



Medeni Muhakeme Hukuku'nda İstinaf Kanunyolu

Münevver Kübra BAKIRCI



GİRİŞ

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkı çerçevesinde önemli bir fonksiyon icra edebilecek olan istinaf kanunyolu mekanizması, 5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ve 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda yürürlük kazanacaktır.

Gerekli eleman temini ve alt yapı çalışmaları için Haziran 2007'de yürürlüğe girmesi arzulanan istinaf kanunyolu, henüz yürürlüğe girememiştir. Bu aradönemler, mekanizmaları daha iyi tanımak için birer fırsat olarak görülebilir. Bu çalışma, bu düşüncelerle istinaf kanun yolunu esas alan bir çalışma olarak Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'na sunulmuştur..

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, kanunyolu kavramını genel olarak incelemekte; ikinci bölüm, istinaf kanunyolu muhakemesini ortaya koymakta; üçüncü bölüm ise istinaf muhakemesi karşısında temyize genel itibariyle yer vermektedir. Esas inceleme sahamız, istinaf kanunyolu muhakemesi olup, diğer bölümler derinliğine inilmeksizin inceleme kapsamına alınmıştır.

KANUNYOLU KAVRAMI

1. Genel Olarak

Özel hukukta bireyin diğer bir bireye yönelik iddiası üzerinden uyuşmazlığı yargılama makamı önüne götürmesi ile medeni muhakeme faaliyeti başlamaktadır. Bireyin uyuş-

mazlığı mahkeme nezdinde dile getirmesi ile başlayan medeni muhakeme süreci, bireyin hakkının korunması, tespiti ve somutlaştırılması temel amacına yönelmektedir. Bu temel amaçla birlikte hukuki düzen ve barışın sağlanması, adaletin tesisi gibi tali amaçlar da gerçekleşmektedir.¹

Hakkın korunması talebi ile başlayan muhakeme faaliyetinde öyle bir noktaya gelinir ki, uyuşmazlık o noktada kesin hüküm ile kesilip atılır. İşte belli bir amacı olan muhakeme faaliyetinin hangi noktada kesileceği önem arz etmektedir. Uyuşmazlık, mutlaka bir noktada sonlandırılmalıdır. Çünkü uyuşmazlık, bir iddia ile mahkeme önüne getirilir ve iddia da belirsizlik içerir. Şüphesiz, belirsizlik hali ise bireylerin hür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri için aranan berrak ilişki ortamını zedeler.² Bu zedeleyici durum, hukuki emniyet ve düzene, hukuki barışa da zarar verir. İddia şeklinde mahkeme nezdinde dile getirilen uyuşmazlık, antitez konumundaki savunma ile birlikte değerlendirilerek, muhakeme edilerek çözüp atılır. Böylece uyuşmazlık, bir

¹ Medeni muhakemede amaç unsuru için bkz.: Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, s. 759-787; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 1-16; H. Yavuz Alangoya-M. Kamil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, s. 26-31; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 39-42. Medeni muhakemenin amacı açısından Taşpınar, hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesi görüşünü; Üstündağ, özel hakların korunmasını; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, gerçeğe ulaşmak görüşünü; Pekcanitez-Atalay-Özekes, subjektif hakların gerçekleşmesini temel amaç olarak benimsemekte, tali amaçların varlığından da söz etmektedir.

² Bkz.: Wolfram Henckel, *Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine*, (Çev.: Ergun Önen), S. 1-4, Yıl 1969, s. 243.

daha dile getirilemeyecek şekilde sona erdirilir.

Peki kesin hükme hangi noktada varılır? Bir yanda bireyin haklarının korunması talebi, diğer yanda bireyin ve toplumun hukuki emniyet ihtiyacı. Bu iki ihtiyaç arasında, iki hak arasında dengeyi sağlamak için yerel mahkeme hükümlerine karşı belli bir dereceye kadar kanun yolu mekanizmaları tanınmaktadır. Çünkü yargılama makamını oluşturanlar da birer insandır ve yanılma, hata yapma ihtimalleri her zaman mevcuttur. Her zaman için yargılama makamında bulunan bireylerin, faaliyetlerinin sınırını çizen hukuka aykırı davranma ihtimalleri mevcuttur. Bu ihtimal üzerinden doğabilecek şüpheleri bertaraf etmek için kanun yolu mekanizmaları kabul edilmektedir. Bu mekanizmalar ile şüpheler belki tamamen bertaraf edilemez. Fakat belirlilik, hukuki emniyet ihtiyacı, hakkı koruyacak karara ulaşmak için bütün garantilerin sağlanmış, gayretin gösterilmiş olmasını yeterli kabul etmektedir.

2. Kanun yolu Tanımı

Yargılama faaliyetinde uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin hükümlerde olası hukuki yanılma ihtimaline karşı başvuru imkânı olarak kanun yolu kavramını geniş ve dar anlamda incelemek mümkündür.

Geniş anlamda kanun yolu: uyuşmazlığa ilişkin olarak yürütülen muhakeme faaliyeti sırasında, yargılama makamınca verilen hükümlere karşı tanınan bütün başvuru yollarını, hukuki çareleri ifade etmektedir.³

Dar anlamda kanun yolu tanımlaması ise, her ülkenin yerel mahkeme-kanun yolu yapılanması ile yakından ilgili olmaktadır. Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda kanun yolu kavramının, yargılama makamı kararının kesinleşmesini erteleyici (erteleyici etki) ve üst

derece yargılama makamınca incelenmesi (geliştirici etki) şeklinde iki ayırt edici özelliğinin bulunduğu vurgulanmaktadır.⁴ Bu çerçevede de dar anlamda kanun yolu; yargılama makamı kararının kesinleşmesini engelleyerek, kararın üst derece yargılama makamınca incelenmesi ve bertaraf edilmesini öngören hukuki çaredir. Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda bu tanıma uyan kanun yolları temyiz ve yürürlüğe girmesi halinde de istinaftır.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kanun yolu kavramının varlık sebebi, yargılama makamı faaliyetleri ve bu faaliyetlerin somutlaşma noktası kararlardır.

3. Kanun yolu Çeşitleri

Kanun yolları çeşitli kriterler üzerinden ayırmalara tabi tutulmaktadır.

Erteleyici Etki Açısından: Erteleyici etki; iptal edilen hükmün sahip olabileceği etkilerin ortaya çıkmasını önlemek demektir.⁵ Erteleyici etki, kesin hüküm oluşumunu ve/veya hükmün icra yeteneğini önleme şeklinde görünüm kazanmaktadır.⁶

Geliştirici Etki Açısından: Geliştirici etki; yargılama makamı kararının incelenmek üzere bir üst derece yargılama makamına aktarılması demektir.⁷

Olağan-Olağanüstü Kanun yolu: Henüz kesinleşmemiş yargılama makamı kararlarına karşı açık olan kanun yolu olağan, kesinleşmiş kararlara yönelik kanun yolu ise olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılmaktadır.⁸

Tam-Sınırlı Kanun yolu: Tam kanun yolu; belirli bir kanun yolu sebebi veya olay ikamesine dayanılmaksızın uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilebilen kanun yolunu ifade

³ Bkz.: Mustafa Reşit Belgesay, "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*", C. II, s. 349 vd; Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, "*Medeni Usul Hukuku*", s. 717 vd; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 523 vd; M. Kamil Yıldırım, "*Hukuk Devletin Gereği: İstinaf*", s. 2. Geniş anlamda kanun yolu tanımlaması için Türk Medeni Muhakeme Hukuku içerisindeki kanun yolları açısından en geniş örnekleme Belgesay tarafından temyiz, muhakemenin yenilenmesi, eski hale iade, tazvih, hâkimin sorumluluğu şeklinde yapılmaktadır.

⁴ Üstündağ, s. 816-817; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 479-480; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 524. Alman Hukuku'ndaki tanımı için bkz.: Yıldırım, s. 2.

⁵ Salis, "*P.von: Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*", Diss, Zürich 1980, s. 2-3'ten naklen Yıldırım, s. 35.

⁶ Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 35-41.

⁷ Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 41-44.

⁸ Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 44-45.

etmektedir. Sınırlı kanunyu ise belirli kanunyu sebeplerine, belirli olay ikamelerine dayanılarak uyuşmazlık hakkındaki yargılama makamı kararının hukuka uygunluğunu denetleyen kanunyu olmaktadır.⁹

Nakzedici-Düzeltici Kanunyu: Kanunyu yargılama makamının kararına göre yapılan ayırimda kanunyu yargılama makamı, inceleme konusu kararı iptal etmek, ortadan kaldırmak suretiyle uyuşmazlık hakkında karar vermemekte ise nakzedici kanunyolundan; inceleme konusu kararı düzelterek uyuşmazlık hakkında karar verme söz konusu ise düzeltici kanunyu kavramından bahsedilmektedir.¹⁰

4. Kanunyolunun Hukuki Niteliği

a. Hukuki Nitelik

Kanunyolunun hukuki niteliği çerçevesindeki tartışmalar, kanunyu talebinin bir anayasal hak, yargısal temel hak¹¹ olup olmadığı yönünde gerçekleşmektedir. Kanaatimce aslında bütün haklar, Anayasal hak niteliğine sahiptir. Dolayısıyla söz konusu soru, kanunyu talep imkânının, hukuk tarafından koruma altına alınan bir hak olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu alanda Alman hukuk doktrini ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile Türk hukuk doktrini ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını karşılaştırmamızın faydalı olacağı kanaatindeyim.

Alman Anayasa Mahkemesi, bu konudaki ilk kararında¹² Anayasa Art. 103/I'de ifade edilen "hukuki dinlenilme hakkı"nın mutlaka bir kanunyu tanınması yolundaki talebe temel teşkil etmeyeceği, her hukuki uyuşmazlığın bir sonunun olması gerektiğini ifade etmektedir. Başka kararlarda da Anayasa Art.

19/IV hükmünün¹³ "hâkim vasıtası ile himaye sağladığı, hâkime karşı bir himayenin söz konusu olmadığı"¹⁴; "hukuk devleti" ilkesinden "etkili hukuki himaye" sağlanmasının çıkarılabileceği, bunun da ihtilaf konusunun maddi ve hukuki açıdan etraflı bir incelemesi ve hâkim tarafından bağlayıcı bir şekilde karara bağlanması ile mümkün olacağı, bir kanunyu sağlanmasının bu yolda olmayacağı, böyle bir gereğin Anayasa Art. 95 hükmünden¹⁵ de çıkarılamayacağı¹⁶ ifade edilmektedir.

Alman medeni usul doktrinin çoğunluğunun Alman Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda kanunyu talep imkânının anayasal bir hak olmadığı yönünde olduğu belirtilmektedir.¹⁷ Alman Anayasası madde 19/IV'teki "kamu gücü" kapsamı içerisine, yargı gücünün girmeyeceği, bu hükmün "hâkim vasıtası ile himaye sağladığı, hâkime karşı himaye sağlamadığı" ifadesi kullanılan gerekçelerdendir.¹⁸ Alman Anayasası madde 103/I'de yer alan "dinlenilme hakkı"nın kapsamına mahkemelerin derecelendirilmesi hususunda bir talebin yer almayacağı hâkim fikir olarak belirtilmektedir.¹⁹ Alman Anayasası madde 95'te yüksek mahkemelerin sayılmasından dereceli yargılama talep hakkının anayasal hak olduğunun iddia edilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁰

Bahsedilen bu görüşler yanında kanunyu talep imkânını anayasal bir temele oturtmaya çalışan müellifler de mevcuttur.

Lorenz; Anayasa madde 97 gereği hâkimlerin kanunlara bağlı olarak hüküm vereceklerini, bu hususun sağlanması bir kontrol siste-

⁹ Bkz.: Yıldırım, s. 45-50.

¹⁰ Bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 50-53.

¹¹ Kavram için bkz.: Atalay, s. 437 vd.

¹² Bkz.: Yavuz Alangoya, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK Madde 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", Baki Kuru'ya Armağan, s. 21, dipnot 12.

¹³ Art 19/IV hükmü: "Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen herkese yargı yolu açıktır. Bir diğer yetki tesis edilmiş olmadıkça olağan yargı yolu mevcuttur. Madde 10 f.2 cümle 2 hükmü saklıdır."den naklen Alangoya, s. 21.

¹⁴ Bkz.: Alangoya, s. 21, dipnot 13.

¹⁵ Art 95 hükmü için bkz.: Alangoya, s. 20, dipnot 11. Burada Art 95'in sadece yüksek mahkemeleri saydığı ifade edilmektedir.

¹⁶ Bkz.: Alangoya, s. 21, dipnot 15.

¹⁷ Bkz.: Alangoya, s. 22, dipnot 21; Yıldırım, s. 17.

¹⁸ Alangoya, s. 22, dipnot 18.

¹⁹ Alangoya, s. 22, dipnot 19.

²⁰ Alangoya, s. 22, dipnot 20.

mi ile mümkün olur ve bu sistem yargının özelliği sebebiyle yargı içi bir kontrolle yapılmak gerekir; bu da yargı içinde bir derecelendirme yapılması sonucuna götürecektir, şeklinde ifade etmektedir.²¹

Vosskuhle; devlet iktidarının eylem veya işlemi sonucu hakkının ihlal edildiği iddiasında olan bir kimsenin, yargı makamlarına başvurabilmesinden hareket etmektedir. Yazar; hâkimin hüküm verme eylem ve işleminde devlet iktidarı kullandığını, hüküm sebebiyle hakkının ihlal edildiği iddiasındaki kişinin de bu hüküm için mahkemeye başvurabileceğini ifade etmektedir.²² Yani yazar da Alman Anayasası madde 19/IV çerçevesinde durumu izah etmektedir.

Gilles; mahkeme kararlarına karşı kontrol imkânı tanınmasının, anayasal bir gereklilik olduğu sonucuna, Alman Anayasası'nın 19/IV. madde hükmünden veya genel hukuk devleti ilkesinden hareketle varılamayacağını belirtmektedir. Yazar; burada, dereceli yargılama sisteminin sosyal hukuk devleti içerisinde ne gibi bir rol üstlendiği hususunun üzerinde durulması gerektiğine işaret etmektedir.²³ Yazara göre; dereceli yargılamaya, hukuki himaye arayanın, kendisine yanlış görünen kararları kontrol etme düşüncesi üzerinden yaklaşırsa, dereceli yargılama, sosyal hukuk devleti icabı kabul edilmek zorunda kalınacaktır.²⁴

Bir grup yazar; Alman Anayasası Art. 95'in yüksek mahkemelere yer verdiğini, "eşitlik" ilkesi gereği herkese müracaat imkânı tanınması gerektiğini savunur.²⁵

Alman doktrini dışında Yunan doktrininden **Kalamaris**'in açıklamalarını aktarmayı uygun görmekteyim. Kalamaris, Alman hukuku ile paralel hükümlere tabi Yunan Hukuku'nda içtihatların, kanunyolu bakımından bir anayasal garanti bulunmadığı yönünde olduğu, doktrinin de bu konuda bölündüğünü belirtmektedir. Ardından da kendi görüşünün, kanunyolunun anayasal bir dayanağının bulunduğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.²⁶ Yazara göre devlet fonksiyonlarının kontrolü demokratik hukuk devletinin ayrılmaz bir parçasıdır, kontrol de yargının özelliği gereği kendi içinde yapılacaktır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. Protokolü'nde ceza işleri için garanti edilen kanunyolunun kıyas yapılmak suretiyle hukuk işleri için de garanti edildiği kabul edilebilecektir.²⁷

Türk hukukunda dereceli yargılamanın anayasal gerek olup olmadığı yönündeki tartışmaların daha çok, "temyiz"e ilişkin kısıtlamaların Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi kararından hareketle yapıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Türk hukuku çerçevesinde kanunyollarının anayasal bir temeli olup olmadığı yönündeki tartışmaların odak noktası kararında;²⁸

"Yasakoyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüz bin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek düşüncesi ile kabul etmiş, bu kararların bir kere de Yargıtay tarafından incelenmesinde kamu yararı görmemiştir. Kaldı ki, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm de mevcut değildir. Esasen yargı denetiminde sonsuzluk, hiçbir zaman söz konusu olamaz, bir yerde kesilmesi gerekir."

²¹ D. Lorenz, *Der rechtsschutz der Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, s. 188 vd'den naklen Alangoya, s. 23.

²² Vosskuhle, *Erosionserscheinungen des Zivilprozessualen Rechtsmittelsystems*, 1377-1384'ten naklen Alangoya, s. 24.

²³ Gilles, *Rechtemittelreform im Zivilprozess und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschreankung*, JZ 1985, s. 259'dan naklen Alangoya, s. 23; bkz.: Yıldırım, s. 18-19.

²⁴ Gilles, s. 259'dan naklen; Alangoya, s. 23.

²⁵ Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht 2. Auflage*, 1993, no. 106 (s. 63); Gottwald, *Gutachten A 10. Schilken*, no. 99, 145'ten naklen, Yıldırım, s. 20-21.

²⁶ Kalamaris, *Das Prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, Festschrift für Karl Heinz Schwab*, 1990, s. 269-276'dan naklen, Yıldırım, s. 22 ve Alangoya, s. 24.

²⁷ Kalamaris, s. 276'dan naklen, Yıldırım, s. 22 ve Alangoya, s. 24.

²⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı T:20.01.1986, E: 1985/23, K: 1986/2 (AMKD, S: 22, Yıl 1987, s. 12 vd.)

şeklindeki kararının ardından, idari para cezalarına itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararın kesin olduğu yönündeki hükmün incelenmesi neticesinde verdiği yeni tarihli bir kararında²⁹ da;

“Anayasa bütün mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükmü içermediği gibi öğretide bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yoluna başvurunun önlenebileceği yönündedir. Yargı denetiminde sonsuzluk söz konusu olamayacağından bunun bir yerde kesilmesi gerekir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, kamu yararı ile sınırlanabilir. İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak veremeyecek şekilde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacı ile getirilen sınırlamada, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.”

şeklinde bir sonuca varmıştır.

Dikkat edilirse kararlarda, bütün mahkeme kararlarının üst mahkemece incelenmesini gerektiren bir Anayasa hükmü olmadığı, yeni kararda da Anayasa madde 13 çerçevesinde dereceli yargılamanın sınırlanabileceği ifade edilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi'nin kanun yolunu, Anayasal bir hak olarak gördüğü yönünde bir ipucu elde edilebilir.

Yine Anayasa Mahkemesi, Anayasa 36, 141 ve 154. maddelerini birlikte değerlendirmek suretiyle, kanun yolu tanımını, kararların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunun güvenlik altına alınması olarak değerlendirmiş ve bu şekilde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve vicdanlarına göre karar verecekleri yolundaki Anayasa madde 138/I hükmünün gerçekten uygulama sahası bulduğunu ifade etmektedir.³⁰ Başka bir kararında Anayasa Mahkeme-

si, kanun yolu sistemi ile tanınan denetim mekanizmasının hak arama özgürlüğü yönünden de güvenceyi pekiştirdiğine işaret etmektedir.

Öztek; kanun yolunun amacının onun için öngörülen sınırlamada kaynak teşkil ettiğini, maddi haklılığın temini suretiyle bireysel menfaatlerin korunması amacıyla, miktarın önemsiz olduğu hallerde taraf menfaatinin feda edilebileceğini; içtihat birliğini sağlamak suretiyle kamu yararını ön plana alma halinde ise kural olarak değer açısından bir sınırlama getirilemeyeceği, sınır koymanın yeknesak hukuk uygulamasından vazgeçildiği anlamına geleceğini, pratik sebeplerden dolayı bir sınır gerekli ise bu sınır, hukukun ülke içinde yeknesak uygulanmasını en az zedeleyecek nitelikte olması gerektiğini ifade ettikten sonra, Anayasa Mahkemesi kararında Yargıtay'ın fiili durumu üzerinden incelendiğini, iş yükünü hafifletmek amacıyla getirilen sınırın beklenen sonucu vermediğinin, kalıcı çözüm oluşturamayacağını görülebileceğini belirtmektedir.³¹

Üstündağ; Anayasa madde 36 ile hak arama özgürlüğünün anayasal bir hak kılındığı, fakat bu hakkın önünde aranacağı yargı mercilerinin hangileri olduğu, bunların kaç dereceli olması gerektiği konusunda anayasada bir düzenleme bulunmadığı, bunun Anayasa madde 142³² ile yasakoyucuya bırakıldığı, yasakoyucunun da bu konuda son inceleme merci olarak Yargıtay adı altındaki kurumu tahsis ettiğini, bu son inceleme için de iş yükünü azaltmak kaygısıyla getirilen sınırlamanın üst mahkemeler [istinaf] kurulmadan, mevcut sistem içerisinde dahi hak arama özgürlüğünü koruyucu birtakım tedbirler alınmaksızın kabulünün hak arama özgürlüğünü ağır şekilde ihlal edeceğini ifade etmektedir.³³

Ökçesiz; Anayasa Mahkemesi'nde inceleme konusu olan kanun metninde üst derece yargılaması içi getirilen sınırlamanın, gerekçe de ifade edildiği gibi iş yükünü hissedilir

²⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.05.2001, E: 2001/232, K: 2001/89 (AMKD, S. 37, C. 1, Yıl 2002, s. 541 vd.)

³⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı T: 10.07.1990, E: 1989/28, K: 1989/18 (AMKD S. 29, C. 1, s. 10); Anayasa Mahkemesi Kararı T: 24.11.1991, E: 44, K: 53 AMKD S. 27, C. 2, s. 735). Bkz.: Alangoya, s. 32, dipnot 53.

³¹ Öztek, s. 62-68.

³² Anayasa, madde 142: “Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”

³³ Saim Üstündağ, *Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı*, s. 73- 87.

oranda azaltmayacağını, sınırlama kapsamındaki değer geniş bir halk kesimi için hala dikkate değer olduğunu, yani gerekçede belirtilen “adalet duygularını rencide edecek ölçüde olmadığı” yönündeki ifadelerin olgusal saptamaları yansıtmadığı, bu katı hukuk normu ile hukuk devleti olmanın temel koşullarından sayılması gereken hak arama özgürlüğünün özüne dokunulduğunu ifade etmektedir.³⁴

Yılmaz; yasayollarına başvurunun hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu, anayasal korunma altında olduğunu, bir mahkeme kararının kesin olarak verilmesinin, kanun yoluna başvurma hakkının tanınmamasının hak arama özgürlüğü için çok tehlikeli bir boşluk olduğunu ifade etmektedir.³⁵

Yıldırım; kanun yoluna başvurma hakkının anayasal bir temeli olduğu, insan haklarına dâhil olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir.³⁶ Yıldırım’ın görüşünü dayandırdığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları’ndan “Hukuki ve Ticari Davalarda Kanun yolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi” Hakkındaki 5 Sayılı Tavsiye Kararı’nda, daha önce İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi’nin 7. Protokolü’nde taraflara ceza davasında verilmiş bir hükmün yüksek mahkemece yeniden incelenmesi gereğinin, kanun yoluna başvuru imkânının hukuki ve ticari davalar için de geçerli olacağı, I Genel İlkeler Bölümü altında tek bir maddeden ibaret Adli Denetim Hakkı başlığı içerisinde, ilke olarak ilk derece mahkemesi kararlarının ikinci derece mahkemesi denetimine tabi olacağı şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir.³⁷

Alangoya; Alman Anayasa Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi kararlarını karşılaştırdığı incelemesinde Türk Anayasası’nın, mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun kontrolü hususunu hak arama özgürlüğünün

bir unsuru olarak kabul etmiş olduğunu belirtmektedir.³⁸

Sivrihisarlı, yasa önünde eşitlik ilkesinin yüksek bir yargı organının varlığını gerekli kıldığını ifade etmektedir.³⁹ Böyle bir organ sayesinde hukukun herkes için aynı biçimde uygulanması gereği yerine getirilebilir⁴⁰, demektir.

Bütün bu açıklamaların ardından şu sonuca ulaştığımı belirtmek istemekteyim:

Anayasa madde 36/I, hak arama özgürlüğünü garanti etmekle birlikte “anayasa” olmanın verdiği nitelik gereği bu hakkın içeriğini açıklamaktan kaçınmıştır. Bu hakkın içeriğini belirleme biz hukukçulara düşen bir görevdir. Hak arama özgürlüğü; bireyin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir hak olup, bireyin kendi özgürlük sahasına yapıldığına inandığı müdahale sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık karşısındaki haklı duruşu, bağımsızlığının ifadesi olmaktadır. Ayrıca hak arama özgürlüğü, özgürlük sahasına yönelik müdahaleler karşısında hukukun duruşunu sergilemesi sebebiyle toplumun hukuka olan güvenini perçinler ve düzen ve barış sağlayıcı bir role bürünür. Dolayısıyla hak arama özgürlüğünü ne kadar geniş yorumlarsak “hukuk”, o derece ideal anlamına ulaşır.

Yürütme ve yasama organları ile bireylerin, bir bireyin özgürlük sahasına, temel haklarına yönelik müdahalelerine hukuki korunma vasıtası sağlanırken, yargı organının olabilecek müdahalelerine —hatalı kararları bir tür müdahale sayarsak— karşı hukuki korunma vasıtası tanımamak doğru bir eylem olmaz kanaatindeyim. Dolayısıyla dereceli yargılama, kanun yolu yargılaması, yargılama makamının hem maddi nitelendirme hem de hukuki nitelendirme faaliyetlerinde bulunması gözetilerek her iki alana yönelik olarak tanınmalıdır. Ayrıca Anayasa madde 154/I’de “Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir” de-

³⁴ Hayrettin Ökçesiz, “Yargıtay’ın İşyükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’nun 427. Maddesi Üzerine”, Hukuk Araştırmaları, s. 75-78.

³⁵ Ejder Yılmaz, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerinde İlgî Sorunu”, s. 131 vd.

³⁶ Yıldırım, s. 23.

³⁷ Yıldırım, s. 96.

³⁸ Alangoya, s. 29-33.

³⁹ Ömer Sivrihisarlı, “Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı”, s. 3.

⁴⁰ Schupbach, s. 21-22’den naklen, Sivrihisarlı, s. 3.

mek suretiyle hak arama özgürlüğü adına yargılama makamı kararlarına karşı hukuki korunma vasıtası tesis ettiğini ilan etmektedir. Ayrıca birbirine benzeyen uyuşmazlıklarda Anayasa madde 10'da ifade edilen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesinin tezahürü olarak birbirine benzeyen kararlar verilmesi gereği, hukuki denetimi gerekli kılmaktadır.

Özetlemek gerekirse, kanunyuuna başvuru imkânı, anayasal bir hak olarak varlık kazanmaktadır.

b. Hukuki Niteliğin Sonuçları

Kanunyuuna başvuru imkânını anayasal bir hak olarak değerlendirmemiz, onu yargısal bir temel hak olarak görmemiz, birtakım güvencelerin varlığını gerektirmektedir. Bu hakka yönelik her türlü müdahalenin, sınırlamanın Anayasa'nın çizdiği sınırlar dâhilinde yapılmasını gerektirmektedir. Anayasa madde 13, "*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması*" başlığı altında temel haklara ilişkin sınırlamaların sınırını çizmektedir. İlgili maddeye göre;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

"Kanunla sınırlama", "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olma", "demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine uygun olma" kavramlarının içeriğini doldurma hususunu anayasa hukukçularına bırakarak, "özlerine dokunulmaksızın" ve "ölçülülük ilkesi"ni kısaca açıklayalım.

Ölçülülük ilkesi ile öze dokunmama ilkeleri birbirinin tamamlayıcısı olup, bir amaca ulaşmak için kullanılan vasıtaların amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, aracın bu amaç için gerekli ve zorunlu olması, araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisini taşıması gerektiği⁴¹, bir hakkı kullanılamaz hale getirmemesi, özgürlüğü anlamsız kılacak, asli

çekirdeğini zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği⁴² ifade edilmektedir.

"Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" ifadesi karşısında dereceli yargılamanın çıkış noktası olarak belirlediğimiz Anayasa madde 36/1'de özel sınırlama sebeplerine yer verilip verilmediğine baktığımızda "adil yargılanma hakkı" karşımıza çıkmaktadır.

"Adil yargılanma hakkı" Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6'da ifade edilmekte olup, I. fıkrada yer alan "...*mâkul sürede yargılanmayı talep edebilme*"⁴³, hak arama özgürlüğüne getirilen özel sınırlama sebebi olmaktadır. Ayrıca Fazıl Sağlam; bir eylemin nesnel bağlantı halinde olduğu Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlük yanında aynı Anayasa'da güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlükler alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkelerinin sonucu olarak yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya maruz kalacağını ifade etmektedir.⁴⁴

Bunun yanında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri" Konulu Tavsiye Kararı'nda yedinci ilke, "*Kanun yollarının kötü niyetli kullanılmasını durduracak tedbirlerin alınması gerekmektedir.*" şeklinde tercüme edilmektedir.⁴⁵ Bu yedinci ilkenin gerekçesinde alınabilecek tedbirlere örnek olarak, kanunyuuna müracaatın bir merciin iznine tabi olmasını, haksızlığı aşikâr olan müracaatların reddedilmesini vermektedir. Özetle ten edindiğimiz bilgiye göre daha önce aynı Komitenin verdiği "Adaletin Yerine Getirilmesini Kolaylaştırma Çarelerine İlişkin Yedi Sayılı Tavsiye Kararı"nın 10. ve 15. ilkeleri, özellikle dava konusunun değerinin az olduğu veya davayı uzatmak niyetiyle kanunyuollarına mü-

⁴¹ Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.6.1989, E: 1988/50, K: 1989/27 (AMKD S. 25, C. Y., s. 312).

⁴² H. T. Fendoğlu, 2001 "*Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Sempozyumu*", s. 178-213'ten naklen, Alangoya, s. 36.

⁴³ Geniş bilgi için bkz.: A. Şeref Gözübüyük-A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 265-323.

⁴⁴ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982, s. 49. Geniş bilgi için bkz.: Sağlam, s. 28-109.

⁴⁵ Selçuk Özbek, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri"*, s. 9 vd.

racaatları önlemek gerektiği zaman, sınırlamaları gerekli görmektedir.⁴⁶ Tavsiye kararı, kanunyollarına kötü niyetli müracaatları önlemek için, ilk derece mahkemelerinin kararlarının geçici icrası ile hükümle ödenmesi gereken meblağlara piyasada yürürlükte olan faiz oranlarının uygulanması şeklinde iki çare de önermektedir.⁴⁷ “Hukuki ve Ticari Davalarda Kanunyolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi” Hakkındaki Tavsiye Kararı’nda Adli Denetimde Sınırlamalar başlıklı bölümde yer alan 3. madde, yargılamada etkinliği sağlamak için kanunyolu hakkına getirilebilecek sınırlamalara örnek olarak; malvarlığına ilişkin olup müddeabihi belli bir değeri aşmayan davaların denetim dışı tutulması, denetime gidilebilmesinin bu konuda mahkemece izin verilmesine bağlanması, başvurunun belli bir süreyle sınırlı tutulması, usuli hataların ancak esasa ilişkin inceleme esnasında değerlendirilebilmesi sayılmaktadır.⁴⁸ Dolayısıyla anayasal hak niteliğindeki kanunyoluna başvuru hakkına yönelik sınırlamalar, ancak Anayasa çerçevesinde yapılmalı halinde meşru kabul edilecektir.

İSTİNAF KANUNYOLU

1. Genel Olarak

a. İstinaf Kanunyolu Tanımı

İstinaf kavramı Arapça kökenli bir kelime olup sözlükte “bir işe yeniden başlama, bir işi yeniden ele alma” anlamlarına gelmektedir.

Teknik açıdan istinaf kanunyolu kavramı, klasik tanımı üzerinden, yerel mahkeme tarafından gerçekleştirilen muhakemeden tamamen bağımsız olarak, yeni olay ve delillerin, olay ve delillerdeki değişikliklerin herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın muhakeme edilerek uyuşmazlığın yeniden ele alınması ve uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmesi sürecini ifade etmektedir.⁴⁹ Yani yerel mah-

kemede dile getirilen uyuşmazlık, istinaf kanunyolu muhakemesinde yenilenmektedir. Yerel mahkemece değerlendirilen olay ve deliller, yenilerin ilavesiyle tekrar değerlendirme kapsamına alınmaktadır. Bu sebeple istinaf kanunyolu yargılama makamına “*olay mahkemesi*” denilmekte idi.

Fakat istinaf kanunyolunda bütün delillerin tekrar muhakeme edilmesi, uyuşmazlık konusu olay ile muhakeme arasında geçen zamanın da tesiri ile değerlendirmelerin bireysel hakları yeterli ölçüde koruyabilecek nitelikte olmayacağı gerekçesiyle “*dar anlamda istinaf tanımı*” geliştirilmiştir. Dar anlamda istinaf kanunyolunda yerel mahkemece gerçekleştirilen muhakeme tamamen tekrarlanmamakta, yerel mahkeme kararı belli noktalardan değerlendirilmektedir. Dar anlamda istinaf kanunyolu; hukuk düzenince kabul edildiği ölçüde yeni iddia ve savunma sebeplerinin de ileri sürülmesi suretiyle yerel mahkeme kararının, uyuşmazlığın sübutu hakkındaki maddi değerlendirme ve olaya hukuku uygulaması şeklindeki hukuki değerlendirme açılarından muhakeme edilmesini ifade etmektedir.

b. İstinaf Kanunyolu Çeşitleri

İstinaf kanunyolu, yukarıda verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere esas olarak iki temel ayrım üzerinden incelenmektedir. Bu ayrım, istinaf kanunyolunda gerçekleştirilen muhakemenin içeriğine göre tam ve sınırlı istinaf şeklinde olmaktadır. Bunun yanında kanunyolları için yukarıda belirttiğimiz kıstaslar üzerinden de ülkeler nezdinde çeşitli istinaf sistemleri ortaya çıkmaktadır.⁵⁰

1) Tam İstinaf

Tam istinaf, belirli bir istinaf sebebi veya olay ikamesine dayanılmaksızın uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilebilen istinaf kanunyolunu ifade etmektedir. Tam istinaf kanunyolu sistemine yerel yargılama makamının muhakeme faaliyetinin somutlaştığı kararına ilişkin olarak gidilmektedir. Yani ilgiliyi kanunyolu muhakemesine sevk eden uyuşmazlığın sebebi, karardır. Fakat kanunyolu muhakemesi, söz konusu yargılama ma-

⁴⁶ Öztekin, *Tavsiye Kararı*, s. 15.

⁴⁷ Öztekin, *Tavsiye Kararı*, s. 15-16.

⁴⁸ Yıldırım, s. 97.

⁴⁹ Bkz.: Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. baskı, s. 21; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 722.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 35-55.

kamı kararı üzerinden gerçekleşmemektedir. Tam istinaf kanunyolu muhakemesinde, yerel mahkemede dile getirilen uyuşmazlık, tekrar açılmaktadır. Üst derece yargılama makamınca, tamamen yeni bir usul kesiti açılmakta, ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak uyuşmazlık hakkında muhakeme yapılmaktadır.⁵¹ Yani bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlık, yenilenmektedir.⁵² Uyuşmazlığa ilişkin olarak her şey yeni baştan ve ikinci bir olay mahkemesi gibi değerlendirme yapılmaktadır.⁵³

İlk derece mahkemesi önüne getirilen uyuşmazlığa ilişkin olarak başlayan bu yeni süreçte, dava malzemelerini tamamlama ve yenileme imkânı da tanınmaktadır.⁵⁴ Böylece tam istinaf kanunyolu ile sadece ilk derece yargılama makamı kararındaki hata veya hata ihtimali değil, taraf hataları da bertaraf edilme imkânı bulunmaktadır.

Tam istinaf kanunyolu çeşidi, muhakemenin ağırlık noktasını ikinci derece muhakemeye çekmesi, ilk derece muhakemesini işlevsiz bırakması sebepleri ile eleştirilmektedir. Bu çerçevede Alman Medeni Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile davayı sadece hukuki açıdan değil, esas bakımından da tekrar inceleyen ikinci derece olay mahkemesi görünümündeki istinaf, ilk derece mahkemesi hükmünün olası hatalarının denetlendiği ve ortadan kaldırıldığı ikinci derece mahkeme görünümüne sahip kılınmıştır.⁵⁵

2. Sınırlı İstinaf

Sınırlı istinaf, belirli istinaf sebeplerine, belirli olay ikamelerine dayanılarak uyuşmazlık hakkındaki yargılama makamı kararının, hukuka uygunluğunu denetleyen istinaf kanunyolu olmaktadır. Sınırlı istinaf kanunyolu muhakemesinde de ilk derece mahkemesinin kararı, uyuşmazlığın sebebini teşkil etmektedir. Fakat bu istinaf çeşidinde muhakemenin konusu,

bizzat ikinci derecedeki uyuşmazlık sebebi olan yargılama makamı kararı olmaktadır. Yani sınırlı istinaf kanunyolu, ilk derece mahkemesince verilen kararın, ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolünden ibarettir.⁵⁶ İstinaf muhakemesi, kontrol muhakemesi şeklinde gerçekleşmektedir.

İstinaf kanunyolu yargılama makamı, ilk derece mahkemesine sunulan olay ve deliller ile bağlı olarak, ilk derece mahkemesinin yargılama faaliyetinin somutlaşmış şekli olan kararına yönelik olarak muhakeme yapılmaktadır. İlk derece yargılama makamının dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ile olaya hukuku uygulaması faaliyetinin hukuka uygunluğu, sınırlı istinaf kanunyolunun inceleme konusunu oluşturmaktadır.⁵⁷

Sınırlı istinaf kanunyolu çeşidinde dava malzemesi ikamesi süreci yaşanmaz, yeni malzeme getirilmesi yönünde yasak mevcuttur.⁵⁸ Dolayısıyla bu kanunyolu modelinde yargılama makamı kararındaki hata veya hata ihtimali bertaraf edilmekte, tarafların hatalarının giderilmesi imkânı söz konusu olmamaktadır.⁵⁹

2. İstinaf Kanunyolunun Tarihi Gelişimi

a. Osmanlı Hukuk Sisteminde İstinaf

İlgili başlık altındaki açıklamalarımıza, “İslam Hukuku'nda mahkeme hükmünün kontrolü mümkün müdür?” sorusu üzerinden başlayalım. Bu konuda Ekinci ve Şentop; hâkimlik şartları, hâkimde aranan özellikler dikkate alındığında, “*müçtehit*”lik şartına bakıldığında İslam Hukuku'nda hâkim tarafından verilen hükmün dokunulmazlığını düşünmenin daha uygun görüldüğünü, hele içtihat sonucu verilmiş bir hükmün, diğer hükümler de netice itibariyle içtihattan ibaret olacağı için, kontrol edilip bozulmasının mümkün olamayacağı kanaatinin makul bulunabileceğini ifa-

⁵¹ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549, dipnot 10.

⁵² Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549.

⁵³ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549, dipnot 13.

⁵⁴ Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549.

⁵⁵ Bkz. Ekkehard Becker-Eberhard, *Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında*, (Çev.: Deren-Nevhis Yıldırım), ve *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları*. (Derleyen: Nevhis Yıldırım-Deren), s. 64 vd.

⁵⁶ Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

⁵⁷ H. Fehr, *Das Novenrecht*. Zürich 1949, s. 20'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

⁵⁸ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

⁵⁹ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 555.

de etmektedirler. Fakat belirttiğimiz yazarlar, aktardıkları kanaate ek olarak, İslam Hukuku'nun ilk dönemlerine ait eserlerde dahi hâkimin hükmünün nakzedilmesi hususlarına yer verildiğine değinmekte ve İslam Hukuku içerisinde uygulamada olmasa bile teoride mahkeme hükmünün kontrolünün mümkün olduğu sonucuna varmaktadırlar.⁶⁰

Konu için seçtiğimiz başlık, "Osmanlı Hukuk Sistemi'nde İstinaf" olarak belirlenmiş olsa da, başlık altında, bugünkü teknik manada istinaf kanunyolundan ziyade Osmanlı Hukuk Sistemi içerisinde mahkeme hükümlerinin kontrol mekanizmaları hakkında bilgi verilecektir. Çünkü Tanzimat Fermanı öncesindeki devrede Osmanlı Muhakeme Hukuku içerisinde mevcut olan hüküm kontrol mekanizmalarını, bugünkü anlamda kanunyolu olarak değerlendirip değerlendirmeme konusunda yeterli bilginin mevcut olmadığı, bugünkü teknik manada kanunyolu kavramı ile tanışmamızın Tanzimat Fermanı sonrasında Batı Hukuklarının ülke hukukumuzda girmesi ile gerçekleştiği ifade edilmektedir.⁶¹ Bu çerçevede de Osmanlı Dönemi'ndeki kanunyolu mekanizmasını Tanzimat Fermanı öncesi ve sonrası dönemler üzerinden inceleyeceğiz.

1) Tanzimat Fermanı Öncesindeki Devre

Tanzimat Fermanı'nından önceki dönemde yargılama yetkisi, padişaha ait olarak görülmektedir. Fakat bu yetkinin bizzat kullanılması imkânı olmadığından, yargılama yetkisi kadılar vasıtasıyla ifa edilmektedir.⁶² Kadıların çeşitli derecelendirmelere tabi tutulduğu, fakat bu derecelendirmelerin hiyerarşik bir yapılanmayı ifade etmediği belirtilmektedir.⁶³ Verdiğimiz bu bilgi, Tanzimat Fermanı öncesindeki dönemde, bir üst kadı makamının

olmadığını, yani kadı hükümlerini kontrol edecek bir üst kadının bulunmadığına işaret olarak değerlendirilebilir.⁶⁴ Ayrıca Osmanlı hukukçularının da hükmün itibarını korumak adına, kontrol imkânının olağan bir yol olarak algılanmasını doğru bulmadıkları da ifade edilmektedir.⁶⁵ Bu çerçevede Ebu's Suud Efendi'ye atfedilen ve *Mâruzat* isimli eserde geçtiği ifade edilen şu fetvaya yer verilmektedir:

"Mesele: Bir defa şer'i şerifle faslolunup âher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? El-cevap: Emr-i Sultani olmayacak olmaz, memur olacak dahi sâbıkan şer'le faslolunduğu sabit olacak tağyir alınmaz."⁶⁶

Aktardığımız fetva ışığında, hüküm verilmiş bir davanın tekrar görülmesi, padişah iznine bağlanmıştır. Zaten uygulama açısından da, kadılar tarafından verilen hükme razı olmayan tarafların, Divan-ı Hümayun'a doğrudan başvurduğu ve burada dava hakkında tekrar yargılama yapıldığı da görülmektedir.

Divan-ı Hümayun, esas itibarıyla padişah, vezir-i azam, kubbealtı vezirleri, kazaskerler, nişancı, defterdarlar, rumeli beylerbeyinden teşkil etmektedir. Divan-ı Hümayun, idari, askeri görevleri yanında bir üst yargı organı, hükmün kontrol mekanizması olma özelliğine de sahiptir.⁶⁷ Divan-ı Hümayun'un hükümleri kontrol etme imkânı açısından, padişah tarafından genel izinli olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı önemli davalarda Divan-ı Hümayun'un yargılama yetkisi için padişahın izin istendiği de anlaşılmaktadır.⁶⁸

Divan-ı Hümayun'da hem taraf veya vekilin katılımı suretiyle hem de dosya üzerinden muhakeme faaliyeti gerçekleştirilmekte-

⁶⁰ Mustafa Şentop, *Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16-17. Aynı yöndeki bilgi için bkz.: Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidâsı – İslam-Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü*, s. 37-38.

⁶¹ Ekinci, s. 5-8.

⁶² Şentop, s. 38; Ekinci, s. 83.

⁶³ Ekinci, s. 85; derecelendirmeler için bkz.: Ahmet Akgündüz, *"Osmanlı Devleti'nde Adli Teşkilat Ve Yargılama Usulleri"*, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2, Sayı 10, s. 971-972.

⁶⁴ Aksi yönde görüşler için bkz.: Ekinci, s. 85-86, dipnot 320-321.

⁶⁵ Bkz.: Şentop, s. 42; Ekinci, s. 100; Akgündüz, s. 986; Ahmet Mumcu, *"Divan-ı Hümayun"*, s. 91.

⁶⁶ Şentop, s. 42; Ekinci, s. 100. Konuya ilişkin diğer kayıtlar için bkz.: Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi Ve Kazaskerlik*, s. 116, dipnot 9.

⁶⁷ Bkz.: Şentop, *Kazaskerlik*, s. 111; Şentop, s. 40; Mumcu, s. 85 vd.; Ekinci, s. 105; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 91.

⁶⁸ Bkz.: Ekinci, s. 107-108; bkz.: Mumcu, s. 98, dipnot 119; Şentop, s. 42.

dir.⁶⁹ Divan-ı Hümayun'da gerçekleşen muhakeme faaliyetine ilişkin yapılan araştırmalarda, kadılar nezdinde tutulan kayıtların esas alındığı ve bunlarla yetinildiği düşünülebilirse de, yeni olay ve delillerin ileri sürülmesi açısından herhangi bir sınırlamanın görülmediğini ifade edebiliriz.⁷⁰ Divan-ı Hümayun'da yargılama, Rumeli Kazaskeri tarafından gerçekleştirilmektedir. İşlerin yoğunluğu ölçüsünde Anadolu Kazaskeri de yargılama faaliyetinde bulunabilmektedir.⁷¹ Divan-ı Hümayun, kadı hükmünü bozarak yeni bir hüküm tesis edebileceği gibi, hükmün gidişatını göstermek suretiyle hüküm tesisini kadıya da bırakabilmektedir.⁷² Divan-ı Hümayun kararları kesin olmakla birlikte padişahın her zaman için hüküm kontrol imkânı mevcuttur.⁷³

Divan-ı Hümayun'da gerçekleşen muhakeme faaliyetinin kendine özgü olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁷⁴ Bugünün kavram ve tanımları ile geçmişini anlamak ve anlamlandırmak mümkün olmayabilir. Her vaka-yı kendi oluş şartları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir.

Tanzimat Fermanı öncesindeki dönemde Divan-ı Hümayun yanında, "Cuma Divanı" olarak adlandırılan ve zaman içerisinde "Huzur Murafaası" ismi ile de anılan, vezir-i azam başkanlığında toplanan ve sadece kazaskerlerin katılımı ile gerçekleşen bir divan da mevcuttur. Dolayısıyla sadece hukuki ihtilaflara hasredilmiş bir divan olduğunu ifade edebili-

riz.⁷⁵ Bu divanda görülen davalara ilişkin olarak XVII. yüzyıl sonrasına ait kayıtlarda, kadı hükümlerine karşı kontrol mekanizması olarak faaliyette bulunmasının talep edildiği ifade edilmektedir.⁷⁶

Divan-ı Hümayun ile Cuma Divanı arasında, üst yargı organı olma açısından görev paylaşımı olup olmadığı hususu, henüz bilinmeyen bir meseledir.⁷⁷ Elde yeterli delil bulunmaması sebebiyle de Cuma Divanı'nda gerçekleşen hükmün kontrol mekanizmasının kendine özgü bir kanunyolu sistemi olduğunu kabul edebiliriz.⁷⁸

Bu divanlar dışında hükümlerin kontrol merci olarak Çarşamba Divanı, Kazasker Divanı ile Taşra divanlarından da bahsedilmektedir.⁷⁹

2) Tanzimat Fermanı Sonrasındaki Devre

Tanzimat Fermanı dönemi, gerek şer'i mahkemelerin yapısında meydana gelen değişiklik, gerekse de nizamiye mahkemelerinin kurulması ile önemli bir süreci ifade etmektedir.

Tanzimat dönemi içerisinde 1838 yılında, devam etmekte olan itfa ve kaza fonksiyonları ayrılığı, şer'iyye ve kazaskerlik mahkemelerinin Şeyhülislamlık makamına bağlanması ile sona ermiştir.⁸⁰ Şeyhülislamlık bünyesinde hükümlerin kontrol görevini yerine getirecek ayrı bir makam [Meclisi-i Valay-ı Fetva] oluşturulmuştur. Bu makam, yargılama faaliyeti ile meşgul olan şu organlara sahipti: Fetvahane, Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye, Meclis-i İntihab-ı Hükkam-ı Şer'i. Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye ile

⁶⁹ Mumcu, s. 92; Aydın, s. 92; Ekinci, s. 110. İslam fıkhiında bir davanın görülebilmesi için aranan taraf ve vekili suretiyle kadı önünde taraf teşkili şartının, Divan-ı Hümayun'da dosya üzerinden inceleme yapma imkânı ile bertaraf edilmesine padişahın adaletle davranması, adaletsizlikleri önlemesinin dinsel açıdan büyük bir görev olduğu fikri temel teşkil etmekte olduğu ifade edilmektedir. Mumcu, s. 93.

⁷⁰ Bkz.: Mumcu, s. 101-103; Ekinci, s. 107-108.

⁷¹ Mehmet Akif Aydın, *"Mahkeme"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 27, s. 342; Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 112; Mumcu, s. 100; Aydın, s. 92; Ekinci, s. 106.

⁷² Mumcu, s. 103-105; Ekinci, s. 111.

⁷³ Ekinci, s. 112; Mumcu, s. 104.

⁷⁴ Bkz.: Mumcu, s. 86, 96; Mumcu, Divan-ı Hümayun'un bir temyiz merci gibi hükümleri bozduğu ya da onayladığının tarihi bir gerçek olduğunu ifade etmektedir.

⁷⁵ Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 113, 132; Ekinci, s. 115.

⁷⁶ Bkz.: Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 133; Şentop, s. 44-45.

⁷⁷ Bkz.: Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 113; Mumcu, s. 148.

⁷⁸ Bkz.: Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *"Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı"*, s. 249; Üçok-Mumcu, Cuma divanını bir çeşit Yargıtay'a benzetebiliriz, demektedirler.

⁷⁹ Bkz.: Ekinci, s. 116-121; Üçok-Mumcu, s. 249; Aydın, s. 93-94.

⁸⁰ Bkz.: Şentop, s. 47-48; Ahmet Akman, *"Osmanlı Devleti'nde Hukuki Yapı ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler"*, Yıl 2, Sayı 10, s. 1016; Akgündüz, s. 975. Bu ayrılığa son verme sebepleri hakkında geniş bilgi için bkz.: Şentop, s. 48-49; Üçok-Mumcu, s. 330.

Fetvahane makamları, kadılar tarafından verilen hükümlerin kontrol merci olarak faaliyet göstermiştir.⁸¹

Fetvahane, kadı tarafından verilen hükmün şer'i usul ve hükümlere aykırı olup olmadığını incelemekle görevlidir. Hükümde bu yönde bir aykırılık görülmez ise ilam tasdik edilir ve dosya, Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye'ye gönderilmektedir. Hükümde aykırılık olduğu kanaati mevcut ise ilam, bozulur ve istinaf'en yani tekrar görüşülmesi için ait olduğu ilk derece mahkemesine gönderilmektedir.⁸²

Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye makamı ise, kadının verdiği hükümde maddi meseleye ilişkin hatalar ile maddi hataların varlığı açısından inceleme yapmaktadır. Meclis'e dosyanın gelebilmesi için Fetvahane makamı tarafından, şer'i hukuka uygunluk denetiminden geçmesi ve tasdik olunması gerekmektedir. Şer'i hukuka uygun bulunarak Meclis'e gelen kararda, maddi meselenin takdirinde hata veya maddi hata tespit edilirse, hüküm bozulur. Hükümdeki eksiklik, birkaç ilave ile giderilebilecek nitelikte ise, tamamlanmak suretiyle hüküm kesinleşir. Hükümdeki hatanın giderilmesi bu kadar basit değil ise, istinafen incelenmek üzere ait olduğu mahkemeye gönderilir.⁸³

Şer'iyye mahkemeleri 1916-1919 yılları arasında Adalet Nezâreti nezdinde faaliyet göstermiştir. Bu dönemde bütün mahkemelerin temyiz yerinin aynı olması gerektiği yönündeki görüş çerçevesinde İstanbul'da kurulan Mahkeme-i Temyiz'de Şer'iyye Dairesi kurulmuş ve şer'i mahkeme hükümleri bu makamda incelenmiştir. Söz konusu makam, bir başkan ve altı üyeden oluşmakta idi. Fakat 1919 yılında şer'i mahkemelerin Şeyhülislamlığa tekrar bağlanması ile Fetvahane ve Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye tekrar işlerlik kazanır.⁸⁴

Tanzimat Dönemi'nde, şer'i mahkemelerinin yapısında gerçekleşen değişiklikler yanında nizamiye mahkemeleri⁸⁵ adı ile birtakım ilk derece mahkemeleri ile birtakım üst mahkemeler de kurulmuştur.

Tanzimat öncesinde batı ile başlayan ticari ilişkilerle birlikte uyumsuzlukları çözecek yeni mahkemeler de teşekkül etmiştir. 1840 yılında İstanbul'da kurulan Ticaret Meclisleri giderek ülke içerisinde yayılmıştır. 1847 ve 1848 yıllarındaki iki Nizamname ile bu meclisler, Ticaret Nezareti'ne bağlı mahkeme hüviyetine sahip kılınmıştır. 1850 tarihli Ticaret Kanunname-i Hümayun, bu kanuna 1860 yılında yapılan ek ve 1861 tarihli Ticari Muhakeme Kanunu ile ticaret mahkemeleri, kanuni bir temele oturtulmuştur. Ticaret mahkemeleri üstünde, istinaf mahkemesi olarak İstinaf-ı Deavi-i Ticaret Divanı oluşturulmuştur. Ticaret Nezareti nezdinde faaliyette bulunan bahsettiğimiz mahkemeler, 1875 yılında çıkarılan fermanla Adalet Nezareti'ne bağlanmış ve İstinaf-ı Ticaret de Mahkeme-i Temyiz'in bir dairesi haline dönüşmüştür.⁸⁶

Ticaret mahkemeleri dışında faaliyet gösteren nizamiye mahkemeleri, 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile kurulmuşlardır. Söz konusu bu mahkemelerin kesin olarak teşkilatlanması ise, 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu ile gerçekleştirilmiştir.⁸⁷ Söz konusu Kanun üzerinden, ticaret mahkemeleri dışındaki nizamiye mahkemelerinin son aldığı şekli şu şekilde ifade edebiliriz: Nizamiye mahkemeleri, bidayet ve istinaf mahkemeleri şeklinde iki dereceli olarak yapılandırılmış, her biri de hukuk ve ceza olarak iki daireden oluşmakta

⁸¹ Bkz.: Şentop; *Kazaskerlik*, s. 54-62; Akman, s. 1016; Akgündüz, s. 987.

⁸² Bilgi için bkz.: Şentop, s. 60-62; Akman, s. 1016; "Ait olunan mahkeme" kavramının, davanın ilk defa görüldüğü mahkeme nezdindeki dava konusunun değeri üzerinden belirlendiği ifade edilmektedir. Akman, s. 1017.

⁸³ Bilgi için bkz.: Akman, s. 1016; Şentop, s. 54-59.

⁸⁴ Bilgi için bkz.: Akman, s. 1016; Şentop, s. 62-64; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

⁸⁵ "Nizamiye Mahkemeleri" kavramı, ticaret, hukuk ve ceza mahkemelerini kapsayıcı bir şekilde şer'iyye mahkemeleri dışında kalan ve Tanzimat Fermanı sonrasındaki dönemde Batı kaynaklı kanunların tatbiki için kurulmuş olan mahkemeleri ifade etmektedir. Her ne kadar 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu, nizamiye mahkemelerini, ticaret mahkemelerinde görülen davalar ile şer'i mahkemelere bırakılan özel davalar dışında kalan medeni hukuk ve ceza davalarına bakan mahkemeler olarak tarif etse de, ticaret mahkemeleri, nizamiye mahkemeleri kuruluşunun başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bilgi için bkz.: Akman, s. 1010-1013; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

⁸⁶ Bilgi için bkz.: Üçok-Mumcu, s. 331-332; Akman, 1011.

⁸⁷ Akman, s. 1012-1013; Üçok-Mumcu, s. 332-334.

idi. İstinaf mahkemesi, bir başkan ve dört üyeden teşkil etmektedir.⁸⁸ Asli görevi istinaf olan bu mahkemeler, 1924 yılında kabul edilen Mehakim-i Şeriyenin İlgası ve Mehakimin Teşkilatına Ait Muaddel Kanun'un 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Süreç içerisinde 1868 yılında, sadece yargı görevi ifa eden ve nizamiye mahkemelerinin son derecesi olarak Divan-ı Ahkâm-ı Adliye mahkemeleri kurulmuştur.⁸⁹ Divan, başlangıçta sadece Mahkeme-i Temyiz'den oluşmakta idi. Fakat kısa süre sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'nin oluşumu ile Divan bünyesinde Mahkeme-i Nizamiye adı ile ikinci bir mahkeme meydana getirilmiştir. Söz konusu mahkeme, Mahkeme-i Temyiz tarafından bozulup kendisine havale olunan davalar ile istinaf yetkisi bulunmayan mahkemelerin gördüğü ve doğrudan doğruya istinaf edilen ve de önemi üzere ilk derece mahkemesi olarak önüne getirilen davaları yargılama yetkisine sahip idi. Mahkeme-i Nizamiye, bu görevi ile en yüksek nizamiye mahkemesi olarak istinaf mahkemesi konumunda idi.⁹⁰ Fakat söz konusu Mahkeme, 1870 yılında gereksiz görüldüğü için kaldırıldığı ifade edilmektedir.⁹¹ Mahkeme-i Temyiz ise, hukuk ve ceza sahasında faaliyette bulunan nizamiye mahkemelerinin hükümlerini kontrol eden ve gerektiğinde bozma yetkisine sahip yargılama merci idi.⁹² İstinaf yoluna gidilemeyecek kararlar yani nihai kararlar aleyhine Mahkeme-i Temyiz'e başvurulmaktaydı. Söz konusu Mahkeme, önüne gelen davayı yeniden muhakeme etmezdi. Önüne getirilmiş olan dava hakkında yapılmış olan muhakemenin usule uygun olup olmadığı ve verilmiş olan nihai kararın da kanunlara uygun olup olmadığı üzerinden bir muhakeme yürütmektedir. Mahkeme-i Temyiz, ya kararı usule ve kanuna uygun olduğu gerekçesiyle onay kararı ya da kararı usule ve kanuna aykırı hareket edildiği gerekçesiyle bozma kararı verir. Yani Mahke-

me-i Temyizi'i, temyiz kanunyuolu muhakemesi olarak ifade edebiliriz.

Hem şer'iyye hem de nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere çıkarılmış bulunan Mecelle'ye baktığımızda, Kanun'un hukuk muhakemesine ilişkin son üç bölümü (Kitabü'd-Dava, Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif, Kitabü'l-Kaza), 1876 yılında kanunlaşmıştır.⁹³ Mecelle'nin mahkeme hükümlerine karşı müracaat yollarına ilişkin maddeleri şu hükümleri içermektedir:

1837. madde: "Hukuka ve usule uygun verilmiş olması durumunda bir davanın tekrar görülmesi mümkün değildir."

1838. madde: "Davayı kaybeden taraf, hükümün hukuka uygun olmadığı iddiası ile istinaf isterse, incelenir, hüküm uygunsu tasdik edilir, değilse bozulur."

1839. madde: "Davayı kaybeden taraf, hükme razı olmayıp temyiz talebinde bulunursa hüküm incelenerek hukuka uygunsu tasdik olunur, değilse bozulur."

Mecelle, temyiz ve istinaf muhakemelerine yer vermekte, fakat bunların hangi merciler tarafından yerine getirileceği hususunu düzenlememektedir. İkinci'ye göre; Mecelle'de geçen temyiz muhakemesi, günümüz temyiz muhakemesinden pek farklı bir düzenleme değildir; ancak istinaf, bugünkü anlamda bir istinaf muhakemesini ifade etmemektedir.⁹⁴

b. Batı Hukuk Sistemlerinde İstinaf

Kanunyuolu kavramının Osmanlı hukuk sistemine, Tanzimat sonrasında girdiğine ilişkin bilginin ardından, Batı'da hükmün kontrol mekanizmalarının serüvenini anlatmak bir gereklilik arz etmektedir. Bu çerçevede Fransa ve Almanya örnekleri aktarılacaktır.

1. Fransa⁹⁵

Fransa'nın ilk devirlerinde Frank Krallarının kurdukları divanlarda, hâkim kararları istinafen

⁸⁸ Bilgi için bkz. İkinci, s. 150-157; Akman, s. 1013.

⁸⁹ Bilgi için bkz.: İkinci, s. 141-149; Üçok-Mumcu, s. 333-334; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

⁹⁰ İkinci, s. 144; Aydın, s. 454; Üçok-Mumcu, s. 333-334.

⁹¹ Üçok-Mumcu, s. 334; İkinci, s. 144.

⁹² Bilgi için bkz.: İkinci, s. 143-149; Aydın, *Mahkeme*, s. 344; Üçok-Mumcu, s. 333-334.

⁹³ İkinci, s. 164.

⁹⁴ İkinci, s. 165-166.

⁹⁵ Bu ülke örneği hakkında bilgi için bkz.: İkinci, s. 14-21; Faruk Erem, *İstinaf Mahkemeleri*, AÜHFD, Cilt VII, Sayı 1-2, Yıl 1950, s. 10-11; Naci Şensoy, *İstinaf*, İÜHFM, Cilt XII, Sayı 4, Yıl 1946, s. 1064.

görülmekte idi. Feodalitenin yayılması ile yargılama yetkisi, kral-feodalite-şehir ve kilise mahkemeleri arasında paylaşılmış bir halde bulunmaktadır. Feodal mahkemeler, aşağı-orta-yüksek olmak üzere üç derece şeklinde yapılanmaktadır. Fakat Kral Philippe Auguste ve Kral Saint Louis uygulamaları ile feodal mahkeme yerine kral mahkemelerine bidayeten veya istinafen başvuru imkânı, ardından da feodal mahkeme kararlarına karşı kral mahkemelerine istinafen başvuru imkânı tanınmak suretiyle feodal yargının yetkisi azaltılmak istenmiş ve başarılı da olunmuştur.

Fransa'da Ortaçağ'da Frank krallarının yüksek mahkemesine benzeyen Krallık Mahkemeleri denilen ve Krallık Divanı ile Krallık Feodal Mahkemesi bulunmaktadır. Bu dönemde feodal mahkeme kararlarının bir tür istinaf merci olan *bailliage* ve *sénéchaussee* isimli yüksek mahkeme kararları, Krallık Divanı'nda kontrol edilmekte idi. Krallık Divanı 1344 yılında Paris Parlamentosu'na dönüştürülmüştür. Bu yüzyılda taşralarda da parlamentolar oluşturulmaya başlanmıştır.

Fransa'da 1551 yılında kurulan *présidaux* isimli yüksek mahkeme ile başlayan süreç, 1774 yılındaki düzenlemeler ile üç dereceli feodal mahkeme —*bailliage* ve *sénéchaussee*— *présidaux* şeklinde bir yapılanma ortaya çıkar. Fakat 1788 Emirnamesi ile *bailliage* ve *sénéchaussee* mahkemeleri kaldırılır, *présidaux* mahkemeleri üzerinde kurulan *Grand Présidaux* isimli mahkemeler de uyuşmazlığa son derece olarak bakacaktır.

1670 tarihli Emirname ile istinaf sistemi düzenlenmiştir. 1789 İhtilali sonrasında çıkarılan 1790 tarihli Kanun ile *bailliage* ve *sénéchaussee* mahkemelerinin fonksiyonunu görece ilçe mahkemeleri kurulur. Bunlar birbirlerinin kararlarını istinafen görmekle görevlendirilmişlerdir. Bu kanun ile ayrıca kanuna aykırı kararları bozmak ve ülkede yargı birliğini sağlamak için, meclis bünyesinde yargı merciinden ziyade yasama merci gibi davranacak, kanunların koruyucusu niteliğinde *tribunal de cassation* [temyiz mahkemesi] kurulur.

Napoléon'un iktidara gelmesi ile 1800 yılında yapılan düzenlemelerde adliye teşkilatı bugünkü şeklini almıştır. Sulh mahkemelerinin kararları üç hâkimden oluşan ve hukuk-ceza

davalarına bakan ilçe mahkemelerinde, ilçe mahkemelerinden de belli değerler üzerindeki davalar istinaf mahkemelerinde yeniden görülebilecekti. 1804 yılında Temyiz Mahkemesi, Temyiz Divanı konumuna getirildi.

Bu gün Fransa'da istinaf kanun yolu, yerel mahkemede ki kıyasla yeni netice-i talebin ileri sürülemediği, fakat yeni dava malzemesinin ileri sürülebildiği, taraf hatasının düzeltilmediği bir sistemdir.

2. Almanya⁹⁶

Almanya'da ise yargı yetkisinin halk meclislerinden kralın hâkimlerine geçmesi ile bir mahkeme hükmüne karşı taraflara ve hatta her vatandaşa Krallık Mahkemesine başvuru imkânı tanındı. 1495 tarihli Kanun (ilk yüksek mahkeme kanunu) ile istinaf kabul edilerek Reichskammergericht'e müracaat imkânı getirilmiştir.

Fakat Alman Ceza ve Ceza Usul Kanunu Carolina'nın 1532 yılında kanunlaşan metinde istinafa yer verilmemiştir. 1555 tarihli Kanun ile ceza hukukunda istinaf yasaklandığı fikri iyice yerleşir. Bunun yerine ek savunma adı altında üst mahkemeye müracaat etmeksizin istinafa benzer bir kurum, aynı muhakemede aynı uyuşmazlığa ilişkin üç karar alınana kadar mahkemeye müracaat imkânı tanınmakta idi.

Fransız İhtilali'nin etkisi ile Almanya'da hâkim olan hukuk birliğine hizmet eden temyiz düşüncesi üzerine kurulan *Revision* isimli temyiz mahkemesi, Fransa'daki temyiz mahkemesinden farklı olarak taraf çıkarını ön planda tutmakta, yargı kararlarını maddi mesele açısından da inceleme konusu yapmaktadır.

Alman birliğinin sağlanması sırasında Alman devletlerinin bir kısmında istinaf mevcut iken, diğer bir kısmında muhakemenin "*sözlülük*" ve "*doğrudan doğruyalık*" ilkeleri ile bağ-

⁹⁶ Bu ülke örneği için bkz.: Ekinci, s. 21-23; Eberhard-Ekkehard Becker, *Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında*, (Çev.: Nevhis Yıldırım-Deren), ve *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları*, s. 65, 68-70; Eberhard Schilken, "*Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü*", (Çev.: Nevhis Yıldırım-Deren), ve *İlkeler İşigü Altında Medeni Yargılama Hukuku*, (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 57-66.

daşmaması gerekçesi ile istinaf mevcut değildir.

Alman birliğinin sağlanmasının ardından Alman medeni muhakeme teşkilatı 01.10.1879 tarihinde yürürlüğe giren kanun tarafından düzenlenmiştir. İlk devirlerde Almanya'da istinaf kanunyolu, ilk derece muhakemenin tamamen yeni baştan gerçekleştirildiği, ilk derecede ileri sürülen dava malzemesi yanında yeni dava malzemesi ikamesinin gerçekleştirildiği ve tam istinaf olarak tarif ettiğimiz bir sistemi ifade etmekte idi. Fakat ilerleyen süreçlerde yeni malzeme getirilme imkânının sürekli kısıtlanması eğilimi söz konusu olur. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren reform öncesine kadar sistem şu şekilde idi: İlk derece muhakemesinde dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi esas olmakla birlikte, hâkime tarafların dava malzemesini tam ve eksiksiz sunmasını sağlayacak şekilde yönlendirici olarak etkin olma hak ve yükümlülüğü verilmekte idi. İstinaf muhakemesinde ise ilk derecede toplanmış delillerde bir eksiklik görüldüğü veya vakialara ilave yapılması gerekli görüldüğü takdirde yeni malzeme imkânı söz konusu olmaktaydı. Yani nispeten hızlı ilerleyen ilk derece muhakemesi ve esaslı istinaf muhakemesi yapılanması söz konusu idi. Fakat bu sistemin gerek taraflarda ve gerekse de hâkimlerde ilk dereceye gereken önemi göstermeme sonucunu doğurduğundan bahisle sistemde reform gerçekleştirilmiştir. 2002 yılındaki değişiklik ile ilk derece mahkemesi esas muhakeme safhası olarak görülmekte ve kısıtlı bir istinaf muhakemesi öngörülmektedir. İlk derece hâkimine, tarafları yönlendirme yetki ve yükümlülüğü verilmektedir. İstinaf muhakemesi ise kural olarak ilk derece muhakemesindeki malzemelere dayanmakta; ancak ilk derece mahkemesi tarafından göz ardı edilmiş, ciddiye alınmamış, usul hatası dolayısıyla değerlendirilmemiş dava malzemeleri ile tarafların ihmalî ölmaksızın değerlendirilememiş dava malzemeleri yeni malzeme olarak ileri sürülebilmektedir. Böylece de istinaf, ilk derece kararının maddi ve usulî hukuka uygunluğunu denetleyen bir kontrol mekanizması görünümüne sahip olmaktadır.

3. İstinaf Kanunyolunun Leh ve Aleyhindeki Görüşler

İstinaf kanunyolunun hukukumuz içerisinde yer almasına ramak kala söz konusu kanunyolunun varlığına ilişkin olarak ileri sürülen olumlu ve olumsuz görüşleri aktarmakta fayda görmekteyiz.⁹⁷

İstinafın Tarihçesi Üzerinden Hareket Eden Görüş: Bir kısım müellif, istinaf kanunyolunun var olması yönündeki fikirlerine gerekçe olarak, tarihin en eski çağlarından beri ve her gelişmiş adli teşkilat içerisinde bir davanın tekrar tetkik edilmesi vakasına rastlandığını belirtmektedir.⁹⁸ Gerçekten istinaf, bugünkü içerik ile olmasa da Roma'da, Fransa ve Almanya'da ve İslam Hukuku içerisinde mevcuttu.

Tarihçi izah karşısında, istinaf kanunyolunun yerel mahkemelerin yetkisini zayıflatmak amacı ile hukuki değil, siyasi gayeler ile kurulduğuna işaret ederek istinaf aleyhinde görüş bildiren müellifler de mevcuttur.⁹⁹

⁹⁷ Görüşler için bkz.: Erem; s. 9-15; Necip Bilge, *Üst Mahkemeler*, s. 68-81. Kunter-Yenisey, s. 1129-1149; Şensoy, s. 67-1072; Köksal Bayraktar, *İstinaf ile İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış*, s. 37-41; Ejder Yılmaz, *İstinaf*, s. 23-30; Süha Tanrıver, *Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Düşünceler*. Batıder; Haziran-Aralık 1995, Cilt XVIII, Sayı 1-2, s. 152-155. Sami Selçuk, *"Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeleri Sorunu"*, Yargıtay Dergisi, 1976/4, s. 45-50; Saim Üstündağ, *"Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları"*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 48, Sayı 5-8, Yıl 1974, s. 283-284; Hikmet Sami Türk, *"İstinaf Mahkemeleri"*, http://www.hukukveyasam.org/turkce/konu_detay.aspx?id=14, s. 2-3 (18.10.2007). Başak Şahin, *"Medeni Hukuk Alanında İstinaf Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Teşkilatları"*, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=418>, s.3-4 (18.10.2007).

⁹⁸ "... Durum İlkçağ'da böyle olduğu gibi Ortaçağ'da da aynı olmuştur; zamanımız Türkiye'sinde de bu teşkilatın kurulmasında bu itibarla isabet vardır." Bilge, s. 69.

⁹⁹ "İstinafın hukuken müdafaası güçtür... Yargılama işlerine, bir çeşit müdahale ve itimsizliğin ifadesi olması hasebiyle istinaf, halk adaletinin tecellisine terk edilmiş sahalardan hariç bırakılmıştır." Erem, s. 11. Bu makalede yer alan ve Rocco'ya atfedilen şu söz ilginçtir: "İstinaf, Ortaçağ adalet anlayışının bakıyesidir." Görüşün eleştirisi için bkz.: Selçuk, s. 49; Bilge, s. 70; Kunter-Yenisey, s. 1129-1130.

İstinafin Bugünkü Durumu Üzerinden Hareket Eden Görüş: İstinaf kanunyolunun lehinde görüş bildiren müelliflerin bir kısmı, söz konusu kanunyolunun pek çok ülkede uygulanıyor olmasının onun faydalı olduğuna karine olabileceğini ifade etmektedir.¹⁰⁰

Bu görüşün karşısında, istinaf kanunyolunun pek çok ülkede kaldırılması yönünde çalışmaların olduğu ifade edilmektedir.¹⁰¹

Yerel Tesirlerin Etkisi İmkânından Hareket Eden Görüş: Bu görüş sahipleri, istinaf kanunyolu ile yerel mahkeme kararları üzerindeki yerel etkilere açık olma halinin, daha kalabalık yerlerde kurulacak istinaf kanunyolu mekanizması ile giderilebileceğini ifade etmektedirler.¹⁰²

Bu görüşe karşılık olarak, yerel tesirler altında kalmama halinin her hâkimde aranan bir özellik olduğu ifade edilmekte ve söz konusu görüş eleştirilmektedir.¹⁰³

İstinafta Uyuşmazlığın Olgunlaşacağı Görüşü: İstinaf kanunyolu ile yerel mahkemede gereksiz olanları ayıklanan malzemeler üzerinde yoğunlaşma imkânı ile uyuşmazlığın olgunlaşacağını ve daha sağlıklı kararlar verileceğini ifade etmişlerdir.¹⁰⁴

Bu görüşe karşılık olarak, istinaf kanunyolunda mahkeme sayısının azlığı sebebiyle yoğunlaşma imkânının olmayacağı gerekçesi

ileri sürülmüştür.¹⁰⁵ Ayrıca uyuşmazlığın hukuki mesele açısından istinaf aşamasında olgunlaşmasının kabul edilebileceği, fakat maddi meselenin olgunlaşmasının yerel mahkemede gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁶

İstinafin Teminatı Sağlayacağı Görüşü: Müellifler, uyuşmazlık üzerindeki maddi ve hukuki mesele açısından üst mahkeme tarafından yapılacak ikinci muhakeme faaliyetinin, istinaf kanunyolu gerçekleşecek olmasının hem taraflar hem de toplum için teminat olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁷ Ayrıca daha fazla sayıda ve daha bilgili ve tecrübeli hâkimler tarafından ikinci muhakemenin gerçekleştirilecek olması, istinafin kabulünün teminat sağlaması açısından ileri sürülen lehte görüşler arasındadır.¹⁰⁸

Karşı görüş ise, ikinci muhakemenin teminat teşkil edebilmesi için ilk muhakemeden daha iyi tarzda cereyan etmesi gerektiği, fakat uygulamada incelemenin evrak üzerinden yapıldığı, bu halin ise gerekli teminatı sağlamayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca bilgili ve tecrübeli hâkimlerin doğrudan yerel mahkemelere atanması ile istinaftan vazgeçilmesi önerilmiştir.¹⁰⁹

İstinafin Yerel Mahkeme Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş: İstinaf kanunyolu ile yerel mahkeme hâkimlerinin, hükümlerinin denetlenebileceği endişesi karşısında daha dikkatli hüküm tesis edeceği ifade edilerek istinafin lehinde görüş belirtilmektedir.¹¹⁰

Buna karşılık olarak, hâkimlerin denetlenme korkusu ile değil de, haksızlık etme korkusu ile hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksine üst mahkeme denetimi varlığının, yerel mahkeme hâkimlerini ataletle sevk edebileceği ve yerel muhakemenin arzu-

¹⁰⁰ "Batı demokrasilerinin hemen hemen hepsinde bulduktan başka, otoriter sisteme bağlı devletlerde bile mevcut olması, onun faydalı olduğuna bir karine teşkil etse gerektir." Bilge, s. 71.

¹⁰¹ Erem, s. 12. Görüşün eleştirisi için bkz.: Selçuk, s. 48; Kunter-Yenisey ise "... Bütün gelişmiş ülkelerde kabul edilmiş olduğu gerekçesi ile, istinaf Türkiye'de de kabul edilemeyeceği gibi, görünüşlerinden biri (dar manada istinaf) aleyhinde bir cereyan bulunduğu için ret de edilemez." Kunter-Yenisey, s. 1130-1131.

¹⁰² "İlk mercilerde mahalli tesirleri tamamen bertaraf etmek mümkün olmadığına göre, bu gibi etkilere daha az mâruz ve mukavemet imkânı daha çok olan bir müessesse ile, adaleti gölgeleyici tesirleri etkisiz hale getirmek her halde faydalı olur." Bilge, s. 73. Buna karşılık "Bölgesel kuruluş kabul edilirse, istinaf mahkemesinin mahalli baskılardan uzak olması bir sonuç olacaktır. Sırf bu gaye ile istinaf mahkemelerinin bölgesel esasa göre kurulması düşünülemez." Kunter-Yenisey, s. 1136.

¹⁰³ Erem, s. 12.

¹⁰⁴ Bilge, s. 73-74; Kunter-Yenisey, s. 1134.

¹⁰⁵ Bkz.: Bilge, s. 73.

¹⁰⁶ Erem, s. 12.

¹⁰⁷ Bilge, s. 75-77; Kunter-Yenisey, s. 1135; Selçuk, s. 46-47.

¹⁰⁸ Bilge, s. 77-78; Şensoy, s. 1067; Selçuk, s. 47-48. Buna karşılık "Birden fazla derecenin kabulü, yüksek derece hâkimin daha iyi karar verdiği düşüncesine dayandırılmamalıdır. Derecenin birden fazla olması, hükmün kolektif verilmesini ve objektif olmasını sağlar." Kunter-Yenisey; s. 1135.

¹⁰⁹ Erem, s. 13-14.

¹¹⁰ Bilge, s. 75; Kunter-Yenisey, s. 1136.

lanan yeterlilikte gerçekleşmeyeceği, yerel mahkemenin tarafların gözünde küçülerek, formalite bir muhakeme halini alacağı da bu konuda belirtilmektedir.¹¹¹

İstinafın Yargıtay'ın Konumu ve İşlevi Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş: Müellifler, istinaf kanunyolunun kabulü ile Yargıtay'a intikal eden hükümlerin azalacağı, maddi meselenin tetkik edilmiş olması sebebiyle Temyiz kanunyolunun hukuki meseleye hasredileceği ve bu çerçevede Yargıtay'ın hukuki birliği sağlama temel görevini ifa edebileceği belirtilmektedir.¹¹²

Sırf Yargıtay'ın iş sayısını azaltmak adına istinafın kabul edilemeyeceği, karşı görüş tarafından dile getirilmektedir.¹¹³ Hatta istinafın kabulü ile işlerin daha da çoğalacağı ve sürüncemede kalacağı ifade edilmektedir.¹¹⁴

İstinafın Davanın Süresi Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş: İstinafın kabulü ile taraflara daha yakın mesafede olma ve daha fazla sayıda bulunma ile her bir istinaf kanunyolu mahkemesine düşen iş sayısının azlığı sebebi ile davaları daha kısa sürede sonuçlanabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁵

Aksi yönde olarak istinafın kabulü ile davaların uzayacağı ve adaletin pahalı bir hal alacağı belirtilmektedir.¹¹⁶

İstinaf lehinde oyumu kullanıyorum. Çünkü kanunyolu mekanizması hak arama özgürlüğünün tecelli etmesi için var olması gereken bir kurumdur. Bu çerçevede yerel mahkemelerin birbirinden ayrılması güçlük arz eden maddi ve hukuki meseleler üzerindeki değerlendirmelerini tekrar inceleyecek, denetleyecek olması bireylere hakkın tesisi açısından güvence sağlayacak olması, istinafın var olma amacıdır. İstinafa ilişkin leh veya aleyhte görüşlere temel alınan sebepler belli ölçüde

gerçeklik payı içerse de, asıl sebep hukuk devletinde anayasal bir hak olan kanunyoluna başvuru hakkının görünümünden birini gerçekleştirme arzusudur.

5236 SAYILI KANUNA GÖRE İSTİNAF KANUNYOLU¹¹⁷

1. Genel Olarak

5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun¹¹⁸, Türk Hukuk sistemine istinaf kanunyolunu getirmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "Hükümlere Karşı Müracaat Yolları" başlığını taşıyan Üçüncü Bap başlığı "Kanunyolu" olarak değiştirilmekte ve Birinci Fasal başlığı da "İstinaf" ismini almaktadır. (5236 Sayılı Kanun, madde 15) İstinafa ilişkin hükümler, kanunun mevcut sistematüğünü bozmamak için 426A-426U maddeleri arasında yer almaktadır. Söz konusu 5236 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi, 5328 Sayılı Kanun¹¹⁹ ile değişik 22. maddede 1 Haziran 2005 tarihi olarak belirtilmektedir. Fakat Geçici 2. maddede "*Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*" hükmüne de yer verilmektedir.

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹²⁰ ise istinaf kanunyolu muhakemesini yapacak Bölge Adliye Mahkemelerini 25 vd. maddelerinde düzenlemektedir. 5235 Sayılı Kanun'un da yürürlük tarihi 5328 Sayılı Kanun ile değiştirilmek suretiyle 1 Haziran 2005 olarak belirtilmekte, fakat Geçici 2. maddede "*Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25 inci maddede öngörülen bölge adliye mahkemelerini*

¹¹¹ Erem, s. 13; Tanrıver, s. 155.

¹¹² Bilge, s. 78-79; Şensoy, s. 1067; Üstündağ, s. 283-284; Kunter-Yenisey, s. 1146-1149.

¹¹³ Tanrıver, s. 155.

¹¹⁴ Bkz.: Selçuk, s. 49-50. Yazar, söz konusu görüşü eleştirmektedir.

¹¹⁵ Bilge, s. 80; Kunter-Yenisey, s.1144.

¹¹⁶ Erem, s. 14.

¹¹⁷ Çalışma 5236 Sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilmekle birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda istinaf kanunyoluna ilişkin öngörülen değişiklikler metne işlenmiştir.

¹¹⁸ Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. Tarihi: 07.10.2004.

¹¹⁹ Kabul Tarihi: 31.03.2005, RG. Tarihi: 31.05.2005.

¹²⁰ Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. Tarihi: 07.10.2004.

kurar. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttta göreve başlayacakları tarih, Resmî Gazete’de ilân edilir.” ibaresine yer verilmektedir.

Dolayısıyla 5236 Sayılı Kanun’da yer alan istinafa ilişkin hükümler, Bölge Adliye Mahkemeleri’nin en geç kurulma tarihi olan 1 Haziran 2007 tarihi sonrasında yürürlüğe girmesi gerekmekte idi. Fakat henüz Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup *Resmî Gazete’de* ilan edilmediğinden istinaf kanunyolu sistemi yürürlüğe girememektedir. Bu çerçevede 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan temyiz hükümleri yürürlüklerine devam etmektedir.

İstinaf kanunyolu devreye girene kadar “karar düzeltme” kurumunun yürürlüğü hususu, doktrinde tartışmalı idi.¹²¹ 5236 Sayılı Kanun’un 20. maddesinde, HUMK’ta karar düzeltme kurumunu düzenleyen 440-444. maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı ifadesi karşısında, herhangi bir geçiş hükmüne yer verilmemiş olması tartışmalara yol açmaktaydı. Söz konusu bu tartışma, 5348 Sayılı Kanun’un 1. maddesi ile geçici 2. maddesinde yapılan ve karar düzeltme kurumunu istinaf kanunyolunun hayatiyet kazanacağı tarihe kadar uygulanacağını belirten şu değişiklik ile sona ermiştir:

“Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2’nci maddesi uyarınca *Resmî Gazete’de* ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454’üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

¹²¹ Zafer Ergün, *İstinaf- Bölge Adliye Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005, s. 42-43. Yazar, çalışmasında, henüz istinaf kanunyolunun yürürlüğe girmesinden önce karar düzeltme kurumunun kaldırılmasını doğru bulmamakta, “Bölge adliye mahkemeleri kuruluş tarihine kadar Yargıtay denetiminden geçmiş dosyaların taraflarına Yargıtay’da karar düzeltme hakkının tanınmaması, Anayasa’nın eşitlik prensibine aykırı bir düzenleme olmuştur.” demektedir.

2. İstinaf Kanunyoluna Başvuru Şartları

İstinaf kanunyoluna başvuru şartları, istinaf talebi üzerinden muhakeme yürütülebilmesi için aranan şartları ifade etmektedir.

a. Karara İlişkin Olarak Aranan Şartlar

1) Kararın İlk Derece Mahkemesi Kararı Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK’ya eklenen 526A/I’de istinafa konu teşkil edecek kararın, ilk derece mahkemesince verilmiş bir karar olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede ilk derece yargılama makamı konumunda bulunan sulh hukuk, asliye hukuk, tüketici mahkemesi, icra mahkemesi gibi genel veya özel bütün mahkemelerce verilen nihai kararlara karşı istinaf kanunyolu açık konumdadır.

2) Kararın Son Karar Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK’ya eklenen 526A/I’de istinaf muhakemesine konu teşkil edebilecek kararın, ilk derece mahkemesinin son kararı olması gerektiği belirtilmektedir. Son karar, nihai karar; yargılama makamının dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran kararı; ara karar ise yargılama makamınca yürütülen muhakeme sırasında verilen, yargılama faaliyetini sonlandırmayan kararı ifade etmektedir.¹²²

İlk derece mahkemesinin istinaf kanunyolu açık kararları için getirilen nihâi karar kıstası, usule veya esasa ilişkin veya çekişmeli/çekişmesiz yargıya ilişkin bütün son kararları kapsamaktadır.¹²³

¹²² Tanım için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım; s. 464; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 539-543. Ara kararlara ilişkin olarak bkz.: Hilmi Şeker, *“Strazburg Pratiği Ve İç Hukukta, Ara Kararların Örtülü Etkinliği, Ara Kararlarının Kişiliğinde Adil ve Güvenli Yargılamanın Güvencesi”*, Legal HD Yıl 3, Sayı 25, Ocak 2005, s. 89-99.

¹²³ Bkz.: Halûk Konuralp, *“Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından), İstinaf Mahkemeleri”* Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, s. 1-2. Pekcanitez-Atalay-Özeker, s. 572. Muhammet Özeker, *“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanunyolu İncelemesi - Özellikle İstinaf”*, Legal HD, Yıl 2, Sayı 23, Kasım 2004, s. 3104; Haşmet Sırrı Akşener, *“İs-*

Kanun hükmünün istinaf başvurusunun son karara yönelik olduğunu belirtmesi, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı tek başına istinaf başvuru imkânını kapamaktadır. Böylece de ara kararlar, son kararın verilmesi anına kadar kontrol dışı kalmaktadır. Hâlbuki bireysel hakların daha iyi korunması için ara kararlar için de istinaf kanunyolu veya diğer bir kanunyolu tesisi ile hak arama imkânı tanınmalıdır.¹²⁴ Bu yöndeki eleştiriler çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti taleplerinin reddi kararları ile bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf kanunyolu imkânı açılmaktadır.¹²⁵

Bu konuda Almanya Medeni Usul Kanunu madde 511/II'nin, istinaf kanunyolunun ilk derece mahkemesinin nihai kararlarına yönelik olduğunu belirttiği, fakat 512. maddede bu kanun çerçevesinde kesin nitelik taşımayan veya acele şikâyet yoluna da tâbi olmayan ara kararlara karşı istinaf kanunyoluna başvurulabileceğinin ilave edildiği belirtilmektedir.¹²⁶

Türk Hukuku'nda özellikle ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararlarına karşı kanunyolu imkânının olmaması eleştiril-

miş, bu çerçevede 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 Sayılı Kanun ile 258. maddeye "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanunyoluna başvurabilecektir." şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Bu değişikliğe ilişkin maddede geçen "kanunyolu" ifadesinin, "temyiz" işaret ettiği Hükümet Gerekçesi'nin 61. maddesinde belirtilmektedir.¹²⁷ Fakat istinaf kanunyolu kurumunun yürürlüğe girmesi halinde ne olacaktır? Bu hususta "kanunyolu" ibaresinin istinaf kurumu yürürlüğe girinceye kadar "temyiz", istinafın yürürlüğe girmesi halinde de "istinaf" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.¹²⁸ Bu konuda Almanya'da¹²⁹ ise dosya üzerinden incelenen ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı ayrı bir kanunyolu kurumu (basit şikâyet) öngörülmekte, duruşma açılmak suretiyle incelenen ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı ise son karar olmaları sebebiyle istinaf kanunyolu tanınmaktadır. Türk Hukuku'nda da yukarıda belirtilen görüş gereği Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na da yansıyan, bütün ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı istinaf kanunyolunun açık olmasının bazı sakıncalar doğurabileceği ifade edilmektedir.¹³⁰ Bu konuda belki de kanunyolu imkânlarımızı artırmamız gerekebilir. Ayrıca belirtmelidir ki, ihtiyati haciz talepleri için söz konusu olan kanunyolu mekanizması, hak arama özgürlüğünün tesisi adına ihtiyati tedbir talepleri için de tanınmalıdır.

İstinaf Olağan Kanunyolu ve 5237 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme, Legal HD Yıl 3, Sayı 26, Şubat 2005, s. 615.

¹²⁴ Aynı görüş için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım; s. 557. Konuralp, s. 2; Pekcanitez-Atalay-Özekes; s. 572; Nevhis Yıldırım-Deren, "4949 Sayılı Ve 17.07.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü", Yeditepe Üniversitesi HFD C. 1, S. 2, Y. 2005, s. 431-443.

¹²⁵ Bu yönde bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 345/I: "İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir." Ayrıca İcra İflas Kanunu'nda madde 258/III: "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir." ve madde 265/N: "İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. İstinaf yoluna başvuru, ihtiyati haciz kararının icrasını durdurmaz." şeklinde değişiklikler yapılmıştır.

¹²⁶ Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 556.

3) Malvarlığına İlişkin Kararın Belli Bir Değerde Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 526A/II'de istinaf kanunyoluna başvurabilmek için, malvarlığı davalarına ilişkin kararlar açısından bir alt sınır getirilmektedir. Miktar veya değeri bin Yeni Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin olarak verilen kararlar, kesin hüküm kabul edilmektedir. Yani belli değer altındaki malvarlığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, değiştirilemez nitelikte

¹²⁷ İhtiyati haciz talebinin reddi kararı için temyiz kanunyolunun kabulünün eleştirisi için bkz.: Yıldırım-Deren, s. 439-443.

¹²⁸ Yılmaz, *İstinaf*, s. 56.

¹²⁹ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 557.

¹³⁰ Bkz.: Yıldırım-Deren, s. 440-443.

şekli anlamda kesin hüküm sıfatına sahip olmaktadır.¹³¹ Bu alt sınır tespit edilirken, dava edilen uyuşmazlığın, yani dava konusunun değeri açısından değil, istinafa başvuran tarafın menfaati açısından değerlendirme yapılmaktadır.¹³² Yani aynı hukuki ilişkiden doğan alacağın bir kısmı dava edilmiş olsa bile, alacağın tamamı dikkate alınacaktır. (HUMK, madde 426A/III) Alacağın tamamı dava edilmiş ise asıl isteminin reddedilen kısmı bin Yeni Türk Lirasını geçmeyen taraf için son karar, kesin hüküm niteliğinde olacaktır. (HUMK, madde 426A/IV)

Bu hüküm karşısında diyebiliriz ki, ülkemizde değere bağlı istinaf sistemi söz konusudur. Yani belli miktar altında değer ifade eden malvarlığı davalarına ilişkin kararlar için kanun yolu imkânı kapalı olacaktır. Kanun yoluna başvuru olarak somutlaşan hak arama özgürlüğüne getirilen bu sınırlandırma, Anayasa Mahkemesi kararlarına göre¹³³ davaları hızlandırmak ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek için kamu yararı amacıyla getirilen sınır olma özelliğine sahiptir. Fakat her sınırlandırmanın da bir sınırı mevcuttur. Bu da en genel şekliyle Anayasa madde 13'te ifadesini bulan "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama ve hakkın özüne dokunmama"dır. Bu ilkeler ışığında hak arama özgürlüğünü tesis etmek adına, söz konusu değerler altında yer

alsa da birtakım davalar için kanun yolu imkânı tanınmalıdır.¹³⁴ Kanun yolu imkânı açısından izne/kabule bağlı istinaf sistemi önemli bir fonksiyon icra edecektir.¹³⁵ Böylece değer olarak belirtilen sınırın altında olsa da hukuki bakımdan önem arz edebilecek davalara karşı da kanun yolu imkânı tanınabilecektir.

Almanya Medeni Usul Kanunu 511/II-2'de malvarlığına ilişkin olan kararlar için 600 €'luk değer aşılması kriteri üzerinden değere bağlı istinaf sistemi yanında son kararı veren ilk derece mahkemesinin iznine bağlı olarak "izne bağlı istinaf" kurumunu da kabul etmektedir.¹³⁶ Böylece de maddi değeri az olsa da hukuk sistemine katkıda bulunabilecek kararlara karşı da kanun yolu mekanizması öngörülmektedir.

Dolayısıyla belirtmeliyiz ki, malvarlığı davaları dışındaki davalar için istinafa başvuru açısından değer üzerinden herhangi bir sınırlandırma mevcut değildir.

b. Şahsa İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

Özel hukuka hâkim olan bireysel hakların etkin korunması amacı çerçevesinde uyuşmazlığın tarafı konumundaki ilk derece mahkemesindeki muhakemenin tarafları istinafa başvurabilecektir. Çünkü son karardan bireysel hakları etkilenen kural olarak, taraflardır.

Kanun metninde, hakkında lehe hüküm verilen tarafın kanun yoluna başvurup vurmayaacağına ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Burada da "temyiz" kanun yolu sisteminde öngörülen (HUMK, madde 427/II) "hukuki yarar"¹³⁷ şartına bağlı olarak son karar

¹³¹ Her uyuşmazlık, hukuki barış ve güvenliği sağlamak adına bir kesin hüküm ile sona ermelidir. Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olarak iki fonksiyona sahip bulunmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, hükmün değiştirilemez, dokunulamaz kabul edilmesini; maddi anlamda kesin hüküm ise hükmün içerik olarak bağlayıcı olması, hüküm ile çelişik kararların verilememesi ve hükme konu uyuşmazlığın tekrarlanamamasını ifade etmektedir. Bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 811-828. Üstündağ, s. 693-724. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 594-609. Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, s. 327-335; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 508-521.

¹³² Kuru-Arslan-Yılmaz; *Başvuru Hakkı*, s.139.

¹³³ Anayasa Mahkemesi Kararı T: 20.01.1986, E: 1985/23 K: 1986/2 (AMKD S. 22, C.1; Y. 1987, s. 12 vd.); Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.05.2001, E: 2001/232, K: 2001/89 (AMKD S. 37, C. 1, Y. 2002, s. 541 vd.). Karar değerlendirmeleri için bkz.: Alangoya, s. 17-48. Yılmaz, *"Başvuru Hakkı"*, s. 131 vd.; Özbek, s. 62-74; Ökçesiz, s. 75-78.

¹³⁴ "HUMK madde 427'deki sınır altında kalan kararlara karşı, bunların 'keyfi' olmaları veya Anayasa'da tanınmış bulunan yargısal temel hakları ağır ihlalleri halinde, temyiz yolunun açılması, aksi takdirde hak arama hürriyetinin özüne dokunulmuş olacağı sonuçlarına varılmaktadır." Alangoya, *Anayasal Temel*, s. 48. "... miktar veya değer sınırlaması, yeknesak hukuk uygulamasından ayrılan mahkeme kararlarının temyizen incelenmesine engel olmadığı takdirde ve ölçüde kabul edilebilecektir." Özbek, s. 68.

¹³⁵ Aynı yönde bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 558.

¹³⁶ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 558, dipnot 64; Yılmaz, s. 62, dipnot 64.

¹³⁷ Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, Nevhis Deren; *"Dava Şartı Olarak Hukuki Hımaye İhtiyacına Eleştirel Bir*

lehinde olan taraf da istinaf kanunyolu mekanizmasını çalıştırabilmelidir.¹³⁸

Hakkında hüküm tesis edilemeyen (HUMK, madde 57) fer'i müdahilin katıldığı taraftan bağımsız olarak tek başına kanunyoluna başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır.¹³⁹ Bu çerçevede davaya katılan taraf, istinaf hakkından feragat etmiş¹⁴⁰ ise veya istinaf süresini geçirmiş ise fer'i müdahil istinafa başvuramayacaktır.¹⁴¹ Fakat fer'i müdahil talebi reddedilen üçüncü kişi, bu ara karara karşı, katıldığı taraf istinafa başvurmasa da, istinaf kanunyoluna başvurabilir.¹⁴² Ayrıca kendi üzerine hüküm tesis edilemeyeceği kuralı ihlal edilerek hakkında hüküm tesis edilmiş fer'i müdahilin de istinafa başvurabileceği kabul edilmektedir.¹⁴³

Yargılama birliği mevcut olmakla birlikte her birinin davasının bağımsızlığını koruduğu ihtiyari dava ortaklığında, her ortak birbirinden bağımsız olarak istinaf kanunyoluna başvurabilecektir.¹⁴⁴ Böylece de kanunyoluna başvurmayan taraf için hüküm kesinleşecektir.

Zaruri dava ortaklığında ise taraflardan birinin tek başına istinafa başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Alangoya v Üstündağ, ortaklardan birinin istinafa müracaatının diğer ortaklar hakkında da hüküm tesis edeceğini kabul ederken;¹⁴⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz ve

Pekcanitez-Atalay-Yılmaz ise taraf teşkilinin mümkün olmadığından bahisle tek bir ortağın istinafa başvuramayacağını kabul etmektedir.¹⁴⁶

c. Süreye İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 426E maddesi, istinaf kanunyoluna başvuru süresini 15 gün olarak belirtmektedir. Bu sürenin başlangıç tarihi, son kararın taraflardan her birine tebliği tarihi olmaktadır. Yani taraflar için tebliğ tarihine bağlı olarak ayrı ayrı işleyen süreler söz konusu olacaktır.

İstinafa başvuru süresi, aynı maddede 08.01.1943 tarihli ve 4353 Sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları için 30 gün olarak ifade edilmektedir. Davanın taraflarından birinin kamu kuruluşu olması haline bağlı olarak taraflar arasında böyle bir ayırım yapmak, eşitlik ilkesine, özel olarak adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.¹⁴⁷ Bu çerçevede de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekli düzenleme yapılmıştır.¹⁴⁸

rın her biri tarafından yapılması halinde diğer ortaklar bakımından da etkili olması"nı kabul eden Türk doktrin ve içtihadının (8. HD 12.09.1995 94/5172 YKD 1995/11 s. 1774) etkili olduğunu belirtmektedir.

¹⁴⁶ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 570; Pekcanitez-Atalay-Özeker, s. 573.

¹⁴⁷ Bkz.: Anayasa Mahkemesi T: 2.12.2004, E: 2001/216, K: 2004/120. Kararda şu ifadelere yer verilmektedir: "Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibarıyla 'taraf' sıfatını alır. 'taraf' olma itibarıyla davacı veya davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile hukuki konuları aynı olduğu halde, 4353 Sayılı Kanun kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan kanun kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır." Geniş bilgi için bkz.: Seyithan Deliduman, "Anayasa Mahkemesi'nin HUMK Madde 195/II ve Madde 432/I'e İlişkin 02.12.2004 Tarih, 2001/216 E., 2004/120 K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi ve Eleştirisi", Legal HD, Yıl 4, Sayı 45, Eylül 2006, s. 2703-2710.

¹⁴⁸ Söz konusu eleştiriler çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 349: "İstinaf yoluna başvuru süresi onbeş gündür. Bu süre, ilâmın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir.

Bakış", YD Yıl 1995, (Kısaltma: Hukuki Himaye İhtiyacı), s. 224 vd.

¹³⁸ Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özeker, s. 574; Özeker, s. 3105.

¹³⁹ Bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 727; Pekcanitez-Atalay-Özeker, s. 573. Yargıtay kararları.

¹⁴⁰ Pekcanitez, fer'i müdahilin, taraf feragat etmediği sürece kanunyoluna başvurabileceğini belirtmektedir. Pekcanitez, s. 573.

¹⁴¹ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567, dipnot 111-112.

¹⁴² Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567 ve 170; Üstündağ, s. 863-864; Kuru-Arslan-Yılmaz. Yargıtay kararları.

¹⁴³ Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567 ve 170. Yargıtay kararı.

¹⁴⁴ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567-568 ve 152; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 570 Pekcanitez-Atalay-Özeker, s. 573.

¹⁴⁵ Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 568; Üstündağ, s. 375. Alangoya, bu sonuca varmada "müddeabih üzerinde tasarruf sonucu doğurmayan usuli işlemlerin ortakla-

Almanya, İsviçre ve Avusturya Medeni Usul Hukukları, istinafa başvuru süresini 30 gün kabul etmektedir. Kanun Tasarısı'nda 30 gün olan başvuru süresinin kısaltılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyim.¹⁴⁹ Çünkü ileride göreceğimiz gibi istinaf kanun yoluna başvuru sürecinde istinaf sebep ve gerekçelerinin dilekçede gösterilmesi istenmekte (HUMK, madde 426B/II-6) ve istinaf kanun yolu muhakemesi de taraflarca ileri sürülen bu sebepler üzerinden gerçekleşmektedir. (HUMK, madde 426O) İstinaf sebep ve gerekçelerini belirtme eylemi zaman gerektiren bir eylemdir. Bu çerçevede Alman Medeni Usul Kanunu, istinafin gerekçelendirilmesi için taraflara son kararın tebliğinden itibaren beş aylık süre vermektedir.¹⁵⁰

İstinaf başvurusu tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük (4353 Sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları için 30 gün) süre içerisinde yapılması gerektiğinden istinaf başvuru tarihinin tespiti önem arz etmektedir. İstinaf başvurusunda bulunma tarihini tespit açısından HUMK madde 178 yürürlüktedir. (HUMK, madde 426C/III) Söz konusu HUMK madde 178 hükmünün Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.02.1984 tarihli kararı¹⁵¹ ile birlikte düşünülmesi ile gerekli harç ve giderlerin yatırıldığı tarih, istinaf dava ikame tarihi olacaktır. Fakat ilgilinin dava dilekçesini daha sonraki bir tarihte kaleme teslim ettiğinin belgelenmesi halinde, kaleme kayıt tarihi, dava ikame tarihi olarak kabul edilecektir.

İstinaf başvurusuna cevap dilekçesi de istinaf dilekçesinin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde yetkili makamlara verilmelidir. (HUMK, madde 426G/II) Cevap dilekçesine ilişkin süre için 4343 Sayılı Kanun'a tabi kamu kuruluşları için herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

d. Şekle İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 426B/I'de, istinaf kanun yoluna başvuru şekli

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 566. Aksi yönde bkz.: Ergün, s. 12.

¹⁵⁰ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 566.

¹⁵¹ Yargıtay Büyük Genel Kurulu İBK. T: 06.02.1984, E: 1983/7, K: 1984/3, YKD: 1984/4, s. 513-522.

olarak yazılı şeklin, dilekçe usulünün benimsendiği görülmektedir.

İstinaf dilekçesinde bulunacak hususlar şunlardır:

- Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı ve adresleri,
- Varsa yasal 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,
- İstem sonucu,
- Başvuranın veya varsa yasal temsilci yahut vekilinin imzası.

Yukarıda belirtilen hususlar, istinaf dilekçesinde bulunması arzulanan, ideal bir dilekçede yer alması öngörülen hususlardır. İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzası ile başvurunun konusu olan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması halinde HUMK madde 426O maddesi çerçevesinde inceleme kapsamına alınmaktadır. (HUMK, madde 426B/III) Yani bu asgari içerikteki dilekçe, istinaf kanun yolu talebinin kabule şayanlığı için yeterli olmaktadır. HUMK 426O maddesi de istinaf incelemesinin, kamu düzenine aykırılık durumu dışında dilekçede belirtilen istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılacağını belirtmektedir. Dolayısıyla inceleme için yeterli görülen asgari dilekçe içeriği ile ilk derece mahkemesi kararı, ancak kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleme konusu olacaktır.

HUMK 426B maddesi 426O maddesi ile birlikte düşünüldüğünde, bireyin istinaf muhakemesinde etkin olabilmesi için istinaf sebep ve gerekçelerini, istinaf dilekçesinde belirtmesi gerekmektedir.

İstinaf sebepleri konusunda HUMK sessiz kalmaktadır. İstinaf sebeplerinin açıkça gösterilmemesi kimi yazarlar tarafından eleştirilmekte¹⁵², kimileri tarafından da istinafin nite-

¹⁵² Yılmaz, s. 62.

liği açısından uygun bulunmaktadır.¹⁵³ İstinaf sebeplerinin gösterilmesinin aranmasının arka planında yargılamanın hızlandırılması ilkesi bulunmaktadır. İstinaf sebeplerinin taraflarca gösterilmesinin yargılamayı hızlandırıp hızlandırmayacağı üzerinden büyük tartışmalar yaşandığı belirtilmektedir.¹⁵⁴

İstinaf sebeplerini daha iyi anlamlandırma da yardımcı olabileceği için Avusturya örneğine yer vermeyi uygun buluyorum.¹⁵⁵

Avusturya Medeni Usul Kanunu, istinaf sebeplerini tüketici bir şekilde saymamakta; doktrin ise istinaf sebeplerini dört ana başlık altında incelemektedir. Bunlar şu şekilde ifade edilmektedir:

- Mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gereken ağır usul hataları,
 - Taraf tarafından ileri sürülmesi gereken önemli usul hataları,
 - Fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olması,
 - Hukuki değerlendirmenin hatalı olması.
- Ağır usul hataları,
- *Ağır yargılama hataları*; yargı hakkının olmaması, kanun yolunun kabule şayan olmaması, kesin yetkiye aykırılık, davaya bakması yasak olan hâkimin davaya bakması gibi”,
 - *Tarafların davaya katılmasına yönelik temel esaslara aykırılık*; taraf veya dava ehliyetinin bulunmaması, kanuni temsildeki hatalar, vekâletin bulunmaması, iki taraflı yargılama esasına aykırılık gibi,
 - *Dava konusuna ilişkin hatalar*; kesin hüküm ve feragat rağmen davanın görülmesi şeklinde,
 - *Adil yargılamaya ilişkin hatalar*; hukuki dinlenilme hakkına aykırılık, aleniyet ilkesinin ihlali, çelişik hükümler gibi,

hatalar olarak sayılmaktadır.

¹⁵³ Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 573.

¹⁵⁴ Lanfers, *Die Berufungsbegründung nach neuen Zivilprozessrecht*, Koblenz 1936, s. 8 vd'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 559.

¹⁵⁵ Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 562-563. Almanya örneği için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 563-566.

Önemli usul hataları, nispi nitelikte yani hükme tesiri ölçüsünde dikkate alınacak sebeplerdir. *Doğrudanlık ilkesinin ihlaline*, hâkimin davayı maddi açıdan sevk yetkisinin ihlali gibi durumlar örnek verilmektedir.

Fiili meselenin takdirinde hata, delillerin yanlış değerlendirilmesi veya tecrübe kurallarının yanlış uygulanması sebebiyle vakianın hatalı değerlendirilmesi olarak ifade edilmektedir.

Hukuki değerlendirmenin hatalı olması ise hukuk kuralının doğru yorumlanmaması, yanlış hukuk kuralının uygulanması olarak ifade edilmektedir.

HUMK, istinaf gerekçesinin unsurları, gerekçede hangi hususların yer alması konusunda da sessiz kalmaktadır. Bu konuda da istinaf gerekçesinin unsurlarına yer veren Alman Medeni Usul Kanunu'na değineceğim.¹⁵⁶

Alman Medeni Usul Kanunu madde 520/III'te istinaf gerekçesinin unsurlarına yer vermektedir. Buna göre istinaf gerekçesinde şu hususlar bulunmalıdır:

- Hükümün hangi kısmının iptal edilmek istendiği ve hükümde hangi değişikliklerin talep edildiğine (istem sonucu) ilişkin açıklama,
- Hükümün hukuka aykırılığına neden olan vakıalar ile bunların iptali istenen karar üzerindeki etkilerine ilişkin açıklama,
- Hükümün doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşku uyandıran ve bu nedenle yeni bir tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarına ilişkin açıklama,
- Bozulması istenen hükme ilişkin olarak yeni iddia ve savunma sebepleri.

Görülmektedir ki, taraf, istinaf gerekçesinde istem sonucu ile bu talebi doğuran vakıaları ve vakıaların karar üzerindeki etkisini açıklayıcı ifadelerle dilekçesinde yer vermelidir.

HUMK, istinaf dilekçesinde yer alacak olan “istem sonucu”na ilişkin de herhangi bir belirleyici hüküm içermemektedir. Hâlbuki istem sonucu, hükümün istinaf başvurusuna konu

¹⁵⁶ Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 559-562.

olan bölümünü ve kararda hangi değişikliğin istendiğini belirleyen unsur olmaktadır.¹⁵⁷ İstem sonucu, tarafın iradesinin net bir şekilde açıklandığı, dolayısıyla da taraf iradesine göre şekillenen istinaf muhakemesini de belirleyecek olan önemli bir unsurdur.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar, katılma yolu ile istinaf dilekçesi için de geçerlidir. Cevap dilekçesi de istinaf dilekçesinde yer alan istinaf sebep ve gerekçelerine cevap niteliğinde ifadeler yanında HUMK madde 426B/II'de yer alan hususları taşıması uygun olacaktır.¹⁵⁸

Bunlara ilave olarak belirtmeliyiz ki, cevap dilekçesi veya katılma yolu ile istinaf dilekçesinde karşılık dava, davaya katılma, davanın ıslahı, HUMK madde 45/I hükmü saklı kalmak kaydıyla davanın birleştirilmesine ilişkin herhangi bir talebe yer verilemez. (HUMK, madde 426R/I)

Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin yer bakımından yetkisine ilişkin taraflar arasında yetki sözleşme yapılamaz, yapılmış bir sözleşme de hüküm ifade etmeyecektir. (HUMK, madde 426R/II)

e. Harç ve Giderlerin Yatırılmasına İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

İstinaf dilekçesi yetkili makama verilirken harç ve diğer giderlerin yatırılması gerekmektedir. Muhakeme masraflarının eksik yatırılması halinde ise, kararı veren mahkeme, ilgiliye eksik giderlerin yedi (7) günlük kesin süre¹⁵⁹ içerisinde tamamlanması, aksi halde istinaf talebinin yapılmamış sayılacağına ilişkin olarak karar verileceğini bildirir. Eksik giderlerin yatırılmaması halinde kararı veren mahkemeyece, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilir. Bu karara karşı istinaf kanun yolu açıktır. (HUMK madde 426D)

¹⁵⁷ Rosenberg-Schwab-Gottwald, Rdnr. 40A'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 570. Bkz.: Yıldırım, s. 126-127; Konuralp, s. 4; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 576; Özekes, s. 3107.

¹⁵⁸ Yılmaz, s. 67.

¹⁵⁹ **Kesin Süre:** Hâkim tarafından dahi değiştirilemez, azaltılıp çoğaltılamaz süreyi ifade etmektedir. Mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınır. Bilgi için bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 861-862.

3. İstinaf Kanun yoluna Başvuru ve Sonuçları

a. İstinaf Kanun yoluna Başvuru

İstinaf kanun yoluna başvuru, dava açılması şeklinde gerçekleşmektedir.¹⁶⁰ İstinaf, asıl muhakeme içerisinde bir tali davadır. Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi isteniyorsa, bunun dava şeklinde yargılama makamı önüne getirilmesi gerekmektedir. Çünkü "Davasız yargılama olmaz."

İstinaf kanun yolu dava ikamesinde istinaf dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesi veya herhangi bir yer ilk derece mahkemesine verilebilir. Dilekçenin verileceği makam açısından herhangi bir sınırlama mevcut değildir, Bölge Adliye Mahkemesi'ne sunma zorunluluğu söz konusu değildir. Böyle bir düzenlemenin sebebinin basitliği sağlamak olduğu kadar, üst mahkeme yoluna başvurmanın gerçekleştirdiği "kesinleşmeyi önleme sonucu" nun bir an önce etkisini göstermesi olduğu ifade edilmektedir.¹⁶¹

İstinaf dilekçesi verilirken tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere gerekli harç ve giderler ödenir. (HUMK, madde 426D)

Dilekçeyi alan mahkeme, dilekçeyi kendi nezdinde bulunan Bölge Adliye Mahkemesi Başvuru Defteri'ne kaydeder ve başvuran kişiye ücretsiz "alındı belgesi" verir. Dilekçenin teslim edildiği mahkeme, kararı veren mahkeme değilse, dilekçeyi başvuru defterine kaydettikten sonra, dilekçeyi örnekleri ile birlikte kararı veren mahkemeye gönderir ve bu durum "derhal" kararı veren mahkemeye bildirilir. (HUMK, madde 426C/I-II) Gecikmenin önlenmesi konusunda hassasiyetini dile getiren "derhal" ifadesi, "en kısa süre" şeklinde anlaşılmalıdır.

İstinaf kanun yolu dava ikamesi tarihi HUMK madde 178 hükmü çerçevesinde tespit edilecektir. (HUMK, madde 426C/III) Da-

¹⁶⁰ İstinaf'ın, genel ifade ile kanun yolunun dava olarak kabulü için bkz.: Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1251-1252; Ergün, s. 9.

¹⁶¹ Selçuk Öztekin, s. 108.

va ikamesi ile taraflar ve mahkeme arasında usulî bir ilişki başlar, yani muhakeme başlar

Kararı veren mahkeme tarafından istinaf dilekçesinin karşı tarafa tebliği üzerine (HUMK, madde 426G/I) karşı taraf, istinaf kanunyuoluna başvurma hakkına sahip olmasa veya istinaf süresini geçirmiş olsa da cevap dilekçesi ile katılma yolu ile istinaf başvurusunda bulunabilir. (HUMK, madde 426H/I) Katılma yolu ile istinaf başvurusu için cevap dilekçesi için öngörülen süreye uymak gerekmektedir. Katılma yolu ile istinaf, asıl istinaf isteminde bulunan tarafın hakkında başvurduğu hükme yönelik olmalıdır.¹⁶² Asıl istemin yöneldiği hüküm, birden fazla netice-i talep içerdiği durumda, istinaf isteminin yönelmediği netice-i talep hakkında katılma yolu ile istinaf mümkündür.¹⁶³

Katılma yolu ile istinaf, "kanunyuolu" olarak ifade edilemez.¹⁶⁴ Çünkü katılma yolu ile istinaf talebi, asıl istinaf başvurusuna bağlı bir süreçtir. Asıl istinaf talebinde bulunan taraf, bu talebinden vazgeçer/feragât eder¹⁶⁵ veya talebi esasa girilmeksizin reddedilirse, katılma yolu ile istinaf başvurusu hükümsüz kalır (HUMK, madde 426H/II) Ayrıca taraflar, kabul veya sulh¹⁶⁶ ile ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlığı sona erdirirlerse de katılma yolu ile istinaf başvurusu hükmünü yitirir.¹⁶⁷ Yani katılma yolu ile istinaf, asıl istinaf talebinin esastan incelenmesine bağlı olarak muhakeme kapsamına alınmaktadır. Cevap dilekçesi ile birlikte katılma yolu ile istinaf istemi, kararı veren mahkeme veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verilebilir. (HUMK, madde 426G/II)

Kararı veren mahkeme nezdinde hazırlanan dosya, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı olunmaksızın yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir. (HUMK, madde 426C/IV) Bu çerçevede Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından belirlenecek iş bölümü¹⁶⁸, ilk derece mahkemelerine doğru yetkili makama gönderme yapmaları için bildirilmelidir. İstinaf kanunyuolu için yer bakımından yetki, kamu düzenine ilişkin bir konudur.¹⁶⁹ Bölge adliye mahkemesi, kararı veren ilk derece mahkemesi kendi yer bakımından yetkisi kapsamında değilse, duruşma yapmaksızın dosyayı yetkili bölge adliye mahkemesine gönderecektir. (HUMK, madde 426M/b.I-3) Ayrıca taraflar, bölge adliye mahkemesine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapamaz. (HUMK, madde 426R/II) Gerçi ilk derece mahkemesine ilişkin yapılan yetki sözleşmesi, dolaylı olarak bölge adliye mahkemesi açısından da etkili olsa da, bağımsız olarak bölge adliye mahkemesinin yer bakımından yetkisini etkileyici herhangi bir sözleşme hüküm ifade etmeyecektir.

İstinaf başvurusunda bulunma hakkına sahip olan taraflar, bu haklarından feragat edebilirler. Fakat öncelikle kanunyuoluna başvuru hakkının doğmuş olması gerekir, yani ilk derece mahkemesi kararının var olması ve tarafa tebliğ edilmiş olması gerekmektedir.¹⁷⁰ (HUMK, madde 426I/I) Feragat, istinaf yoluna başvurulduktan sonra da yapılabilir. Bu halde dosya henüz Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmemişse kararı veren mahkemece, gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise Bölge Adliye Mahkemesi'nce istinaf talebinin

¹⁶² Rosenber-Schwab-Gottwald, ...Rdnr.19'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571.

¹⁶³ Örnek için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571, dipnot 136.

¹⁶⁴ Yılmaz, s. 68; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571, dipnot 130.

¹⁶⁵ Feragât ile vazgeçme(geri alma) kavramlarının farklı tanımları içerdiğine ilişkin olarak bkz. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 451. Aksi yönde bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 620. Kavramlar için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 450-456; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 620-624.

¹⁶⁶ Her iki kavram için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 456-460; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 625-636.

¹⁶⁷ Ergün, s. 14.

¹⁶⁸ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 35/I: "Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır: 1. Bölge adliye mahkemesi hukuk ve ceza dairelerinin numaralarını ve aralarındaki işbölümünü belirlemek, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak"

¹⁶⁹ Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 574-575; Yılmaz, s.64; Özekes, s. 3106; Konuralp, s. 2.

¹⁷⁰ "... Davanın taraflarının istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilmeleri için ilâmın kendilerine tebliğ edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Böylece, bir hak doğmadan ondan feragat edilemeyeceği kabul edilmiştir." Madde Gerekçesi'nden. Ayrıca bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 525.

reddi kararı verilir. (HUMK, madde 426İ/II) Medeni muhakemede uyuşmazlık üzerinde, taraf/ tarafların iradesinin etkinliğini gösteren feragat kurumu dışındaki aynı etkinliğe sahip olan kabul, sulh ve vazgeçme kurumları da feragat kurumuna kıyasla uygulanabilir.

b. İstinaf Kanun yoluna Başvuru Sonuçları

İstinaf kanun yoluna başvuru ile bir dava ikame edilmiş olmaktadır.¹⁷¹ Yani bir uyuşmazlık dile getirilmektedir. Fakat bu uyuşmazlık, ilk derece mahkemesi önüne getirilen asıl uyuşmazlıktan farklılaşmakta, tali nitelik arz etmekte, yargılama makamı faaliyetine ilişkin olmaktadır.

İstinaf kanun yoluna ilişkin dava ikamesi ile yeni bir muhakeme faaliyeti başlamaktadır. Taraflar arasında ve taraflar ile mahkeme arasında usulî bir ilişki doğmaktadır. İstinaf muhakemesinde bir tarafı, ilk derece muhakemesindeki taraflardan biri olarak ifade edersek, diğer taraf ilk derece muhakemesinde yer alan karşı taraf ile ilk derece mahkemesi olmaktadır.¹⁷² Başlayan muhakeme, tam anlamıyla bağımsız, tek başına bir muhakeme değildir. İlk derece mahkemesi önünde uyuşmazlığın dile getirilmesi ile başlayan asıl muhakemenin devam ettiği tali bir muhakeme söz konusudur.¹⁷³

İstinaf kanun yoluna başvurunun en önemli sonucu, ilk derece mahkemesi kararı üzerindeki erteleyici etkisidir. İstinaf başvurusu ile ilk derece mahkemesi kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğini kazanması ertelenmekte, yani kararın kesinleşmesi önlenmektedir.¹⁷⁴

Erteleyici etkinin kapsamına, kararın icraî etkisi girmemektedir. Yani kural olarak istinaf başvurusuna konu teşkil eden karar, icra edilebilir. Bu hüküm ile amaç, hükmün icrasının yani etkinliğinin gecikmesindeki sakıncanın

önüne geçmektir.¹⁷⁵ Tabi ki bu çerçevede İcra ve İflas Kanunu 36. maddeye göre icranın geri bırakılması talep edilebilir. Fakat nafaka kararları hakkında icranın geri bırakılması kararı verilemez. (HUMK, madde 426J/I)

Erteleyici etki, kişiler ve aile hukuku ile taşınmaz mal ve bununla ilgili aynî haklara ilişkin kararlarda icranın durdurulması sonucunu doğurmaktadır. (HUMK, madde 426J/II)

İstinaf kanun yoluna başvurunun diğer sonucu ise ilk derece mahkemesi kararının istinaf sebepleri ve kamu düzenine ayrılık noktaları üzerinden bölge adliye mahkemesince muhakeme edilmesi, yani karar üzerindeki “geliştirici-aktarıcı etki”dir.¹⁷⁶ Aktarıcı etki kapsamındaki muhakeme, hem olgu hem de hukuk açılarından gerçekleştirilecektir. Kararın ikinci bir mahkeme tarafından muhakeme edilmesi, muhakeme faaliyetinin kolektifliğini sağlamakta ve yargılama faaliyetine olan güveni artırmaktadır.

İstinaf kanun yoluna başvuru ile “aleyhe bozma yasağı” olarak ifade edilen, kanun yoluna başvuran aleyhine karar verememe evrensel ilkesi yürürlük kazanabilmektedir. Fakat ilkenin uygulanabilmesi için tek bir tarafın istinafa başvurmuş olması gerekmektedir. Diğer tarafın da istinafa başvurması halinde aleyhe bozma yasağı devreye giremeyecektir.

4. İstinaf Kanun yolu Muhakemesi

a. Kararı Veren Mahkeme Nezdinde Muhakeme

1) Genel Olarak

İstinaf kanun yolu dava ikamesinin ardından kararı veren mahkeme önünde de bir muhakeme süreci yaşanmaktadır.

Kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesini üç nokta üzerinden inceler. Bunlar:

- Süre açısından
- Kesinlik açısından

¹⁷¹ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1251-1252.

¹⁷² Geniş bilgi için bkz.: Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1252.

¹⁷³ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1251-1252.

¹⁷⁴ Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 577; Konuralp, s. 4-5; Özekes, s. 3109.

¹⁷⁵ Konuralp, s. 5; Ergün, s. 15.

¹⁷⁶ Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 578; Konuralp, s. 5; Özekes, s. 3108.

- Harç ve diğer giderlerin ödenmesi açısından

İstinaf dilekçesi, yasal süre geçtikten sonra verilmiş ise veya kesin olan bir karara ilişkin başvuru söz konusu ise kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesinin reddi kararı verecektir. Bu karara karşı kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi (7) gün içerisinde istinaf kanunyu imkânı tanınmaktadır. Bu red kararına ilişkin olarak istinaf kanunyuolu başvuru ve gerekli giderler de yatırılırsa dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi yapacağı yargılamada red kararını yerinde görmezse, istinaf dilekçesi çerçevesinde istinaf kanunyuolu yargılamasını gerçekleştirecektir. (HUMK, madde 426F)

İstinaf başvurusu sırasında yatırılması gereken giderler üzerinden yapılan yargılamada giderlerin eksik yatırıldığı görülürse, ilgiliye ödemeyi tamamlaması için yedi (7) günlük kesin süre verildiği, aksi halde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılacağı bildirilir. Kesin süre içerisinde eksik giderilmezse, istinaf başvurusu yapılmamış sayılma kararı verilir. Bu karara karşı da, kararın tebliği tarihinden itibaren yedi (7) günlük süre içerisinde istinaf kanunyuolu başvuru imkânı mevcuttur. İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına ilişkin istinaf kanunyuolu başvuru ve gerekli giderler de yatırılırsa, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılma kararını yerinde görmezse, istinaf dilekçesi çerçevesinde istinaf kanunyuolu yargılamasını gerçekleştirir. (HUMK, madde 426D)

2) Dilekçeler Teatısı

İstinaf dilekçesinin yetkili makama verilmesi ile başlayan istinaf kanunyuolu muhakemesinin yürütmesinde taraf eylemlerini ifade eden dilekçeler teatısı, kararı veren mahkeme nezdinde gerçekleştirilecektir.

Kararı veren mahkemece, ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlığın karşı tarafını oluşturan kişi sayısınca verilen istinaf dilekçesi örnekleri, karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, dilekçenin tebliğinden itibaren on beş (15) gün içerisinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderil-

mek üzere diğer bir yer mahkemesine verebilecektir. (HUMK, madde 426G/I-II)

HUMK içerisinde istinaf kanunyuolu aşamadaki cevap dilekçesinin içeriğine ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bu konuda istinaf dilekçesi içeriğinin uygun olduğu ölçüde cevap dilekçesi için de yürürlükte olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁷

Kendisine istinaf dilekçesi tebliğ edilen taraf da istinaf dilekçesine bağlı olarak katılma yolu ile istinaf kanunyuolu başvurabilir. (HUMK, madde 426H/I) Karşı taraf, istinaf kanunyuolu başvuru hakkına sahip olmasa veya başvuru süresini kaçırmış olsa da cevap dilekçesi ile belirteceği istinaf sebep ve gerekçeleri¹⁷⁸ ile istem sonucu üzerinden istinaf kanunyuolu başvurabilir. Katılma yolu ile istinaf başvurusuna karşı, asıl istinaf isteminde bulunan taraf da dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren on beş (15) gün içerisinde cevap dilekçesi verebilecektir. (HUMK, madde 426H/I)

Kararı veren mahkeme önündeki muhakeme aşamasında gerçekleşen dilekçeler teatısı, katılma yolu ile istinaf imkânı göz önüne alınmazsa, her iki taraf için birer dilekçeden ibaret olacaktır.¹⁷⁹

Kararı veren mahkeme, dilekçeler verildikten veya bunun için belirtilen sürelerin geçmesinin ardından, dizi listesine göre dosyayı, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı kalmaksızın yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir. (HUMK, madde 426G/III ve HUMK, madde 426C/IV)

b. Bölge Adliye Mahkemesi Nezdinde Muhakeme

1) Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek istinaf kanunyuolu muhakeme-

¹⁷⁷ Bkz.: Yılmaz, s. 67.

¹⁷⁸ İstinaf sebep ve gerekçelerinin cevap dilekçesi ile yapılan istinaf başvurusunda gösterilmemesi halinde, bölge adliye mahkemesi, bu istinaf istemini, sadece kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleyecektir (HUMK madde 4, 260'dan kıyasen).

¹⁷⁹ Konuralp, s. 6.

sine ilişkin genel kural, HUMK madde 426U'da ifade edilmektedir. Bu hükme göre "Bu fasılda aksine hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır."

Söz konusu hüküm, istisnai atıf hükmü niteliğinde görünse de, HUMK'nın istinafa ilişkin hükümleri arasında istinaf muhakemesini ayrıntılı olarak düzenleyen hükümler yer almadığından genel hüküm niteliğindedir.¹⁸⁰ Yani bölge adliye mahkemesi nezdindeki istinaf kanunyolu muhakemesi, kural olarak, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü üzerinden yürütülecektir. Tabii ki, istinaf kanunyolu muhakemesinin özelliklerine uygun olanlar uygulanma imkânı bulacaktır. HUMK'da yer alan istinaf muhakemesine ilişkin hükümler de özel hüküm olarak genel kuralı sınırlandırıcı nitelikte olacaktır.

Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinin istinaf muhakemesini yürütme basamaklarını, ilk derece muhakeme basamakları üzerinden dilekçeler teatisi aşaması, kabule şayanlık inceleme aşaması (ön inceleme), tahkikat (inceleme) aşaması, sözlü yargılama aşaması ve hüküm aşaması olarak belirtebiliriz. Fakat dilekçeler teatisi aşaması, kararı veren ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşeceğinden bölge adliye mahkemesinde bu süreç yaşanmayacaktır.

Özel olarak ifade edilmektedir ki, bölge adliye mahkemelerinde yürütülecek istinaf muhakemesinde karşılık dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, davanın ıslahı ve HUMK madde 45/1 hükmü saklı kalmak kaydıyla davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önüne alınacaklar dışında, ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni deliller getirilemez. Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince değerlendirilebilecektir. Ayrıca bölge adliye mahkemeleri için taraflar arasında yetki sözleşmesi yapılamaz. (HUMK, madde 426R)

¹⁸⁰ Bkz.: Konuralp, s. 6.

2) Ön İnceleme (Davanın Görülebilirlik Şartları) Aşaması

Bölge adliye mahkemesi, dilekçeler teatisi tamamlanmış bir şekilde kendisine gönderilen dosya üzerinde, istinaf talebinin görülebilir, esasına girilebilir olup olmadığı hususlarında ön inceleme gerçekleştirecektir. Ön inceleme, kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde davayı süratle sonuçlandırmak ve davanın bölge adliye mahkemesi nezdinde uzun süre beklemesini önlemek için gerekli kararın öncelikli olarak verilmesi imkânını sağlamaktadır.¹⁸¹

Ön inceleme; HUMK madde 426L gereği görev bakımından yetki, başvuru şartları ile istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilme noktaları üzerinden yapılmaktadır. Bölge adliye mahkemesi söz konusu noktalar üzerinde öncelikle gerekli kararı verecektir. Bölge adliye mahkemesinin yapacağı ön inceleme neticesinde kanundaki ifadesi ile vereceği "gerekli karar" kavramı tartışmalı bir husustur.¹⁸²

Görev bakımından yetki üzerinden yapılacak inceleme, istinaf muhakemesinin bölge adliye mahkemesi daireleri arasında yapılan iş bölümü çerçevesinde hangi dairece yapılması gerektiğine ilişkin incelemeyi ifade etmektedir. Yapılacak inceleme neticesinde istinaf muhakemesi, başka bir dairenin görev alanına giriyor ise, kanaatimce ilgili daireye gönderme kararı verilecektir.¹⁸³

Başvuru şartları açısından inceleme ise yukarıda "İstinaf Kanunyoluna Başvuru Şartları" başlığı altında incelediğimiz şartlara ilişkin incelemeyi ifade etmektedir. Bu kapsama istinaf kanunyoluna konu teşkil eden kararın kesin olup olmadığı, istinaf kanunyoluna başvuru süresinin geçip geçmediği, dilekçenin asgari şartları taşıyıp taşımadığı yönünden yapılan incelemeler girmektedir. Zaten HUMK madde 426F çerçevesinde kararı veren ilk derece mahkemesi de kararın kesinliği ve

¹⁸¹ Bkz.: HUMK 426L madde gerekçesi Bkz.: Zekeriya Yılmaz, *Gereğe ve Tutanaklarla İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri İle HUMK'da İstinafa Dair Kanunlar*, Adalet Yayınları, Ankara 2005, s. 264); Öztekin, s. 109.

¹⁸² Bkz.: Yıldırım, s. 130; Konuralp, s. 7; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 578; Özekes, s. 3109.

¹⁸³ Bkz.: Ergün, s. 1

başvuru süresi açılardan inceleme yapmakta, böylece de bu şartlara uygunluk daha önceki aşamada denetlenmektedir. Fakat kararı veren ilk derece mahkemesi, bu konuda bir karar vermemiş ise, bölge adliye mahkemesi yapacağı ön inceleme neticesinde başvuru şartları açısından bir eksiklik görürse, istinaf talebi reddedilecektir.¹⁸⁴

İstinaf muhakemesinin kapsamını belirleyecek olan istinaf sebep ve gerekçesi de bölge adliye mahkemesi tarafından ön inceleme konusu yapılmaktadır. Yapılacak ön inceleme sonucunda istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilmediği anlaşılırsa, bölge adliye mahkemesi, istinaf talebini sadece kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleyecek ve bu çerçevede gerekli kararı verecektir.¹⁸⁵ Görülmektedir ki, istinaf dilekçesinde istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilmemesi, asıl incelemeye, davanın esasına girmeye engel değildir. (HUMK, madde 426O) Bu halde inceleme, kamu düzenine aykırılık üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yani istinaf sebep ve gerekçeleri üzerinden yapılan ön inceleme, kabule şayanlık incelemesi konumunu aşmakta, istinaf talebi, kamu düzenine aykırılık sebebi üzerinden asıl inceleme konusu yapılmaktadır.

Ön incelemeye ilişkin olarak dikkati çeken diğer bir husus, kararı veren ilk derece mahkemesinin, istinaf talebinin yönlendirildiği bölge adliye mahkemesi yargı alanı içerisinde yer almaması konusunun asıl inceleme kapsamında duruşmasız olarak değerlendirileceği hususudur. (HUMK, madde 426M/I-3) Kamu düzeninden olan bölge adliye mahkemesinin yer bakımından yetkisi konusu, davanın görülebilirliği incelemesi çerçevesinde ön inceleme kapsamında yer alması gereken bir konudur.¹⁸⁶

Bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek ön inceleme aşaması, var ise

katılma yolu ile istinaf başvurusu üzerinden de gerçekleştirilmelidir.¹⁸⁷

3) Asıl İnceleme (Tahkikat) Aşaması

a) Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesince yapılacak ön inceleme sonucu, eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya üzerinde "inceleme" safhasına geçilmektedir. HUMK madde 426N maddesinin başlığını oluşturan "inceleme" kavramının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 213 vd. yer alan "tahkikat" safhasını ifade ettiği, madde gerekçesinde belirtilmektedir. Tahkikat; mahkemenin, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile bunların ispatı için gösterilen delilleri toplaması ve incelemesidir.¹⁸⁸ Yani bu safhada tarafların ileri sürdüğü istinaf sebeplerinin gerçekliği tahkik ve tespit edilmektedir.

Tahkikat aşaması, davanın özelliğine, inceleme konusunun önem ve kapsamına göre heyet tarafından veya görevlendirilecek üye tarafından gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 426N ve madde gerekçesinden)

Tahkikat aşaması, istinaf dilekçesinde/katılma dilekçesinde belirtilen istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır. (HUMK, madde 426O) Yani tahkikat aşamasının çerçevesini istinaf sebepleri belirleyecektir. Bu hal, medeni muhakemeye hâkim olan taraf iradesinin göstergelerinden biridir. İnceleme, gerek istinaf dilekçesi gerek katılma yolu ile istinaf dilekçesinde belirtilen istinaf sebeplerinin doğruluk derecesi üzerinden ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun araştırulmasını ifade etmektedir. Bölge adliye mahkemesi istinaf sebepleri yanında, taraflar tarafından ileri sürülmemiş dahi olsa kamu düzenine ilişkin hususları re'sen inceleme konusu yapacaktır. (HUMK, madde 426O)

Tahkikat aşamasının istinaf sebepleri ile sınırlı olmasının sebebi, HUMK madde 426O madde gerekçesinde, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulması halinde, kural olarak yapacağı

¹⁸⁴ Bkz.: Özkes, s. 3110; Yıldırım, s. 572.

¹⁸⁵ HUMK madde 426N Gerekçesinden (Bkz.: Zekeriyâ Yılmaz, s. 265).

¹⁸⁶ "426L hükmü, dosya önüne gelen istinaf mahkemesinin yetkili olmaması hali düzenlenmemiştir. Kanımızca, anılan hüküm bu durumda da kıyasen uygulanarak dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmeli." Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 735; Yılmaz, s. 71.

¹⁸⁷ Habscheid, ZPR, Rdnr. 793'ten naklen Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 572.

¹⁸⁸ Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 310.

uyuşmazlık hakkında yeniden karar verme faaliyetinin sınırlarını çizmek olduğu ifade edilmektedir.

İstinaf sebepleri ile sınırlı olarak yürütülecek muhakemenin işleyişine ilişkin net açıklayıcı hükümler mevcut değildir. İstinaf sebebi doğrultusunda taraf iradelerinin şekillendireceği muhakemede, taraf isteminin açık olarak ifade edileceği istem sonucunun rolü konusunda açık bir hüküm mevcut değildir. Yani bölge adliye mahkemesi, tarafın talebi ile bağlı mıdır? HUMK madde 426O'da yer alan sebep ile sınırlı incelemeyen de netice-i talebe ilişkin herhangi bir anlam çıkarılamamaktadır.¹⁸⁹ Bu soru karşısında medeni muhakemeye hâkim olan tarafın tasarruf ilkesi ve ilk derece muhakemesine ilişkin HUMK madde 74¹⁹⁰ hükmü çerçevesinde, bölge adliye mahkemesinin tarafın istem sonucu ile bağlı olduğunu ifade edebiliriz.

Açık olarak ifade edilmektedir ki, istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen göz önüne alınacaklar dışında ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülme-yen iddia ve savunmalar ileri sürülemez ve yeni delillere de dayanılamayacaktır. (HUMK, madde 426R/I) Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince değerlendirilebilir. (HUMK, madde 426R/III) Bu hüküm, istinaf kanun yolunda yeni dava malzemesi yasağının varlığını göstermektedir. Fakat bu yasağın, birtakım deliller için delinmekte; ilk derece mahkemesi tarafından incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterme olanağı bulunmayan deliller, istinaf kanun yoluna getirilebilmektedir.

HUMK madde 426R hükmündeki ifade-den, yeni dava malzemesi getirme yasağının, ilk derece mahkemesi nezdinde dile getirilen uyuşmazlığa ilişkin olduğu kanaatine sahibim.

¹⁸⁹ Yıldırım, s. 127.

¹⁹⁰ HUMK madde 74: "Kanunu Medeni ile muayyen haller mahfuz olmak üzere hâkim, her iki tarafın iddia ve müdafaaları ile mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir."

Amaç, istinaf kanun yolunu, tarafların hatalarını düzeltebilecekleri, eksikliklerini tamamlayabilecekleri bir kanun yolunu değil, yargılama makamı hatalarının inceleme konusu yapıldığı kanun yolu kılmaktır. Yani istinafa sebep teşkil eden vakia, ilk derece mahkemesi eylemi ise bu doğrultuda dava malzemesi ileri sürülebilir ve değerlendirilmede kullanılabilir.

İnceleme aşaması, kural olarak ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü üzerinden yürütülecektir. (HUMK, madde 426U) Dolayısıyla tahkikat aşamasında taraf dinlenilmesi, taraf isticvabı, tanık dinleme, keşif incelemesi, bilirkişi incelemesi gibi pek çok tahkikat işlemi, istinaf kanun yolu muhakemesinin bünyesine uyduğu ölçüde ve şekilde uygulanma sahası bulacaktır. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin birden fazla ili kapsayıcı yargı çevresine sahip olma özelliği, tahkikat işlemleri açısından hakkın korunması talebi ile zaman-emek kaybı arasında çelişkiye neden olabilecektir. Mesela keşif, bilirkişi incelemesi gibi olay mahallinde yapılması gereken işlemlerin yapılacağı yerin, bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde bulunmakla beraber, onun kurulmuş olduğu il merkezi dışında yer alması halinde ne yapılabileceği istinafa yöneltilen eleştiriler içerisinde yer almaktadır.¹⁹¹ Hakkın korunması talebi de en kısa zamanda en tatmin edici kararı vermeyi gerektirdiğinden, iki hususu gerçekleştiren nitelikte olabilecek istinabe kurumunun, istinaf kanun yolu muhakemesinde de yürürlük kazanması, HUMK madde 426N/II'de hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi, tahkikat işlemleri için aynı yargı çevresindeki ilk derece mahkemeleri ile farklı yargı çevresi içerisindeki bölge adliye mahkemesi ile ilk derece mahkemesine yönelik istinabe kurumunu çalıştırabilecektir. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, muhakemeye hâkim ilkeler gereği (doğrudanlık, dolaylı delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesi, yargılamaya katılanların dinlenmesi gibi) özellikle keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinlenmesi, taraf isticvabı gibi delillerin ikamesinde hüküm mahkemesi olan ilk dere-

¹⁹¹ Bkz.: HUMK madde 426N/II madde gerekçesi (Zekeriya Yılmaz, s. 265).

ce mahkemesinin istinabe edilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedirler.¹⁹²

Tahkikat aşaması, kural olarak duruşma yapılmak suretiyle gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 426P) Fakat HUMK 426M maddesinde sayılan hallerin varlığında, yargılamayı hızlandırmak adına duruşma yapılmasına gerek olmaksızın tahkikat süreci tamamlanabilmektedir.

b) Duruşma Yapılmasına Gerek Olmaksızın Tahkikat

Tahkikat aşamasının duruşma yapılmaksızın gerçekleşebileceği haller, HUMK madde 426M hükmünde usule ve esasa ilişkin sebepler içeren iki bent halinde incelenmektedir.

Usule İlişkin Haller: HUMK madde 426M/I'de yer alan haller, önemli, ağır usulî hata ve eksiklikleri ifade etmektedir. Bölge adliye mahkemesi, bu bentte sayılan hususların varlığına hükmederse, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, davanın yeniden muhakeme edilmesi için kararı veren ilk derece mahkemesi veya kendi yargı çevresinde başka bir yer mahkemesine veya görevli veya yetkili mahkemeye gönderme kararı verir. Bunlar şu şekilde sıralanmaktadır:

- Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması,
- İleri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin 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,
- Taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olması,¹⁹³

¹⁹² Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 573.

¹⁹³ Bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 357/I-a-4: "Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması" şeklinde düzenlenmiştir.

- Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşılık davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması,
- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır

Burada dikkati çeken hususlardan biri, 1. bentte yer alan ve kabule şayanlık şartları içerisinde ön inceleme konusu yapılması gerektiği kanaatini taşıdığım, istinaf inceleme konusunu oluşturan kararı veren ilk derece mahkemesinin, incelemeyi gerçekleştirecek bölge adliye mahkemesi yer bakımından yetkisi dışında yer alması halinin tahkikat aşamasında inceleme konusu yapılmasıdır.

Diğer bir husus da, 6. bentte yer alan taraflarca ileri sürülen delillerin ilk derece mahkemesince hiç toplanmamış veya hiç değerlendirilmemiş olması haline özgülenen gönderme kararıdır. Delillerin eksiksiz toplanması ve doğru olarak değerlendirilmesi, esas olarak ilk derece mahkemesinin görev alanına girer. Çünkü deliller ile en yakın zamanda ve doğrudan muhatap olma imkânına ilk derece mahkemesi daha yakındır. Bu hüküm çerçevesinde diyebiliriz ki, delil toplanma ve değerlendirme işlemi yetersiz de olsa gerçekleşmişse gönderme kararı verilemeyecektir.¹⁹⁴ Bu halde HUMK madde 426M hükmü dışında bir durum söz konusu olduğundan duruşma üzerinden inceleme yapılacaktır. Fakat bu durumun bölge adliye mahkemesinin iş yükünü artıracığı, Mukayeseli Hukuk'taki eğilimin ispat hususuna yeterli özen gösterilmemesi halinde ilk derece mahkemesine gönderme şeklinde olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁵

HUMK madde 426M/I hükmü çerçevesinde verilen kararlar, kesin hüküm niteliğindedir.

¹⁹⁴ Aksi görüş için bkz.: Ergün, s. 33. Yazar, hükmü geniş yorumlayarak delillerin önemli bölümü toplanmamış veya delille değerlendirilerek bir hüküm kurulmamış ise gönderme kararı verileceğini ifade etmektedir.

¹⁹⁵ Yıldırım, s. 131, dipnot 17.

Esasa İlişkin Haller: HUMK madde 426M/II'de sayılan hallerde, bölge adliye mahkemesi, duruşma yapmaksızın esas hakkında karar verebilmektedir. Söz konusu hal-ler şu şekilde ifade edilmektedir:

- İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılmaması halinde başvurunun esastan reddine,
- Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmaması veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında,
- Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında,

duruşma yapılmadan karar verilir.

1. bentte ifade edilen inceleme konusu kararın hukuka uygun olması halinde "*istinaf talebinin esastan reddine*" karar verilir. Bu hükmün, bölge adliye mahkemesinde duruşma yapılması imkânını gereğinden fazla engelleyeceği için eleştirildiği ifade edilmektedir.¹⁹⁶ Alman Hukuku'nda da istinaf başvurusunun başarısız olacağı veya hukuka aykırılık iddiasının yerinde olmadığı veya hukukun gelişmesi ve hukuk birliğinin gerçekleşmesi amacıyla istinafa gerek olmayan hallerde, oy birliği ile verilecek karar ile istinaf başvurusunun esastan reddedilebileceği ifade edilmektedir.¹⁹⁷ Fakat söz konusu ret kararı öncesinde başvurunun görüşünün alınması zorunluluğu mevcuttur. Alman Hukuku'ndaki bu düzenlemeye sakıncalı olabileceği gerekçesiyle tereddütle yaklaşılmaktadır.¹⁹⁸

2. bentte belirtilen hallerde ise inceleme konusu karar, düzeltilerek yeniden esas hakkında hüküm verilir.

3. bentte yer alan halde ise söz konusu yargılama eksikliklerinin tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında hüküm verilir.

¹⁹⁶ Özbek, s.110.

¹⁹⁷ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 574-575.

¹⁹⁸ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 575, dipnot 156-157.

2. ve 3. bent çerçevesinde bölge adliye mahkemesi kararının ilk derece mahkemesi kararının hüküm sonucu ile aynı olması, o kararın bölge adliye mahkemesi kararı olma niteliğini zedelemeyiz. Fakat bu inceleme sonucunda bölge adliye mahkemesinin kararı, ilk derece mahkemesi kararından farklı olacak ise duruşmasız tahkikat yapılmaması gerekir. Özellikle yargılama eksikliklerinin giderilmesi hususunda duruşmasız tahkikat ile tarafların karar sürecine katılımını engellemek, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecektir.¹⁹⁹ Söz konusu iki bentte de geçen "yeni-den esas hakkında" ifadelerinin, bölge adliye mahkemesi kararının, kararı veren mahkemenin hüküm sonucu ile aynı olması halini anımsattığını belirtmeliyim. Dolayısıyla bu yargının kabulü halinde, bölge adliye mahkemesi hüküm sonucu farklı içerikte olacak ise duruşmasız tahkikat söz konusu olmayacaktır. Tabi ki bu durum, uygulama sürecinde belirginlik kazanacaktır.

HUMK madde 426M/II hükmü çerçevesinde verilen kararları ise kesin nitelikte olmayıp temyiz kanun yolu açıktır.

c) Duruşma Yapmak Suretiyle Tahkikat

HUMK madde 426M'de belirtilen haller dışında bölge adliye mahkemesi nezdinde tahkikat, kural olarak duruşmalı olarak yapılmaktadır. Duruşmanın fonksiyonu, tarafların da tahkikat aşamasına, soruşturma aşamasına katılımını sağlamak; tarafları, muhakemenin sonunu belirleyecek tahkikat aşamasında etkin kılmaktır.²⁰⁰

Bölge adliye mahkemesi, tahkikat aşamasını duruşmalı olarak yapacağına karar vermiş ise duruşma günü belirlenir ve taraflara tebliğ edilir. (HUMK, madde 426P) Taraflara gönderilen çağrı kâğıtlarında, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde araştırmanın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile ayrıca başvuran tarafa çıkartılacak çağrı kâğıdında, yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge

¹⁹⁹ Bkz.: Ergün, s. 36. Ayrıca bkz.: Yıldırım, s. 132. Yazar, bölge adliye mahkemesinin kararının ilk derece mahkemesi kararından farklı olması halinde, bu kararı "bozma kararı" olarak nitelendirmekte ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderileceğini ifade etmektedir.

²⁰⁰ Bkz.: Özbek, s. 111.

adliye mahkemesince belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilir. Çağrı kâğıdında yer alan muhtemel gidere ilişkin ödeme talebi ile tahkikatın gerekli masrafların yapılamaması sebebi ile gecikmesini engellenmek ve olabildiğince hızlı yapılmasını sağlamak amaçlanmaktadır.²⁰¹

Başvuran, kabul edilebilir bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemediğini bildirdiği takdirde, yeni bir duruşma günü tayin edilerek taraflara bildirilir.

Başvuran, mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumu üzerinden karar verilir. Şu kadar ki, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir. (HUMK, madde 426S) Yani tarafların katılımı ile arzulan soruşturma aşaması gerçekleştirilmeksizin karar verilmesi imkânsız ise, başvuranın istinaf istemi reddedilir. Kanaatimce bu kararı ile mahkeme, esasa girerek inceleme yapmaksızın istinaf istemini reddetmekte, dolayısıyla bu karar ile katılma yolu ile istinaf istemi de reddedilecektir.

HUMK madde 426U çerçevesinde istinaf kanun yolunda tahkikat süreci, özel hüküm bulunmayan hallerde HUMK'un tahkikata ilişkin hükümleri (HUMK, madde 213 vd.) üzerinden yürüyecektir.

Tahkikat hâkimi, tahkikatın hüküm için yeterli olduğu kanaatine sahip ise tahkikat sürecinin bittiği yönünde karar verir. (HUMK, madde 217/I) ve dosyayı muhakemenin hükme ulaşmasını sağlamak için mahkeme heyetine sunar. (HUMK, madde 375)

4) Sözlü Yargılama Aşaması

Sözlü yargılama aşaması, muhakeme prosedüründe tahkikat aşaması sonrasında gelen ve tahkikat aşaması sonuçlarının muhakemenin makamlarınca değerlendirilerek hükme ulaşılan aşamayı ifade etmektedir. Fakat HUMK içerisinde yer alan istinafa ilişkin hükümlerde sözlü yargılamaya ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu

durumda birtakım tereddütleri beraberinde getirmektedir.

Özkes, tahkikat aşamasında duruşma yapılmasına gerek görülmeyen hallerde sözlü yargılama yapmanın da gerekmediğini belirtmektedir. Çünkü duruşma yapılmasının gerekli görülmediği hallerde dosya içeriği yeterli görülmekte ve herhangi bir aşamaya ihtiyaç duyulmadan doğrudan dosya üzerinden karar verilmektedir. Tahkikat aşamasında duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde ise sınırlı da olsa ilk dereceye benzeyen, örneğin tahkikatın genişletilmesi imkânının mevcut olduğu istinaf kanun yolunda sözlü yargılama aşamasının bulunmasının uygun olacağını belirtmektedir.

Konuralp ise sözlü yargılama aşamasının varlığının HUMK madde 426U'nun yorumuna bağlı olduğunu, kanun yolu muhakemesinin ilk derece muhakemesinden daha farklı ve daha kısa olacağını kabulü halinde sözlü yargılama aşamasının bulunmayacağını belirtmektedir.

5) Hüküm Aşaması

a) Genel Olarak

Söz konusu uyuşmazlığı gidermek için istinaf muhakemesi bir hüküm ile sona erecektir. Yukarıda belirtilen muhakeme süreçleri sonrasında istinaf kanun yolunda hükmün nasıl verileceğine ilişkin herhangi bir kural HUMK'ta yer almamaktadır. HUMK madde 426U çerçevesinde hareket ederek, bölge adliye mahkemesi, ilk derece muhakemesinde yaşandığı gibi HUMK madde 381 gereği, mahkeme heyet halinde tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararı tefhim eder. Kararın tefhimi ise en az hüküm sonucunun okunması suretiyle gerçekleştirilir. (HUMK, madde 381/II) Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli karar on beş gün içerisinde açıklanmalıdır. (HUMK, madde 381/III)

b) Şekli Açısından Hüküm

Bölge adliye mahkemesi, istinaf muhakemesi sonucunda HUMK madde 426T'de belirtilen hususları içeren bir hükme ulaşacaktır. Bu hususlar şunlardır:

²⁰¹ Ergün, s. 38.

- Kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ile başkan, üyeler ve tutanak kâtibinin ad ve soyadları, sicil numaraları.
- Tarafların ve davaya ilk derece mahkemesinde katılanların kimlikleri ile varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri.
- Tarafların iddia ve savunmalarının özeti.
- İlk derece mahkemesi kararının özeti.
- İleri sürülen istinaf sebepleri.
- Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen olaylarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep.
- Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi.
- Kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile tutanak kâtibinin imzaları.

Hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istem sonuçlarından her biri hakkında verilen hüküm ile taraflara yüklenen borç veya tanınan hakların, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gereklidir.

Görülmektedir ki, hükmün şekli içeriği konusunda ilk derece muhakemesi son kararına ilişkin HUMK madde 388 hükmü, birkaç zorunlu ilave ile tekrar edilmektedir.

c. Hüküm Fıkrası Açısından Hüküm

Bölge adliye mahkemesi nihai kararının şekli açıdan taşıması gereken şartları yukarıdaki gibi belirten HUMK, son karar türlerini, yani hüküm sonucu türlerini net bir şekilde açıklayan herhangi bir düzenleme içermektedir. Bölge adliye mahkemesinin vereceği kararların hüküm sonuçlarına ilişkin çeşitli açıklamalar mevcuttur.²⁰² Bu açıklamalar arasında yer alan bölge adliye mahkemesi kararlarını, onama-bozma şeklinde tanımlamayı doğru bulmamaktayım. Çünkü onama

²⁰² Bkz.: Ergün, s. 1-2; Konuralp, s. 11-12; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 583-584; Özekes, s. 3113-3114; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 576-577; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 740-741; Yılmaz, s. 79-81; Yıldırım, s. 130-132.

veya bozma kararı, muhakemeyi maddi ve hukuki mesele açısından yeniden muhakeme eden bir süreç için söz konusu olmayacağı kanaatine sahibim. En basit şekliyle diyebiliriz ki, bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini ret eder veya kabul eder veya gönderme kararı verir. İstinaf isteminin reddi çeşitli durumlarda söz konusu olduğu gibi, kabulü halinde de çeşitli durumlar ortaya çıkabilmektedir.

İstinaf İsteminin Reddi Kararı: Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini çeşitli hallerin varlığında ret edecektir.

- Bölge adliye mahkemesi, henüz ön inceleme aşamasında yapacağı inceleme sırasında, istinaf isteminde bulunulan karar, kesin karar ise istemin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Bölge adliye mahkemesi yine ön inceleme sırasında istem konusu kararın süresi içerisinde istinaf edilmediğini görürse istinaf isteminin reddi kararı verecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön incelemede istinaf başvuru için aranan şartların yerine getirilmediği görülürse, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön inceleme sırasında istinaf dilekçesinde istinaf muhakemesinde inceleme kapsamını belirleyecek olan istinaf sebep ve gerekçeleri hiç gösterilmemiş ve kamu düzeni üzerinden inceleme söz konusu olmayacak ise, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Yukarıda belirttiğimiz hallerde ön inceleme sonrası herhangi bir muhakeme süreci yaşanmaksızın, muhakeme bu kararlar ile sona erecektir. Ön inceleme sonunda verilen istinaf isteminin reddi kararları, kesin hüküm niteliğine sahiptir.²⁰³
- İstinaf talebinden bölge adliye mahkemesi nezdinde henüz karar verilmeden önce feragat edilirse, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426İ/II) Kabul, sulh, vazgeçme beyanlarının varlığı da feragat gibi sonuç ifa eder. Yani istinaf istemi reddedilir.

²⁰³ Bkz.: Ergün, s. 34.

- İstinaf istemi gerek duruşmalı gerekse de duruşmasız inceleme (HUMK, madde 426M/II-1) ile haksız bulunur ise, yani ilk derece mahkemesi kararı usul ve esas yönünde hukuka uygun bulunursa istinaf isteminin esastan reddi kararı verilecektir.²⁰⁴
- İstinaf istemi duruşmalı tahkikat üzerinden incelenecek olması halinde başvuran tarafa gönderilen çağrı kâğıdı ile taraftan talep edilen giderlerin yatırılmaması halinde, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesi mümkün olmayan hallerde istinaf istemi red kararı verilir. (HUMK, madde 426S/III)
- Katılma yolu ile istinaf talebi hakkında da asıl istinaf talebinde bulunan feragat eder veya istemi esasa girilmeksizin reddedilirse, katılma yolu istinaf isteminin reddi kararı verilir. (HUMK, madde 426H/II)
- Yukarıda belirtilen bu kararlara karşı temyiz kanunyu açık bulunmaktadır.

Dosyanın Gönderilmesi Kararı: Bölge adliye mahkemesi, aşağıda belirtilen durumlarda dosyanın gönderilmesi kararı verecektir.

- Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, ön inceleme sırasında söz konusu istinaf isteminin kendi iş bölümü sahasına girmediğini görürse, dosyanın görevli bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesi kararı verecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön inceleme sonucu verilen bu karar, kesin hüküm niteliğindedir.²⁰⁵
- Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemine konu kararı veren ilk derece mahkemesi kendi yargı çevresi (yer bakımından yetki) içerisine girmiyor ise yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderme

kararı verecektir.²⁰⁶ (HUMK, madde 426M/I-3)

- Bölge adliye mahkemesi, HUMK madde 426M/I'de sayılan hallerin varlığında, esas yönünden bir inceleme yapmaksızın, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için mahkemesine gönderilmesi kararı verecektir.

HUMK madde 426M/I çerçevesinde verilecek karar²⁰⁷ doğrultusunda, dosya kararı veren mahkemeye veya yargı çevresi içerisinde başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilecektir.²⁰⁸

Bu kararlara karşı kanunyu açık bulunmaktadır. Dolayısıyla kesin olan bu kararlarda yapılan tespitler, maddi anlamda kesin hüküm çerçevesinde dosyayı tekrar inceleyecek olan ilk derece mahkemesini bağlayacaktır.

Yeniden Esas Hakkında Karar: Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini yerinde bulursa, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, ilk derece mahkemesi önünde dile getirilen uyuşmazlık hakkında yeni bir hüküm verecektir.

HUMK madde 426M/II-2 ve 3. bentte yer alan haller karşısında verilecek karara özel olarak yer verilmiştir.

- Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata

²⁰⁴ Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 577, dipnot 167; Yıldırım, s. 131; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 740; Yılmaz, s. 79. Yazarlar, söz konusu esastan ret kararını "onama" kararı olarak tanımlamaktadır. Karşı görüş için bkz.: Ergün, s. 34; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s. 583; Özkes, s. 3113. Konuralp ise, teknik anlamda "onama" kararı olmadığını, fakat nitelik olarak benzediğini ifade etmektedir. Konuralp, s. 11.

²⁰⁵ Ergün, s. 34. Ergün, bu kararı, "aidiyet kararı" olarak adlandırmaktadır. Bkz.: Ergün, s. 1.

²⁰⁶ Bkz.: Konuralp, s. 2. Yazar, kararı veren mahkemenin bölge adliye mahkemesi yargı çevresi dışında olması halinde yetkisizlik değil, yetkisizlik sebebiyle gönderme kararı verileceğini ifade etmektedir.

²⁰⁷ Yıldırım, HUMK madde 426M/I çerçevesinde verilen gönderme kararının bozma kararı niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Yıldırım, s. 130-132. Aksi görüş için bkz.: Konuralp, s. 12.

²⁰⁸ HUMK madde 426M/I'de hâkime tanınan mahkeme tayini hususuna eleştiri için bkz.: Ergün, s. 36-37. Yazar, madde metninin "...dosyanın kararı veren mahkemeye veya..." ifadesinden sonra "hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya hâkimin haklı bir sebeple reddedilmiş ve ret kararı kabul edilmiş ve o mahkeme yargı çevresinde davaya bakacak başka bir hâkim olmadığı takdirde kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine" şeklinde değiştirilmesini önermektedir. Bu öneriyi katılmıyorum. Çünkü dosyaya aşına olan kararı veren mahkemeye dosyanın gönderilmesi esas olmalı, zorunlu bırakım hallerin varlığında başka bir yer mahkemesi dosyayı inceleyebilmelidir.

edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltmek suretiyle yeniden esas hakkında karar verilir. (HUMK, madde 426M/II-2)

- Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmak suretiyle yeniden esas hakkında karar verilir. (HUMK, madde 426M/II-3)
- HUMK'da diğer hallere ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Ama istinafin maddi ve hukuki mesele üzerinde tekrar değerlendirme yapan kanunyolu türü olması, istinaf isteminin kabulü halinde yeniden esas hakkında karar vermesini gerektirmektedir. Bu hususta ilk derece mahkemesinde davacı ve davalı sıfatına sahip olan taraflar için ayrı ihtimaller düşünebiliriz.
- Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece muhakemesinde davacı sıfatına sahip olan kimsenin talebi haklı bulunur ise, ilk derece kararının kaldırılarak yeniden esas hakkında (davanın kısmen veya tamamen kabulü kararı) karar verecektir..
- Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinde davalı sıfatına sahip kimsenin istinaf istemini kabul eder ise, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden esas hakkında karar (davanın kısmen veya tamamen reddi) verecektir.

İSTİNAF KANUNYOLU KARŞISINDA TEMYİZ KANUNYOLU

1. Genel Olarak

Temyiz kanunyolu muhakemesi, dereceli yargılama içerisinde esas olarak hukuki denetim muhakemesi işlevine sahiptir. Fakat Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda ilk derece mahkemelerinin, uyuşmazlık konusu olayı/vakıyı değerlendirme faaliyetleri için herhangi bir denetleme muhakemesi bulunmadığından dolayı temyiz kanunyolu, HUMK madde 428/I-5 bent gereği maddi mesele değerlendirmesini de incelemektedir. İstinaf kanunyolu muhakemesinin dereceli yargılama

sürecine katılması ile temyiz kanunyolu muhakemesinin asli fonksiyonu olan hukuki denetim muhakemesi olma özelliğinin tekrar kazandırılması amaç edinilmektedir.

2. Temyiz Edilebilen Kararlar

Bölge adliye mahkemesinin temyiz edilebilen nihai kararları ile hakem kararlarına karşı temyiz yolu açık bulunmaktadır. (HUMK, madde 427/I)

Bölge adliye mahkemesinin temyiz edilebilen kararları, HUMK madde 428/I'de altı bent şeklinde belirtilen kararlar dışında kalan nihai kararları olmaktadır.

- Miktar veya değeri beş milyar lirayı geçmeyen davalara ilişkin kararlar,
- HUMK madde 8'de gösterilen davalar ile (Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup gayrimenkulün aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar,
- Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar,
- Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar,
- İrs ve soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar,
- Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiili engellerinin çıkması halinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar.

Böylece istinaf kanunyolu üzerinden dereceli yargılamadan geçmiş bulunan birtakım kararlar için temyiz kanunyolu kapatılmak suretiyle Yargıtay'ın iş yükü hafifletilmek istenmektedir.²⁰⁹

Hakem kararları için de temyiz kanunyolu açık durumdadır ve bu kararlar için herhangi

²⁰⁹ HUMK madde 428 Gerekeçesi'nden (bkz.: Zekeriya Yılmaz, s. 268).

bir sınırlama mevcut değildir. Taraflar, hake-me başvuru ile uyuşmazlığın çözümlenmesi faaliyeti konusunda hakemi yetkili kılmaktadır. Hakem kararları için istinaf kanunyunun tanınması, dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlık hakkında yeniden karar verebilme ihtimali, tarafların iradesine aykırılık teşkil edecektir.²¹⁰ Hakem kararlarına karşı temyiz yolunun açık olması ise tahkim muhakemesinin hukuka uygunluğu denetlenmek suretiyle hukukun üstünlüğünün tesisi amaç edinmektedir.

3. Temyiz Kanunyu Muhakemesi

Temyiz kanunyu muhakemesi, kural olarak dosya üzerinden yapılmaktadır. (HUMK, madde 435/II) Fakat Yargıtay, tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soybağına ve kısıtlamaya ilişkin davalar ile miktar veya değeri on milyar lirayı aşan alacak ve aynı davalarda taraflardan birinin istemi halinde duruşma yapmak suretiyle inceleme yapacaktır. (HUMK, madde 435/II) Bunlar dışında Yargıtay, bilgi almak üzere re'sen de duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. (HUMK, madde 435/IV)

Temyiz muhakemesi, taraflar tarafından ileri sürülen sebepler ile bağlı olmaksızın, kanun hükümlerine aykırılık görülen her hususu içerecek şekilde gerçekleştirilir. (HUMK, madde 435/I)

Yargıtay, temyiz muhakemesini esas olarak, HUMK madde 437'de dört bent halinde "bozma sebepleri" olarak sayılan sebepler çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu sebepler şunlardır:

- 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 hatası veya eksiklikleri bulunması.

Görülmektedir ki, temyiz kanunyu, bölge adliye mahkemesi ve hakem/hakem heyeti faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen bir muhakeme olmaktadır.

4. Temyiz Kanunyunda Hüküm

Temyiz kanunyu muhakemesi sonucunda verilebilecek karar türlerini onama kararı, düzelterek onama kararı ve bozma kararı olarak ifade edebiliriz.

Onama kararı, inceleme konusu kararın hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay, onama kararlarını hukuka uygunluk gerekçeleri ile birlikte açıklamak zorundadır. (HUMK, madde 436/I) Bu şekilde formül onama olarak ifade edilen gerekçeden uzak onama kararlarının önüne geçilmek istenmektedir. Böylece de Yargıtay, hukuk üretme, içtihat mahkemesi olma özelliği göstermiş olacaktır.

Düzelterek onama kararı ise, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması halinde, fakat yeniden yargılama yapmaya gerek görülmeyen hallerde söz konusu olmaktadır. Yargıtay, inceleme konusu kararı, değiştirerek ve düzelterek onama kararı vermektedir. Tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıklarının varlığı halinde de inceleme konusu karar değiştirilerek, düzeltilerek onama kararı verilir. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmaması halinde de gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek, inceleme konusu karar onanır. (HUMK, madde 436/II-III-IV)

Bozma kararı ise, HUMK madde 437'de belirtilen sebeplerin varlığı halinde kısmen veya tamamen bozma şeklinde söz konusu olmaktadır.

Temyiz muhakemesi sonucunda verilen bozma kararı üzerine, dosya ya ilk derece mahkemesine ya da bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. Temyiz talebi, bölge adliye mahkemesinin "esastan ret" kararına ilişkin ise, bozma kararı sonrasında dosya, kararı veren ilk derece veya uygun görülen

²¹⁰ Bkz.: HUMK madde 427 Gerekçesi'nden (bkz.: Zekeriya Yılmaz, s. 268).

diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir. (HUMK, madde 439/I) Temyiz incelemesine konu karar, bölge adliye mahkemesinin “düzelterek yeniden esas hakkında karar” veya “yeniden esas hakkında karar” ise, bozma kararı üzerine dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. (HUMK, madde 439/II)

Dava dosyası önlerine gelen ilk derece veya bölge adliye mahkemesi, bozma kararına uymak suretiyle yeni bir karar verirse, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş de olsa, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. (HUMK, madde 439/IV)

İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi, Yargıtay’ın bozma kararına direnmek suretiyle yeni bir karar verirse, bu karara ilişkin temyiz yoluna gidilebilecek, fakat inceleme Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 439/V)

SONUÇ

Öncelikle belirtmeliyiz ki, istinaf kanunyolu, yargılamanın hızlandırılması hususundan ziyade hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bağlamında güvence sağlayan bir kurum olma özelliğine sahiptir.

Bu genel tespitin ardından, 5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 20. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, fakat yaşanan tartışmalar ve hak arama sürecindeki önemi binaen HUMK’nın Geçici 2. maddesinde yapılan değişiklik ile yürürlüğü devam edecek olan karar düzeltme kurumuna ilişkin kanaatlerimizi kısaca açıklamak istiyorum.

Karar düzeltme mekanizması, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir. Üç dereceli yargılama sistemini hayata geçirmeye çalışırken, iki dereceli sistemin tamamlayıcısı niteliğindeki karar düzeltme kurumunu, henüz istinaf kanunyolu işlemeden yürürlükten kaldırılması zaten mümkün olamazdı. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını daha iyi gerçekleştirmek adına getirilmek istenen istinaf kanunyolu yürürlüğe girmeden, dava tarafları-

nı mevcut hukuki denetim aracından yoksun kılmak söz konusu haklara aykırılık teşkil edecekti. Ayrıca üçüncü derece güvence sistemi yürürlüğe girmeden karar düzeltme kurumunu kaldırmak, 5236 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi öncesi ve sonrasında temyiz incelemesine tabi olan davalar arasında eşitliğe aykırı bir durumun ortaya çıkmasına sebep olacaktı.

5236 Sayılı Kanun ile hukukumuzda girecek olan istinaf kanunyolu muhakemesine ilişkin hükümler, temyize ilişkin hükümlerin uyarlanması niteliğindedir. Fakat istinaf, amaç ve görev açısından temyiz kanunyolundan farklı niteliklere sahip olduğundan üzerinde özel olarak düşünmeyi gerektirmektedir.

İstinaf kanunyolu ile medeni muhakemenin amacını teşkil eden subjektif hakların temini amaç edinilmekte ise sadece denetim mekanizmalarını zenginleştirmek yeterli olmayacaktır. Bunun yanında Türk Medeni Muhakemesi’nde ilk derece muhakemesine hâkim olan ilke ve kuralları da irdelememiz gerekmektedir.

İstinaf kanunyolu, yeni dava malzemesi getirmenin yasak olduğu bir süreçtir. Yani ilk derece mahkemesinin vakiaları ile bağlı olarak inceleme yapılmaktadır. Bunun için ilk derece muhakemesinde vakıa tespitleri, bireysel hakların temini açısından yeterli ölçüde gerçekleşmelidir. Fakat Türk Medeni Muhakemesi’nde geçerli olan yazılı yargılama ve bu usulün tamamlayıcısı niteliğindeki teksif ilkesi sebebiyle, dilekçeler teatisi sırasında sunulması gereken vakıalar, ıslah kurumu ve taraf rızası gibi kurumlar dışında değiştirilememektedir. Yani taraflar, istem sonuçlarını elde etmek için gerekli bütün vakıaları henüz dava ikamesi aşamasında ileri sürmelidirler. Bu ise, hukuk konusunda belli bir yetkinliği gerektirmektedir. Muhakeme sırasında hâkim de taraflara, ileri sürdükleri vakıa dışında başka vakıa getirmeleri konusunda herhangi bir hatırlatmada dahi bulunamamakta, sadece gerekli deliller konusunda yönlendirme yapabilmektedir. Zorunlu avukatlık sisteminin söz konusu da olmadığı medeni muhakeme sistemimizde, ilk derece muhakemesinde vakıa tespitleri taraf iradesine bırakılmaktadır. Bu durum da bireysel hakkın tesisine zarar verici olabilmektedir. Dolayısıyla sınırlı istinaf siste-

mi ile yeni malzeme yasağının söz konusu olduğu istinaf kanunyolu mekanizmamız açısından, ilk derece muhakemesinde vakia çerçevesini belirleme hususunda birtakım düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Muhakemenin yargılama, iddia ve savunma şeklindeki üçayağının da muhakemedeki etkinliği artırılabilir. Sözlü yargılama usulü vurgulanabilir. Hâkim, bir arabulucu fonksiyondan ziyade davayı maddi bakımdan sevk yetkisi²¹¹ olarak ifade edilen soru sorma, işaret etme, tartışma gibi yollarla vakıaların eksiksiz toplanmasını sağlayabilir. Taraflar, doğrudan soru sorma imkânına sahip olmalıdır. Sözlü yargılama ile malzeme getirmesi, karar aşamasına kadar mümkün olmalıdır. Burada söz konusu olabilecek davayı uzatma çabaları, hâkimin davayı sevk yetkisi ile bertaraf edilebilecektir. Burada muhakemenin üç sacayağı arasındaki güç dağılımını dengeli bir şekilde yapmak gerekmektedir.

İlk derece muhakemesinde bu tür değişiklikler, köklü bir değişiklik demektir. Bunun yerine zorunlu avukat sistemi ile dava malzemesi ikamesinin eksiksiz olması sağlanabilir. Bu kurum da taraflara ayrı bir yük getirecektir. Belki adli yardım kurumu ile bu zorluk aşılabilir. Fakat adli yardım kurumunun işlerliği de şüpheli bir durumdur. Bu sebeple sübjektif hakların tesisi adına en iyi çözüm ilk derece muhakemesinde köklü değişikliğe gitmek olacaktır.

Belirttiğimiz bu seçenekler, gerçekleştirilmesi zor olmakla birlikte yanında pek çok sorunları beraberinde getirebilecektir. İlk de-

rece muhakemesinde dava sayısını azaltarak, ilgililerin daha kısa sürede haklarına kavuşmasını sağlamak adına hak arama araçları olarak sadece mahkemeleri görmekten vazgeçmek, alternatif uyuşmazlık yöntemlerini de değerlendirme kapsamına almak gerekmektedir. Böylece uyuşmazlıklar, tarafların uyuştugu kişi/kişiler tarafından, uyuşmazlığa daha yakın bir zaman diliminde ve daha yakın mekânsal şartlarda çözümlenmiş olacaktır.

İlk ve ikinci derece muhakemede söz konusu olacak yeni malzeme getirme yasağı ile hükmün etkinliği (maddi anlamda kesin hüküm) dışında kalacak vakıalar, ikinci bir dava ile muhakeme edilebilir. Fakat bu şekilde birbirleriyle bağlantılı vakıaların bölünmesi ile birtakım sorunlar ortaya çıkabilecektir. Yargılamanın yenilenmesi kurumu üzerinden tarafların, vakia ikamesindeki yetersizlikleri telafi edilebilir. Fakat en iyi çözüm ilk derece muhakemesinde maddi meseleye ilişkin vakıaların yeterli ikamesini sağlayıcı mekanizmaların devreye sokulmasıdır. Diğer hususlar, ancak yardımcı kurumlar olarak var olmalıdır.

İstinaf muhakemesi ile sübjektif hakların korunması, hukuki barış ve güvenlik amaçları birlikte değerlendirilmelidir. Bu çerçevede yeni dava malzemesi yasağı ile ilk derece muhakemesinin tekrarlanması engellenmek suretiyle hukuki barış ve güvenlik sağlanırken, bireysel hakların tesisi ve korunması için de dava malzemesi tespitinin ilk derecede eksiksiz yapılması sağlanmalıdır.

İstinaf muhakemesinde istinaf sebeplerinin dayanaklarını teşkil eden gerekçeler hususunda yeni malzeme getirme yasağı söz konusu olmamalıdır. Çünkü istinaf sebepleri ile yeni bir uyuşmazlık dile getirilmekte, mahkemenin faaliyetine ilişkin iddialar söz konusu olmaktadır. Gerçi 5236 Sayılı Kanun madde 426R'de yer alan yasak, ilk derece muhakemesindeki uyuşmazlığa ilişkin izlenimi verse de, bu hususun açık olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Değere bağlı istinaf sistemi yanında izne/kabule bağlı istinaf ile değer sınırlaması altında kalmakla birlikte hukuki öneme sahip kararların da denetimi sağlanmış olacaktır.

Sadece nihai kararlar değil, ara kararlar için de kanunyolu mekanizmaları devreye

²¹¹ Kavram için bkz.: H. Walter Rechberher, *Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*, in *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, 4. baskı, İstanbul 2003, s. 5 vd. Hâkimin muhakemedeki fonksiyonuna ilişkin geniş bilgi bkz.: H. Walter Rechberher, *Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*, ve *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2003, (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 1-16 (Çev.: M. Kamil Yıldırım); Eberhard- Ekkehard Becker, *"Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları"*, ve *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, İstanbul 2003 (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 17-42 (Çev.: M. Kamil Yıldırım); Eberhard Schilken, *Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü*, in *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, İstanbul 2003 (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 43-66 (Çev.: Yıldırım-Nevhis Deren).

sokulmalıdır. Çünkü mahkeme faaliyeti olma özelliğine sahip, hukuki konumları etkileyici olabilen ara kararların da denetimi zamanında gerçekleşmelidir.

5236 Sayılı Kanun madde 426U'da yer alan istinaf muhakemesini düzenleyen genel kuralın çerçevesi uygulama ile belirginlik kazanacaktır. Fakat bu hüküm farklı değerlendirmelere açık olması ile belirsizlik yaratabilecektir.

Kural olarak Haziran 2007 itibariyle yürürlüğe girmesi gereken bölge adliye mahkemelerine ilişkin, 2008'i de geride bırakmamıza rağmen bir ilerlemenin varlığını görememek endişe verici niteliktedir. Ama şunu belirtmeliyiz ki, hak arama özgürlüğü çerçevesinde anayasal hak niteliğine sahip dereceli yargılamayı gerçekleştirmek için istinaf kanun yolu mekanizması desteklenmelidir.

Kaynakça

- A. Şeref Gözübüyük-A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2004.
- Ahmet Akgündüz, *"Osmanlı Devleti'nde Adli Teşkilat Ve Yargılama Usulleri"*, *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2.
- Ahmet Akman, *"Osmanlı Devleti'nde Hukuki Yapı Ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler"*, *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2.
- Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, 2. Baskı, Ankara 1986.
- Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Genişletilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı*, AÜHF Yayınları, Ankara 1976.
- Eberhard Schilken, "Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü" ve *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, İstanbul 2003 (Derleyen: Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, İstanbul, 1978. M. Kamil Yıldırım), (Çev.: Nevhis Deren Yıldırım).
- Ejder Yılmaz, *"Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanılmasının Yerindeliği Sorunu"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/1.
- Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005.
- Ekkehard Eberhard-Becker, *"Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında"* ve 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, (Derleyen ve çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), Alkim Yayınları, İstanbul 2003.
- Ekkehard Eberhard-Becker, *"Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları Ve Sınırları" ve İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen ve çeviren: M. Kamil YILDIRIM), Alkim Yayınları, İstanbul 2003.
- Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidâsı – İslam-Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.
- Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982.
- H. Yavuz Alangoya-M. Kamil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2006.
- Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Halûk Konuralp, *"Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından), ve İstinaf Mahkemeleri"* Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları, Ankara 2003.
- Haşmet Sırrı Akşener, *"İstinaf Olağan Kanun Yolu ve 5237 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme"*, Legal HD Yıl 3, S. 26, Şubat 2005.
- Hayrettin Ökçesiz, *"Yargıtay'ın İşyükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK'nun 427. Maddesi Üzerine"*, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ocak-Nisan 1987.
- Hilmi Şeker, *"Strazburg Pratiği Ve İç Hukukta, Ara Kararların Örtülü Etkinliği, Ara Kararlarının Kişiliğinde Adil Ve Güvenli Yargılamanın Güvence-si"*, Legal HD Yıl 3, S. 25, Ocak 2005.
- M. Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, Alkim Yayınları, İstanbul 2000.
- Mehmet Akif Aydın, *"Mahkeme"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 27.
- Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Hars Yayıncılık, İstanbul 2005.

- Mehmet Akif Tutumlu, *Bilimsel Görüşler ce Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Muhammet Özekes, *"Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanunuyolu İncelemesi -Özellikle İstinaf-*", Legal HD, Yıl 2, S. 23, Kasım 2004.
- Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, C. II, İstanbul.
- Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazas-kerlik*, Klasik Yayınları, İstanbul 2005.
- Mustafa Şentop, *Şer'iyte Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995.
- Nevhis Deren Yıldırım, *"4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü"*, YÜHFD C. I, S. 2, Yıl 2005.
- Nevhis Deren Yıldırım, *"Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış"*, YD Yıl 1995.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.
- Saim Üstündağ, *"Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ce Türk Yargıtayı"*, *Yargıtay Dergisi*, 1989, (Kısaltma: Yargıtay).
- Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Selçuk Öztekin, *"Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri"*, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, Ocak-Nisan 1986, (Kısaltma: Tavsiye Kararı).
- Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 1999.
- Seyithan Deliduman, *"Anayasa Mahkemesi'nin HUMK Madde 195/II ve Madde 432/I'e İlişkin 02.12.2004 Tarih, 2001/216 E., 2004/120 K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi ve Eleştirisi"*, Legal HD, Yıl 4, S. 45, Eylül 2006.
- Süha Tanrıver, *"Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Düşünceler"*, BATİDER, Haziran-Aralık 1995, C. XVIII, S. 1-2.
- Walter H. Rechberher, *"Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması" ve İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen ve çeviren: M. Kamil Yıldırım), 4. Baskı, Alkim Yayınları, İstanbul 2003
- Wolfram Henckel, *"Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine"*, (Çev.: Ergun Önen), AÜHFD, C. 26, S. 1-4, Yıl 1969.
- Yavuz Alangoya, *"Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK Madde 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı"*, Baki Kuru'ya Armağan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.
- Zafer Ergün, *İstinaf- Bölge Adliye Hukuk Dalrelerinde Yargılama Usulü*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005.
- Zekeriya Yılmaz, *Gerekçe ve Tutanaklarla İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri İle HUMK'da İstinafa Dair Kanunlar*, Adalet Yayınları, Ankara 2005