessed after that repetitive review of the case materials and requests that have importance in drawing the extent of investigation in appeal process will be examined.

With an overview of the provisions provided by our code relating to investigation phase before the regional general courts, it is obvious that investigation in appeal process is strictly limited departing from the aim of meritorious review, sometimes also from the basic judicial rules acknowledged by the first instance jurisdiction.

The 357th article of Civil procedural code provides that the claims and defences that are not adduced in the first instance will not be taken into consideration besides the ones that are due to judicial notice.

Regional general court will automatically consider contradiction to the rule of prohibition of expansion and alteration of plea and defence.

At the appeal process, the scope of examination is limited to the grounds of appeal and so, requests which are stated in parties' petitions. As a rule, however, the regional court of appeal will be limited to a review but will consider on its own initiative in cases related to public order. Determining the scope of public order is left to judicial decisions and doctrine under the law of appeal. Prudently, reasons for

appeal of public order to overcome the limitation caused by adherence to the adoption of such a broad concept.

The judge's decision is dependent on the request and prohibition of *reformatio in peius* rules are valid at the appeal. Essentially, to bring a new fact or an evidence is forbidden in the appeal examination process under Turkish law. Some exceptions concerning the new evidences, not the facts, are given. However, the case material should be evaluated as a whole. For this reason, the exceptions foreseen for the evidence should be applied where appropriate in terms of the nature of a fact. Thus, both under the French and the Swiss law, bringing a new fact or evidence is considered within the same scope.

Although if an evidence is available at the first instance court but the parties haven't claimed due to the negligence, is not examined at the court of appeal *ex officio*. However, court of appeal may consider the evidence if it is duly presented by the parties but rejected without examination or can not presented due to *force majeure*. In this context, it should be considered in terms of the facts. So, court of appeal may examine the fact if it is duly presented by the parties but rejected without examination or can not presented due to *force majeure*.

In the Swiss civil procedural law, new facts and new evidence are only admissible provided they are: invoked without delay; and it was not possible, despite reasonable diligence, to invoke them in the proceedings before the court of first instance. An amendment of the claim is only admissible provided that; the conditions pursuant to article 227 para. 1 are fulfilled and in addition the amendment is based on new facts and means of evidence.

An appeal is concerned with the merits of the decision under appeal besides compliance to law. For this reason, bringing new facts and evidences to the court of

appeal should be accepted. To regulate an appeal as a remedy which new facts and evidences are not accepted, will extremely limit the purpose to audit of the merits of facts.

To regulate an appeal effectively, the scope and the limits of examination should be expedient to the purpose of the appeal; otherwise it will not go further to be so-called remedy need to exhausted.

ÖZET

İstinaf kanun yolu hem maddi vakıa denetiminin hem de hukuki denetimin gerçekleştirildiği kanun yoludur. İstinaf kanun yolunun, hem vakıa denetimi hem de hukukî denetim yapılan bir kanun yolu olması sebebiyle, istinaf denetiminin asıl olarak kendisini göstereceği safha da bölge adliye mahkemesinin gerçekleştireceği tahkikat safhası olacaktır. Çalışmamızın konusunu da, istinaf kanun yolunda gerçekleştirilecek olan yeniden tahkikat oluşturmaktadır.

Çalışmamızın amacı, istinaf kanun yolunda yapılacak yargılamaya ilişkin değerlendirme yapmak ve istinaf kanun yolunun uygulandığı Fransız ve İsviçre Medenî Usûl Hukuku'ndaki düzenlemelere de yer vermek suretiyle istinaf kanun yolunun kabul ediliş amacı çerçevesinde istinaf aşamasında yapılan tahkikata ilişkin hükümleri ele almaktır. Özellikle hem hukukî denetimin hem de vakıa denetiminin yapılacağı bu aşamada getirilen düzenlemelerin değerlendirilerek farklı örneklerle karşılaştırılması ve bu çerçevede olması gereken hukuk bakımından da sonuca varılması önemlidir. Zira istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinin kabul edilme nedenlerinden biri de ikinci bir vakıa incelemesinin belirli sınırlar dahilinde gerçekleşmesi ve böylece hukuka güvenin sağlanmasıdır.

Bu kapsamda çalışmamızda hukukumuzda kabul edilen sistemden daha farklı düzenlemelere sahip olan Fransız Hukuku'ndaki sistem de ele alınmıştır. Zira hukukumuzda istinaf kanun yolu aşamasında yapılan yeniden tahkikatta kural olarak yeni taleplerin, vakıaların ve delillerin getirilmesi yasaklanmıştır. Ancak Fransız Hukuku'nda istinaf aşamasında, kural olarak yeni taleplerin getirilmesi yasaklanmakla birlikte yeni vakıaların ve delillerin getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, Fransız Medeni Usul Hukuku'nda istinaf kanun yolunda yapılan tahkikata ilişkin düzenlemelere yer verilerek istinaf mahkemelerinin yaptıkları tahkikatın kapsamı ve usulünde hangi sınırlamaların benimsendiği ve farklı sistemlerde meydana gelen uygulamalara değinmiştir. Ayrıca hukukumuzda kabul

edilen istinaf sistemi kadar sınırlı bir incelemeyi ön görmemekle birlikte hukukumuzdaki düzenlemelere daha yakın hükümler içeren İsviçre Medeni Usul Hukuku düzenlemeleri de ele alınmıştır.

Çalışmamızda istinaf kanun yoluna ilişkin sistemler, istinaf kanun yolunda uygulanacak yargılama usulü ve özellik arz eden usul işlemleri ele alınmıştır. Ardından istinaf sebepleri ile istinaf kanun yolunda talepler, vakıalar ve delillerin ileri sürülmesi ile hangi talep, vakıa ve delillerin istinaf kanun yoluna getirilebileceği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Öncelikle istinaf kanun yoluna ilişkin kabul edilen sistemlere, istinaf kanun yolunun etkilerine, istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin yürürlüğü ve zaman bakımından uygulanması ile aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlar ele alınacaktır. Bölge adliye mahkemesinde uygulanacak yargılama usulü gerek ön inceleme gerek ise tahkikat incelemesi için ayrı ayrı değerlendirilerek istinabe kurumuna istinaf kanun yolunda başvurulması açıklanacaktır. Ardından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde düzenlenen usul işlemleri değerlendirilecektir. Bu çerçevede karşı dava, davaya müdahale, davanın ıslahı ile davaların birleştirilmesi ve ayrılmasının istinaf kanun yolunda hangi kapsamda düzenlendiği ortaya konularak söz konusu düzenlemeler değerlendirilecektir. Zira özellikle dava malzemesinin davaya dahil edilmesine yönelik taraf usul işlemlerinin istinaf kanun yolunda mümkün olup olmayacağı önem arz etmektedir.

Bölge adliye mahkemesinin tahkikat incelemesi yapmasına gerek olmayan haller belirlendikten sonra bölge adliye mahkemesinde tahkikat incelemesi yapılmasını gerektiren haller açıklanacaktır. Ardından istinaf kanun yolunda tahkikatın kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı yapılacak olması nedeniyle istinaf sebeplerinin kapsamı değerlendirilerek bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağılılığı açıklanacaktır. Bu kuralın istisnası ise, kamu düzenine ilişkin hallerin varlığıdır. Yani bölge adliye mahkemesi kural olarak istinaf sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacak olmakla birlikte kamu düzenine ilişkin halleri re'sen dikkate alacaktır. Bu kapsamda kamu düzenine ilişkin hallerin kapsamı değerlendirilecektir. Ardından istinaf kanun yolunda tahkikatın kapsamını

belirlemede önem arz eden talepler ve dava malzemesinin yeniden ele alınması incelenecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'un bölge adliye mahkemesinde tahkikat safhasına ilişkin getirdiği düzenlemelere baktığımızda, istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatın oldukça sınırlandırıldığı ve maddî denetimin sağlanması amacıyla ve kimi zaman da ilk derece yargılamasında kabul edilen temel yargılama ilkelerinden uzaklaştırıldığı görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357 hükmü gereğince, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez.

Bölge adliye mahkemesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden dikkate alacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun benimsediği teksif ilkesi nedeniyle iddia ve savunmaların belli bir usûl kesitine kadar sunulması kabul edilmektedir. Bunun en önemli sonuçlarından biri ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. Teksif ilkesinin neden olduğu katı sistem, karşı tarafın açık rızası ve ıslah kurumları ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Ancak söz konusu istinalar ilk derece yargılaması için kabul edilmiş olup istinaf kanun yolunda yapılan tahkikatta bu kurumlara başvurulması yasaklanmaktadır.

Kanımızca istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnalarına başvurulması kabul edilmeliydi. Nitekim, Yargıtay'ın bozma kararına uyma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnalarından karşı tarafın rızası kabul edilmekte idi. Bu çerçevede iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının karşı tarafın rızası ile bertaraf edilmesine izin verilmekte ve hatta bunun usuli müktesep hak kurumunun istisnası olduğu kabul edilmekte idi. Kanımızca bozmadan sonra yapılacak tahkikatta benimsenen hususlar istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatta da benimsenmelidir.

İstinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatın kapsamını tarafların istinaf başvurusuna ilişkin dilekçelerinde belirttikleri istinaf sebepleri ve dolayısıyla talepleri oluşturmaktadır. Ancak bölge adliye mahkemesi kural olarak istinaf

sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacak olmakla birlikte kamu düzenine ilişkin halleri re'sen dikkate alacaktır. İstinaf kanun yolunda kamu düzeninin kapsamının belirlenmesi yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır. İstinaf sebepleri ile bağıllığın yarattığı sınırlılığın aşılabilmesi için kamu düzeni gibi geniş bir kavramın kabulü isabetli olmuştur.

Hakimin taleple bağıllığı ve aleyhe bozma yasağı istinaf kanun yolunda da geçerli olacaktır. Ancak istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin bozma kararı vermeyecek olması nedeniyle aleyhe bozma yasağı kavramı yerine aleyhe hüküm verme yasağı kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Hukukumuzda yeni vakıa ve yeni delillerin istinaf kanun yolunda gerçekleşen tahkikat aşamasına getirilmesi kural olarak yasaklanmıştır. Ancak delillerin getirilmesine ilişkin bazı istisnalara yer verilmiştir. Vakıalara dair ise her hangi istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat dava malzemesi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle delillere ilişkin ön görülen istisnalar vakıalar bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Nitekim gerek Fransız Hukuku'nda gerek ise İsviçre Hukuku'nda yeni vakıaların ve delillerin istinaf mahkemesine getirilmesi aynı kapsamda kabul edilmektedir.

Davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi sırasında mevcut olmasına rağmen tarafların ihmali nedeniyle ileri sürülmeyen dava malzemesi bölge adliye mahkemesince incelenmez. Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Bu çerçevede aynı kapsam vakıalar bakımından da kabul edilmelidir. Usulüne uygun olarak ilk derece mahkemesine getirilmesine rağmen incelenmeyen vakıalar ile mücbir sebeple getirilmesi mümkün olmayan vakıalar istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesinde incelenebilmelidir.

İstinaf kanun yolu, hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra vakıa denetiminin de gerçekleştirildiği bir kanun yoludur. Bu nedenle istinaf kanun yoluna belli sınırlar dahilinde yeni vakıa ve yeni delil getirilmesi mümkün kabul edilmelidir. Yeni vakıa ve yeni delilin istinaf kanun yoluna getirilmesine hiç imkan olmayacak şekilde

düzenlenmesi istinaf kanun yolunun kabulü ile amaçlanan maddi vakıa denetimini son derece sınırlandıracaktır.

İstinaf kanun yolunun kabulünün amacına ulaşması ancak bu tahkikatın kapsamının ve sınırlarının istenen amaca uygun düzenlenmesi ile mümkün olacak; aksi halde yapılan istinaf denetimi sözde bir denetim olmaktan öteye gitmeyecektir.

GİRİŞ

Bölge adliye mahkemeleri, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile kabul edilmiştir. 5235 sayılı Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte henüz bölge adliye mahkemeleri kurulamamıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler düzenlenmekle birlikte, söz konusu kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, bu tarihte bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının mümkün olmaması üzerine 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılmasıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile geçici madde 3 hükmü getirilmiştir. Geçici madde 3 ile, yeni kanun yolu sistemi uygulanıncaya kadar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan temyize ilişkin hükümlerin uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler de yürürlüğe girmemiştir. Bölge adliye mahkemelerinin kurulması halinde hukukumuzda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. Bu kapsamda istinaf kanun yolu incelemesi önem arz edecektir.

Bu çerçevede çalışmamızın konusunu Medenî Usûl Hukuku'nda istinaf kanun yolunda gerçekleştirilen yeniden tahkikat aşaması oluşturmaktadır. Çalışmamızda istinaf kanun yolunun gösterdiği özellikler çerçevesinde, bölge adliye mahkemesinin yapacağı tahkikat ele alınacaktır.

İstinaf kanun yolunda yeniden tahkikat yapılması konusunu ele alma amacımız, özellikle hem hukukî denetimin hem de vakıa denetiminin yapılacağı bu aşamada getirilen düzenlemelerin değerlendirilerek farklı örneklerle karşılaştırılması ve bu çerçevede olması gereken hukuk bakımından da sonuca varılmasıdır. Zira istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinin kabul edilme nedenlerinden biri de ikinci bir vakıa incelemesinin belirli sınırlar dahilinde gerçekleşmesi ve böylece hukuka güvenin sağlanmasıdır.

Bu kapsamda çalışmamızda hukukumuzda kabul edilen sistemden daha farklı düzenlemelere sahip olan Fransız Hukuku'ndaki sistem de ele alınacaktır. Zira hukukumuzda istinaf kanun yolu aşamasında yapılan yeniden tahkikatta kural olarak yeni taleplerin, vakıaların ve delillerin getirilmesi yasaklanmıştır. Ancak Fransız Hukuku'nda istinaf aşamasında, kural olarak yeni taleplerin getirilmesi yasaklanmakla birlikte yeni vakıaların ve delillerin getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, Fransız Medeni Usul Hukuku'nda istinaf kanun yolunda yapılan tahkikata ilişkin düzenlemelere yer verilerek istinaf mahkemelerinin yaptıkları tahkikatın kapsamı ve usulünde hangi sınırlamaların benimsendiği ve farklı sistemlerde meydana gelen uygulamalara değinilecektir. Ayrıca hukukumuzda kabul edilen istinaf sistemi kadar sınırlı bir incelemeyi ön görmemekle birlikte hukukumuzdaki düzenlemelere daha yakın hükümler içeren İsviçre Medeni Usul Hukuku düzenlemelerine de değinilecektir.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Buna göre ilk bölümde istinaf kanun yolu ve istinaf kanun yolunda tahkikat başlığında öncelikle genel olarak istinaf kanun yolu değerlendirilecektir. Bu çerçevede istinaf kanun yoluna ilişkin kabul edilen sistemlere, istinaf kanun yolunun etkilerine, istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin yürürlüğü ve zaman bakımından uygulanması ve aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlara kısaca değinildikten sonra istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikat incelenecektir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinde uygulanacak yargılama usulü gerek ön inceleme gerek ise tahkikat incelemesi için ayrı ayrı değerlendirilerek istinabe kurumuna istinaf kanun yolunda başvurulması açıklanacaktır. Ardından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde düzenlenen usul işlemleri değerlendirilecektir. Bu çerçevede karşı dava, davaya müdahale, davanın ıslahı ile davaların birleştirilmesi ve ayrılmasının istinaf kanun yolunda hangi kapsamda düzenlendiği ortaya konularak söz konusu düzenlemeler değerlendirilecektir. Zira özellikle dava malzemesinin davaya dahil edilmesine yönelik taraf usul işlemlerinin istinaf kanun yolunda mümkün olup olmayacağı önem arz etmektedir.

İkinci bölümde ise, istinaf kanun yolunda yeniden tahkikatın kapsamı ele alınacaktır. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinin tahkikat incelemesi yapmasına gerek olmayan haller belirlendikten sonra bölge adliye mahkemesinde tahkikat

incelemesi yapılmasını gerektiren haller açıklanacaktır. Ardından istinaf kanun yolunda tahkikatın kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı yapılacak olması nedeniyle istinaf sebeplerinin kapsamı değerlendirilerek bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağılığı açıklanacaktır. Bu kuralın istisnası ise, kamu düzenine ilişkin hallerin varlığıdır. Yani bölge adliye mahkemesi kural olarak istinaf sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacak olmakla birlikte kamu düzenine ilişkin halleri re'sen dikkate alacaktır. Bu kapsamda kamu düzenine ilişkin hallerin kapsamı değerlendirilecektir. Ardından istinaf kanun yolunda tahkikatın kapsamını belirlemede önem arz eden talepler ve dava malzemesinin yeniden ele alınması değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLU VE İSTİNAF KANUN YOLUNDA TAHKİKAT

§ 1 GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU

I. İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Sistemler

İstinaf, bir işe yeniden başlamak, yeniden ele almak anlamına gelmektedir¹. Hukukta istinaf, ilk derece mahkemesi kararına karşı en üst dereceli mahkemeden önce ikinci derecede başvuru kanun yolunu ifade etmektedir². İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesinin nihâî kararlarına karşı başvuru, maddî ve hukukî denetimin yapıldığı bir kanun yoludur³. İstinaf kanun yolunu temyiz denetiminden ayıran en önemli özellik, sadece hukukî incelemenin değil maddî incelemenin de yapılmasıdır⁴. İstinaf kanun yolunda vakıa yargılaması⁵ yapılır ve bölge adliye

¹Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku**, 13. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 745; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 592.

²Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002, s. 583.

³Selçuk Öztekin, "Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı", **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 104; Kamil Yıldırım, "İstinaf", **Hukuk Kurultayı 2000**, 14 Ocak 2000, Özel Hukuk Bildiri VII, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 175; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 1441; Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 62; Jean Laruier/ Philippe Conte/ Christophe Blanchard, **Droit judiciaire privée, Procédure civile, La juridiction, Le procès**, 20^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, s. 141; Noëlle Lesourd, "Appel civil, Effets de l'appel", *JurisClasseur Procédure Formulaire*, V^o Appel civil, LexisNexis, 2002 (<http://www.lexisnexus.com/fr/droit>, 31.05.2012), kn. 11.

⁴Feridun Yenisey, **Duruşma ve Kanun Yolları**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 179, 180; Muhammet Özkes, "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf–", **Legal HD**, Y. 2, S. 23, 2004, s. 3109; Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren- Yıldırım, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 447; Nadi Günel, **Roma Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 74; Reinhard Gaier, "İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi", *Çev. Cenk Akil, AÜHFD*, S. 1, C. 61, 2012, s. 417.

mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın hatalı olduğunu tespit ederse, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak esas hakkında yeniden karar verir⁶. Yenisey, maddî meselede hata yapılması halinde, bunun temyiz denetiminde ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması nedeniyle istinaf kanun yolunun kabulünün gerekli olduğunu belirtmektedir⁷. İstinaf kanun yolu sisteminin kabul edilmesinin amacına ulaşabilmesi için de, istinaf mahkemesinin davayı, maddî vakıa ve hukuk bakımından inceleme hakkına ve imkânına sahip olması gerekir⁸. Zira istinafın kabulü ile her dava, hem vakıa hem de hukuk bakımından ikinci defa incelenecektir⁹. Böylece ilk derece mahkemesinin hükmünü, somut normları objektif hukuka doğru uygulayıp uygulamadığı ve vakıa tespitlerinin yerinde olup olmadığı bakımından denetlenme imkânı olacaktır¹⁰.

İstinaf kanun yolunda yapılacak incelemeye ilişkin çeşitli sistemler mevcuttur ve bu sistemlerden hangisinin tercih edildiği de istinaf kanun yolundan beklenen

⁵ Klasik anlamda istinafta, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar, ondan bağımsız olarak ikinci derecede görev yapan istinaf mahkemesinde de tekrarlanır. Vakıaların incelenmesi sebebiyle istinaf mahkemelerine vakıa mahkemeleri de denilmektedir. Yılmaz, esas itibarıyla istinaf mahkemelerine vakıa mahkemeleri denilmesinin nedeninin, hukukun o tarihlerde henüz “maddî mesele-hukukî mesele” ayrımını yapacak kadar gelişmemesi ve ayrıca ceza hukuku bakımından yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi olduğunu belirtmektedir (Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442).

⁶ Yenisey, **Duruşma ve Kanun Yolları**, s. 179.

⁷ Yenisey, **Duruşma ve Kanun Yolları**, s. 180. Ancak uygulamamız bakımından belirtmek gerekir ki, Yargıtay, fiili gereklilikler nedeniyle zaman zaman maddî denetim yapmakta ve hukuka uygunluğun yanı sıra ispat ve olaya uygunluk bakımından da inceleme yapmaktadır. Halbuki Yargıtay sadece hukuka uygunluk denetimi yapmalı ve içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürebilmelidir (Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 746; Selçuk Öztekin, “İstinaf”, Panel, Ankara Barosu, 11 Kasım 2005, s. 2; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1449; Abdurrahim Karşlı, **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayınları, 2012, s. 787); Yılmaz, özellikle dar (sınırlı) istinaf modelinin tercih edildiği veya 2005 yılına kadar hukukumuzda olduğu gibi istinaf kanun yolunun hiç kabul edilmediği sistemlerde, temyiz makamının bir ölçüye kadar maddî meseleyi de incelemesinin bir zorunluluk olarak karşımıza çıktığını belirtmekte ve 1086 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde temyiz sebeplerini sayan 428/I,5’de yer alan “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” hükmünün varlık nedeninin de bu zorunluluk olduğunu ifade etmektedir (Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442).

⁸ Patric Vauban, “Medenî Yargılama Hukuku’nda İstinafın Yeri”, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 24.

⁹ Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 104; Konuralp Haluk, “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)”, **AÜHF**, C. 50, S. 1, 2001, s. 29.

¹⁰ Gaiet, s. 426.

amaca göre değişmektedir. İstinaf kanun yolunda yapılan incelemenin kapsamına göre sınıflandırma tam istinaf modeli ve sınırlı istinaf modeli olarak yapılmaktadır¹¹. Tam istinaf modelinde, istinaf kanun yolu tamamen yeni bir usul kesiti olarak benimsenmekte ve ilk derece mahkemesindeki dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı sunulmaktadır¹². Sınırlı istinaf modelinde ise, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesinde toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır¹³. Bu tür istinaf modelinde dava malzemesinin temini aşaması, istinaf aşamasında yeniden tekrarlanmaz, istinaf aşamasında yeni vakıaların getirilmesi yasağı mevcuttur¹⁴. Bu çerçevede maddî vakıalar yalnızca gereken hususlarda yeniden incelenir¹⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda, istinaf kanun yolu, sınırlı istinaf modeli tercih edilerek düzenlenmiştir¹⁶. İstinaf kanun yolunun kabul edilmesi, istinaf kanun yoluna imkân tanınması halinde ilk derece mahkemelerinin önemsiz hale geleceği, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada hakimlerin daha az sorumluluk hissedebileceği ve böylece ilk derece mahkemelerinin daha az önemli mahkemeler haline geleceği

¹¹Akkaya, s. 96; doktrinde klasik (geniş) anlamda istinaf ve dar anlamda istinaf olarak da ifade edilmektedir (Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 592; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442; Karşlı, s. 786; Özgür Memişoğlu, “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması”, **Legal HD**, C. 10, S. 113, 2012, s. 93); Hohl, s. 405.

¹²Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 592; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442; Nevhis Deren- Yıldırım, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 268; Nevhis Deren- Yıldırım, **Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler**, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, 2008, s. 10; Akkaya, s. 96; Karşlı, s. 786; Memişoğlu, s. 92; Fabienne Hohl, **Procédure civile, Tome II, Compétence, délais, procédure et voies de recours**, Deuxième édition, Berne, Stämpfli Editions SA Berne, 2010, s. 405.

¹³Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 268; Memişoğlu, s. 93; Hohl, s. 405.

¹⁴Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 269; Deren- Yıldırım, **Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler**, s. 10.

¹⁵Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 592; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442.

¹⁶Günümüzde genel eğilim sınırlı istinaf modelinin tercih edilmesi yönündedir (Tahir, Alp “İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Bir Öneri”, **ABD**, Y. 49, S. 1, 1992, s. 31; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 592; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442).

yönünde yapılan eleştiriler¹⁷ karşısında istinaf kanun yolunda yapılan esasa ilişkin denetimin sınırlandırılmasına ilişkin sistemler öngörülmüştür¹⁸.

Ancak istinaf mahkemesinde yapılan tahkikatı, ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikat çerçevesinde düzenlemek ne kadar tehlikeli ise, değindiğimiz endişeler bakımından istinaf kanun yolunda yapılan esasa ilişkin incelemeyi aşırı derecede sınırlandırarak, adeta tahkikat yapılmasına izin vermez hale getirmek de istinaf kanun yolunun kabulü amacına aykırı düşecek ve sözde bir denetime yol açacaktır. Zira istinaf denetimi ile amaçlanan, hukukîlik denetiminin yanısıra maddî denetimin, yani vakıa denetiminin de sağlanabilmesi ve böylece maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi¹⁹ subjektif hakların himayesi²⁰ ile etkin hukukî korumanın sağlanarak²¹ bireylerin hukuka güvenini tesis etmeye hizmet etmektedir.

II. İstinaf Kanun Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir (HMK m. 341/I²²). İstinaf denetimi, tüm geçici hukukî korumalar için değil, sadece ihtiyati tedbir ve ihtiyati

¹⁷ İstinaf kanun yolunun aleyhindeki ve lehindeki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Naci Şensoy, **İstinaf**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 9 vd.; Faruk Erem, “İstinaf Mahkemeleri”, **AÜHFD**, Y. 1950,C. 7, S. 1-2, s. 9- 15; Baki Kuru, “İstinaf Mahkemeleri Kurulurken”, **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 7-30, s. 10 vd.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 592, 593; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1443-1446; Cenk Akil, “İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 49-50, s. 28-75; Öztekin, istinaf kanun yolunun, bütün vakıa ve delillerin istinaf aşamasında yeniden incelenmesi olanağının mevcut olmasının hakimleri tembelliğe sevk edeceği görüşünü eleştirmekte ve aynı riskin sadece temyiz denetiminin mümkün olduğu sistemimizde de mevcut olduğunu; ancak ilk derece mahkemesi hakimlerinin böyle bir tembelliğin içinde olduklarını söylemenin insafsızlık olduğunu belirtmektedir (Öztekin, İstinaf, s. 5).

¹⁸ Hakan Pekcanitez, “İstinaf Mahkemeleri”, **GSÜHFD**, S. 1, 2006, s. 22, 23.

¹⁹ Karşı, s. 787.

²⁰ Yıldırım, **Hukuk Kurultayı**, s. 176.

²¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 448.

²² HUMK m. 426/A'da ise, sadece ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği belirtilmekte idi.

haciz bakımından mümkündür, bunların dışında kalan delil tespiti²³, defter tutulması ve mühürleme işlemi yapılması gibi diğer geçici hukukî korumalar için istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak doktrinde, geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmesinin gerektiği belirtilmektedir²⁴. Bu görüşe göre, geçici hukukî koruma talebi bakımından bir karar verilmekte ve bu yönüyle mahkeme dosyadan el çekmektedir. Bu nedenle geçici hukukî koruma bakımından sınırlı da olsa nihai bir karar çıkmaktadır. Bu çerçevede, kararların temelde nihai ve ara kararlar olarak ayrıldığı, nihai kararların da gerçek ve geçici nitelikte nihai kararlar olarak ortaya çıktığı belirtilmekte ve her iki tür nihai kararın verilmesine hizmet eden kararların ara kararı olduğu ifade edilmektedir²⁵.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nda da, tahkikat tedbirleri ve ihtiyati tedbir kararlarına karşı da istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmektedir (Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 544/I). Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 544. maddesindeki bu düzenleme nedeniyle ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararları dışında verdiği geçici hukukî koruma tedbirleri için de istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür. İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda da, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir²⁶.

Kanımızca yukarıda belirttiğimiz nedenlerle hukukumuzda da, geçici hukukî korumalar bakımından istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün kabul edilmelidir. Zira geçici hukukî koruma kararı sonucunda geçici nitelikte de olsa nihai bir karar meydana gelmektedir²⁷.

²³ Delil tespitine itiraz üzerine verilen karar, ara karar niteliğindedir. Bu karar, ancak esas hükümlerle birlikte kanun yoluna götürülebilir (Leyla Akyol, **Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s.142).

²⁴ Özkes Muhammet/ Erişir Evrim, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", MİHDER, 2006/ III, S. 5, s. 1259, 1260.

²⁵ Özkes/ Erişir, s. 1260, 1261.

²⁶ Jaques Haldy, **La nouvelle procédure civile Suisse**, Bale, Helbing Lichtenhahn, 2009, s. 81; Hohl, s. 409.

²⁷ Özkes/ Erişir, s. 1260, 1261.

Miktar ve değeri bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir (HMK m. 341/I)²⁸. Bu hüküm Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 427/II'de düzenlenen temyiz kanun yoluna başvuru sınırından daha geniştir. Zira malvarlığı davaları denilmek suretiyle hem taşınır hem taşınmaz hem de alacak davaları için istinaf kanun yoluna başvuru sınırı belirlenmiştir. HUMK m. 427/II hükmünde ise, temyiz sınırı sadece taşınır mal ve alacak davaları için söz konusudur²⁹. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda ise, kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenecektir (HMK m. 341/III). Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz (HMK m. 341/IV).

İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda, malvarlığına ilişkin davalarda istinaf başvurusunun kabul edilebilmesi için son durumda uyuşmazlığın değerinin en az on bin Frank olması gerekmektedir (İsviçre Medeni Usul Kanunu³⁰ m. 308). İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 309. maddesinde ise, bu kurala istisnalar getirilmektedir. Buna göre icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf başvurusunda bulunulamayacaktır (İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 309/I,a). Ayrıca İcra ve İflas Yolu ile Takibe ilişkin Federal Kanunu'nda³¹ düzenlenen şu hususlara ilişkin olarak da istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır: ertelemenin iptali, gecikmiş itirazın kabul edilebilirliği, icra mahkemesinin itirazın kaldırılması kararları, takibin iptal veya taliki, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna itirazlar, yedi emin kararı, konkordatonun tasdiki ya da iflas mahkemesine ilişkin kararlar.

²⁸ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı Kanun ile eklenen Ek 4. maddeye göre, görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispat ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle uygulanmaktadır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesinde söz konusu maddeye yer verilmemiştir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki parasal sınırların yeniden değerlendirme oranına göre arttırılması söz konusu değildir.

²⁹ Kuru/ Arslan/ Ramazan, **Medenî Usûl Hukuku- HUMK**, s. 641; Ejder Yılmaz, **İstinaf**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 60; Akkaya, s. 117; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 941.

³⁰ İsviçre Medenî Usûl Kanunu 1 Ocak 2011'den itibaren tüm İsviçre'de geçerli olacak Federal düzeyde bir Medenî Usûl Kanunu'dur. Bu kanun, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren şimdiki kadar 26 kantonda geçerli olan Medenî Usûl Kanunları'nı yürürlükten kaldırmıştır.

³¹ Du 11 avril 1889 (Etat le 1^{er} janvier 2013).

Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda, aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlar kural olarak sınırlandırılmamıştır. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 543. maddesinde, aksine düzenleme olmadıkça, çekişmesiz yargı kararları dahil olmak üzere, ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir³². Ancak ilk derece mahkemesinin her kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği kuralı, hukukî yarar ve belli bir değer altındaki uyuşmazlıklar bakımından sınırlandırılmıştır. Örneğin sembolik bir miktar gösterilerek açılan tazminat davalarında ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir³³. Fransız temyiz mahkemesi de bir kararında, sembolik olarak istenen tazminat miktarına ilişkin davada istinaf kanun yoluna başvurulamayacağına karar vermiştir³⁴. Ayrıca ilk derece mahkemesinin idari nitelikteki kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır³⁵.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 545. maddesi ise, özel kanunlardaki düzenlemeleri saklı tutmuştur. Örneğin İş Kanunu'nun 1462-3. maddesinde 4000 Euro'nun altındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilen kararlar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmektedir³⁶. Ticari ve medeni hukuk alanlarında 4000 Euro'dan daha düşük bir miktara ilişkin olarak verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir³⁷. Bunun dışında bir çok farklı düzenleme ile istinaf kanun yoluna başvuru hakkı sınırlandırılmış ya da yasaklanmıştır³⁸. Bu nedenle istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için, başvuran tarafın hukuki yararının varlığı zorunludur³⁹.

Hukukumuzda ilk derece mahkemesinin, malvarlığına ilişkin olmayan ve özel kanunlarda karara karşı istinaf kanun yoluna gidilmesi engellenmiş olmayan tüm nihaî kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir⁴⁰. Bu çerçevede ilk derece

³² Croze/ Laporte, s. 207.

³³ Junillon, s. 1178.

³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 1996, n° 94-14095, Bull. 1996 II, n° 8, p. 6.

³⁵ Junillon, s. 1176.

³⁶ Junillon, s. 1178.

³⁷ Croze/ Laporte, s. 207.

³⁸ Junillon, s. 1178.

³⁹ Junillon, s. 1177, 1178.

⁴⁰ Yılmaz, **İstinaf**, s. 60; Akkaya, s. 120; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 747.

mahkemelerinin sadece nihaî kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak kanunda nihaî kararların esasa ya da usûle ilişkin olup olmadığı hususunda bir ayırım yapılmadığı için, malvarlığına ilişkin davalarda istinaf sınırı da dikkate alınarak, gerek usûle gerek ise esasa ilişkin nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir⁴¹.

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı da, hukukî yararı bulunan ilgililer, özel kanunî düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, istinaf yoluna başvurabilecektir (HMK m. 387). Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda da çekişmesiz yargı kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmektedir (Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 543)

İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir⁴². Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 348'de belirtildiği üzere katılma yolu ile istinaf yoluna başvurulması mümkündür. İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf kanun yoluna asıl başvuran taraf, buna karşı iki hafta içinde cevap verebilir. Ancak istinaf yoluna başvuran tarafın bu talebinden feragat etmesi veya talebinin bölge adliye mahkemesi tarafından esasa girilmeden reddedilmesi halinde katılma yolu ile başvuranın talebi de reddedilir. Çünkü katılma yolu ile istinaf başvurusu, asıl başvuruya bağlı bir başvuru niteliğindedir⁴³.

⁴¹ Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 595; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 747.

⁴² Örneğin iş mahkemelerinden verilen kararlar veya icra mahkemelerinden verilen kararlar için İş Mahkemeleri Kanunu ve İcra İflas Kanunu'nda düzenlemeler söz konusudur.

⁴³ Muhammet Özekes, **Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s. 48.

III. İstinaf Kanun Yolunun Etkileri

A. İstinaf Kanun Yolunun Erteleyici Etkisi

Erteleyici etki, kanun yoluna başvurunun, ilk derece mahkemesinin nihaî kararının kesinleşmesini ve hukukî uyuşmazlığın sona ermesini engellemesidir⁴⁴. Zira istinaf kanun yoluna başvuru sonucunda kararın kesinleşmesi engellendiği gibi, bölge adliye mahkemesinin yeniden tahkikat yapıp yeniden esas hakkında bir karar vermesi mümkün olabilecektir⁴⁵.

Bazı hukuk sistemlerinde erteleyici etki iki fonksiyon göstermektedir. Bunlardan biri hükmün kesinleşmesinin engellenmesi, diğeri ise hükmün icra edilememesidir⁴⁶. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 539. maddesi uyarınca, hükmün icra edilebilmesi için hükmün kesinleşmesi zorunludur. Bu nedenle erteleyici etki Fransız Hukuku'nda hükmün icra edilememesi sonucunu da doğurmaktadır⁴⁷. Hukukumuz bakımından ise, hükmün icra edilebilmesi için kural olarak hükmün kesinleşmesi gerekmemektedir⁴⁸. Esasen Fransız Hukuku'nda da, hükmün icra edilebilirliği için hükmün kesinleşmesinin beklenmesi kuralından vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülmekte, buna ilişkin olarak çalışmalar yapılmaktadır. Ancak doktrinde, özellikle boşanma davaları gibi davalar bakımından hükmün icra edilebilirliği için hükmün kesinleşmesinin aranmasının pratik bir zorunluluk olduğu

⁴⁴ Konuralp, **Fransız Hukuku'nda İstinaf**, s. 35; Yıldırım, **Hukuk Kurultayı**, s. 183, 184; Pekcanitez/ Atalay/ Özokes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 739; Akkaya, s. 57; Gilles Peter, "2002 Medenî Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medenî Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi", Çev. Evrim Erişir, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- VI, İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 33.

⁴⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özokes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 753.

⁴⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özokes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 739; Karşlı, s. 776; Akkaya, s. 57; Akil, s. 50.

⁴⁷ Junillon Jacques, "Appel", **Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne- Droit communautaire**, [sous la direction de Serge Guinchard], 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2009, s. 1226.

⁴⁸ İstinaf başvurusu, kural olarak hükmün icrasını durdurmaz. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 36. maddesine göre icranın durdurulması talep edilebilir. Nafaka kararları hakkında ise, icranın durdurulması talep edilemez. Ayrıca kişiler ve aile hukuku ile taşınmaz mal ve taşınmazın aynına ilişkin haklarla ilgili kararlar kesinleşmedikçe icra edilemez (m. 350).

belirtilmektedir⁴⁹. Yeni eğilim de istinaf kanun yoluna başvurunun icrayı engellememesi yönündedir⁵⁰.

B. İstinaf Kanun Yolunun Aktarıcı Etkisi

İstinafın konumuz bakımından da önem arz eden aktarıcı etkisi ise, istinaf kanun yolunun kabulüne neden olan amaçların gerçekleşebilmesi için üzerinde durulması gereken noktalardan biridir⁵¹. İstinaf kanun yoluna başvurmanın aktarıcı etkisi, istinaf denetiminin bir üst derece mahkemesi tarafından yapılması anlamına gelir ve üst derece mahkemesinin, maddî ve hukukî incelemeyi yaparak yeni bir karar verebilmesini ifade eder⁵². Bu çerçevede istinaf kanun yolunda, özellikle istinaf sebepleri ve kamu düzeni çerçevesinde inceleme yapılacaktır⁵³.

Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda, aktarıcı etkinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki görünümü olduğu belirtilmektedir. Aktarıcı etkinin olumlu görünümü, tarafların ilk derece mahkemesinin incelemesine getirilen uyuşmazlığın ikinci defa incelenmesini hiyerarşik olarak daha üst merciden talep edebilmelerini ifade eder. Aktarıcı etkinin olumsuz görünümü ise, istinaf kanun yolunda yapılan incelemenin sınırlandırılarak ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlıkla bağlı olunması anlamına gelmesidir⁵⁴. Fakat istinaf kanun yolu günümüzde sadece bir hukukî denetim yolu olarak ele alınmamakta, tamamlayıcı bir yol gibi görülmektedir⁵⁵. Eğer dava istinaf aşamasında kolaylıkla değiştirilebirse, ilk derece mahkemesi yargılamayı daha az dikkatle yürütebilir⁵⁶. Öte yandan, istinafta iddia ve savunmanın değiştirilmesi, ikinci derece yargılamasının, ilk derece mahkemesine getirilen hususlarla bağlılığına aykırı

⁴⁹ Junillon, s. 1226

⁵⁰ Halûk Konuralp, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi", Tebliğ, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s. 35

⁵¹ Vauban, s. 24.

⁵² Konuralp, İstinaf Derecesi, s. 35; Akkaya, s. 61; Akil, **İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi**, s. 30.

⁵³ Özekes, İstinaf, s. 3109; Pekcanırez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 753.

⁵⁴ Jacques Héron/ Thierry Le Bars, **Droit judiciaire privé**, 4 ème édition, Paris, Montchrestien, 2010, s. 591.

⁵⁵ Héron/ Le Bars, s. 591.

⁵⁶ Héron/ Le Bars, s. 591-592.

olabilecektir⁵⁷. Fransız Medenî Usûl Kanunu hem bir kanun yolu olarak hem de uyuşmazlığı tamamlama yolu⁵⁸ olarak düzenlemeler öngörmüştür. Ancak istinaf kanun yolunun, uyuşmazlığı tamamlama yolu olarak öngörüldüğü durumlar daha azdır⁵⁹. Hukukumuz bakımından da istinaf kanun yolunda sadece hukuki inceleme ile yetinilmeyecek; hem maddi hem de hukuki bir inceleme söz konusu olacaktır⁶⁰.

İstinaf kanun yolunun aktarıcı etkisi, Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 561 ila 567. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Söz konusu maddelerde öncelikle aktarıcı etki düzenlenmekte ve ardından istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatta aktarıcı etkinin sonuçları olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, yeni vakıaların, taleplerin ve delillerin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Konumuz bakımından aktarıcı etki tanımına bu bölümde yer vermekle yetinip aktarıcı etkinin sonuçlarına ikinci bölümde yer vereceğiz.

Aktarıcı etki kavramını düzenleyen Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 561. maddesine göre, istinaf, istinaf mahkemesinin uyuşmazlığı hukuk ve vakıa bakımından yeniden karara bağlaması için kesin hükmü erteler. Aktarıcı etki, istinaf yargılamasının çerçevesini belirleyebilmekte önem arz etmektedir.

IV. İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerin Yürürlüğü Ve Zaman Bakımından Uygulanması

İstinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte hukukumuzda üç dereceli kanun yolu sistemi uygulanmaya başlanacaktır. Bu çerçevede karar düzeltme hükümleri yürürlükten kalkacak ve ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir⁶¹.

⁵⁷ Héron/ Le Bars, s. 592.

⁵⁸ Uyuşmazlığı tamamlama yolu, istinaf kanun yolu incelemesinde sadece hukuki incelemenin değil; hem maddi hem de hukuki incelemenin yapılmasını ifade etmektedir.

⁵⁹ Héron/ Le Bars, s. 592.

⁶⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 753.

⁶¹ İstinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğüne ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Yavuz Alangoya, 'Yargılama Hukukumuzda Bir "Sorun"', **İBD, C. 83, S. 3, 2009**, s. 1189 vd.

Bölge adliye mahkemeleri, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile kurulmuştur. Söz konusu kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte birlikte bölge adliye mahkemeleri kurulamamıştır. Aynı kanunun geçici 2. maddesinde Adalet Bakanlığınca, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulacağı düzenlenmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler düzenlenmekle birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, bu tarihte bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının mümkün olamaması üzerine 6127 sayılı Kanun'la⁶² geçici madde 3 hükmü getirildi. Geçici madde 3 ile, yeni kanun yolu sistemi uygulanıncaya kadar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan temyize ilişkin hükümlerin uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir.

Bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden sonra ise istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması önem arz edecektir. İstinaf kanun yolu hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasına, Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun geçici 3. maddesinin 2. fıkrasında açıklık getirilmiştir. Buna göre, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş kararlar hakkında, bu kararlar kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanun'un, 5235 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır. Bu çerçevede bölge adliye mahkemelerinin kurulması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri yürürlüğe girecek ve bu tarihten sonra açılan davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin düzenlemeleri uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılan

⁶² 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı "Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılmasıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

davalarda ise 1086 sayılı Kanun'un temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edilecektir.

§ 2 İSTİNAF KANUN YOLUNDA TAHKİKATIN YAPILMASI

I. İncelemenin Tâbi Olduğu Yargılama Usûlü

A. Ön İnceleme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 352'de, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli kararın verileceği belirtilmektedir. Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.

Fransız Hukuku'nda, hukukumuzda düzenlenen ön inceleme⁶³ aşamasına tekabül eden aşama, hukukumuzdaki ön incelemeden daha geniş bir incelemeyi kapsamaktadır. Ön inceleme için bir hakim atanır ve ön inceleme hakimi bu aşamanın tek yetkilisidir. Tarafların dilekçelerinin kanuna uygunluğunun kontrol edilmesini sağlar⁶⁴. Hukukumuzda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 352. maddesinde ön incelemenin bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince yapılacağı

⁶³Fransız Hukuku'nda "mise en état" olarak adlandırılan bu aşama Hukukumuzda ön inceleme aşamasına karşılık geldiğinden bu safhayı ön inceleme olarak çevirdik. Ancak belirtmek gerekir ki bu aşama Hukukumuzdaki ön inceleme aşamasından daha kapsamlı bir incelemenin yapıldığı bir aşamadır. Bu aşamada dilekçelerin karşılıklı verilmesi, belgelerin sunulması işlemleri yapılır. Söz konusu işlemleri yapan hakim "conseiler de mise en état" olarak adlandırılmaktadır. Ön inceleme hakimi olarak tercüme edeceğimiz hakim, dilekçelerin verilmesi, belgelerin sunulması, kararın istinaf kanun yoluna başvurulabilir bir karar olup olmadığının değerlendirmesini yapacak olan hakimdir. Hukukumuzda ise, bölge adliye mahkemesi ön inceleme aşamasında, kanun yolu başvurusuna ilişkin esas hakkında inceleme yapılabilmesi için bulunması gereken koşulları inceleyerek işin esasına girilmesini engelleyen hususları işin başında tespit etmeye yönelik ön inceleme yapacaktır (Pekcanitez, **İstinaf Mahkemeleri**, s. 28; Akkaya, s. 241). Zira 352. maddede, ön incelemede değerlendirilecek hususlar belirtilmiştir.

⁶⁴ Brenner/ Fricero, s. 89.

düzenlenmektedir. Ancak doktrinde de kabul edildiği üzere, bu düzenleme, ön incelemenin mutlaka heyetçe yapılacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁵. Ön inceleme, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi başkanı tarafından görevlendirilen bir üye tarafından da yapılabilir⁶⁶.

Fransız Medeni Usul Hukuku'nda 2011 reformu olarak anılan reform çerçevesinde ön inceleme aşamasına ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır⁶⁷. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 912. maddesinin birinci fıkrasına göre ön inceleme hakiminin delillerin ibrazı ve tamamlanması için olan sürelerin sona ermesini takip eden on beş gün içinde davayı incelemeye başlayacağı düzenlenmektedir. Ön inceleme hakimi, tarafların avukatlarına, 954. madde düzenlemelerine uygun olan dilekçelerin verilmesini emredebilir (Fransız Medenî Usul Kanunu m. 913). Ön inceleme hakimi dava ile ilgili tedbir almaya tek yetkili makamdır (Fransız Medenî Usul Kanunu m. 915). Görüldüğü üzere Fransız Hukuku'nda yapılacak ön inceleme hukukumuzda nazaran daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Fakat hukukumuzda kural olarak istinaf kanun yolunda yeni delillerin ileri sürülmesinin yasaklanması nedeniyle ön inceleme aşaması, ilk derece yargılamasında düzenlenen ön inceleme aşamasında olduğu gibi delillerin toplanması, dilekçede giderilmesi mümkün eksikliklerin giderilmesi gibi işlemlerin yapılmasını amaçlamamakta; sadece istinaf denetimi yapılmasının mümkün olup olmadığını belirlemek için dosya üzerinden yapılan şekli bir safha olmaktadır. Bu nedenle Fransız Hukuku'nda olduğu gibi ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır.

B. Tahkikat İncelemesi

1. Tahkikat İncelemesinin Tabi Olduğu Yargılama Usulü

İstinaf kanun yolunda, yeniden yargılama yapılması da mümkün olduğundan, bölge adliye mahkemesinin tahkikat işlemlerini hangi usûle göre yapacağı önem arz etmektedir. Bölge adliye mahkemesi esasa ilişkin inceleme yaparken, yani tahkikat

⁶⁵ Akkaya, s. 241.

⁶⁶ Akkaya, s. 241.

⁶⁷ Décret n° 2012- 643 du 3 mai 2012 ve Décret n° 2010-1647 du 28décembre 2010 sayılı ve tarihli kanunlarla, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun konumuz bakımından önem arz eden m. 912 vd.na ilişkin hükümlerde reform yapılmıştır.

aşamasında, kural olarak ilk derece mahkemesinde geçerli olan yargılama usûlünü uygulayacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 360'da istinafa ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bölümde, ayrıca hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün, bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, istinafa ilişkin düzenlemeler arasında özel bir düzenleme yer almadığı sürece, bölge adliye mahkemesi, yapacağı ön incelemeden sonra duruşma yapılmasına karar verirse, bu aşamadan sonraki incelemesini ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne göre yapacaktır. 360. maddenin gerekçesinde, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra duruşma yapılmasına karar verirse bundan sonraki incelemesini, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama usûlüne göre yapacağından bahsedilmektedir. Doktrinde, maddede, her ne kadar ilk derecedeki yargılama usûlünün uygulanacağından bahsedilmiş olsa da, bunun daha çok dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasından sonraki aşamayı kapsadığı; zira, istinaf başvurusu ve cevap dilekçesi verilmesi aşamalarının ilk derece mahkemesinde tamamlandığı belirtilmektedir⁶⁸. Gerçekten de, bölge adliye mahkemesinde yapılacak ön inceleme aşaması da kanunda ayrıca hükme bağlandığından, uygulanacak yargılama usûlüne ilişkin olarak atıf yapılan ilk derece mahkemesi önündeki yargılama usûlü, istinafta yapılacak tahkikat ve sonrasındaki aşamalara ilişkindir. Bölge adliye mahkemesinde, ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün uygulama alanı bulacağı yargılama aşamaları; tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamaları olacaktır⁶⁹. Bu çerçevede, bölge adliye mahkemesi, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarında, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama, yazılı yargılama usûlüne tabi ise, yazılı yargılama usûlünü; basit yargılama usûlüne tabi ise, basit yargılama usûlünü uygulayacaktır. Ancak, istinaf kanun yoluna ilişkin özel düzenleme getirilen hallerde, bu özel düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır⁷⁰. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda da, istinaf kanun yolunda yapılan tahkikat kural olarak asliye hukuk mahkemesinde uygulanan kurallara bağlıdır⁷¹.

⁶⁸ Özekes, **İstinaf**, s. 3110; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 754.

⁶⁹ Özekes, **İstinaf**, s. 3110.

⁷⁰ Konuralp, **Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl**, s. 262; Özekes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 57; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 606; Karşlı, s. 802.

⁷¹ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 143.

Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hallerde, sözlü yargılama aşamasına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına dair herhangi bir hüküm yoktur. Doktrinde, tahkikat için duruşma yapılmasına gerek olmayan hallerde sözlü yargılamanın da yapılmasının gerekli olmadığı; bu durumda, dosya üzerinden karar verilebileceği; zira duruşma yapılmasının gerekli olmadığı hallerde dosya münderecatının yeterli görüleceği belirtilmektedir⁷². Gerçekten de, duruşma yapılmasına gerek olmayan hallerde sözlü yargılama aşaması da uygulama alanı bulmayacaktır. Zira duruşma, davacı ile davalının hâkim karşısında hazır buldukları yargılama evresi olarak tanımlanmaktadır⁷³. Yukarıda belirttiğimiz gerekçelere ek olarak, 353. maddede, “duruşma yapılmadan karar verilir” ifadesinin kullanılması nedeniyle, duruşma kavramı, gerek tahkikatın gerekse sözlü yargılamanın yapıldığı yargılama evresini kapsamaktadır. Bu nedenle, duruşma yapılmasına gerek olmayan hallerde sözlü yargılama da yapılmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, duruşma yapılması gereken durumlarda sözlü yargılama aşamasına uygun davranmak yerinde olacaktır; zira istinaf kanun yolunda, sınırlı da olsa ilk derece yargılamasına benzer bir yargılama yapılmaktadır ve sözlü yargılama sonunda tahkikatın genişletilmesine (HMK m. 185) karar verilmesi de mümkündür⁷⁴. Sözlü yargılama aşamasının yapılmamış olması halinde ise, HMK m. 184 vd. hükümleri çerçevesinde tahkikatın genişletilmesine ilişkin hükümlerin uygulanma imkânı da ortadan kalkmış olacaktır⁷⁵.

İstinaf kanun yolunda duruşma yapılması, ilk derece mahkemesi kararı aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulması halinde söz konusu olabileceği gibi bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği kararın Yargıtay tarafından bozulması halinde de olacaktır. Bölge adliye mahkemesinin düzelterek ya da yeniden esas hakkında verdiği kararın Yargıtay tarafından bozulması halinde bölge adliye mahkemesinin kendiliğinden tarafları duruşmaya çağırması zorunludur (HMK m. 373/III).

⁷² Özkes, **İstinaf**, s. 3110; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 755.

⁷³ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 494; Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4fa4523964fa10.30970956), Erişim Tarihi: 05.05.2012).

⁷⁴ Özkes, **İstinaf**, s. 3110; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 755.

⁷⁵ Özkes, **İstinaf**, s. 3110; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 755.

2. Tahkikat İncelemede İstinabe Yoluna Başvurulması

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince yapılacak inceleme, davanın özelliğine göre heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır⁷⁶. İnceleme sırasında gereken hallerde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi istinabe edilebilir (HMK m. 354). Bu düzenleme ile, istinabenin bölge adliye mahkemeleri nezdinde de uygulanabilmesine olanak tanınmak suretiyle bu mahkemelerin birden fazla ili kapsayan yargı çevresine sahip olmalarından kaynaklanan güçlüklerin aşılabilmesi amaçlanmaktadır⁷⁷. Bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi kendi bulunduğu ilin dışındaki başka illeri de kapsadığından, bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içinde bulunan başka bir ilin ilk derece mahkemesini istinabe edebileceği gibi faaliyet gösterdiği il merkezine bağlı olan ilçe mahkemesini de istinabe edebilecektir⁷⁸.

İstinabe yoluna başvurulması özellikle isticvap, tanık dinlenmesi ya da keşif yapılması gereken durumlarda önem arz edecektir. Örneğin bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yargı çevresinde olmasına rağmen farklı şehirde bulunan tanığın dinlenmesi ya da yapılacak keşif için o yer ilk derece mahkemesi istinabe edilmek suretiyle gerçekleştirilecektir⁷⁹. Kanımızca istinabe yoluna başvurulması gereken bu durumlarda dikkat edilmesi gereken husus, istinabe edilen ilk derece mahkemesinin davaya bakan ilk derece mahkemesi olmaması, farklı bir ilk derece mahkemesinin istinabe edilmesidir.

İstinabe yoluna başvurulması, özellikle yargılamanın doğrudanlığı çerçevesinde eleştirilmektedir⁸⁰. Zira tanığı bizzat dinleyerek, tanığın verdiği tepkileri değerlendiren, hal ve hareketlerini gözlemyen ve bu çerçevede gerçeğe

⁷⁶Fransız Medeni Usul Hukuku'nda da inceleme, istinaf mahkemesi üyesi tarafından yapılmaktadır (Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 143).

⁷⁷ Hükümet Gerekçesi m. 358.

⁷⁸ Akkaya, s. 258.

⁷⁹ Pekcanitez, **İstinaf Mahkemeleri**, s. 25; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 754; Muşul, s. 570.

⁸⁰ Pekcanitez, **İstinaf Mahkemeleri**, s. 25; Akkaya, s. 258.

ulaşmaya daha yakın olan hakim, tahkikatı yürüten hakimdir⁸¹. Ancak belirtmek gerekir ki; istinabe yoluna başvurulması doğrudanlık ilkesinin mutlak bir istisnası değildir⁸². Çünkü her ne kadar istinabe yoluna başvurulması halinde, tanık dinlenmesi ya da keşif yapılması, yeniden tahkikatı yapan bölge adliye mahkemesi dışında bir mahkeme tarafından yapılacak olsa da, söz konusu delillerin değerlendirilmesi görevi yine tahkikatı yapan bölge adliye mahkemesine ait olacaktır⁸³.

İstinabe yolunun yanı sıra HMK m. 149 uyarınca ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile duruşmaların icrasına ilişkin hüküm, HMK m. 360 çerçevesinde istinaf yargılaması sırasında da uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle bölge adliye mahkemesi, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir (HMK m. 149/I). Bölge adliye mahkemesi, tarafların rızası olmak kaydıyla tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi sırasında başka bir yerde bulunmasına izin vererek dinlemenin ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilmesine karar verebilir (HMK m. 149).

II. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 357’de Düzenlenen Usul İşlemleri

A. Genel Olarak

HMK m. 357’de, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşı dava açılmayacağı, davaya müdahale talebinde bulunulamayacağı, davanın ıslahı ve 166. maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesinin istenemeyeceği, bölge adliye mahkemesince re’sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delillere dayanılamayacağı düzenlenmektedir. Ancak ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir

⁸¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 314.

⁸² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 314.

⁸³ İstinabe yoluna başvurulmasının doğrudanlık ilkesi ile ilişkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 314.

sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilecektir.

Bölge Adliye Mahkemesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden gözetecektir ve karşı tarafın açık rızası ile dahi iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi istinaf kanun yolunda mümkün olmayacaktır.

Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olduğu için bölge adliye mahkemelerinin yetkisine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapılamaz. Ancak ilk derece mahkemesinin yetkisine ilişkin olarak yapılan yetki sözleşmesi dolaylı da olsa bölge adliye mahkemesinin yetkisini etkileyecektir. Zira yetki sözleşmesinde yetkili kılınan ilk derece mahkemesinde dava açılması sonucunda, istinaf kanun yoluna başvurulacak olan bölge adliye mahkemesi de bu ilk derece mahkemesinin yargı çevresindeki bölge adliye mahkemesi olacaktır.

Kanun bazı usûl işlemlerini, istinaf yargılamasını geciktireceği ve olumlu katkısı olmayacağı gerekçesi ile yasaklamıştır. Bu işlemlerden bir kısmı iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi ile yeni delil ikamesi gibi doğrudan dava malzemesi ile ilgilidir. Yasaklanan diğer hususlar ise, taraf işlemlerine ilişkindir. Bu taraf işlemleri aslında dava malzemesinin davaya dahil edilmesine hizmet eden usûl işlemleridir. Bunlar ıslah, müdahale ve karşı dava açılmasıdır⁸⁴.

B. Karşı Dava Açılması

Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak davaya baktığı sınırlı haller dışında, bu mahkemede doğrudan dava açılmayacağından karşı dava da açılmayacağı kabul edilmiştir⁸⁵. Çünkü üst derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar hariç olmak üzere, istinaf yargılaması yaptığından ancak ilk derece mahkemesi tarafından incelenen ve karara bağlanan davalar hakkında denetim görevini gerçekleştirir⁸⁶. İstinaf kanun yolunda,

⁸⁴ Akkaya, s. 294.

⁸⁵ Bkz. Hükümet Gerekçesi, m. 361.

⁸⁶ Akkaya, s. 294.

karşı davanın açılabilmesi halinde, karşı dava ilk derece mahkemesi yerine bölge adliye mahkemesinde incelenecektir ki; söz konusu durum istinaf kanun yolunun bir üst derece mahkemesi olma özelliği ile bağdaşmayacaktır⁸⁷.

İstinaf kanun yolunda karşı dava açılmamasının sebeplerinden biri de, istinaf yargılamasında, tahkikatın daha çabuk ve kısa sürede bitirilmesinin sağlanmasıdır⁸⁸. Çünkü istinaf kanun yolunda karşı dava açılmasının kabulü halinde, iki davanın bir arada yürütülmesi gerekecek ve bu durum, açılan ilk davada yapılan denetimin gecikmesine sebep olabilecektir.

İstinaf kanun yolunda karşı dava açılmasına izin verilmemesinin bir diğer nedeni de karşı davanın kabul ediliş amacı ile ilgilidir. Karşı dava, ancak cevap dilekçesi ile veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe ile açılmalıdır (HMK m. 133/I). Karşı davanın açılması ve süresini düzenleyen maddenin gerekçesinde de, karşı davanın süresinden sonra açılması halinde, yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla Kanun'un aradığı diğer şartlar gerçekleşmiş olsa bile, mahkemenin kendiliğinden asıl dava ile ona karşı açılmak istenen davanın ayrılmasına karar vereceği belirtilmektedir. Bu çerçevede karşı dava kurumunun kanun koyucu tarafından kabul edilme amacı, temelde usûl ekonomisi ilkesine (Anayasa m. 141 ve HMK m. 30) dayanmaktadır. Zira asıl dava ile karşı davaya ilişkin yapılan yargılamada tahkikat ortak yürütülecek ve gerekli dava malzemesi ortak toplanacaktır⁸⁹. Bu nedenle asıl davanın üst derece mahkemesinde denetlenmesi halinde, artık karşı dava ile birlikte yapılacak bir tahkikattan bahsedilemeyecektir.

Kanımızca HMK m. 357/I hükmü kanunda yer almasaydı bile, gerek bölge adliye mahkemesinde tahkikat incelemesi yapılması gereken hallerde yapılan tahkikatın kapsamının, ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatın kapsamından daha sınırlı olması; gerekse karşı davanın kabul ediliş nedenleri, bölge adliye mahkemesinde karşı dava açılmasına engel teşkil edecekti. Zira üst derece

⁸⁷ İstinaf El Kitabı, s. 56; Akkaya, s. 294.

⁸⁸ İstinaf El Kitabı, s. 56.

⁸⁹ Fransız Hukuku'nda da, karşı davanın avantajlarından birinin de hakim'in uyuşmazlığı birlikte görerek tamamlaması ve her iki talebe ilişkin karara aynı anda hükmetmesi olduğu belirtilmektedir (Yves Strickler, **Procédure civile**, 2^{ème} édition, Orléans, 2008, s. 108).

mahkemesi olan bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin yerine dosyayı ilk defa karara bağlamak amacıyla bir yargılama yapamayacaktır; söz konusu durum denetim merci olması ile de çelişir.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 567. maddesinde, karşı dava taleplerinin⁹⁰ istinaf kanun yolunda da mümkün olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Fransız medeni usûl hukuku doktrininde, karşı davanın birçok avantajı olduğu belirtilerek; zaman ve masraftan tasarruf edilmesini ve uyuşmazlığın birlikte görülmesini sağlayarak hakimin iki talebi aynı anda incelemesine hizmet ettiği kabul edilmektedir⁹¹. Ancak karşı davanın kabul edilmesinin bazı sakıncaları da vardır. Uyuşmazlığın uzamasına neden olur. Ayrıca davalının elinde davayı uzatmaya yönelik imkanlar da vardır⁹². Bunu engellemek için Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 70. maddesinde karşı davaya ilişkin olarak getirilen düzenleme, 567. madde kapsamında istinaf kanun yolunda karşı dava açılması halinde de uygulama

⁹⁰Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda, karşı dava gerek ilk derece yargılamasında gerekse istinaf yargılamasında kabul edilmektedir. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 63 ila 70. maddeleri arasında ara talepler düzenlenmektedir. Ara talepler karşı dava talebi, ek talep ve müdahaleden (zorunlu müdahale ya da ihtiyari müdahale) oluşur. Ara talebin kabul edilebilmesinin 3 koşulu vardır: ara talep kabul edilebilir olmalıdır, mahkeme ara talebi de görmeye yetkili olmalıdır, ara talebe ilişkin usul kurallarına uyulmalıdır (Yvon Desdevises, **Demande en Justice- Demandes incidentes**, actualisée par Oliver Staes, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 126-7, LexisNexis, 2011, kn. 3); Ara talep mahkeme tarafından mevcut olması halinde. Yargılamada dava konusu ve dava sujelerine ilişkin genel koşullarda kabul edilebilirdir. Bazı özel kabul edilebilirlik koşulları da vardır (Desdevises, kn. 4); Özellikle iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bakımından kabul edilebilirlik sınırlandırılmaktadır ve talepler arasında bağlantı aranmaktadır (Desdevises, kn. 7); Mahkemenin ara talebi de inceleyebilmesi için asıl talep bakımından olduğu gibi ara talep bakımından da yetkili olması gerekir (Desdevises, kn. 12). 64. maddede düzenlenmektedir. Buna göre bir yarar elde etmeyi kesin olarak isteyen davalı karşı tarafın iddiasını reddeder. Karşı talebe karşı ileri sürülen davalıya bağlı olan bir taleptir. Diğer yandan denilebilir ki bu bir kontrataktır, davalının ters rolleri vardır: asıl talebi ortadan kaldırmaya çalışır ve ayrıca davacıdır. (Strickler, Procédure civile, s. 107). Davalıların çokluğu ihtimalinde, demande reconventionnelle onlar arasından birine karşı yöneltilemez. Demande reconventionnelle'in birçok avantajı vardır. Paradan ve zamandan ekonomi etmeyi sağlar. Hakime uyuşmazlığın birlikte tamamlanmasında vizyon sağlar, hakim iki talebi aynı anda inceler. Ama bazı sakıncaları da vardır. Uyuşmazlığın konusunun uzamasına neden olur. Ayrıca davalının elinde davayı uzatıcı vasıtalar da vardır. Bunu engellemek için 70. maddede bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, tüm talepler yeterli bir bağ ile, asıl iddialara (taleplere) bağlıdır (Strickler, **Procédure civile**, s. 108).

⁹¹ Strickler, **Procédure civile**, s. 108; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 88.

⁹² Strickler, **Procédure civile**, s. 108; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 88.

alanı bulacaktır⁹³. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 70. maddesine göre, karşı dava ile asıl davada ileri sürülen talepler arasında yeterli bağlantı var ise karşı dava taleplerinin ileri sürülmesi mümkündür. Bu çerçevede, karşı dava talepleri, asıl talepler ile yeterince bağlantılı ise, istinaf kanun yolunda da ileri sürülebilecektir⁹⁴. Fransız Temyiz Mahkemesi kararlarında, istinaf kanun yolunda da ilk defa karşı dava talebinde bulunulabileceği; ancak bunun için bu talebin, asıl iddia ile yeterli ölçüde bağlantılı olması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁵. Yargı Kararları, asıl talep ile karşı dava talebi arasında yeterli bağlantının bulunması gerektiği kuralını ilk talebe bağlı olarak ileri sürülen tüm talepler için kabul etmektedir⁹⁶. Bunun dışında Fransız Temyiz Mahkemesi, talepler arasında yeterli bağın olması değerlendirmesini esasa ilişkin karar veren hakimin bağımsızca yapacağını belirtmektedir⁹⁷.

Fransız Medenî Usûl Hukuku Doktrini'nde ise, karşı davanın kabul edilebilmesinin tek koşulunun karşı dava talebinin asli talep ile bağlantılı olmasının değil; talepler arasındaki bağlantının dışında, karşı dava taleplerinin değerlendirilmesinin Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 564 vd. maddelerine göre yapılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁸. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin kararlarında

⁹³ Xavier Marchand/ Jimmy Sérapionian, **Demande reconventionnelle, Droit à la demande reconventionnelle, Droit de la demande reconventionnelle**, JurisClasseur procédure civile, Fasc. 132, 2011 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 10.06.2012) kn. 25; Junillon, s. 1243; Cass. 3^{ème} civ., 8 janv. 1997, n° 95-12314, JurisData n° 1997-000014.

⁹⁴ Claude Brenner / Natalie Fricero, **La nouvelle procédure d'appel**, Paris, Lamy, 2010, s. 38; Lesourd, kn. 38; Junillon, s. 1243; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 89; Croze/ Laporte, s. 216; Fransız Medeni Kanunu'nun 257-1 maddesinde, boşanma davasında karşı davaya ilişkin olarak özel bir düzenleme yer almaktadır, istinaf aşamasında karşı davanın ileri sürülmesine ilişkin ise ayrı bir düzenleme bulunmamakta 567 ve dolayısıyla 564 ila 566 ve 70. maddeler çerçevesinde boşanma davasının istinaf aşamasında görülmesi sırasında karşı dava söz konusu olabilecektir (Natalie Fricero, **Procédure de divorce, Introduction et déroulement de l'instance, jugement et voies de recours**, Juris Classeur Divorce, Fasc. 140 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 08.06.2012).; kn. 14, kn. 33.

⁹⁵ Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 2001, n° 99-17389, JurisData n° 2001-010816; Cass. com. 5 mars 2002, n° 99-13723; JurisData n° 2002-013533; Casss. 3^{ème} civ., 30 janv. 2002, n° 00-14530; JurisData n° 2002-013137; Cass. 2^{ème} civ., 11 juill. 2005, n° 03-18.784, JurisData n° 2005-029552.

⁹⁶ Croze/ Laporte, s. 216; Cass. 3^{ème} civ., 9 mars 1988, Bull. civ. 1988, III, n° 56.

⁹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 8 janv. 1997, n° 95-12314, JurisData n° 1997-000014; Cass. 2^{ème} civ., 28 févr. 2006, n° 04-15983, Bull. civ. II, n° 56; Junillon, s. 1243; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 89.

⁹⁸ Perrot, RTD civ. 1980, p. 624 (Naklen: Claude Giverdon, "Appel, Effet dévolutif, Prétentions nouvelles", [Actualisé par Camensuli- Feuillard Laurence], **JurisClasseur, Procédure civile, Cote:**

da, istinafta karşı davanın kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılırken 564 ila 566. maddeleri arasında düzenlenen yeni taleplerin istinafta ileri sürülebilmesine ilişkin olarak yapılan genel düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir⁹⁹. Aksi halde asıl davalı, ilk derece mahkemesinde sunmadığı karşı dava talebini kendi hatasını kolayca düzelterek istinaf mahkemesi önünde ileri sürebilir¹⁰⁰. Yeni yargılamada da yeterli bağlantı koşulu devam etmelidir; ancak bu durum hakkında değişik yorumlar da söz konusu olabilir¹⁰¹. Fransız Temyiz Mahkemesi de, istinaf mahkemesinin bir kararını bağlantıyı kabul etmemesi nedeniyle eleştirmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesinin eleştirdiği istinaf mahkemesinin kararında, istinaf mahkemesi, tazminatı bertaraf etmek için yapılan savunma çerçevesinde istinaf mahkemesine sunulan feshi ihbarın geçerliliği davasını karşı dava olarak kabul etmemiştir¹⁰².

Hukukumuzda¹⁰³ olduğu gibi Fransız Hukuku'nda da, karşı dava asıl davadan bağımsız bir davadır¹⁰⁴. Ancak boşanma davalarına ilişkin olarak Fransız Temyiz Mahkemesi bu kurala bir istisna getirmekte ve asıl dava ile karşı dava hakkında farklı karar verilemeyeceği, asıl talep ile karşı talebin bölünemez olduğu; bu nedenle asıl davanın reddedilmesi halinde karşı davanın da reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰⁵.

01,2008, Fasc. 719, 2007, s. kn. 105 [<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 31.05.2012]); Marchand/ Sérapiönian, **Demande reconventionnelle**, kn. 41; Junillon, s. 1243; Croze/ Laporte, s. 216.

⁹⁹Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 2012, n° 11-16.378,954, JurisData n° 2012-012310; Cass. 2^{ème} civ., 17 Mars 2011, n° 10-30468 (www.lexisnexis.com/fr/droit); Cass. 2^{ème} civ., 16 sept. 2010, n° 09-16.843, 1653, JurisData n° 2010-016133; Cass. 3^{ème} civ., 8 janv. 1997, n° 95-12314, JurisData n 1997-000014; Hatta Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında 564. maddede 2009 yılından sonra yapılan değişiklikten sonra, ileri sürülen talebin yeni bir talep olması halinde, bu hususun mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiğini belirterek karşı dava talebi hakkında da 564 vd. maddeleri uygulanacağından karşı dava talebinin gereken koşulları sağlamaması halinde 564. madde çerçevesinde istinaf mahkemesinin bu hususu re'sen göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmektedir (Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 2012, n° 11-16.378,954, JurisData n° 2012-012310).

¹⁰⁰ Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 105.

¹⁰¹ Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 105.

¹⁰² Cass. 3^{ème} civ., 8 avril 1999 (Guinchard, kn. 105).

¹⁰³ Pekcanitez/ Atalay/ Özeker, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 460; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 541.

¹⁰⁴ Marchand/ Sérapiönian, **Demande reconventionnelle**, kn. 78.

¹⁰⁵ Cass. 2^{ème} civ., 8 févr. 2001, n 98-22407, JurisData n 2001- 008181; Cass. 1er civ., 19 avr. 2005, n 02-19881, JurisData n 2005-028138; Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 1983, n° 82-10.352, JurisData n° 1983-701786; Marchand/ Sérapiönian, **Demande reconventionnelle**, kn. 81.

İstinaf kanun yolunda karşı davanın kabul edilmesine ilişkin Fransız Hukuku'nda yer alan düzenlemelere baktığımızda karşı davanın yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceği düşünülerek sadece asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı olması halinde istinaf kanun yolunda karşı davanın açılabilmesi kabul edilmektedir. Ancak kanımızca sadece asıl dava ile karşı dava talepleri arasında bağlantı koşulunun aranması hukukumuz bakımından istinaf kanun yolunda karşı dava açılmasına izin verilmesi halinde yargılamanın uzamasını engellemeye yeterli olmayacaktır. Zira kanımızca önemli olan karşı dava taleplerine ilişkin yapılacak tahkikatın ilk tahkikat olması ve bölge adliye mahkemesinde yapılması öngörülen denetim üzerine yeniden yapılan tahkikattan farklı olmasıdır.

C. Davaya Müdahale

1. Genel Olarak

İstinaf kanun yolunda yapılamayacak işlemleri düzenleyen 357. maddenin hükümet gerekçesinde davaya müdahalenin, hakkı veya borcu bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin taraflardan birisine katılması ve ona yardım etmeyi amaçlaması nedeniyle, kurum itibarıyla ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağı öngörülerek bölge adliye mahkemesinde davaya müdahale olanağı tanınmadığı belirtilmektedir. Ancak gerekçede belirtilen bu husus, sadece feri müdahaleyi açıklamaya yetmektedir. Zira asli müdahale tam anlamıyla bir müdahale olmayıp asıl davanın taraflarına karşı açılan bağımsız bir davadır¹⁰⁶. Bu çerçevede asli ve feri müdahale ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Fransız Hukuku'nda müdahil, taraf niteliğinden farklı olan kişi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷. Müdahalenin söz konusu olabilmesi için müdahilin, tarafların asıl iddiaları ile yeterli bir bağlantısının olması gerekmektedir¹⁰⁸. Fransız Hukuku'nda üçüncü kişinin müdahalesi iki şekilde söz konusu olabilmektedir.

¹⁰⁶Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995, s. 45.

¹⁰⁷Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 157; Junillon, s. 1205.

¹⁰⁸Serge Guinchard/ Frédérique Ferrand/ Cécile Chainais, **Procédure civile**, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2011, s. 547; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 157.

Bunlardan biri zorunlu müdahale, diğeri ise ihtiyari müdahaledir¹⁰⁹. İhtiyari müdahale de kendi içinde asli müdahale ve ferî müdahale olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁰. Zorunlu müdahale ise, kefilin müdahalesi halinde söz konusudur¹¹¹. Zorunlu müdahale hakimın davet etmesi şeklinde olabileceği gibi, üçüncü kişinin müdahale talebi ile de gerçekleşebilir¹¹². Çekişmesiz yargı işlerinde verilecek karardan hakları etkilenecek olan kişilere hakim tarafından davanın ihbarına karar verilmelidir¹¹³. Hakim tarafından davanın ihbarına karar verilmesi zorunlu müdahaleye ilişkindir; bu durumda davanın tarafları da davanın üçüncü kişiye bildirilmesini talep edebilirler¹¹⁴. İhtiyari müdahale talebi ön inceleme aşamasının sona ermesinden sonra da yapılabilir¹¹⁵. Zorunlu müdahale talebi, tahkikatın sona ermesine kadar¹¹⁶ yapılabilir. Aynı koşul istinaf aşamasında da geçerlidir, istinaf kanun yolunda da tahkikatın bitimine kadar müdahale talebinde bulunulabilecektir¹¹⁷.

Fransız Hukuku'nda tüm müdahale hallerinde olduğu gibi istinaf aşamasında müdahalenin mümkün olabilmesi için müdahalede yararın olması şartı aranmaktadır¹¹⁸. Müdahil, müdahalede bir yararı bulunduğunu gerekçelendirmeli ve asıl iddia ile yeterli bir bağının bulunduğunu göstermelidir¹¹⁹. Esasa ilişkin inceleme yapan hakim bağımsız olarak bu iki koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecektir¹²⁰. İstinafta ihtiyari müdahale Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 554. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre ilk derece mahkemesinde taraf

¹⁰⁹ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 157.

¹¹⁰ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 157; Junillon, s. 1206.

¹¹¹ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 158.

¹¹² Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 158.

¹¹³ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 158.

¹¹⁴ Guinchart/ Ferrand/ Chainais, s. 568.

¹¹⁵ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 158.

¹¹⁶“Clôture des débats” olarak ifade edilen kavram duruşmanın kapanması/ sona ermesi anlamına gelmektedir. Hukukumuzda “tahkikatın sona ermesi” safhasına karşılık gelmektedir.

¹¹⁷ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 159.

¹¹⁸ Junillon, s. 1205; Guinchart/ Ferrand/ Chainais, s. 547.

¹¹⁹Guinchart/ Ferrand/ Chainais, s. 547; Fransız Temyiz Mahkemesi de bir kararında, müdahale için bir yararın varlığının gerektiğini belirterek; bu yararın varlığının müdahale talebinin, temel talepler ile yeterli bir bağ ile bağlı olması olduğunu belirtmektedir(Cass. Civ. 3^{ème}, 9 oct. 1991, n° 89-13299, Bull. civ. III, n° 236); Aynı yönde bkz. Cass. civ. 2^{ème}, 3 janv. 1979, n°77-11318, Bull. civ. II, n° 5; Cass. civ. 3^{ème}, 1er avril 1987, n° 85-17511, Bull. civ. II, n° 78.

¹²⁰ Guinchart/ Ferrand/ Chainais, s. 547; Junillon, s. 1206.

olmayan ve temsil edilmeyen, başka bir nitelikte rol almayan kişiler, yararları olması halinde istinafta müdahalede bulunabilir.

2. Asli Müdahale

Asli müdahale esasen bağımsız bir davadır. Zira asli müdahil, davanın tarafları dışında bir üçüncü kişidir ve davanın taraflarından birinin yanında yer almadan veya onlardan birine yardım etmeden, kendi bağımsız iddiası ile ortaya çıkmaktadır¹²¹. Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına aynı mahkemede dava açabilir (HMK m. 65/I). Asli müdahale, görülmekte olan bir dava veya çekişmesiz yargı işinde, o yargılama konusu şey veya hak üzerinde, yargılamanın tarafları veya ilgilileri ile hukukî yararı çatışan üçüncü bir kişinin, bu kişilere karşı aynı mahkemede bağımsız bir dava açmasıdır¹²².

Asli müdahalenin düzenlendiği 65. maddede de, asli müdahale davasının kabul edilmiş amacı, çelişkili kararların önüne geçmek, gerçeğin ortaya çıkartılması, usûl ekonomisi, hukukî dinlenilme hakkının tam gerçekleştirilmesi, muvazaalı yargılamaların önüne geçmek olarak belirtilmektedir. Ayrıca asli müdahale davasını diğer davalardan ayıran temel özellik de, asli müdahalede bulunmakta hukukî yararı olan kimsenin, ilk davanın veya yargılamanın görüldüğü mahkemede, ilk davanın veya yargılamanın taraflarını davalı göstererek dava açması ve bu iki davanın birlikte görülmesidir. Oysa ki istinaf yargılamasında yapılan tahkikatın amacı yargılamanın ilk derece mahkemesi olarak yapılması değil, ilk derece mahkemesince yapılan yargılamaya ilişkin hukukî denetim ile vakıa tespitlerinin tam ve doğru yapılıp yapılmadığına, vakıalara uygulanan hukuk kurallarının uygulanışına ilişkin

¹²¹Özekes, **Asli Müdahale**, s. 10; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 286; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 508; Muşul, s. 157.

¹²²Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 286; Akkaya, s. 295; Özekes çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı işleri için ayrı tanımlar yapmaktadır. Buna göre çekişmeli yargı işlerinde asli müdahale, bir dava konusu şey ya da hak üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden bir kimsenin, bu davanın taraflarına karşı aynı mahkemede ayrı bir dava açmasıdır. Çekişmesiz yargı işlerinde asli müdahale ise, mevcut bir çekişmesiz yargı işinin ilgilileri ile yargılama konusu üzerinde hukukî yararı çatışan bir kimsenin, aynı mahkemede ayrı bir dava açarak talebini ileri sürmesidir (Özekes, **Asli Müdahale**, s. 15-16).

denetimin yapılabilmesinin sağlanmasıdır. Bu çerçevede istinaf kanun yolunda asli müdahale davasının açılmasına izin verilmesi istinaf kanun yolunun denetim görevi ile bağdaşmayacaktır. Nitekim istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde uygulanan temyiz ve karar düzeltme yollarında da asli müdahaleye cevaz verilmemekteydi¹²³.

Fransız Hukuku'nda ise, asli müdahale yukarıda belirttiğimiz yarar ve yeterli bağlantı koşullarının gerçekleşmesi halinde istinaf kanun yolunda da mümkün kabul edilmektedir¹²⁴. Müdahil, gerçek anlamda bir davacıdır ve sadece harekete geçme hakkına sahip olması durumunda müdahale talebi kabul edilmelidir¹²⁵. Fransız Temyiz Mahkemesi bazı kararlarında, yargılamanın gidişatının müdahaleyi gerektirmesinin müdahale talebi için gerekli olmadığını kabul etmektedir¹²⁶. Buna karşın Fransız Temyiz Mahkemesi bazı kararlarında ise, yargılamanın gidişatının ihtiyari müdahaleyi¹²⁷ gerektirmesini müdahale talebinde bulunulabilmesi için zorunlu bulmaktadır¹²⁸.

Kanımızca hukukumuz bakımından asli müdahalenin istinaf aşamasında mümkün olmaması yerindedir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere asli müdahalenin asıl davadan bağımsız bir dava olması ve asli müdahale bakımından ilk tahkikatın yapılacak olması istinaf kanun yolu bakımından düzenlenen yeniden tahkikatın konusu olamamasını gerektirmektedir.

¹²³ “...Dava henüz sonuçlandırılmadan ve usûlünce harçlandırılmak suretiyle davadan bağımsız olarak asli müdahale talebinde bulunulduğuna göre, son oturum öncesi olsa dahi mahkeme heyeti davadan elini çekmediği ve duruşmanın bittiği bildirilmediği bir sırada yapılan bu isteğin kabulü veya reddi yolunda bir karar verilmesi gerekir...” Y. 11. HD, T. 14.10.1996, 1322/6731 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

¹²⁴ Junillon, s. 1207.

¹²⁵ Junillon, s. 1207.

¹²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 15 janv. 2004, n° 02-10745, Bull. civ. II, n° 6.

¹²⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere ihtiyari müdahale, asli ve ferî müdahale olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. bu nedenle Fransız Temyiz Mahkemesi'nin genel olarak ihtiyari müdahale için ürettiği koşulun asli müdahale için de uygulanması gerekliliği kararlar arasında çelişki yaratmaktadır.

¹²⁸ Cass. civ. 1er, 11 janv. 1983, n° 80-14950, Bull. civ. I, n° 13.

3. Feri Müdahale

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde davaya müdahale talebinde bulunulamaz (HMK m. 357). Ancak istinaf kanun yolunda yeniden yargılama yapılan durumlarda esasen tahkikat aşaması söz konusu olacağı ve dava, istinaf sebepleri ve kamu düzenine ilişkin hususlarla sınırlı da olsa, yeniden görüleceği için; bu durumda, istinaf yargılamasında da, yeniden yargılama yapılan durumlarda, tahkikatın sonuna kadar ferî müdahale mümkün olmalıdır¹²⁹.

1086 sayılı Kanun döneminde, ferî müdahalenin kanun yolu aşamasında mümkün olup olmadığına ilişkin olarak görüş birliği bulunmamakta idi. Bir görüşe göre¹³⁰, temyiz yargılamasında hukukumuz bakımından müdahale caiz değildir. Kabul edilen çoğunluk görüşüne göre¹³¹ ise; hüküm Yargıtay’ca bozulduktan sonra, yerel mahkemede yeniden tahkikat yapılacağından, bozmadan sonra yapılan tahkikatta davaya ferî müdahil olarak katılmak mümkündür. Kanımızca Yargıtay’ın bozma kararı üzerine dosya ilk derece mahkemesi tarafından bozma kapsamında yeniden ele alınıp yeniden tahkikata girildiğinden çoğunluğun da benimsediği görüş uyarınca Yargıtay’ın bozma kararına uymadan sonra yapılan tahkikatta da ferî müdahale mümkün olmalıdır. Zira ferî müdahale kurumunun amacı, özünde ferî müdahalenin etkisinden, müdahil olarak davaya katılan üçüncü kişinin yararlanmasıdır. Ferî müdahalenin etkisi ise, üçüncü kişinin davaya etki edebildiği ölçüde olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ferî müdahalenin etkisini düzenleyen 69. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; müdahalenin etkisine ilişkin olarak müdahilin davaya katıldığı zaman çok önemlidir. Çünkü ferî müdahil davaya katıldığı andan itibaren, tarafa ait usûl işlemlerini yapıp tarafa yardım edebilecektir. Katılma anından önceki işlemlere itiraz edemez ve onların tekrarını

¹²⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 275, 276.

¹³⁰ İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1952, s. 134.

¹³¹ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1960, s. 142; Necmeddin M. Berkin, **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1969, s. 702; İ. E. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 316; Necip Bilge/ Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 267; Hakan Pekcanitez, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, 1992, s.72; Kuru, **C. V**, s. 4674; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 504; Muşul, s. 152.

isteyemez. Eğer m¼dahil davaya geç katılmışsa, geç katılmasının taraftan kaynaklandığını, asıl tarafın davayı iyi y¼r¼temedięini, eksik veya yanlış iddia ve savunmada bulunduğunu, bu nedenle davanın kısmen veya tamamen kaybedilmesine neden olduğunu ileri s¼rebilir. Bu erevde eğer h¼k¼m temyiz edildikten sonra verilen bozma kararı ¼zerine yeniden yapılan tahkikatta feri m¼dahalede bulunulursa m¼dahalenin etkisi de bu andan itibaren s¼z konusu olacaktır. 357. maddenin gerekçesinde; davaya m¼dahalenin, hakkı veya borcu bir davanın sonucuna bağlı olan ¼¼nc¼ kişinin taraflardan birisine katılması ve ona yardım etmesi olduğundan, kurumunun niteliği itibariyle ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağının ¼ng¼r¼ld¼ę¼ ve bu nedenle b¼lge adliye mahkemesinde davaya katılma olanağının kalmadığı belirtilmektedir. Halbuki m¼dahalenin etkisi, istinaf yargılamasında da kabul edilmelidir. Zira istinaf kanun yolunda kural olarak tahkikat yapılmaktadır. Her ne kadar bu tahkikatta yeni dava malzemesi ve kural olarak delil getirilmesi yasaklanmış ise de, bazı istisnai durumların varlığı s¼z konusudur. Kural olarak istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesinde ileri s¼r¼lmeyen iddia ve savunmalar dinlenemeyecek ve yeni delillere dayanılamayacaktır (HMK m. 357/I). Ancak ilk derece mahkemesinde us¼l¼ne g¼re g¼sterildięi halde incelenmeden reddedilen veya m¼cbir bir sebeple g¼sterilmesine olanak bulunmayan deliller ilk derece mahkemesince incelenebilecektir. Kaldı ki, Yargıtay'ın bozma kararına ilk derece mahkemesince uyulması ¼zerine yapılan tahkikatta taraflar karşı tarafın rızası ile yeni iddia ve savunmada bulunabilirlerken¹³² aynı hususun istinaf yargılamasında yeniden tahkikat yapılması halinde benimsenmemesi birbiri ile çelişmektedir. Zira istinaf yargılamasında temyiz incelemesinden daha geniş bir inceleme yapılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle her ne kadar kanunumuzda, istinaf yargılamasında gerek iddia ve savunmanın genişletilemeyeceği gerekse feri m¼dahalede bulunulamayacağı kabul edilmiş olsa da; esasen s¼z konusu kurumların istinaf kanun yolunda da mevcudiyeti gerekmektedir.

Davanın tarafları, m¼dahiller ve yargılmanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuk¼ dinlenilme hakkına sahiptirler (HMK m. 27/I). Bu erevde sınırlı da olsa yeniden tahkikatın gerçekleştiği istinaf kanun yolu aşamasında da yargılamanın ilgililerine hukuk¼ dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Kanımızca bunu gerçekleştirebilmek için yargılama ile ilgili olan ¼¼nc¼ kişinin istinaf kanun yolu

¹³² Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Meden¼ Us¼l Hukuku**, s. 638.

aşamasında da ferî müdahale de bulunabilmesine imkân sağlanmalıdır. Kaldı ki istinaf kanun yolunda yapılamayacak işleri düzenleyen 357. madde düzenlemesinin asıl amacı istinaf kanun yolunun kötüye kullanılarak yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmek istenmesidir. Medeni usûl hukukumuzda ferî müdahilin yapabileceği usul işlemlerine baktığımızda bunların çok sınırlı olduğu görülmektedir. Ayrıca ferî müdahalenin etkisi müdahilin davaya katıldığı andan itibaren başlayacağından ferî müdahil, müdahaleden önce yapılmış işlemlere itiraz edemeyecek ve bu işlemlerin tekrar yapılmasını isteyemeyecektir. Bu nedenle yargılamanın gereksiz yere uzamasını engellemeye yönelik bu önlemin yargılamanın ilgililerinin hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmemesi gerekmektedir. Ferî müdahalenin istinaf kanun yolunda tahkikat yapılan hallerde kabul edilmesi yargılamanın asıl amacı olan maddî gerçeğe ulaşmayı da gerçekleştirmeye yardımcı olabilecektir.

Fransız Hukuku’da da, ferî müdahalenin istinaf aşamasında da yukarıda belirttiğimiz¹³³ hukuki yarar ve yeterli bağlantı koşullarının varlığı halinde mümkün olduğu kabul edilmekte ve asli müdahaleye göre bu kabulün daha kolay olduğu; zira ferî müdahalenin yargılamanın tarafları dışında başka bir ilgilinin iddialarının dayanağını oluşturduğu belirtilmektedir¹³⁴. Ferî müdahale daha önce ortaya çıkan soruna yeni bir cevap bulunmasına ve yeni delil elde edilebilmesine imkan verebilmektedir¹³⁵. Kanımızca hukukumuz bakımından da Fransız Hukuku’nda olduğu gibi, istinaf kanun yolu aşamasında ferî müdahale mümkün olmalıdır. Her ne kadar Fransız Hukuku’nda istinaf kanun yolu aşamasında yeni delil sunulması mümkün olduğundan¹³⁶ ferî müdahale daha çok fayda sağlayacak ise de, hukukumuz bakımından istisnai bazı durumların varlığı halinde yeni delil sunulması mümkün olabilecek¹³⁷ ve bu durumda ferî müdahilin yargılamaya katkısı söz konusu olabilecektir.

¹³³ Bkz. Birinci Bölüm, §2, II, C, 2.

¹³⁴ Junillon, s. 1208.

¹³⁵ Junillon, s. 1208.

¹³⁶ Bkz. İkinci Bölüm, §3, III, A.

¹³⁷ Bkz. İkinci Bölüm, §3, III, C, 1.

4. Davanın İhbarı

İstinaf kanun yolunda davanın ihbarına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ferî müdahalenin yasaklanması sebebiyle davanın ihbarı da istinaf kanun yolunda mümkün olamayacaktır. Zira davanın ihbarı kurumu ile amaçlanan, derdest davaya, üçüncü kişinin ferî müdahil olarak katılmasını sağlamak ve ferî müdahalenin etkisinden yararlanabilmektir. Ferî müdahale istinaf kanun yolunda yasaklandığından aynı husus davanın ihbarı için de geçerli olacaktır¹³⁸.

Fransız Medeni Usul Hukuku'nda istinaf aşamasında davanın ihbarı mümkündür. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 552. maddesinin son fıkrasına göre istinaf mahkemesi, tüm ilgililere davayı kendiliğinden ihbar edebilir. Fransız Medeni Usul Kanunu 555. maddesi uyarınca, 554. maddede düzenlenen ferî müdahalede yararı olan ve ilk derece mahkemesinde taraf olmayan ya da temsil edilmeyen veya başka bir rol oynamayan kişilere istinaf mahkemesi önünde, yargılamanın seyri onların ferî müdahalesini gerektirdiği takdirde dava ihbar edilebilir. İstinaf mahkemesi de, ihbara ilişkin şartların oluşması durumunda kendiliğinden davanın ihbarına karar vermelidir¹³⁹. Yukarıda belirttiğimiz üzere ihtiyari müdahalenin söz konusu olabilmesi için Fransız Temyiz Mahkemesi, bazı kararlarında yargılamanın seyri bunun gerektirmesini ararken, bazı kararlarında ise bunun gerekli olmadığını belirtmekte idi. Zorunlu müdahalenin söz konusu olabilmesi için ise, yargılamanın seyri ferî müdahaleyi gerektirmesi şartı 555. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle zorunlu müdahalenin şartlarının varlığı halinde ferî müdahalenin mümkün olabilmesi için yargılamanın seyri de göz önünde bulundurulacaktır. Ancak yargılamanın seyri ferî müdahaleyi gerektirip gerektirmediği istinaf mahkemesi tarafından re'sen araştırılmayacak, göz önünde bulundurulabilmesi için tarafların bunu ileri sürmeleri gerekecektir¹⁴⁰.

¹³⁸ Murat Atalı, **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 89.

¹³⁹ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 159; Junillon, s. 1209.

¹⁴⁰ Guinchart/ Ferrand/ Chainais, s. 568.

D. İslah

1. Bölge Adliye Mahkemesinde Yapılan Yeniden Tahkikatta İslah Yoluna Başvurulması

İstinaf kanun yolunda, dava konusuna ilişkin talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasaklanmıştır. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar hariç olmak üzere, istinaf yargılamasında yeniden yapılan tahkikatta ıslah kurumuna başvurulması da yasaklanmıştır (HMK m. 357).

Doktrinde istinaf kanun yolunda ıslaha başvurulmasının yasaklanmasının, ıslahın tarafın yaptığı usul hukuku hatalarını düzelten bir kurum olması; buna karşılık istinaf kanun yolunun ilk derece mahkemelerinin usule ve esasa ilişkin hatalarını düzeltmeye yarayan bir yargılama faaliyeti olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir¹⁴¹. Ancak istinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikatta vakıa incelemesinin de yapılması ve gerektiğinde bilirkişiden ek rapor ya da yeni rapor alınabilmesi dikkate alındığında ıslah ya da karşı tarafın açık rızası yolu ile talep sonucunun arttırılmasına izin verilmesi gerekmektedir¹⁴². Zira özellikle tazminat davalarında, istinaf kanun yolunda alınan bilirkişi raporunda belirlenen zararın, ilk derece mahkemesindeki bilirkişi raporunda belirlenen zarardan daha yüksek olması durumunda, zararın tespitine ilişkin olarak tarafların herhangi bir kusuru da söz konusu olmayacaktır.

İstinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikatta ıslah yoluna başvurulamamasının kabul edilmesinin bir diğer nedeni de, istinaf kanun yolunun davaları uzatmaya yol açmasının önüne geçilmesi olarak belirtilmektedir¹⁴³. Ancak özellikle kısmi dava şeklinde açılan tazminat davalarında, istinaf aşamasında zararın ilk derece mahkemesinin hükmettiği miktardan fazla olduğunun tespiti halinde, taraflar ek dava açma yoluna gidebilecek ve mahkemelerin iş yükünün artmasına

¹⁴¹ Akkaya, s. 297; Memişoğlu, s. 94.

¹⁴² Akkaya, s. 298.

¹⁴³ Yılmaz, **İstinaf**, s. 78; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 605.

neden olabilecektir¹⁴⁴. Kaldı ki ıslah adaletli karara varma yolunda çok önemli bir araçtır ve bu nedenle dar anlayışla değerlendirilmemelidir¹⁴⁵.

Islah yoluna istinaf kanun yolunda başvurulamamasının kabul edilmesinin bir diğer nedeni de, istinafta yeni vakıa ileri sürülememesi, talep sonucunun değiştirilip genişletilememesi olarak belirtilmektedir. Zira yeni vakıa ileri sürülememesi ve talep sonucunun değiştirilip genişletilememesi halinde, bunların istisnası olan ıslah yoluna başvurmak da mümkün olmayacaktır¹⁴⁶.

Medenî usûl yargılamasının amacı maddî gerçeğin araştırılmasıdır¹⁴⁷. Bu nedenle bazı sınırlı hallerde ıslah kurumuna başvurulmasına imkân verilmelidir. İstinaf kanun yolunda ıslahın mümkün olup olmadığını değerlendirmek için sadece temyiz denetiminin mümkün olduğu sistemimizde Yargıtay'ın bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinde yapılan yeniden tahkikatta ıslahın mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Zira bozmadan sonra yapılan yeniden tahkikatta ıslah yolunun kabul edilip edilmemesine ilişkin tartışmalar, istinaf kanun yolunda ıslahın mümkün olup olmamasına dair yol gösterici olacaktır. Ayrıca bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği kararın temyiz edilmesi durumunda Yargıtay'ın, bölge adliye mahkemesinin söz konusu kararını bozması üzerine dosya bölge adliye mahkemesine gönderilecektir. Bölge adliye mahkemesinin, Yargıtay'ın bozma kararına uyma kararı vermesi halinde, bölge adliye mahkemesi tekrar uyma kararı doğrultusunda tahkikat yapacaktır. Bu ihtimalde yapılacak tahkikatta ıslah yoluna başvurulması ile istinaf kanun yolunun kabul edilmediği dönemde ilk derece mahkemesinin bozma kararına uyma kararı vermesi halinde yapacağı tahkikatta ıslah yoluna başvurulabilmesi arasında herhangi bir farklılık olmamalıdır.

¹⁴⁴ Akkaya, s. 298.

¹⁴⁵ Yılmaz, **Islah**, s. 140.

¹⁴⁶ Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 70; Çünkü ıslaha konu olan taraf usûl işlemleri genellikle iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına giren ve iddia ve savunmaları içeren taraf usûl işlemleridir (Yılmaz, **Islah**, s. 143).

¹⁴⁷ Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 9; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 80; Ejder Yılmaz, "Usûl Ekonomisi", **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 249; Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 86; Hans Friedhelm Gaul, "Yargılamanın Amacı", Çev. Nevhis Deren- Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, Derleyen: Kamil Yıldırım, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 101 ve 103.

Doktrinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra ıslahın mümkün olup olmamasına ilişkin görüş birlikteliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; Yargıtay'ın bozma kararına uymadan sonra yapılan yeniden tahkikat sırasında ıslah yoluna başvurulamaz¹⁴⁸. Yargıtay da, 4.2.1948 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, Yargıtay tarafından hüküm bozulduktan sonra ıslah yoluna başvurulamayacağına karar vermiştir¹⁴⁹. Yargıtay söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ıslaha ilişkin hükümleri dar yorumlamaktadır¹⁵⁰. Yargıtay, bu kabulün nedenini ıslah yolu ile kazanılmış hakların ihlal edilmemesi gerektiği ve ıslaha başvurulması halinde davanın sonuçlanmasının güçleşeceği olarak açıklamıştır.

Diğer bir görüşe göre ise, Yargıtay'ın bozma kararından sonra yapılan tahkikat sırasında ıslah mümkün olmalıdır¹⁵¹. Zira ıslah, tahkikat bitinceye kadar yapılabilir. Bozmaya uyma kararı ile, ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat aşaması gerçekleşmektedir¹⁵². Doktrinde ıslahın, hükmün bozulmasından sonra gerçekleşen tahkikat sırasında yapılmasının davayı uzatması ile ilk tahkikat sırasında yapılması halinde uzatması arasında herhangi bir fark olmadığı belirtilmektedir¹⁵³. Bu sakınca ıslahın karakterine dahildir. Kaldı ki ıslahın yasaklanması halinde ıslah yolu ile davaya dahil edilebilecek bir husus için ayrı dava açılması da mümkün olabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde ayrı dava açılması daha büyük zaman ve para kaybına neden olacaktır¹⁵⁴. Ayrıca, Yargıtay'ın kararlarında bozmadan sonra karşı

¹⁴⁸ Karafakih, s. 235- 236.

¹⁴⁹“...hüküm temyizden bozulduktan sonra ıslahın cari olabileceğine dair sarih veya zımni bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterildiğine göre 84.maddenin mücerret utlakına bakılarak bu istisnai yolun hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da şümülunun kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi halinde de işin sonuçlanması güçleşir ve bu suretle bu kurundan beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer...” YİBK, 4.2.1948 T., 1944/10 E., 1948/3 K. (**Kazancı İçtihat Bankası**).

¹⁵⁰ Akcan Recep, “Hükmün Bozulmasından Sonra Islah”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 884.

¹⁵¹ Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, C. II**, İstanbul, 3. Baskı, Şaka Matbaası, 1949. s. 211; Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 360; Kuru, **C. IV**, s. 3979; Akcan, **Hükmün Bozulmasından Sonra Islah**, s. 884; Şavata Tanverdi Banu, **Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usûlî Kazanılmış Haklar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 195.

¹⁵² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 522; Kuru, **C. IV**, s. 3979.

¹⁵³ Ansay Sabri Şakir, “Islah”, **AÜHFD, S. 1-2**, 1950, s. 122- 129, s. 127; Bilge/ Önen, s. 647.

¹⁵⁴ Belgesay, **Teoriler C. II**, s. 211; Ansay, **Islah**, s. 128.

tarafın rızası ile davanın değiştirilmesinin mümkün kabul edilmekte bu çerçevede bozmadan sonra karşı tarafın rızası ile iddia ve savunmanın değiştirilip genişletebileceğinin kabul edilmesi halinde, aynı imkânın ıslah için de tanınması gerekmektedir¹⁵⁵.

Bir diğer görüş ise, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz İçtihadı Birleştirme Kararı'nın geniş yorumlanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinde esasa ilişkin olarak yargılama yapılmamış hallerde ıslah yoluna başvurulabilmesi gerektiğine değinerek; söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, Yargıtay'ın bozma kararından sonra sadece esasa ilişkin usûlî müktesep hak doğmuş olması halinde ıslahın caiz olmadığı şeklinde yorumlanabileceğini belirtmektedir¹⁵⁶. Ancak, bozma kararı esasa değil de usûle ilişkin ise, bu hüküm ile henüz davanın esası incelenmemiş olduğundan bozmadan sonra ıslah yapılabilmelidir¹⁵⁷. Yargıtay'ın bazı Hukuk Daireleri ise, ıslah yolu ileri sürülen talebin arttırılması durumunda, harcın yatırılması halinde, ıslah ile ileri sürülen talebi ek dava sayarak bozmadan sonra ıslaha imkân tanıyan kararlar vermişlerdir¹⁵⁸.

Doktrinde, bozmadan sonra yapılacak tahkikat hangi hususa yönelik ise, o hususlar açısından ıslaha gidilebileceği; bu çerçevede sadece o hususlar hakkında ıslahla yeni vakıalar ileri sürülebileceği; zira hükmün sadece bu noktalar bakımından bozulduğu ve ilk derece mahkemesinden bu noktaların aydınlığa kavuşturulmasının istendiği belirtilmekte ve bozma dışında kalan hususlar da ise ıslah yoluna

¹⁵⁵ Ansay, **Islah**, s. 128.

¹⁵⁶ Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 360-361; Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, C. I-II, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 551.

¹⁵⁷ Postacıoğlu, s. 454; Ansay, **Islah**, s. 128; Bilge/ Önen, s. 647; Pekcemez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usûl Hukuku**, s. 407.

¹⁵⁸ "...Mahkemece bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşüyle ek davanın reddine karar verilmiş ise de HUMK'nın 87. maddesindeki (müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez) şeklindeki hüküm Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 gün ve 1999/1 Esas 1999/33 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan ve ek davanın harcı da yatırılmış bulunduğundan dava ekonomisi de gözönünde tutularak ek dava hakkında inceleme yapıp sonuçlandırılmalıdır..."Y. 15. HD, 26.01.2006, 4503/308 (**Kazancı İçtihat Bankası**); aynı yönde bkz. Y. 4. HD, 28.10.2003, 10507/12396 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

başvurulmaması gerektiği kabul edilmektedir, bunun nedeni bu hususlar hakkında usûlî müktesep hakkın doğması ile açıklanmaktadır¹⁵⁹.

Yargıtay¹⁶⁰, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. maddesi çerçevesinde bozmadan sonra ıslahın mümkün olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, bozma kararına uyulmasından sonra ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta ıslah yoluna başvurulabilmesini tek bir dava ile halledilebilecek uyuşmazlığın bir başka dava konusu olmasının usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmaması ile gerekçelendirmiştir. Kanımızca da, tahkikatın varlığı halinde, yapılan tahkikat tekrarlanan bir tahkikat de olsa ıslah yoluna başvurulabilmelidir. Kaldı ki taraflar, tüm yargılama boyunca sadece bir defa ıslah yoluna başvurabileceklerdir. Bu nedenle istinaf kanun yolunda ıslah yoluna başvurulmasının kabulü halinde, taraflar, ilk derece mahkemesinde ıslah haklarını daha ihtiyatlı kullanacaklardır.

Ayrıca temyiz kanun yoluna başvurulması halinde bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinde yeniden yapılan tahkikatta sınırlı hallerde de olsa ıslah mümkün olarak kabul edilmekteydi. Bu çerçevede maddî gerçeğe ulaşılması amacına hizmet eden istinaf kanun yolunda bu imkân ortadan kaldırılmamalıdır. Gaul, teksif ilkesine ilişkin düzenlemelerin hakim'in "göz göre göre" haksız karar vermesini haklı kılmayacağını belirtmektedir¹⁶¹.

İlk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta ıslah hakkı kullanılmamışsa, bu ıslah hakkı istinafta kullanılabilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf kanun yolunda ıslah yasaklanmıştır. Bu yasak ikinci bir ıslah yoluna başvurulmasının yasaklanması şeklinde anlaşılmalıdır. Kaldı ki istinaf kanun yolunda ikinci bir ıslah hakkının da tanınması gerekmektedir. Zira istinafta da yeniden tahkikat yapılmaktadır. İstinaf incelemesinde ıslaha başvurulamayacağına ilişkin

¹⁵⁹ Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, 6100 sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 517; Karlı, s. 682.

¹⁶⁰ "...dairemiz bozma ilamının hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay Kararı'na uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında 7.1.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir. Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek uyuşmazlığın bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce, usul ekonomisini düzenleyen HMK 30. madde düzenlemesi ile de örtüşmektedir..." Y. 9. HD, 1.11.2011, 33835/ 42324 (Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 967).

¹⁶¹ Gaul, **Yargılamanın Amacı**, Çev. Nevhis Deren- Yıldırım, s. 103.

hükümün temelinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki dönemde mevcut olan ıslah yaklaşımının bir görünümü söz konusudur¹⁶². Kanun koyucunun amacı dar yorumlanırsa, ıslah, istinaf kanun yolunda yapılan yeni yargılamada mümkün olmayacaktır. Ancak Medenî Usûl Hukuku'nun şekli bir hukuk dalı olması, yorum gerektiren konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dar yorumlanmasını gerektirmez¹⁶³. Aksine yorum yapılırken geniş bir yorumun yapılması ile amaca uygun doğru bir çözüme ulaşılabilir¹⁶⁴. Ayrıca yorum konusunda kanun koyucunun o kuralı getirirken güttüğü amaç çok önemlidir¹⁶⁵. Medenî Usûl Hukuku'nun kendine özgü, bağımsız bir amacı olmayıp maddî hukukun gerçekleşmesini amaçlaması nedeniyle usul hukuku, maddî hukukta düzenlenen hakların gerçekleşmesine hizmet eder¹⁶⁶. Bu çerçevede Medenî Usûl Hukuku, makul bir süre içinde, amaca uygun¹⁶⁷, doğru ve adil bir karar verilmesini amaçlamaktadır¹⁶⁸. Bu nedenle ıslahın istinaf kanun yolunda da mümkün olması gerekliliğini kanun koyucunun ıslah kurumunu kabul etme amacı ile açıklayabiliriz.

Anayasa m. 141'de ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 30'da yer alan usûl ekonomisi ilkesini düzenleyen m. 30'da hakimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Usul ekonomisi ilkesi ile, maddî gerçekliğe çabuk, ucuz ve kısa yoldan varılması amaçlanmaktadır¹⁶⁹. Yargılamanın etkinliğine hizmet eden usul ekonomisi ilkesi ile, hakimin kanunun öngördüğü düzen çerçevesinde yargılamayı kolaylaştırarak gereksiz zaman kaybına ve masrafa sebebiyet

¹⁶²Halûk Konuralp, "Tartışmalar", **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s. 53-54.

¹⁶³Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 55; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 79.

¹⁶⁴Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 55; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 79.

¹⁶⁵Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 79.

¹⁶⁶Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 9; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 80.

¹⁶⁷Doktrinde yargılamanın, ihtilafın halline ilişkin olduğu belirtilmektedir (Francesso Carnelutti, "İhtilaf ve Yargılama", Çev. M. Tuluay, **İÜHFD, Y. 1978, C. 44, S. 1-4, s. 247**; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 79.

¹⁶⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 80.

¹⁶⁹Yılmaz, **Islah**, s. 78.

vermeksizin adil karara varması sağlanmaktadır¹⁷⁰. Yılmaz, yargılamanın amacının adaletli karar verme olduğunu belirterek kararın adaletli olmasının, kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı tarafları tatmin eder biçimde ortadan kaldırmasının yanı sıra ve ondan çok daha önemli olarak toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması olduğunu ve bunun için de kararın maddî gerçeği yansıtması ve yapılmış olan yargılamanın basit, hızlı ve ucuz bir yargılama olması gerektiğini belirtmektedir¹⁷¹.

Bu nedenle usul ekonomisi ilkesi değerlendirilirken çabukluk ve ucuzluk ilkelerinin amaç değil, maddî gerçekliğe ulaşmada araç olduğu kabul edilmektedir¹⁷². Usul ekonomisi ilkesini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 30'un gerekçesinde de, yargılamanın hızlandırılmasının sıkı şekilde uygulanmasının hayat olayının mükemmelleştirilmesini sınırlayacağı ve böylece hükmün temellerinin mükemmelliği ve doğruluğunu olumsuz yönde etkileyeceği belirtilmektedir. Bir usul kanunu, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel şekilde tespitini hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak dengeli bir sistem sunuyorsa, bunun daha da önem kazandığı belirtilerek usul ekonomisi ilkesinin işlevsel olabilmesinin bu Kanun'un diğer hükümlerinin de uygulanmasına bağlı olduğu belirtilmektedir.

Hukuk yargılamasında, üst mahkemelerin, ilk derece mahkemelerinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaları dinleyemeyeceği, yeni delilleri dayanılamayacağı, ıslaha başvurulamayacağı belirtilerek hukuk yargılaması bağlamında istinafin temel özelliği olan ve vakıa mahkemesi olarak davayı yeniden görüp karara bağlama şeklinde formüle edilen ilkedeki uzaklaşmıştır¹⁷³. İstinaf incelemesi sırasında ıslah yoluna başvurulamaması, istinaf incelemesinde hukuka uygunluk denetiminin ön

¹⁷⁰Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 244; "...yargılamanın hızlı, ve ucuz sonuçlandırılması ve adil yargılanma hakkının bir parçası olan usul ekonomisi ilkesinin bir gereğidir.." Y. 14. HD., 26.01.2006, 2005/10514 E., 2006/ 331 K. (**Kazancı İçtihat Bankası**) "...hukuk yargılamasının amacı, doğru ve adil karar vermektir. Hak kaybının davanın her iki tarafı için de gözetilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bu nedenle de salt davacı tarafın hakkı kaybolmaması adına usul kurallarının ihlaline göz yumulması olanaklı değildir. Usul kuralları, davanın her iki tarafının da haklarını korumak, kararın adaletli olmasını sağlamak ve davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı çözerken her iki tarafı da aynı oranda korumak için getirilmiştir..." YHGK, 18.01.2012, 2011/ 13-701 E., 2012/6 K. (**Kazancı İçtihat Bankası**).

¹⁷¹Yılmaz, **Usul Ekonomisi**, s. 249.

¹⁷²Yılmaz, **Islah**, s. 78.

¹⁷³Süha Tanrıver, "Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler", **Batider**, C. XVIII, S. 1-2, 1995, s. 153.

planda olması ve fakat istinaf kanun yolunda amaçlanan maddî vakıa denetiminin son derece sınırlı kalması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁷⁴.

2. Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi Halinde Yapılacak Tahkikatta İslah Yoluna Başvurulması

İstinaf kanun yolunda ıslah yoluna başvurulması yasaklanmakla birlikte HMK m. 353/I, a'da belirtilen usûlî eksikliklerin mevcudiyeti halinde dosya yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilecek ve söz konusu sınırlı sayıdaki hallerde yeniden tahkikat bölge adliye mahkemesi tarafından değil, ilk derece mahkemesi tarafından yapılacaktır. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği bu hallerde taraflar ıslah yoluna başvurabilmelidir¹⁷⁵. Akkaya, taraflara bu aşamada ıslah hakkının tanınmasının, dava malzemesinin ilk derece yargılamasında eksiksiz toplanması ve sonraki istinaf denetiminin daha sağlıklı yapılabilmesi bakımından faydalı olacağını belirtmektedir¹⁷⁶.

3. İstinaf Sebepleri İçin İslah Yoluna Başvurulması

İstinaf kanun yolunda ıslah yasaklanmakla birlikte doktrinde bu yasağın istinaf sebeplerini kapsamaması gerektiği yönünde bir görüş vardır. Buna göre Akkaya, kanunun istinaf kanun yolunda ıslaha başvurulamayacağını belirten hükmünün ilk derece yargılamasındaki iddia ve savunmalar ile taraf usûl işlemleri bakımından geçerli olduğunu buna karşılık istinaf sebepleri bakımından söz konusu hükmün uygulanamayacağını belirtmektedir¹⁷⁷. Kanımızca ıslah yasağı istinaf sebepleri bakımından söz konusu olmalı; ancak hakkında tahkikat yapılacak hususlarda söz konusu olmamalıdır.

¹⁷⁴Süha Tanrıver, "Tartışmalar", **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II- III, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s. 47.

¹⁷⁵ Akkaya, s. 298; Mehmet Akif Tutumlu, **Kuram ve Uygulama Işığında Medenî Usûl Hukukunda İslah**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 151; Tutumlu, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde, tarafların ıslah yoluna başvurabilmelerine herhangi bir engel kalmamasının nedenini, usûlî hatadan kaynaklanan gönderme kararının taraflar lehine usûlî müktesep hak oluşturmayacak olması ve henüz tahkikat sürecinin tamamlanmamış olması ile açıklamaktadır (Tutumlu, **İslah**, s. 151).

¹⁷⁶ Akkaya, s. 298, 299.

¹⁷⁷ Akkaya, s. 186.

Postacıoğlu, ıslahın tahkikatın bitimine kadar yapılmış olan usul işlemlerindeki eksiklik veya yanlışlıkları tamamlamak ve düzeltmek imkânı verdiğini bu nedenle bu safhanın açılmasından sonra yapılan usul işlemlerinin ıslah yolu ile düzeltilemeyeceğine belirterek, temyiz dilekçesinin ıslah yolu ile düzeltilemeyeceğini belirtmektedir¹⁷⁸. Kanımızca aynı husus istinaf kanun yolunda da söz konusudur. Zira istinaf sebeplerinin ve bu çerçevede taleplerinin belirlenmesi esasen tahkikat aşaması bittikten sonra söz konusu olmaktadır. Kaldı ki kanun koyucunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri getirirken gözettiği amaç istinaf kanun yolunun davaların uzamasına neden olmamasını sağlamaya yöneliktir. Bu kapsamda taraflar istinaf sebeplerini ve istinaf dilekçelerini değiştirememelidir. Ancak istinaf dilekçelerinin kabulü ile istinaf kanun yolunda yeniden tahkikat aşamasının başlaması halinde istinaf sebebi yapılan hususlar ile kamu düzenine ilişkin hususlara yönelik yeniden tahkikat yapılacak olması nedeniyle söz konusu hususlarla sınırlı olmak üzere taraflara ıslah hakkının tanınması gerekmektedir. Nitekim örneğin istinaf aşamasında yapılan yeniden tahkikat sırasında bölge adliye mahkemesi hakimi re'sen yeni bilirkişi raporu alabilecektir. Söz konusu bilirkişi raporunda zararın belirlenenden daha fazla olduğunun tespit edilmesi halinde tarafa, ilk derece mahkemesinde verilen imkân yeniden yapılan tahkikat aşamasında da verilmelidir¹⁷⁹. Nitekim ıslah yoluna başvurulması istisnai bir durum olarak kanunumuzda düzenlenmiş ve taraflara sadece bir defaya mahsus olmak üzere ıslah hakkı verilmiştir. Bu çerçevede taraf, ilk derece mahkemesinde bu ıslah yoluna başvurmuş ise, tekrar bu yola başvurması mümkün olmayacaktır. İstinaf kanun yolunda yeniden tahkikat aşamasında ıslah yoluna başvurulabilmesinin kabul edilmesi ilk derece mahkemesinde ıslah hakkının kullanılması bakımından da tarafları daha ihtiyatlı davranmaya sevk edecektir.

¹⁷⁸ Postacıoğlu, s. 455; Aynı yönde bkz. Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 551.

¹⁷⁹ Akkaya, istinaf kanun yolunda vakıa incelemesi yapılabildiği için bilirkişiden rapor alınabileceğinin göz önünde bulundurulması halinde, ıslah yolu ile veya karşı tarafın muvaffakati ile talep sonucunun arttırılmasına eklenecek bir hükümlerle izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir (Akkaya, s. 298).

E. Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde HMK m. 166/I hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesinin istenmesi yasaklanmıştır. Davaların birleştirilmesinin bölge adliye mahkemesinde yapılmasını yasaklayan HMK 357. maddenin gerekçesinde, bölge adliye mahkemesinde ancak ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanan davalara bakılabileceğinden, bölge adliye mahkemesindeki dosyanın, ilk derece mahkemesinde derdest olan başka bir dava ile birleştirilemeyeceği ve bölge adliye mahkemesinde davaların birleştirilmesinin istenemeyeceği belirtilmektedir.

İstinaf kanun yolunda davaların birleştirilmesi yasaklanmakla birlikte HMK m. 166/I hükmü saklı tutulmuştur. HMK m. 166/I’de aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılan davaların, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebileceği düzenlenerek birleştirme kararının, ikinci davanın açıldığı mahkemece verileceği ve bu kararın diğer mahkemeyi de bağlayacağı belirtilmektedir. Söz konusu hükmün istinaf yargılamasında uygulanması, aynı yargı çevresindeki bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde görülmekte olan davalar bakımından, istinaf yargılaması sona erinceye kadar tarafların talebi üzerine veya bölge adliye mahkemesi tarafından re’sen birleştirilebilmesi şeklinde olacaktır¹⁸⁰. Zira 5235 Sayılı Kanun’un¹⁸¹ 29. maddesinde, her bölge adliye mahkemesinde en az üç hukuk dairesinin bulunacağı belirtilmektedir. Bu durumda aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilebilmesi için aynı yargı çevresinde yer almaları yeterli olacağı için, aynı yargı çevresinde farklı hukuk dairelerinde incelenmekte olan davaların, aralarında bağlantı bulunması koşulu ile birleştirilmesine karar verilebilecektir. Bağlantılı davalar, aynı yargı çevresindeki bölge adliye mahkemesinin farklı hukuk dairelerinde ise, ilgili hukuk dairesi, 166. maddenin 5. fıkrası hükmü çerçevesinde, uyuşmazlığı doğuran asıl hukukî ilişki esas alınarak tespit edilmelidir¹⁸².

¹⁸⁰ Akkaya, s. 299- 300.

¹⁸¹ RG Sayısı: 25606, 07.10.2004 Tarihli, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun.

¹⁸² Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 70; İstinaf El Kitabı, s. 57; Akkaya, s. 300.

Davaların ayrılmasına ilişkin istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler arasında özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesi düzenlemesi nedeniyle ilk derece yargılamasında davaların ayrılmasına ilişkin düzenlemeler bölge adliye mahkemesinde de uygulanacaktır. Zira HMK 360. maddede, istinaf kanun yoluna ilişkin bölümde aksine hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulünün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağı belirtilmektedir. Bu nedenle ilk derece yargılamasında davaların ayrılmasını düzenleyen HMK 167. madde hükmü bölge adliye mahkemesinde davaların ayrılması bakımından da geçerli olacaktır. HMK 167. maddeye göre, mahkeme, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına, davanın her aşamasında talep üzerine veya kendiliğinden karar verebilir. Bu durumda mahkeme, ayrılmasına karar verilen davalara bakmaya devam eder. Bu nedenle bölge adliye mahkemesi, yargılamanın daha iyi bir şekilde yürütülmesini sağlayacağını düşünüyorsa, istinaf kanun yolunda yapacağı tahkikatta da davaların ayrılmasına karar verebilecektir. Davaların ayrılmasına karar veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, ayrılan davalardan birini başka bir hukuk dairesine göndermeksizin söz konusu davalara bakmaya devam edecektir. Zira HMK 167. maddenin son cümlesinde benimsenen kuralın usul ekonomisi ilkesine hizmet ettiği kabul edilmektedir¹⁸³. Bölge adliye mahkemesinin aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk dairelerinde görülmekte olan davalar bakımından verdiği birleştirme ve ayırma kararlarına karşı temyiz yoluna sadece hüküm ile birlikte gidilebilecektir. Ancak bu husus tek başına Yargıtay'da bozma sebebi teşkil etmez (HMK m. 168).

¹⁸³ Hükümet Gerekçesi m. 171.

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLUNDA YENİDEN TAHKİKAT

§ I İSTİNAF KANUN YOLUNDA YENİDEN TAHKİKATIN KAPSAMI

I. Bölge Adliye Mahkemesinin Tahkikat İncelemesi Yapmasına Gerek Olmayan Haller

Bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusu üzerine öncelikle ön inceleme yapacaktır. Bölge Adliye Mahkemesi yapacağı ön inceleme sonucunda tahkikata safhasına geçilip geçilmeyeceğine karar verecektir. Bu nedenle ön inceleme safhası sonucunda Bölge Adliye Mahkemesinin vereceği karar, tahkikat incelemesi yapıp yapılmayacağına ilişkin değerlendirme yapabilmemiz bakımından önem arz etmektedir.

Bölge adliye mahkemesinin yapacağı ön inceleme, ilk derece mahkemesinde tahkikate geçilmeden önce söz konusu olan ön inceleme safhasından farklıdır¹⁸⁴. İlk derece mahkemesinin yapacağı HMK m. 137’de düzenlenen ön inceleme aşamasında mahkeme, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. İlk derece mahkemesince yapılacak ön inceleme, usûle ilişkin hususlarla, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için yapılacak işlemlerdir¹⁸⁵. Bölge adliye mahkemesinin yapacağı ön inceleme ise, tamamen istinaf kanun yoluna özgüdür. Bölge adliye mahkemesi yapacağı ön incelemede, kanun yolu

¹⁸⁴ Haluk Konuralp, “Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Açısından)”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı**, 7-8 Mart 2003, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 257; Akkaya, s. 240; Memişoğlu, s. 91.

¹⁸⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 479.

başvurusuna ilişkin esas hakkında inceleme yapılabilmesi için bulunması gereken koşulları inceleyecek ve işin esasına girilmesini engelleyen hususları işin başında tespit edecektir¹⁸⁶. Ön inceleme ile kolaylıkla tespit edilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, bölge adliye mahkemesi esasını incelemeyen gerekli kararı verecektir. Bu çerçevede ön inceleme safhası ile davanın daha hızlı sonuçlandırılması amaçlanmaktadır¹⁸⁷. Esasen ilk derece mahkemesinde yapılacak ön inceleme ile bölge adliye mahkemesinde yapılacak ön incelemenin kapsamı farklı olmakla beraber, her iki kurumun da amacı yargılamanın gereksiz yere uzamasının önlenerek usûl ekonomisi ilkesinin¹⁸⁸ teminine yöneliktir¹⁸⁹.

Ön inceleme aşamasında, incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içerisinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilecektir (HMK m. 352). Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, ön incelemeyi dosya üzerinden yapacaktır. Bu çerçevede ön inceleme aşamasında, başvurunun esasına girmeye engel teşkil eden şekli hususlar incelenecektir¹⁹⁰.

Her ne kadar, ön inceleme konusu bazı hususlar aslında istinaf dilekçesi alındığında ilk derece mahkemesi tarafından göz önünde bulundurulacaksa da, ilk derece mahkemesinde bu hususların gözden kaçırılması ihtimaline karşı bölge adliye mahkemesinde bu hususlar yeniden incelenecektir. İlk derece mahkemesi, istinaf dilekçesinin süresinde verilip verilmediği, kararın kesin bir karar olup olmadığı (HMK m. 346) ile harç ve giderlerin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı (HMK m. 344) hususlarını inceleme yetkisine sahiptir. İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun

¹⁸⁶ Pekcanitez, **İstinaf Mahkemeleri**, s. 28; Akkaya, s. 241.

¹⁸⁷ Pekcanitez, **İstinaf Mahkemeleri**, s. 17-19, s. 28; Yılmaz, **İstinaf**, s. 71; Akkaya, s. 241.

¹⁸⁸ Usul ekonomisi ilkesi, Anayasa m. 141 ve HMK m. 30'da düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 244 vd.

¹⁸⁹ İlk derece mahkemesinde yapılacak ön incelemenin kabulünün bir nedeninin de yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmesine ilişkin olduğuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku** s. 477; istinaf kanun yolunda ön incelemenin kabul amacına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, AB-Eşleştirme Projesi, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi, Türkiye Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi, İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, 2007, s. 46.

¹⁹⁰ Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 53.

yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dahil olmak üzere tüm giderler ödenmelidir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme, başvurana eksikliğin tamamlanması için bir haftalık kesin süre verir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmazsa, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir (HMK m. 344). Eğer istinaf dilekçesi kanunî süre geçtikten sonra verilirse veya istinaf başvurusu kesin olan bir karara karşı yapılmışsa; bu durumda ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verir (HMK m. 346/I). İlk derece mahkemesinin ilk iki durumda verdiği istinaf dilekçesinin reddi kararına ve diğer halde de başvurunun yapılmamış sayılması kararına karşı bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 346/II, 344).

Söz konusu hususlarla sınırlı olarak yapılacak inceleme sonucunda kararı veren mahkeme dosyayı ilgili bölge adliye mahkemesine gönderir. Dosya kendisine gelen bölge adliye mahkemesi ilgili hukuk dairesi, dosya üzerinde yapacağı ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli kararı verecektir (HMK m. 352). Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosyalar incelemeye alınacaktır (HMK m. 352/son cümle).

Bölge Adliye Mahkemesi, kendisine gönderilen dosya üzerinden yaptığı incelemede beş hususu inceleyecektir. Öncelikle gönderilen dosyanın Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesinin işbölümüne girip girmediğini, kararın istinaf incelemesine tabi olan bir karar olup olmadığını, başvurunun süresinde yapıp yapılmadığını, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğini, istinaf sebeplerinin ve gerekçesinin istinaf dilekçesinde gösterilip gösterilmediğini inceleyecektir (HMK m. 352).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 352’de bu beş husus incelendikten sonra gerekli şartların oluşmadığı anlaşılırsa bölge adliye mahkemesinin gerekli kararı vereceği belirtilmektedir. Bölge adliye mahkemesinin vereceği karara ilişkin olarak maddede kullanılan “...gerekli kararı verir” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir değerlendirme yapabilmek için her bir sebep ayrı ayrı ele

alınmalıdır¹⁹¹. Bölge adliye mahkemesi, yapacağı ön incelemede, HMK m. 352'de belirtilen sayımın sırasına uygun hareket etmelidir¹⁹². Buna göre bölge adliye mahkemesinin vereceği karara ilişkin yapacağımız değerlendirme bu sıraya uygun olarak şu şekildedir:

Bölge adliye mahkemesi, yapacağı ön incelemede ilk olarak, incelemenin kendi iş alanına girip girmediğini tespit etmelidir. Dosya, bölge adliye mahkemesinde yanlış hukuk dairesine gönderilmişse, başvuru reddedilmeyip ilgili daireye gönderilmelidir¹⁹³. Bu daireler arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu bu konuda son kararı verir (5235 sayılı Kanun m. 35/I, b.1).

Kesin olan bir karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulursa, bu durum ilk derece mahkemesince fark edilir ve ilk derece mahkemesinin verdiği başvurunun reddi kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurulursa ya da ilk derece mahkemesinde yapılan incelemede kararın kesin olduğu fark edilmeyip dosya bölge adliye mahkemesi ilgili hukuk dairesine gönderilirse, bölge adliye mahkemesi yapacağı ön incelemede kararın kesin olup olmadığını tekrar inceleyecektir. Eğer kararın kesin olduğu, yani aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulamayacak bir kararın mevcut olduğu tespit edilirse, diğer hususların incelenmesine geçilmeden istinaf talebi reddedilecektir¹⁹⁴.

Bölge adliye mahkemesi yapacağı ön incelemede üçüncü olarak istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığını inceleyecektir. Başvurunun süresinde yapılmadığı ilk derece mahkemesinde tespit edilmiş ve bu karar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulmuşsa veya başvurunun süresinde yapılmadığı bölge adliye mahkemesinde yapılan ön incelemede anlaşılmışsa; bu durumda, bölge adliye mahkemesi, ön inceleme sonucunda istinaf başvurusunun reddine karar verecektir.

¹⁹¹Özekes, **İstinaf**, s. 3109; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 753.

¹⁹² İstinaf El Kitabı, s. 46.

¹⁹³Özekes, **Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 55; Akkaya, s. 246; Karlı, s. 801; Murat Özgür Çiftçi, **Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 571.

¹⁹⁴Özekes, **İstinaf**, 3109- 3110; İstinaf El Kitabı, s. 47; Akkaya, s. 247; Çiftçi, s. 572.

Ön incelemede incelenmesi gereken diğer bir husus da başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğidir. İstinaf başvuru şartlarına örnek olarak, istinaf dilekçesinin istinafa başvuru kararı yeteri derecede belli edecek hususları içermemesi, harç ve giderlerinin yatırılmamış veya eksik yatırılmış olması gibi hususlar verilebilir¹⁹⁵. İstinaf dilekçesinde hangi hususların bulunması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 342/II'de düzenlenmektedir. Buna göre istinaf dilekçesinde, başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı, TC kimlik numarası ve adresleri; varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri; kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı; kararın başvurana tebliğ edildiği tarih; kararın özeti; başvuru sebepleri ve gerekçesi; talep sonucu ile başvuranın veya varsa kanuni temsilci yahut vekilinin imzası bulunur. HMK 342. maddenin son fıkrasında ise, istinaf dilekçesinin, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri derecede belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp HMK m. 355 çerçevesinde inceleme yapılacağı belirtilmektedir. 355. madde incelemenin kapsamını düzenlemektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, inceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir. Bu nedenle istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin belirtilmemesi halinde, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri derecede belli edecek kayıtları taşıyorsa, istinaf başvurusu hemen reddedilmeyip kamu düzeni bakımından inceleme yapılacaktır. İstinaf başvurusunda bulunulurken istinaf harç ve giderlerinin eksik ödendiğinin anlaşılması halinde de, istinaf başvurusu doğrudan reddedilmeyecektir. Harç ve giderlerin eksik ödendiğinin anlaşılması üzerine, başvurunun esastan incelenmesine başlanmamakla birlikte, harç ve giderlerdeki eksikliğin giderilmesi için kararı veren mahkemenin, tarafa bir haftalık kesin süre vereceğine ilişkin HMK m. 344 hükmü bölge adliye mahkemesi için de uygulanır. Verilen kesin süre içinde eksikliğin giderilmemesi halinde istinaf mahkemesinin vereceği karara ilişkin olarak iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, bölge adliye mahkemesi harcın eksik yatırıldığını veya hiç yatırılmadığını tespit ederse, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir¹⁹⁶. İkinci görüşe göre ise, harç eksik yatırıldığı ya da hiç

¹⁹⁵ Akkaya, s. 248.

¹⁹⁶ Çiftçi, s. 578.

yatırılmadığı için istinaf başvurusunun reddine karar verilmelidir¹⁹⁷. İlk derece mahkemesinde harcın yatırılmadığının anlaşılması üzerine verilen bir haftalık kesin süre içinde de harç yatırılmazsa HMK m. 344 uyarınca başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilecektir. Kanımızca aynı husus harcın yatırılmadığının bölge adliye mahkemesinde fark edilmesi durumunda da geçerli olacaktır. Zira HMK m. 360'ta belirtildiği üzere istinaf düzenlemesine ilişkin bölümde aksine hüküm bulunmadığı sürece ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır. Bu nedenle bölge adliye mahkemesi, harcın yatırılmadığını fark ederse, tarafa eksikliğin giderilmesi için bir haftalık kesin süre verecek ve harcın verilen kesin süre içinde yatırılmaması durumunda HMK m. 344 gereğince başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verecektir.

Ön incelemede son olarak, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin dilekçede gösterilip gösterilmediği incelenecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin dilekçede gösterilmemesi halinde ise, bölge adliye mahkemesi doğrudan ön inceleme koşullarının bulunmaması nedeniyle red kararı vermeyip kamu düzeni yönünden gerekli incelemeyi yaparak kamu düzenine aykırılık bulunmuyorsa başvurunun reddine karar verecektir¹⁹⁸.

Yukarıda belirtilen ön incelemeye tabi söz konusu beş husus dışında, bölge adliye mahkemesinin, duruşma yapmaksızın ön inceleme sonunda dosya üzerinden karar verebileceği haller de mevcuttur. Bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/I'nin a bendinde sayılan hususların mevcudiyeti halinde ön inceleme sonunda, esas incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verecektir. HMK m. 353/I, a bendinde sayılan haller şunlardır; davaya bakması yasak olan hakimin karar vermiş olması; ileri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hakimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış

¹⁹⁷ Akkaya, s. 249.

¹⁹⁸ Özkes, **İstinaf**, s. 3110; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 48; Halil Kılıç, **Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, C. II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.2718.

bulunması veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması; diğer dava şartlarına aykırılık bulunması; mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması; mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halleridir. Aynı maddenin b bendinde de, davanın esasına ilişkin olarak ön inceleme sonunda duruşma yapılmaksızın karar verilecek haller belirtilmektedir. Buna göre, incelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine; yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında; yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında duruşma yapılmadan karar verir. Ancak HMK m. 352’de belirtilen ön inceleme ile m. 353’te belirtilen duruşma yapmadan verilecek kararlar birbirinden farklıdır¹⁹⁹. HMK 352. maddedeki hususların mevcut olmaması halinde bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu usulden redderken; HMK 353. maddede yer alan hususların varlığı halinde bölge adliye mahkemesi esasen istinaf başvurusunu kabul etmiş olmakla beraber tahkikat incelemesine başlamayacak ve maddenin birinci fıkrasındaki usule ilişkin eksikliklerin olması halinde dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecek; ikinci fıkradaki durumların varlığı halinde ise esastan red kararı ya da düzelterek veya eksikliklerin giderilmesi sağlanarak esasa ilişkin bir karar verecektir. Ayrıca bölge adliye mahkemesi, ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun geçerli olup olmadığını incelendikten sonra HMK m. 353’teki durumlara ilişkin incelemeye geçecektir. Bölge adliye mahkemesi, HMK m. 352’deki istinaf başvurusuna ilişkin koşullardan birinin mevcut olmadığını tespit ederse artık HMK 353. maddedeki hususları incelemeye geçmeksizin gerekli kararı verecektir.

İstinaf kanun yolunda yapılan ön incelemede gözden kaçırılan usûlî eksiklikler, istinafın her aşamasında re’sen dikkate alınmalı ve istinaf yargılamasının sonraki

¹⁹⁹ Akkaya, s. 244; Çiftçi, s.569.

aşamalarında dahi gerekli karar verilmelidir²⁰⁰. Fransız Temyiz Mahkemesi de, ön inceleme aşamasında istinaf incelemesine geçilmesine engel olan eksikliğin farkedilmemiş olması halinde istinaf incelemesi yapılmasına engel olan eksikliğin sonraki aşamalarda re'sen göz önünde bulundurulacağını kabul etmektedir²⁰¹.

II. Bölge Adliye Mahkemesinin Tahkikat İncelemesi Yapması Gereken Haller

A. Genel Olarak

Ön inceleme sonucunda istinaf başvurusunda eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa inceleme safhasına geçilir (HMK m. 352/son cümle). Diğer bir ifade ile istinaf başvurusu esastan incelenir.

Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesi sonucunda kararın istinaf kanun yoluna tabi bir karar olduğu, istinaf şartlarının oluştuğu, kararın süresinde istinaf kanun yoluna getirildiği ve istinaf dilekçesinin zorunlu unsurları taşıdığına karar verirse esastan incelemeye geçecektir. İstinaf kanun yoluna ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelere baktığımızda, 354. maddede inceleme, 355. maddede ise, incelemenin kapsamı terimleri kullanılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde kullanılan inceleme kavramı ile belirtilmek istenen Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında tahkikattır²⁰². Ancak burada ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikattan farklı olarak, bölge adliye mahkemesi, hem hukukî denetim çerçevesinde, hem de gerekirse yeniden dava konusu hakkında inceleme yapılacaktır²⁰³.

²⁰⁰İstinaf El Kitabı, s. 55; Akkaya, s. 241; Umar, **Şerh**, s. 978.

²⁰¹Cass. com., 17 mai 2011, JurisData n° 2011- 009092; Croze/ Laporte, s. 225.

²⁰²Öztek, **Yargı Reformu Sempozyumu 2000**, s. 111; Konuralp, **Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl**, s. 258; Konuralp, **İstinaf Derecesi**, s. 36; Yılmaz, **İstinaf**, s. 72; Akkaya, s. 255; Karlı, s. 804; Timuçin Muşul, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 570. Maddenin gerekçesinde de, 1086 sayılı Kanuna 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/N maddesinin gerekçesi ile aynen benimsendiği belirtilmektedir. Bu çerçevede 426/N maddesinin gerekçesine bakıldığında, inceleme ile kastedilenin tahkikat olduğu belirtilmektedir.

²⁰³Özekes, **İstinaf**, s. 3109; Karlı, s. 804, 805.

İnceleme kural olarak istinaf dilekçesindeki sebeplerle sınırlı olarak yapılacaktır. Bu nedenle bölge adliye mahkemesi, tarafların ileri sürdükleri başvuru nedenleri ile bağlıdır, kural olarak bu nedenlerin dışına çıkıp kendiliğinden inceleme yapamaz²⁰⁴. Ancak bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re'sen gözetir (HMK m. 355). Ayrıca maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağlı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler.

İstinaf incelemesi, 353. maddedeki haller dışında duruşmalı olarak yapılır (HMK m. 356). Bu çerçevede istinaf kanun yolunda tahkikat, m. 353'te belirtilen durumlar dışında söz konusu olacaktır. HMK 353. maddenin a bendinde, özellikle bazı önemli ve klasik usul eksikliklerinin mevcudiyeti halinde bölge adliye mahkemesinin duruşma yapmadan dosyayı yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine göndereceği haller düzenlenmiştir²⁰⁵. Usul hukukuna ilişkin olarak HMK m. 353/a bendinde belirtilen eksikliklerin bulunması halinde bölge adliye mahkemesi esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Bölge adliye mahkemesinin davanın yeniden görülmesi için dosyayı göndereceği ilk derece mahkemesi kararı veren mahkeme olabileceği gibi kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi de olabilir. Eğer görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle dosya ilk derece mahkemesine gönderiliyorsa; bu durumda dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verecektir. Maddede belirtilen altı nedenden birinin varlığı halinde verilecek olan bu gönderme kararı kesindir. Maddede sayılan durumlar, davaya bakması yasak olan hakimin karar vermiş olması; ileri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hakimin davaya bakmış olması; mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması; diğer dava şartlarına aykırılık bulunması; mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması; mahkemece, tarafların

²⁰⁴ Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 111.

²⁰⁵ Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 110.

davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Bu çerçevede belirtilen usul hatalarına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesi esastan incelemeye geçmeyecek; dava ilk derece mahkemesinde yeniden görülecektir.

1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nda da benzer bir düzenleme söz konusudur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 318’de istinaf kanun yolunda verilebilecek kararlar belirtilmektedir. İstinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebileceği haller de aynı maddenin ilk fıkrasının c bendinde iki başlık altında toplanmıştır. Buna göre talebin esaslı bir unsuruna ilişkin yargılama yapılmadı ise ya da maddi meselenin esaslı noktaları üzerindeki eksikliğin giderilmesi gerekiyorsa dosya, ilk derece mahkemesine gönderilecektir. İsviçre Medenî Usûl Hukuku’nda da, esas olan istinaf mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlığın yine istinaf mahkemesi tarafından karara bağlanması ve çözümlenmesidir. Nitekim doktrinde de, Medenî Usûl Kanunu’nun felsefesinin, ikinci derece mahkemesinin, esasa ilişkin uyuşmazlığı karara bağlaması ve aynı şekilde çözmesi olduğu belirtilmektedir²⁰⁶. İstinaf kanun yolunda yapılan tahkikatın sonunda, ikinci derece mahkemesi oy çokluğu ile karar verir. Kararı onaylayabilir, yeniden karar verebilir. Yeniden karar verilmesi, aleyhine istinaf kanun yoluna başvuru kararı değişikliği anlamındadır. Bazı şartlarda ise, dosya yeniden ilk derece mahkemesine gönderilecektir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu, geri göndermenin sadece esaslı bir nokta üzerinde toplanan eksiklik halinde mümkün olduğunu kabul etmektedir²⁰⁷. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilerek ilk derece mahkemesi tarafından tahkikat yapılmasına ilişkin kabul edilen söz konusu iki durum istinafın bozma etkisi olarak belirtilmekte ve istisnai bir düzenleme olarak öngörülmektedir²⁰⁸. Hukukumuzda da İsviçre Medeni Usul Hukuku’nda olduğu gibi istinafa ilişkin tahkikatın kural olarak bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilmesi düzenlenmekte; ancak yukarıda belirttiğimiz istisnai hallerde dosyanın, tahkikatı yapmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi kabul edilmektedir.

²⁰⁶ David Hofmann/ Christian Lüscher, “Le Code de procédure civile, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, s. 196.

²⁰⁷ Hofmann/ Lüscher, s. 196.

²⁰⁸ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1268.

Davanın esası ile ilgili olarak duruşma yapılmadan karar verilecek haller de HMK m. 353/b bendinde belirtilmiştir. Buna göre incelenen kararın usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun reddine; yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında; yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın giderilecek nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında karar verecektir. Bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/b,1'in dışında düzenlenen hallerin varlığı halinde de esas hakkında bir karar verecektir. Ancak söz konusu haller, duruşma yapılmasına gerek olmayan haller olarak düzenlenmiştir. Kanımızca bu durumda bölge adliye mahkemesinin esas hakkında karar verebilmesi için yapacağı inceleme tahkikat incelemesi değildir. Zira tahkikat incelemesinde vakıaların ve deliller ile iddia ve savunmaların incelenmesi söz konusudur. Halbuki HMK m. 353/b,1'de yargılamada eksiklik bulunmamaktadır. HMK m. 353/b, 2'de ise, yargılamada bulunan eksikliklerin duruşma yapılmaksızın giderilebileceği bir halin varlığından bahsedilmektedir.

HMK m. 353'ün a ve b bentlerinde belirtilen hususlar dışında kalan durumlarda ise, bölge adliye mahkemesi tahkikat safhasına geçecek ve duruşma gününü taraflara tebliğ edecektir (HMK m. 356). Zira istinaf incelemesinde duruşma yapılmayacak haller sınırlı olarak sayılmıştır. Bunun dışındaki hallerde ön inceleme aşamasından sonra tahkikat aşamasına geçilecek ve istinaf incelemesinde, tahkikat aşamasında duruşma yapılacaktır²⁰⁹. Maddenin gerekçesinde de, HMK m. 353'ün b bendinde belirtilen hallerin şekli sebepler olduğu ve bu nedenle dar anlaşılması gerektiği belirtilerek tereddüt hâlinde adil yargılanma hakkı ihlali doğmaması için duruşma yapılmasının tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle kanun koyucu, duruşma yapılmasını kural olarak benimsemekte ve HMK 353. madde hükmünün de dar olarak yorumlanmasını tercih etmektedir.

Duruşma gününü bildirmek için taraflara yapılacak tebliğde 358. maddedeki hususlar da yer almalıdır. Buna göre taraflara çıkartılan davetiyelerde, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği

²⁰⁹ İstinaf El Kitabı, s. 53.

hususlu yer alır. Başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca, yapılacak tahkikat ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilir. Kendisine usûlüne uygun olarak davetiye gönderilen başvuran kabul edilebilir bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemediğini bildirirse, yeni bir duruşma günü tayin edilerek taraflara bildirilir (HMK m. 358/II). Başvuran mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilecektir. Ancak öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesi mümkün olmayan hallerde başvuru reddedilir (HMK m. 358/III).

Bölge adliye mahkemesi, HMK 353. maddede sayılan hallerin dışında kalan durumlarda, usûl veya esas yönünden kararın hukuka aykırı olduğunu düşündüğü hallerde tahkikat aşamasına geçecektir. Tahkikat aşamasında hükmü etkileyen bir usûl hatası olup olmadığını, vakıa tespitlerini ve vakıalara uygulanan hukuk normlarını inceler; bu hususlarda eksiklik ya da hata gördüğü takdirde ilk derece mahkemesi gibi hareket ederek tahkikatı yürütür ve esas hakkında karar verir²¹⁰.

Sadece temyiz kanun yolu hükümlerinin yürürlükte bulunduğu 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde Yargıtay'ın bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği hallerde, istinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile yeniden tahkikatı bölge adliye mahkemesi yapacaktır. Bu çerçevede istinaf kanun yolu, hem kanun yolu hem de vakıa incelemesi yapacaktır²¹¹. Örneğin 1086 sayılı Kanun döneminde, özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulmamış olması halinde²¹², iki bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması durumunda yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmaksızın hüküm tesis edilmesi halinde²¹³ Yargıtay, kararı bozarak yeniden bilirkişi incelemesi yapılması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekteydi. İstinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle, bölge adliye mahkemesi yeni bilirkişi raporu alarak yeniden esas hakkında karar verecektir. Yargıtay'ın eksik inceleme nedeniyle

²¹⁰Öztek, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 104; Akkaya, s. 255.

²¹¹ Akkaya, s. 255.

²¹²Y. 17. HD, T. 27.11.2008, E. 2008/4601, K. 5557 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

²¹³YHGK, T. 24.12.2008, E. 2008/3-734, K. 2008/766 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

ilk derece mahkemesi kararını bozarak gönderme kararı verdiği hallerde bölge adliye mahkemesi kural olarak tahkikat yaparak esas hakkında kendisi karar verecektir²¹⁴.

Bölge adliye mahkemesinin yapacağı incelemenin kapsamı 355. maddede düzenlenmektedir. Buna göre inceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re'sen gözetir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinin yapacağı incelemenin kapsamını belirleyebilmek için öncelikle istinaf sebepleri, ardından da kamu düzeni kavramı incelenmelidir.

B. İstinaf Sebepleri

1. İstinaf Sebeplerinin Kapsamı

İstinaf sebepleri belirlenirken istinaf kanun yolunun kabul edilme amacı önem kazanmakta ve taraflara yeni vakıa getirme hakkı tanınıp tanınmamasına göre de istinaf sebeplerinin çerçevesi değişebilmektedir²¹⁵. İstinaf sebepleri kanunumuzda açıkça ve ayrıca belirtilmemektedir. İstinaf sebeplerinin kanunumuzda belirtilmemiş olması nedeniyle istinaf sebepleri sınırlı sayıda değildir²¹⁶. Meriç, istinaf sebeplerinin sınırlandırılmamış olmasını eleştirmekte ve istinaf sisteminin dar istinaf sistemi

²¹⁴ Akkaya, s. 255.

²¹⁵ Kamil Yıldırım, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri”, Tebliğ, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV**, İzmir/ Çeşme, 19/20 Ekim 2007, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s. 89- 131, s. 92.

²¹⁶ Özekes, **İstinaf**, s. 3105; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 747; Memişoğlu, s. 91. Karşılı, istinaf sebeplerinin üç grup altında toplandığını ve bu nedenler dışında kalan hususların istinaf sebebi oluşturmayacağını belirtmektedir (Karşılı, s. 812). Alman hukukunda ise, itiraz edilen hüküm verilirken hukuka aykırılığa dayanılması ve vakıa temellerinin başka bir kararı haklı kılması istinaf sebebi olarak kabul edilmektedir (Gaier, Çev. Cenk Akil, s. 418); İtiraz edilen hüküm verilirken hukukun ihlal edilmiş olması ifadesinden, istinaf mahkemesinin istinaf konusu kararı, bir hukuk normunu uygulamış olup olmaması ya da doğru uygulamış olup olmaması bakımından incelenmesi anlaşılmalıdır. Kontrol öncelikle kanuna başvurulması ve kanunun yorumu ile olayın doğru bir şekilde altlanıp altlanmadığını kapsamaktadır (Gaier, Çev. Cenk Akil, s. 418); Vakıa temellerinin başka bir kararı haklı kılması ise, ilk derece mahkemesindeki tespitlerin doğruluğu ve tamlığı hakkındaki kuşkuvarın farklı bir karara yol açabilecek yeni tespitlerin yapılmasını gerektirdiği ya da istisnai olarak istinaf derecesinde ileri sürülmesine izin verilen yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesine izin verilen yeni iddia ya da savunma sebepleri temelinde başka bir kararın verilmesi gerektiği halleri olarak belirtilmektedir (Gaier, Çev. Cenk Akil, s. 418).

olması, bu tercihin gerekçesinde yargılamanın hızlandırılmasının bulunması ve bunun sağlanması için teksif ilkesinin kabul edilerek istinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmesinin aranmasının bu şekilde genel bir sebebin kabul edilmesine engel olduğunu belirtmektedir²¹⁷. Bu çerçevede sadece istinaf yargılaması süresince oluşan yeni vakıaların, tarafın kendisine bir kusur atfedilmeksizin ilk derece mahkemesine getiremediği vakıa iddiaları, iddia ve delillerin hatalı değerlendirilmiş olması, delillerin değerlendirilmemiş olması gibi somut gerekçelerin istinaf yargılamasına getirilebilmesi gerektiğini belirtmektedir²¹⁸. Doktrinde bir diğer görüşe göre ise, istinaf sebeplerinin sınırlandırılması istinafin niteliğine uygun düşmeyecektir; zira istinaf yargılamasında, gerektiğinde duruşma da yapılmak suretiyle işin esasına ilişkin inceleme yapılarak yeniden karar verilebilmektedir²¹⁹.

Fransız Hukuku'nda da, hukukumuzda olduğu gibi, istinaf sebepleri kanunda sayılmamıştır. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda taraflar, istinafa başvurmakta hukukî yararlarının varlığına ilişkin sebepleri göstermekle yükümlü tutulmuşlardır²²⁰. İsviçre Hukuku'nda da istinaf sebepleri sınırlandırılmamıştır²²¹.

İstinaf sebepleri belirlenirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353 çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak, ilk derece mahkemesinin kararının usûl veya esas bakımından hukuka uygun olmamasının istinaf sebeplerini oluşturduğu kabul edilmektedir²²². Bu nedenle de istinaf sebepleri, temyiz sebeplerinden daha geniş bir çerçeve çizmektedir²²³. Ancak belirtmek gerekir ki Yılmaz, olması gereken hukuk bakımından, usûle aykırılıklar için, temyizde bozma sebeplerine ilişkin HUMK m. 437'de (HMK m. 371) düzenlenen “karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerinin bozma sebebi teşkil etmesi” hükmünün istinafta da kabul edilmesi ve temyize paralel hükümler getirilmesi gerektiği yönünde

²¹⁷ Nedim Meriç, **Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 234.

²¹⁸ Meriç, s. 235.

²¹⁹ Özkes, **İstinaf**, s. 3105; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 747.

²²⁰ Junillon, s. 1187.

²²¹ Tappy Denis, “Les voies de droit du nouveau code de procédure civile”, Journal des Tribunaux-Droit Cantonal, Société du Journal des Tribunaux, **JdT 2010 III**, s. 134.

²²² Yılmaz, **İstinaf**, s. 62; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 747; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 596; Özkes, **İstinaf**, s. 3105.

²²³ Kuru/ Arslan/Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku- HUMK**, s. 642; Yılmaz, **İstinaf**, s. 62; Akkaya, s. 189.

eleştirmektedir²²⁴. Ancak söz konusu hüküm kanunda yer almasa bile, yargılamayı etkilemeyen ve hukukî yararın olmadığı hususlar istinaf sebebi yapılamayacaktır²²⁵. Doktrinde, usûle ilişkin aykırılığın istinaf sebebi teşkil etmesi için usûle aykırılığın karara etkili olması gerektiği kabul edilmektedir²²⁶. Kanımızca da usûle ilişkin aykırılığın istinaf sebebi teşkil etmesi için usûle aykırılığın karara etkili olması gerekmektedir. Zira istinaf sebepleri değerlendirilirken de hukukun genel prensipleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılabilmesi için hukukî yararın varlığı aranacaktır. Hukukî yararın varlığı için ise, usûle ilişkin eksikliğin kararı etkiler nitelikte olması gerekecektir. Bu nedenle usule aykırılığın karara etkili olması zorunluluğunun kanunda belirtilmemiş olması herhangi bir eksiklik teşkil etmemektedir.

Her ne kadar istinaf sebeplerinin temyiz sebeplerinden daha geniş olduğunu belirtmiş olsak da istinaf sebeplerini açıklarken 1086 sayılı Kanun'da düzenlenen ve aynı kanunda 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz sebeplerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapmak mümkündür. Doktrinde de, istinaf sebepleri üç temel başlık altında toplanarak incelenmektedir²²⁷. Bu çerçevede istinaf sebeplerini maddî hukuka ilişkin istinaf sebepleri ve usûl hukukuna ilişkin istinaf sebepleri ile vakıalara ilişkin istinaf sebepleri olarak üçe ayırabiliriz.

Bu çerçevede hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem de 1086 sayılı Kanun'da düzenlenen bozma sebeplerine ilişkin düzenlemeler istinaf sebeplerinin belirlenmesi hususunda yol gösterici olacaktır. HMK m. 371'de düzenlenen bozma sebepleri, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması; dava şartlarına aykırılık bulunması; taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi; karara etki eden yargılama

²²⁴ Yılmaz, **İstinaf**, s. 63.

²²⁵ Muhammet Özekes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 36; Özekes, "Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi ve İstinaf", İzmir/ 6 Nisan 2011, <http://web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/2010-2012/yay%C4%B1nlar/OZEKES-Hukuk%20istinaf-izmir%20Barosu.pdf>, s. 13.

²²⁶ Özekes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 36; Nevhis Deren- Yıldırım, "İstinafın Gereçlendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 703; Cenk Akil, **İstinaf Kavramı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 362.

²²⁷ Karşlı, s. 812.

hatası veya eksiklikleri bulunması halleridir. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması maddî hukuk kurallarına aykırılık halidir.

Usûl hukukuna aykırılık halleri ise mutlak bozma sebebi ve nispi bozma sebebi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak bozma sebeplerinin varlığı halinde bu sebebin hükmü etkileyip etkilemediği incelenmez²²⁸. Dava şartlarına aykırılık ve taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin yasal bir sebep olmaksızın kabul edilmesi hali mutlak bozma sebebidir. Dava şartlarına aykırılık gibi, kamu düzeniyle doğrudan ilgili usul hataları mutlak bozma sebebi kapsamında değerlendirilebilir²²⁹. Eğer bozma sebebi nispi nitelikte ise bu durumda, söz konusu usûle aykırılığın hükmü etkilemesi de gerekmektedir²³⁰. Bu nedenle yargılama hatası ve eksikliklerinin bulunması hükme etki ediyorsa bozma sebebi oluşturacaktır. Bu çerçevede sayılan bozma sebepleri aynı zamanda temyiz sebepleridir. İstinaf sebepleri temyiz sebeplerini de kapsayacağından söz konusu hususlar aynı zamanda istinaf sebebi olarak da kabul edilmelidir. Bu çerçevede usul hukukuna ilişkin istinaf sebeplerini mutlak istinaf sebepleri ve nisbi istinaf sebepleri olarak ayırabiliriz. Ancak belirtmek gerekir ki; usul hukukuna ilişkin olarak, aşağıda da açıklanacağı üzere, HMK m. 353/I'nin a bendinde belirtilen eksikliklerin bulunması halinde bölge adliye mahkemesi esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Söz konusu haller, mutlak bozma sebeplerine benzemektedir²³¹; dolayısıyla ki HMK 353. maddenin birinci fıkrasının a bendinde yer alan mutlak istinaf sebeplerinin varlığı halinde yeniden tahkikat ilk derece mahkemesi tarafından gerçekleştirilecektir.

1086 sayılı Kanun'da ise bozma sebepleri 428. maddede düzenlenmektedir. Bu nedenle temyiz sebepleri, HMK'da olduğu gibi 1086 sayılı Kanun'da da maddî hukuka ilişkin ve usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. 1086 sayılı Kanun'da maddî hukuka ilişkin temyiz sebepleri, kanunun ve iki taraf arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması ile meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmiş olmasıdır. Usûl Hukukuna ilişkin temyiz sebepleri ise, mutlak ve nisbi temyiz sebepleri olmak üzere kendi içinde ikiye

²²⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 764.

²²⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 764.

²³⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 764.

²³¹ Karşlı, s. 803.

ayrılmaktadır. Buna göre Usûl Hukukuna ilişkin mutlak temyiz sebepleri mahkemenin görevsiz olması; tarafları ve sebebi aynı olan davalarda çelişkili hükümler verilmiş olması; iki taraftan birinin davasını ispat için göstermiş olduğu delillerin kanuni sebep olmaksızın reddedilmiş olması; yargı yolunun caiz olmaması; bir davaya bakması yasak olan hakimin yargılamaya ve karara iştirak etmiş olması; vekil ve mümessil olmayan kişiler huzuruyla davaya bakılmış ve hüküm verilmiş olması; hüküm mahkemesinde davanın görülmesi sırasında taraflardan birince bir usûl kuralının yanlış uygulandığını ispat edecek derecede itiraz edildiği halde mahkemenin bu itirazı incelememiş olmasıdır.

Yargılamayı etkilemeyen ve hukukî yararın olmadığı hususlar istinaf sebebi yapılamaz²³². Maddî hataların ilk derece mahkemesinde düzeltilmesi mümkün olduğundan maddî hatalar istinaf sebebi yapılamaz²³³. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda da, düzeltilmesi mümkün olan maddî hataların istinaf sebebi olamayacağı kabul edilmektedir²³⁴. Ayrıca sadece ödeme süresi elde etmek için oluşturulan sebepler de istinaf sebebi olarak kabul edilmemektedir; zira bu başvuru ne yeni bir karar ne de kararın iptalini gerektirir²³⁵. Bunun gibi yetkiye ilişkin verilen kararlar da kural olarak istinaf konusu yapılamaz²³⁶. Hukukumuz bakımından ise yetkisizlik kararı nihai bir karar olduğu için, bu karara karşı istinaf kanun yoluna gidilebilecektir²³⁷. Yetki itirazının reddi kararı ise, ara karar olduğu için tek başına istinaf yoluna gidilemez, bu karara karşı ancak esas hükümlerle birlikte istinaf kanun yoluna gidilebilir²³⁸. Örneğin 168. maddede belirtildiği üzere aynı yargı çevresinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davalar yönünden verilen birleştirme ve ayırma hususundaki ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna; bölge adliye mahkemesi kararları hakkında ise, temyiz yoluna ancak hükümlerle birlikte gidilebileceği; ancak bu hususun tek başına, bölge adliye mahkemesinde hükmün kaldırılarak esastan incelenme; Yargıtay'da ise bozma sebebi teşkil etmeyeceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu nedenle davaların

²³² Özkes, **Yeni Kanun Yolu Sistemi ve İstinaf**, s. 14

²³³ Özkes, **Yeni Kanun Yolu Sistemi ve İstinaf**, s. 14.

²³⁴ Croze Hervé/ Laporte Christian, **Guide pratique de procédure civile**, 4 ème édition, Paris, LexisNexis Litec, 2012, s. 205.

²³⁵ Croze/ Laporte, s. 205; Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 2010, n° 09-16069, Bull. II, n° 121.

²³⁶ Junillon, s. 1179.

²³⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 158.

²³⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 158.

ayrılması ve birleştirilmesi kararı, başka bir istinaf sebebi bulunmadığı sürece tek başına bölge adliye mahkemesinde hükmün kaldırılarak yeniden esastan inceleme yapılmasını gerektirmeyecektir.

İsviçre Hukuku'nda istinaf sebeplerinin neler olabileceği Medenî Usûl Kanunu'nun 310. maddesinden yola çıkarak tespit edilebilmektedir. Buna göre taraflar, kararın hukuka uygun olmamasına ve vakıaların hatalı tespitine ilişkin istinaf başvurusunda bulunabileceklerdir. Bu kapsamda istinaf kanun yolu, sadece hukuka aykırılıklar için değil aynı zamanda yanlış vakıa tespitleri içindir. Hukuka aykırılık sadece Federal Hukuk olarak anlaşılmalı; aynı zamanda, Anayasa Hukukuna, maddî hukuka aykırılıklar ve ayrıca kantonal hukuka ve yabancı hukuka aykırılıklar da bu kapsamda değerlendirilmelidir²³⁹. Doktrinde, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 310. maddesinde belirtilen hukuka aykırılık geniş anlaşılması gerektiği belirtilmektedir²⁴⁰. Bu kapsamda hukuka aykırılık, yazılı ya da sözlü tüm doğru olmayan hukuk uygulamalarını kapsamaktadır²⁴¹. Hohl, istinaf kanun yolunun tam bir kanun yolu olması, yanî hem hukuki denetimin hem de vakıa denetiminin yapılması nedeniyle hukuka aykırılık teşkil eden tüm istinaf sebeplerinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir²⁴².

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 310. maddesinde belirtilen vakıaların hatalı tespiti ifadesi ise, istinaf mahkemesine vakıaları sınırlandırmaksızın yeniden inceleme yetkisi vermektedir; ancak vakıaların değerlendirilmesi ilk derece mahkemesine sunulan vakıalara bağlıdır²⁴³. İstinaf mahkemesi, delilleri ve ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerini serbestçe değerlendirecektir²⁴⁴.

²³⁹Nicolas Jeandin, "Les voies de droit et l'exécution des jugements", **Le projet de Code de procédure civile fédérale** (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cedidac, 2008, s. 343; Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1249; Hohl, s. 434- 435; Tappy, **Les voies de droit**, s. 134.

²⁴⁰ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1249.

²⁴¹ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1249.

²⁴² Hohl, 435.

²⁴³ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1250.

²⁴⁴ Hohl, s. 435.

2. Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Sebepleri İle Bağlılığı

İstinaf sebepleri ve gerekçesi istinafa başvuru dilekçesinde tam olarak ve açıkça belirtilmelidir. İstinaf mahkemeleri hem kanun yolu hem de duruma göre hüküm mahkemesi olduğundan, mahkemeden yeniden hüküm verilmesi talep ediliyorsa, bu husus da istinaf dilekçesinde belirtilmelidir²⁴⁵. Zira istinaf kanun yolunda yapılacak inceleme, dilekçede gösterilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacaktır. Temyiz kanun yolundan farklı olarak istinafta bölge adliye mahkemesi hakimi, istinaf sebepleri ile bağlıdır. Sadece kamu düzenine ilişkin hususları bölge adliye mahkemesi re'sen dikkate alacaktır. Eğer istinaf dilekçesinde, istinaf sebeplerine yer verilmemişse bölge adliye mahkemesi ön incelemede gerekli kararı vermelidir²⁴⁶. Bu durumda bölge adliye mahkemesi, ancak kamu düzenine ilişkin bir husus varsa tahkikat aşamasına geçecektir. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 311. maddesinde de, istinaf başvurusunun yazılı²⁴⁷ ve gerekçeli olması gerektiği düzenlenmektedir. İstinaf başvurusunun gerekçelendirilmesinden, başvuranın başvuru kararın değiştirilebilmesi ve iptal edilebilmesi için 310. maddede belirtilen hukuka aykırılık veya vakıa tespitinin hatalı oluşu çerçevesinde gerekçelerin açıklanması anlaşılmalıdır²⁴⁸. Taraflar gerekçelerini açıklarken vakıaları da mahkemeye bildirmelidirler²⁴⁹. Başvuran tarafından gerekçeler, talep sonucunu destekler şekilde belirtilmelidir²⁵⁰. Hukukumuz bakımından da, istinaf sebepleri belirtilirken somutlaştırma yükü de dikkate alınarak İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi istinaf sebebi yapılan husus yani hukuka aykırılık ya da yeniden incelenmesi talep edilen vakıaya ilişkin hususlar gerekçelendirilmelidir.

Umar, Yargıtay'ın temyiz incelemesinde temyiz sebepleri ile bağlı olmamasına rağmen istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin, istinaf sebepleri ile bağlı

²⁴⁵ Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 42.

²⁴⁶ Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 37.

²⁴⁷ İsviçre Medeni Usul Hukuku'nda başvuru yazılı olarak yapılmak zorunda olmakla birlikte, istinaf başvurusunun, elektronik belge şeklinde yapılması da mümkündür. İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunun kağıt formatında ibrazını istemek yetkisine sahiptir (Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1251; Tappy, **Les voies de droit**, s. 130).

²⁴⁸ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1251.

²⁴⁹ Hohl, s. 436.

²⁵⁰ Hohl, s. 435.

olmasını eleştirmekte ve iki düzenlemenin birbiri ile çeliştiğini belirtmektedir²⁵¹. Kanımızca bölge adliye mahkemesinde istinaf sebepleri ile sınırlı inceleme yapılmasında ilk derece yargılamasında benimsenen tasarruf ilkesinin bir görünümü söz konusudur ve maddî denetimin de yapılması nedeniyle istinaf kanun yolunda istinaf sebepleri ile sınırlı inceleme kabul edilmiştir. Ancak temyiz kanun yolunda, sadece hukukî denetim yapılması nedeniyle temyiz sebepleriyle sınırlı incelemeye gerek görülmemiştir. Nitekim 355. maddenin gerekçesinde de, incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeninin, bölge adliye mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararının kanuna aykırılığını tesbit etmesi halinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak karar verebilmesi olduğu belirtilmektedir. İstinaf sebeplerinin dilekçede belirtilmesi kuralının benimsenmesinin bir nedeni de yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmesini sağlamaktır²⁵².

İsviçre Medeni Usul Hukuku'nda ise, istinaf mahkemesinin kural olarak tarafların belirttiği sebeplerle bağlı olmadığı kabul edilmektedir²⁵³. İstinaf mahkemesi hukuku kendiliğinden uygular²⁵⁴. İstisnai durumların varlığı dışında istinaf mahkemesinin inceleme yetkisi tam ve eksiksizdir²⁵⁵. Ancak örneğin Medeni Kanun'da düzenlenen zamanaşımının kendiliğinden göz önünde bulundurulamaması kuralı gibi maddî hukuktan doğan istisnaları mevcuttur²⁵⁶. Ayrıca istinaf mahkemesi tarafların talep sonuçları ile de bağlı olacaktır²⁵⁷. Çünkü aleyhe hüküm verme yasağı istinaf kanun yolunda da geçerlidir²⁵⁸.

3. Bölge Adliye Mahkemesinin Sebeple Bağlı Olmadığı Haller

İstinaf kanun yolunda inceleme, kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacaktır. Ancak kamu düzenine ilişkin haller, bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen incelenecektir. Bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağlı olması, taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalar

²⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, *Şerh*, s. 988, 999.

²⁵² Deren- Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri*, s. 698.

²⁵³ Hohl, s. 435 ve 439.

²⁵⁴ Hohl, s. 435; Tappy, *Les voies de droit*, s. 314.

²⁵⁵ Hohl, s. 435.

²⁵⁶ Hohl, s. 435; Tappy, *Les voies de droit*, s. 134.

²⁵⁷ Hohl, s. 435; Tappy, *Les Voies de droit*, s. 134.

²⁵⁸ Hohl, s. 435; Tappy, *Les voies de droit*, s. 134.

bakımından geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise, bölge adliye mahkemesi istinaf sebepleri ile bağlı değildir.

Kamu düzenine ilişkin hallerin re'sen incelenecek olması nedeniyle, kamu düzenine ilişkin hallerden ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. Kamu düzenine ilişkin hallerin belirlenmesi açısından öncelikle doktrindeki görüşler ve yargı kararlarında belirtilen hususlar önem arz edecek ve bu çerçevede bir değerlendirme yapmak gerekecektir²⁵⁹. Temelinde kamu yararı düşüncesi yatan tüm maddî hukuka aykırılık hallerinde, istinaf başvurusu üzerine, bölge adliye mahkemesi, bu husus istinaf sebebi olarak gösterilmemiş veya hiç istinaf sebebi gösterilmemiş olsa bile, re'sen bu hukuka aykırılık halini dikkate alacak ve gereken kararı verecektir²⁶⁰.

İstinaf sebeplerinin kapsam ve derinliğinin belirlenmesinde kamu düzeni kavramından hareket edilmiş olması doktrinde eleştirilmektedir²⁶¹. Zira kamu düzeni kavramı, izafi ve dinamik bir niteliğe sahiptir. Tanrıver, toplumun temel yapısı ve anlayışındaki temel değişikliğe paralel olarak, eskiden kamu düzeninden olduğu kabul edilen birçok hususun artık kamu düzeninden sayılmayabildiğini belirtmektedir²⁶². Kamu düzeni kavramının içeriği, kamu hukukunda veya özel hukukta; milli ve milletlerarası hukukta farklı olduğu gibi ülkeden ülkeye hatta devirden devire de farklılık göstermektedir²⁶³.

²⁵⁹Özekes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 59.

²⁶⁰Halûk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI** (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, 2008, s. 147.

²⁶¹Konuralp, **İstinafta Kamu Düzeni**, s. 148; Süha Tanrıver, Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirme, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI** (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008, s. 148.

²⁶²Tanrıver, **Doç. Dr. Halûk Konuralp'in Tebliği Değerlendirme**, s. 148.

²⁶³Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 89; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 320; Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 10; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı)**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 43; Ökçün, kamu düzeni kavramının hangi hukuk dalında incelenecekse o hukuk dalı açısından ele alınması gerektiğini belirtmektedir (A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1997, s. 11).

Doktrinde, kamu düzenini maddî hukuktaki kadar geniş algılamının çeşitli sorunlara yol açacağı; bu nedenle, usûli kamu düzeni kavramının üzerinde durulması gerektiği; bu bağlamda özellikle dava şartlarından bahsedilebileceği belirtilmiştir²⁶⁴. Konuralp ise, kamu düzeni kavramının istinaftaki incelemenin kapsamı için tercih edilmesinin, istinafta yapılacak incelemedeki sınırlılığı bir ölçüde aşmaya yarayacağını belirtmektedir²⁶⁵. Kanımızca da, bölge adliye mahkemesinde istinaf sebepleri ile bağlılığın kural olarak benimsenmesinin yanı sıra kamu düzeninin de sınırlandırılarak sadece usuli kamu düzeni kapsamında değerlendirme yapılması istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatı oldukça sınırlandıracaktır. Bu nedenle kamu düzeninin daha geniş olarak anlaşılması bu sınırlandırmayı dengeleyecektir.

Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 2. maddesinde, Türk Medenî Kanunu'nun, kamu düzeni ve genel ahlakı sağlamaya yönelik kurallarının, hakkında ayrı bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanacağı düzenlenmektedir. Fransız Medenî Kanunu'nun 6. maddesinde de, özel sözleşmelerle kamu düzenine ve ahlaka ilişkin kurallardan ayrılamayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda özellikle Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin neredeyse tamamında kamu düzeni düşüncesi yatmaktadır. Bu çerçevede aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kamu düzeni düşüncesiyle hakime re'sen araştırma yetkisi verilmiştir²⁶⁶. Bunun dışında kişiler hukukuna ilişkin davalarda, iş ve tüketici hukukuna ilişkin düzenlemelerin bir kısmında, iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerin önemli bir bölümünde, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin uygulamalar ve konkordato hükümlerinde önem arzedecektir²⁶⁷.

²⁶⁴ Tanrıver, **Doç. Dr. Halûk Konuralp'in Tebliği Değerlendirme**, s. 149.

²⁶⁵ Konuralp, **Kamu Düzeni**, s. 38.

²⁶⁶ Konuralp, **İstinafta Kamu Düzeni**, s. 141

²⁶⁷ Konuralp, **İstinafta Kamu Düzeni**, s. 147.

Ş2 TAHKİKAT İNCELEMESİNDE TALEPLERİN YENİDEN ELE ALINMASI

I. Genel Olarak

İstinaf yargılamasında, hukuk kurallarının uygulanmasındaki hatadan başka maddî vakıaların tespit ve takdirine ilişkin olan hatalar da incelenir. Bu nedenle bölge adliye mahkemeleri, ikinci derecede vakıa mahkemeleridir²⁶⁸. Bu aşamada, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi davaya ait maddî vakıalar yeniden incelenir; tahkikat ve diğer yargılama safhaları ilk derece mahkemesinde olduğu gibi yeniden gerçekleşir²⁶⁹.

İncelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı düzenlemesi getiren 355. madde çerçevesinde taraflar, sadece istinaf başvurusuna ilişkin dilekçelerinde belirttikleri istinaf sebepleri ile ve dolayısıyla talepleri ile bağlı olacaklardır. Bu nedenle istinaf incelemesinin kapsamını, tarafların, istinaf dilekçelerinde belirttikleri talepler çizmektedir. İstinaf dilekçesinde belirtilen taleplerin sınırını da ilk derece mahkemesine usulüne uygun olarak getirilen talepler belirlemektedir.

Hukukumuzda kabul edilen ve oldukça katı olarak düzenlenen sınırlı istinaf sisteminden daha esnek bir incelemeyi öngören Fransız Hukuku'nda da yeni taleplerin ileri sürülmesi kural olarak yasaklanmakta²⁷⁰ ve aktarıcı etkinin istinaf başvurusu ile sınırlandırıldığı belirtilerek ikinci derece yargılamasına yeni taleplerin getirilemeyeceği kural olarak benimsenmektedir²⁷¹. Ancak aşağıda da değineceğimiz üzere hukukumuzdan farklı olarak Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinde ileri sürülen talepler çerçevesinde inceleme yapacağı ve yeni taleplerin istinaf kanun yoluna getirilemeyeceğine ilişkin kurala istisnalar kabul edilmiştir²⁷².

²⁶⁸ Bilge/ Önen, s. 639; Öztekin, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 104.

²⁶⁹ Bilge/ Önen, s. 639.

²⁷⁰ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142.

²⁷¹ Gérard Couchez / Xavier Lagarde, **Procédure civile**, 16e édition, Paris, Dalloz, 2011, s. 475.

²⁷² Bkz. Couchez/ Lagarde, s. 475.

Hakimin taleple bağılılığı ve aleyhe bozma yasağı istinaf yargılamasında da geçerlidir²⁷³. Bu bağlamda tarafların istinaf dilekçesinde yer verecekleri taleplerin kapsamı belirlenmeli ve yeni talep ileri sürülmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılarak yeni talepten ne anlaşılması gerektiği hususu ortaya konulmalıdır.

II. İstinaf Kanun Yolunda Taleplerin İleri Sürülmesi

İstinafa başvuran taraf, itiraz ettiği kararın hüküm fıkrasının hangi noktasına ilişkin olduğunu belirtecek ve hukuka, vakıya ya da her ikisine ilişkin sebeplerini açıklayacaktır²⁷⁴. Latince, “tantum devolutum, quantum appellatum” olarak ifade edilen, hükmün sadece itiraz edilen noktalardan incelenmesi ilkesi nedeniyle tarafların sadece istinafa intikal ettirdikleri kısım inceleme konusu yapılmaktadır²⁷⁵. Fransız Hukuku’nda da hukukumuzda olduğu gibi hakim, talepten başka bir şeye karar verememektedir²⁷⁶. Bu nedenle ilk derece mahkemesindeki talepler, istinaf kanun yolunda da önem arz etmektedir.

Bölge adliye mahkemesince re’sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez (HMK m. 357). Hükmün gerekçesinde de, islahın ilk derece mahkemesinde hüküm ifade etmesi nedeniyle, bölge adliye mahkemesinde kabul edilmediği ve buna uygun olarak da ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların bölge adliye mahkemesinde ileri sürülememesi esasının benimsendiği; bölge adliye mahkemesinin iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden gözeteceği belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesinde taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının

²⁷³Yılmaz, **İstinaf**, s. 74; Özkes, **Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi**, s. 36 .

²⁷⁴Hofmann/ Lüscher, s. 194.

²⁷⁵Cadiet Loïc/ Jeuland Emmanuel, **Droit judiciaire privé**, 6. édition, Paris, LexisNexis Litec, 2009, s. 567; Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 552.

²⁷⁶Cadiet/ Jeuland, s. 567.

tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (HMK m. 141/I).

Medenî Usûl Kanunumuzun benimsediği ilkelerinden biri olan teksif ilkesi nedeniyle iddia ve savunmaların belli bir usûl kesitine kadar sunulması kabul edilmektedir²⁷⁷. Teksif ilkesinin en önemli sonuçlarından biri ise iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır²⁷⁸. Teksif ilkesinin neden olduğu katı sistem, karşı tarafın açık muvaffakati ve ıslah kurumları ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Ancak söz konusu istisnalar, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen tahkikat aşaması için kabul edilmiş olup istinaf aşamasında yapılan tahkikatta bu kurumlara başvuru yasaklanmıştır. Teksif ilkesinin etkisi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddia ve savunmalar ile istinaf kanun yolunda ileri sürülen istinaf sebepleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir²⁷⁹.

Kural olarak hakim, talep sonucu ile bağlıdır²⁸⁰. Hakimin talepten başka bir şeye karar verebilmesi için, maddî hukuk kuralları ile yetkilendirilmiş olması gerekmektedir²⁸¹. HMK m. 26'da, hakimin tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu ve talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceği, duruma göre talep sonucundan aza karara verebileceği düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası ile, hakimin, tarafların talebiyle bağlı olmadıklarına ilişkin kanun hükümleri saklı tutulmak suretiyle hakimin maddî hukuk kuralları ile yetkilendirilmiş olması halinde talepten başka bir şeye karar verebilmesine imkân sağlanmıştır. Bu bakımdan

²⁷⁷ Öztekin, İstinaf, s. 6; Akkaya, s. 184.

²⁷⁸ Öztekin, İstinaf, s. 7.

²⁷⁹ Akkaya, s. 185.

²⁸⁰ Postacıoğlu, s. 246; Cadiet/ Jeuland, s. 567; Philippe Gerbay/ Nicolas Gerbay, **Guide du procès civil en appel**, Paris, LexisNexis, 2011, s. 178.

²⁸¹ Postacıoğlu, s. 247; Postacıoğlu ise, dava ve davanın temelinin aynı kalması koşuluyla; maddî vakıalara ve hukukî normlara ilişkin beyanların tamamlanması veya tashih edilmesi; asli veya tali nitelikteki netice taleplerin genişletilmesi veya sınırlandırılması ya da dava sırasında meydana gelen bir değişiklik neticesinde ilk defa talep edilen şey yerine başka bir şey veya tazminat istenmesi hallerinde davanın değişmiş sayılmayacağını belirtmektedir (Postacıoğlu, s. 441); Postacıoğlu, dava sebebinin hukukî sebebin oluşturduğunu belirtmektedir. (Postacıoğlu). Fransız Hukuku'ndan yola çıkılarak yapılan bu değerlendirmenin sonucu olarak talep sonucunun asli ve tali nitelikte talepler ileri sürülebileceğini belirtmek soruteiyle bu çerçevede genişletilebileceğini belirtmektedir. Ancak günümüzde talep sonucunun arttırılması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmekte; sadece talebin azaltılmasında söz konusu yasağın geçerli olmadığı kabul edilmektedir (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 469).

en çok karşımıza çıkan hükümlerden biri, boşanma davasında hakimin ayrılığa karar verebilmesi, boşanan eşlerin çocukları ile ilişkilerini düzenlerken hakimin taleple bağlı olmaksızın çocuğun menfaatini gözeterek serbestçe tayin edebileceği düzenlemesidir.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi sayılmayan hallerde ise, bölge adliye mahkemesi söz konusu hususları değerlendirebilecektir. Buna göre talep edilenden başka bir şeye hüküm verilebilen haller ile kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı haller söz konusu yasak kapsamında olmadığından istinaf yargılamasında da bu durumların varlığı halinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir²⁸². Örneğin talep sonucu boşanma olan bir davada hakim TMK m. 170/III uyarınca ayrılığa karar verebilecektir. Bu çerçevede istinaf kanun yolunda yeniden yapılan tahkikatta da söz konusu husus taraflarca ileri sürülebileceği gibi bölge adliye mahkemesi de ilk derece mahkemesinin verdiği boşanma kararını hukuka uygun bulmazsa taraflar talep etmemiş olsalar bile ayrılığa karar verebilecektir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus da belirsiz alacak davası bakımından iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesinin istinaf kanun yolunda mümkün olup olmayacağı hususudur. Belirsiz alacak davasında, davacı, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucunda alacağın miktarının veya değerinin tam olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda talebini belirleyerek, arttırabilmektedir²⁸³. HMK m. 107/II'de, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Bu durumda talep sonucunun arttırılması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında değildir²⁸⁴. Davacı, en geç tahkikatın sonunda talep sonucunu belirlemeli ve bunu mahkemeye bildirmelidir²⁸⁵. HMK m. 107'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, iddianın genişletilmesi yasağının getirilme amacı, davacının dava açarken

²⁸² Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 345.

²⁸³ Pekcanitez Hakan, **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 52; Yılmaz, **Islah**, s. 42.

²⁸⁴ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 52.

²⁸⁵ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 52.

hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Halbuki, davanın açıldığı anda miktar veya değeri tespit edilemeyen bir alacak için davacının böyle bir ihmali veya kusurundan söz edilemez. Bu sebeple belirsiz alacak davası veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucunda, dava açıldığı anda belirsiz olan alacak belirli hale gelmişse, davacının iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilecektir. Davacı, sınırlama veya yasağına tabi olmaksızın sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Bu çerçevede konumuz bakımından önem arz eden husus, istinaf yargılamasında yeniden yapılan tahkikat sırasında yeni bilirkişi raporu alınması ya da yeniden keşfe çıkılması üzerine, dava konusu alacağın miktar veya değerinin ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta belirlenenden daha fazla olduğunun tespiti halinde davacının talep sonucunu arttırıp arttıramayacağı hususudur. Kanımızca burada değerlendirme yaparken belirsiz alacak davasının amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira dava konusunun miktar veya değerinin baştan davacı tarafından tam ve kesin olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, davacının tam olarak belirleyemediği bir miktar için dava açmasını ve dava dilekçesinde bunu belirtmesini istemek hak arama özgürlüğüne aykırı düşecek²⁸⁶, ayrıca usûl hukukunun amacı olan subjektif hakların gerçekleşmesinin sağlanması²⁸⁷ da zorlaşacaktır. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir kısıtlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca korumayı amaçlamaktadır.

Davacı, belirsiz alacak davasının açılmasından sonra, alacağın miktar veya değerinin belirlenmesi üzerine talep sonucunu belirlememiş ve kesin talep sonucunu bildirmemişse, bu durumda mahkeme geçici talep sonucu ile bağlı olarak hüküm

²⁸⁶Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DÜHFD**, C. 11, Özel Sayı, Yıl 2009, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir, 2010, s. 545; Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 31; Karşlı, s. 401.

²⁸⁷ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası (Armağan)**, s. 542; Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 29; Karşlı, s. 401.

verecektir²⁸⁸. Bu nedenle kanımızca, istinaf incelemesi sırasında, alacağın miktar veya değerinin ilk derece mahkemesinde belirlenen miktardan fazla olduğunun anlaşılması üzerine davacı, ilk tahkikatta da kesin talep sonucunu bildirmediği için artık söz konusu miktar üzerinden karar verilmesini talep etme hakkı da olmamalıdır.

Bölge adliye mahkemesi, ileri sürülen iddianın yeni olup olmadığını re'sen gözetmelidir²⁸⁹. Zira istinaf aşamasında karşı tarafın açık rızası ile dahi talep sonucunun değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkün değildir. Ancak HUMK döneminde bozmadan sonra ilk derece mahkemesinin, Yargıtay'ın bozma kararına uyma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikate başlanmaktaydı. Bu çerçevede ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından karşı tarafın rızasının varlığı kabul edilmekte ve tahkikate bu değişiklik çerçevesinde devam edilmekteydi²⁹⁰. Bu çerçevede iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının karşı tarafın rızası ile bertaraf edilmesine izin verilmekte hatta söz konusu hususun usûlî müktesep hak kurumunun istisnası olduğu ve bu durumda usûlî müktesep hakkın söz konusu olmayacağı kabul edilmekteydi²⁹¹. Bu nedenle istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnalarının kabul edilmemesi yargılama geleneğimizle bağdaşmamaktadır. Bozmadan sonra yapılacak yeniden tahkikatta benimsenen bu hususun istinaf kanun yolunda yapılan tahkikatta da kabul edilmesi yerinde olurdu.

Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda, istinafa başvurulmasıyla, istinafa başvuranın beyanı sonraki taleplerini sınırlandırmaktadır²⁹². Tarafların istinaf mahkemesine yeni iddialar getirmesi kural olarak yasaktır. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 565. maddesinde 2009 yılında yapılan değişiklikten²⁹³ önce yeni iddiaların ileri sürülmesi

²⁸⁸ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 64; davacının, geçici talebini, kesin talep haline getirmemesi halinde kanun yollarına başvururken de geçici talebinin kabul veya reddedilen kısmı esas alınacaktır (Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 64).

²⁸⁹ Tutumlu, **Islah**, s. 151.

²⁹⁰ Ansay, **Islah**, s. 128; Kuru, **Usûlî Müktesep Hak**, s. 341; Kuru, C. V, s. 4673.

²⁹¹ Kuru, **Usûlî Müktesep Hak**, s. 341; Kuru, C. V, s. 4673.

²⁹² Cadiet/ Jeuland, s. 568; Couchez/ Lagarde, s. 475; Gerbay/ Gerbay, s. 180.

²⁹³ Modifié par Decret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, art. 10.

yasağı kamu düzeninden kabul edilmemekte idi²⁹⁴. Yargı kararlarında da, yeni iddiaların ileri sürülememesi kamu düzenine ilişkin kabul edilmemekte idi. Yeni iddiaların ileri sürülememesinin kamu düzenine ilişkin olmamasının birçok sonucu vardır²⁹⁵. Her şeyden önce meydana getirilen bu yeni iddiaya, diğer tarafın karşı çıkması gerekmektedir. İstinaf mahkemesinin re'sen yeni talep ileri sürüldüğünü araştıramayacağı ve tarafların, üzerinde anlaşmaları halinde yeni iddiaları istinaf mahkemesine kabul ettirebilecekleri belirtilmekte idi²⁹⁶. Ancak 2009 yılında söz konusu kanunun 564. maddesinde yapılan değişiklikle²⁹⁷, istinaf mahkemesinin re'sen yeni iddiaların ileri sürüldüğünü inceleyeceği düzenlemesi getirildi²⁹⁸. Bu nedenle Fransız İstinaf Mahkemesi artık hukukumuzda olduğu gibi, iddianın yeni olduğunu re'sen göz önünde bulundurmalıdır²⁹⁹.

Fransız Medeni Usul Hukuku'nda, istinaf kanun yolunda iddiaları gerekçelendirmek için ilk derece mahkemesinin incelemesine getirilen iddialar kullanılır³⁰⁰. Bunun dışında taraflar; yeni vakıalar, yeni belgeler ve yeni ispat araçları sunabilirler³⁰¹. İstinafi gerekçelendirmek için ileri sürülen iddialar ilk yargılamaya bağlıdır, taraflar yeni vakıaları ileri sürebilirler, yeni belgeleri ibraz edebilirler ya da yeni delilleri ileri sürebilirler (Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 563); fakat burada yasak olan yeni iddialardır³⁰². Ancak yeni vakıalar oluşturularak ya da istinaf mahkemesine getirilerek yeni bir iddia ileri sürülemez³⁰³.

Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kural olarak yeni iddiaların getirilmesini yasaklamaktadır³⁰⁴.

²⁹⁴ Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 45; Pierre Julien/ Natalie Fricero, **Droit judiciaire privé**, 3^{ème} édition, Paris, L.G.D.J lextenso, 2009, s. 393; Méline Douchy- Oudot, **Procédure civile**, 3^{ème} édition, Paris, Gualino éditeur, 2008, s. 571; Junillon, s. 1237; Strickler, **Procédure civile**, s. 263.

²⁹⁵ Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 45.

²⁹⁶ Cadet/ Jeuland, s. 568.

²⁹⁷ Modifié par Décret n° 2009- 1524 du 9 décembre 2009- art. 10.

²⁹⁸ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554; Desdevises, kn. 9.

²⁹⁹ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142.

³⁰⁰ Cadet/ Jeuland, s. 568; Douchy- Oudot, s. 371.

³⁰¹ Cadet/ Jeuland, s. 568.

³⁰² Strickler, **Procédure civile**, s. 263.

³⁰³ Julien/ Fricero, s. 393.

³⁰⁴ Brenner / Fricero, s. 36.

Yeni iddiaların getirilmesi yasağı ve bu yasağın istisnaları Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 564. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca, taraflar yeni taleplerini istinaf mahkemesinin incelemesine sunamazlar. Bu kural iki esas göz önünde bulundurularak açıklanmaktadır. Bir taraftan istinaf mahkemesi, ikinci derece yargılamasıdır ve uyuşmazlığı ilk derece mahkemesi kararını göz önünde bulundurarak sonuçlandırmalıdır. İstinaf, ilk derece mahkemesi kararını denetlemeye yöneliktir. Uyuşmazlığı, ilk derece mahkemesine getirilen koşullarda istinafa aktarmak gerekir. Bu kabul, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının bir görünümüdür³⁰⁵. Diğer taraftan, istinaf mahkemesinin denetiminden yararlanma, başvurana, ilk derece mahkemesine getirilmeyen bir talebi getirmeyi yasaklamaktadır³⁰⁶. Ancak bu yasağın yanı sıra, bazı koşullarda, bir belgenin ya da yeni vakıanın oluşumu ya da uyuşmazlığın kapsamına yeni unsurların dahil olmasının göz önünde bulundurulması zorludur³⁰⁷.

Bir dava uzun süre devam eder ve bu süreçte vakıalar ve menfaatler değişebilir; bazen mahkemenin bunu göz önünde bulundurması gerekebilir. İstinaf incelemesine yeni iddiaların getirilmesinin yasaklanması, istinaf incelemesinin, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamayı denetlemeye ilişkin olması nedeniyle yerinde bir düzenlemedir³⁰⁸. Yeni iddiaların ileri sürülmesinin yasaklanmasına, yargılamaya ilişkin amaçlar çerçevesinde bazı istisnalar tanınabilmelidir. Uyuşmazlığı sonlandırırken her iki tarafın menfaatleri de düşünülerek bazı istisnalara izin verilmelidir³⁰⁹.

Kanun koyucu, yeni iddiadan ne anlaşılması gerektiğine dair bir tanımlama yapmamıştır. Ancak Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 565. maddesinde, yeni iddiaların ne olmadığına ilişkin bir düzenleme yapılarak aksi durum belirtilmiş ve olumsuz bir tanım yapmak suretiyle yeni iddiaya bir sınır çizilmiştir³¹⁰. Söz konusu madde uyarınca, hukukî sebebi farklı olsa bile ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan aynı talep konusuna ve sonuçlara yönelen iddialar yeni değildir. Ancak

³⁰⁵ Junillon, s. 1236.

³⁰⁶ Junillon, s. 1236; Christophe Lefort, **Procédure civile**, 3ème édition, Paris, Dalloz 2009, s. 445.

³⁰⁷ Junillon, s. 1236.

³⁰⁸ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 553; Junillon, s. 1236.

³⁰⁹ Junillon, s. 1236.

³¹⁰ Junillon, s. 1236.

kanun koyucu, bunun dışında kalan diğer tüm durumları zorunlu olarak yeni iddia olarak belirtmemiştir. Kanun koyucunun bu tutumu bilimsel tartışmaya açık bir alan yaratmıştır³¹¹. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 565. madde metni, önemli yorum farklılıklarına neden olmaktadır³¹². Doktrinde kanun koyucunun, yeni iddianın koşullarını zorunlu olarak belirtmediği ve 565. maddeye ilişkin düzenleme ile yeni iddianın kapsamının belirlenmesini bilimsel tartışmaya ve uygulamaya bırakılmış bir alan yaratmanın amaçlandığı belirtilmektedir³¹³. Kanımızca hukukumuz bakımından da yeni iddianın kapsamını belirlemek için söz konusu yoruma başvurulabilir. Bu çerçevede hukukumuzda hakimin hukuku kendiliğinden uygulayacak olması nedeniyle yeni iddianın tanımına hukuki sebep nitelendirmesi dışında dava konusu ve talep sonucundan yola çıkılarak varılabilecektir. Bu çerçevede hukuki sebebi farklı olsa bile ilk derece yargılamasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başladığı ana kadar ileri sürülmüş olan veya iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağının istisnaları çerçevesinde ileri sürülmüş olan, talep sonucuna yönelen ve dava konusu içinde yer alan iddiaların yeni olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda yeni talepler kavramına hangi unsurların dahil olduğunu açıklamak için Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 4. maddesine

³¹¹ Junillon, s. 1236.

³¹² Héron/ Le Bars, s. 609.

³¹³ Junillon, s. 1236; Fransız Yargıtay'ı, Dijon İstinaf Mahkemesi'nin bir kararını 563 ve 564. maddelerin uygulanmadığı ve ihlal edildiği gerekçesi ile bozmuştur. Söz konusu karara göre istinaf kanun yoluna başvuran taraf, ilk derece mahkemesinde naip hakim tarafından yapılması gereken incelemenin devredilerek naip hakim olmayan bir kişi tarafından yapılması nedeniyle yetki aşımı olduğunu ilk defa istinaf kanun yolundaki inceleme sırasında ileri sürmüştür. Dijon istinaf mahkemesi ise, ilk derece yargılamasında söz konusu hususun ileri sürülmemiş olması nedeniyle bu hususun istinaf kanun yolunda da ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay ise, tarafların istinafta ilk derece yargılamasına bağlı iddiaları gerekçelendirmek için, yeni vakıalar ileri sürebileceklerini, yeni belgeleri ibraz edebileceklerini ya da yeni delilleri ileri sürebileceklerini belirterek istinaf mahkemesinin, naip hakim tarafından yetki aşımına yol açıldığının ilk defa istinaf mahkemesi önünde ileri süren tarafın talebini reddetmesini Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 563 ve 564. maddelerinin ihlal edildiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Buna göre gerek 563. maddede düzenlenen yeni vakıaların ileri sürülmesine ilişkin düzenleme, gerekse 564. maddede düzenlenen yeni iddianın ileri sürülmesine ilişkin olarak kabul edilen düzenlemelerin kapsamında tarafın yetki aşımına ilişkin hususu ileri sürebilmesinin gerekmesi nedeniyle Dijon istinaf mahkemesinin kararını bozarak yeniden istinaf incelemesinin yapılması için dosyanın başka bir istinaf mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir (Chambre Commercial, 28 juin 2011, n° 10-15865, non publié au bulletin [<http://www.legifrance.gouv.fr/> 18.08.2012]).

bakmak gerekmektedir³¹⁴. Uyuşmazlığın konusunu düzenleyen bu maddede, tarafların karşılıklı iddialarının uyuşmazlığın konusunu oluşturduğu belirtilmekte ve ardından bu iddiaların kapsamı düzenlenmektedir. Buna göre iddialar, savunmanın talepleri ve tahkikate başlama işlemi³¹⁵ tarafından sınırlandırılır. Hangi taleplerin yeni olduğunu tespit edebilmek için esas alınması gereken yeni olma kriterini değerlendirebilmek için istinaf mahkemesinde ileri sürülen talepler ile ilk derece mahkemesindeki talepleri karşılaştırmak gerekecektir³¹⁶. İddianın değerlendirmesi ilk derece mahkemesindeki dilekçeler dikkate alınarak yapılır³¹⁷. İlk derece mahkemesinin talep edilenler hakkında karar vermemiş olması söz konusu olabileceği gibi, talepten fazlaya karar vermiş olması da mümkündür³¹⁸. Ama bu durumda dahi iddianın dilekçede yer almış olması yeterlidir; bu iddianın ispatlanıp ispatlanmadığı da önemli değildir³¹⁹. Bu çerçevede ilk derece mahkemesinde dilekçede yer alan talep yeni talep değildir³²⁰.

Fransız Medenî Usûl Kanunu, ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülen iddiaları gerekçelendirmek için yeni deliller ve yeni belgeler ileri sürülmesine izin vermektedir³²¹. Yeni talep ileri sürülmesi yasağı, yeni vakıa, yeni belgeler ve deliller ileri sürülmesinden ayrılmalıdır. Çünkü yeni vakıa, yeni deliller veya belgeler ileri sürülmesine izin verilmesi, bir talebin değiştirilmeksizin gerekçelendirilmesini

³¹⁴Jean- Louis Gallet, **La procédure civile devant la cour d'appel**, 2. édition, Paris, LexisNexis Litec, 2010, s. 155; Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 7.

³¹⁵Fransız Hukuku'nda "l'acte introductif d'instance" olarak ifade edilen kavramdır. Hukukumuz bakımından iddiaların ilk derece mahkemesine bildirilebildiği son ana karşılık gelmektedir. Bu çerçevede hukukumuzda kural olarak cevaba cevap dilekçesi verilmesi anı ile iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı başladığından (HMK m. 141) bu anı ifade etmektedir. Tahkikat (Instance), mahkemenin talebi ile başlar ve mahkemenin kararına kadar devam eder (Couchez/ Lagarde, s.257). Bu çerçevede "instance" kavramı hukukumuzda tahkikat safhasına karşılık gelmektedir. Tahkikate başlanması (l'introduction de l'instance) ise, mahkemeye çağırını gerektirir (Couchez/ Lagarde, s. 292). Mahkeme tarafından gerçekleştirilen ve tahkikatın başlamasını sağlayan bu işlem "acte introductif de l'instance" olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede biz de bu kavramı, tahkikate başlama işlemi olarak ifade edeceğiz.

³¹⁶Loïc Cadiet, **Code de procédure civile**, Paris, LexisNexis Litec, 2010, s. 400.

³¹⁷Junillon, s. 1236.

³¹⁸Junillon, s. 1236. Hukukumuzda olduğu gibi (HMK m. 24 ve m. 26) Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 5. maddesinde, hakimin sadece talep üzerine ve talep edilenler hakkında karar verebileceği düzenlenmektedir.

³¹⁹Junillon, s. 1236; Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 1995, n° 93-20207, Bull. civ. n° 169.

³²⁰Cass. 2^{ème} civ., 3 juillet 2008 (Cadiet, **Code de procédure civile**, s. 400).

³²¹Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554.

sağlamaktadır. Aynı şekilde taraflar, ilk derece mahkemesindeki savunmaları ve taleplerine zımnen dahil olan iddialarını belirtebilirler³²². Tarafların ilk derece yargılamasında ileri sürdükleri iddiaları gerekçelendirmeleri ve açıklamalarını içeren iddialar yeni değildir³²³. Hukukî sebepte ya da gerekçelendirmede küçük değişiklikler, aksine bir düzenleme olmadıkça yeni iddia olarak değerlendirilmemektedir³²⁴. Taraflar, ilk derece mahkemesinde belirttikleri hukukî sebepten farklı bir hukukî sebep de belirtebilirler³²⁵. Hukukî sebebi farklı olsa bile ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan talep konusu ve sonuçları ile aynı talep konusu ve sonucuna yönelik bir iddia yeni değildir³²⁶. Hukukumuz bakımından da, istinaf kanun yolunda hakim, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi hukuku re'sen uygulayacaktır. Bu nedenle taraflar, aynı talebe ilişkin olarak istinaf kanun yolunda farklı bir hukuki sebep belirtseler dahi yeni iddia söz konusu olmayacaktır. Burada önemli olan belirtilen hukuki sebep ile talep sonucunda ve dava konusunda değişiklik yaratılmamış olmasıdır.

Bu çerçevede yasak olan yeni talep, tarafların, iddiaların niteliklerinin ya da talep konusunun değiştirilmesidir³²⁷. Talep konusunun değiştirilmesine örnek olarak ilk derece mahkemesinde mülkiyet hakkı talep edildikten sonra istinaf aşamasında intifa hakkının talep edilmesi verilmekte ve söz konusu değişiklik mümkün kabul edilmemektedir³²⁸. Buna karşın ilk derece mahkemesinde sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanılmasından sonra istinaf aşamasında haksız fiil sorumluluğuna dayanılması talep konusunun değiştirilmesi olarak değerlendirilmemekte ve bu durum istinaf aşamasında mümkün kabul edilmektedir³²⁹. Bu nedenle hukuki sebebe ilişkin olarak asıl talep ile aynı talep konusu ve sonuçlarına yönelik talep yeni

³²² Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142.

³²³ Lefort, s. 445.

³²⁴ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554; Junillon, s. 1237.

³²⁵ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554; Couchez/ Lagarde, s. 477; Leourd, kn. 27; Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 9, 30; Cass. 3^{ème} civ., 1 oct. 2001, n°011541.

³²⁶ Junillon, s. 1237; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142; Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 10.

³²⁷ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142; Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554; Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 9.

³²⁸ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142.

³²⁹ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554.

değildir³³⁰. Bu çerçevede kanun, istinafta yeni iddia kavramını sınırlayıcı kabul etmektedir³³¹.

Yukarıda verdiğimiz ikinci örnek her ne kadar talep konusunun değiştirilmediği duruma ilişkin olarak gösterilmiş bir örnek olsa da esasen bu durumda hukukî sebebin değiştirilmesi söz konusu olduğu için yasak kapsamında değerlendirilmemektedir. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda olduğu gibi kanımızca hukukumuz bakımından da, vakıaların aynı kalması koşulu ile, hukukî sebebin istinaf kanun yolunda değiştirilmesi mümkün kabul edilmelidir. Zira hakim hukuku kendiliğinden uygulayacağından³³² bölge adliye mahkemesi de hukukî sebebi re'sen araştırarak ve tarafların belirttikleri hukukî sebepten farklı bir hukukî sebeple karar verilmesi gerektiğini tespit ederse kararını buna göre verecektir. Bu nedenle taraflar da, ilk derece mahkemesinde ileri sürdükleri iddiaları ve talepleri değiştirememekle birlikte, aynı iddialara ve taleplere ilişkin farklı bir hukukî sebebi belirtebilmelidirler³³³. Kaldı ki istinaf kanun yolunun kabulü ile amaçlanan bir husus da, ilk derece mahkemesi hakiminin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının denetlenmesi; hukukun doğru uygulanmaması halinde kural olarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılması çerçevesinde karar verilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanılması halinde hukukumuz bakımından, ispatlanması gereken hususlar ile

³³⁰ Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 142.

³³¹ Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 154.

³³² Özekes, hakimın hukuku re'sen uygulayacağı kuralı ile dava dilekçesinde hukuki sebep gösterilme zorunluluğunun birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir (Muhammet Özekes, "Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 757, 758).

³³³ Burada ayrıca değinilmesi gereken bir husus da hukuki sebeplerin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğunun olup olmadığıdır. Doktrinde genel kabul edilen genel görüşe göre, hukukî sebep dava dilekçesinin zorunlu unsuru değildir (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 428; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 292). Özekes, dava dilekçesinde hukukî sebep bildirilmesinin zorunluğu olduğunu belirterek hakimın hukuku kendiliğinden uygulaması kuralının, bu zorunluluğu ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir (Özekes, **Hukukî Sebep**, s. 759). Tarafların vakıaları, taleplerini haklı kılabilecek hukukî sebepleri ile birlikte getirmeleri halinde istedikleri sonuca ulaşabileceklerini belirtmektedir (Özekes, **Hukukî Sebep**, s. 778). Kanımızca dava dilekçesinin unsurlarını düzenleyen HMK m. 119'da eksikliklerinin tamamlanması için kesin süre verilen unsurlar dilekçenin zorunlu unsurlarıdır. Ancak bunlar dışında kalan unsurların eksiklikleri halinde süre verilmesi öngörülmediği gibi davanın açılmamış sayılmasına da karar verilmemektedir. Bu nedenle mevcut düzenleme kapsamında zorunlu unsurlar kapsamında sayılmayan hukuki sebeplerin belirtilmesi de zorunlu olmamalıdır.

haksız fiil sorumluluğuna dayanılması halinde ispatlanması gereken hususlar farklı olabileceği için, söz konusu ispat faaliyetinde kullanılması gereken delillerin ilk derece mahkemesine getirilmiş olması gerekmektedir. Zira istinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikatta kural olarak yeni delil getirilmesi de yasaklanmıştır.

İstinafta kural olarak yeni iddiaları belirtmek yasaktır. Çünkü istinaf, ilk yargılama koşulları içinde gerekçelendirmeye yönelirken, ikinci derece içinde, daha önce tartışılan unsurları değiştirmek yerinde olmayacaktır. Bu yasak özellikle ikinci derece yargılamasının temel özelliklerinden biri olan, ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilen yargılamaya getirilmeyen bir sorunun ikinci derece yargılamasına getirilmesini engellemek ile açıklanmaktadır. İkinci bir sınırlamayı istinafin aktarıcı etkisi sağlar. Ama bunun dışında bir de tantum devolutum quantum judicatum ilkesi çerçevesinde ilk derece mahkemesinde de sınırlanma söz konusudur³³⁴.

Yeni iddiaların ileri sürülmesini yasaklayan Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 564. maddesinde yeni iddia ileri sürülmesi yasağına istisnalar getirilmiştir. Buna göre, taraflar, takas itirazını ileri sürmek³³⁵, esasa ilişkin savunma yapmak, ferî müdahalelden doğan meselelere ilişkin karar verilmesi ya da bir vakianın sonradan ortaya çıkması veya ortaya çıkarılması için yeni iddiaları mahkemeye sunabileceklerdir³³⁶.

Takasa konu olacak alacağın sebebinin ilk derece mahkemesi kararından önce ya da sonra ortaya çıkmış olması önemli değildir³³⁷. Doktrinde söz konusu maddede takasa ilişkin taleplerin yeni olması halinde dahi sürülebilecek olmasının kabul edilmesi çok uygun bir çözüm olarak nitelendirilmektedir³³⁸. Bu çözümden yola çıkarak Brenner/ Fricero, davalının da istinafta ileri sürülen takas iddialarını ortadan kaldırmak için yeni iddialar ileri sürebileceğinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir³³⁹. Esasen belirtmek gerekir ki, maddede esasa ilişkin savunma

³³⁴ Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 1.

³³⁵ Brenner/ Fricero, takasa karşı koymak ifadesini ilk defa istinafta takasın ileri sürülmesi olarak yorumlamaktadır (Brenner/ Fricero, s. 38).

³³⁶ Strickler, **Procédure civile**, s. 267.

³³⁷ Junillon, s. 1242.

³³⁸ Brenner / Fricero, s. 38.

³³⁹ Brenner / Fricero, s. 38.

yapılması için de yeni taleplerin ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Esasa ilişkin savunma yapılması için yeni taleplerin ileri sürülmesinin kabul edilmesi iddia ve savunma hakkına³⁴⁰ da uygun düşmektedir³⁴¹. Ancak doktrinde, esasa ilişkin savunma yapılması kavramının çok genel bir ifade olduğu belirtilmektedir³⁴².

Hukukumuz bakımından takasın istinaf kanun yolunda ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle takasın hukukî niteliğine değinmemiz gerekmektedir. Takas, davanın açılmasından önce ileri sürülebileceği gibi dava sırasında da ileri sürülebilir. Ancak takasın ileri sürülme anı hukukî niteliği itibariyle önem arz etmektedir. Zira davanın açılmasından önce ileri sürülen takas, borçlar hukuku hükümlerine tabi bir maddî hukuk işlemidir ve alacağı sona erdiren bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması³⁴³ olup bunun davada ileri sürülmesi itiraz niteliği taşır³⁴⁴. Ancak belirtmek gerekir ki doktrinde ve Yargı kararlarında takasın hukukî niteliğine ilişkin fikir birliği yoktur. Doktrinde takasın hukukî niteliğinin defi niteliğinde olduğu görüşleri de mevcuttur³⁴⁵.

³⁴⁰Savunma özgürlüğü ilkesi anlamına gelen “Principe de la liberté de la défense” kavramı hukukumuzda Anayasa m. 36’da düzenlenen iddia ve savunma hakkına karşılık gelmektedir.

³⁴¹Brenner/ Fricero, s. 38.

³⁴²Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 83; Junillon, s. 1242.

³⁴³Oğuzman/ Öz, s. 606; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 650; Hüseyin Murat Develioğlu, **Takas**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 12, 13; Eren, s. 1274.

³⁴⁴Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 452; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 210; Develioğlu, s. 222; Gökçen Topuz/ Seçkin Topuz, “Takasın Davada İleri Sürülmesi”, **AÜHFĐ**, Yıl 2008, C. 57, S. 3, s. 721; “...takas beyanı eğer davadan önce karşı tarafa ulaştırılmış ise, durumun muhakeme sırasında bildirilmesi ; diğer bir ifade ile takas iradesinin mahkeme dışında kullanılmış bulunduğu davada ifade olunması hasım tarafın hakkını iskat eden medenî hukuk anlamında bir itiraz teşkil eder... Takas istemek hakkı, davadan önce kullanılmadığı halde ilk defa dava sırasında ileri sürülmesi halinde; hem bir usûl muamelesi ve hem de maddi hukuka giren bir muamele teşkil edeceği cihetle ancak bu takdirde, beyanın müddet ve şekil şartları Usûl Kanununa tabi olduğundan Usûlün 204. maddesi söz konusu olabilir. Kaldı ki 204. maddenin birinci bendindeki hüküm mütakabil davanın kabulü için aranan şartlardan birisinin bildirilmesi maksadıyla konulmuş olup bu hüküm takasın sadece defi olarak ileri sürülmesine engel olmaz...” YHGK, 12.04.1967, E. 966/T-280, K. 195 (ABD, 1967/4, s. 674,674).

³⁴⁵Postacıoğlu, s. 281; Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 621; Bilge/ Önen, s. 459.

Yargıtay da, takas savunmasını bazı kararlarında itiraz³⁴⁶, bazı kararlarında ise defi³⁴⁷ olarak nitelendirmektedir. Bir görüşe göre, takas beyanı, usûlî açıdan bir savunma, itiraz, medenî hukuk açısından ise borcu sona erdirici bir beyan teşkil eder³⁴⁸. Diğer bir görüşe göre ise, takas, hukukî niteliği itibariyle bir defi teşkil eder³⁴⁹. Üstündağ, takas savunmasının hukukî niteliğinin defi olduğu görüşündedir³⁵⁰. Üstündağ, mahkeme dışında dermeyan edilen defi hakkı ile artık talep hakkı ortadan kalktığı için, buna rağmen dava açılmış olan hallerde davalının artık defiyi inşa eden ve sabit olan vakıalara binaen edayı yerine getirmekten kaçındığı muhakemeye getirilen vakılardan anlaşılırsa, hâkimin bunu re'sen, yani tıpkı bir itiraz gibi nazara alacağını belirtmektedir³⁵¹. Üstündağ, takasın davadan önce ileri sürülmesi durumunda, maddî hukuk anlamında bir itiraz olmakla beraber, usûl hukukuna ilişkin geniş anlamda bir defi dermeyan edilmiş olduğunu

³⁴⁶Y. 12. HD, 14.7.2009, 7510/ 15723 (Kazancı İçtihat Bankası); “..Takas itirazı her zaman öne sürülebilir ve süreye tabi tutulmaz...” YHGK, 27.06.1984, E. 1982/ 12- 280, K. 1984/ 752 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

³⁴⁷ “...Takas, muhakeme dışında yapılacak bir beyanla olacağı gibi, HUMK.nun 204/1. maddesindeki düzenlemeye göre yargılama sırasında def'i veya karşılık dava olarak da kullanılabilir. Takas için karşı dava açılması zorunlu olmayıp sadece takas savunmasında bulunulmakla yetinilebilir...” Y. 4. HD., 2. 10.1997, 5050/9059 (**Kazancı İçtihat Bankası**); “...Dava dayanağı hukukî olay inkar edilmemekle birlikte, talep sonucunu reddeden, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren yeni olayların ileri sürülmesine "itiraz" denir. Davalının açıkça itiraz ettiğini belirtmesine gerek kalmadan, dava dosyasındaki bilgilerden bir itiraz sebebinin varlığı anlaşılıyorsa, hakimin bunu resen (kendiliğinden) dikkate alması gerekir. Dava konusu borcun ödendiğini gösteren ücret bordroları, ibranameler, feragatnameler itiraz niteliğindedir. Her zaman dikkate alınmalıdır. Davalının, dava dayanağı olayı ve borcun varlığını inkar etmeden, borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren hakka defi denir. En tipik örneği, "zamanaşımı def'i"dir. Defiler, dava dilekçesine cevap verilirken ileri sürülmelidir. Aksi halde, davalı "savunmanın genişletilmesi yasağı" ile karşılaşabilir. Defiler, davada ileri sürülmedikçe hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmazlar. Takas ve mahsup bir defidir. İleri sürülmedikçe kendiliğinden dikkate alınmaz...” Y. 9. HD., 18.01.2010, E. 2008/14670, K. 2010/14 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

³⁴⁸ Develioğlu, s. 240.

³⁴⁹ Postacıoğlu, s. 281; Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 621.

³⁵⁰ Saim Üstündağ, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, İÜHF 1960, C. 25, S. 1-4, s. 223; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 349.

³⁵¹ Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 349; Üstündağ, bu çerçevede, Yargıtay'ın kararlarında dava dışında beyan edilen takasın itiraz teşkil edeceğine ilişkin kararlarından yola çıkarak, zamanaşımı defi için de aynı hususun geçerli olması gerektiğini belirtmekte ve Yargıtay'ın, icra takibi sırasında ileri sürülen zamanaşımına vakıf olan hakimin bunu resen dikkate almayacağına ilişkin kararına değinmektedir (Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 349-350).

belirtmektedir³⁵². Yazar, davalının bu suretle davacının hakkını ortadan kaldıracak bir vakıa ileri sürmekte olup bu durumun davalının, dava konusu alacak hakkında daha evvelden yapılan bir ibra sözleşmesine veya yaptığı bir ödemeye dayanmasından farklı olmadığını belirtmektedir³⁵³.

Bu tür bir itiraz dava dosyasından anlaşılabilirdiği takdirde, hakim tarafından her zaman re'sen dikkate alınabilecek ve taraflar da dava dosyasından anlaşılacak takas itirazını, her zaman ileri sürebileceklerdir³⁵⁴. Zira dava dosyasından anlaşılacak itiraz sebeplerinin sonradan ileri sürülmesi savunmayı genişletme kapsamında değildir³⁵⁵. Ancak takas, dava dosyasından anlaşılamiyorsa bu durumda takas savunmasının ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşacaktır³⁵⁶. Bu durumda dava malzemesi arasına girmiş olan takas, ilk defa istinaf yargılamasında fark edilirse ne olacağı konumuz açısından önem taşımaktadır. Takas itirazının, istinaf kanun yolunda da kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Zira, her ne kadar bölge adliye mahkemesinde yapılan tahkikat, ilk derece mahkemesindeki tahkikate nazaran daha sınırlı şekilde yapılsa da Medenî Usûl Hukuku ilkeleri bu tahkikatta da geçerliliğini koruyacaktır. Bu nedenle ilk derece yargılamasında hakimin re'sen göz önünde bulundurabileceği hususlar, istinafta yapılan tahkikatta da hakim tarafından resen göz önünde bulundurulacaktır. Bu nedenle dava malzemesi arasında yer alan takas itirazı gibi, diğer tüm itirazlar da hakim tarafından re'sen göz önüne alınacaktır. Ayrıca taraflar da, dava dosyasından anlaşılacak bu itirazları istinaf kanun yolunda da ileri sürebileceklerdir.

Dava açılmadan önce kullanılmayan takas hakkı ilk defa dava esnasında da kullanılabilir. Bu durumda cevap dilekçesinde (veya ikinci cevap dilekçesinde) ileri sürülen takas maddî hukuka ilişkin de sonuç doğuracaktır. Ancak o ana kadar takas hakkı hiç kullanılmamış ve en geç ikinci cevap dilekçesinde³⁵⁷ de ileri sürülmemişse,

³⁵² Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 514; Üstündağ, **Takas**, s. 214.

³⁵³ Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 514.

³⁵⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 452; Develioğlu, s. 223.

³⁵⁵ Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. II, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayını, 2001, s. 1811- 1812.

³⁵⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 452; Develioğlu, s. 223.

³⁵⁷ Eğer karşı taraf, mazeretsiz olarak ilk derece mahkemesinde yapılan ve usûlüne uygun olarak davet edildiği ön inceleme duruşmasına gelmezse, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi bu aşamada da mümkün olacaktır (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 474, 475).

artık savunmanın genişletilmesi yasağı çerçevesinde değerlendirilecektir³⁵⁸. Takas hakkının ilk defa davada ileri sürülmesi halinde, takasın hukukî niteliğini açıklayan, iki teori mevcuttur. Maddî hukuk teorisine göre; takasın mahkemede dermeyanı olayında çifte vakıa vasfı görülmektedir³⁵⁹. Bunlardan biri, özel hukuka ilişkin takas beyanının yapılması olup bu vakıanın geçerlilik şartlarını tamamen özel hukuk düzenler. Diğeri ise, davalının bu surette meydana getirilen alacağın sukutu vakıasına istinat ettirmesi halidir ki, bu durum usûl hukukuna tabidir. Burada önem arzeden husus, takası medenî hukuk teorisi çerçevesinde değerlendirirsek geçerlilik şartlarını tamamen maddî hukuk belirleyecektir. Buna karşın dava sırasında ileri sürülen takası usûl hukuku işlemi olarak addedersek tamamen usûl hukukuna tabi olan bir usûl hukuku işlemi olacaktır³⁶⁰. Usûl işlemi teorisi esas alındığında, bunun sonucu olarak bu işlemlerin şeklini ve unsurlarını usûl hukuku normları belirler³⁶¹. Bu çerçevede davada usûlî işlemin geçersiz olduğu hallerde ileri sürülen takas beyanı usûl işlemi olarak kabul edilirse takas da geçersiz olacaktır³⁶²; ancak maddî hukuk işlemi olarak kabul edilirse takas ileri sürülmekle birlikte maddî hukuka ilişkin sonuçlarını doğuracaktır. Buna karşın, Üstündağ, Alman Hukuku'nda, davada takasın dermeyanının açıklanan teorideki gibi çifte ve birbirinden ayrı iki muamele getirmeyeceğini ve takasın mahkemede dermeyanı ile bu işlemin medenî hukukta mevcut neticeleri meydana getireceğini belirtmektedir³⁶³. Bu bakımdan davada dermeyan edilen takas, hem usûl işlemi ve hem de maddî hukuka ilişkin bir işlemdir. Bu çerçevede takasın mahkemede dermeyanında çifte vakıa değil, çifte işlem vasfı görülmelidir. Bu teoriden çıkan en önemli sonuç ise takasın usûl işlemi olarak yapılmakla birlikte inşai hak olma özelliğini korumasıdır; bu nedenle de işlemin iptali tamamen medenî hukuk esaslarına göre olacaktır³⁶⁴.

Kanımızca takasın, ilk defa davada ileri sürülmesi halinde savunmanın genişletilmesi yasağı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu çerçevede yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda, cevaba cevap

³⁵⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 474, 475; Ejder Yılmaz, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", **MİHDER**, 2010/II, s. 278.

³⁵⁹ Üstündağ, **Takas**, s. 218- 219; Aral, s. 212.

³⁶⁰ Üstündağ, **Takas**, s. 218; Aral, s. 213.

³⁶¹ Üstündağ, **Takas**, s. 219- 220; Aral, s. 213.

³⁶² Aral, s. 213.

³⁶³ Üstündağ, **Takas**, s. 219; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 515.

³⁶⁴ Üstündağ, **Takas**, s. 219; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 515.

dilekçesinde ya da karşı tarafın ön inceleme duruşmasına katılmaması nedeniyle rızasına ihtiyaç olmaksızın savunmanın genişletilmesinin mümkün olması halinde ileri sürülmeyen takas savunması artık yargılamanın ilerleyen aşamalarında da ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnaları çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda, dava açılmasından önce veya ilk derece mahkemesinde kullanılmamış olan takas hakkı, istinaf kanun yolu aşamasında da dikkate alınmayacaktır. Takasın davada ileri sürülmesi usûl hukuku kurallarına göre olacaktır. Dava dışında ileri sürülmesi durumunda ise, bu husus davaya diğer maddî vakıalar gibi getirilmelidir³⁶⁵.

Dava dosyasından anlaşılan itiraz sebeplerinin dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasından sonra ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında değildir. Çünkü hakim, dava dosyasından anlaşılan itirazları kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Buna karşılık davacının dilekçelerinden anlaşılamayan itiraz sebepleri, davalı tarafından süresi içinde verilen cevap dilekçesinde bildirilmemiş ise, bu itiraz sebeplerinin sonradan ileri sürülmesi yeni vakıaların bildirilmesidir ve vakıaların değiştirilmesi ve genişletilmesi de savunmayı genişletmedir³⁶⁶.

Taraflar, ilk derece mahkemesinde belirttikleri iddia ve savunmalarına dahil olan, yani bu iddia ve savunmaların içinde yer alan iddia ve savunmalarını da bölge adliye mahkemesinde ileri sürebilmelidirler. Fransız Hukuku'nda da, tarafların bu kapsamdaki taleplerini açıklayabilecekleri kabul edilmektedir. Bu kapsamda, Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 566. maddesine göre, taraflar ilk derece mahkemesinin incelemesine sundukları talepleri ve savunmaları içinde anlaşılan iddialarını açık ve net olarak belirtebilirler. Ayrıca yine aynı madde uyarınca, ikincil nitelikte olan taleplerini, taleplerinin sonucu ya da tamamlayıcısı niteliğinde olan iddialarını ekleyebilirler. 566. madde metni iki konuyu ele almaktadır. Önce tarafa hatalı açıklamalarını düzeltmesine ve kesin ve net bir biçimde belirtmesine izin vermektedir³⁶⁷. Aslında bu durumda yeni talep söz konusu değildir. Taraf ilk derece mahkemesinde yeterli olarak açıklanamayan talebi istinaf mahkemesi önünde

³⁶⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 255.

³⁶⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 319; Kuru, **C. II**, s. 1776.

³⁶⁷ Héron/ Le Bars, s. 611; Junillon, s. 1239.

açıklığa kavuştururken yeni talep ileri sürmemekte, daha önce ileri sürülen aynı taleple yetinmektedir³⁶⁸. Bu nedenle söz konusu husus hukukumuz bakımından da mümkün kabul edilmelidir; zira bu durumda yeni talep söz konusu değildir. Diğer yandan 566. madde taraflara, istinaf mahkemesi önünde ilk derece mahkemesine sundukları asıl taleplere bağlı olan ve ikincil nitelikte olan talepleri eklemelerine izin vermektedir. Bu çerçevede taraf, ilk derece mahkemesinde verilen karardan sonra hükümde yer alan ve ödemeye mahkum olduğu borcun sona ermiş olduğunu istinaf kanun yolunda ileri sürebilecektir³⁶⁹.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 566. maddesinden çıkan sonuç, tarafların iddialarını açıklayabilecekleridir. İddialar, aslında ilk yargılamada ileri sürülmüş olan talep ve savunmalar içinde anlaşılmalıdır. Taraflar, taleplerinin ferî, sonucu veya tamamlayıcısı olan tüm taleplerini ve savunmalarını ekleyebilirler³⁷⁰. Örneğin; ilk derecede boşanma talebinin ferî niteliğinde olarak tazminat talebini³⁷¹ veya takas edimi talebini ekleyebilirler³⁷². Kira sözleşmesinin feshi davasında kiralananın tahliyesinin de talep edilmesi halinde ferî nitelikte olan bu tahliye talebi yeni bir talep niteliğinde görülmemektedir³⁷³. Başlangıçtaki yasal faiz oranına nazaran sözleşmesel oranda faiz ödenmesi talep edilebilir³⁷⁴. İkinci derece yargılamada kural, mutlak bir karakter almaktan uzaklaşmaktadır³⁷⁵. Fakat istinaf kanun yolu, yargılamanın yavaşlamasına neden olmamalıdır³⁷⁶. Bu nedenle 566. madde düzenlemesi çerçevesinde bu iddiaların asli taleplere yeterince bağlı kalması bir zorunluluktur³⁷⁷. Esasa ilişkin bir talebin ilk derece mahkemesine sunulan bir talep olması zorunludur³⁷⁸. Hukukumuz bakımından ise, ferî nitelikteki taleplerin istinaf kanun

³⁶⁸ Héron/ Le Bars, s.611; Junillon, s. 1240; Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1980, n°79-10563, Bull. civ. IV, n° 21.

³⁶⁹ Héron/ Le Bars, s. 611.

³⁷⁰ Strickler, **Procédure civile**, s. 263; Brenner/ Fricero, s. 38; Gerbay/ Gerbay, s. 182.

³⁷¹ Brenner/ Fricero, s. 38.; Junillon, s. 1241; Lesourd, kn. 33; Cass. 2^{ème} civ, 18 sept. 1996, n° 94-12526, Bull. civ. II, n° 211; Civ. 2^{ème}, 23 janv. 2001, n 009776.

³⁷² Brenner/ Fricero, s. 38.

³⁷³ Cass. 3^{ème} civ., 13 juin 2001: Juris-Data n 2001-010084; JCP G 2001, IV, n 2497 (Lesourd, kn. 33).

³⁷⁴ Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2001, Juris- Data n 2001 -010133 (Lesourd, kn. 33).

³⁷⁵ Strickler, **Procédure civile**, s. 262.

³⁷⁶ Strickler, **Procédure civile**, s. 262.

³⁷⁷ Junillon, s. 1240.

³⁷⁸ Junillon, s. 1240.

yolunda ileri sürülmesi mümkün olmadığı gibi iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının istisnalarına başvurarak dahi söz konusu taleplerin ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle hukukumuz bakımından, yukarıda belirttiğimiz örneklerde tazminat talebi, takas talebi ya da tahliye talebi asli talep ile bağlantılı olsa bile ilk defa istinaf kanun yolunda yapılamayacaktır.

Fransız Hukuku'nda tamamen yeni taleplerin sadece istisnai şekilde göz önüne alınacağı kabul edilmektedir. Ancak hukukumuz bakımından gerek tamamen yeni talepler gerek ise asli talep ile bağlantılı olan ferî nitelikteki taleplerin göz önünde bulundurulması hiçbir şekilde mümkün değildir. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 554, 555, 564 ve 567. maddelerinde, istinafta yeni taleplerin ileri sürülmesine ilişkin önemli istisnalar yer almaktadır³⁷⁹. Özellikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara bakan İş Mahkemesi yargılamasına ilişkin olarak İş Kanunu hükümlerine de bakılması gerekmektedir³⁸⁰. İş Kanunu m. 1452-7'de genel bir düzenleme öngörülmektedir. Bu madde uyarınca aynı iş sözleşmesinden kaynaklanan yeni talepler istinaf kanun yolunda da ileri sürülebilir³⁸¹. Medeni Usul Kanunu'nda yer alan yeni taleplerin ileri sürülememesine ilişkin maddenin iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda belirtilen kapsamda uygulanmaması iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan ilk derece mahkemesinin (prud'homme) tekliğine ilişkin kurallara bağlanmaktadır³⁸². Talep eden (uygulamada genellikle ücretli çalışan) sadece iş sözleşmesine bağlı haklarından yararlanmak için yeni talep oluşturabilir; bu kanun tarafın henüz istinafta ilk defa talebi, eksikliği gidererek sunmasını kabul etmektedir³⁸³. Ancak doktrinde³⁸⁴ İş Kanunu ile getirilen bu düzenlemenin çok önemli bir düzenleme olmadığı belirtilmektedir. Zira çoğu zaman ilk talebe bağlı olan bir talebin istinaf yargılaması sırasında ileri sürülmesi ya da ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan taleplerin ikincil nitelikte olanları ile

³⁷⁹ Héron/ Le Bars, s. 612.

³⁸⁰ Héron/ Le Bars, s. 612; Gerbay/ Gerbay, s. 180.

³⁸¹ Fransız Medeni Usul Hukuku'nda terminoloji olarak taleplerin ileri sürülüp sürülememelerine ilişkin olarak "kabul edilebilir" ya da "kabul edilemez" kavramları kullanılmaktadır. Fakat hukukumuz bakımından "ileri sürülebilir" ya da "ileri sürülemez" olarak belirtmek daha uygundur.

³⁸² Héron/ Le Bars, s. 612.

³⁸³ Héron/ Le Bars, s. 612; Larguier/ Conte/ Blanchard, s. 114.

³⁸⁴ Héron/ Le Bars, s. 612.

taleplerin tamamlayıcısı olan taleplerin ileri sürülmesi mümkündür³⁸⁵. Aynı şekilde söz konusu talepler için karşı dava açılması da istinaf aşamasında mümkündür³⁸⁶. İş yargısı dışında, yeni bir talebin kabul edilmesi daha çok iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamındadır; fakat yeni talep ileri sürülmesi yasağına ilişkin istisnalar da mevcuttur³⁸⁷.

Fransız Hukuku'nda istinaf kanun yolunda da, diğer tüm yargılama usullerinde olduğu gibi kural olarak iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi kabul edilmemektedir³⁸⁸. Taraflar ilk derece mahkemesindeki tüm talepleri ve aynı şekilde tüm savunmaları ile bağlı olmalıdır. Buna karşılık istinafta, saedece ilk derece yargılamasında kötü yargılama yapılmasına bağlı olan ispat vasıtalarının değerlendirilmesine izin verir³⁸⁹. Ancak Fransız Hukuku'nda, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yukarıda belirttiğimiz şekilde istisnalar tanınmaktadır. Esasen gerek maddi gerçeğe ulaşılması gerek ise yargılamanın uzun bir süre devam edilmesi nedeniyle hukukumuz bakımından da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına bazı istisnalar kabul edilmesi yerinde olacaktır.

IV. Aleyhe Hüküm Verme Yasağı Bakımından Değerlendirme

Taraflardan sadece biri istinaf kanun yoluna başvurursa inceleme sadece onun lehine ve ileri sürdüğü sebeplerle sınırlı olarak yapılır³⁹⁰. Bu inceleme sonunda kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine karar verilecek veya bozulacak hususlar tespit edilse bile, onun aleyhine hüküm bozulamaz; zira kanun yoluna başvurmayan tarafın verilen hükmü zımnen onayladığı kabul edilir³⁹¹. Buna aleyhe karar verme (aleyhe bozma yasağı) denir. Ancak eğer her iki taraf da kanun yoluna başvurursa bu durumda aleyhe bozma yasağı söz konusu olmaz³⁹². Aleyhe bozma yasağı, gerek

³⁸⁵ Héron/ Le Bars, s. 612.

³⁸⁶ Héron/ Le Bars, s. 613.

³⁸⁷ Héron/ Le Bars, s. 613.

³⁸⁸ Héron/ Le Bars, s. 607.

³⁸⁹ Héron/ Le Bars, s. 607.

³⁹⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 742.

³⁹¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 742.

³⁹² Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 891; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 743; Akkaya, s. 228.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte tereddütsüz kabul edilmektedir³⁹³. Aleyhe bozma yasağı, l'interdiction de la reformatio in pejus olarak ifade edilmektedir³⁹⁴. Karşı taraf, katılma yoluyla ya da doğrudan istinafa başvurmadıkça, başvuru mercisi, kararı başvuran taraf aleyhine değiştiremez³⁹⁵. Hakimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi, kanun yollarında aleyhe bozma yasağı ilkesi ile sınırlandırılmaktadır³⁹⁶. Aleyhe bozma yasağı, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve kamu düzenine ilişkin hususlarda geçerli değildir³⁹⁷.

Aleyhe bozma yasağı dar anlamda ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda aleyhe bozma yasağı, taraflardan yalnız biri tarafından temyiz edilen hükmün, temyiz eden tarafın aleyhine olarak Yargıtay'ca bozulamayacağını ifade eder³⁹⁸. Geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ise, Yargıtay'ın verdiği bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinin de, artık temyiz eden tarafın, bozulan karara nazaran daha aleyhine olan bir hüküm veremeyeceğini ifade eder³⁹⁹. Geniş anlamda aleyhe bozma yasağına aleyhe hüküm verme yasağı denilmektedir⁴⁰⁰. Aleyhe bozma yasağı, istinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte bölge adliye mahkemelerinde de geçerli olacaktır⁴⁰¹. Aleyhe bozma yasağı, istinaf

³⁹³ Kuru, **C. V**, s. 4674, 4727; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 743; istinaf kanun yolunda aleyhe bozma yasağı, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 283. maddesinde düzenlenmektedir.

³⁹⁴ Hohl, s. 431, 432; Tappy, **Les voies de droit**, s. 135.

³⁹⁵ Hohl, s. 431- 432.

³⁹⁶ Akil Cenk, "Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", **AÜHF**, C. 57, S. 3, 2008, s. 25.

³⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 743; Akkaya, s. 227; "...Kural olarak, taraflardan yalnız birinin temyiz etmiş olduğu hüküm, temyiz eden tarafın aleyhine olarak bozulamaz. Ancak kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında aleyhe bozma yasağı kuralı uygulanamaz. Başka bir anlatımla, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hüküm temyiz edenin aleyhine, temyiz etmemiş olan taraf lehine bozulabilir. Kamulaştırma bedelinin artırılması davaları kamu düzenine ilişkindir. Açıklanan nedenlerle bu nevi davalarda aleyhe bozma yasağı kuralı uygulanmaz..." YHGK, 7.12.2005, 18-555/ 706 (Kazancı İçtihat Bankası) .

³⁹⁸ Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 891; Kuru, **C. V**, s. 4727; Baki Kuru, "Hukuk Usûlünde Aleyhe Bozma Yasağı", **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 319; Akkaya, s. 225.

³⁹⁹ Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 892; Bilge/ Önen, s. 667,668; Kuru, **C. V**, s. 4732; Kuru, **Aleyhe Bozma Yasağı**, s. 323; Akkaya, s. 225.

⁴⁰⁰ Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 892; Kuru, **C. V**, s. 4732; Kuru, **Aleyhe Bozma Yasağı**, s. 323; Akkaya, s. 225.

⁴⁰¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 743.

kanun yolu hükümlerinin uygulandığı kanun yolu sisteminde geçerli olursa da kavram olarak istinaf kanun yolu için tercih edilen bir kavram olmamalıdır. Zira istinaf kanun yolunda, bölge adliye mahkemesi bozma kararı vermemektedir. Bu nedenle aleyhe hüküm verme yasağı olarak ifade edilmesi daha yerinde olacaktır.

V. Usûlî Müktesep Haklar Bakımından Değerlendirme

Usûlî müktesep hak kavramı, kanunumuzda düzenlenmemekle birlikte içtihadı birleştirme kararları ile kabul edilmiş ve geliştirilmiştir⁴⁰². Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usûl işlemi ile taraflardan biri lehine, diğeri aleyhine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka usûlî kazanılmış hak denir⁴⁰³.

⁴⁰²Saim Üstündağ, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum”, **İÜHFİM**, 1962, C. 28, S. 1, s. 148; Bilge/ Önen, s. 671- 672; Pekcantez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 817; Kuru, C. V, s. 4739; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 883; Şavata Tanverdi, s. 86; Akkaya, s. 229; “...Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şumulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadiyle kabul edilmiş çok önemli bir usûlî hükmüdür. Bir cihetin bozma kararının şumulü dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet, açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir. Yahut da onu hedef tutan bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Temyiz Dairesince incelediği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet dairece bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemece uyulmuş olması, taraflardan birisi lehine usûlî bir müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Temyiz Mahkemesi halele uğratabilir. Zira usûlî müktesep hakkın tanınması da amme intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır...” YİBGK, 04.02.1959, E. 1957/13, K. 1959/5 (**Kazancı İçtihat Bankası**); “...Bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyulması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukukî esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü meydana gelir. Usûlî kazanılmış hak olarak tanımlayacağımız bu durum, mahkemeye hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararındaki esas çerçevesinde işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirir...” YHGK, 29.05.2002, 7-444/ 463 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

⁴⁰³Kuru, C. V, s. 4737; Akkaya, s. 229; “...Bir davada, mahkemenin veya taraflardan birinin yapmış olduğu usûlî işlem ile biri lehine ve diğeri aleyhine doğmuş ve buna uyulması zorunlu olan hakka usûlî kazanılmış hak denir...” YHGK, 5.2.2003, 8-83/ 72 (**Kazancı İçtihat Bankası**); “...usûlî kazanılmış hakkın hukukî sonuç doğurabilmesi için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir...” YHGK, 4.3.2009,10-34/104 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

Yargıtay, usûlî müktesep hak kavramını ilk defa, Yargıtay'ın bozma ilamı üzerine yapılacak olan yargılamanın hangi doğrultuda ve hangi sınırlar çerçevesinde yürütüleceğini belirlemek amacıyla kullanmıştır⁴⁰⁴. Bozma kararı üzerine ortaya çıkan usûlî müktesep hak iki anlamı ihtiva etmektedir⁴⁰⁵. Bu çerçevede bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi, yeniden yapacağı yargılamada, bozma ilamında gösterilen şekilde araştırma ve inceleme yaparak yine bu ilamda belirtilen hukukî esaslar gereğince karar vermelidir⁴⁰⁶. Diğer yandan bozma kararının dışında kalan hususlar kesinleşir ve bu nedenle ilk derece mahkemesi, bu noktalarda yeniden araştırma ve inceleme yaparak hüküm tesis edemez⁴⁰⁷. Bu çerçevede Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'nda, bozmaya uyma ile taraflardan biri lehine usûlî müktesep hakkın oluştuğunu ve bu hakkın ilk derece mahkemeleri tarafından da Yargıtay tarafından da ihlal edilemeyeceğini belirtmektedir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴Şavata Tanverdi, s. 86; Yargıtay, usûlî müktesep hak kavramını diğer bazı usûlî sorunların çözümünde de kullanmaktadır. Örneğin bilirkişi raporuna sadece taraflardan birinin itiraz etmesi halinde onun lehine usûlî kazanılmış hak oluşacağı kabul edilmektedir. Ara kararlarının bağlayıcılığını açıklamak için de, ara karar ile taraflardan biri lehine usûlî müktesep hak doğması halinde bu ara karardan rücu edilemeyeceğini belirtmektedir (Şavata Tanverdi, 87 vd.; Akkaya, s. 230).

⁴⁰⁵Kuru, C. V, s. 4739; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 884; Karslı, s. 828; Karayalçın Yaşar, "Adli Yargıda Usûlî Müktesep Hak", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara, 2006, s. 152; Akkaya, s. 230.

⁴⁰⁶Üstündağ, **Temyizin Nakzı**, s. 148; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 770; Baki Kuru, "Usûlî Müktesep Hak", **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 331; Şavata Tanverdi, s. 87; Karayalçın, s. 152; "...bozma kararına uyulmakla orada açıklanan biçimde araştırma ve inceleme yapılması, yine orada benimsenen hukukî esaslar uyarınca karar verilmesi konusunda usûlî kazanılmış hak doğar. Usûlî kazanılmış hak kamu düzeni düşüncesi ile kabul edilmiş olup, uyulması zorunlu bir hukuk ilkesidir..." Y. 11. HD, 23.6.2000, 5459/ 5902 (**Kazancı İçtihat Bankası**); Aynı yönde bkz. YHGK, 5.2.2003, 8-83/ 72 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

⁴⁰⁷Bilge/ Önen, s. 672; Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 358; Kuru, **Usûlî Müktesep Hak**, s. 334; "...Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usûlî kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usûlî kazanılmış hak gerçekleşebilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usûlî kazanılmış hak oluşturur..." YHGK, 4.3.2009, 10-34/ 104 (**Kazancı İçtihat Bankası**); Aynı yönde bkz. YHGK, 28.9.2005, 8-512/ 535 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

⁴⁰⁸Şavata Tanverdi, s. 87.

Usulî müktesep hak kavramı, doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu çerçevede Belgesay, Yargıtay'ın bozma kararının kapsamında yer almayan kısımların kesinleşeceğini belirtmekte ve fakat bunun için usûlî müktesep hak kavramına başvurmamaktadır⁴⁰⁹. Postacıoğlu da, usûlî müktesep hak kavramının zihinleri bulandıran bir kavram olduğunu ve eğer bozmanın kapsamı dışında kalan hususların kesinleştiği kabul ediliyorsa, artık bu noktalarda kesin hüküm teşkil ettiğini belirtmektedir⁴¹⁰. Bu durumda bozma kapsamı dışında kalan kısmın kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle bu hususların yeniden incelenmesinin önlenebileceğini belirtmektedir⁴¹¹. Postacıoğlu, Yargıtay'ın usûlî müktesep hak kurumunu yaratmasının nedenini de, Yargıtay'ın kesin hükmü sadece mahkemenin işten el çekmesini gerektiren hükümler bakımından öngördüğünü; böyle olunca da bozma kapsamı dışında kalan kısımların kesinleşmesini açıklayan hukukî dayanaktan yoksun kaldığını belirtmektedir⁴¹². Usûlî müktesep hakkın varlığını reddetmek için kamu düzeni düşüncesine başvurmak da değişik sonuçlara ve tartışmalara yol açabilir⁴¹³. Doktrinde, bozma kararının kapsamı dışında kalan kısım için usûlî müktesep hak kurumuna ihtiyaç olmadığı; zira bozma kapsamı dışında kalan kısımların müktesep hak teşkil etmesinin kesinleşme ile karıştırılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir⁴¹⁴.

Bozmadan sonra yapılan tahkikat sırasında ilk derece mahkemesinin usûlî müktesep hakla bağlılığının, davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile sınırlı olacağı ve karşı tarafın rızası ile usûlî müktesep hakkın bertaraf edilebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁵. Kanımızca eğer usûlî müktesep hak, Yargıtay'ın kararlarında

⁴⁰⁹ Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I, Teoriler C. III, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usûlü Muhakemesinde Deliller**, 3. Bası, İstanbul, Duygu Matbaası, 1950, s. 211; Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, İsbat ve Hüküm Teorileri C. III**, 3. Baskı, İstanbul, Üçler Basımevi, 1951, s. 211

⁴¹⁰ Postacıoğlu, s. 763.

⁴¹¹ Postacıoğlu, s. 763.

⁴¹² Postacıoğlu, s. 763.

⁴¹³ Postacıoğlu, s. 767.

⁴¹⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 483; HGK 9.11.1968, 1/741, ABD, 1969/1, s.54.

⁴¹⁵ Postacıoğlu, s. 765; Bilge/ Önen, s. 674; Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, s. 895; Şavata Tanverdi, s. 191; Üstündağ, **Temyizin Nakzı**, s. 175; Saim Üstündağ, "Uyulan Bozma İlamının Bağlayıcı Gücü", **İÜHFİM**, 1963, C. 29, S. 3, s. 839; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 897; "...Her ne kadar Yargıtay bozmasına uyduktan sonra o yolda işlem yapmak veya karar vermek gerekirse de ve lehine bozulan taraf için usûlî kazanılmış hak doğarsa da; bazı hallerde mahkeme,

belirtildiği gibi kamu düzenine ilişkin olsa idi, kamu düzenine ilişkin bir kuralın tarafların rızası ile dahi ortadan kaldırılması mümkün kabul edilmemeliydi.

Bunun dışında usûlî müktesep hak kurumunun kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilen istisnaları da mevcuttur. Yargıtay içtihatları ile kabul edilen usûlî müktesep hak kurumunun istisnaları da yine Yargıtay içtihatları ile benimsenmektedir. Buna göre, usûlî müktesep hakkın doğumundan, yani ilk derece mahkemesinin bozma kararına uymasından sonra, yeni bir içtihadı birleştirme kararının çıkması veya o konuda yeni bir kanun hükmünün yürürlüğe girmesi halleri usûlî müktesep hakkın istisnası olacaktır⁴¹⁶. Aynı şekilde görev, temyiz yetkisi, hak düşürücü süre, kesin hüküm de kamu düzenine ilişkin görülmekte ve bu nedenle usûlî müktesep hakkın istisnaları olarak görülmektedir⁴¹⁷. Bunun gibi bozmaya uyma ile başlanan tahkikatta iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine karşı tarafın rıza göstermesi halinde mahkeme söz konusu hususları da inceleme konusu yapacaktır. Bu nedenle bozmadan sonra ileri sürülen yeni iddia ve savunmalar çerçevesinde hukukî durumda değişiklik yaratılırsa usûlî müktesep hakka değil yeni hukukî duruma göre karar verilecektir⁴¹⁸. Kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilen bir kurumun tarafların tasarrufu ile ortadan kaldırılabilmesinin kabul edilmesi, söz konusu kurumun kamu düzeni düşüncesi ile açıklanması ile de çelişmektedir⁴¹⁹.

kesin bozmaya rağmen başka türlü karar verebilir. Örneğin ...tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri ve diğer tarafın buna açık veya zımni muvaffakatı halinde mahkemenin, bozmaya uygun şekilde vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm vermesi mümkündür..." Y 14. HD, 14.1.1976, 1975/ 4974 E., 1976/ 101 (Şavata Tanverdi, s. 191- 192).

⁴¹⁶ "...Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, usulü kazanılmış hakkın istisnasını teşkil ederler. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, kanun yoluna başvurma, kanun yoluna başvuranların durumunu ağırlaştırmaz, (*Reformatio in peius*) şeklinde özetlenen kuralın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ederler. Bu ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınarak davanın incelenip karara bağlanması gerekir..."YHGK, 7.4.2004, 10-214/ 198 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴¹⁷ Kuru, **Usûlî Müktesep Hak**, s. 338-340.

⁴¹⁸ Kuru, **Usûlî Müktesep Hak**, s. 341.

⁴¹⁹ Kamil Yıldırım, "Medenî Usûl Hukukunda Reformatio İn Peius Yasağı", **Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1993, s. 161.

Usûlî müktesep hak kavramı, yerinde bir kavram değildir. Hem kamu düzeni düşüncesiyle yaratılan bir kavram olup⁴²⁰ hem de yine kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilen istisnaları mevcuttur. Usulî müktesep hak kavramı kamu düzeni düşüncesi ile kabul ediliyorsa, bunun bir başka kamu düzeni düşüncesi ile ortadan kaldırılamaması gerekmektedir⁴²¹. Esasen usûlî müktesep hak kavramının yaratılmasına neden olan kamu düzeni düşüncesinden daha üstün gelen kamu düzeni nedeni ile istisnalarının kabul edildiği düşünülebilirse bile kamu düzenine ilişkin nedenler arasında hiyerarşi yaratılması da zorlama bir tutum olmaktadır. Bu kavramın hukukî dayanağı yoktur. Bozma kararından sonra hakim tutarlı bir karar vermelidir. Bu tutarlılığın sağlanması için usûlî müktesep hak kurumuna ihtiyaç olmamalıdır. Yargıtay Kararlarında, usûlî müktesep hakkın birçok hukuk kaidesi gibi istisnaları olabileceği belirtilmektedir⁴²². Ancak hukuk sistemimizde, kanun koyucunun kamu düzeninden kabul ettiği hükümlere istisna kabul edilmemektedir. Bu nedenle kanımızca kamu düzenine ilişkin olduğu için kabul edilen usûlî müktesep hak kavramına bu gerekçe ile istisna yaratılması da mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede kamu düzeni gerekçesi usûlî müktesep hak ve bu hakkın istisnalarını açıklamak için yetersiz kalmaktadır. Nitekim hakim, usûlî müktesep hak kavramı kabul edilmese dahi bozma kararı kapsamında bir inceleme yapmalıdır, zira bozma kararı düzenlemesinin hukuk sistemimizde kabul edilmiş amacı da bu çerçevededir; bunu gerçekleştirebilmek için herhangi bir kavram ihdas edilmesine gerek dahi olmamalıdır. Akkaya, genel bir eleştiri getirerek usûlî müktesep hak kurumuna gerek olmadığını belirtmektedir⁴²³. Yıldırım da, Yargıtay'ın bozma kararından sonraki safhada, ilk derece mahkemesinin gerek usûlî müktesep hakka gerek ise aleyhe bozma yasağına ihtiyaç olmaksızın kanun yolunun fonksiyonu icabı Yargıtay'ın kararı ve özünde kendi kararı ile bağlı olacağını belirtmektedir⁴²⁴.

⁴²⁰“... usûlî müktesep hakkın tanınması da amme intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır.”
YİBGK, 4.2.1959, 1957/13 E., 1959/ 5 K. (**Kazancı İctihat Bankası**); Aynı yönde bkz. Y 11. HD, 26.6.2000, 5459/ 5902; Y. 21. HD, 27.2.2003, 553/ 1396 (**Kazancı İctihat Bankası**).

⁴²¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 821.

⁴²²“...usule ait müktesep hak esası, bir birçok hukuk kaideleri gibi istisnaları bulunan kaidelerdendir. ...” YİBGK, 9.5.1960, 21/9 (**Kazancı İctihat Bankası**).

⁴²³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Akkaya, s. 230-236.

⁴²⁴ Yıldırım, **Reformatio İn Peius Yasağı**, s. 158.

Fransız Medeni Usul Hukuku'nda da, temyizde bozma kararı verilmesi halinde bozma ölçüsünde hukuken ve fiilen yeni bir karar verileceği belirtilmekte⁴²⁵ ve bozmadan sonra yapılacak yargılama için usûlî müktesep hak kavramı gibi müphem bir kavram kullanılmaya gerek görülmezsizin bozma kararına bağıllık⁴²⁶ kıstas olarak alınmaktadır.

İstinaf kanun yolunda ise, usûlî kazanılmış hakka ihtiyaç olmayacaktır⁴²⁷. Zira istinaf kanun yolunda, istinaf incelemesi sonunda verilen kararlar bakımından bozma ve bozmaya uyma gibi hukukî kurumlar söz konusu değildir; bu nedenle bu kurumlar sonucunda ortaya çıkan usûlî kazanılmış haktan bahsedilemeyecektir⁴²⁸. Bölge adliye mahkemesini sınırlandıran unsur, tarafların talepleriyle bağıllık kuralı ve aleyhe hüküm verme yasağı olacaktır⁴²⁹. Bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353/I, a bendi kapsamında, dosyayı ilk derece mahkemesine göndereceği durumlar kamu düzenine ilişkin ağır yargılama hatalarının olduğu durumlardır. Ayrıca bu hallerin varlığında ilk derece mahkemesinin karara uyması veya direnmesi mümkün değildir; gönderme kararı kesindir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin gönderme kararına uyma söz konusu olmayacağından uyma kararı üzerine oluşacak usuli müktesep haktan da bahsedilemeyecektir⁴³⁰.

Bölge adliye mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay'ın dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermesi söz konusu olabilecektir. Zira Yargıtay'ın bozma kararı, bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya esas hakkında verdiği bir karara ilişkin ise dosya, kararı vermiş olan bölge adliye mahkemesine veya başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m. 373/II). Bunun üzerine bölge adliye mahkemesi bozma kararına karşı uyma kararı verirse, bu uyma kararı ile bozma kararı lehine olan taraf için usuli müktesep hak doğar. Bozma kararına uyan bölge adliye mahkemesi bozma kapsamı doğrultusunda tahkikat yapıp yeniden bir karar vermek zorundadır⁴³¹.

⁴²⁵ Croze/ Morel/ Fradin, s. 369.

⁴²⁶ Croze/ Morel/ Fradin, s. 369.

⁴²⁷ Akkaya, s. 236; Umar, **Şerh**, s. 1001.

⁴²⁸ Akkaya, s. 236; Umar, **Şerh**, s. 1001, 1002.

⁴²⁹ Akkaya, s. 236.

⁴³⁰ Akkaya, s. 236; Umar, **Şerh**, s. 1001, 1002.

⁴³¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 770; Karlı, s. 827.

§3 TAHKİKAT İNCELEMESİNDE DAVA MALZEMESİ BAKIMINDAN YENİDEN ELE ALMA

I. İstinaf Kanun Yolunda Tahkikata Konu Edilebilecek Dava Malzemesinin Kapsamı

Dava malzemesi, maddî vakıalar ile bu vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarından oluşmaktadır⁴³². Taraf beyanları da, ilk derece mahkemesinde dava malzemesi olmakla birlikte, istinaf kanun yolu bakımından da dava malzemesi olarak göz önünde bulundurulur⁴³³. İlk derece mahkemesinde ileri sürülmesine rağmen hâkim tarafından dikkate alınmayan taraf beyanları da istinaf incelemesinde dikkate alınmalıdır. Zira ilk derece mahkemesinin yargılama malzemesi doğrudan doğruya bölge adliye mahkemesine aktarılacak ve istinaf incelemesinde itiraza gerek olmaksızın ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararda dava malzemesinin dikkate alınıp alınmadığı kontrol edilecektir⁴³⁴. Kaldı ki istinaf incelemesinde, maddî hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı, vakıa tespitlerinin doğru ve tam yapıp yapılmadığı incelenerek muhtemel hatalar ortadan kaldırılmaya çalışılacaktır⁴³⁵. Delillere ilişkin olarak kabul edilen istisnalar vakıalar bakımından da evleviyetle uygulanmalıdır. Zira deliller vakıalara ilişkin değerlendirme yapmayı sağlayan vasıtalar ve vakıaların taraflarca belirtildiği şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini sağlamaktadır. Kaldı ki dava malzemesi bir bütündür; deliller olmaksızın vakıaların ispatı mümkün olmayacak; vakıanın ileri sürülmediği hallerde delile ihtiyaç ortaya çıkmayacaktır. Nitekim gerek Fransız gerekse İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda vakıalar ve delillerin istinaf incelemesine dahil edilip edilemeyeceği hususları ortak olarak düzenlenmektedir. Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 563. maddesinde, ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan iddiaların istinafta gerekçelendirilmesi için, tarafların, yeni vakıalar⁴³⁶ belirtebilecekleri, yeni belgeler gösterebilecekleri ya da yeni deliller ileri

⁴³² Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, s. 148; Alangoya, **Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, s. 7; Öztekin, **İstinaf**, s. 6; Akkaya, s. 283; Çiftçi, s. 652.

⁴³³ Gaier, Çev. Cenk Akil, s. 424.

⁴³⁴ Gaier, Çev. Cenk Akil, s. 425.

⁴³⁵ Gaier, Çev. Cenk Akil, 426.

⁴³⁶“Moyens nouveaux” olarak belirtilen kavram yeni vasıta anlamına gelmektedir. İfade ettiği husus iddia ve savunma vasıtalarıdır. Ancak biz çalışmamızda bu kavramı yeni vakıalar olarak ifade edeceğiz.

sürebilecekleri belirtilmektedir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 317. maddesinde yeni vakıa ve ispat vasıtalarının sadece belirtilen koşulların varlığı halinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmektedir. Bu koşullardan ilki bu yeni delil veya vakıanın gecikmeksizin ileri sürülmesi ya da ibraz edilmesidir. Diğerleri ise, tarafın gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen söz konusu delil veya vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği ya da ibraz edilememiş olmasıdır.

2004 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü⁴³⁷ ve Unidroit⁴³⁸ tarafından benimsenen Uluslararası Medenî Usûl Hukuku Unidroit prensiplerinin istinaf kanun yoluna ilişkin 27. maddesinde de, vakıalar ve delillere ilişkin ortak bir düzenleme yapılmaktadır. Prensiplerden m. 27.1'de, istinaf kanun yoluna ilişkin olarak istinaf mahkemesinin, uyuşmazlığı kısa sürede sonlandırması gerektiği belirtilmekte⁴³⁹ ve bu nedenle m. 27.2'de, istinafın, ilk derece mahkemesinde sunulan savunmaların ve taleplerin sınırlandırılması gerektiğine değinmektedir. Talepleri sınırlamakla birlikte m. 27.3'de, hukukî yararın varlığı halinde istinaf yargılamasında yeni deliller ve yeni vakıaların göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir.

Anılan maddelerde de görüldüğü üzere vakıalar ve delillerin ileri sürülebilmesine ilişkin olarak aynı değerlendirme yapılmakta ve aynı şartlar altında ileri sürülebilmesine imkân sağlanmaktadır. Bu çerçevede her ne kadar 357. maddede sadece delillerden bahsedilmiş olsa da delillere ilişkin olarak kabul edilen hususlar vakıalar bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

İstinaf aşamasında tam bir serbestlikle her türlü vakıa ve delilin ileri sürülmesi mümkün olsa idi, taraflar, bazı delil ve vakıaları ilk derecede ileri sürmek yerine ikinci derece yargılamasına bırakabilir ve istinaf denetiminin amacından uzaklaşmasına neden olabilirlerdi⁴⁴⁰. Bu nedenle yapılan düzenlemelerde istinaf

⁴³⁷ American Law Institute, ALI olarak kısaltılmaktadır.

⁴³⁸ Institut Internationale Pour L'unification du Droit Privé (International Institute For The Unification Of Private Law, Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü).

⁴³⁹ Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, Versions officielles des Principes ALI / UNIDROIT de procédure civile transnationale (avec Commentaires), m. 27.7, s. 805 (<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>).

⁴⁴⁰ Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 343.

kanun yolu, yeni delil ve yeni vakıaların rahatlıkla ileri sürülebildiği bir kurum olarak görülmemektedir⁴⁴¹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere⁴⁴², Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz sınırlı istinaf modeli tercih edilmiştir. Sınırlı istinaf modelinde dava malzemesinin temini aşaması, istinaf aşamasında yeniden tekrarlanmaz, istinaf aşamasında yeni vakıaların getirilmesi yasağı mevcuttur⁴⁴³. İstinaf kanun yolunda hukukî ve maddî sorunun ilk derece mahkemesindeki dava malzemesi çerçevesinde değerlendirilmesi amaçlanmaktadır⁴⁴⁴. İstinaf mahkemesi, kural olarak ilk derece yargılamasının sona erdiği, yani ilk derece mahkemesinin hükmü verdiği tarihte mevcut olan dava malzemesine göre inceleme yapar⁴⁴⁵.

Davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi sırasında mevcut olmasına rağmen tarafların ihmali nedeniyle ileri sürülmeyen dava malzemesi bölge adliye mahkemesince incelenmez⁴⁴⁶. Ancak ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Bu çerçevede, usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü halde incelenmeyen ve mücbir sebeple ileri sürülmesi mümkün olmayan vakıalar da istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebilmelidir.

Doktrinde, istinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemenin, yeni vakıa ve yeni delil getirilmesine hiç imkân olmayacak bir şekilde yapılması eleştirilmektedir⁴⁴⁷. Zira bu durumda hukuka uygunluk denetimi ön planda olmakta ve fakat istinaf kanun yolunda amaçlanan maddî vakıa denetimi son derece sınırlı kalmaktadır. İstinaf incelemesi sırasında ıslah yoluna başvurulamaması da aynı yönde

⁴⁴¹Hakan Pekcanitez, “Tartışmalar”, **Yargı Reformu Smpozyumu 2000**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 116.

⁴⁴² Bkz. Birinci Bölüm, §1, I.

⁴⁴³Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 269; Deren- Yıldırım, **Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler**, s. 10.

⁴⁴⁴ Akil, **İstinaf Kavramı**, s. 262; Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 269.

⁴⁴⁵ Akkaya, s. 283.

⁴⁴⁶ Akkaya, s. 283.

⁴⁴⁷Tanrıver, **Tartışmalar**, s. 47.

eleştirilmektedir⁴⁴⁸. Bu çerçevede getirilen modelin istinaf olmadığı, genişletilmiş bir temyiz olduğu belirtilmektedir⁴⁴⁹. Konuralp ise, bütün olarak incelendiği zaman, getirilen istinaf sisteminin, temyiz amaçlı bir kanun yolu olduğuna katılmadığını belirtmektedir. Zira esas olan vakıa incelemesine, yani delil değerlendirmesine yönelik istinaf derecesidir; ama birtakım yargısal alışkanlıklarla, 70-80 yıllık yargı geleneği içindeki hususların bu düzenlemelerde muhafaza edildiğini belirtmektedir⁴⁵⁰. Yeni vakıa ileri sürmemek belli ölçüde maddî gerçeklerden uzaklaşma ihtimalini de ortaya çıkartmaktadır. Ancak işin basit ve çabuk olması bakımından bu çözümün en baştan kabulü gerekmiştir⁴⁵¹. İstinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin kurulan komisyon çalışmaları sırasında Almanya’da istinaf mahkemeleri ile ilgili yapılan reform çalışmaları da takip edilmiş ve komisyon çalışmaları sırasında yeni bir istinaf sistemi kurulurken, seçilen istinaf sisteminin basit ve kolay olmasının önemli olduğu görülmüştür⁴⁵². Bu nedenle komisyon, çalışmaları sırasında, basit ve kolay çözüme ulaşan istinaf sisteminin kurulması yönünde irade kullanmıştır. Diğer yandan, istinaf kanun yoluna getirilen eleştirilerden bir diğeri de, istinaf denetiminde yeniden tahkikat yapılacağı için, ilk derece mahkemeleri hakimlerinin daha az sorumluluk hissetmelerine neden olabileceği yönündedir. Bunu engellemek için de, istinafta, yeniden yargılama yapılmasını sınırlandırmak yoluna gidilmiş ve ilk derece mahkemelerinin daha güçlü hale getirilmesi sağlanmak istenmiştir⁴⁵³.

Yıldırım, delillerin ikinci bir defa daha elden geçirilmek suretiyle değerlendirilmesinin daha sağlıklı olabileceğini, bunun daha doğru bir hüküm tesisine imkân vereceğini belirtmektedir⁴⁵⁴. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını denetlerken, olayı delillere doğrudan temas etmek suretiyle yeniden canlandırmakta, o mahkemenin delilleri değerlendirirken vakıaların oluşturulması ve takdirinde olağanüstü zorlukla karşılaşmış karşılaşılmadığını, insan

⁴⁴⁸ Tanrıver, **Tartışmalar**, s. 47; Bkz. Birinci Bölüm, İslah.

⁴⁴⁹ Tanrıver, **Tartışmalar**, s. 47 ve 48.

⁴⁵⁰ Konuralp, **Tartışmalar**, s. 54.

⁴⁵¹ Hakan Pekcanitez, “Tartışmalar”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II**, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s. 55.

⁴⁵² Pekcanitez, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II**, s. 54- 55.

⁴⁵³ Pekcanitez, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II**, s. 56.

⁴⁵⁴ Yıldırım Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 275.

bilgisinin yetersiz olması olgusundan etkilenip etkilenmediğini saptamakta ve olay hakkındaki kanaatini tesis etmektedir. Yargıtay’da yapılan denetimin bunu sağlaması mümkün değildir⁴⁵⁵. Yargıtay, bölge adliye mahkemelerinin yürürlüğe girmemesi nedeniyle HUMK m. 428/5 çerçevesinde delillerin değerlendirilmesini incelemekte ve bölge adliye mahkemelerinin olmayışının eksikliğini gidermeye çalışmaktadır⁴⁵⁶.

Doktrinde, istinaf mahkemeleri ikinci derecede hüküm mahkemesi olduklarından, istinaf mahkemelerinin güvenli adalet dağıtımını gerçekleştirebilmesi, yani davayı yeniden görüp karara bağlayabilmesi için ilk derece mahkemesinde ileri sürülen vakıalar ve getirilen delillerle sıkı sıkıya bağlı olmaması belli ölçüde de olsa yeni vakıaların ileri sürülmesine ve yeni delillerin getirilmesine izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁵⁷. Tanrıver, istinaf kanun yolunda yapılacak ikinci incelemenin, ilk derece mahkemesinde yapılan incelemeden daha iyi sonuçlar verebilmesi için istinaf incelemesinin ilk incelemeden daha iyi bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. İstinaf mahkemelerinde, incelemenin kural olarak dosya üzerinden yapılması sebebiyle ilk derece mahkemesinin duruşma tutanağı ve orada tespit olunmuş vakıalar ve deliller ile davayı incelemek zorunda kalan istinaf mahkemelerinin gerçekçi ve doğru kararlar vermesinin mümkün olmadığına değinmektedir⁴⁵⁸.

Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise, teksif ilkesi geçerli olmadığından, istinaf kanun yolunda da, hakim kendiliğinden dava malzemesi toplayabilmektedir⁴⁵⁹. Ayrıca ilk derece mahkemesinin dava malzemesinin temininde

⁴⁵⁵ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 275.

⁴⁵⁶ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 276; Halbuki kural olarak Yargıtay’ın delilleri değerlendirememesi gerekir (Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mehkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk”, **AÜSBFD**, C. XI, S. 3, s. 272; Ali Cem Budak, “Yargıtay’ın 2000- 2003 Yılları Arasında Yayınlanan Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III**, 2003 ve 2004, s. 80- 81); Üstündağ da, delillerin değerlendirilmesinin istinaf mahkemesi tarafından yapılması gerektiğini; eğer istinaf mahkemesi kurulması yoluna gidilemiyorsa Yargıtay’ın sadece sınırlı ve önemli sayılan hallerde delil değerlendirmesi yapabileceğine ilişkin hükümler getirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 842- 843).

⁴⁵⁷ Tanrıver, **Düşünceler**, s. 152.

⁴⁵⁸ Tanrıver, **Düşünceler**, s. 154-155.

⁴⁵⁹ Akkaya, s. 185.

hatası mevcut ise yeni dava malzemesi getirme yasağı mevcut olmaz ve taraflar yargılamanın tamamlanması için yeni malzeme getirebilirler⁴⁶⁰.

II. Tahkikat İncelemede Vakıaların Yeniden Ele Alınması

A. Genel Olarak

İstinaf kanun yolu, temyiz kanun yolundan farklı olarak vakıa incelemesinin de belirli sınırlarla yapılabildiği bir kanun yoludur. Zira istinaf mahkemesi, hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasındaki hatadan başka, maddî vakıaların tespit ve takdirine ilişkin hataları da inceler⁴⁶¹. Bu nedenle istinaf mahkemeleri, aynı zamanda vakıa mahkemeleridir. İstinaf mahkemesinde kural olarak davaya ait maddî vakıalar yeniden incelenir, tahkikat ve yargılama safhaları kural olarak ilk derece mahkemesinde olduğu gibi yeniden cereyan eder⁴⁶².

İstinaf kanun yolunda yeni vakıaların ileri sürülmesi, seçilen istinaf sistemi ile bağlantılıdır. Tam istinaf sistemini tercih eden hukuk düzenlerinde taraflara yeni vakıa getirme hakkı da tanınmaktadır⁴⁶³. Sınırlı istinaf sisteminde ise, istinaf mahkemesi, vakıa mahkemesi gibi inceleme yapabilmekle beraber, bunu ilk derece mahkemesi gibi tamamen yeni bir yargılama yaparak ve doğrudan uyuşmazlığı çözmek amacıyla değil, ilk derece yargılamasında veya kararında meydana gelen hataları düzeltmek amacıyla yapmaktadır⁴⁶⁴.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 563. maddesinde, tarafların, ilk derece mahkemesinin incelemesine getirilen iddialarını istinafta gerekçelendirmek için, yeni vakıalar⁴⁶⁵ belirtebilecekleri düzenlenmektedir. İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda ise, yeni vakıaların ileri sürülmesi kural olarak yasak olmakla birlikte İsviçre Medeni

⁴⁶⁰ Deren- Yıldırım, **İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri**, s. 707.

⁴⁶¹ Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 104.

⁴⁶² Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 104.

⁴⁶³ Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 110; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 509.

⁴⁶⁴ Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1442; Akkaya, s. 103.

⁴⁶⁵“Moyens nouveaux” olarak belirtilen kavram yeni vasıta anlamına gelmektedir. İfade ettiği husus iddia ve savunma vasıtalarıdır. Ancak biz çalışmamızda bu kavramı yeni vakıalar olarak ifade edeceğiz.

Usul Kanunu'nun 317. maddesinde yeni vakıaların belirtilen iki koşulun varlığı halinde ileri sürülmesinin mümkün olduğu düzenlenmektedir. Bu koşullardan ilki bu yeni vakıanın gecikmeksizin ileri sürülmesi; diğeri ise, tarafın gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen söz konusu vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği olmasıdır. Doktrinde⁴⁶⁶ ve Federal Mahkeme Kararları'nda⁴⁶⁷ söz konusu iki koşulun kümülatif olduğu; bu nedenle yeni vakıaların istinaf kanun yolunda ileri sürülebilmesi için iki koşul birlikte gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Taraf, gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen vakıanın ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği olduğunu gerekçelendirerek ispat etmelidir⁴⁶⁸.

Hukukumuzda ise, taraflar, ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri vakıaları bölge adliye mahkemesinde yapılan yeniden tahkikat aşamasında da ileri süremeyecektir⁴⁶⁹. Bu yasağın iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağı ile de ilgili olmadığı; zira iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağının, karşı tarafın açık rızası veya ıslah yolları ile aşılabildiği; halbuki bölge adliye mahkemesinde karşı tarafın açık rızası veya ıslah yolları ile dahi yeni vakıa ileri sürülmesini yasakladığı belirtilmektedir⁴⁷⁰.

İlk derece mahkemesi, yargılama kurallarına uymayarak veya yanlış hukukî değerlendirme yaparak vakıaları eksik veya hatalı tespit etmiş ya da bunun sonucunda yanlış hüküm vermişse, istinaf mahkemesi tahkikatı tamamlayarak esas hakkında yeniden karar verir⁴⁷¹. İlk derece mahkemesi, maddî vakıaya uygulanacak kanun normunu belirlerken veya hükmü yorumlarken hata edebileceği gibi, maddî vakıaları incelerken ya da takdir ederken de hata yapabilir⁴⁷². Bu aşamada ilk derece mahkemesinde yapılmış olan tüm mahkeme usûl işlemleri tekrarlanmak zorunda

⁴⁶⁶Bohnet / Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1265; Tappy, **Les voies de droit**, s. 138, 139

⁴⁶⁷ ATF, 5A_63/2012, 20 Juin 2012; ATF, CC 91/2011, 19.3.2011 (www.swisslex.ch, 28.07.2012).

⁴⁶⁸ Valentin Rétornaz, "L'appel et le recours", Edité par François Bohnet, Procédure civile suisse, **Les Grands thème pour les praticiens**, Neuchâtel, Schulthess Editions Romandes, 2010, s. 349- 407, s. 401; Tappy, **Les voies de droit**, s. 139.

⁴⁶⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 512; Yıldırım, **Hukuk Kurultayı**, s. 189; İstinaf El Kitabı, s. 55.

⁴⁷⁰ İstinaf El Kitabı, s. 55.

⁴⁷¹ Akkaya, s. 269.

⁴⁷² Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 104.

değildir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun ve doğru yapıldığına kanaat getirdiği işlemleri tekrarlamak zorunda değildir⁴⁷³.

İlk derece mahkemesinde teksif ilkesini yumuşatacak imkânlar söz konusudur. Ancak istinaf yargılamasında aynı esnekliğe imkân tanınmamaktadır. Yani esasen hukuk geleneğimizde karşı tarafın açık rızası ile ya da ıslah yoluna başvurarak yeni vakıanın yargılamaya getirilebilmesi mümkünken⁴⁷⁴, istinaf kanun yolunda bu uygulamadan vazgeçildiği görülmektedir. Bu nedenle hukukî korumanın daraltıldığı sorununun yaşanabileceği de doktrinde belirtilmektedir⁴⁷⁵.

Tercih edilen istinaf sisteminde yeni vakıa getirme yasağının hangi katılıkta uygulanacağı⁴⁷⁶ konumuz bakımından önem arz etmektedir. Kural olarak ilk derece mahkemesinde dermeyan edilmeyen vakıaların istinaf kanun yolunda incelenmesine müsaade edilmemektedir⁴⁷⁷. Bu nedenle öncelikle yeni vakıanın kapsamı belirlenmeli ve hangi durumlarda yeni vakıanın istinaf kanun yoluna getirilmesinin mümkün olması gerektiği değerlendirilmelidir.

B. Yeni Vakıanın Kapsamı ve Vakıaların İleri Sürülmesi

1. Yeni Vakıanın Kapsamı

Yeni vakıa getirme yasağının kapsamına hâkimin kendiliğinden göz önünde tutması gereken vakıalar dâhil değildir⁴⁷⁸. Yeni vakıa getirme yasağı tarafların yargılamaya getirebileceği vakıalar için geçerlidir⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Akkaya, s. 269.

⁴⁷⁴ Yıldırım Kamil, “Tartışmalar”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/ Çeşme, 19- 20 Ekim 2007**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s. 79.

⁴⁷⁵ Yıldırım, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, s. 79.

⁴⁷⁶ Yıldırım, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, s. 79.

⁴⁷⁷ Bilge/ Önen, 639.

⁴⁷⁸ Gürdoğan, **Vakıa ve Hukuk**, s. 275; Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 110; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 509; İstinaf El Kitabı, s. 55.

⁴⁷⁹ Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 110.

Kural olarak dava açılırken dava dilekçesinde tüm vakıalar ve somutlaştırma yükünün bir gereği olarak da bu vakıaların hangi delillerle ispatlanacağı belirtilmelidir (HMK m.119). Hakimin davayı aydınlatma ödevini düzenleyen 31. madde uyarınca, hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir. Davayı aydınlatma ödevi ile hakim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayarak doğru olmayan bir karar verilmesini önleyecektir⁴⁸⁰. Davanın temelini oluşturan vakıalar ve bu vakılara dayanarak talep edilen netice açık olursa hakim doğru bir karar verebilecektir⁴⁸¹. Vakıalar açık değilse, çelişkili ise veya tarafların dilekçeleri ve beyanları açık değilse hakim bunları ilgili tarafa sorarak açıklattırılmalıdır⁴⁸². Ancak yapılan açıklamalar sadece belirsizliğin giderilmesine ilişkin olmalıdır, belirsizlik giderilirken yeni vakıalar ileri sürülemez⁴⁸³. Hakim, davayı aydınlatma ödevi içerisinde tarafın ileri sürdüğü vakıaya zımnen dahil olan vakıaların getirilmesini taraftan isteyebilir⁴⁸⁴. Hakim bu ödevi yerine getirirken tarafların eşitliğini göz önüne almalıdır⁴⁸⁵. Nitekim 25. madde düzenlemesi ile hakimin bu ödevi sınırlandırılmakta ve hakimin tarafların söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağı düzenlenmektedir. Zira hakim taraflara yardım etmeksizin tarafsız kalmak zorundadır⁴⁸⁶. Bu nedenle ilk derece mahkemesinde hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmaması halinde bölge adliye mahkemesinde çelişkili görülen vakıalar taraflara açıklattırılmalıdır. Zira hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü sadece ilk derece mahkemesinde değil, bölge adliye mahkemesinde de geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Aynı husus İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda da davayı aydınlatma ödevi olarak 56. maddede düzenlenmektedir. Buna göre hakim taraflardan, belgeleri ya da açıklamaları açık değilse, çelişkili ise, belirsiz ya da açıkça eksik kalmışsa açıklama isteyebilir ve taraflara aydınlatma ve tamamlama fırsatı verir.

⁴⁸⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 310, 311.

⁴⁸¹ Alangoya, **Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, s. 135; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 311; Karşlı, s. 308.

⁴⁸² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 311.

⁴⁸³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 312.

⁴⁸⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 312.

⁴⁸⁵ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 155.

⁴⁸⁶ Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 155.

İlk derece mahkemesinin duruşma tutanaklarından ve taraflarca ilk derece mahkemesine sunulan dilekçelerden anlaşılan vakıalar yeni vakıa değildir⁴⁸⁷. İlk derece yargılamasında ileri sürülen iddia ve savunmaları tamamlamak, açıklamak veya daha iyi ifade etmek için yapılan açıklamalarda belirtilen vakıalar da yeni vakıa olarak kabul edilmemelidir⁴⁸⁸. Akkaya, bu durumda yargılamaya gerçek anlamda yeni vakıa dahil edilmediğini, sadece mevcut iddia ve savunmaların daha iyi değerlendirilmesi için açıklama yapıldığını belirtmektedir⁴⁸⁹.

Vakıaların ileri sürülmesi bakımından ileri sürüldükleri zaman dilimine göre bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. İstinaf süreci sırasında gerçekleşen savunma dayanağı vakıaların, istinaf yargılaması sırasında ileri sürülmesine engel bulunmamaktadır⁴⁹⁰. Örneğin istinaf yargılaması sırasında borcun itfasının söz konusu olması halinde, söz konusu vakıanın istinaf yargılamasında gerçekleşmesi nedeniyle ileri sürülebilmelidir⁴⁹¹. Ancak itfanın ilk derece mahkemesi hükmünden önce gerçekleşmiş olması durumunda ilk derece mahkemesinde ileri sürülme imkânı varken ileri sürülmemiş olması nedeniyle istinaf yargılaması sırasında da ileri sürülebilmesi gerekmektedir⁴⁹². Bölge adliye mahkemesinde ileri sürülen vakıaların yeni olup olmadığı re'sen incelenmelidir⁴⁹³.

İlk derece mahkemesinin usul işlemlerine ilişkin hatalarını ortaya koyacak yeni vakıalar ve deliller yasak kapsamında değerlendirilmemelidir⁴⁹⁴. Zira istinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesinin hatalı usul işlemlerine yönelik bir kanun yoludur; bu nedenle dava malzemesi temininde ilk derece mahkemesinin hatasının tespit edildiği hallerde yeni vakıa yasağı uygulanmaz, taraflar bu durumda yargılamanın tamamlanması için yeni dava malzemesi getirebilirler⁴⁹⁵.

⁴⁸⁷ Akkaya, s. 287.

⁴⁸⁸ Akkaya, s. 287.

⁴⁸⁹ Akkaya, s. 287.

⁴⁹⁰ Umar, **Şerh**, s. 994.

⁴⁹¹ Umar, **Şerh**, s. 994.

⁴⁹² Umar, **Şerh**, s. 994.

⁴⁹³ İstinaf El Kitabı, s. 55.

⁴⁹⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 514.

⁴⁹⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 515.

2. Vakıaların İleri Sürülmesi

a. Vakıaların Meydana Geldiği Zaman Dilimine Göre İleri Sürülmesi

aa. Davaya Açılmadan Önce Meydana Gelen Vakıalar

aaa. İlk Derece Yargılaması Sırasında İleri Sürülmüş Vakıalar

Mahkemece verilecek hüküm tarafların mevcut yargılamaya vakıaları dahil edebilecekleri son zaman dilimindeki hukukî durumu tespit eder⁴⁹⁶. Bu nedenle vakıaların davada ileri sürülme anı önem arz etmektedir. Taraflar, dava açılmadan önce meydana gelen vakıaları teksif ilkesi gereğince kural olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile ileri sürebileceklerdir. Ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ve istisnaları çerçevesinde vakıaları ilk derece mahkemesine getirebilecekleri zaman dilimi değişebilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde belirttikleri vakıaları ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile ileri sürebileceklerdir. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde ise, HMK m. 141 uyarınca, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın yeni vakıalar ileri sürebilecek ya da vakıaları değiştirebilecektir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise, iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez; ancak karşı tarafın açık rızası ya da ıslah kurumlarına başvurarak yeni vakıaların davaya dahil edilmesini sağlayabilecektir.

Dava açılmadan önce mevcut olan vakıalar istinaf kanun yolunda ancak yukarıda belirttiğimiz şekilde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüş ise incelenebilecektir. Aksi hâlde dava açıldığı sırada mevcut olmasına rağmen teksif ilkesi ve bu ilkenin yumuşatılmasını sağlayan ıslah veya karşı tarafın açık rızası kurumları çerçevesinde davaya dahil edilmeyen vakıalar, istinaf kanun yolunda yeni vakıa olarak kabul edilecek ve artık istinaf kanun yolunda ileri sürülemeyecektir.

⁴⁹⁶Saim Üstündağ, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 126.

İlk derece yargılamasında, yukarıda belirttiğimiz usule uygun olarak ileri sürülen vakıalara dahil olan, bu vakıalar içinde değerlendirilebilen vakıalara ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede de, öncelikle bu vakıaların ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama bakımından yeni vakıa teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Zira eğer söz konusu vakıalar yeni vakıalar olarak kabul edilirse istinaf kanun yolunda ileri sürülemeyecektir. Ancak bu vakıalar yeni vakıa olarak değerlendirilmez ve daha önce ileri sürülen vakıalara zımnen dahilse, ilk defa istinaf kanun yolunda da inceleme konusu yapılabilecektir. Üstündağ, bu durumda sonradan aynı dava sebebi içinde değerlendirilmesi mümkün herhangi bir vakıanın yargılamaya getirilmesinin mümkün olmayacağını belirtmektedir. Yazar, taksif ilkesinin gereği olarak vakıaların yargılamanın belli bir safhasına kadar toplanması zorunluluğu ile bu düşüncesini gerekçelendirmektedir⁴⁹⁷. Ancak yazar, bu esası belirtmekle birlikte her yeni vakıanın davanın değiştirilmesi yasağı itirazı ile karşılaşp karşılaşmayacağını tartışmış ve sonuç olarak iddia ve savunma sebeplerini teyid eden ve açıklayan vakıaların sonradan davada ileri sürülmesinin belli bir dereceye kadar mümkün kabul edilmesi zorunluluğu olduğunu belirtmiştir⁴⁹⁸. Postacıoğlu ise, dava ve davanın temelinin aynı kalması koşuluyla; maddî vakıalara ve hukukî normlara ilişkin beyanların tamamlanması veya tashih edilmesinin davayı değiştirme sayılmayacağını belirtmektedir⁴⁹⁹. Davacının ileri sürdüğü vakıanın içeriğine dahil olan bir hususu ileri sürmesi veya açıklaması yeni vakıa ileri sürmesi olarak kabul edilmemektedir⁵⁰⁰. Aynı bir dava sebebi oluşturacak nitelikte bulunmayan, asıl vakıaya zımnen dahil olan vakıaların ileri sürülmesi, dava

⁴⁹⁷ Üstündağ, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, s. 111.

⁴⁹⁸ Üstündağ, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, s. 115.

⁴⁹⁹ Postacıoğlu, s. 441; Postacıoğlu, dava sebebini hukukî sebebin oluşturduğunu belirtmektedir. Bu nedenle de Postacıoğlu, muayyen vakıalar karışımına eklenen yeni vakıaların, vakıalar karışımına eklenmesinden önceki hali ile gerçekleştirdiği hukukî sebepten farklı bir hukukî sebep gerçekleştirmemesi halinde yeni vakıaların da ilk vakıalar karışımına dahil olacağını belirtmektedir (Postacıoğlu, s. 439). Ancak günümüzde kabul edilen baskın görüş gereğince dava sebebi vakılardan oluşmaktadır (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 286). Hukukî sebebi ise, hakimin re'sen uygulaması gerekmektedir. Bu nedenle hakim, tarafların belirttiği hukukî sebepten başka bir hukukî sebebe dayanarak da hüküm kurabilecektir. Taraflar hiç hukukî sebep belirtmeyebilirler de; zira hukukî sebep dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından da değildir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 288; Aksi görüş için bkz. Özekes, **Hukukî Sebep**, s. 756 vd.); Ancak tarafların hukukî sebebi doğru olarak belirlememeleri ve vakıaları bu be çerçevede sunmamaları, işin esası bakımından taleplerinin kabulünü güçleştirecektir (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 429).

⁵⁰⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 468.

sebebinin genişletilmesi olarak kabul edilmemektedir⁵⁰¹. Bu nedenle istinaf kanun yolunda da, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürülmüş vakıaların içeriğine dahil olan hususların ileri sürülmesi mümkün olmalıdır.

Davada ileri sürülen vakılara hüküm fıkrasında yer verilmemiş ise, bu vakıaya ilişkin talep sonucuna da hüküm fıkrasında yer verilmemiş olması halinde, söz konusu vakıa bakımından istinaf kanun yolunda inceleme yapılabilecektir. Zira talep sonucu, ileri sürülen vakıalar esas alınarak belirlenmektedir. Nitekim talep sonucuna ilişkin olarak hüküm fıkrasında bir hükme bağlanmamış vakıa bakımından kesin hüküm de oluşmamakta ve o talep sonucuna dahil olan vakıalar da kesin hükmün kapsamı dışında kalmaktadır⁵⁰². Bu nedenle hükümde yer verilmeyen vakıalar ileride ayrı bir dava konusu da yapılabilecektir. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda söz konusu vakıaların ileride ayrı bir dava konusu yapılması yerine bölge adliye mahkemesinde incelenebilmesinin kabulü usul ekonomisi ilkesine de uygun olacaktır. Kaldı ki, kanunumuzun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerine bakıldığında, ilk derece mahkemesinin hatalı işlemlerinden kaynaklanan hususların bölge adliye mahkemesinde incelenebildiği, bölge adliye mahkemesinde inceleme konusu yapılamayacak işlemlerin tarafların kusurlu olarak yapmadıkları taraf işlemlerine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu nedenle tarafın, ilk derece mahkemesinin incelemesine sunduğu vakıa incelenmeksizin karar verilmesi halinde, mahkemenin söz konusu hatalı işlemi istinaf aşamasında düzeltilebilmelidir. Aynı husus ileri sürülen vakıaların, ilk derece mahkemesinde eksik incelenmiş olması halinde de söz konusudur. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere yeni delillerin istinaf kanun yolunda ileri sürülmesine ilişkin olarak kabul edilen istisnalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde vakıalar bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Bu nedenle usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü halde incelenmeden reddedilen delillerde olduğu gibi ilk derece mahkemesinde teksif ilkesine uygun olarak davaya getirilen vakıaların hiç incelenmemiş olması ya da eksik incelenmiş veya vakıalara

⁵⁰¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 468; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 305.

⁵⁰² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 718; “...önceki davada davacı kurumca’ müddeabih’ ile birlikte faiz de istenmiş olmasına karşın bu istem hakkında olumlu ve olumsuz bir karar verilmemiştir...Kesin hükümden söz edebilmek için önceki davada o konuda bir istemin bulunmuş olması yetmez; bir hükmün de verilmiş olması gerekir..”Y. 9. HD, T. 27.10.1970, 2913/11599 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

ilişkin hatalı tespitlerde bulunulmuş (koşul vakıaları somut vakıalara atılma faaliyetinde hata yapmasında olduğu gibi) olması hallerinde de bölge adliye mahkemesinde ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda aslında teknik anlamda bir yeni vakıa da söz konusu değildir. Zira söz konusu vakıalar ilk derece mahkemesine sunulan dava malzemesi içinde yer almaktadır. Doktrinde de, ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülen vakıaların, bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilmesinin, bu vakıalarla ilgili hiç tespitte bulunulmamış olması ya da hatalı veya eksik tespitlerde bulunulmuş olması durumlarında mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁰³.

Çiftçi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen vakıaların istinaf dilekçesinde ileri sürülmemesi halinde istinaf kanun yolunda incelenemeyeceğini belirtmektedir⁵⁰⁴. Kanımızca mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenemeyecek husus istinaf sebebine ilişkindir. Bu nedenle istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri belirtilmiş ise, istinaf sebebi olarak dayanılan vakıalar istinaf dilekçesinde belirtilmese bile, ilk derece mahkemesinin dosyasından anlaşılan söz konusu vakıalar bölge adliye mahkemesince incelenebilmelidir. Nitekim istinaf dilekçesini düzenleyen 342. maddenin son fıkrasında, istinaf dilekçesinin başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek hususları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp 355. madde çerçevesinde inceleneceği belirtilmektedir. 355. maddede ise, incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı belirtilerek bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü durumlarda bunu re'sen gözeticeği belirtilmektedir. Bu nedenle istinaf başvurusunda bulunan taraf, istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerine yer vermiş ancak ilk derece mahkemesinde ileri sürmüş olduğu vakıaları tekrar açıklamamış olsa bile bölge adliye mahkemesi bu vakıaları inceleyebilecektir. Ancak istinaf başvurusunda

⁵⁰³ Çiftçi, s. 652.

⁵⁰⁴ Çiftçi, s. 652; Hatta yazar bir adım daha ileri giderek ilk derece mahkemesinde ileri sürülen ve fakat istinaf dilekçesinde belirtilmeyen vakıaların ıslahın istinaf kanun yolunda yasak olması nedeniyle karşı tarafın açık rızası ile ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığını tartışmıştır. Halbuki istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi karşı tarafın açık rızası ile dahi mümkün değildir. Yazar da aynı sonuca varmakla birlikte durumu ıslah bakımından doğrudan redderken karşı tarafın açık rızasını tartışmıştır(Çiftçi, s. 655 vd.). yukarıda da belirttiğimiz üzere kanımızca bu durumda gerek ıslah gerekse karşı tarafın açık rızası yollarına başvurmaya gerek olmayacaktır. Zira ilk derece mahkemesinde ileri sürülen vakıalar, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerin içerdiği vakıalar istinaf dilekçesinde belirtilmese dahi bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilecektir.

bulunan taraf, istinaf sebeplerini dahi istinaf dilekçesinde belirtmemişse bu durumda bölge adliye mahkemesi sadece kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde inceleme yapabileceği için bu kapsamda yer alan vakıaları inceleyecektir.

bbb. İlk Derece Yargılaması Sırasında İleri Sürülmemiş Vakıalar

Dava açıldıktan sonra öğrenilen vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilki dava devam ederken meydana gelen vakıaların ıslah ya da karşı tarafın açık rızası yollarına başvurularak davaya dahil edilebileceği yönündedir⁵⁰⁵. Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği üzere, ıslah yolu ile, dava açıldıktan sonra öğrenilen vakıaların ileri sürülmesi mümkündür⁵⁰⁶. Bu çerçevede dava açıldığı sırada mevcut olmakla birlikte taraflarca bilinmeyen vakıaların, ıslah süresinin geçmesinden itibaren, yani tahkikatın bitiminde öğrenilmiş olması halinde, daha sonra açılacak davada dahi bu vakıaların ileri sürülmesi mümkün olmalıdır. Bu nedenle söz konusu vakıalar, istinaf aşamasında da ileri sürülebilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357'de mücbir sebeple ileri sürülemeyen delilin istinaf yargılamasında ileri sürülmesine imkân tanınmakla birlikte, mücbir sebebe dayanılarak yeni vakıaların istinaf kanun yolunda ileri sürülebilmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, mücbir sebebe dayanılarak yeni vakıa ileri sürülemeyeceği; zira ilk derece mahkemesinde dahi HMK m. 141 gereğince, yargılamanın ön incelemeden sonraki aşamalarında vakıaların ancak karşı tarafın muvaffakati veya ıslah yolu ile incelenebileceği belirtilerek; bu istisnalar dışında yeni vakıaların ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir⁵⁰⁷. Bu görüş uyarınca ilk derece mahkemesi önündeki dilekçelerin karşılıklı verilmesi safhasında mevcut olduğu halde ileri sürülmesi tarafça ihmal edilmiş vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olmadığı

⁵⁰⁵ Üstündağ, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, s. 122.

⁵⁰⁶ YİBK, T. 4.2.1948, E. 1944/ 10, K. 1948/3 (**Kazancı İçtihat Bankası**).

⁵⁰⁷ Deren- Yıldırım, **İstinafın Gereçeklendirilmesi ve İstinaf Sebepleri**, s. 709; Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 280; Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 113; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 514; Çiftçi, s. 669; Memişoğlu, s. 103.

belirtilmektedir⁵⁰⁸. Söz konusu görüş, vakıaların bu aşamada ileri sürülmesinin tarafça ihmal edilmiş olmasından bahsetmektedir. Kanımızca tarafların bir ihmalinin olmadığı yani tarafların ileri sürülmesinde kusuru bulunmayan vakıaların istinaf kanun yolunda ileri sürülebilmesinin kabulü gerekmektedir. Nitekim bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, ilk derece yargılamasında mevcut olmasına rağmen bilinmeyen bir vakıanın istinaf derecesinde öğrenilmesi ve taraflarca ileri sürülmesi halinde bölge adliye mahkemesince dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁹. Kanımızca da bu durumda yukarıda da değindiğimiz üzere, mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delile⁵¹⁰ ilişkin kıstaslar vakıaların belirtilmesine ilişkin olarak da uygulama alanı bulmalı ve ilk derece mahkemesinde mevcut olmasına rağmen ileri sürülmemesinde tarafın kusuru bulunmayan vakıalar bölge adliye mahkemesinde incelenebilmelidir. Bu nedenle dava sırasında mevcut olmakla birlikte varlığı tarafın kusuru olmaksızın bilinmeyen vakıalar, mücbir sebeple ileri sürülemeyen vakıalar kapsamında değerlendirilerek istinaf kanun yolunda da ileri sürülebilmelidir.

bb. Dava Açıldıktan Sonra Meydana Gelen Vakıalar

Dava açıldıktan sonra meydana gelen vakıaların istinaf kanun yolunda ileri sürülüp sürülemeyeceğinin belirlenmesi için söz konusu vakıaların iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının kapsamında olup olmadığı belirlenmelidir. Zira dava açıldıktan sonra meydana gelen vakıaların iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında olduğu kabul edilirse, söz konusu vakıalar istinaf kanun yolunda ileri sürülemeyecektir. Doktrinde bu konuda iki farklı görüş mevcuttur.

Bir görüşe göre, teksif ilkesinin katı olarak uygulandığı düzenlemelerimiz nedeniyle iddia ve savunma malzemesinin mutlak olarak belli bir usul kesitine kadar toplanması gerektiğinden talebi oluşturmaya yarayan veya başlangıçta ileri sürülmesi davanın görülebilmesi için zorunlu olan birtakım vakıalar, dava açıldıktan sonra

⁵⁰⁸ Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 280.

⁵⁰⁹ Akkaya, s. 288.

⁵¹⁰ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. aşağıda

doğdukları gerekçesiyle mahkemeye getirilemeyeceklerdir⁵¹¹. Ancak tarafların anlaşmaları ile doğan ve davaya etki eden sonraki vakıaların herhangi bir yasak ile karşılaşmaksızın yargılamaya dahil edilebilmeleri mümkün olmalıdır. Kaldı ki tarafların dava konusu şey hakkında davanın dışında bazı tasarruflara iradi olarak girişmeleri, bu tasarrufların mevcut yargılamaya dahil edilebilmelerine de aynı tasarruflarda zımnen muvafakat ettikleri sonucunu çıkarmaya imkân vermektedir. Deren Yıldırım, dilekçelerin karşılıklı verilmesi safhasından sonra ortaya çıkan vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir⁵¹². Yazar, kesin hüküm kapsamı dışında kalan ve istinaf aşamasında ıslah veya karşı tarafın açık rızası ile ileri sürülmesi de söz konusu olmayan bu vakıaların ancak yeni bir dava konusu olabileceklerini; bu kabulün de hükmün davanın açılmasındaki durumu tespit ettiğini kabul eden vakıalara dayandırma teorisine de uygun olduğunu belirtmektedir⁵¹³.

Diğer bir görüşe göre dava açıldıktan sonra ortaya çıkan yeni vakıalar davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamına girmez⁵¹⁴. Çünkü dava açıldığında henüz gerçekleşmemiş vakıaların, dava açılırken öngörülmesi ve dava dilekçesinde belirtilmesi mümkün değildir⁵¹⁵. İddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava açılırken mevcut olan vakıalar hakkında geçerlidir⁵¹⁶. Bu nedenle dava açıldıktan sonra meydana gelen vakıaların ileri sürülmesi, davayı değiştirme sayılmamalıdır⁵¹⁷. Bunun gibi cevaba cevap dilekçesinin verilmesinden sonra doğan savunma sebeplerinin ileri sürülmesi de savunmayı genişletme yasağına tabi değildir⁵¹⁸. Zira savunmayı genişletme yasağı, cevap layihası verildiği zaman var olan ve bu nedenle cevap layihasında bildirilmesi mümkün olan savunma sebepleri (vakıalar, defiler ve itirazlar) için söz konusudur⁵¹⁹. Dava açıldığı sırada mevcut olan

⁵¹¹ Üstündağ, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, s. 121.

⁵¹² Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 280.

⁵¹³ Deren- Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 280.

⁵¹⁴ Kuru, C. IV, s. 4047; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 532; Çelik Hüseyin, **Hukuk Mahkemelerinde Davaların Açılması**, Ankara 2007, s. 127.

⁵¹⁵ Kuru, C. II, s. 1733.

⁵¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 469.

⁵¹⁷ Kuru, C. II, s. 1733.

⁵¹⁸ Kuru, C. IV, s. 4048.

⁵¹⁹ Kuru, C. II, s. 1840.

şartlara göre görüleceğinden davanın açılmasından sonra meydana gelen vakıaların ileri sürülmesi davayı genişletme veya değiştirme sayılmaz⁵²⁰.

Dava açıldıktan sonra meydana gelen vakıalara ilişkin olarak yeni bir dava açılabilir⁵²¹. Ancak borcu sona erdiren bir vakıa, dava açıldıktan sonra meydana gelirse söz konusu vakıa ilk derece mahkemesinde ileri sürülmez ise, istinaf aşamasında da ileri sürülemeyecektir. Örneğin; itfanın ilk derece mahkemesinde dava açıldıktan sonra meydana gelmesi halinde, borcu sona erdiren bu neden ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmelidir. İlk derece mahkemesinde söz konusu vakıanın ileri sürülmesi imkânı varken ileri sürülmemesi durumunda istinaf aşamasında da bu vakıa ileri sürülemeyecektir⁵²².

Tarafın getireceği vakıalar, daha önce dava veya cevap dilekçesinde belirtilen vakıalar bütününe tamamlayıcı, aydınlatıcı ve doğrulayıcı nitelikte ise, kural olarak ıslaha gitmeye gerek olmadan davaya getirilebilecektir⁵²³. Bu durumda mevcut vakıanın içeriğine dahil olan bir hususun ileri sürülmesi ve açıklanması yeni vakıa ileri sürüldüğü anlamına gelmeyecektir⁵²⁴. Bu çerçevede hakim, tarafın ileri sürdüğü vakıaya zımnen dahil olan vakıaların getirilmesini isteyebilir. Bu nedenle söz konusu vakıaların istinaf kanun yolunda da ileri sürülmesi mümkün olmalıdır. Fakat getirilen vakıalar bu nitelikte değilse ve yeni bir vakıalar zinciri yaratıyorsa iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı söz konusu olacak ve istinaf kanun yolunda da dikkate alınamayacaktır.

cc. Hükümden Sonra Meydana Gelen Vakıalar

İlk derece yargılaması sona erdikten sonra ortaya çıkan vakıaların istinaf kanun yolunda incelenip incelenemeyeceği konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre kanunda açıklık olmamakla birlikte ilk derece yargılamasında verilen hükmün kapsamı

⁵²⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 467.

⁵²¹ Burhan Gürdoğan, **Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ankara 1960, s. 81; Bilge, s. 606; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 712.

⁵²² Umar, **Şerh**, s. 994.

⁵²³ Çağa Tartışmalar, s. 154; Yılmaz, **Islah**, s. 169.

⁵²⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, s. 428; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 312.

dışında kalan ve istinaf kanun yolunda ıslah ya da karşı tarafın açık rızası ile dahi ileri sürülemeyen vakıalar ancak yeni bir dava yolu ile ileri sürülebilir⁵²⁵. Diğer bir görüşe göre ise, ilk derece mahkemesinde yargılama sırasında mevcut olmayıp hükümden sonra meydana gelen vakıalar istinaf aşamasında incelenebilir⁵²⁶. Zira bunların dikkate alınması mevcut iddiaların sonradan ileri sürülmesi değil, sonradan ortaya çıkan vakıaların değerlendirilmesidir⁵²⁷. Akkaya, ilk derece mahkemesi hükmünden sonra meydana gelen vakıaların ileri sürülmesine neden olan durumun tarafların veya mahkemenin bir hatası ya da ihmali olmadığını fiili bir imkânsızlık olduğunu belirterek bu vakıaların istinaf aşamasında da ileri sürülmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵²⁸. Kanımızca, hükümden sonra ortaya çıkan vakıaların yeni bir yargılama konusu yapılabileceği kabul edilirse, söz konusu vakıalar usul ekonomisi ilkesi gereğince istinaf kanun yolunda da ileri sürülebilmelidir.

Hüküm tarihinden sonra dava konusunun devri halinde ise, söz konusu husus istinaf incelemesinde de göz önünde bulundurulacak⁵²⁹ ve dava konusunun devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

b. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 563. maddesinde, ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan iddiaların istinafta gerekçelendirilmesi için, tarafların yeni vakıalar⁵³⁰ belirtebilecekleri, yeni belgeler gösterebilecekleri ya da yeni deliller ileri sürebilecekleri belirtilmektedir.

⁵²⁵ Deren- Yıldırım, **İstinâfın Gerekçelendirilmesi ve İstinâf Sebepleri**, s. 709.

⁵²⁶ İstinâf El Kitabı, s. 55; Akkaya, s.289.

⁵²⁷ İstinâf El Kitabı, s. 55.

⁵²⁸ Akkaya, s. 289.

⁵²⁹ Çiftçi, s. 657.

⁵³⁰ Fransız Hukuku'nda "moyens nouveaux" olarak ifade edilen kavram yeni vasıtalar anlamına gelmektedir. İfade ettiği husus ise, iddia ve savunma vasıtalarıdır. Ancak biz çalışmamızda bu kavramı yeni vakıalar olarak ifade edeceğiz. Zira Fransız Hukuku'nda, "moyens" kavramı tarafların iaddialarını gerekçelendirmeye yarayan tüm unsurlar olarak tanımlanmaktadır (Guinchard/ Ferrand/ Chainais, s. 554); Ancak Junillon'un da belirtmiş olduğu gibi yeni vasıtaların ne olduğunun tanımlanması, kapsamının belirlenmesi Fransız Hukuku'nda da zorluk arz etmektedir (Junillon, s. 1228). Zira iddia ve savunma vasıtası olarak kabul edilen tüm hususlar bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Hukukumuz bakımından da, iddia ve savunma vasıtaları vakılardan oluşmaktadır. Nitekim Postacıoğlu, yeni ileri sürülen vakıaların daha önceki iddia ve savunmada

Öncelikle tarafların belirttikleri iddia ve savunma vasıtalarının egemenliği altında kaldığı hatırlanmalıdır. Ama tüm bu iddia ve savunma vasıtaları uzun bir usul süresi boyunca birbiri ile bağlantılıdır. Öyle ki bir taraf ilk derece mahkemesinde feragat ettiği⁵³¹ vakıaları istinafta ileri süremez⁵³². Taraflar istinafta yeni vakıaları, ilk derece mahkemesinde bu vakılardan feragat etmemiş olmak koşulu ile ileri sürülebilirler⁵³³. Fransız Temyiz Mahkemesi de, tarafların, yeni vakıaları ilk derece mahkemesi önünde kesin olarak vazgeçmemiş olmaları koşulu ile istinafta ileri sürüleceklerini belirtmektedir⁵³⁴. Buna karşılık talepler değiştirilmedikçe başvuran tartışmayı değiştirse bile tamamen yeni vakıalar ve deliller sunabilir⁵³⁵.

Yeni vakıalar, istinafa başvuran tarafından ilk derece mahkemesi önünde oluşan iddiaların temelini ortaya koyma amacı güder⁵³⁶. İstinaf kanun yolunda ileri sürülecek yeni vakıalar, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddialara bağlı olmalı ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağına aykırı olmamalıdır⁵³⁷. Fransız Hukuku'nda uyumsuzluğun değiştirilmesi olarak ifade edilen bu husus hukukumuzda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine karşılık gelmektedir. Ancak hukukumuzda, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı hem vakıalara hem de talep sonucuna ilişkindir. Halbuki

zımnen dahi yer almaması halinde, bunların ayrıca ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin Fransız Hukuku'na ilişkin görüşleri belirtirken hukukî sebebi değiştirmiş olmadıkça, bu hukukî sebebin geçerli olduğunu gösteren maddi olayların iddianın vasıtası olarak telakki edildiğini belirtirken esasen Fransız Hukuku'nda bahsettiğimiz iddia ve savunma vasıtalarının hukukumuz bakımından vakıalar olduğunu da ortaya koymaktadır (Postacıoğlu, s. 438). İddia ve savunma vasıtalarının içinde itirazlar da yer almaktadır.

⁵³¹ Fransız Hukuku'nda kesin olarak vazgeçmeme kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram hukukumuz bakımından feragat etmeme kavramına karşılık gelmektedir.

⁵³² Junillon, s. 1229; Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 1979, n°78-11905, Bull. civ. III, n°125.

⁵³³ Junillon, s. 1229; Cass. soc. 5 Janvier 1995, n°91-40826 (www.legifrance.gouv.fr).

⁵³⁴ Cass. soc. 5 janv. 1995, n° 91-40826 (LexisNexis, JurisData& Cours suprême, 30.05.2012); Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 1979 (Loic Cadiet, **Code de procédure civile**, s. 399); Junillon, s. 1229; Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararına konu olan bir olayda, ikinci derece mahkemesinde, tarafın dayandığı 563. madde hükmünün uygulanmasına karar verilmiştir. Ancak Fransız Temyiz Mahkemesi, söz konusu kararı, 563. maddede belirtilen savunma vasıtasından ilk derece mahkemesinde vazgeçilmesi nedeniyle, istinaf mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur (Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 1979, Juris-Data n° 1979-799125).

⁵³⁵ Junillon, s. 1229.

⁵³⁶ Lesourd, kn. 6.

⁵³⁷ Vergès Etienne, Procédure civile, Grenoble, édition Pug, 2007, s. 263.

Fransız Hukuku'nda uyuşmazlığın değişmezliği ilkesi olarak ifade edilen “immutabilité du litige” ilkesi sadece iddialar için kabul edilmektedir. Esasen bu nedenle de Fransız Hukuku'nda istinaf aşamasında kural olarak yeni iddiaların ileri sürülmesi yasaklanmıştır. Ancak vakıalar ve deliller iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında kabul edilmediği için yeni vakıaların ve yeni delillerin ileri sürülmesi yasak kapsamında değildir. Önemle belirtmek gerekir ki, yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesi sadece ilk derece yargılamasında ileri sürülen iddiaları gerekçelendirmek için kabul edilmiştir (Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 563). Yeni vakıa veya delil ileri sürülmesi yolu ile yeni bir iddia yaratılması kabul edilmemektedir. Nitekim doktrinde de, ileri sürülen yeni vakıanın ne zaman yeni bir talep oluşturduğu, ne zaman eski talebin içinde yer aldığı tespitinin her zaman kolay olmadığı belirtilmektedir⁵³⁸.

Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 563'te düzenlenen ve ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddiaların gerekçelendirilmesi için, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesinden vazgeçilmemiş olan ve istinaf mahkemesinde ileri sürüldüğünde yeni savunma vasıtası olarak kabul edilen hususlara şu örnekler verilebilir: başvuranın, kamulaştırılan dairenin yüzölçümüne bağlı yeni iddiaları⁵³⁹, ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan zarar ödentisi talebini desteklemek için sunulabileceği iddiaları⁵⁴⁰; kamulaştırmaya ilişkin olarak başlangıçtaki talepleri gerekçelendirmek için yargılamanın esasına ilişkin farklılıkları ileri sürebileceği⁵⁴¹. İstinafta işçi temsilcisinin işe iade talebi yeni hukukî esasa ilişkin ileri sürülen yeni bir talep değil ama yeni bir vakıanın açıklaması olarak kabul edilmiştir⁵⁴².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yeni vakıaların ileri sürüleceği düzenlemesini getiren 563. maddede kullanılan kavram, esasen vakılardan daha geniş bir anlamı içermekte ve yeni vasıtalar olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle de Fransız doktrinde, yeni vasıtaların hangi hususları içerdiğine ilişkin olarak bazı görüşler ileri

⁵³⁸ Héron/ Le Bars, s. 608.

⁵³⁹ İstinaf kanun yolunda yeni iddia ileri sürmek yasak olmakla birlikte “moyens nouveaux” kapsamında değerlendirilen ve ilk derece mahkemesinde ileri sürmekten vazgeçilmemiş olan, ilk derece mahkemesindeki iddialarla bağlantılı iddiaların istinaf kanun yolunda ileri sürülebilmesine cevaz verilmektedir (Junillon, s. 1229).

⁵⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1998: Juris- Data n° 1998- 001768.

⁵⁴¹ Cass. 3^{ème} civ., 31 oct. 2001: Juris- Data n° 2001- 011541.

⁵⁴² Cass. soc. 9 mai. 1978, n° 76-40051, Bull. civ. V, n° 335.

sürülmüştür. Fransız Temyiz Mahkemesi de, özellikle yeni itiraz sebepleri, yeni ispat vasıtaları gibi hususların yeni vakıaların ileri sürülmesi kapsamında istinaf kanun yolunda ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁵⁴³. Fransız Temyiz Mahkemesi, istinaf mahkemesinin istinafta mahsuba bağlı oluşan itirazları inceleyebilmesi gerektiğini belirterek, mahsuba bağlı oluşan itirazları yeni vakıa olarak kabul etmiştir⁵⁴⁴.

Junillon, özellikle uygulamacılar tarafından bazı zorluklara neden olan yeni vakıaların kapsamının belirlenmesinin gerektiğini belirtmektedir⁵⁴⁵. yeni vakıa tanımı, genellikle, 564. maddenin uygulanmasında istinafta yeni taleplerin kabul edilmemesinin karşıtı olarak yapılır⁵⁴⁶. Yeni vakıaların ileri sürülmesi bir talebi gerekçelendirmek için mümkündür; ancak yeni vakıaların ileri sürülmesi suretiyle talebin değiştirilmesi mümkün değildir⁵⁴⁷.

İstinaf derecesinde vakıaların yeniden ele alınması konusunda, bu derece boyunca ileri sürülen uyuşmazlığa uygulanan mevzuatta bir değişikliğin ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır⁵⁴⁸. Başka bir anlatımla istinaf derecesinde yürürlüğe giren yeni kanun, 563. madde uyarınca yeni savunma vasıtası olarak ileri sürülebilecek midir? Genel olarak yargılama hukukuna ve maddî hukuka ilişkin kanunlar arasında yapılması gereken ayırım değerlendirilmelidir⁵⁴⁹. Bununla birlikte yeni kanunun uygulanması, yeni vakıa olarak varsayılır. Ama iki çekince söz konusudur. Yeni kanun, derhal uygulanır ve başlangıçtaki iddianın konusu değiştirilemez⁵⁵⁰. Yargılamaya ilişkin kurallara gelince, istinaf derecesi, genel olarak ilk derece mahkemesinden farklı olarak düşünülmelidir. İstinaf, yeni kanunun yürürlüğünden sonra yeni kanunun uygulanmasına imkân verir⁵⁵¹. Buna karşılık, maddî hukuka ilişkin kanunlara gelince, genel olarak istinaf derecesinin, ilk derecenin devamını oluşturduğu kabul

⁵⁴³Natalie Fricero, **Procédure de divorce**, kn. 34.

⁵⁴⁴Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1999, Juris-Data n 1999-001211; Fricero, **Procédure de divorce**, kn. 34.

⁵⁴⁵Junillon, s. 1228.

⁵⁴⁶Junillon, s. 1228- 1229.

⁵⁴⁷Larguier/ Conte, **Procédure civile, Droit judiciaire privé**, 19^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005, s. 120.

⁵⁴⁸Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 36.

⁵⁴⁹Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 36.

⁵⁵⁰Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 36.

⁵⁵¹Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 37.

edilir. Sonuç olarak aksine geçiş hükmü olması dışında, yürürlüğe giren kanun ilk derece mahkemesinin başlangıcı sırasında ise, istinaf kanun yoluna kadar uygulamaya devam etmelidir⁵⁵². Junillon⁵⁵³ bu durumda derhal uygulanan bir kanun hükmü varsa bunun istinafta ileri sürülebilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira kanun metni, bir talep değil; iddianın dayanağıdır ve bu istinaf mahkemesi önünde kabul edilebilir bir vakia olarak değerlendirilmelidir⁵⁵⁴. Fakat bu hakkın kullanımının sonu asıl iddianın değiştirilmesine varmamalıdır⁵⁵⁵. Hukukumuzda da benzer bir tartışma Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'na konu olmuştur⁵⁵⁶.

⁵⁵² Giverdon, **Prétentions nouvelles**, kn. 38.

⁵⁵³ Junillon, s. 1229.

⁵⁵⁴ Junillon, s. 1229.

⁵⁵⁵ Junillon, s. 1229.

⁵⁵⁶ Karara konu olan olayda Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmüne ilişkin verdiği iptal kararı üzerine aynı dava konusu ve dava sebebine ilişkin olarak ikinci bir dava açılmış ve davada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yürürlükten kaldırılan kanun hükmünün uygulanmaması sağlanarak yeni bir yargılama yapılması amaçlanmıştır. Ancak ilk derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının kural olarak geçmişe yürümemesi ve ayrıca kesin hükmün varlığı nedeniyle davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine dosya kendisine gelen Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise, HUMK m. 237'de düzenlenen kesin hükmün dava sebebi unsurunu hukukî sebep olarak yorumlamak suretiyle değişen kanun hükümlerinin söz konusu davada uygulanması gerektiğini, kesinleşmemiş bir yargılama süreci bulunduğunu belirterek; Gerek usul hükümleri gerekse yasaların zaman bakımından uygulanabilirlik kuralı gereği 3201 sayılı Yasada lehe oluşan şartları davacı hakkında uygulamadan davadan el çekilmesi yerinde bir karar olmayacağını eklemiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları Türk Yargılama ve hukuk sistemi açısından ileriye dönük hükümler doğuracağını ve dolayısıyla derdest ve kesinleşmemiş her dava için de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna ek olarak dava, konusu itibarıyla kişinin sosyal güvenlik haklarına ilişkin olup, doğrudan kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle olaya daha duyarlı yaklaşım sosyal güvencenin vazgeçilmezliği ilkesinden hareketle Anayasa Mahkemesince dahi hassasiyetle karşılanıp kabul gören bir hakkın kullanılmasından geri durmak dahi sosyal güvenlik hukuku ilkelerine ve Sosyal devletin korumacılık anlayışına aykırı bir davranış olacağını belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının kural olarak resmi gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı; bu nedenle dairenin görüşünün aksine Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceğini belirterek; kanun değişikliği ile getirilen bir düzenlemenin, ancak bu yönde bir ihya hükmü içermesi durumunda buna olanak bulunduğunu; anılan yeni düzenlemede bu tür bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, kesin hüküm olgusu nedeniyle oluşan hukuksal engellerin olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olmasının olanaklı olmadığını vurgulamış ve mahkemece davanın kesin hüküm nedeniyle reddi ve aynı nedene dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekeceğine karar vermiştir. (YHGK, 31.03.2004, 21-156/ 194 [Kazancı İçtihat Bankası]). Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun belirttiği gibi kesin

İstinaf mahkemesine tam yargılama görevi verilir. İstinaf mahkemesi özellikle yeni tahkikat tedbiri isteyebilir, daha önce gerçekleşen tedbiri iptal edebilir ya da düzenlenen tedbiri kaldırabilir. Bunu yapmak için taraflar, belgeler, vakıalar ve yeni delilleri inceleyebilir⁵⁵⁷.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 317. maddesinde yeni vakıa ve ispat vasıtalarının sadece belirtilen koşulların varlığı halinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmektedir. Bu koşullardan ilki bu yeni delil veya vakıanın gecikmeksizin ileri sürülmesi ya da ibraz edilmesidir. Diğeri ise, tarafın gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen söz konusu delil veya vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği ya da ibraz edilememiş olmasıdır. Doktrinde⁵⁵⁸ ve Federal Mahkeme Kararları'nda⁵⁵⁹ söz konusu iki koşulun kümülatif olduğu belirtilmektedir, bu nedenle yeni ispat vasıtaları ve vakıaların istinaf kanun yolunda ileri sürülebilmesi ya da ibraz edilebilmesi için iki koşul birlikte meydana gelmelidir. Taraf, gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen delilin ya da vakıanın ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği veya ibraz edilemediği olduğunu gerekçelendirerek ispat etmelidir⁵⁶⁰.

İsviçre Medeni Usul Hukuku'nda, yeni vakıalar ve ispat vasıtaları istinaf kanun yolunda kural olarak yasak olmakla beraber ilk derece mahkemesinde verilen karara bağlı olan deliller söz konusu yasak içinde değerlendirilmemektedir⁵⁶¹. Tappy, 317. madde düzenlemesinin yerinde olduğunu belirtmektedir. Çünkü ilk derece mahkemesi önünde kendi hatalarının sonuçlarını ikinci derecedeki tahkikatta zarara

hükümün varlığı Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının uygulanmasına engeldir. Kesin hükümden sonra davanın yeniden görülebilmesi ancak yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin varlığı halinde söz konusu olabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olan durum yargılamanın iadesi sebeplerinden biri olmadığı için, kesin hükme varılmış bir dava yeniden yargılama konusu yapılamayacaktır. Zira kesin hükümün en önemli amaçlarından biri uyumsuzluğu tüm gelecek için sonlandırmaktır.

⁵⁵⁷ Junillon, s. 1228.

⁵⁵⁸ Bohnet / Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1265; Tappy, **Les voies de droit**, s. 138, 139.

⁵⁵⁹ ATF, 5A_63/2012, 20 Juin 2012; ATF, CC 91/2011, 19.3.2011 (www.swisslex.ch, 28.07.2012).

⁵⁶⁰ Rétornaz, s. 401; Tappy, **Les voies de droit**, s. 139.

⁵⁶¹ ATF, 5A_592/2011, 31.01.2011 (www.swisslex.ch, 28.07.2012).

uğramadan ortadan kaldırabilmesi mümkün olan farklı durumlar düşünülebilir⁵⁶². Jeandin ise, kanun koyucunun bu hükümle ilk derece yargılamasında benimsenen genel ilkedden ayrıldığını belirtmektedir. Zira 227. madde ile ilk derece yargılamasında yeni vakıalar ve ispat vasıtaları engellenmektedir⁵⁶³.

III. Tahkikat İncelemesinde Delillerin Yeniden Ele Alınması

A. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz kural olarak yeni delillerin istinaf kanun yolunda ileri sürülmesini yasaklamış; fakat istinaf aşamasında yeni delil ileri sürülebilmesine ilişkin bazı istisnalar kabul etmiştir. Buna göre, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni delillere dayanılmaz. Ancak ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir (HMK m. 357).

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 563. maddesinde, ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan iddiaların istinafta gerekçelendirilmesi için, yeni vakıalar⁵⁶⁴ belirtebilecekleri, yeni belgeler gösterebilecekleri ya da yeni deliller ileri sürebilecekleri belirtilmektedir. Fransız Medeni Usul Hukuku'nda istinaf mahkemesi tam bir yargılama yetkisi ile donatılmıştır; istinaf mahkemesi, özellikle yeni tahkikat tedbirlerine karar verebilir, henüz uygulanmakta olan tedbirleri ortadan kaldırabilir ya da iptal edebilir ya da bunları yeniden düzenleyebilir⁵⁶⁵. Tüm bu nedenlerle istinaf

⁵⁶² Denis Tappy, "Les décisions par défaut, les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut", Edité par François Bohnet, **Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens**, Neuchâtel, Schulthess éditions romandes, 2010, s. 439.

⁵⁶³ Jeandin, **Les voies de droit**, s. 348; Federal Mahkeme de bir Kararı'nda, söz konusu hususa değinerek; ilk derece mahkemesinde iddianın yokluğu halinde yeni hakların ileri sürülebilmesinin mümkün olmadığını, bu düzenleme ile tazminata ilişkin tedbirlerde kabul edilen düzenlemeye yaklaşıldığını belirtmektedir (ATF, 4A_608/2011, 23.01.2012 [www.swisslex.ch, 28.07.2012]).

⁵⁶⁴ "Moyens nouveaux" olarak belirtilen kavram yeni vasıta anlamına gelmektedir. İfade ettiği husus iddia ve savunma vasıtalarıdır. Ancak biz çalışmamızda bu kavramı yeni vakıalar olarak ifade edeceğiz.

⁵⁶⁵ Junillon, s. 1228; Cass. 3^{ème} civ, 10 oct. 1979, n° 77-15737, Bull. civ. III, n° 175.

mahkemesi, yeni deliller ve yeni belgeler inceleyebilir⁵⁶⁶. Fransız Yargıtay'ı da bir kararında ileri sürülen yeni delilleri göz önünde bulundurmanın istinaf mahkemesine düştüğünü; ilk defa istinaf mahkemesinde ibraz edilen belgelerin istinaf mahkemesinde incelenmeksizin karar verilmiş olması nedeniyle Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi'nin kararının Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 563. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir⁵⁶⁷.

B. Yeni Delilin Kapsamı

Hangi delillerin yeni delil kapsamında değerlendirilebileceği hususunun tespiti konumuz bakımından önem arz etmektedir. Doktrinde “yeni delil” kavramının iki anlamı ifade edebileceği; bunlardan ilkinin, sonradan ortaya çıkan delil veya yargılamanın yenilenmesindeki sebeplerde olduğu gibi sonradan elde edilen delil, diğerrinin ise, yargılama sırasında mevcut olup da ele geçirilemeyen delil⁵⁶⁸ olduğu ifade edilmektedir.

Taraflar delillerini kural olarak dilekçelerinde bildirmeli ve dilekçeleri ile birlikte mahkemeye sunmalıdır (HMK m. 119, 121, 129). Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilk derece yargılamasında öngördüğü delillere ilişkin m. 140/5'te, ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları için iki haftalık kesin süre verileceği; bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verileceği düzenlenmektedir. Sonradan delil gösterilmesini düzenleyen 145. maddede ise, tarafların kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyecekleri; ancak bir delilin sonradan gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşıyamıyorsa veya süresinde gösterilmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemenin o delilin sonradan gösterilmesine izin verebileceği düzenlenmektedir.

⁵⁶⁶ Junillon, s. 1228.

⁵⁶⁷Chambre soc., 5 avril 2012, 11-11443 (<http://www.legifrance.gouv.fr/>, 16.08.2012); Söz konusu kararda istinaf mahkemesinin 563. madde hükmünü ihlal etmiş olduğu belirtilmekle beraber, temyiz incelemesine ilişkin 700. madde uyarınca tarafın yatırması gereken masrafı yatırmamış olması nedeniyle temyiz talebi reddedilmiştir.

⁵⁶⁸ Konuralp, **Tartışmalar**, s. 54.

Uygulamada davaların uzamasının temel sebeplerinden biri de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelerle uyulmamasıdır. 145. madde düzenlemesi ile, belirtilen sürelerden sonra yeni delil sunulmasının yasak olduğu kural olarak benimsenmekle birlikte söz konusu hükme iki istisna getirilmiştir. Buna göre yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa hakim gerekçesini de belirtmek şartıyla yeni delil sunulmasına izin verebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi hukukî dinlenilme hakkının bir sonucudur. Doktrinde, daha önce gösterilmesi mümkün olmayan veya ancak diğer delillerin incelenmesinden sonra gösterilmesinin yararlı olacağı anlaşılan delillerin sonradan gösterilmesine izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁶⁹. Bu bağlamda dava açıldığı sırada mevcut olmakla birlikte 140/5 veya 145. madde hükümleri uyarınca süresi içinde, ilk derece mahkemesindeki yargılamaya dahil edilmeyen deliller yeni delil kapsamında kabul edilemeyecek ve artık istinaf kanun yolu safhasında dikkate alınamayacaktır. Ancak dava açıldığı sırada mevcut olmakla birlikte mücbir sebeple elde edilemeyen deliller istinaf kanun yolunda incelenebilecektir.

Dava açıldıktan sonra ve tahkikatın hitamından önce ortaya çıkan ya da elde edilen deliller ise, 145. madde hükmü kapsamında ilk derece mahkemesinde yargılamaya dahil edilebileceği için yeni delil kapsamında değerlendirilecektir⁵⁷⁰. Ancak dava açıldığı sırada mevcut olmakla birlikte mücbir sebeple elde edilememiş deliller yeni delil kapsamında değerlendirilecektir. Dava açıldıktan sonra ve fakat tahkikatın hitamına kadar olan süreçte meydana gelmekle birlikte tarafın kusuru olmaksızın elde edilemeyen deliller de yeni delil kapsamında değerlendirilecektir.

İlk derece mahkemesinde hüküm aşamasından sonra ve fakat kanun yolu başvurusundan önce veya kanun yolu aşamasında ortaya çıkan ya da elde edilen deliller de yeni delil kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle ilk derece mahkemesinde tahkikat aşamasında ortaya çıkan delil ancak 145. madde çerçevesinde ilk derece mahkemesinde ileri sürülme imkânı varken ileri sürülmüşse

⁵⁶⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 369.

⁵⁷⁰ Çiftçi, s. 693.

istinaf incelemesinde dikkate alınacak, aksi halde istinaf kanun yolunda ileri sürülemeyecektir.

İlk derece mahkemesinde 145. madde kapsamında sonradan ileri sürülen delil, gereken şartları taşınamaması nedeniyle incelenmeden reddedilirse istinaf kanun yolunda yapılan incelemede bölge adliye mahkemesinin delillerin incelenmemesini yerinde görmemesi halinde söz konusu delilleri inceleyebilecektir⁵⁷¹. Zira bu durumda usulüne uygun olarak ileri sürülmesine rağmen incelenmeden reddedilen delil söz konusudur. Memişoğlu bu durumda HMK m. 145 şartlarını taşımadığı gerekçesi ile incelenmeyen delillerin maddî meselenin takdirinde hata gerekçesine dayanılarak istinaf sebebi olarak ileri sürülmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir⁵⁷². Kanımızca usul hukukuna ilişkin bu durumda maddî meselenin takdirinde hatadan bahsedilemeyecektir. Bu durumda söz konusu delillerin bölge adliye mahkemesince incelenebilecek olmasının dayanağı 357. maddenin son fıkrası olacaktır. Zira söz konusu maddede ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen delillerin bölge adliye mahkemesince incelenebileceği belirtilmektedir. Ancak bu durumda dahi bölge adliye mahkemesinin delilin incelenmesine ilişkin takdir yetkisi vardır. Bölge adliye mahkemesi söz konusu delilin incelenmesini gerekli görmezse delili incelemeksizin de karar verebilir; zira 357. maddenin son fıkrasının lafzından bölge adliye mahkemesine takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, hakim bu kararı verirken tarafın ispat ve delil hakkını ihlal etmemelidir. Zira ispat ve delil hakkı, hukukî dinlenilme hakkının gereğidir⁵⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 297/I c bendi gereğince de, hakimın vereceği hüküm, çekişmeli vakılar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini kapsamalıdır. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinde de, hüküm verilirken HMK m. 357/son çerçevesinde ileri sürülen delillerin neden kabul edilip edilmediğini takdir eden mahkemenin bu kararının gerekçesini de belirtmelidir⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Bkz. Memişoğlu, s. 97.

⁵⁷² Memişoğlu, s. 98.

⁵⁷³ Muhammet Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2003, s. 125.

⁵⁷⁴ İspat ve delil hakkının hukukî dinlenilme hakkının gereği olduğuna ilişkin bkz. Özkes, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, s. 125 vd.

İlk derece mahkemesinde delilin ileri sürülebileceği ana ilişkin değerlendirme yaparken yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalara ilişkin olarak tahkikatın genişletilmesi kararı ve bu karardan sonra gerçekleşen tahkikate de değinmek gerekir. Zira yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda, ilk derece mahkemesi hakimi ya da toplu mahkeme, hüküm vermek için davanın yeterince aydınlanmadığı kanaatinde ise veya tarafların bu yönde talepleri var ise, tahkikatın genişletilmesine karar verir⁵⁷⁵. İstinaf kanun yolunda yapılan yargılamada HMK m. 360 gereğince, özel bir düzenleme bulunmadıkça, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulünün uygulanacağını belirtmiştik. Bu hüküm çerçevesinde HMK m. 185/II hükmüne de değinmek gerekmektedir. Zira HMK m. 185/II uyarınca, toplu mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, tahkikat için görevlendirilen hâkim tarafından dinlenen tanıkları ve bilirkişiyi tekrar çağırıp dinleyebileceği gibi, davanın maddî vakıaları hakkında gösterilen ve mahkemeye verilmemiş veya getirilmemiş olan delillerin verilmesini veya getirilmesini de kararlaştırabilir. Maddenin gerekçesinde mahkemenin, tarafların daha önce dilekçelerinde gösterip de elde olmayan nedenlerle sunmadıkları delillerin veya başka yerden getirtilmesini isteyip de tahkikat hâkiminin getirtmediği delillerin de verilmesini veya getirtilmesini kararlaştırabileceği belirtilmektedir. Ancak bunun için bu delillerin daha önce gösterilmesinin mümkün olmaması veya tarafın bunu zamanında gösterememe konusunda kusurunun bulunmaması gerekir.

C. Yeni Delil İleri Sürülmesi Yasağı ve Bu Yasağın İstisnaları

1. Genel Olarak

HMK m. 357 düzenlemesi, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni delillere dayanılmayacağını belirtmektedir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesi yapacağı yeniden tahkikat safhasında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni delilleri inceleyemeyecektir. Ancak bölge adliye mahkemesinde yapılamayacak işleri düzenleyen 357. maddenin son fıkrasında, istinaf incelemesinde yeni delil gösterilmesi yasağına ilişkin istisnalara yer verilmiştir.

⁵⁷⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 536.

Buna göre, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Hükmün gerekçesinde, tarafların ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürmediği delillerin bölge adliye mahkemesinde ileri sürülemeyeceği belirtilerek ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü halde haksız olarak reddedilip incelenmeyen veya ilk derece mahkemesinde mücbir bir sebeple gösterilme olanağı bulunmayan ya da tarafın geç ileri sürülmesinde bir kusurun bulunmadığı deliller bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede maddede belirtilen sebeplere gerekçede bir sebep daha eklenmekte ve tarafın geç ileri sürülmesinde bir kusuru bulunmayan delili de bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bilindiği üzere madde gerekçesi madde metnine dahil olmamakla birlikte maddenin uygulanması ve yorumlanması için yol göstericidir. Esasen gerek ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen delilin mevcut olduğu durumda gerekse mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delilin söz konusu olduğu durumda tarafın kusurundan bahsedilemeyecektir. Maddenin gerekçesinde belirtilen kusurun bulunmaması hali sadece söz konusu iki hususa ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Zira ilk derece mahkemesi hükmünden sonra ortaya çıkacak delillerin varlığı halinde de tarafın kusuru olmayabilir; ancak bu durumda ortaya çıkan delillerin istinaf kanun yolunda ileri sürülmesi ancak mücbir sebep kapsamında değerlendirilebiliyorsa söz konusu olmalıdır. Aksi halde sadece tarafın delilin ileri sürülememesinde kusuru olmaması sonradan delil ileri sürülmesine neden olmamalıdır.

2. İlk Derece Mahkemesinde Usulüne Uygun Olarak İleri Sürüldüğü Halde İncelenmeden Reddedilen Deliller

İlk derece mahkemesinde, taraflarca gösterilen delillerin hiç biri toplanmadan ya da gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırarak dosyayı yeniden tahkikat yapmak üzere ilk derece mahkemesine gönderecektir (353/a,6). Ancak gösterilen deliller toplanmak ve incelenmekle birlikte söz konusu inceleme çok yetersiz bir biçimde yapılmışsa, bu durumda bölge adliye mahkemesi, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyecek

ve gereken incelemeyi kendisi yapacaktır⁵⁷⁶. Delillerin hatalı değerlendirilmesi halinde de dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmeyip, inceleme bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecektir⁵⁷⁷. Ancak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi gereğince, bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden inceleme yapıyorsa; bu durumda kural olarak ilk derece mahkemesinde incelenen delillerin tekrar incelenmesi halinde ilk derece mahkemesindeki delil değerlendirmesini ortadan kaldıracağını düşünüyorsa, delilleri yeniden incelemelidir⁵⁷⁸.

Kanunumuzun tercih ettiği istinaf sisteminde, eğer ilk derece mahkemesinin dosyasında çok önemli bazı usul hataları ve eksiklikleri varsa üst derece mahkemesi bu eksikleri kendisi gidermeyecek dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderecektir⁵⁷⁹. Zira gerek Alman Hukuk Reformu'nda gerekse diğer bazı ülkelerde bir taraftan istinaf mahkemelerine ilişkin yetkiler azaltılırken diğer taraftan ilk derece mahkemesi hakimi güçlendirilmekte ve ilk derece mahkemesi hakiminin dosyanın üst derece mahkemesinde tekrar incelenerek tekrar tahkikat yapılacağı için doğru kararın orada verileceği düşüncesine kapılmasının önüne geçilmek istenmektedir⁵⁸⁰. Bu nedenle yapılan düzenlemelerle ilk derece mahkemeleri güçlendirilerek üst derece mahkemesinin ilk derece mahkemesinden birçok eksikliklerle gelen dosyaları kendileri telafi etmek yerine geriye göndermelerine ilişkin düzenlemeler söz konusu olmuştur⁵⁸¹.

Bölge adliye mahkemesinin duruşma yapmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndereceğini düzenleyen HMK m. 353/a, ç hükmünde düzenlenen “mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç

⁵⁷⁶ Konuralp, **Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl**, s. 259- 260; Kâmil Yıldırım, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 131; Akkaya, s. 290.

⁵⁷⁷ Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 118.

⁵⁷⁸ Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 118.

⁵⁷⁹ Pekcanitez, **Yargı Reformu Sempozyumu 2000**, s. 115; Öztekin, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 110; Konuralp, **Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul**, s. 260; Yılmaz, **İstinaf**, s. 75.

⁵⁸⁰ Pekcanitez, **Yargı Reformu Sempozyumu 2000**, s. 115.

⁵⁸¹ Pekcanitez, **Yargı Reformu Sempozyumu 2000**, s. 115.

değerlendirilmeden karar verilmiş olması” halı⁵⁸² ile HMK 357. maddede düzenlenen ve bölge adliye mahkemesince incelenebileceği kabul edilen usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen deliller birbirinden red kararı verilmiş olma noktasında ayrılmaktadır. Zira 353. maddede düzenlenen halin varlığında ilk derece mahkemesi gösterilen delile ilişkin hiçbir değerlendirmede bulunmamakta, delilin incelenmemesine ilişkin herhangi bir karar vermemektedir. 357. maddede belirtilen durumun varlığında ise, ilk derece mahkemesi gösterilen delile ilişkin red kararı vermektedir. Ancak bu durumda usulüne uygun olarak gösterilmesine rağmen incelenmeyen delili 357. madde kapsamında değerlendirmek için ilk derece mahkemesinin red kararı hatalı olabileceği gibi red kararında gerekçe gösterilmemesi de söz konusu olabilir.

İlk derece mahkemesinde usulüne uygun gösterildiği halde incelenmeden reddedilen delillerin bölge adliye mahkemesinde incelenebileceğine istisnada, aslında yeni bir delil gösterilmesi söz konusu değildir⁵⁸³. Çünkü bu durumda taraf, delilini ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak sunmuştur. Ancak mahkeme, usulüne uygun ve süresi içinde verilen bu delili incelemeyen karar vermiştir⁵⁸⁴. Bu nedenle ilk derece mahkemesinde incelenmeyen delil istinaf kanun yolunda incelenebilecektir. Esasen bu düzenleme olmasa idi dahi aynı sonuca varmak gerekecekti. Çünkü bu durumda yeni bir delil gösterilmeyip ilk derece yargılamasında ileri sürülüp dikkate alınmayan bir delil söz konusudur ve bu nedenle ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada hukukî dinlenilme hakkının⁵⁸⁵, açıklama ve ispat hakkı unsurları ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal

⁵⁸² Tutumlu, taraflarca gösterilen delillerden hiçbiri toplanmadan veya hiç değerlendirmeden karar verilmiş olması halini yeni delil ileri sürülmesinin istisnalarından biri olarak değerlendirmektedir (Mehmet Akif Tutumlu, “İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa- Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları”, **THD**, Y. 2, S. 7, Mart 2007, s. 57-62, s. 61; Tutumlu Mehmet Akif, **Medenî Usûl Hukuku Sorunları**, C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 32); Akkaya, söz konusu açıklamayı eleştirerek bu durumda yeni delil gösterilmesi yasağının istisnalardan birinin mevcut olmadığını; zira bu durumun varlığı halinde bölge adliye mahkemesinin tahkikate ilişkin bir işlem yapmaksızın yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderileceğini belirterek eleştirmektedir (Akkaya, s. 290, dn. 150); Kanımızca da, Akkaya’nın belirttiği gibi delillerin hiç biri toplanmadan veya değerlendirmeden karar verilmiş olması halinde teknik olarak yeni delil gösterilmesi yasağına ilişkin bir istisna söz konusu olmamaktadır. Zira bu durumda ağır bir yargılama ihlalinin mevcudiyeti söz konusudur.

⁵⁸³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 514; Akkaya, s. 290.

⁵⁸⁴ İstinaf El Kitabı, s. 58.

⁵⁸⁵ Akkaya, s. 291.

edilmiştir⁵⁸⁶. Akkaya, usulüne uygun olarak sunulmasına rağmen gerekçe gösterilmeden delillerin reddedilmiş olması halinde hukukî dinlenilme hakkının da ihlal edilmiş olması nedeniyle bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir⁵⁸⁷. Kanımızca da gerek delillerin hiçbiri toplanmadan ve değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, gerek ise usulüne uygun olarak gösterildiği halde gerekçe göstermeden reddedilmesi halinde bölge adliye mahkemesi söz konusu durumları re'sen göz önünde bulundurmalıdır.

İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterilmesine rağmen incelenmeden reddedilen delillere tarafların dayandıkları, ancak temin edemedikleri ya da getiremedikleri delillerin gerektiğinde mahkeme tarafından da temin edilmemiş olması hali de dahildir. Zira ilk derece yargılamasında delilleri taraflar gösterse de delillerin gerektiğinde zor kullanarak temini, tanıkların ya da bilirkişilerin hazır bulunmasının sağlanması gibi hususlar mahkemenin davayı yürütmesi içerisinde⁵⁸⁸. Davanın maddi anlamda sevk yetkisi⁵⁸⁹ hakime aittir.

3. Mücbir Sebep Gösterilmesine Olanak Bulunmayan Deliller

İstinaf kanun yolunda, yeni delil ileri sürülmesi yasağının istisnalarından bir diğeri de, HMK m. 357/3'te belirtildiği üzere mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delillerdir. Bu istisnanın uygulanabilmesi için söz konusu delilin ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesi mümkün olmamalı ve bu durum mücbir sebepten kaynaklanmalıdır⁵⁹⁰. İstinaf kanun yolunda, mücbir sebep nedeniyle gösteremediği delili ileri sürmek isteyen taraf mücbir sebebin varlığını da

⁵⁸⁶ İstinaf El Kitabı, s. 58; Akkaya, s. 291; Memişoğlu, s. 104.

⁵⁸⁷ Akkaya, s. 291.

⁵⁸⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 308; “*Keşif avansı yatırılması için verilecek kesin sürede; keşif avansının miktarı, süresi ve hangi kalemlerden oluştuğunun ayrıntılı olarak yazılması gerektiği, bu kararın ilgiliye muhtıra şeklinde tebliği ve ara kararda bulunmamasına rağmen tarafa tanık ve bilirkişileri hazır etmesi yükümlülüğü yüklenemeyeceği gözetilmelidir. Anılan kişilerin arazi başında hazır olmalarını sağlamak mahkemenin görevidir. Mahkemenin görevini taraflara devredip, bilahare bu görevin yerine getirilmediğinden bahisle davanın reddine karar vermesi yasaya aykırıdır...*” Y. 16. HD, 11.02.2005, 481/ 667 (**Kazancı İctihat Bankası**).

⁵⁸⁹ Davanın maddi anlamda sevk yetkisinden, vakıaların aydınlatılmasına ilişkin işlemler anlaşılmalıdır; hakimin soru sorma hakkı ve delilleri toplama hakkı bu kapsamda kabul edilmektedir (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 309).

⁵⁹⁰ İstinaf El Kitabı, s. 58.

ispatlamalıdır⁵⁹¹. Şüphesiz söz konusu yeni delilin istinaf aşamasında incelenebilmesi için hükmü etkileyecek nitelikte olması da gerekmektedir.

Hangi hususların mücbir sebep kavramı içinde değerlendirilebileceğini açıklamak için 1086 sayılı Kanun'un 445. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye bakılabilir. Zira istinaf kanun yolunda mücbir sebebe ilişkin bu düzenleme, 1086 sayılı Kanun'un 445. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yargılamanın iadesine ilişkin sebeplerden “yargılama sırasında mücbir sebeple elde edilemeyen senet veya belge” düzenlemesine benzer bir niteliktedir⁵⁹².

Mücbir sebep objektif teori anlamında, ilgili taraf ile ilişkisi olmayan ve önüne geçilemeyen bir kuvvet sonucunda dışarıdan vukubulan olay anlamında değil⁵⁹³, subjektif teori anlamında hakkaniyet gereğince bir kimseden beklenen çaba ve ihtimama rağmen bir belgenin yargılama sırasında ele geçirilememiş olması başka bir deyişle belgenin ele geçirilememiş olmasında ilgili tarafın bir kusurunun olmamasıdır⁵⁹⁴. Mücbir sebep kavramı subjektif teori kapsamında değerlendirdiğinde objektif teorinin tanımladığı mücbir sebep kavramından daha geniş bir çerçeve çizmektedir⁵⁹⁵. Bu çerçevede mücbir sebep doktrinde, yargılamanın iadesini isteyen tarafın ileri sürdüğü belgeyi dava sırasında elde edememesinin kendi kusuruna dayanmaması olarak tanımlanmaktadır⁵⁹⁶. Bu tanımdan yola çıkılarak istinaf kanun

⁵⁹¹ Çiftçi, s. 694; Memişoğlu, s. 101.

⁵⁹² İstinaf El Kitabı, s. 58; Akkaya, s. 291.

⁵⁹³ Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararı da vardır. Yargıtay, söz konusu kararda, hukukumuzda mücbir sebebin, insan iradesi ve insanlık olanakları ile önüne geçilemeyen doğal afetler ya da tren veya trafik kazası, yangın gibi olaylarla örneklendirildiğini belirtmektedir (Y. 20. HD, 11.4.2002, 1059/3449 [Kazancı İçtihat Bankası]).

⁵⁹⁴ Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 378-379; Ramazan Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977, s. 85; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 914; Deren-Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf**, s. 281; Nitekim doktrinde de mücbir sebebin borçlar hukukunda kaçınılması veya ortadan kaldırılması objektif olarak olanaksız bulunan bir olayı ifade ederken, incelediğimiz anlamda mücbir sebep açısından subjektif bir imkânsızlık olarak kabul edildiği belirtilmektedir (Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 85; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 914); objektif ve subjektif teoriye ilişkin olarak ayrıca bkz. Necmeddin M. Berkin, “Senetle İspata Yer Bırakmayan Mücbir Sebepler ve Fevkalade Hal”, **İÜHFİM**, 1969, C. 35, S.1-4, s. 228 vd.

⁵⁹⁵ Akkaya, s. 292; Akil, **İstinaf Kavramı**, s. 315.

⁵⁹⁶ Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, s. 378; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 85; Kuru/Arslan/ Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 742; Kuru, C. V, s. 5184; Üstündağ, **Medenî**

yolunda mücbir sebebi, istinaf kanun yolunda delili ileri sürmek isteyen tarafın söz konusu delili ilk derece yargılamasında elde edememesinin kendi kusuruna dayanmamaması olarak tanımlamak mümkündür. Esasen burada söz konusu olan mücbir sebep HMK m. 145'te sonradan delil gösterilmesine ilişkin olarak "sonradan ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa" ifadesi ile aynı düşünülmelidir. Kanımızca kanunda belirlenen terminoloji birliğinin sağlanması için istinaf kanun yolunda "mücbir sebep" ifadesinin kullanılması yerine "ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmama" ifadesinin kullanılması yerinde olurdu.

İlk derece mahkemesinde ileri sürülemeyen bir delilin istinaf kanun yolunda mücbir sebep kapsamında değerlendirilmesi, tarafın bu delili ilk derece yargılamasında HMK m. 145 çerçevesinde ileri sürmemekte kusurunun bulunmaması durumunda mümkün olmalıdır⁵⁹⁷. Bu nedenle tarafın geç ileri sürmesinde kusurunun bulunmadığı ancak HMK m. 145 kapsamında ilk derece mahkemesi tarafından tahkikat aşamasında reddedilen veya dava öncesinde ortaya çıkmalarına rağmen ilk derece mahkemesinde, ileri sürülemede tarafın kusuru bulunmaksızın, ileri sürülemeyen deliller istinaf kanun yolunda inceleme konusu yapılabileceklerdir.

Ancak belirtmek gerekir ki doktrinde mücbir sebeple ileri sürülmesine imkân bulunmayan delilin ilk derece yargılamasından sonra doğmuş olmaması gerektiği; ilk derece mahkemesinin hüküm verdiği tarihten sonra ortaya çıkan delilin istinaf kanun yolunda ileri sürülmesinin mücbir sebep kavramı içinde değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁹⁸. Bunun nedeninin, hukukumuzda yapılan istinaf düzenlemesinde

Yargılama Hukuku, s. 914; Karlı, s. 837; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 574- 575; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**; Deren- Yıldırım, **İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri**, s. 709; Yıldırım, **İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesindeki Hatalı Vakıa Tespitleri**, s. 113; Rıfat Erten/ Birsen Acır/ Sema Taşveren, "Gen [DNA] Testinin İspat Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **AÜHFĐ, Y. 1996**, C. 45, S. 1-4, s. 584, s. 1577; Nitekim Yargıtay da kararlarında mücbir sebebi geniş yorumlamakta idi: "...Belediyyeden ibrazı gereken belgenin elde edilememiş olmasında davacıya bir kusur yükletilemeyeceğinden bu hususun "mücbir sebep" olarak kabulü gerekir..." Y. 15. HD., 18.06.2007, 2874/4134 (**Kazancı İçtihat Bankası**); "...Maddede belirtilen zorlayıcı nedenden anlaşılması gereken, yargılamanın iadesini isteyen tarafın söz konusu belgeyi dava sırasında elde edememesinin kendi kusuruna dayanmamasıdır..." Y. 11. HD, 6.2.2006, 2005/ 996 E., 2006/931 K. (**Kazancı İçtihat Bankası**).

⁵⁹⁷ Memişoğlu, s. 102.

⁵⁹⁸ Akkaya, s. 283; Memişoğlu, s. 103; Çiftçi, s. 698.

sınırlı istinaf modelinin tercih edilmesinin bir sonucunun da, ilk derece mahkemesinin nihai kararının, hükmün verildiği tarihte mevcut olan dava malzemesine ve talep sonucuna göre incelenmesi olduğu; istinaf kanun yolunda yargılamanın devam ettirilmesinin ve güncel sonuca göre bir inceleme yapılmasının mümkün olmadığı; sadece ilk derece mahkemesi hükmünün denetlenmesi ve düzeltilmesi için istinaf kanun yolu hükümleri öngörölmüş olması olarak açıklanmaktadır⁵⁹⁹. Kanımızca söz konusu hükümler dar yorumlanmamalıdır. Aksi takdirde, istinaf kanun yolu vakıa mahkemeleri olma özelliklerini yitirerek sadece hukukîlik denetiminin yapıldığı bir kanun yolu haline dönüşecektir. Kanun koyucu, her ne kadar sınırlı istinaf sistemini tercih etmiş olsa da, bu hükümler bölge adliye mahkemelerinin sadece hukukîlik denetimi ile yetineceği şekilde anlaşılmalıdır.

Doktrinde, 1086 sayılı Kanun'un 445. maddesinde düzenlenen yargılamanın iadesi nedeni olarak yargılama sırasında mücbir sebeple elde edilemeyen bir senet veya belgenin hükümden sonra ele geçirilmiş olması sebebine ilişkin olarak, bu sebebe dayanabilmek için, belgenin hüküm tarihinde de mevcut olması gerektiği belirtilmekte idi⁶⁰⁰. Ancak doktrinde tıp ve tekniğin gelişimi sonucu elde edilen belgenin daha önce elde edilememiş olmasının da yargılamanın iadesi sebebi olması gerektiği belirtilmekte idi⁶⁰¹. Nitekim 1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren Hukuk

⁵⁹⁹ Akkaya, s. 283.

⁶⁰⁰ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 81; Bilge Umar, "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", **İÜHFİM** 1963, C. 29, S. 1-2, s. 261-298, 269-270; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 610; Kuru, **C.V**, s. 5176; Kuru/ Arslan/ Ramazan, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 742; Umar, **Şerh**, s. 1046; Zira hükmün verilmesinden sonra düzenlenen bir senet veya belgeye dayanarak yargılamanın yenilenmesinin istenemeyeceği belirtilmekte idi (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 610; Kuru/ Arslan/ Ramazan, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 742).

⁶⁰¹ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 81- 82; Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 916; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 610; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 574, dn. 14; AİHM, 9 Kasım 2006 yılında verdiği Tavlı/ Türkiye kararına konu olan bir davada bilimsel gelişmelerin mücbir sebep kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. AİHM'de yargılamaya konu olan davada mahkeme, kesin hükümden sonra, DNA testinin yaygınlaşması üzerine yapılan DNA testinde baba olmadığına tespit edilmesi ve testin doğruluğuna dair şüphe olmamasına rağmen yargılamanın yenilenmesi talebini reddetmiştir. Yeniden yargılama yapılabilmesi için yeni elde edilen delilin yargılama devam ederken de mevcut olması ancak mücbir sebepten ulaşılamıyor olması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak söz konusu madde hükümlerine göre bilimsel gelişmenin mücbir sebep kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. AİHM ise, mahkemelerin bilimsel gelişmeler ve bunun toplumsal yansımaları ışığında hükümleri yorumlaması gerektiğini ifade ederek yargılamanın yenilenmesi talebinin reddinin AİHS m. 8 hükmünün ihlali anlamına

Muhakemeleri Kanunumuzda, yargılamanın iadesi sebebi olarak “yargılama sırasında mücbir sebeple elde edilemeyen delil” olarak ifade edilmeyip mücbir sebep kavramından daha geniş bir anlam içeren “tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen delil” ifadesi tercih edilmiştir. Bu çerçevede artık kesin hükümden sonra bilimsel gelişmelerin neticesi olarak ele geçirilen belgeler de, HMK m. 375/I,ç anlamında yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilebilecektir⁶⁰².

İlk derece mahkemesi hükmünden sonra bilimsel gelişmelerin neticesi olarak ele geçirilen belgeler, istinaf kanun yolu bakımından da mücbir sebep kavramı içinde değerlendirilmeli ve bu şekilde elde edilen belgeler istinaf kanun yolunda ileri sürülebilir. Zira söz konusu belgelerin kesin hükümden sonra dahi ele geçirilmesi halinde yargılamanın iadesi yoluna gidilmesi kabul edilmektedir. Bu çerçevede ileride yargılamanın iadesi sebebi teşkil edebilecek bu durum evleviyetle istinaf kanun yolunda da incelenebilir ve hükümden sonra bilimsel gelişmelerin neticesi olarak elde edilen belgenin istinaf kanun yoluna getirilmesi kabul edilmelidir. Bu kabul usul ekonomisi ilkesinin de bir gereğidir.

Kanımızca usul ekonomisi ilkesi gereğince kesin hükümden sonra yargılamanın iadesi sebebi yapılabilecek hususlar, ilk derece mahkemesinde hüküm tarihinden sonra ve fakat hüküm kesinleşmeden ortaya çıkarsa, bunlar istinaf kanun yolunda da ileri sürülebilir. Bu çerçevede HMK m. 375/I, ç bendinde belirtilen yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra elde edilmesi sebebine dahil olabilecek tüm durumlar, istinaf kanun yolunda mücbir sebep kapsamında değerlendirilmelidir. Söz

geldiğini kararında belirtmiştir. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/tavli2006.pdf>). AİHM’in bu kararından sonra kesin hükümden sonra bilimsel gelişmelerin neticesi olarak ele geçirilen belgeler, mücbir sebep kapsamında değerlendirilerek yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılacaktır (Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 786; Karslı, s. 838); AİHM’in söz konusu kararından önce de doktrinde, Yargıtay’ın 1969 yılında vermiş olduğu kararı (Y. 2. HD, 24.3.1969, 6478/ 1561 [ABD, 1969, S. 3, s. 563-564]) eleştirilmekte idi. Bu kararda, yeni teknik ile elde edilen rapora dayanılarak yargılamanın yenilenmesi talebinin, mücbir sebep teşkil etmemesi nedeniyle reddine hükmedilmektedir. Doktrinde söz konusu karar, ilgili tarafın iradesi dışında cereyan eden bir eksiklik yüzünden toplumda kaldırılması güç bir yükün altına sokulmasının kabul edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmekte ve gerçeklerin kesin hükme feda edilmemesi gerektiği belirtilmekte idi (Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 81- 83; Erten/ Acır/ Taşveren, s. 585; Aynı yönde bkz. Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s.915- 916).

⁶⁰²Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 786; Karslı, s. 838.

konusu nedenlerle, “ilk derece mahkemesinde mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller” kapsamına ilk derece mahkemesindeki yargılamadan sonra oluşan deliller de bazı hallerde dahil edilebilmelidir.

HMK m. 199 düzenlemesinde, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve buna benzer bilgi taşıyıcılarının bu kanuna göre belge olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede belge kavramı, sadece tarafın aleyhine hususlara ilişkin olarak düzenlenen senetten daha geniş bir çerçeve çizmektedir. Bu nedenle tarafların hüküm tarihinden sonra üçüncü kişiye gönderdikleri bir elektronik posta dahi bu kapsamda delil başlangıcı olarak göz önünde bulundurulabilecektir. Nitekim 1086 sayılı Kanun döneminde de, yargılamanın yenilenmesinin amacı göz önünde bulundurulduğunda “vesika” sözcüğünü geniş anlamda anlamak gerektiğini belirterek ispat aracı olabilecek nitelikte olan bir fotoğrafın ve kime ait olduğu saptanabilmek koşuluyla bir sesi içeren ses bandının da HUMK m. 445/I anlamında bir belge sayılıp yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte idi⁶⁰³. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu kural çoğu zaman senedi kapsayacaktır. Zira hukukumuzda kural olarak benimsenen senetle ispat zorunluluğu nedeniyle, çoğu zaman yeni delilin hükmü etkileyebilmesi için medeni usul hukuku anlamında senet teşkil etmesi gerekecektir. Aynı şekilde hüküm tarihinden sonra davanın taraflarından birinin ses kaydı oluşturmaması ve bunun elde edilmesi halinde de söz konusu ses kaydı hukuka aykırı yoldan elde edilmediği sürece göz önünde bulundurulabilmelidir.

HMK m. 375/I,ç düzenlemesi de, 1086 Sayılı Kanun’un 445. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine karşılık gelmektedir. 375/I,ç bendinde, yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmektedir. 1086 sayılı Kanun’un m. 445/I,1 düzenlemesinde ise, yargılamanın yenilenmesi için mücbir sebep veya lehine karar verilen tarafın fiili nedeniyle elde edilemeyen bir senet veya belgenin karar verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması aranmaktadır. HMK m. 375/I,ç düzenlemesi ile bu şartlar daha

⁶⁰³ Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 79- 80; Karşı, s. 837.

genel bir ifade kullanılarak belgenin tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememesi olarak ifade edilmiştir. Ancak HMK m. 375/I, ç. düzenlemesinde de, mücbir sebep veya lehine hüküm verilen tarafın fiilinin varlığı evleviyetle hükmün kapsamında değerlendirilecektir⁶⁰⁴. Bu nedenle mücbir sebep kavramının sınırlarını belirlerken HUMK m. 445/I hükmünden ve bu hükmün uygulamasından hareket etmek mümkündür. Zira HUMK m. 445/I hükmünün uygulanmasında kabul edilen unsurlar HMK m. 375/I, ç düzenlemesi çerçevesinde geçerliliğini koruyacağı gibi istinaf kanun yolunda yeni delil ileri sürülmesi yasağına getirilen istisna hükmündeki mücbir sebep kavramını belirlemek için de yol gösterici olacaktır.

Şüphesiz mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delilin varlığı halinde söz konusu delilin hükme etkili bir delil olması da gerekmektedir. Nitekim HUMK'ta düzenlenen yargılamanın iadesi sebeplerinden belgenin mücbir sebeple elde edilememiş olması halinde söz konusu belgenin hükme etkili olması gerektiği de kabul edilmekte idi⁶⁰⁵.

Memişoğlu, HMK m. 145 hükmünün dikkate alındığında, iki şartın birlikte yerine getirilmesi halinde ilk derece yargılamasının tahkikat aşamasında yeni delillerin (dava öncesinde mevcut olup tarafın kusuru olmaksızın sunamadığı veya tahkikat sürecinde ortaya çıkmaları ertesinde derhal sunulan delillerin) ileri sürülebileceği ve bu yeni delillere istinafta da dayanılabileceğinin kabulü gerektiğini belirtmektedir⁶⁰⁶.

Memişoğlu, HMK m. 145 hükmü çerçevesinde ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikat aşamasında veya sonrasında ortaya çıkan veya elde edilen ve ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen delillerin ancak mücbir sebeple istinaf kanun yolunda ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1576.

⁶⁰⁵ Umar, **İadei Muhakeme**, s. 272; Postacıoğlu, s. 776; Arslan, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 87; Kuru, **C. V**, s. 5178; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku- HUMK**, s. 746; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 574.

⁶⁰⁶ Memişoğlu, s. 98.

⁶⁰⁷ Memişoğlu, s. 97.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yeni delillerin ileri sürülmesine ilişkin olarak hukukumuzda yeni delillerin ileri sürülmesine ilişkin mücbir sebeple delilin gösterilememesi hali ile paralellik arz eden bir düzenleme yer almaktadır. Yukarıda⁶⁰⁸ da belirttiğimiz üzere İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 317. maddesi çerçevesinde yeni delillerin istinaf aşamasında ibrazı ancak tarafın gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen söz konusu delili ilk derece mahkemesinde ibraz edememiş olması ve söz konusu delili gecikmeksizin ibraz etmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün kabul edilmektedir⁶⁰⁹. Yeni vakıaların ileri sürülmesinde olduğu gibi taraf, gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen delilin ilk derece mahkemesinde ileri sürülemediği veya ibraz edilemediği olduğunu gerekçelendirerek ispat etmelidir⁶¹⁰.

4. Re'sen Göz Önünde Tutulacak Deliller

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yeni delil incelenebilecektir⁶¹¹. Zira HMK m. 357/I'de bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delillere dayanılmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca istinaf kanun yolunda kamu düzenine ilişkin durumlarda yeni delil incelemesi yapılabilecektir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ve dolayısıyla çekişmesiz yargı işlerinde de yeni delil gösterme yasağı uygulama alanı bulmayacaktır.

Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar da dahil olmak üzere bilirkişiden görüş alınması veya keşif yapılması gereken durumlarda, taraflarca ilk derece mahkemesinde veya istinaf dilekçesinde talep edilmemiş olsa dahi, bölge adliye mahkemesi re'sen, özel ve teknik bir konu hakkında bilirkişi raporu hazırlanmasını, uyuşmazlık konusunda re'sen keşif yapılmasını veya uyuşmazlıkla ilgili özel hüküm sebeplerinin uygulanmasını isteyebilir. Nitekim doktrinde de,

⁶⁰⁸ Bkz. Vakıalar

⁶⁰⁹ Bohnet / Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s. 1265; Tappy, **Les voies de droit**, s. 138-139; ATF, 5A_63/2012, 20 Juin 2012; ATF, CC 91/2011, 19.3.2011 (www.swisslex.ch, 28.07.2012).

⁶¹⁰ Rétornaz, s. 401; Tappy, **Les voies de droit**, s. 139.

⁶¹¹ Akkaya, s. 292; Tutumlu, **Yeni Vakıa- Delil Getirme**, s. 62; Tutumlu, **Medeni Usul Hukuku Sorunları**, s. 33- 34.

aksine hüküm bulunmadığı sürece ilk derece yargılamasında geçerli olan usul kurallarının istinaf incelemesinde de uygulanacak olması nedeniyle ilk derece yargılamasında re'sen başvurulabilen delil vasıtalarına⁶¹² bölge adliye mahkemesince de re'sen başvurulabileceği belirtilmektedir⁶¹³. Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfe ilişkin 288. maddesi gerekse bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hallere ilişkin 266. maddesi uyarınca hakim re'sen keşfe veya bilirkişi incelemesine başvurabilir. Aynı şekilde tarafların 293. madde uyarınca uzman görüşü almış olmaları halinde, söz konusu uzman görüşü ilk derece yargılamasında alınmış olsa bile, bu bilimsel mütalaaya ilişkin olarak hakim re'sen kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenmesine karar verebilmelidir.

HMK madde 31'de düzenlenen hakimin davayı aydınlatma ödevine göre hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Söz konusu düzenlemede bahsedilen deliller, o ana kadar yargılamaya getirilmemiş olan delillerdir⁶¹⁴.

⁶¹² Alangoya, **Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, s. 163- 164; Akkaya, s. 159.

⁶¹³ Akkaya, s. 292; Tutumlu, **Yeni Delil ve Vakıa Getirme**, s. 62; Tutumlu, **Medenî Usûl Hukuku Sorunları**, s. 34; her ne kadar bazı delillerin hakim tarafından re'sen incelenebilmesinin istinaf kanun yolunda da mümkün olduğunu belirterek yerinde bir tespit yapmış olsa da isticvabı takdiri delil olarak nitelendirerek hakimin re'sen başvurabileceği deliller arasında belirtmiştir (Tutumlu, **Yeni Delil ve Vakıa Getirme**, s. 62); kanımızca isticvaba re'sen başvurulabilecek olmasının nedeni isticvabın takdiri delil olmasından değil, kanunda re'sen başvurulabilecek bir usul işlemi olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Zira isticvap kanunumuzda delil olarak düzenlenmemektedir. Nitekim doktrinde de isticvabın, delilin özelliği olan araç olma niteliğinin bulunmadığı; ancak davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemi olduğu belirtilmektedir (Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 505; isticvabın ispat vasıtası olmadığına ilişkin olarak bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 354. "*İsticvap, bir davada o dava ile ilgili belli vakıaların açıklığa kavuşturulması, varlığı ve yokluğu konusunda aleyhine olan tarafın ikrarının sağlanması amacıyla hakimin kendiliğinde veya taraflardan birinin isteminin kabulü ile başvurulabileceği usûlî bir işlemdir. Başlı başına bir isbat vasıtası değildir.*" (3. HD, 19.02.2001, 1153/1539 [Kazancı İçtihat Bankası]); Aksi görüş için bkz. Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 373). Bu çerçevede belirtmek gerekir ki hakimin isticvaba istinaf kanun yolunda da re'sen başvurabilmesinin nedeni isticvabın takdiri delil olması değil, HMK m. 169'da yer alan mahkemenin kendiliğinden de taraflardan her birinin isticvabına başvurabileceği düzenlemesidir. Zira HMK m. 360 uyarınca aksine hüküm bulunmadığı sürece ilk derece yargılamasında uygulanan kurallar istinaf kanun yolunda da uygulama alanı bulacaktır; İsticvaba re'sen başvurulabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Akkaya, s. 293.

⁶¹⁴ Alangoya, **Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, s. 164.

Hakimin maddî anlamda davayı aydınlatma ödevinin düzenlendiği HMK madde 31’de hakime, taraflardan delil göstermelerini isteme yetkisi verilmektedir⁶¹⁵. Söz konusu hüküm 1086 sayılı Kanun döneminde “iki tarafın iddialarının sınırı içinde kalmak koşulu ile” ifadesini içerirken HMK m. 31’de yapılan düzenlemede “uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda” ifadesini içermektedir. Bu hükme göre hakim, bir vakıanın ispatlanamamış olması durumunda, ispat yükü kendisine düşen tarafa başkaca delili olup olmadığını sorabilir ve varsa delillerinin sunulmasını isteyebilir⁶¹⁶. Akkaya, bölge adliye mahkemesi hakiminin de bu hüküm çerçevesinde tarafları dinleyebileceğini veya delil sunulmasını emredebileceğini belirtmektedir⁶¹⁷.

5. Borcun Sona Erdiğine İlişkin Deliller

İstinaf kanun yolunda yeni delil ileri sürülebilmesinin bir diğer istisnası da dava konusu borcun sona erdiğine ilişkin delillerin varlığı halidir⁶¹⁸. Yargıtay kararlarında⁶¹⁹ da, borcu sona erdiren vakıalara ilişkin delillerin kanun yolu

⁶¹⁵ Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 351.

⁶¹⁶ Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 352.

⁶¹⁷ Akkaya, s. 293.

⁶¹⁸ Umar, **Şerh**, s. 994; Memişoğlu, s. 98.

⁶¹⁹ “...Temyiz aşamasında sunulan borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemez. Mahkemece yapılması gereken; öncelikle davacının sözkonusu belgeler hakkındaki beyanını alıp, gerekirse belgelerin asıllarını da davalıdan istemek; varsa, davacının karşı delillerini sorup, toplamak; davalının ödeme savunmasını ve davadaki uyuşmazlığı bütün bu işlemlerin sonucunda ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde değerlendirdikten sonra, davayı karara bağlamaktır... Yargıtay’ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalarındaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın istisnası, dayanılıp sunulan delili, o davaya konu borcun sönmüş bulunduğunu ortaya koyan -örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname ve benzeri nitelikte- bir belge olmasıdır. Borçlunun, yargılamanın henüz tamamlanmadığı temyiz aşamasında, dava konusu borcun söndüğünü delili olduğunu bildirerek, belge sunduğu durumlarda -yargılama aşamasında sunulmadığı için Yerel Mahkemece değerlendirilememiş olan- o belge üzerinde gerekli inceleme ve değerlendirme yapılması için, Yerel Mahkeme kararı bozulmalıdır.. Somut olaydaki gibi, cevap dilekçesi vermemek suretiyle davayı inkar eden davalının, davayı inkara yönelik savunması, borcun mevcut olmadığına ilişkin bir savunmayı da kapsayacağından; davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklamak ve o yöndeki delillerini ikame etmek hakkının ortadan kalkmadığının ve temyiz aşamasında sunulan borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HMK. md. 202) kabulü zorunludur...” YHGK, 17.10.2007, 19-752/ 728 (Kazancı İctihat Bankası); Aynı

aşamasında da ileri sürülebileceğini belirtilmektedir. Umar, Yargıtay'ın söz konusu çözümü benimsemesinin nedeninin 1086 sayılı Kanun döneminde istinaf kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle Yargıtay'ın temyiz kanun yolunda yeni delilleri inceleyememesi ve dolayısıyla esasa ilişkin karar verememesi nedeniyle bu hususun bozma nedeni olarak kabul edildiğini belirterek; istinafa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesi ile bölge adliye mahkemesinin yalnız bir kanun yolu mahkemesi değil aynı zamanda bir esas mahkemesi de olması nedeniyle istinaf kanun yolunda borcun sona erdiğine ilişkin belgenin varlığı durumunda bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyip esasa ilişkin incelemeye geçerek ödemeye ilişkin belgeyi inceleyeceğini belirtmektedir⁶²⁰. Gerçekten de istinaf kanun yolunda borcu sona erdiren bir nedenin varlığının ileri sürülmesi halinde bölge adliye mahkemesi esasa ilişkin söz konusu durumu kendisi inceleyecektir; zira bölge asliye mahkemesi kural olarak esasa ilişkin incelemeyi bizzat yapar. Sadece HMK m. 353/I, a bendinde belirtilen durumların varlığı halinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden tahkikat yapmak üzere dosyayı ilk derece mahkemesine gönderir. Bu sınırlı sayıdaki haller dışında yeniden incelemeyi bölge adliye mahkemesi yapacaktır.

Umar⁶²¹ burada bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre sunulan delilin ispat ettiği hak düşürücü vakıa, bozulması için kanun yoluna başvuru hükmün verilmesinden sonra gerçekleşmiş ise, karşı tarafın rıza göstermemesi önem taşımaksızın o yeni vakıanın delilini sunmak mümkündür. Buna karşılık belgenin ispatladığı borcu sona erdiren vakıa (ödeme, ibra sözleşmesi vb) davanın açılmasından önce gerçekleşmiş ise, bu sona erme sebebine ilişkin savunma, en geç ilk derece yargılamasında ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Aksi halde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları kapsamında karşı tarafın açık rızası veya ıslah kurumuna başvurmak suretiyle ileri sürülebilecek; bunun dışında ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İstinaf aşamasında ise, karşı tarafın açık rızasıyla dahi ileri sürülemeyecektir. Zira istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına herhangi bir istisna getirilmemiştir. Borcu sona erdiren vakıa, davanın açılmasından

yönde bkz. YHGK, 5.4.2000, 11-745/ 734;YHGK, 28.5.2003, 13-354/368(Kazancı İçtihat Bankası).

⁶²⁰ Umar, **Şerh**, s. 994.

⁶²¹ Umar, **Şerh**, s. 994.

sonra ancak hükmün verilmesinden önceki aşamada gerçekleşmişse savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın öne sürülebilirdi. Çünkü bu durumda söz konusu vakıayı davanın başında öne sürmek olanağı söz konusu olmaz. Bu nedenle borcu sona erdiren vakıa davanın açılmasından sonra ve fakat hüküm aşamasından önce meydana gelirse, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın ilk derece mahkemesinde ileri sürülebilecektir. Ancak söz konusu vakıanın ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesi imkânı varken ileri sürülmemesi halinde istinaf kanun yolunda ileri sürülmesi mümkün olmayacak ve HMK m. 357/I'deki savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olacaktır. Bu yasak mutlak ve karşı tarafın açık rızası ile dahi yeni savunma sebebinin ileri sürülmesi mümkün değildir⁶²².

Ancak Yargıtay kararlarında söz konusu ayrıma gitmeksizin, borcu sona erdiren nedenlerin dava hakkına ilişkin olduğunu ve bu nedenle dava şartı teşkil ettiğini belirterek davanın her aşamasında ileri sürülebileceği görüşünü benimsemektedir⁶²³. Yargıtay kararlarında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmekle beraber ibraz edilmeyen delillere ilişkin olarak da, kural olarak yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan delillerin temyiz veya karar düzeltme aşamalarında da sunulamayacağını; bunun tek istisnasının dayanılıp sunulan delilin borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu

⁶²² Umar, **Şerh**, s. 994

⁶²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu olan davada, yerel mahkeme Yargıtay Hukuk Dairesinin bozma kararına karşı "*bozmadan önce yargılama safhasında taraf delilleri toplanarak mevcut delil durumuna göre karar verildiği, davalı vekilinin kararı temyiz ederken, delillerin toplanması aşamasında ileri sürmediği bir delili temyiz aşamasında ileri sürdüğünü, mahkemenin, tarafların bildirdiği deliller kapsamında yargılama yapmak ve sonucuna göre karar vermek zorunda olduğu, karar duruşmasına kadar dahi ileri sürülmeyen bir delile hükümden sonra dayanılamayacağı, davacı tarafın, delillerin toplanmasından ve karar verilmesinden sonra ileri sürülen delili kabul etmediği de*" belirtilerek, direnme kararı vermiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararını da, "*borcun itfasının dava hakkına ilişkin olduğunu ve dava hakkının dava şartı olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği*" gerekçesi ile bozmuş ve "*dava hakkının bir anlamda dava şartı olması nedeniyle dava hakkının varlığının ya da düşmüş bulunmasının incelenmesinin doğrudan hakime verilmiş ödevlerden olması karşısında, Yüksek Özel Daire, önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının tamam olup olmadığını kendiliğinden gözetebileceği*" yönünde karar vermiştir (YHGK 26.10.2005, 9-546/ 611 [Kazancı İçtihat Bankası]).

gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olması durumu olduğunu belirtmektedir⁶²⁴. Bu çerçevede istinaf süreci sırasında gerçekleşen borcun ödenmesi gibi borcu sona erdiren sebeplere ilişkin delillerin, dava açılmadan önce veya davanın açılmasından sonra ilk derece mahkemesinde hükmün verilmesinden önceki aşamada meydana gelmesi hallerinde ayırım yapılmaksızın istinaf aşamasında ileri sürülmesine engel yoktur.

6. İlk Derece Mahkemesinde Delil Takdirinin Yanlış Olması Durumu

İlk derece mahkemesinin delil takdirinin yanlış olduğunun istinaf kanun yolunda anlaşılması halinde; bölge adliye mahkemesi, gerekirse yeniden yargılama yapacak; gerekli görürse, tanıkları çağırarak yeniden dinleyecek ve artık tanık ifadelerini kendisi takdir edecektir. Ancak sadece temyiz denetiminin mümkün olduğu sistemde, Yargıtay, dosyadan edindiği kanaat çerçevesinde tanıkların doğruyu söyleyip söylemediğini değerlendirip eğer yeniden dinlenmesi gerektiği yönünde kanaat ediniyorsa, bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir; bozma kararı kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi ise tanıkları yeniden dinleyerek bir karar verecektir⁶²⁵.

Doğrudanlık ilkesi nedeniyle uyuşmazlık hakkında karar verecek olan mahkeme, dava malzemesiyle delilleri bizzat değerlendirmeli ve karar vermelidir⁶²⁶. İstinaf kanun yolunda da doğrudanlık ilkesi, kanun yolu olma niteliği çerçevesi de göz önünde bulundurularak belirli bir ölçüde sağlanmalıdır. Sınırlı istinaf modelinde, istinaf mahkemesi kural olarak denetim mercidir ve bu nedenle istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hata yapmış olduğuna kanaat getirirse, delil toplayabilecek, bu delillerle doğrudan temasa geçebilecektir⁶²⁷. Delillerin toplanması, incelenmesi ve değerlendirilmesi ile ilgili bir eksiklik gören hakim, ilk derece mahkemesinin delile ilişkin yapmış olduğu işlemlerle yetinmeyip bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından deliller yeniden incelenmeli ve değerlendirilmelidir⁶²⁸. Olaydan uzun süre

⁶²⁴YHGK, 17.10.2007, 19-753/ 728; YHGK, 5.4.2000 11-745/ 734;YHGK, 28.5.2003 13-354/368 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶²⁵ Konuralp, **Tartışmalar**, s. 63.

⁶²⁶ Akil, **İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler**, s. 50.

⁶²⁷ Akil, **İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler**, s. 50.

⁶²⁸ Akkaya, s. 270.

sonra istinafta ileri sürülen delillerin genellikle daha nitelikli olmadığı, delillerin en esaslı sunulduğu aşamanın yine de ilk derece mahkemesi olduğu görülmüştür⁶²⁹.

⁶²⁹ Akil, **İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler**, s. 50.

SONUÇ

İstinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin yapacağı yeniden tahkikatın kapsamı ve sınırları, istinaf kanun yolunun kabul edilmesi ile amaçlanan denetimin sonuç vermesi bakımından önem arz etmektedir. İstinaf kanun yolunun, hem vakıa denetimi hem de hukukî denetim yapılan bir kanun yolu olması sebebiyle, istinaf denetiminin asıl olarak kendisini göstereceği safha da bölge adliye mahkemesinin gerçekleştireceği tahkikat safhası olacaktır. İstinaf kanun yolunun kabulünün amacına ulaşması ise ancak bu tahkikatın kapsamının ve sınırlarının istenen amaca uygun olarak düzenlenmesi ile mümkün olacak; aksi halde yapılan istinaf denetimi sözde bir denetim olmaktan ileriye gidemeyecektir.

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesi ile, yürürlükteki hukuk sistemimizde temyiz merci olan Yargıtay'ın vakıa denetimi yapmasının mümkün olmamasına rağmen kimi zaman vakıa denetimini de yapmak zorunda kalması engelleneceği gibi, davanın ikinci defa incelenebilecek olması ile hukukî güvenin sağlanması ve Medenî Usûl Hukuku'nun asıl amaçlarından olan maddî gerçeğe ulaşılması daha güvenceli hale gelecektir. Ancak istinaf denetiminde tahkikate ilişkin olarak kabul edilen hükümlerin çok katı olması halinde bu amaçtan uzaklaşılacağı gibi çok esnek olması halinde de ilk derece yargılamasının daha az önemli hale gelmesine yol açılabilecektir. Bu nedenle ilk derece yargılamasında kabul edilen temel yargılama ilkeleri çerçevesinde ve istinaf denetimin amacına uygun ilkeleri de içeren bir tahkikat aşamasının yaratılması gerekmektedir.

İstinaf kanun yolunda ön inceleme aşaması, istinaf kanun yolu denetiminin mümkün olup olmadığının değerlendirildiği ve istinaf başvurusu için gereken şekli şartların mevcudiyetinin incelendiği bir safha olarak düzenlenmekte ve bu yönü ile ilk derece mahkemesinde yapılan ön inceleme aşamasından farklılık göstermektedir. Fransız Hukuku'nda ise, istinaf kanun yolunda gerçekleştirilecek ön inceleme aşaması, ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilen ön inceleme aşaması gibi kapsamlı olarak düzenlenmektedir. Hukukumuzda ayrıntılı bir ön incelemeye ihtiyaç duyulmamış olmasının nedeni, istinaf kanun yolunda kural olarak yeni vakıaların ve

delillerin ileri sürülemeyecek olması çerçevesinde yeni delillerin toplanması ya da dilekçedeki eksikliklerin giderilmesi gibi hususlara ihtiyaç olmamasından kaynaklanmaktadır. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinden yapılacak ön inceleme sonucunda istinaf incelemesi yapılmasına ilişkin eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosyalar ise incelemeye alınacaktır. İstinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatta uygulanacak usul hükümlerine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 360 ilk derece yargılamasında uygulanan usul hükümlerine atıf yapmakta ve istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler arasında özel bir düzenleme bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulüne ilişkin kurallların uygulanacağı belirtilmektedir. Bölge adliye mahkemesinde, ilk derece mahkemesindeki yargılama usulünün uygulama alanı bulacağı yargılama aşamaları; tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamaları olacaktır. Bölge adliye mahkemesinde gerçekleşecek tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarında ayrıca bir düzenleme bulunmaması halinde, ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulüne tabi ise yazılı yargılama usulü; basit yargılama usulüne tabi ise basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. İstinaf kanun yolunda duruşma yapılmasına gerek olmadan karar verilebilecek durumlarda sözlü yargılama aşaması da yapılmayacaktır. Zira duruşma kavramı, gerek tahkikatın gerekse sözlü yargılamanın yapıldığı yargılama evresini kapsamaktadır. Sözlü yargılamanın yapılmamış olması halinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanun madde 184 vd. hükümleri çerçevesinde sözlü yargılama sonunda tahkikatın genişletilmesi kararı verilmesine ilişkin hükümler de uygulama alanı bulmayacaktır. Bölge adliye mahkemesi, yapacağı tahkikat incelemesinde istinabe yoluna başvurabilecektir (HMK m. 354). Ancak kanımızca istinabe yoluna başvurulması halinde dikkat edilmesi gereken husus, istinabe edilen ilk derece mahkemesinin davaya ilişkin hüküm tesis eden ilk derece mahkemesi olmaması, farklı bir ilk derece mahkemesinin istinabe edilmesidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'un bölge adliye mahkemesinde tahkikat safhasına ilişkin getirdiği düzenlemelere baktığımızda, istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatın oldukça sınırlandırıldığı ve maddî denetimin sağlanması amacıyla ve kimi zaman da ilk derece yargılamasında kabul edilen temel yargılama ilkelerinden uzaklaşıldığı görülmektedir. Örneğin bölge adliye mahkemesinde ıslah yoluna başvurulması yasaklanmakta ve tarafların iddia ve savunmaları değiştirip

genişletilemeyeceği dzenlenmektedir (HMK m. 357). Halbuki yargılama geleneğimizde teksif ilkesinin çok katı uygulanmasının yol açabileceği sorunlar öngörülerek bu ilkeyi yumuşatacak kurumlar kabul edilmektedir. Bu kurumlar ışlah ve karşı tarafın açık rızasıdır. Nitekim Yargıtay'ın bozma kararına uyan ilk derece mahkemesinde yapılan yeniden tahkikat aşamasında, iddia ve savunmanın karşı tarafın rızası ile değiştirilebileceğinin kabul edildiği içtihatlar da göz önünde bulundurulduğunda söz konusu katı yasağın yargılama geleneklerimizle bağdaşmadığı görülmektedir. Medenî Usûl Hukukunun bir amacı da maddi gerekeğin araştırılmasıdır. Bu nedenle bazı sınırlı hallerde de olsa, istinaf kanun yolunda ışlah yoluna başvurulmasına imkan tanınmalıdır. Nitekim sadece temyiz denetiminin uygulandığı dönemde dahi Yargıtay'ın bozma kararı üzerine dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi üzerine yapılan yeniden tahkikatta, tahkikat hangi hususa ilişkin ise o kısımlar bakımından ışlah yoluna gidilebileceği yönünde görüşler mevcut idi. Söz konusu kabul yeniden tahkikatın niteliğine ve amacına uygun bir kabuldür. Bu nedenle kanımızca aynı husus istinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikatta da geçerli olmalıdır.

İstinaf sebepleri sınırlandırılmamakla birlikte bölge adliye mahkemesinin kural olarak istinaf sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacağı kabul edilmiştir. Bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile sınırlı inceleme yapması ve sadece kamu dzenine ilişkin halleri re'sen araştırabilmesi, istinaf kanun yolunda maddî vakıa denetiminin de yapılması ile uyumlu bir dzenlemedir. İsviçre ve Fransız Medenî Usûl Hukukları'nda da, istinaf sebepleri sınırlandırılmamıştır. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda, taraflar sadece istinaf kanun yoluna başvurmakta hukukî yararlarının varlığına ilişkin sebepleri göstermekle yükümlü tutulmuşlardır. Hukukumuz bakımından da, Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda olduğu gibi, istinaf kanun yoluna başvurabilmek için mutlaka istinaf başvurusunda tarafın hukukî yararı olmalıdır. Hukukumuzda istinaf sebepleri üç ana başlık altında toplanmaktadır. Buna göre istinaf sebepleri; maddi hukuka ilişkin istinaf sebepleri, usul hukukuna ilişkin istinaf sebepleri ile vakıalara ilişkin istinaf sebepleri olarak tasnif edilmektedir. İstinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatın istinaf sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirilecek olması nedeniyle istinaf sebepleri ve gerekçesi, istinafa başvuru dilekçesinde tam olarak ve açıkça belirtilmelidir. Bölge adliye mahkemesi istinaf sebepleri ile bağlıdır; sadece kamu dzenine ilişkin hususları re'sen dikkate alabilir.

Eğer istinaf dilekçesinde, istinaf sebeplerine yer verilmemişse bölge adliye mahkemesi ön incelemede gerekli kararı verir. Bu durumda sadece kamu düzenine ilişkin bir husus varsa bölge adliye mahkemesi tahkikat incelemesi yapar. Bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağlı olması kuralı, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise, bölge adliye mahkemesi istinaf sebepleri ile bağlı değildir.

Bölge adliye mahkemesinin istinaf sebepleri ile bağlılığı kamu düzenine ilişkin hallerde söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle kamu düzeninin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Kamu düzeni, değişken ve göreceli bir niteliğe sahiptir. Zira toplumdan topluma farklılık arz ettiği gibi farklı hukuk dallarında kapsamı değişebilmektedir. İstinaf kanun yolunda kamu düzeninin kapsamının belirlenmesi yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır. İstinaf sebepleri ile bağlılığın yarattığı sınırlılığın aşılabilmesi için kamu düzeni gibi geniş bir kavramın kabulü isabetli olmuştur.

İstinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatın kapsamını tarafların istinaf başvurusuna ilişkin dilekçelerinde belirttikleri istinaf sebepleri ve dolayısıyla talepleri oluşturmaktadır. İstinaf dilekçesinde belirtilen taleplerin sınırını da, ilk derece mahkemesine usulüne uygun olarak getirilen talepler belirlemektedir. Zira latince "tantum devolutum, quantum appellatum" olarak ifade edilen, hükmün sadece itiraz edilen noktalarda incelenmesi ilkesi nedeniyle tarafların sadece istinafa intikal ettirdikleri kısım inceleme konusu yapılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357 hükmü gereğince, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez. Bölge adliye mahkemesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden dikkate alacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun benimsediği teksif ilkesi nedeniyle iddia ve savunmaların belli bir usûl kesitine kadar sunulması kabul edilmektedir. Bunun en önemli sonuçlarından biri ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. Teksif ilkesinin neden olduğu katı sistem, karşı tarafın açık rızası ve ıslah kurumları ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Ancak söz konusu istinalar ilk derece yargılaması için kabul edilmiş olup istinaf kanun yolunda yapılan tahkikatta bu kurumlara başvurulması yasaklanmaktadır.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi sayılmayan hallerde bölge adliye mahkemesi söz konusu hususları değerlendirebilecektir. Örneğin talepten başka bir şeye karar verilen haller ile kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı haller söz konusu yasak kapsamında olmadığından istinaf kanun yolunda da bu yasak kapsamında olmayacaktır. Bunun dışında belirsiz alacak davası bakımından da, alacağın miktar veya değerinin istinaf kanun yolunda yeniden belirlenmesi halinde, iddianın genişletilmesi istinaf kanun yolunda da mümkün olmalıdır. Zira belirsiz alacak davasında, davacı, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucunda alacağın miktarının ya da değerinin tam olarak belirlenmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttıracak düzenlemesi getirilmiştir. Bu nedenle istinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikatta alacağın miktar veya değerinin ilk derece mahkemesinde hükmedilen miktar veya değerden fazla olması halinde davacı, kesin talep sonucunu bu miktara arttırabilmelidir. Ancak davacı, ilk derece yargılamasında alacağın miktarının belirlenmesi üzerine kesin talep sonucunu bildirmemişse artık istinaf kanun yolunda da belirlenen miktar üzerinden karar verilmesini talep edememelidir.

Bölge adliye mahkemesi ileri sürülen iddiaların yeni olup olmadığını re'sen incelemelidir. Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda da, yeni iddianın varlığı re'sen dikkate alınmaktadır. Zira gerek Hukukumuzda gerek ise Fransız Hukuku'nda istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasaklanmaktadır. Ancak Fransız Hukuku'nda, yargılamanın uzun bir süreç olması da göz önünde bulundurularak bu yasağa bazı istisnalar getirilmiştir. Hukukumuzda ise, istinaf kanun yolunda karşı tarafın açık rızası ile dahi talep sonucunun arttırılması mümkün olmadığı düzenlemesi getirilmiştir. Kanımızca istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnalarına başvurulması kabul edilmeliydi. Nitekim, Yargıtay'ın bozma kararına uyma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnalarından karşı tarafın rızası kabul edilmekte idi. Bu çerçevede iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının karşı tarafın rızası ile bertaraf edilmesine izin verilmekte ve hatta bunun usuli müktesep hak kurumunun istisnası olduğu kabul edilmekte idi. Kanımızca

bozmadan sonra yapılacak tahkikatta benimsenen hususlar istinaf kanun yolunda yapılacak tahkikatta da benimsenmelidir.

Fransız Hukuku'nda da, yeni taleplerin ileri sürülmesi kural olarak yasaklanmakta ve aktarıcı etkinin istinaf başvurusu ile sınırlandırıldığı belirtilerek ikinci derece yargılamasına yeni taleplerin getirilemeyeceği kural olarak benimsenmektedir. Ancak istinaf kanun yoluna ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni taleplerin getirilemeyeceği kuralına bazı istisnalar getirilmiştir. Fransız Hukuku'nda, istinaf kanun yolunda yapılan tahkikata yeni iddiaların getirilmesinin yasaklanması, istinaf incelemesinin, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamayı denetlemeye ilişkin olması nedeniyle yerinde bir düzenleme olarak görülmektedir. Ancak yeni iddiaların ileri sürülmesinin yasaklanmasına, yargılamaya ilişkin amaçlar çerçevesinde bazı istisnaların tanınması da bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Fransız Hukuku'nda kabul edilen istinaf sistemine baktığımızda ise, istinaf kanun yoluna getirilmesi kabul edilen yeni taleplere ilişkin olarak her zaman ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama ile bağlı hususlar söz konusu olmaktadır. Örneğin Fransız Hukuku'nda yeni iddiaların ileri sürülmesi yasak olmakla birlikte ilk derece mahkemesindeki taleplere bağlı olan, o taleplerin tamamlayıcısı niteliğinde olan talepler istinaf kanun yolunda da tahkikate dahil edilebilmektedir. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 564. maddesinde yeni iddia ileri sürülmesi yhasağına istisnalar getirilmiştir. Buna göre taraflar, takas itirazını ileri sürmek, esasa ilişkin savunma yapmak, ferî müdahaleden doğan meselelere ilişkin karar verilmesi ya da bir vakıanın sonradan ortaya çıkarılması için yeni iddiaları mahkemeye sunabileceklerdir. Esasen gerek maddi gerçeğe ulaşılması gerek ise yargılamanın uzun bir süre devam edilmesi nedeniyle hukukumuz bakımından da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına bazı istisnalar kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Hakimin taleple bağılılığı ve aleyhe bozma yasağı istinaf kanun yolunda da geçerli olacaktır. Ancak istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin bozma kararı vermeyecek olması nedeniyle aleyhe bozma yasağı kavramı yerine aleyhe hüküm verme yasağı kavramının kullanılması yerinde olacaktır. İstinaf kanun yolunda kural olarak usuli müktesep hak kurumuna ihtiyaç olmayacaktır. Zira bölge adliye mahkemesi kural olarak bozma kararı vermeyecek ve tahkikatı bizzat

yürütecektir. Sadece 353/I, a bendinde sayılan ağır usul hatalarının mevcudiyeti hallerinde kararı kaldırarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Bu durumda tahkikatı ilk derece mahkemesi gerçekleştirecek olmakla birlikte uyma ya da direnme kararı verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararı kesindir. Ancak bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusu üzerine tahkikatı gerçekleştirebileceği gibi, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine de tahkikat yapabilecektir. Zira bölge adliye mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay bozma kararı verirse ve Yargıtay'ın bozma kararı, bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya esas hakkında verdiği bir karara karşı ise dosya, kararı vermiş olan bölge adliye mahkemesine veya başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m. 373/II). Bunun üzerine bölge adliye mahkemesi, bozma kararına karşı uyma kararı verirse, bu uyma kararı ile bozma kararı lehine olan taraf için usuli müktesep hak doğar. Ancak belirtmemiz gerekir ki usuli müktesep hak kavramı hukuki dayanağı olmayan bir kavramdır. Sadece temyiz kanun yolunun uygulandığı sistemde, bozmadan sonra yapılan tahkikat sırasında ilk derece mahkemesinin usûlî müktesep hakla bağlılığının, davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile sınırlı olacağı ve karşı tarafın rızası ile usûlî müktesep hakkın bertaraf edilebileceği kabul edilmektedir. Kanımızca eğer usûlî müktesep hak, Yargıtay'ın kararlarında belirtildiği gibi kamu düzenine ilişkin olsa idi, kamu düzenine ilişkin bir kuralın tarafların rızası ile dahi ortadan kaldırılması mümkün kabul edilmemeliydi. Hem kamu düzeni düşüncesiyle yaratılan bir kavram olup hem de yine kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilen istisnaları mevcuttur. Usulî müktesep hak kavramı kamu düzeni düşüncesi ile kabul ediliyorsa, bunun bir başka kamu düzeni düşüncesi ile ortadan kaldırılamaması gerekmektedir. Esasen usûlî müktesep hak kavramının yaratılmasına neden olan kamu düzeni düşüncesinden daha üstün gelen kamu düzeni nedeni ile istisnalarının kabul edildiği düşünülebilirse bile kamu düzenine ilişkin nedenler arasında hiyerarşi yaratılması da zorlama bir tutum olmaktadır. Bozma kararından sonra hakim tutarlı bir karar vermelidir. Bu tutarlılığın sağlanması için usûlî müktesep hak kurumuna ihtiyaç olmamalıdır. Yargıtay Kararlarında, usûlî müktesep hakkın birçok hukuk kaidesi gibi istisnaları olabileceği belirtilmektedir. Ancak hukuk sistemimizde, kanun koyucunun kamu düzeninden kabul ettiği hükümlere istisna kabul edilmemektedir. Bu nedenle kanımızca kamu düzenine ilişkin olduğu için kabul edilen usûlî müktesep hak kavramına bu gerekçe ile istisna yaratılması da mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede kamu düzeni gerekçesi

usûlî müktesep hak ve bu hakkın istisnalarını açıklamak için yetersiz kalmaktadır. Nitekim hakim, usûlî müktesep hak kavramı kabul edilmese dahi bozma kararı kapsamında bir inceleme yapmalıdır, zira bozma kararı düzenlemesinin hukuk sistemimizde kabul ediliş amacı da bu çerçevededir; bunu gerçekleştirebilmek için herhangi bir kavram ihdas edilmesine gerek dahi olmamalıdır.

Dava malzemesi, maddi vakıalar ile bu vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarından oluşmaktadır. Hukukumuzda yeni vakıa ve yeni delillerin istinaf kanun yolunda gerçekleşen tahkikat aşamasına getirilmesi kural olarak yasaklanmıştır. Ancak delillerin getirilmesine ilişkin bazı istisnalara yer verilmiştir. Vakıalara dair ise her hangi istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat dava malzemesi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle delillere ilişkin ön görülen istisnalar vakıalar bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Nitekim gerek Fransız Hukuku'nda gerek ise İsviçre Hukuku'nda yeni vakıaların ve delillerin istinaf mahkemesine getirilmesi aynı kapsamda kabul edilmektedir. Fransız Hukuku'nda ilk derece mahkemesinin incelemesine sunulan iddiaların istinafta gerekçelendirilmesi için, tarafların, yeni vakıalar belirtebilecekleri, yeni belgeler gösterebilecekleri ya da yeni deliller ileri sürebilecekleri düzenlenmektedir. Ancak istinaf kanun yoluna getirilen yeni vakıanın ilk derece mahkemesinde ileri sürülen talebi değiştirmesi veya genişletmesi yasaklanmaktadır. Yani yeni vakıa getirilmesi suretiyle yeni talep yaratılması mümkün değildir. İstinaf kanun yolunda yapılan yeniden tahkikate getirilebilecek yeni vakıa sadece aynı talebe ilişkin ise mümkün olabilecektir. Bu kabulün nedeni esasen Fransız Hukuku'nda, hukukumuzdan farklı olarak, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının sadece taleplere ilişkin olmasıdır. Bu çerçevede yargılamaya yeni vakıaların getirilmesi talep sonucunu değiştirmedeği ya da genişletmediği sürece mümkün kabul edilmektedir.

İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda ise, yeni vakıaların ileri sürülebilmesi belli sınırlar çizilmektedir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 317. maddesinde yeni vakıa ve ispat vasıtalarının sadece belirtilen koşulların varlığı halinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmektedir. Bu koşullardan ilki bu yeni delil veya vakıanın gecikmeksizin ileri sürülmesi ya da ibraz edilmesidir. Diğerleri ise, tarafın gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen söz

konusu delil veya vakıaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülememiş ya da ibraz edilememiş olmasıdır.

Davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi sırasında mevcut olmasına rağmen tarafların ihmali nedeniyle ileri sürülmeyen dava malzemesi bölge adliye mahkemesince incelenmez. Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Bu çerçevede aynı kapsam vakıalar bakımından da kabul edilmelidir. Usulüne uygun olarak ilk derece mahkemesine getirilmesine rağmen incelenmeyen vakıalar ile mücbir sebeple getirilmesi mümkün olmayan vakıalar istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesinde incelenebilmelidir. İstinaf kanun yolu, hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra vakıa denetiminin de gerçekleştirildiği bir kanun yoludur. Bu nedenle istinaf kanun yoluna belli sınırlar dahilinde yeni vakıa ve yeni delil getirilmesi mümkün kabul edilmelidir. Yeni vakıa ve yeni delilin istinaf kanun yoluna getirilmesine hiç imkan olmayacak şekilde düzenlenmesi istinaf kanun yolunun kabulü ile amaçlanan maddi vakıa denetimini son derece sınırlandıracaktır.

KAYNAKÇA

Akcan Recep, “Hükümün Bozulmasından Sonra Islah”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 859-889. (Hükümün Bozulmasından Sonra Islah)

Akil Cenk, **İstinaf Kavramı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010. (İstinaf Kavramı)

Akil Cenk, “Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3**, s. 1-32. (Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi)

Akil Cenk, “İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 49-50**, s. 28-75. (İstinafın Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler)

Akkaya Tolga, **Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009.

Akşener Haşmet Sırrı, “İstinaf Olağan Kanun Yolu ve 5235 Sayılı Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkilerini Düzenleyen Kanun Üzerine Bir İnceleme”, **LHD, S.26, Y. 3, 2005**, s. 611-627.

Akyol Aslan Leyla, **Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011.

Alangoya Yavuz, ‘Yargılama Hukukumuzda Bir “Sorun”’, **İBD, C. 83, S. 3, 2009**, s. 1189-1195.

Alangoya Yavuz, “İsviçre’de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, s. 83-102. (İsviçre’de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru)

Alangoya Yavuz, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979. (Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler)

Alangoya Yavuz/ Yıldırım Kamil/ Nevhis Deren- Yıldırım, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

Alp Tahir, “İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Bir Öneri”, **ABD, Y. 49, S. 1, 1992**, s. 26-39.

Ansay Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1960. (Hukuk Yargılama Usulleri)

Ansay Sabri Şakir, “İslah”, **AÜHFD**, S. 1-2, 1950, s. 122- 129. (İslah)

Aral Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Arslan Ramazan, **Yargılamannın Yenilenmesi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977.

Atalı Murat, **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Belgesay Mustafa Reşit, “Üst Mahkemeler Teşkilatı ve Temyiz Usûlünde Tadilat Lüzumu”, **İÜHFM**, C. 14, S. 3-4, 1948, s.631- 643.

Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. II**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939. (Şerh C. II)

Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, C. II**, İstanbul, 3. Baskı, Şaka Matbaası, 1949. (Teoriler C. II)

Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I, Teoriler C. III, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usûlü Muhakemesinde Deliller**, 3. Bası, İstanbul, Duygu Matbaası, 1950. (Şerh C. I, Deliller)

Belgesay Mustafa Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, İsbat ve Hüküm Teorileri C. III**, 3. Baskı, İstanbul, Üçler Basımevi, 1951. (Teoriler C. III)

Berkin Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1969. (Medeni Usul Hukuku Rehberi)

Berkin Necmeddin M., “Senetle İspata Yer Bırakmayan Mücbir Sebeb ve Fevkalade Hal”, **İÜHFM**, 1969, C. 35, S.1-4, s.211-230. (Mücbir Sebeb)

Bilge Necip/Önen Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

Bohnet François/ Haldy Jacques/ Jeandin Nicolas/ Schweizer Philippe/ Tappy Denis, **Code de procédure civile commenté**, Bâle, Helbing Linchtenhahn, 2011.

Braconnay Nicolas/ Delamarre Manuel, **İstitutions juridiques**, Vuibert, Paris, 2007.

Brenner Claude/ Fricero Natalie, **La nouvelle procédure d’appel**, Paris, Lamy, 2010.

Budak Ali Cem, “Yargıtay’ın 2000- 2003 Yılları Arasında Yayımlanan Medeni Usul Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III**, 2003 ve 2004, s. 75-136.

Cadiet Loïc, **Code de procédure civile**, Paris, LexisNexis Litec, 2010.

Cadiet Loïc/ Jeuland Emmanuel, **Droit judiciaire privé**, 6^{ème} édition, Paris, LexisNexis Litec, 2009.

Cagnoli P., “Excès de pouvoir”, **Revue des procédures collectives n° 3**, Mai 2010, Comm. 97 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 11.01.2011).

Carnelutti Francesco, “İhtilaf ve Yargılama”, Çev. M. Tuluay, İÜHFD, Y. 1978, C. 44, S. 1-4, s. 247-269.

Couchez Gérard/ Lagarde Xavier, **Procédure civile**, 16e édition, Paris, Dalloz, 2011.

Croze Hervé/ Laporte Christian, **Guide pratique de procédure civile**, 4^{ème} édition, Paris, LexisNexis Litec, 2012.

Croze Hervé/ Morel Christian/ Fradin Olivier, **Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique**, 3^{ème} édition, Paris, LexisNexis Litec, 2005.

Çelik Hüseyin, **Hukuk Mahkemelerinde Davaların Açılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Çiftçi Murat Özgür, **Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Deren- Yıldırım Nevhis, “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI** (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, 2008, s. 3-17. (Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler)

Deren- Yıldırım Nevhis, “İstinafın Gerekçendirilmesi ve İstinaf Sebepleri”, **Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 693-712. (İstinafın Gerekçendirilmesi ve İstinaf Sebepleri)

Deren- Yıldırım Nevhis, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 267-284. (Teksif İlkesi Açısından İstinaf)

Desdevises Yvon, **Demande en Justice- Demandes incidentes**, actualisée par Oliver Staes, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 126-7, LexisNexis, 2011.

Despaquis Jean- Marc, **Intervention**, JurisClasseur Encyclopédie des Huissiers de Justice, Fasc. unique, Cote 01,2008, LexisNexis, 2007.

Després Isabelle/ Dargent Laurent, **Code de Procédure Civile**, 101^e édition, Paris, Dalloz, 2010.

Develioğlu Hüseyin Murat, **Takas**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Douchy- Oudot Mélina, **Procédure civile**, 3^{ème} édition, Paris, Gualino éditeur, 2008. (Procédure civile)

Douchy- Oudot Mélina, “Fasc. 330: Tribunal d’instance, Procédure, JurisClasseur Procédure civile, 2008 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 12.01.2011). (Tribunal d’instance)

Erem Faruk, “İstinaf Mahkemeleri”, **AÜHFD, Y. 1950, C. 7, S. 1-2**, s. 9-17.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Ergün Zafer, **İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usûlü**, İstanbul, Kazancı, 2005.

Erten Rıfat/ Acır Birsen/ Taşveren Sema, “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **AÜHFD, Y. 1996, C. 45, S. 1-4**, s. 573- 588.

Fricero Natalie, **Procédure de divorce, Introduction et déroulement de l’instance, jugement et voies de recours, Juris Classeur Divorce, Fasc. 140**, s. 10 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 08.06.2012). (Procédure de divorce)

Gaier Reinhard, “İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi”, Çev. Cenk Akil, **AÜHFD, Y. 2012, C. 61, S. 1**, s. 417-428.

Gallet Jean- Louis, **La procédure civile devant la cour d’appel**, 2^{ème} édition, Paris, LexisNexis Litec, 2010.

Gaul Hans Friedhelm, “Yargılamanın Amacı”, Çev. Nevhis Deren- Yıldırım, **İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, Derleyen: Kamil Yıldırım, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s.75-105.

Philippe Gerbay/ Nicolas Gerbay, **Guide du procès civil en appel**, .Paris, LexisNexis, 2011.

Gilles Peter, “2002 Medenî Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medenî Yargımın Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi”, Çev. Evrim Erişir, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- VI**, İzmir/ Çeşme, 19–20 Ekim 2007, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 19–51. (Alman Kanun Yolu Sistemi)

Giverdon Claude, “Appel, Effet dévolutif, Prétentions nouvelles”, (Actualisé par Camensuli- Feuillard Laurence), **JurisClasseur, Procédure civile, Cote: 01, 2008**, Fasc. 719, 2007, s. 17 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 31.05.2012). (Prétentions nouvelles)

Guinchard Serge/ Ferrand Frédérique/ Chainais Cécile, **Procédure civile**, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2011.

Günel Nadi, **Roma Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2007.

Gürdoğan Burhan, “Temyiz Mehkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk”, **AÜSBFD**, C. XI, S. 3, s. 258-285. (Vakıa ve Hukuk)

Gürdoğan Burhan, *Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960. (Kesin Hüküm İtirazı)

Haldy Jaques, **La nouvelle procédure civile Suisse**, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009.

Héron Jaques, Jacques/Le Bars Thierry, **Droit judiciaire privé**, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2010.

Hofmann David/ Lüscher Christian, “**Le Code de procédure civile**”, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.

Hohl Fabienne, **Procédure civile, Tome II, Compétence, délais, procédure et voies de recours**, Deuxième édition, Berne, Stämpfli Editions SA Berne, 2010.

Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, AB-Eşleştirme Projesi, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi, Türkiye Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi, İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, 2007. (İstinaf El Kitabı)

Jeandin Nicolas, “İncidence des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile”, **La Preuve en droit de la responsabilité civile- Journée de la responsabilité civile 2010-2011**, Edité par Christine Chappuis/ Bénédicte Winiger, Schultess Editions Romandes, 2011, s. 71-94. (İncidence des nouvelles règles de procédure sur le procès)

Jeandin Nicolas, “Les voies de droit et l’exécution des jugements”, **Le projet de Code de procédure civile fédérale** (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cedidac, 2008, s. 333- 371. (Les voies de droit)

Julien Pierre/ Fricero Natalie, **Droit judiciaire privé**, 3^{ème} édition, Paris, L.G.D.J lextenso, 2009.

Junillon Jacques, “Appel”, **Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne- Droit communautaire**, (sous la direction de Serge Guinchard), 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2009.

Karayalçın Yaşar, “Adli Yargıda Usûlî Müktesep Hak”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, 2006, s. 143-169.

Karafakih İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1952.

Karşlı Abdurrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayınları, 2012.

Kılıç Halil, **Açıklamalı- İctihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, C. II**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Kılıçoğlu Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Konuralp Haluk, “İstinaf’ta Kamu Düzeni Kavramı”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI** (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, 2008, s.133-150. (İstinaf’ta Kamu Düzeni)

Konuralp Halûk, “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)”, **AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 1**, s. 25-40. (Fransız Hukukunda İstinaf)

Konuralp Halûk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi”, Tebliğ, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s.18-40. (İstinaf Derecesi)

Konuralp Halûk, “Tartışmalar”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s. 43- 70. (Tartışmalar)

Konuralp Halûk, “Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Açısından)”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s.247- 265. (Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl)

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. II, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayını, 2001. (C. II)

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. V, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayını, 2001. (C. V)

Kuru Baki, “Hukuk Usûlünde Aleyhe Bozma Yasağı”, **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 329- 341. (Aleyhe Bozma Yasağı)

Kuru Baki, “Hukuk Usûlünde İstinaf Teşkilatı”, **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 31-59. (İstinaf Teşkilatı)

Kuru Baki, “İstinaf Mahkemeleri Kurulurken”, **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 7-30. (İstinaf Mahkemeleri)

Kuru Baki, “Usûlî Müktesep Hak”, **Makaleler**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006. (Usûlî Müktesep Hak)

Kuru Baki, “2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme”, **MİHDER**, 2009/I, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 13-50. (Genel Değerlendirme)

Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012. (Medenî Usûl Hukuku)

Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011. (Medenî Usûl Hukuku- HUMK)

Larguier Jean/ Conte Philippe/ Blanchard Christophe, **Droit judiciaire privée, Procédure civile, La juridiction, Le procès**, 20^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.

Larguier Jean/ Conte Philippe, **Procédure civile, Droit judiciaire privé**, 19e édition, Dalloz, Paris, 2005.

Lefort Christophe, **Procédure civile**, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz 2009.

Lesourd Noëlle, “Appel civil, Effets de l’appel”, **JurisClasseur Procédure Formulaire, V° Appel civil, LexisNexis**, 2002 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 31.05.2012).

Marchand Xavier/ Sérapionian Jimmy, **Demande reconventionnelle, Droit à la demande reconventionnelle, Droit de la demande reconventionnelle**, JurisClasseur procédure civile, Fasc. 132, 2011 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 10.06.2012). (Demande reconventionnelle)

Memişoğlu Özgür, “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafa Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması”, **LHD, C. 10, S. 113**, 2012, s. 73-121.

Meriç Nedim, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Muşul Timuçin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Oğuzman Kemal/ Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Okay Tekinsoy Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2011.

Ökçün A. Gündüz, **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1997.

Özekes Muhammet, Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi ve İstinaf, İzmir Barosu, İzmir, 6 Nisan 2011 (<http://web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/2010-2012/yay%C4%B1nlar/OZEKES-Hukuk%20istinaf-izmir%20Barosu.pdf>). (Yeni Kanun Yolu Sistemi)

Özekes Muhammet, **Sorularla Medenî Usûl Hukuku'nda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008. (Sorularla Yeni Kanun Yolu Sistemi)

Özekes Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 745- 781. (Hukukî Sebep)

Özekes Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf-, **LHD, Y. 2, S. 23**, 2004, s. 3103-3116. (İstinaf)

Özekes Muhammet, **Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2003. (Hukukî Dinlenilme Hakkı)

Özekes Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995. (Asli Müdahale)

Özekes Muhammet/ Erişir Evrim, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, **MİHDER**, 2006/ III, S. 5, s. 1235- 1272.

Özkaya Ferendeci Hamide Özden, “Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul 2007, s. 183-195. (Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları)

Öztek Selçuk, “İstinaf”, Panel, Ankara Barosu, 11 Kasım 2005, s. 2-8. (www.ankarabarosu.org.tr/Arkasayfa.aspx?S=/paneller/panel2009) (İstinaf)

Öztek Selçuk, “Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000. (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu)

Pekcanitez Hakan, “Belirsiz Alacak Davası”, **Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan**, DÜHFD, C. 11, Özel Sayı, Yıl 2009, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir, 2010, s. 509-552. (Belirsiz Alacak Davası [Armağan])

Pekcanitez Hakan, **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011. (Belirsiz Alacak Davası)

Pekcanitez Hakan, “Tartışmalar”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s. 43- 70. (Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II)

Pekcanitez Hakan, “İstinaf Mahkemeleri”, **GSÜHFD**, S. 1, 2006, s. 17- 29. (İstinaf Mahkemeleri)

Pekcanitez Hakan, “Tartışmalar”, **Yargı Reformu Smpozyumu 2000**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 115-116, s. 115. (Yargı Reformu Sempozyumu 2000)

Pekcanitez Hakan, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, 1992. (Müdahale)

Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010. (Medenî Usûl Hukuku- HUMK)

Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku**, 13. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012. (Medenî Usûl Hukuku)

Postacıoğlu İ. E., **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975.

Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, (<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>, 03.04.2011).

Rétornaz Valentin, “L’appel et le recours”, Edité par François Bohnet, Procédure civile suisse, Les Grands thème pour les praticiens, Neuchâtel, Schultess Editions Romandes, 2010, s. 349-407.

Robin Cécile, **Droit judiciaire privé**, Paris, Vuibert, 2005.

Rusquec Emmanuel du, “De l’effet dévolutif de l’appel”, **La Semaine Juridique Edition Générale n° 12**, 22 Mars 1995, II 22398 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 11.01.2011). (Effet dévolutif)

Rusquec Emmanuel du, “Portée de l’effet suspensif de l’appel”, **La Semaine Juridique Edition Générale n° 8**, 22 Février 1995, II 22381 (<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, 11.01.2011). (Effet suspensif)

Sivrihisarlı Ömer, **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.

Strickler Yves, **Procédure civile**, 2^{ème} édition, Orléans, 2008. (Procédure civile)

Stürner Rolf, “Fransa ve Almanya’da Yeni Usûl Hukuku Reformları – Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-”, Çev. Kurt Nesibe, **MİHDER**, 2007/1, S. 6, s. 77-84.

Şavata Tanverdi Banu, **Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usûlî Kazanılmış Haklar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.

Şensoy Naci, **İstinaf**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947.

Tahri Cédric, **Procédure civile**, Lexifac Droit, Collection dirigée par Cédric Tahri, 3e édition, Paris, Bréal, 2010.

Tanrıver Süha, Doç. Dr. Halûk Konuralp'in Tebliği Değerlendirme, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI** (İzmir/ Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008, s. 148-150. (Doç. Dr. Halûk Konuralp'in Tebliği Değerlendirme)

Tanrıver Süha, "Tartışmalar", **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II- III**, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s. 43- 70. (Tartışmalar)

Tanrıver Süha, "Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler", **Batider, C. XVIII, S. 1-2, 1995**, s. 151-156. (Düşünceler)

Tappy Denis, "Les décisions par défaut, les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut", Edité par François Bohnet, **Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens**, Neuchâtel, Schultess éditions romandes, 2010, s. 409-451. (Les décisions par défaut)

Tappy Denis, "Les voies de droit du nouveau code de procédure civile", Journal des Tribunaux- Droit Cantonal, Société du Journal des Tribunaux, **JdT 2010 III**, s. 115-164. (Les voies de droit)

Topuz Gökçen/ Topuz Seçkin, "Takasın Davada İleri Sürülmesi", **AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3**, s. 719-731.

Tutumlu Mehmet Akif, **Kuram ve Uygulama Işığında Medenî Usûl Hukukunda Islah**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010. (Islah)

Tutumlu Mehmet Akif, **Medenî Usûl Hukuku Sorunları**, C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010. (Medeni Usul Hukuku Sorunları)

Tutumlu Mehmet Akif, "İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa- Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları", **THD, Y. 2, S. 7**, Mart 2007, s. 57-62. (İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa- Delil Getirme)

Umar Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011. (Şerh)

Umar Bilge, "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", **İÜHFM 1963, C. 29, S. 1-2**, s. 261-298. (İadei Muhakeme)

Üstündağ Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, C. I-II, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000. (Medenî Yargılama Hukuku)

Üstündağ Saim, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967. (İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı)

Saim Üstündağ, "Uyulan Bozma İlamının Bağlayıcı Gücü", **İÜHFM, 1963, C. 29, S. 3**, s. 832- 842. (Bozma İlamı)

Üstündağ Saim, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum”, **İÜHFİM**, **1962**, C. 28, S. 1, s. 133- 192. (Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum)

Üstündağ Saim, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, **İÜHFİM 1960**, C. 25, S. 1-4, s. 214-223. (Takas)

Valentin Rétornaz, “L’appel et le recours”, Edité par François Bohnet, Procédure civile suisse, **Les Grands thème pour les praticiens**, Neuchâtel, Schulthess Editions Romandes, 2010, s. 349- 407.

Vauban Patric, “Medenî Yargılama Hukuku’nda İstinafın Yeri”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 15-26.

Yenisey Feridun, Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1990. (Duruşma ve Kanun Yolları)

Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979. (Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf)

Yıldırım Kamil, “Tartışmalar”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, İzmir/ Çeşme, 19- 20 Ekim 2007, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s. 67- 84. (Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI)

Yıldırım Kamil, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri”, Tebliğ, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV**, İzmir/ Çeşme, 19/20 Ekim 2007, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s. 89-131. (İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri)

Yıldırım Kamil, “Kanunyolu Olarak İstinaf”, Tebliğ, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 285-317. (Kanun Yolu Olarak İstinaf)

Yıldırım Kamil, “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, İstanbul, Alkım Yayıncılık, 2003, s. 467- 491. (Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri)

Yıldırım Kâmil, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000. (İstinaf)

Yıldırım Kamil, “İstinaf”, **Hukuk Kurultayı 2000**, 14 Ocak 2000, Özel Hukuk Bildiri VII, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 175- 191. (Hukuk Kurultayı)

Yıldırım Kamil, “Medenî Usûl Hukukunda Reformatio İn Peius Yasağı”, **Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1993, s. 145-177. (Reformatio İn Peius Yasağı)

Yıldırım Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.

Yılmaz Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi)

Yılmaz Ejder, **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, 6100 sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013. (Islah)

Yılmaz Ejder, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", **MİHDER**, 2010/II, s.247-284. (Davada Takas ve Mahsup Talebi)

Yılmaz Ejder, "Usûl Ekonomisi", **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274. (Usûl Ekonomisi)

Yılmaz Ejder, "İstinaf", Panel, Ankara Barosu, 11 Kasım 2005, s. 9- 13. (İstinaf Paneli)

Yılmaz Ejder, **İstinaf**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005. (İstinaf)

Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002. (Hukuk Sözlüğü)

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/arrets_publices_2986/

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/

Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com)

www.legifrance.gouv.fr

<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>

<https://www.swisslex.ch/>

<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>

ÖZGEÇMİŞ

Deniz Meraklı 4 Şubat 1985 yılında İzmir’de doğdu. Ortaöğrenimini İzmir Atatürk Lisesi’nde tamamladıktan sonra Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu.

“Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu” isimli makalesi Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nin Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan olan Özel Sayısı’nda yayımlandı.

2007 yılında İstanbul Barosu’nun düzenlediği Farazi Dava yarışmasında, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni temsil ederek en iyi dilekçe ve birincilik ödellerini alan takımda yer aldı.

TEZ ONAY SAYFASI

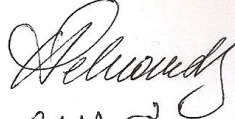
Üniversite: Galatasaray Üniversitesi
Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı: Deniz MERAkli
Tez Başlığı: Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat
Yapılması
Savunma Tarihi: 29.04.2013
Danışmanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

JÜRİ ÜYELERİ

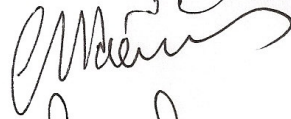
Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

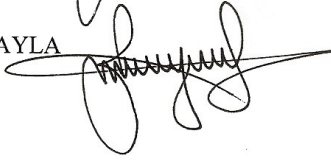
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ



Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ



Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK

