



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VI

Medenî Usûl Hukukunda
Kanun Yolları
ve

Arabuluculuk Kanun Tasarısı

İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
VI

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA KANUN YOLLARI
ve
ARABULUCULUK KANUN TASARISI

İzmir/Çeşme
19-20 Ekim 2007

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 150

*Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı VI*

Yayına Hazırlayan
Doç. Dr. Muhammet Özekes

ISBN: 978-9944-234-60-3
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Eylül 2008, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 44
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 287 87 90 (pbx)
Faks: 312 286 31 00 - 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokađı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
VI

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA KANUN YOLLARI
ve
ARABULUCULUK KANUN TASARISI

İzmir/Çeşme
19-20 Ekim 2007

ORGANİZASYON KOMİTESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Halûk KONURALP

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	VII
-------------	-----

I. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK	3
Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler	3
Prof. Dr. Peter GILLES 2002 Medenî Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medenî Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi	19
Hakkı DİNÇ Hukuk Davalarında İstinaf ve Yargıtay	53
Tartışmalar	67

II. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Süha TANRIVER.....	87
Prof. Dr. M.Kamil YILDIRIM	
İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde	
Hatalı Vakıa Tespitleri	89
Doç. Dr. Halûk KONURALP	
İstinafta Kamu Düzeni Kavramı	133
Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	
İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları.....	151
Genel Tartışma ve Değerlendirme.....	209

III. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ.....	247
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	
Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk	
Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı	247
Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme	265

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın altıncısı 19-20 Ekim 2007 tarihlerinde İzmir-Çeşme'de gerçekleştirilmiştir.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın altıncısında bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanacak kanun yolları ve yeni hazırlanan Arâbuluculuk Kanunu Tasarısı değerlendirilmiş ve tartışılmıştır.

2003 Toplantısı'nda da yeni yürürlüğe giren istinaf hükümleri tartışılmışsa da, bu Toplantı'da konu yeni hükümler dikkate alınarak ve daha geniş olarak ele alınmıştır ve tartışılmıştır. İstinaf sisteminin uygulanmasına ilişkin hükümler hakkında bugüne kadar çeşitli toplantılar düzenlenmiş, kitap, makale gibi incelemeler yapılmıştır. Bu arada Adalet Bakanlığı tarafından istinafa yönelik olarak hâkim, savcı ve yardımcı personelin eğitim faaliyeti yürütülmüş bulunmaktadır. Son olarak geçici nitelikte de olsa, Adalet Bakanlığı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından istinafın kurulacağı yerler şimdilik kaydıyla ilân edilmiştir. Tüm bu aşamalar da birlikte dikkate alınarak altıncı toplantımızda kanun yolları değişik boyutlarıyla tartışmaya açılmıştır. Gerek sunulan tebliğler gerekse tartışmalar, konuya farklı yönlerden ve daha geniş bakılmasını sağlayacak niteliktedir. Bu toplantıda bir ilk gerçekleştirilerek, yurt dışından, Almanya'dan, özellikle kanun yolları bakımından çalışmaları olan bir usûl hukukçu-

su meslektaşımız Prof. Dr. Peter Gilles de tebliğ sunmuştur. Böylece, altıncı Toplantı ile birlikte toplantılarımıza yabancı bilim adamlarının da davet edilmesi kararlaştırılmıştır. Önümüzdeki yıllarda da değişik ülkelerden meslektaşlarımız toplantılara davet edilecektir.

Toplantının ikinci gününde ise, yeni hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nu birlikte tartışma imkânı olmuştur. Toplantının yapıldığı tarihte henüz görüşe gönderilen ve son şeklini almayan Taslak hükümleri değerlendirilmiştir. Böylelikle daha önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda olduğu gibi, usûl hukukçularının Taslak hakkındaki görüş ve düşünceleri alınmıştır. Toplantının bu bölümünde, hukukçu olmayan, ancak konuyla ilgili olan diğer meslek alanlarından katılımcılar da yer alarak Taslak hakkındaki düşüncelerini açıklama fırsatı elde etmişlerdir. Dolayısıyla konu hukuk dışında başka bir gözle de değerlendirilebilmiştir. Bunun da yine toplantılarımız bakımından bir ilk olduğunu söyleyebiliriz.

Toplantıya Adalet Bakanlığı temsilcileri de katılarak tartışılan konularla ilgili özellikle Bakanlık nezdindeki gelişmeleri aktarmışlardır.

Toplantıyla ilgili bu güzel gelişmeler yanında, bu toplantıyla toplantıya ait kitabın yayınlanması sırasında medenî usûl ve icra iflâs hukukçuları ailesini derinden etkileyen ve üzen bir acıyı da yaşadık. Bu toplantıların gerçekleştirilmesinde katkısı ve emeği vazgeçilmez olan, toplantı fikrini birlikte oluşturduğumuz organizasyon komitesi üyemiz, Sevgili Meslektaşımız, Kardeşimiz, Dostumuz, Arkadaşımız Doç. Dr. Halûk Konuralp'i aniden ve çok erken kaybettik. Organizasyon Komitesi olarak çok önemli bir desteğimizi yitirdik. O'nu çok özleyeceğiz, ama çok önem verdiği Toplantıları Onsuz sürdürerek hatırasını yaşatacağız. Türk hukuk hayatına sadece bilgi birikiminin aktarılması değil, aynı zamanda akademik geleneklerin ayakta tutulması, paylaşımın artırılması, uygulama-teori birlikteliğinin sağlanması, genç akademisyenlerin

yetişmesi ve görgüsünü artırması yönünde de bir çok katkısı olan Sevgili Halûk Konuralp'i, bu toplantılar devam ettikçe hep aramızda yaşatacağız. Onu belki fiziken aramızda göremeyeceğiz, ama bundan sonra gerçekleştireceğimiz her toplantıda, yüzünden eksik olmayan gülüşüyle bizimle birlikte olduğunu hissedeceğiz.

Sevgili Konuralp bu son toplantıda önemli bir tebliğ sunmuştu, ondan son bir hatıra olarak bu makalesi de kitapta yer alacaktır. Sevgili Halûk Konuralp'e şükranımızın bir ifadesi olarak, 2008 yılı Ekim ayında gerçekleştirilecek yedinci Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nı, O'nun anısına düzenleyeceğiz.

Altıncı Toplantı'nın yapılması yine bir çok katkı ve destekle mümkün olabildi. Toplantı'nın Çeşme Altın Yunus Otelinde gerçekleşmesi için sponsor temini Sevgili Doç. Dr. Murat Atalı'nın desteği sayesinde gerçekleşmiştir. Kendisine bir kez daha hepimiz adına teşekkür ediyorum. Toplantının bant çözümleri konusunda, yine Türkiye Noterler Birliğı'nin desteği alınmıştır. Bu konuda ve her zamanki desteklerinden dolayı Türkiye Noterler Birliğı Başkanı Sayın Hasan Yeni'ye teşekkür ediyorum. Keza hem Toplantı'nın değışik aşamalarında hem de Toplantı'nın kitap halinde basımında, Türkiye Barolar Birliğı katkı sağlamıştır. Türkiye Barolar Birliğı Başkanı Sayın Av. Özdemir Özok ve yayın kurulu Başkanı Sayın Av. Teoman Ergül'e sürekli yanımızda hissettiğimiz destekleri için de şükranlarımızı sunuyorum. Ayrıca Türkiye Barolar Birliğı yayın işleri personeline de teşekkür ederim.

Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi, basıya hazırlanması ve tashihleri çok zor bir iş olmasına rağmen, her zaman olduğu gibi bu yıl da bu görevi, Sevgili Doç. Dr. Muhammet Özekes üstlenmiştir. Titiz ve gayretli çalışmalarından ve vazgeçilmez emeğinden ötürü kendisine teşekkürü yerine getirilmesi gereken bir borç biliyorum. Yine Doç. Dr. Muhammet Özekes'e destek olan ötürü Pınar Çiftçi'ye ve Evrim Erişir'e teşekkür ederim.

Ekim 2008 içinde yedincisini gerçekleştireceğimiz Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın da hazırlıkları sürmektedir. Yedinci toplantıda görüşmek dileğiyle sevgi ve saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Organizasyon Komitesi Başkanı

BİRİNCİ OTURUM
19 Ekim 2007 (Sabah)

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
(Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Kanunyonlarına Dair Bazı Düşünceler

Prof. Dr. Peter GILLES
(Frankfurt-J.W.Goethe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
2002 Medeni Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir
Medenî Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu
Sistemi

Hakkı DİNÇ
(Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı)
Hukuk Davalarında İstinaf ve Yargıtay

1. BÖLÜM

1. Tebliği Sahibi: Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

NEVHİS DEREN
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

KANUNYOLLARINA DAİR BAZI DÜŞÜNCELER¹

5236 sayılı Hukuk Usûlü Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına ilişkin 26.9.2004 tarihli Kanun, mevcut kanunyolları sistemini önemli ölçüde değişikliğe uğratmaktadır. Ülkemizde 1879-1924 yılları arasında mevcut olan istinaf derecesini yeniden getiren, karar düzeltmeye ilişkin hükümleri bertaraf eden, temyiz kanunyolunu yeniden düzenleyen bu kanun uygulanması ve yapısına ilişkin birçok sorunu bugüne kadar yaptığımız çalışmalarda gündeme getirdik². Ele aldığımız konuların başında tam istinaf-sınırlı istinaf ayrımı, istinafta

¹ Bu makale, 19-20 Ekim 2007 tarihinde İzmir'de gerçekleştirilen Medeni Usul ve İcra İslâs Hukukçuları Toplantısı'nda sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

² Bkz. Deren-Yıldırım, N., *Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003, s. 267 vd.*, Deren-Yıldırım, N., *İstinafın Gereçlendirilmesi, Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2000, s. 693 vd.* Ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 547 vd.

yeni vakıa getirme yasağı ve yeni vakıa getirme hakkı sorunu, gerçek anlamda yeni vakıa - sahte yeni vakıa ayrımı, istinaf sebepleri, ilk derece mahkemesinde geçerli olan teksif ilkesi ile istinafta geçerli olan yeni vakıa getirme yasağı arasındaki bağlantı ve bu sorunun yargılamanın yenilenmesine yönelik etkileri, istinaf sebeplerinin dayandırıldığı vakıa ve delillerin ikamesinin yeni vakıa getirme yasağının kapsamına dahil olup, olmayacağı hususu, istinafın konusu olan usûl muamelelerinin hangisi olduğu, istinafın gerekçelendirilmesinde istinaf süresinin önemi gibi konular gelmektedir.

Bugün yapacağımız sunumda ise anılan konuların dışında kalan bazı noktalara değineceğiz.

I. Kanunyollarının Amacı Ne Olmalıdır?

A. Usûlün Amacına Yönelik Tartışmalar

Usûli bir kurumun yapısının iyi anlaşılması için o kuruma ilişkin pozitif dayanaklara bakılması yeterli değildir. Kanunyolunun amacı kurumun düzenlendiği usûl kanunlarında değil, anayasa hukukunda aranmalıdır. Kanunyolunun amacının doğru bir biçimde tespiti, hükümlerin yorumlanmasında kolaylık sağlar.

Kanunyollarının amacı genel olarak yargılamanın amacından ayrı tutulamayacağından kısaca bu hususa da değinmek de fayda vardır. Usûlün amacını açıklarken genellikle iki farklı noktadan hareket edilmektedir. Bunlardan birincisi bireyin sübjektif haklarına öncelik tanıyan görüş, ikincisi ise hukuk barışının ve objektif hukukun sağlanmasına ilişkin görüştür.

1. Sübjektif Hakların Teminine İlişkin Görüş

Devletin hükümlerlik yetkisi ve hakkın bizzat yerine getirilmesinin yasak olması, özel hukuka ilişkin hakların sağlanması için iyi kurulmuş bir yargı sistemini gerekli kılmaktadır.

Diğer bir anlatımla, maddi hukuka ilişkin taleplerin tespiti ve yerine getirilmesi, yargılamanın asli amacıdır.³ 1945 yılından sonra bireysel hukuki koruma, Anayasa tarafından garanti alınan adaleti temin talebine dayalı olarak öne çıkmıştır. Yine Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasındaki adil yargılama hakkı uyarınca herkes özel hukukuna ilişkin hak ve yükümlülüklerini mahkeme önünde dermeyan edebilir. Görüldüğü üzere, medeni yargılamada bireyin hukuki korunması öncelik taşımaktadır.⁴

Bireysel hukuki korunma çerçevesinde sübjektif hakların korunması dışında maddi gerçeğe ulaşmanın usûlün amaçları arasında olup, olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Objektif gerçeğin tespiti ilkesinin sosyalist hukuk düzenlerinde açıkça düzenlenmiş olması, özellikle II. Dünya Savaşı ile birleşme öncesi dönem Federal Alman usûl doktrininde belirgin bir duyarlılığa yol açmış ve demokratik hukuk devleti medeni yargılamasının amaçları arasında sayılmayacağı savunulmuştur.⁵ Medeni yargılamada gerçeğe ulaşmanın önündeki engeller arasında yargının elindeki kaynakların sınırlı olması, dava malzemesinin sınırlarının tasarruf ilkesi ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi tarafından çizilmesi, diğer bir anlatımla gerçeğe ulaşmanın tarafların seçtiği dava malze-

³ Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), s. 27 vd.; Gaul, Der Zweck des Zivilprozesses ein anhaltend aktuelles Thema, in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Hrsg. Kamil Yıldırım, İstanbul 2001, s. 68 vd.; Stürner, Prozesszweck und Verfassung, Festschrift für Baumgaertel, 1990, s. 545 vd.; Deren-Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda Kesin Hüküm Sübjektif Sınırları*, İstanbul 1996, s. 1 vd.; Deren-Yıldırım, Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, *Yargıtay Dergisi*, 1995, s. 3, s. 229 vd.; Deren-Yıldırım, Kollektif Hukuki Himaye-Medeni Usul Hukuku'nda Sorun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?, *Yargıtay Dergisi*, 1997, s. 1-2, s. 137-154, s. 3, s. 308-328, özellikle s. 137; Deren-Yıldırım, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı Çağrışımlar, *Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan*, Ankara 2004, s. 817 vd., özellikle s. 828 vd.

⁴ Gaul, Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, s. 78 vd.

⁵ Örn. Leipold, Zivilprozessrecht und Ideologie -am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JZ 1982, s. 441 vd., Jauernig, JuS 1971, s. 329 vd.

mesi ile şekillenmesi ve nihayet delil ikamesinin yasaklandığı durumların olmasıdır.

Ancak doktrinde bazı yazarlar⁶ başlı başına usûlün amaçları arasında yer almasa da, gerçeğin bulunmasının hakkın tespiti için vazgeçilmez ve gerekli bir amaç olduğu, gerçek olmadan adalete de ulaşamayacağı sonucuna varmışlardır. Buna göre, yargılamanın amacı gerçek temelinde sübjektif hakların elde edilmesidir.⁷ Buradaki gerçek, kesinlikle sosyalist yargılama düzenlerinin ütopya gerçeği olarak algılanmamalıdır.

2. Hukuk Barışının ve Objektif Hukukun Teminine İlişkin Görüş

Medeni usûl hukukunun klasik amaçları denildiğinde akla başlıca dört amaç gelmektedir. Bunlar sırasıyla: sübjektif hakların korunması, objektif hukukun temini, hukuk barışı ve hukuk güvenliğidir.⁸ Sorun, medeni usûl hukukunun amaçları arasındaki hukuk barışı ve objektif hukukun temini amaçlarının diğer amaçlarının önüne geçirilmesi ve hatta usûlün bu amaçlardan ibaret görülmesidir. Nasyonal Sosyalizm döneminde bireysel hukuki korunmanın tamamen göz ardı edildiği, medeni yargılamanın halk adına objektif hukukun teminine ve hukuk barışı ile hukuk güvenliğinin tesisine yönelmediği unutulmamalıdır.⁹

Hukuk barışı amaç olarak ele alındığında şu hususlar tespit edilebilir. Hukuk barışı ile uyumsuzluğun bir hükümle

⁶ Gaul, Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, s. 84 vd. Bkz. Ayrıca Alangoya, Medeni Usul İlkeleri, İstanbul 1979, s. 1 vd.; Yıldırım, K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 1 vd. Bu konudaki tespitler hakkında değerlendirmeler için bkz. Deren-Yıldırım, Nevhis, Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, Festschrift für Walter H.Rechberger, Wien 2005, s. 103 vd.

⁷ Gaul, Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, s. 84

⁸ Stürmer, Prozesszweck, s. 545

⁹ Krş. Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1950 ve Schönke'nin görüşlerinin eleştirisi için bkz; Deren-Yıldırım, Yargıtay Dergisi 1995, s. 224 vd.

sonlandırılması ve maddi anlamda kesin hükmün oluşması kastedilirse, devlet mahkemeleri dışında da bu amaca erişilebileceği görülür.¹⁰ Hukuk barışına medeni usûlde ulaşılması başlı başına amaç değil, daha ziyade bireysel hukuki korunmanın bir sonucudur.¹¹ Zira taraflar davada hukuki barışının sağlanması gayesinden değil, şahsi çıkarlarının korunması gayesinden hareket ederler.

Aslında objektif hukukun temini sübjektif hakların korunması amacıyla çelişmemekte, bilakis objektif hukuk sübjektif hakların yerine getirilmesi yoluyla sağlanmakta ve gelişmektedir. Üst derece mahkemelerindeki kanunyolları incelemesiyle her ne kadar hukuk birliğinin sağlanması amaçlansa dahi ancak tarafın başvurusuyla gerçekleştiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla kanun yolu aşamasında bile hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun içtihatlar yoluyla geliştirilmesi amaçları bireysel hukuki korunmanın önüne geçmemelidir.

3. Görüşümüz

Demokratik hukuk devletinde usûlün en başta gelen amacı, gerçek temelinde sübjektif hakların elde edilmesidir.

B. Kanunyollarının Amacına Yönelik Tartışmalar

Yargılamanın amacını, gerçek temelinde sübjektif hakların sağlanması olarak belirlemek, gerçeğe ulaşmak adına sonsuza kadar kararların kontrolünü yapmayı haklı kılmaz. Zaten kontrolün uzun bir zamana yayılması da kanun yolu aşamasında kararın doğruluğunu garanti etmez. Kanun yolu aşamasında hukuki uyumsuzluğun sonlandırılmasına gereksinim duyulmaktadır. Buna ilave olarak kanun yolu incelemesinin yapılmasında kamu yararının bulunmadığı söylenemez. Devlet, bireylere kanun yoluna başvuru imkanı tanıyarak, içtihatlar yoluyla

¹⁰ Gaul, AcP 168, s. 59

¹¹ Gaul, Zivilprozessrecht, s. 84

hukukun geliştirilmesine ve hukuk birliğinin sağlanmasına da hizmet etmektedir.

Kanun yolu incelemesi yapan mahkemeler tam istinafin¹² geçerli olduğu sistemlerde olduğu üzere ikinci derece olay mahkemeleri gibi çalışabileceği gibi, yalnız kararın hukuki yönden kontrolü görevini üstlenen mahkemeler de olabilir. Dolayısıyla kanun yolu türleri konusu ülkeden ülkeye değişen renkli ve komplike bir görünüme sahiptir. Her kanun yolu bir hukuki çaredir, ancak her hukuki çare bir kanun yolu değildir. Kanun yolu, tarafın kendi aleyhine olan ve henüz kesinleşmemiş bir yargı kararına bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve bertaraf edilmesi imkanını veren hukuki çaredir.¹³ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, hükmün şekli anlamında kesin hüküm teşkil etmesini engellemeyen, yani erteleme etkisine sahip olmayan ve kanun yolu başvurusunun bir üst mahkemece incelenip karara bağlanmadığı, yani üst mercie aktarma etkisine sahip olmayan hukuki çarelerin kanun yolu olarak nitelendirilmesine imkan yoktur. Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına kadar her iki kanun yolu kriterini taşıyan tek kanun yolu temyiz kanun yolu, bu mahkemelerin kurulmasından sonra ise, istinaf ve temyiz kanun yollarıdır. Bilindiği üzere, yargılamanın yenilenmesi her iki kanun yolu kriterini de taşımamaktadır. Bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile bertaraf olacak karar düzeltme ise erteleyici etkiye sahip, fakat aktarma etkisine sahip olmayan bir hukuki çaredir. Yalnız Türkiye’de değil, diğer birçok ülkede de kanun yolları sürekli bir değişim halinde bir alandır. Örneğin Almanya’da 1.1.2002 tarihli Alman Medenî Usûl Kanunu değişikliğine kadar, istinaf mahkemeleri tarafların yeni vaktâ getirebildikleri bir olay mahkemesi gibi çalışırken, istinaf mahkemelerinin bu şekilde

¹² “... tam istinafi kabul eden sistemde, ikinci derece yargılama bütünüyle yeni bir usul kesitidir, istinaf mahkemesi hakimi ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak yargılamaya yeniden yön verir. Bunun sonucunda taraflara ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkanı verilmiş olmaktadır...” Bu şekilde: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 549.

¹³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 479 (§ 37 I)

yapılandırılmasının yargılamanın ağırlığının istinaf mahkemelerine kaydırılmasına, ilk derece mahkemesi önündeki yargılamanın ise, adeta bir hazırlık aşaması gibi görülmesine yol açtığı ileri sürülerek tam istinaf sistemi terk edilmiştir.¹⁴ Alman doktrinde 1.1.2002 değişikliğinden sonra, istinaf nedenleri göz önünde tutulduğunda istinaf mahkemelerinin olay mahkemesi olmaktan çıktığı ve artık hüküm mahkemesinin kontrolü ile yetinildiği görüşü egemendir.¹⁵

Görüldüğü üzere, kanunyolu incelemesinin niteliği türüne, yani vakıa getirme hakkının bulunup, bulunmadığına ve zamanına göre değişebilmektedir. Fakat hangi kanunyoluna başvurulursa başvurulsun, kanunyolu başvurusu yapan tarafın aleyhine olan ve onun iddiasına göre hatalı olan kararı, daha lehindeki ve doğru bir kararla değiştirme amacı güttüğü açıktır.

Kanun yolunun açık tutulması, mahkemelerin gerçekleştirdiği usûl muamelelerinin, hatalı olabileceği, diğer bir anlatımla; hakimlerin hata yapabileceklerinin kabul edilmesidir.¹⁶ İlk derece mahkemelerinin yaptığı yargılamadan hoşnut kalmayan tarafa kanunyoluna başvurarak verilen kararı tartışma imkanı tanınmaktadır.

Kanun yollarına egemen olan ilke, iptal ilkesidir.¹⁷ İptal ilkesinin kökeninde bir mahkeme kararına müdahalenin ardından onun iptali ve talebe uygun yeni bir kararın verilmesi yatar. Kanunyoluna başvuran tarafın daha yararına olan bir karar elde etmesi, kararın iptali ve bunu takiben yeni bir kararın verilmesi veya düzeltme yoluyla gerçekleşebilir, lehteki kararın hangi yolla elde edildiğinin önem taşımadığı Alman doktrinde kabul edilmektedir.¹⁸

¹⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 549.

¹⁵ Schilken, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Rdnr. 899; Becker-Eberhard, *Alman Medenî Usul Hukuku Reformu Hakkında*, in *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları*, İstanbul 2003, s. 68 vd., özellikle s. 75

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 15. Auflage, 1993, § 134 II.

¹⁷ Anfechtungsprinzip/

¹⁸ Arens, *Die Besprechung von Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozess*, AcP

1. Kanun yolunun Amacı Olarak Somut Olay Adaletinin Sağlanması

İlk ve ikinci derece yargılaması bir bütün olarak kabul edilirse, ilk derece yargılamasında geçerli olan amaç, ikinci derece yargılamaya da ışık tutacaktır. Bu çerçevede kanun yolu, ilk planda iptali istenen kararın usûlün maddi adaleti gerçekleştirme amacına uygun olup olmadığının incelenmesine yöneliktir.¹⁹ Somut olay adaleti, özellikle ilk derece mahkemelerinin kararlarına yönelik kanun yolu türlerinde önem taşır. İstinaf kanun yolu açısından yeni vakıa getirme hakkının tanınması, yani tam istinafın geçerli olması farklı bir durumun doğmasına yol açar, artık istinafta yalnız ilk derece mahkemesinin hatalı kararlarının kontrolü ile yetinilmeyecek, istinaf mahkemesine getirilen yeni vakıa ve deliller veya yeni hukuki değerlendirmeler sonucunda daha elverişli bir hüküm elde edilmeye çalışılacaktır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, istinaf mahkemelerinin ikinci derece olay mahkemesi gibi görev yaptığı ülkelerde tarafların ilk derece mahkemesindeki yargılamada dava malzemesinin getirilmesi konusunda ihmalkâr davranmaları, bu suretle davaların uzamasına neden olmaları, yargılamada ağırlığın ikinci derece olay mahkemesine kayması neden olmuş ve kanun değişiklikleri yoluyla tam istinafın sınırlı istinafa geçilmiştir. Nitekim Türk kanunkoyucu da istinafta sınırlı istinafi benimsemiştir: Nitekim 5236 sayılı Kanun'un 426. maddesi "... bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülme-yen iddia ve savunmalar dinlenmez, yeni delillere dayanılmaz..." hükmüne yer vermektedir. Sınırlı istinafta istinafın işlevi, ilk derece mahkemesince verilen kararın ondan daha nitelikli bir

173 (1973) s. 473 vd.; Habscheid, Besprechung von Gilles, Rechtsmittel, NJW 1974, s. 635; Semmelmayr, Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996, s. 34 vd. Aksi yönde: Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt a.M.1972, s. 7 vd.

¹⁹ Yıldırım, K, *Hukuk-Devletin Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000, s. 5; Gaul, AcP 168, s. 53; Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, s. 344 vd.

mahkeme tarafından kontrolüdür.²⁰ Buna göre, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararın ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır.²¹ Sınırlı istinafın konusu, ilk derece mahkemesi hakiminin altlama faaliyeti, yani onun dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ve nihayet hukuki normları vakialara altlamasının kanuna uygunluğunun değerlendirilmesidir (=Revisio in iure et in facto).²²

Dünyada giderek yaygınlaşan sınırlı istinaf modeli ile somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi arasındaki bağlantı ne olmalıdır?

Münchbach/Lotz,²³ vakialara ilişkin hatalar ile hukuki hatalar arasında ayırımın gözetildiği bir istinaf sisteminde somut olay adaletinin arka plana atıldığını üzülererek ifade etmişlerdir.

Bu konudaki tartışmaları ve kişisel görüşümüzü aşağıda belirteceğiz.

2. Kanun yolunun Amacı Olarak Hukuk Güvenliği ve Hukuk Barışının Sağlanması

Kanun yollarının amacı, doğru karara ulaşma, hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun geliştirilmesinden ibaret görülmez.²⁴ Kanun yoluna başvuran tarafın hasnının da kendi yararına olan hükmün korunması yönünde menfaatinin olduğu unutulmamalıdır. Kesin hüküm etkisi önemli olmayan nedenlerden ötürü ortadan kaldırılmamalıdır.²⁵

²⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 550.

²¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 550.

²² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 550, Fehr, Das Novenrecht, Zürich 1949, s. 20

²³ Justizreform-Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems? ZRP 1999, s. 374

²⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 481-482.

²⁵ Stürner, s. 40 vd.

Bunun dışında, kamu da kanunyolu incelemesinden ötürü haksız biçimde maddi zarara uğratılmamalıdır. Kanunyolları incelemesinden kaynaklanan giderlerin başvuran tarafından karşılanması da bunun hak arama özgürlüğünü tehdit etmesinden ötürü sorunu çözmektedir.²⁶

Hukukumuzda günümüze kadar istinafa başvuru imkanının olmamasından ötürü kanunyolunun amacı temyizcinin amacı çerçevesinde tartışılmış, istinaf ve temyiz kanunyollarının birlikte var olduğu hukuk sistemindeki görüşler, hukukumuzda bazı yazarlarca Türkiye’de istinafin ve istinaf mahkemelerinin olay mahkemesi olarak çalıştığı bir düzenin bulunmadığı göz önünde tutulmadan aktarılmış ve bundan hatalı sonuçlar çıkmıştır. Örn. Üstündağ’a göre, temyiz mahkemesine başvuru için kriter, hukuk uygulamasında birlik ve hukukun geliştirilmesidir.²⁷ Oysa Almanya’da tam istinaf sisteminin var olduğu dönemde temyiz derecesine yüklenen işlevin farklı olduğu, o dönemde ilk derece mahkemelerinin yanı sıra istinaf mahkemelerinin de olay mahkemesi kategorisinde olduğu, Temyiz Mahkemesi’nin görevinin daha sınırlı olduğu göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki Alman doktrinde sınırlı istinaf sistemine geçmeden önceki dönemde de demokratik hukuk devletinde Temyiz Mahkemesi’nin salt hukuk birliğini sağlama amacıyla yetinemeyeceği genel kabul gören görüştü.²⁸ 1982 yılında yazılan bir eserde şu tespitler yapılmıştır: “Temyiz Mahkemeleri Medeni Usûl Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden itibaren 100 yılı aşkın süre geçtikten sonra, açıkça görüldüğü üzere, kendisine konulan sınırları ortadan kaldırmış ve iki temel nokta üzerinde yoğunlaşmıştır. Buna göre, Temyiz Mahkemesi hem hukuk içtihatlarında birliği sağlayacak hem de bunun yanı sıra somut olay adaletine hizmet ile yükümlü olacaktır.”²⁹

²⁶ Stürner, s. 40 vd.

²⁷ Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 819.

²⁸ Schlosser, Peter, Tatsachenfeststellung in der Revisionsinstanz, Frankfurt a.M.1982, s. 9 vd..

²⁹ Schlosser, s. 12 vd.. ayrıca bkz. Yıldırım, K., s. 74-81.

Yıldırım da, kanun yolunun amacını farklı biçimde şekilde açıklamaktadır: "... özellikle Fransız-Alman hukukundaki gelişim göz önüne alınarak temyiz kanun yolunun, başta hukuki yeknesaklık olmak üzere kamu yararının yanı sıra, somut olayda maddi adaleti gerçekleştirmek ve sübjektif hakların himayesini sağlamak suretiyle birey yararını ön planda tutmak şeklinde bir amaca sahip olduğu söylenebilir..."³⁰

3. Kanun yolunun Amacı Olarak Hukukun Geliştirilmesi

Kanun yolu aşamasında ilk derece mahkemesi kararlarının kontrolü, objektif hukukun sağlanmasına, yani kararın hukuka uygunluğuna hizmet eder. Diğer bir anlatımla, devletin de kanun yoluna başvuru imkanını açık tutmakta menfaati vardır, bu suretle hukuk birliği sağlanır ve hukuk geliştirilir. Hukukun kanun yolu incelemesi sonucunda gelişmesi için üst derece mahkemelerine yeterli sayıda başvurunun yapılması gerekir. Taraf inisiyatifi dışında gerçekleşen kanun yolu incelemesi dışında kanun yararına temyiz³¹ kurumunda da hukuk birliği ve hukukun geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

4. Görüşümüz

Medeni usûl hukukunun öncelikli amacı maddi hukuka ilişkin hakların yani sübjektif hakların tespiti ve elde edilmesidir. İlk bakışta, birçok ülkede kanun yolu incelemesinin hukuka aykırılık nedenine dayandırılmış olması, üst derece mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin vakıa tespiti ile bağlı olması gibi hususlar, kanun yolunun amacının objektif hukuka uygunluğun sağlanması vb. amaçları ön plana çıkarmakta ise de, istinaf ve temyiz başvurusunda tasarruf ilkesinin geçerli olması, netice-i talebin kanun yoluna başvuran tarafça belirlenmesi,

³⁰ Yıldırım, K. s. 13

³¹ HUMK m.427/7-9 Bkz.Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, §.38 I 1 c.

tarafarca kanunyoluna başvuru giderlerinin karşılanması, istinaf ve temyiz şartlarının arasında hukuki menfaat şartının bulunması gibi unsurlar bu sonucu doğrulamamaktadır. Taraflar kanunyolu incelemesinin kaderini belirlemektedir.³² Diğer bir anlatımla, kanunyolunun birincil amacı *bireysel etkin hukuki korunmaya hizmet etmektir*. Bireysel etkin hukuki korunmaya hizmet, hem istinafın hem de temyizcin en önemli amacıdır.

Kanunyolu incelemesinin salt kamu yararına çalışması, yani salt hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanması görevlerini üstlenmesi Pawlowski'ye göre totaliter devlet düzeninin ürünüdür.³³

Tam istinafın geçerli olduğu, istinaf mahkemelerinin ikinci derecede olay mahkemesi gibi çalıştığı ülkelerde, istinafın daha ziyade bireysel hukuki korunmaya, temyizcin ise daha ziyade hukuk birliğine yönelik olduğu hususu dile getirilse de, her iki kanunyolu türünün özellikle bireysel hukuki korunmaya hizmet etmekle yükümlü olduğu açıktır.³⁴

Öte yandan "*bölge adliye mahkemeleri*"nin kurulmasından sonra temyiz incelemesinin Türk Hukuku'nda hangi koşullar altında gerçekleşeceğine bakmak gerekir. Temyiz incelemesi bölge adliye mahkemesinin hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarına karşı geçerlidir. Hukukumuzda değere bağlı temyiz sistemi, bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra da geçerli olacaktır. Bu çerçevede, Yargıtay'ın bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra saf bir içtihat mahkemesi haline geleceği beklenmemelidir.³⁵

Temyiz mahkemesine başvuru yabancı hukuk düzenlerinde sınırlandırılmıştır. Örneğin Alman Medeni Usûl

³² Aynı yönde: Tsikras, Kassation und Revision im europaischen Vergleich, ZZP Int 4 (1999) s. 171 vd.

³³ Pawlowski, ZZP 80 (1967), s. 352-356 ve s. 354, dn. 38' de anılan yazarlar.

³⁴ Tsikras, s. 203.

³⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 579.

Kanunu'nda yapılan 27.7.2001 değişikliğinden önce mameleke ilişkin davalarda temyiz edilen kısmın değerinin 60.000. DM'yi aşması halinde temyiz geçerli idi, diğer bir anlatımla mameleke ilişkin davalarda "değere bağlı temyiz sistemi" kabul edilmişti.³⁶ Malvarlığına ilişkin olmayan haklara yönelik davalarda ise, "izne bağlı veya kabule bağlı temyiz" sistemi geçerli idi.³⁷ Diğer bir anlatımla, istinaf mahkemesi, hukuki meselenin önemli olması durumunda temyize izin vermekte idi.³⁸ Alman Medenî Usûl Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce değere bağlı temyiz/kabule bağlı temyiz kriterleri birlikte uygulanırken değişiklikten sonra tam anlamı ile kabule/izne bağlı temyiz sistemine geçilmiştir.³⁹ Buna göre, istinaf mahkemesi § 543/II ZPO çerçevesinde; 1. hukuki uyuşmazlığın önemli olması veya 2. hukukun gelişmesi ve hukuk birliğinin sağlanması bakımından Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararının gerekli olması halinde temyiz talebini kabul eder.⁴⁰

Dönemin Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya,⁴¹ Türkiye Barolar Birliği'nce 7 Mart 2003'te düzenlenen "İstinaf Mahkemeleri" konulu Uluslararası Toplantı'da yaptığı açılış konuşmasında: "... Yargıtay'a temyizen incelenmek üzere yılda ortalama 450 bin civarında iş gelmektedir. Yargıtay 250 üyesi ile 21 hukuk ve 11 ceza dairesi olarak çok yoğun ve özverili bir çalışmayla bu ağır iş yükünün altından kalkmaya çalışmaktadır. Aynı zamanda Yargıtay bir içtihat mahkemesi olarak görev yapması gerekirken verilen kararı hem maddi olaylara, hem de yasalara uygunluk yönünden denetleme görevini üstlenmiş durumdadır. Bu kadar iş ve üyesi bulunan bir yüksek mahkeme hiçbir çağdaş hukuk devletinde yoktur. Üye ve daire adedinin artırılmasının da çözüm getirmediği mevcut uygulamayla açıkça anlaşılmıştır..." sözlerine yer vermiştir.

³⁶ Jauernig, Zivilprozessrecht, 23 Auflage, München 1991, § 74.

³⁷ Zulassungsrevision, Annahmeverision.

³⁸ ZPO a. § 546, 621 d.I.

³⁹ Gottwald, Systemfehler des deutschen Rechtsmittelrechts, in:FS Beys, Athen, 2003. s: 447 vd.

⁴⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 39 a. III.1.

⁴¹ İstinaf Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 4 vd.

Yabancı doktrinde temyiz mahkemesinin hukukun gelişmesi ve birleştirilmesi amacına hizmet edebilmesi için, küçük ve az daireye sahip bir yapıya sahip olması gerektiği, aksi takdirde dairelerin arasındaki iletişimin zorlaşacağı öne sürülmektedir.⁴² Bir diğer unsur ise, temyiz başvurularının sayısıdır.

5236 sayılı Kanun ile getirilen istinaf modeli incelendiğinde şu tespitler yapılabilir. Kanunkoyucu, teksif ilkesinin geçerli olduğu bir ilk derece yargılama modeline rağmen yeni vakıa getirme hakkını değil, yeni vakıa getirme yasağını benimsemiştir. Ancak yeni vakıa getirme yasağı hiçbir hukuk sisteminde olmadığı kadar sert kaleme alınmıştır. İstinaf sebebinin dayandırıldığı vakıa ve delillerin ibrazına izin vermeyen bir sınırlı istinaf modeli bireyin sübjektif haklarının korunmasını sağlamaz. Yani vakıa getirme yasağının en katı şekilde uygulandığı Avusturya Hukuku'nda dahi istinaf sebebinin dayandırıldığı vakıa ve delillerin ibrazı yasak kapsamında değildir.⁴³

Öte yandan kanunkoyucu, değere bağlı temyiz sistemini tek kriter olarak kabul etmek suretiyle temyiz incelemesinin de yaygın bir biçimde uygulanmasına yol açmıştır. Diğer bir anlatımla, istinaf ile temyiz kanunyolları arasındaki amaç ve nitelik farkı Türk hukukunda yok denecek kadar azdır.

Gelecekte bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın yabancı hukuk düzenlerinde geçerli normlara göre çalışıp çalışmayacağı, makul sürede yargılanma yapılıp, yapılamayacağı ve 5236 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ne derece kanunyolunun asli amacı olan bireyin sübjektif haklarının korunmasına hizmet edeceği açık değildir.

Bir hukuk sisteminde kanunyollarının çeşitlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. İstinafın özellikle delillerin değerlendirilmesi ve altlamadaki hataların kontrolü bakımından önemi vardır.

⁴² Pawlowsky, s. 352 vd.

⁴³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 552.

Diğer usûli konular gibi, kanunyolları konusu da ne oranda bireye etkin hukuki korunma sağladığına bakılarak değerlendirilmelidir. Kanunyollarının amacının salt kamu yararı ile açıklanması, bireyin sübjektif haklarının etkin korunmasına hizmetin esas alındığı günümüz yargılama anlayışı ile örtüşmemektedir ve çağ dışıdır.

Son olarak Alman yazarlardan Peter Schlosser'in şu tespitine dikkat çekmek istiyorum: "... *Federal Almanya'da yüksek mahkemeler de esas olarak salt atlamadaki hataların kontrolü ilkesi geçerlidir. Bu çerçevede vakia tespiti kontrolü yapılmaz. Ancak mahkemenin hukuk normlarını uygulayabilmesi için önce vakia tespiti yapılması gerektiği açıktır... Burada hata yapılması halinde temyiz mahkemesi de bu alanda da hukukun uygulanmasının iyi yapılıp yapılmadığını gözetmekle yükümlüdür ...*"⁴⁴

⁴⁴ Schlosser, s. 9 vd.

2. BÖLÜM

2. Tebliği Sahibi: Prof. Dr. Peter GILLES
(Frankfurt a.M.-Johann Wolfgang Goethe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi)

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Tebliğ Çevirisi: Arş. Gör. Evrim ERİŞİR
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

2002 MEDENİ USÛL HUKUKU REFORMU SONRASI HİPERTROFİK¹ BİR MEDENİ YARGININ PROBLEM SAHASI OLARAK ALMAN KANUN YOLU SİSTEMİ

Alman yargısını, yani yargı erkini, daha doğrusu Almanya'nın üçüncü erki olarak adlandırılan sistemini karakterize eden, olağanüstü kudreti, hatta yürütmeye, yasamaya, bunun gibi topluma, ekonomiye ve politikaya büyük etkisi ile üç devlet erki içerisindeki üstünlüğü; dahası, bilhassa adli personel yığını ve yargı organlarının çokluğu bakımından büyüklüğü; sonra, yargı çeşitleri (yargı kolları), mahkeme derecelerinin (silsilesinin), karar mercilerinin, yetkilerinin (fonksiyonel yet-

¹ Vücûdun dengesiz gelişmesi, anormal gelişen. (çn.)

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

ki, görev, yer yönünden yetki) ayırt edilmesinde olağanüstü karmaşıklığı; nihayet, aşırı iş yüküne rağmen, haddi hesabı olmayan işlem yığınının adli organlara fazla yük yüklemeyerek göreceli olarak kısa zaman diliminde halledilmesine yönelik göreceli etkinliği

Reform çabalarının ve son dönemde Alman yargı sisteminde gerçekleştirilen reformların ana hedefi, Doğu Avrupa'nın geniş kesimlerindeki ve bunun dışında yargı sisteminin inşası ve büyütülmesinin söz konusu olduğu diğer yerlerdeki reform gayretlerinin aksine azaltma ve tadildir. Bu, çokça kullanılan yargının (*lean justice*) ve adli yargılamaların (*lean procedure*) daraltılması, yargının ve kurumlarının "sınırlandırılması" ve "rasyonelleştirilmesi", "idaresi" ve "tasarrufu", ya da "azaltılması", "yeknesaklaştırılması" ve "basitleştirilmesi" anahtar sözcükleri ve parolalarında ifadesini bulmaktadır. Burada Alman yargısının temel sorunu veya "temel baş belası", gerçekten ya da sözüm ona "aşırı yüklenmesidir." Bu, daha yeni ve en yeni reformların motoru ve hareket noktasıdır.²

Bütün bu açıklananlar sebebiyledir ki, Federal Alman Cumhuriyeti, olumsuz bir şekilde düşük sesle, "yargı", "yargılama", "yargı kararları", "yargı yolu", "kanun yolu", "hukukçular veya hâkimler" ülkesi olarak tesadüfen isimlendirilmiyor.³

A. Medeni Yargı

Alman medeni yargısı bir yargı türü, daha doğru bir ifade ile diğer yargı yollarının içinde bir "yargı yoludur". Medeni yargı, ceza yargısı, çekişmesiz yargı ve aile yargısının da dâhil olduğu adli yargıya dahildir. Bunun yanı sıra, iş yargısı, sosyal yargı, idari yargı, finans yargısı, eyaletlerin anayasa yargısı,

² Döneç (rotor), makinelerin dönen bölümlerini tanımlamakta kullanılır. (çn.)

³ "Rechtsstaat und Justizstaat in der Krise", in: *Neue Justiz*, 1998, s. 225 vd.

bunun gibi Federal Anayasa yargısı diğer çeşitli yargı yollarının yanında mevcut bulunmaktadır.

Medeni yargının inşası ya da teşkilatı, yani mahkeme dereceleri, daha doğrusu "yargı silsilesi", eyaletlerin tek tip birinci derece ilk müracaat mahkemeleri, eyaletlerin ikinci derece kanun yolu mahkemeleri ve mahkeme kararlarında yeknesaklığın güvence altına alınması ve hukukun yeknesak olarak gelişimi ana ödevi ile üçüncü derece Federal Mahkeme anlamında bir üç aşamalılık yönündeki onlarca yıllık reform çabalarına rağmen (Krş. "Büyük Yargı Reformu") pek çok sebepten her seferinde başarısızlığa uğramıştır. Bunun için şu güne değin Mahkeme Teşkilatı Hakkında Kanun'da (GVG) daha yakından düzenlenen sulh mahkemeleri (AG), asliye mahkemeleri (LG) ve eyalet mahkemeleri (OLG), bunun gibi Federal Mahkeme (BGH) en üstte olmak üzere dört aşamalı sistem muhafaza edilmiştir.

Sulh mahkemeleri esas itibariyle yalnız meslekten bir hâkimden oluşurken (§ 22 GVG), diğer tüm yüksek mahkemelerde, asliye ve eyalet mahkemesinde esas itibariyle üç, Federal Mahkeme'de beş meslekten hâkimden oluşan hâkimler heyeti (daireler, kurullar) yargılama yapar ve karar verirler. Az sayıda olan belirli işlerde, hukukçu olmayan hâkimler kürsüde yer alırlar.

Kanun koyucu mamafih, asliye mahkemelerinin hem ilk müracaat mahkemeleri hem de istinaf ve itiraz mahkemeleri işlevinde oluşumuna ilişkin olarak giderek (Krş. §§ 348, 348 a, 526, 527, 568 ZPO) yargılama ve kararı giderek ya kanundan ötürü doğrudan "tek hâkime", yani heyetin bir üyesine bırakma ya da anılan görevlerin heyetin kararı ile tek hâkime devrine izin verme noktasına gelmiştir. Buna nazaran, bugüne değin faaliyet gösteren ilk derece sulh ve asliye mahkemeleri yerine, bugüne kadarki ilk derece mahkemelerinin tek hâkimli olması ve oradan (uyuşmazlıkların değeri ve türü dikkate alınmaksızın) müşterek müracaat mahkemesinin oluşturulması daha tutarlı ileri bir adım olurdu.

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Yargı istatistiğine⁴ göre Almanya'da (Erişim: 31.12.2004) 16 eyalette sayısız daireleri ile daha çok hukuk uyuşmazlıkları ile meşgul olan 687 sulh mahkemesi (Krş. §§ 23 vd. GVG), hukuk işleri için 1491 daire ile çalışan 116 asliye mahkemesi (Krş. §§ 71 vd. GVG), bunun gibi 483 hukuk dairesi ile 21 eyalet mahkemesi (Krş. § 133 GVG), ayrıca en yüksek mahkeme olarak 12 hukuk dairesi ile Federal Mahkeme (Krş. § 133 GVG) bulunmaktadır.

Yargı organlarının çokluğu personel yığını gerektirmektedir: Federal düzeyde toplam 489 hâkimin 249'u medeni yargıyı da içine alacak şekilde adli yargıda, bölgesel düzeyde 20412 hâkimden yalnız 15207'si adli yargıda hizmet vermektedir. Buna, bilhassa özel medeni uyuşmazlıklarda faaliyet gösteren yardımcı hâkim anlamında yargı memurları gibi geniş kapsamda yardımcı adliye personeli ilâve edilebilir. Avukatların hâli hazırdaki sayısının şu dönemde yaklaşık 140.000'i bulunması muhtemeldir. Birkaç bin noter avukat ve noter de bu sayıya ilâve olacaktır.

Adalet hizmeti arzı ile birlikte bu devasa adalet aygıtına, buna uygun devasa yargısal hukuki koruma talebi isabet etmektedir. Medeni yargıdaki yıllık iş yığını bunu anlamlı kılmaktadır: Adli istatistiğe göre 2003 yılında medeni uyuşmazlıklarda sulh mahkemelerinde birinci derece yargılamalarında yeni başvuru sayısı 1.500.905'e, çözüme kavuşturulan dava sayısı 1.489.432'e ulaşmıştır. Birinci derece mahkemeleri olarak asliye mahkemeleri, ilâve 426.829 yeni ve 418.735 sonuçlandırılan işi kaydetmiştir. Kanun yolu mercii olarak asliye mahkemelerindeki iş yığını, kanun yolu yargılamalarında 70.742 yeni başvuru ve 74.586 sonuçlanan işi göstermiştir. Kanun yolu mahkemeleri olarak eyalet mahkemelerinde buna uyan rakamlar 56.793 ve 61.709'dur. Nihayet Federal Mahkeme medeni uyuşmazlıklarda 6093 işi sonuçlandırmak durumundayken,

⁴ Krş. Federal İstatistik Kurumu, *2005 İstatistik Yılığ*, 2005, s. 261 vd. Ayrıca bkz. "Das Justizsystem in Deutschland", in: *Institut für Landeskunde (HRSG)*, Nationalatlas Bundesrepublik Deutschland, Gesellschaft und Staat, 1999, s. 58 vd.

5.890 iş sonuçlandırılmıştır. Aile mahkemeleri için münferiden ek olarak belirlenen iş miktarı 573.690'a, sonuçlandırılan dava sayısı 577.146'ya ulaşmıştır.

Ne var ki, bununla, hukuk mahkemelerinde iş yükünün krokisi henüz tamamen çizilmiş olmamaktadır. Çünkü adli istatistik, yalnız normal hukuk davalarını ve medeni usûl yargılamalarını içine almış, yaklaşık 12 milyon olarak tahmin edilen yargı memurları tarafından sonuçlandırılan ilâmsız icra takiplerini, bunun gibi birkaç milyon icra takibini, geçici hukuki koruma veya çekişmesiz yargı işlerindeki muazzam yığılı, istatistikte özel olarak gösterilen aile hukuku ve iş hukukunu ilgilendiren davaların yüz binlercesini dâhil etmemiştir. Tamamlanması gereken ve her yıl daha büyük yığılma olmaksızın da tamamlanan hukuk davaları böylelikle tahminen 15 milyona yakın bir rakama ulaşmaktadır.

Medeni yargı alanındaki bu adli verilerde, yargıdan sıklıkla "yargılama seli", "avukat çığı", "hukukçu erozyonu" "hâkimler yığılı" -kurumların doğal afetleri tetiklemesi- veya "hipertrofiler", "jigantizm"⁵ "şişkinlik" ve "vahşi büyüme" şeklinde söz edilmesinde ve yargının bu şekilde yazılmasında hayrete düşülmemelidir.

B. Hukuk Davalarında Derece Silsilesi

Medeni Usûl Kanunu'nun (ZPO) yeni değişikliklerinden birisi, yani 1.1.2002'de yürürlüğe giren 27.7.2001⁶ tarihli Medeni

⁵ Büyüme hormonunun aşırı salgılanmasından meydana gelen bir hastalık. (çn.)

⁶ Schneider, "Das neue Zivilprozessrecht", in: ZAP 2001, s. 1079 vd.; Herzler, "Neues Zivilprozessrecht ab 1.1.2002", in: *Neue Justiz* 2001, s. 617 vd.; Rimmelsbacher, "Die Rechtsmittel im Zivilprozess nach der Reform", in: *Jura* 2002, s. 11 vd.; Nauder, "Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz", NJW 2002, s. 63 vd. ve 162 vd.; Schilken, "Schwerpunkte der Rechtsmittelreform im deutschen Zivilprozess", in: *Ritsumeikan Law Review* 2002, s. 61 vd.; N. Stürner, *Die Anfechtung von Zivilurteilen*, 2002; Prütting, *Rechtsmittelreform 2000*; Fischer, *Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht*, 2002.

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Usûl Reform Kanunu, her şeyden önce kanunun 3. kitabında düzenlenen kanun yolları kısmında, hukuk işlerinde derece silsilesi esaslı surette değişmeksizin önemli yenilikleri beraberinde getirmiştir.

Eskiden olduğu gibi sulh mahkemesinin hüküm ve kararları esas itibariyle asliye mahkemesinin kanun yolu mercii olarak karar verdiği (§ 72 GVG) istinaf (§ 511 ZPO) ya da şikâyet (§ 567 ZPO) yolu ile iptal edilebilirken, asliye mahkemesinin ilk derece hüküm ve kararları esas itibariyle istinaf veya şikâyet yolu ile ve aynı şekilde sulh mahkemelerinin verdiği kararlara karşı asliye mahkemesinin ikinci derece olarak istinaf ve şikâyet kararları eyalet mahkemesinde iptal edilebilmektedir (§ 119 GVG). Üçüncü derece temyizde (§ 542 ZPO) asliye mahkemeleri ve eyalet mahkemelerinin kanun yolu mercii olarak verdiği kararlara karşı Federal Mahkeme'ye başvurulması hususu değişmemiş (§ 133 GVG), bu aşama, Federal Mahkeme'nin hukuki kontrol şikâyetleri için yetkilendirilmesi yolu ile genişletilmiştir (§ 574 ZPO).

Medeni Usûl Reform Kanunu ile birkaç kanun yolu tadil edilmiş veya yenileri ile ikâme edilmiştir. Bilhassa kararlara (Beschluss) karşı kanun yolları şu şekilde değiştirilmiştir: Sulh ve asliye mahkemelerinin birinci derecede verilen kararlarına karşı süresiz basit şikâyetin yerini süreli acele şikâyet (§ 567 ZPO) almış, bunun gibi yeniden şikâyet kaldırılarak yerine bundan böyle, kapsamlı şekilde düzenlenen, Federal Mahkeme'de (§ 133 GVG) görülen hukuki kontrol şikâyeti (§ 574 ZPO) gelmiştir.

Bütün bunlarla, medeni yargıdaki derece silsilesinin basitleştirilmiş üç aşamalılığının sağlanması planı yeniden başarısızlığa uğramış ve önceden kolaylıkla anlaşılabilen kanun yolu derece sistemi bilhassa hukuki kontrol şikâyeti yolu ile daha da karmaşık hâle gelmiştir.

Arttırılan karmaşıklığın yarattığı olumsuz bu durumda, anılan reform yoluyla Federal kanun koyucu tarafından eyaletlere sağlanan, eyalet mahkemelerinin sulh mahkemesi

kararlarına karşı tüm istinaf ve şikâyet talepleri için yetkili olmasının eyalet kanunu ile belirlenmesini deneme olanağı (Krş. § 119 GVG) pek bir şeyi değiştirmeyecektir. Hatta daha çok, bazı eyaletler uygulamanın şiddetli direncine karşı bu imkânı kullandıkları takdirde, eyaletten eyalete değişen farklı kanun yolu dereceleri ile şu anki kanun yolu keşmekeşinin daha da büyüyeceğinden endişe edilmelidir.

O bakımdan bu bahsi kapatırken az önce basitleştirilen sunumda, Alman kanun yollarının pek zayıf şeffaflığı anlatılırken, örneğin bazı mahkemelerin yetki kuralları bahsinde olduğu gibi sayısız istisnalar ve müstesnalara değil, yalnız en önemli mevzuata ve yalnız temel normlaştırmalara yer verildiğine işaret edilmelidir.

C. Hukuki Çare Sistemi

"Müracaat yolları" anlamında "kanun yolu" kavramı, Roma döneminde ilk önce çok genel olarak hukuka aykırı aleyhe usûli durumların sonradan düzeltilmesi ("*Remedur*") ya da ortadan kaldırılması aracı olarak anlaşılan "*remedium*" denilen Roma hukuku kavramına bağlanır. Bu hukuki çarelerin, partikularist İXX. yüzyılın sonuna dek gelişmesinde olduğu gibi, o dönemden beri zamanla oluşan, karışan çeşitliliği karşısında, 1877 tarihli Alman Usûl Kanunu kanunkoyucusunun nihai amacı,⁷ o zaman mevcut olan kanun yolu ve hukuki çare sisteminin ihtilâf gibi isimlerine göre ortadan kaldırılması ve kökten yeni ve ayrı usûli kanun yolları ve hukuki çareler düzeninin yaratılmasıydı. Bundan böyle "kanun yolu" olarak yalnız "*istinaf, temyiz ve şikâyetin*" gündeme geleceği hususunda,

⁷ Alman kanun yollarının ve müracaat yollarının tarihi gelişimine ilişkin olarak krş. Rechtsmittel im Zivilprozess, 1972, özellikle s. 188 vd.; Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, 1992, s. 71 vd.; Weitzel, "Politisch fremdbestimmte Rechtsmittel - noch heute? Zugleich ein Beitrag zur Justizreform", in: *DuR* 1975, s. 351 vd. (s. 363 vd.); aynı yazar *Der Kampf um die Appellation am Reichskammergericht, Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland*, 1976.

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

"kesinleşmemiş kararların bir üst hâkim önünde kaldırılabilceği" usûli hukuki çareler anlamında, ayrı ve yeni -aynı zamanda içi boş bunun gibi vahim- apodiktik⁸ kanun yolu tanımı bu amaçla bağlantılıdır.

Günümüzde kanuni kanun yolu kavramına -katılma yoluyla istinaf (§ 524 ZPO), katılma yoluyla temyiz (§ 554 ZPO), sıçrama yoluyla temyiz (§ 566 ZPO) ve katılma yoluyla şikâyet (§ 567 III ZPO), yeni hukuki kontrol şikâyeti ve katılma yoluyla hukuki kontrol şikâyeti (§ 574 ZPO) ve de temyizcinin caiz görülmemesi şikâyeti (§ 544 ZPO) varyasyonlarının yanında- kanun koyucunun bir önceki yüzyılda belirlediği üzere yalnız az önce anılan üç prototip, istinaf (§ 511 ZPO), temyiz (§ 542 ZPO) ve şikâyet (§ 567 ZPO) dahildir.

Bugün de halen hep istinaf, temyiz ve şikâyetin "olağan" kanun yolu olarak adlandırılması ve örneğin "olağanüstü" kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesinden ayırt edilmesi mutatsa ve eskiden olduğu gibi kanun yollarına işlev ve yapı itibariyle aynı ya da en azından benzer olan hukuki çarelerin çokluğu söz konusu ise, kanun koyucunun kanun yolu kavramını bilinçli gibi gözükken tarifi inkâr edilmez.

Dezavantajlı (aleyhe) hukuka aykırı (hatalı) hükümlerin ve diğer kararların ortadan kaldırılması hedefi ile yapısal ve işlevsel açıdan aynı olmasa bile temel karakterinde kanun yollarına yakın akraba olan bu "iptal araçları" arasında diğer hukuki çarelerin yanında bilhassa şunlar sayılmaktadır:

• Lüzumlu olmadığı hâlde Nichtigkeitsklage (§ 579 ZPO) ve Restitutionsklage (§ 580 ZPO) olarak sınıflandırılan "yargılamanın yenilenmesi" anlamında yargılamanın yenilenmesi davaları (§ 578),

• Gıyap kararlarına ve ilâmsız takipte ödeme emrine itiraz edilmemesi üzerine düzenlenen belgeye karşı "itirazlar" (§ 338 ZPO),

⁸ Zorunlu olarak doğru, mecburen yanlışlanamayacak koşullara sahip. (çn.)

• İlâmsız takipte ödeme emrine (§ 694 ZPO), ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbire karşı "*itirazlar*" (§ 924 ZPO, § 936 ZPO),

• Naip hâkimin ve istinabe olunan hâkimin veya evrak memurunun, bunun gibi yargı memurlarının (§§ 11 RPfG) kararlarına karşı itiraz,

• İleride muaccel olacak sürekli edimlere ilişkin hükümlere (§ 323 ZPO) ve nafaka ilâmlarına karşı (§ 654 ZPO) "*değişiklik davaları*",

• Mirasa, nesebe ilişkin işlerde ve diğer işlerdeki çeşitli kararlara karşı "*iptal davaları*",

• İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin kaldırılması yargılamaları (§§ 927 ZPO, 936 ZPO),

Bu kanuni hukuki çarelere yargı kararlarında geliştirilen

• Resmi kurumlardan bir işlemin yeniden incelenmesi ve düzeltilmesine ilişkin talepler (Gegenvorstellung)

• "*Hukuki dinlenilme itirazı*" (Anhörungsrüge)

• Hukuki dinlenilme hakkının ihlâli için yakın zamanda kanunla düzenlenen "*çare*" (§ 321 a ZPO),

• "*Açık kanuna aykırılıktan ötürü istisnai şikâyet*" gibi diğer şekli olmayan çare yargılamaları

gibi hukuki çareler ilâve olacaktır.

Hâkim kararlarına doğrudan doğruya yönelmeyen, ancak diğer dezavantajlı usûli durumlara yönelen

• Hükümün "*tauzihi*" ve "*tamamlanması*" yargılamaları (§§ 319 ZPO, 321 ZPO),

• "*Eski hâle iade*" (§ 233 ZPO)

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

• Bunun gibi “şikâyet”⁹ (§ 766 ZPO), “icra korunma şikâyeti”¹⁰ (§ 765 a ZPO), §§ 785, 786 ZPO’daki versiyonlarıyla “icramın geri bırakılması davası” (§ 767 ZPO), “icra kaydına karşı dava” (§ 768 ZPO), “istihkak davası” (§ 771 ZPO), bunun gibi icra prosedüründe acele şikâyet (§ 793 ZPO) gibi icra hukuku çarelerinin karmaşık bolluğu

anılmadan geçilmemelidir.

Bunlara, çekişmesiz yargının kendi hukuki çarelerinin yanında, özellikle “insan hakları şikâyeti” (Art. 25, 26 EMRK) gibi Avrupa Usûl Hukuku’ndaki hukuki çareler ve -süper hukuki çare olarak isimlendirilen- Federal Anayasa Mahkemesi’ne yöneltilen “Anayasa şikâyeti” (Art. 93 GG, § 90 BVerfGG)¹¹ ilâve

⁹ “Şikâyet” burada hukukumuzdaki gibi, icra memurunun işlemlerine karşı başvuru hukuki çare anlamında kullanılmıştır. Ancak Almanca’dan “şikâyet” şeklinde çevrilen “Erinnerung” kurumu, yalnız icra memurunun işlemlerine değil, aynı zamanda diğer icra organlarına da yönelmektedir. Diğer icra organlarına mahkemeler de dahildir. Mahkemeler, hüküm şeklinde karar verebilecekleri gibi, icrai tedbirler de alabilir. Bu bakımdan, şikâyet prosedürüne dahil olması bağlamında mahkemenin işleminin “karar” ya da “icrai tedbir” olarak tespit edilmesi önem taşımaktadır (Paulus, Christoph G.: Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 2003, Rdn. 665). (çn)

¹⁰ Alman Usul Kanunu’nun 765a paragrafına göre, icra mahkemesi, borçlunun talebi üzerine, icrai bir işlemi, işlem, alacaklının korunma ihtiyacının değerlendirilmesi sonucunda özel koşullardan ötürü örf ve adete uygun düşmeyecek sertlikte ise, kaldırabilir, yasaklayabilir ya da geçici olarak durdurulabilir. Maddenin ikinci fıkrasında, icra memurunun bir haftayı geçmeyecek şekilde icra mahkemesinin kararına kadar bir şeyin teslimine yönelik işlemi erteleyebileceği düzenlenmiştir. İcra memurunun bu işlemine karşı da şikâyet (Erinnerung) yoluna başvurulabilir (Putzo, Hans: *Thomas/Putzo ZPO Kommentar*, 25 Auflage, München 2003, s. 1243). (çn)

¹¹ Tamamına ilişkin daha etraflı, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik (N. 4), s. 26 vd.; “Thesen zu einigen der Rechts-, Verfassungs-, Verfahrens- und Justizpolitischen Aspekte des Themas: Grundrechtsverletzung bei der Zwangsvollstreckung”, in: *Diki International (Athen)*, 1996, s. 111 vd. (özellikle s. 149 vd.); Vosskuhle, Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems”, in: *NJW* 1995, 1377 vd; Fischer, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, 2006; „Zivilprozess und Verfassung”, in: *Zivilprozessrechtliches Seminar*, Hanyang University, Seoul, Korea 2005, s. 1 vd.; “Zivilprozess und Verfassung”, in: *Civil Procedure, Korean Association of the Law of Civil Procedure*, (ed.) Seoul, Korea,

olacaktır. Anayasa şikâyeti, bu arada yargılama hukukunun ve adli hukukun tırmanan müesseseleştirilmesi, daha doğrusu "anayasa hukuklaştırılması" ("hiper müesseseleştirme") yoluyla hep daha fazla anlam kazanmıştır.

Kanun yollarında ve hukuki çarelerdeki hipertrofik konglomere¹² karşısında Alman Federal Cumhuriyeti'nin küçümseyici "bir hukuki çare devleti" veya "bir kanun yolu devleti" unvanını alması şaşırtıcı değildir. Burada bir temizlik ve basitleştirme gecikmiştir.

Mahkeme Teşkilatı Kanunu (GVG) ve Medeni Usûl Kanunu'na (ZPO) ilişkin sayısız büyük ve küçük değişiklikler içinde uyumsuzluğun ve kanun yoluna başvuru değerinin artırılarak özellikle hukuk mahkemelerinin görev ve fonksiyonel yetkilerindeki devamlı değişiklikler göze çarpmaktadır. Burada asıl amaç, üst mahkemelerin ve özellikle kanun yolu mahkemelerinin rahatlatılması ve bununla asıl iş yükünü, başvuru mahkemesi olarak esas itibariyle yalnız bir hâkimden oluşan sulh mahkemelerine yüklemektir. Bu, günümüzde yıllık milyonlarca hukuk davasının sulh mahkemelerince çözümlenmesi zorunluluğuna, asliye ve eyalet mahkemelerinin ise yalnız birkaç on bin ve Federal Mahkeme'nin yalnız birkaç bin işi sonuçlandırmak zorunda olmalarına yol açmıştır.

Medeni Usûl Kanunu, bu muazzam yeniden katmanlaşmayı şu ana değin hesaba katmamıştır. Önceden olduğu gibi "birinci derece yargılama" hukuki prototipi, üç hâkim ve avukatla temsil zorunluluğu sonucunda (§ 78 ZPO) en azından iki avukatla birlikte toplam beş hukukçu ile donatıldığı için tamamen profesyonelleştirilmiş ve yüksek derecede şeklileştirilmiş ve dogmatikleştirilmiş asliye mahkemesi yargılaması iken (§§ 253 vd. - 494 a ZPO), bugünkü yığılı sulh yargılaması, sulh mahkemelerinde yargılamaya ilişkin (§§ 495 - 510 b) medeni usûlün bugünkü gerçek protipine göre az sayıda cılız düzenlemelerle yetinmek zorundadır.

2005, s. 13 vd.

¹² Yığılma, yığışım. (çn.)

D. Kanun Yolu Sistemi

Kanun yollarının temel anlayışına, "karakterine", daha doğrusu "yapısına" ilişkin olarak mevzuat, uygulama ve hukuk biliminde, usûl hukuku içinde hedeflerin konulması ve usûl hukuku dışında amaçların belirlenmesi, kanun yolu yargılamasının ve kararının konusu, bunun gibi kanun yolunun belirleyici özel vasıfları, kabule şayanlık ve haklılık koşulları, başvuru kanun yolu mahkemesinin inceleme yetkisi, içeriksel anlamı itibariyle genel kanun yolu tanımı hususlarında esash farklılıklar mevcuttur.

Her şeyden önce, birbirine taban tabana zıt görüşlerin mevcut olduğu tartışma, kanun yollarında ilk derece yargılamasının bir "yenilenmesi", "tekrarı" veya "devamının" mı; yoksa bağımsız "iptal ve kontrol aracının" mı söz konusu olduğu etrafında dönmektedir. Birincisinde, birinci derecenin şimdilik geçici hâkim kararının "doğruluk garantisinin arttırılması" amacıyla, yalnız birinci derecedeki "meseleye", yani birinci derecenin "uyuşmazlık konusuna", daha doğrusu birinci derecedeki "hukuki ihtilafa" ilişkin yeniden bir karar verilmesi (*Novum iudicium*) hedeflenmektedir. İkincisi ise kanun yolu mahkemesi tarafından *ex nunc* tespit edilmesi gereken kararların sonuç yönünden hatalı olması durumunda, aleyhe kararların denetimi ve ortadan kaldırılmasına yönelik karşı koyma anlamındadır. Sonuncusu, usûl hukukunda yalnız küçük bir azınlık tarafından savunulmaktadır.¹³ Diğer taraftan, kanunkoyucunun, 2002 yılındaki kanun yolu hukukundaki değişikliğinde, kanun yollarının "kontrol karakterini" güçlendirme ve eski uyuşmazlığın yeni bir basısından başka bir şey olmadığı yönündeki yaygın fikirden vazgeçmese de en azından nispileştirme gayretlerine rağmen, önceden hemen hemen ittifak edilen ve azınlık görüşüne belirli

¹³ Rechtsmittel im Zivilprozess, 1972; Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, 1992; Gilles/Röhl/Schuster/Strempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, 1985, ve orada özellikle Gilles, "Rechtsmittel im Zivilprozess aus juristischer Sicht", s. 11 vd., bunun gibi, görüş farklılıklarına ilişkin Leipold, "Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle", s. 285 vd.

noktalardaki tavizlere rağmen bugün baskın görüş, yeniden karar verilmesi "*Novum judicium*" düşüncesinde hâlen ısrar etmektedir. Bu görüşe, istinaf mahkemesi önündeki "*uyuşmazlığın*", taleplerin çizdiği sınırlar içerisinde yeniden muhakeme edileceğinin ve "*istinaf mahkemesinin muhakeme ve kararının konusunun tek başına, tanınan veya kaldırılan hakka ilişkin hususların olduğunun*" yazılı olduğu önceki § 525 ZPO ve § 537 ZPO metninin kaldırılması da hizmet ediyordu.

Kanun yollarında önceki uyuşmazlığın yalnız bir yenilenmesi, tekrarı veya devamının söz konusu olması, her ne olursa olsun burada temsil edilen görüşe göre mevcut düzenleme ile yalnız zor bağdaştırılabilir ya da hiç bağdaştırılmaz. Zira, kanun yolları ilk derece kararlarına yönelir, bundan başka ekseriyetle bu kararların "*iptali*" ve "*kaldırılmasından*" söz edilmektedir, dahası "*mesele*", "*dava*" veya "*uyuşmazlık*" kavramları kanun yolu düzenlemelerinde açıkça "*kanun yolu*" kavramından ayırt edilmektedir. Bu sebeple, dava açılması, davanın gerekçelendirilmesi ve dava üzerine tasarruflar, kanun yoluna başvuru, kanun yolunun gerekçelendirilmesi ve kanun yolları üzerine muhtemel tasarruflara göre farklıdır ve aynı şekilde davada gündeme gelecek olası kararlar bir taraftan ve kanun yolundaki kararlar diğer taraftan ve aynı şekilde davanın kabule şayan ve haklı olması, kanun yolunun kabule şayan ve haklı olmasından kanunda kat'i surette birbirinden ayırt edilmelidir.

Kanun koyucu, kanun yollarını gerçekten önceki yargılamanın salt devamını sağlayan araç veya yeniden yürütülmesi olarak inşa etmek isteseydi, bu durumda taraflardan birisine ya da her ikisine adeta kararın verilmesinden önceki durumun eski hâle iadesi talebi şeklinde eski yargılamanın doğrudan doğruya devamını talep etme yetkisi tanıyan ya da taraflardan birini önceki yargılamayı tekrarlatmaya yetkilendiren tek bir hüküm yeterli olurdu.

Halbûki bir kanun yoluna, ilk derecede kaybeden, yani karar sonucunda kararın dezavantajlı geçici veya nihai etkileri sonucunda zarar gören tarafça başvurulabilecek olması, dava-

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

cının kanun yoluna başvurması durumunda birinci derecede verilen karara bakılmaksızın ve “*ne bis in idem*” ilkesine riayet edilmeksizin dava açabileceği anlamına gelirdi ki, bu, kanundan çıkarılamaz. –Genellikle– birinci derecede kaybeden ve zarara uğrayan davalının, bundan böyle –yargılamanın konusu ve seyrini belirleyen kişinin davacı olduğunu belirten tasarruf ilkesine aykırı olarak– davacının davasını tekrarlatabileceği veya devam ettirebileceği noktasında önceki uyuşmazlığın yenilenmesi veya devamı yönündeki hâkim kanaat, doğrusu absürd gözükmektedir ki, bu, evleviyetle kanundan çıkarılamaz.

Kanun yoluna başvuru, buna rağmen salt kanun yolu davacısının belki de belirli kabule şayanlık şartlarına bağlanacak yenileme veya yargılamanın devamı talebinin bir türü olsaydı, o hâlde kanun yolunun kendi esası (haklılığı) olmazdı. Gerçekten bu husus, kanunda öngörülen kanun yolunun haklılık şartları ve haklı ve haksız kanun yolu taleplerinde kanun yolunun karar şartlarına rağmen hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir. Bu nedenle, ders kitaplarında ve şerhlerde kanun yollarının “*haklılığına*” –nadiren– gerçekten yer verildiği kadarıyla, kanun yolunun haklılık incelemesinin önceki davanın kabule şayanlığı ve haklılığının incelenmesinden başka bir şey olmadığı kabul edilmektedir.

Medeni usûl hukuku biliminin burada bahsi açılmakla yetinilen kanun yollarının temel karakterine ilişkin temel meselelerden bütünüyle uzak durması tesadüf değildir. Çünkü medeni usûl hukuku bilimi, kanun yollarının “*karakteristik*” kriterleri, hatta “*yapısal özellikleri*” olarak en azından doğruluk kontrolünü, menfaati veya kararın iptalini bile görmemekte, bunun yerine salt başta tanımlanan kanun yolunun yan etkilerinin söz konusu olduğu “*erteleme etkisi*” ve “*aktarma etkisini*” görmektedir. Bu konuda kanun yolu düzenlemesinde aktarma etkisi hiçbir şekilde anılmamıştır (Kırş. Yunan Usûl Kanunu m. 522). Erteleme etkisine yalnız kıyıda köşede ve istisnai durum olarak değinilmiştir (§§ 544 V, 570 I ZPO). Bir de icra

hukukunda Usûl Kanunu'nun 705. paragrafının 2. fıkrasında, kanun yoluna, "*Einpruch*" şeklinde itiraz veya "*Rüge*" şeklinde itiraza zamanında başvurulmasının § 321 ZPO'ya göre "*kesin hükme*" engel olacağı yer almaktadır.

Buna dayanılarak, genel olarak kabul edilmektedir ki, kanun yoluna başvuru ile ortaya çıkan Usûl Kanunu'nun 705. paragrafının 2. fıkrasında anılan engelleme etkisi, yani erteleme etkisi, "*şekli anlamda kesin hükmün*", yani hükmün süreye bağlı kanun yolu ile iptal edilmezliği anlamında, bir kararın etkilerinin ertelenmesinden ibarettir. Bu durum, süresinde kanun yoluna başvurulması sonucunda, bu kanun yolu açısından iptal edilmezliğin ortaya çıkmayacağı şeklindeki totolojik ifade ile aynı kapıya çıkmaktadır.

Bu ifade, erteleme etkisinden, yürürlükte olmayan DDR (Krş. § 153 DDR-ZPO), Avusturya (§ 466 ZPO), Zürih (§ 260) ve Yunan Usûl Kanunlarında (madde 521) düzenlendiği ve kabul edildiği gibi şekli değil, maddi anlamda kesin hükmün, icra edilebilirliğin ya da bir diğer hükmün etkisinin ertelenmesi şeklinde anlaşılırsa anlam kazanır.

İptal aracı olarak kanun yollarının burada tartışılan temel karakterine bakarak erteleme etkisinin bozucu, aleyhine kanun yoluna başvuru kararlarının kaldırılmasını hedef tutan iptal aracının tipik bir vasfı olduğu da ilâve edilmektedir. Aleyhine kanun yoluna başvuru kararının etkileri, kanun yoluna başvurulması sonucunda, kararın ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı veyahut da muhafaza edilip edilmeyeceğinin geçici olarak belirsiz olduğu sürece ortaya çıkmamalıdır.

Eski uyuşmazlığın daha üst bir merciye yansıtılması etkisi veya uygun bir intikal etkisi olarak ifade edilen aktarma etkisine ilişkin olarak da hâkim görüşün içerik bakımından sunacakları pek azdır. Özellikle şu yansıtılma veya intikalin gerçekten ne anlama geldiği ve burada hukuki ya da dosyanın gönderilmesinde olduğu gibi (§§ 541, 565 ZPO) salt vakıasal bir tezahürün bulunup bulunmadığı tamamen belirsiz kalmakta-

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

dır. Halbûki burada temsil edilen görüşe göre, aktarma etkisi, şayet bu etki, fonksiyonel yetki kuralları ile ilişkilendirildiği takdirde usûli bir anlam kazanmaktadır. Çünkü başta kanun yolu derecesi, özünde birinci derecedeki dava hakkında karar verebilmek için fonksiyonel yetkiye sahip olmadığına göre, bu yetki bir şekilde kanun yolu derecesine tanınmalıdır ki, bu da aktarma etkisi sayesinde gerçekleşir. Ne var ki, bu tür bir etki, ancak bir kanun yolu mahkemesi, yalnız bozucu değil, düzeltici de çalışırsa, yani aleyhine kanun yoluna başvuru kararı gerektiğinde yalnız kaldırmaz, aynı zamanda kendisi de karar verirse gereklidir.

Bunun yanında aktarma etkisi, derdestlikle de açıklanabilir. Derdestlik, birinci derece için davanın açılması ile başlar-ken, kanun yoluna başvuru yalnız kanun yolunun konusunu (hükmün kaldırılması talebini) kanun yolu mahkemesinde derdest hâle getirir.

Halbûki yalnız bozan değil, aynı zamanda düzelten kanun yollarında da eski uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesi gerektiğinde, kanun yolu mahkemesindeki yargılamanın derdestliğini açıklayabilecek bir etkiye ihtiyaç olacaktır.

Erteleme etkisi bozucu bir hukuki çarenin vasfı iken, aktarma etkisi, prensip olarak istinaf (§ 538 ZPO) ve istisnaen temyiz (§ 563 ZPO) ve hukuki kontrol şikâyeti (§ 577 IV ZPO) gibi ilâve bir düzeltici işleve sahip kanun yollarının vasfıdır. Dolayısıyla bir kanun yolu mahkemesine aleyhine kanun yoluna başvuru hükmün kaldırılması (*judicium rescindens*) yanında prensip olarak ya da istisnaen kaldırma sonucunda karara bağlanmamış birinci derece uyuşmazlığı hakkında bu sefer kendisinin yeniden karar verme ödevi de verildiğinde (*judicium rescissorium*), kanun yolunun bozucu iptal aracı temel karakteri değişmemektedir. Daha ziyade burada yalnız, düzeltici kanun yollarının, kanun yollarının temel karakterine ait olan bir yapısal değişik biçimi söz konusudur.¹⁴

¹⁴ Kanun yollarının temel karakterine ve erteleme ve aktarma etkisine ilişkin tartışma için krş. "Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik", N. 4, s.

Nihayet ilâve edilmelidir ki, "düzeltmenin" söz konusu olduğu, yani işin kanun yolu mahkemesince yeniden karara bağlandığı yerde, düzelten yeni kararın, kanun yoluna başvurana eski hükmün aleyhe etkilerinden daha fazla zarar vermemesi hususunda ekseriyetle "reformatio in peius" yasağı geçerlidir.

E. 2002 Reformuna Göre Münferit Kanun Yolları

1.1.2002'de yürürlüğe giren Medeni Usûl Reform Kanunu, ilk derece yargılama usûlü hakkında birkaç köklü değişiklik yanında, ağırlıklı olarak kanun yolu hukukuna, yani istinaf, temyiz ve şikâyete ilişkin düzenlemelerde yenilikleri, bunun gibi hukuki kontrol şikâyetine ilişkin hükümlerin eklenmesini içermektedir. Aşağıda bu konu, yani az önce anılan kanuni kanun yolu kavramına dâhil olan dört hukuki çare incelenecektir. Burada yalnızca düzenlemeye ilişkin en önemli noktalar ele alınacaktır.

Bu hususta görülecektir ki, açık ve sağlam bir temel anlayış eksikliğinde muhtelif kanun yollarının hedefi, konusu, başarı şartları, karar varyasyonları, kabule şayanlık ve haklılığı, yargılama aşamaları, yargılamanın seyri gibi tamamen temel sorunları bakımından kanun yolu hukukunun son derece muğlak, belirsiz ve yoruma muhtaç çok sayıda kanun ifadeleri, belirsiz hukuk kavramlarının bolluğu ve az uygulanabilir ve neredeyse düzelemez bir formülasyon ile çok noksan ve bölük pörçük olduğu ortaya çıkmaktadır.

77- 110; "Rechtsmittel im Zivilprozess", s. 24 vd.. 158 vd.. Hakim görüş için bkz. Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, Zivilprozessordnung, 64. Auflage 2006, s. 1646 vd.; Rosenberg/ Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2004, s. 929 vd.; Lüke, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung, 9. Auflage 2006, s. 369 vd.; Schilken, Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2002, s. 433 vd.; Jauernig, Zivilprozessrecht, 27. Auflage 2002, s. 283 vd.; Grunsky, Zivilprozessrecht, 11. Auflage 2003, s. 186 vd.

I. İstinaf

En yeni değişikliğe göre Usûl Kanunu'nun 3. kitabında "*kanun yolları*" adıyla birinci fasılda ele alınan istinaf, §§ 511 - 541 ZPO'da özünde artık şu şekilde düzenlenmiştir:

İstinaf veya "*istinaf davacısı*" ve "*istinaf davalısı*" ile iki taraf prensibine tabi olan istinaf davasına, § 511 I ZPO'ya göre birinci derecede verilen "*nihai kararlara*" (§ 300 ZPO) "*karşı*" gidilir ve § 511 II ZPO'ya göre yalnız ya itiraz edilen kısmın 600 Euro'yu aşması (değere bağlı istinaf) ya da ilk derece mahkemesinin istinafa başvurulmasına hükümde "*izin vermesi*" (izne bağlı istinaf) durumunda caizdir. İstinafa, istinaf mahkemesini bağlayacak şekilde biri olumlu, diğeri olumsuz iki şartın gerçekleşmesi durumunda izin verilmelidir. Olumlu şart gereğince, ya "*dava ilkesel bir öneme*" sahip olmalı ya da "*hukukun gelişimi*" veya "*yargı kararlarının yeknesaklığının güvence altına alınması*" istinaf mahkemesi kararını gerektirmelidir. Hükmün tarafın aleyhine sonuçlanan kısmının 600 Euro'dan fazla olmaması (§ 511 IV ZPO) da olumsuz şarttır.

Kanun, istinafa başvurabilirlikten ve istinafın kabule şayanlığından neyin anlaşılacağı sorusunu özel olarak önemsememektedir. Bu, istinafın yalnız kararın "*bir hukuka aykırılığı*" (§ 546 ZPO) istinat etmesine veya 529. paragrafa göre dayanan "*vakıaların*", "*farklı yönde bir kararı haklı kılmasına*" (§ 513 I ZPO) dayandırılabilceği ifadesi için de geçerlidir. Bu da, "*önceki vakıalar*" bakımından, ilk derecinin vakıalara ilişkin değerlendirmesi, daha doğrusu vakıa tespitindeki hatalar ile aynı anlama gelir.

Buradan en azından, tasarruf ilkesi temelinde istinaf davacısının ayrı bir yargılama yoluyla kendisinin herhangi bir şekilde aleyhine olan bir mahkeme kararına karşı koyduğu çıkmaktadır. Mamafih bu konuda kanun, sadece istinafın konusunun değerini zikretmekte, ancak istinafın konusunun, daha doğrusu istinaf yargılamasının konusunun esasen ne olduğunu açıklamamaktadır.

Kanun yolları için oldukça tartışmalı temel kabule şayanlık şartı -gerek şekli anlamda gerekse maddi anlamda- hukuki yarara; aynı şekilde doktrin ve uygulamada (sübjektif) kanun yolu sıfatı ya da (objektif) kanun yolu hukuki yararı olarak nitelendirilen duruma hiç değinilmeyecektir.

Ya hükme etkili bir "*hukuka aykırılık*" (§ 546 ZPO) ya da aleyhine istinafa gidilen hükmün bu nedenle hatalı olarak ortaya çıkması veya "*farklı bir kararı haklı kılması*" nedeniyle Usûl Kanunu'nun 529. paragrafına göre dayanan vakialardan diğer bir sonuca varma şeklindeki başvuruabilirlik veya kabule şayanlık şartları olarak başı çeken iki muhtemel "*istinaf sebebi*" kategorisi, burada hatanın kontrolünün ve/veya ileriye etkili (*ex nunc*) doğruluk kontrolünün, daha doğrusu önceki ZPO'da (§ 526) özel olarak zikredilen "*aleyhine istinafa başvuru kararın doğruluğunun incelenmesinin*" söz konusu olduğunun hiç değilse anlaşılmasını sağlamaktadır. Doğruluk ya da hata, kararın denetlendiği zamana ve kararın hukuki ve maddi durumuna göre kanun yolu mahkemesince tespit edilmelidir. Bundan başka, buraya kadar değinilen kaidelerden, burada yanlışlık ve/veya hata durumunda aleyhe mahkeme kararlarına karşı koymanın söz konusu olduğu da çıkarılabilir. İstinaf mahkemesinin yanlışlık ve/veya hata durumunda aleyhe kararı nasıl ve ne şekilde karşılaması gerektiği, kanunda yine açıkça belirlenmemekte; fakat, bir "*değişiklikten*", yani eş zamanlı olarak, kaldırma ve yeni karardan ya da açıkça aleyhine kanun yoluna başvuru kararın "*kaldırılmasından*" (Krş. §§ 520 III, 540 I ZPO) söz eden diğer düzenlemelerden çıkarılabilmektedir.

İstinaf davacısının tasarruf sahasına, yalnız iddiasına göre yanlış ya da hatalı, aleyhine kararın kaldırılması talebi ile (istinafın konusu), istinaf yargılamasının başlatılması değil, aynı zamanda istinaf hakkından feragat etme (§ 515 ZPO) ya da "*istinafı geri alma*" (§516 ZPO) olanakları da dâhil olmakla beraber, kanunda genel olarak tanınan konusuz kalma veya istinafta sulh olanaklarından söz edilmemiştir.

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Karar hem istinaf davacısının, hem de istinaf davalısının aleyhine ise, davalı, ayrı bir istinaf başvurusunun yanında, katılma yoluyla istinafa (§ 524 ZPO) gitmekte de serbesttir. Katılma yoluyla istinaf aynı surette, kanunun açık lafzına göre -koşulları ile birlikte- bir kanun yolu teşkil eder.¹⁵ Ancak katılma yoluyla istinaf, hâkim görüş tarafından kabul edildiği gibi¹⁶ hiçbir şekilde "yeni yargılamanın sınırlarının belirlenmesine katılmak amacıyla" salt "savunma yapmaya dönük" bir talep değildir.

İstinafın diğer kabule şayanlık şartına ilişkin olarak, kanun, istinaf süreleri ve şekillerini ele almaktadır: Kesin süre olan istinaf süresi bir aydır (§ 517 ZPO). İstinafa başvurulması için, zorunlu içeriği bulunan istinaf dilekçesinin (§ 519 I ZPO) verilmesi gerekir. İstinaf dilekçesinde, aleyhine istinafa gidilen hüküm gösterilmeli, bunun gibi hükme karşı istinafa başvurulduğu açıklaması (§ 519 II ZPO) yer almalıdır. Bundan başka, istinafın gerekçelendirilmesi zorunluluğu (§ 520 I ZPO) bulunmaktadır. İstinafın gerekçelendirilmesi süresi iki aydır (§ 520 II ZPO). İstinaf, dilekçede gerekçelendirilmemişse, bu, yine zorunlu içeriği ile birlikte (§ 520 III ZPO) ayrı bir istinafın gerekçelendirilmesi dilekçesinde yapılabilir. Öncelikle dilekçe, hükmün hangi kapsamda iptal edileceği açıklaması ve hükümde hangi değişikliklerin talep edildiğini ("*istinaf istem sonucu*") içermelidir. Yalnız bu istinaf istem sonuçları istinaf mahkemesinin incelemesine ve kararına tabidir. İstinaf mahkemesi, yalnız değişiklik talep edildiği çerçevede (§ 528 ZPO) aleyhine kanun yoluna başvuru kararı değiştirilebilir. Bundan başka, istinafın gerekçelendirilmesi, § 513 ZPO'da anılan "*istinaf sebeplerinin*" somutlaştırılması suretiyle hukuka aykırılığın ve aleyhine kanun yoluna başvuru kararı hükmüne etkisinin çıkarılabileceği "*olayların gösterilmesini*"; ayrıca, "*iptali istenen karardaki vakıa tespitlerinin doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşku*

¹⁵ "Anschließung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidisposition über die Sache in: *höherer Instanz*, ZZP 91 (1978), s. 128 vd.; "Grundprobleme des zivilprozessualen Anschließungsrechts, ZZP 92 (1979), s. 152 vd.

¹⁶ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann (N. 7), s. 1685.

uyandıran ve bu nedenle yeni bir tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarını" ve nihayet § 531 II ZPO'ya göre "yeni iddia ve savunma araçlarına" izin verilmesinin gerekliliği durumunda bunların da gösterilmesini içermelidir (§ 520 III ZPO).

Burada -avukatla da temsil edilen (§ 78 ZPO)- davacıdan, "olaylar" ve "bunun hukuka aykırılığa" etkisi, daha doğrusu -ne anlama geliyorsa- iptali istenen hüküm için "önemi" ve aynı şekilde "somut dayanak noktaları" bakımından istinafin gerekçelendirilmesine ilişkin beklenebilecek olan her şey, vakıa tespitlerinin doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşkunun gerekçelendirilmesi ve yeni bir tespitin bu nedenle gerekmesi, basit bir ifadeyle zorlamadır ve kanaatime göre güçlükle tatbik edilebilir kanuni direktifler gibi görünmektedir.

Özel olarak düzenlenen "istinaf mahkemesinin inceleme kapsamına" (§ 529 ZPO) ilişkin olarak, mahkeme, öncelikle başka bir yerde düzenlenen "kabule şayanlık denetiminde" (§ 522 I ZPO), istinafin başvuru şartları yanında başkaca başvuru şartları ve kabule şayanlık şartlarını gözetmeksizin ancak usûlüne uygun ve süresinde başvuruyu ve gerekçelendirmeyi re'sen incelemelidir. Bu gerekliliklerinden birisi eksikse, istinaf -hukuki kontrol şikâyeti ile iptal edilebilir- bir kararla usûlden geri çevrilmelidir (§ 522 I ZPO).

İstinaf kabule şayan ise ve artık istinafin esasına geçildiğinde, kanunun hiçbir yerinde istinafin gerçekten ne zaman haklı olduğu açık ve net bir biçimde anlatılmamıştır. Burada temsil edilen görüşe göre, ister re'sen incelenecek ya da davacı tarafından iddia edilmesi gereken istinaf sebepleri, ister maddi ya da şekli hukuk ihlalleri, ister uygulanacak hukukun yanlış seçilmesi (*errores in iudicando*) ya da usûli hatalar (*errores in procedendo*) olsun, isterse hatalı veya bütün olmayan vakıa tespitleri veya hukukun hatalı uygulanması olsun, yalnız § 513 I ZPO'ya göre izin verilen istinaf sebeplerinden birisi hatalı bir hüküm sonucu ile illiyet bağı içinde ise istinaf haklıdır.

İstinaf, haklı olmak ve bununla kanun yolu başarıya ulaşmak şartıyla, aleyhine kanun yoluna başvuru kararı "kaldı-

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

riilmalı" veya istinaf mahkemesi, dava hakkında kendisi karar vermek zorunda ya da karar verebilecekse, ya hükmü tamamen veya kısmen değiştirmeli ya da *"hükmün ve yargılamanın kaldırılmasına ve davanın belirli şartlar altında ilk derece mahkemesine gönderilmesine"* karar vermelidir (§ 538 I, II ZPO).

Buna karşılık, istinaf mahkemesi, istinafın *"başarı şansının"* bulunmadığına baştan kanaat getirirse, bundan başka hukuki meseleye *"ilkesel önem"* vermiyorsa ve buna ilâveten *"hukukun gelişimi ya da yargı kararlarının yeknesaklığının güvence altına alınması"*, istinafta verilecek kararı gerektirmiyorsa, istinaf, -açıkça haksız olduğundan- gecikmeksizin duruşma yapılmadan oybirliği ile verilecek bir karar ile reddedilmelidir (§ 522 II ZPO). Böyle bir karara karşı kanun yoluna başvurulamaz (§ 522 III ZPO).

İstinaf yargılaması için her durumda şu husus dikkate alınmalıdır: İstinaf mahkemesinin esasa ilişkin incelemesi sonucunda davacının istinaf gerekçelendirmesinde iddia ettiği ve mahkeme tarafından incelendiği şekli ile bir hukuka aykırılık, vakia tespiti eksikliği ya da diğer bir incelenebilir istinaf sebebi bulunuyor, fakat, karar sonucu itibariyle diğer sebepler, yani iddia edilen ve incelenenlere göre *"diğer sebepler yönünden doğru"* ise, burada temsil edilen görüşe göre istinaf her halukârda §§ 561, 577 IV ZPO'nun kıyasen uygulanması sonucu reddedilmelidir.

Yalnız istinaf davacısının istinafın gerekçelendirilmesi çerçevesinde ayrıntılarıyla ileri sürmesi gerekenler ve esasen ileri sürebilecekleri değil, aynı zamanda *"istinaf mahkemesinin inceleme kapsamına"* (§ 529 ZPO) ve bununla zımnen istinafın gerekçelendirilmesine ilişkin yeni düzenlemenin neyi ifade ettiği de oldukça sorunludur. Buna ilişkin olarak kısaca, ilk olarak karar için önem taşıyan vakia tespitlerinin doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşku uyandıran ve bu nedenle yeni bir tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarının bulunmaması şartıyla, istinaf mahkemesinin birinci derecede *"tespit edilen vakiaları"*, *"yargılamasına ve kararına"* -burada yargılamanın ve kararın konusunun veya malzemesinin ne

olması gerektiği müphemdir- esas alması gerektiğinden söz edilmektedir (§ 529 I ZPO). İkinci olarak, dikkate alınması caiz veya dikkate alınmasına izin verilmiş ise “*yeni vakıalar*” da istinaf mahkemesinin inceleme kapsamına dahildir (§ 529 II ZPO). Buna karşılık, re’sen dikkate alınmayacak bir “*usûle aykırılık*”, istinaf mahkemesi tarafından yalnız bu eksiklik istinafın gerekçelendirilmesi dilekçesinde (§ 520 III ZPO) ileri sürülmüşse incelenir.

Bu konuda sayısız önemli-önemsiz, mutlak-nispi usûle aykırılıklardan hangilerinin re’sen veya tarafın ileri sürmesi ile dikkate alınması gerektiği ne yazık ki müphemdir. Davanın “*kabule şayan olmadığı itirazına*” ilişkin düzenleme de vazgeçilebilir ya da vazgeçilemez itirazlardan ayırt edilmesi ile beraber yeterli bilgiyi vermemektedir (§ 532 ZPO).

Bundan dolayı istinaf mahkemesinin inceleme kapsamına ilişkin düzenlemede (§ 529 ZPO), tıpkı davacının istinafın gerekçelendirilmesi dilekçesinin içeriğine yöneltilen gerekliliklerde olduğu gibi (§ 520 ZPO) aynı yorum ve uygulama zorluklarına ve diğer birkaç hususa rastlanır: Zira, § 529 II ZPO’da, bütün bunlara ilişkin olarak, esas alınması gereken vakıaların ve incelenmesi gereken usûle aykırılıkların listelenmesinin hemen akabinde, kesin bir biçimde “*bundan başka*”, istinaf mahkemesinin, iddia edilen istinaf sebepleri ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İstinaf mahkemesinin “*iddia edilen istinaf sebeplerinden*” hangisi ile gerçekten “*bağlı*” olduğu, burada “*bundan başkasının*” ne anlama geldiği bu düzenlemeden veya başka bir yerden çıkartılamamaktadır.

Böylelikle istinafın esasına ilişkin bütün düzenleme zaten olduğundan daha da tereddütlü hâle gelmiştir.

Buna ilişkin önde gelen bir yazar¹⁷ sadece şunu ifade etmektedir: “*Bundan başka ifadesi, re’sen dikkate alınacak usûle aykırılıklarda ve maddi hukukun uygulanmasında istinaf mahkemesinin ileri sürülen istinaf sebepleri ile bağlı olmadığı anlamına gelmektedir.*”

¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann (N. 7), s. 1695.

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Şu hâlde, bu, muhtemelen, istinaf mahkemesinin hiçbir şekilde istinaf davacısının taraflarca hazırlama ve getirilme ilkesine göre iddia ettiği maddi veya hukuki istinaf sebeplerinin tamamı veya hiçbirisi ile bile bağlı olmadığı ve istinaf mahkemesinin § 513 ZPO çerçevesinde yargılamanın ve kararın, hukuki ve vakılara yönelik dava malzemesini az ya da çok dilediği gibi belirleyebileceği demektir.

Bugünkü Alman istinaf düzenlemesinde açıklık ve tutarlılığın, sağlamlık ve yerindeliliğin böylesine eksik olması, yalnız "*kanun yapma sanatının*" günümüzde genel olarak kötü icra edilmesi sebebiyle değil, aynı zamanda kanun koyucunun, istinaf mahkemelerinin, kararların tamamen, hem hukuki açıdan, hem de vakılar itibarıyla incelenmesine yönelik o zamanki olanakları ile istinafa, "*vakia derecesi*" olarak kanun yolları reform düşüncesinde en baştan hayır demek ve bunları salt hukuki kontrol derecesine, deyim yerindeyse küçük bir temyize dönüştürmek istemesi sebebiyledir. Buna mukabil, bugünkü çözüme ilişkin olarak, uygulamanın ve bilimin ağır protestoları karşısında kanun koyucu nihayet, istinaf mahkemesine, açıklanan sınırlı çerçevede yine de belirli ölçüde vakia denetimi ve yeni vakia tespiti yapması hususunda izin vermeye mecbur kalmıştır.

Mamafih, kanun koyucu, istinaf mahkemelerinin yükünü, radikal başvuru engelleri, ağır yargılama zorlukları ve maddi olduğu kadar yüksek usûli başarı bariyerleri ile büyük ölçüde hafifletme yönündeki hukuk ve yargı politikasına ilişkin asıl dileğinde kendisini kabul ettirmiştir.

II. Temyiz

Aleyhine kanun yoluna başvuru hâlinde hükümler bakımından birkaç istisna dışında (§ 542 II ZPO) "*istinaf derecesinde verilen nihai kararlara*" (§ 542 I ZPO) yönelen temyizdeki (§§ 542 ff. ZPO) kanuni yenilikler, istinafta olduğu kadar bütünüyle aşırı sonuçlar vermemiştir. § 443 I ZPO uyarınca temyize, ya istinaf

mahkemesi -temyiz mahkemesi için bağlayıcı şekilde- hükmünde belirtmişse ya da sonrasında temyiz mahkemesi kendisi, kanun yoluna izin verilmemesine karşı şikâyet üzerine temyize izin vermişse (izin temyizi) başvurabilir. Burada § 443 II ZPO uyarınca temyize, "*dava, ilkesel bir öneme sahipse*" veya "*hukukun gelişimi*" veya "*yargı kararlarının yeknesaklığının güvence altına alınmasının*" temyiz mahkemesi kararını gerektirmesi durumunda (§ 543 II ZPO) daima izin verilmelidir. İstinaf mahkemesince temyize izin verilmemesi, şikâyete (kanun yoluna izin verilmemesi şikâyeti) tabidir. Şikâyet, bir aylık kesin süre içinde şikâyet dilekçesi ile yapılmalıdır (§ 544 II ZPO) ve izin verilme sebeplerinin beyan edilmesi suretiyle (§ 543 II ZPO) iki ay içinde gerekçelendirilmelidir. Şikâyet üzerine temyiz mahkemesi duruşma yapmaksızın (Beschluss) şeklinde bir karar verir (544 IV ZPO). Şikâyet, kanun yoluna başvuru hükmün kesinleşmesini önler. Şikâyetin reddedilmesi ile hüküm kesinleşir (§ 545 V ZPO). Şikâyet haklı bulunursa, "*şikâyet yargılaması*" -mucizevi bir dönüşüm ile- "*temyiz yargılaması olarak*" sürdürülür (§ 544 VI ZPO).

Diğer bir başvuru kabule şayanlık koşulu, temyiz, yalnız kararın "*Federal hukuka aykırılığa*" ve diğer birkaç hükme ilişkin olmasına "*dayandırılabilir*" (§ 545 I ZPO). Ondan sonra "*hukuka aykırılık kavramı*" (§ 546 ZPO) "*bir hukuk normu uygulanmadığı ya da doğru uygulanmadığı*" takdirde "*hukukun ihlâl edildiği*" şeklinde takdim edilmektedir. Yani temyiz sebepleri olarak burada maddi hukuk ve usûl hukuku normlarının bulunması ve uygulanmasında, hukukun uygulanması ve yanlış bulunması hatası söz konusudur. Ne var ki, tek başına usûli hükümlerin, yani "*yargılama hakkında bir kanunun*" (Kırş. § 551 III ZPO) dikkate alınmaması ve takip edilmemesi anlamında usûle aykırılıklar da bu kapsamda değildir. Bu tür usûli hatalar, aynı şekilde temyiz sebepleri olarak gündeme gelebilir ve aslında temyiz sebepleri arasında (§ 545 ZPO) onlar da yazılmalıydılar. Ancak yine de "*mutlak temyiz sebepleri*" (§ 547 ZPO) nitelendirmesi altında bazı özel ağır usûli ihlâller sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. Bu ihlâller mevcut

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

olduğunda bir fiksiyon olarak kararın, daima "*hukuka aykırılığa dayandığı*" şeklinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer bir ifade ile bu hâllerde hukukun uygulanması veya bulunmasında hata (§ 546 ZPO) açısından hüküm sonucunu etkileyen bir hukuka aykırılıktan hareket edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yani burada yalnız bir hukuka aykırılık değil, aynı zamanda onun nedenselliği kabul edilirken, diğer nispi usûli ihlâllerde bunların mevcudiyeti ve nedenselliği ayrıca tespit edilmelidir.

Temyizin diğer kabule şayanlık şartları olarak yalnız bir aylık kesin temyize başvuru süresi (§ 548 ZPO), ayrıca aleyhine kanun yoluna başvurulmuş hükmün belirtilmesi, yani iptalin konusunu, bunun gibi mutlak surette hükme karşı temyize başvurulduğu ifadesini içeren temyiz dilekçesi yoluyla temyize başvuru şekli (§ 549 ZPO) sayılmaktadır. Kabule şayanlık şartlarına, temyizin gerekçelendirilmesi şekli dahildir. Temyiz, temyiz dilekçesinde yer almamışsa, temyizin gerekçelendirilmesi dilekçesi yoluyla iki aylık süre içinde gerekçelendirilmelidir (§ 551 I ZPO). İçerik itibarıyla temyizin gerekçelendirilmesinde, bir yandan "*hükümün hangi kısmının bozulacağına ve hükmün kaldırılması talebine ilişkin açıklama*" (temyiz talepleri), diğer yandan da "*temyiz sebepleri*", yani hukuka aykırılığı haklı gösteren vakıaların ve temyiz, yargılama hakkındaki kanunun ihlâline dayandırıldığında, hatayı ortaya koyan vakıaların ne olduğu yer almalıdır (§ 551 III ZPO).

Bir davada olduğu gibi iki taraf sistemi üzerine (temyiz davacısı, temyiz davalısı) inşa edilen temyiz davasında da temyizin, yani kanun yolunun konusu, daha doğrusu temyiz müddeabihi, talep ve sebeplerle, yani burada temyiz davacısının iptal-kaldırma talebi ve hukuka aykırılıklar veya kanun yoluna başvurulmuş kararın sonucuna etki eden usûle aykırılıklara yönelik davacı tarafından getirilen temyiz sebepleri ile belirlenir. Temyizde vakıa derecesi söz konusu değildir ya da çok sınırlı kapsamda söz konusudur. Burada daha çok salt bir hukuki kontrol derecesi vardır. Temyiz mahkemesinin, yalnız istinaf hükmünden veya duruşma tutanaklarından anlaşılan ve ayrıca temyizin gerekçelendirilmesinde değinilen bir usûle

aykırılığı ortaya koyan türden vakıalara (§ 551 III ZPO) yönelik "tarafaların ileri sürdüklerini" değerlendireceğine ilişkin kanuni tespit (§ 559 I ZPO) temyizde özellikle karakteristik yapıdadır. İstinaf mahkemesi, vakıa iddiasının gerçek ya da gerçek olmadığını tespit etmişse, bu tespit, temyiz mahkemesi için esas olarak bağlayıcıdır (§ 559 III ZPO). Tasarruf ilkesine göre temyiz mahkemesi, tarafların talepleri ile bağlıdır veya kanunda ifade edildiği gibi "temyiz mahkemesinin incelemesine yalnız taraflarca ileri sürülen talepler, yani temyiz talepleri dahildir" (§ 557 I ZPO).

Temyizin yahut da genel olarak kanun yollarının diğer kabule şayanlık şartları açıkça kanuna yabancı olduğuna, hukuki yarar, kanun yolunun genel karakteristik özelliği olarak anılmadığına göre, öyle ise "kabule şayanlık incelemesi" (§ 552 ZPO) salt temyiz mahkemesinin re'sen "temyiz esasen başvurulabilir olup olmadığı ve kanuni şekle uygun ve süresinde temyize başvurulup gerçekleştirilmiş olup olmadığı" incelemesi gerektiği anlamına gelmektedir. Şayet bunlar gerçekleşmezse, temyiz, duruşma yapılmaksızın (Beschluss şeklinde) bir kararla usûlden reddedilir.

Temyizin, temyiz mahkemesince esas bakımından incelenmesine ilişkin bütün hüküm dikkat çekici bir şekilde eksiktir. Bunların nelerden ibaret olduğunu bilebilmek için, bir dizi dağıntık normların muhtelif pasajlarını anlamlandırmak gerekir. Burada temsil edilen görüşe göre, esasa ilişkin şartlar, kararın sonucu itibariyle hatalı olup olmadığı ve sonucun, mahkeme tarafından tespit edilen akut bir hukuka aykırılığa dayandırılıp dayandırılmayacağı veya mutlak temyiz sebeplerinin esaslı bir hukuka aykırılık olarak görülüp görülemeyeceği denetiminde mevcuttur. Temyiz haklı ise, "aleyhine kanun yoluna başvuru hâkimin kaldırılması" gerektiği yönündeki düzenleme (§ 562 ZPO) yine de mevcudiyetini sürdürmektedir. Mutlak olmayan, yani nispi usûle aykırılıklar da, aleyhine kanun yoluna başvuru hâkimin sonucu için nedensel ise temyizi haklı kılmaya muktedirdir (§ 562 II ZPO).

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

Bu bağlamda, istinaf hükmünün gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koyuyor, ancak kararın kendisi "*diğer nedenlerden ötürü*" sonucu itibariyle doğru ise, temyiz haklı olmadığından geri çevrilmesi gerektiği yönündeki hüküm de (§ 561 ZPO) önem taşımaktadır.

Burada bir yandan temyiz başarısının, kararın sonucundaki (hüküm fıkrası) hataya bağlı olduğu ve yalnız herhangi bir gerekçelendirme hatasının önemli olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, § 561 ZPO, temyiz öncelikli hedefinin açık bir şekilde somut olay adaleti olduğunu ve yargı kararlarının yeknesaklığının güvence altına alınması olmadığını açık hâlde getirmektedir. Zira yeknesaklığı tehlikeye düşüren hukuka aykırılıklar son tahlilde hiçbir şekilde önem taşımamaktadır. Bunu bir tarafa bırakacak olursak, kanunda haksız olarak değerlendirilen temyizin esas itibariyle duruşma yapılarak hüküm şeklinde bir karar (Urteil) reddedilmesi gerektiğine dair özel bir bilgi bulunmamaktadır.

§ 552 a ZPO'nun artık temyiz mahkemesine, "*temyize izin verilmesi için gerekli şartların mevcut olmadığına ve temyiz başarısı göstermediğine kanaat getirmişse*", istinaf mahkemesince izin verilen temyizi oybirliği ile reddetmeyi sağlayan yeni hükmü de bu bağlamda özel olarak anılmayı hak etmektedir.

Temyiz haklı görüldüğünde, -temyiz davasının hedefi olarak- "*aleyhine kanun yoluna başvurulmuş hüküm kaldırılmalıdır*" (§ 562 I ZPO) ve böyle bir kaldırma durumunda, "*dava, yeniden muhakeme edilmek ve karar verilmek üzere istinaf mahkemesine geri gönderilmelidir*" (§ 563 I ZPO). Ancak istinaf mahkemesi, "*hüküm yalnız kanunun tespit edilen vakıalara uygulanmasındaki hukuka aykırılıktan ötürü kaldırılmışsa ve dava, karar için olgunlaşmışsa*", dosya hakkında kendisi karar vermelidir (§ 563 II ZPO).

Temyiz hukukuna ilişkin açıklamaları bitirirken temyiz hukukunun da -değişiklikler çerçevesinde- kanun yolu temel karakteri bakımından burada da yine sık sık yanlış değerlendirilen katılma yoluyla temyizi (§ 554 ZPO) ve ayrıca sıçrama yoluyla temyizi (§ 566 ZPO) tanıdığını eklemek kalmaktadır.

Buna göre, karşı taraf istinaf derecesinin atlanmasına rıza gösterdiği ve temyiz mahkemesi sıçrama yoluyla temyize izin verdiği takdirde *“izne gerek olmaksızın istinafa tabi olan birinci derecede verilen hükümlere karşı, talep üzerine istinaf derecesi atlanmak suretiyle doğrudan temyize gidilebilir”*.

Kanun koyucu tarafından daha yeni gözden geçirilen temyiz de gerçekten daha sağlam ve daha yerinde bir çalışmayı hak etmişti. Fakat böyle bir çalışma için daha çok beklenmesi gerekecek.

III. Şikâyet

Kanun yollarından şikâyet ilişkin olarak, öncelikle belirtilmelidir ki, önceden mevcut olan (süresiz) basit şikâyet kaldırılmış ve şimdi (sürelî) acele şikâyet ile ikâme edilmiştir. Önceki *“ileri”* şikâyet de artık yoktur.

Bunun yerine artık hukuki kontrol şikâyeti geçmiştir.

Acele şikâyete *“birinci derecede sulh ve asliye mahkemesince verilen kararlara karşı”*, ancak bu, kanunda açıkça düzenlenmiş ya da *“yargılamayı ilgilendiren ve sözlü yargılamayı gerektirmeyen bir talebin geri çevrildiği kararlar”* söz konusu ise (§ 567 I ZPO) başvurulur. Yargılama giderleri ile ilgili kararlarda 200 Euro'luk bir şikâyet limitinin aşılması gereklidir (§ 567 II ZPO). Sulh mahkemesinin bir kararına karşı gidilen şikâyet hakkında, şikâyet mahkemesi olarak esas itibariyle asliye mahkemesi, asliye mahkemesinin kararına karşı esas itibariyle eyalet mahkemesi karar verir. Bu konuda esas itibariyle şikâyet mahkemesinin üyelerinden birisi karar verir. Ancak aleyhine kanun yoluna başvuru kararın aynı şekilde tek hâkim veya bir yargı görevlisince verilmiş olması gerekir. Tek hâkim, dava, ancak vakıasal ya da hukuki türden özel güçlükler arz ediyor veya hukuki mesele ilkesel öneme sahip ise (§ 568 ZPO) yargılamayı karar verilmek üzere şikâyet mahkemesine tevdi etmelidir. Burada da *“katılma yoluyla şikâyet”* adı verilen karşı

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

tarafın şikâyete başvuranın şikâyetine katılabileceği bir katılma yoluyla kanun yolu mevcuttur (§ 567 III ZPO).

Acele şikâyete iki haftalık kesin süre içinde kararı aleyhine kanun yoluna gidilen mahkemede ya da şikâyet mahkemesinde başvurulmalıdır (§ 569 ZPO). Şikâyete, bir şikâyet dilekçesinin ulaştırılması suretiyle başvurulur. Şikâyet dilekçesi, yalnız aleyhine kanun yoluna başvuru kararı, bunun gibi bu karara karşı şikâyete başvurulduğu açıklamasını içermelidir. Belirli bir şikâyet talebi ve belirli bir şikâyet gerekçelendirmesi zorunlu bir şekilde öngörülmemiştir (§ 569 II ZPO). Fakat şikâyet, imkân ölçüsünde gerekçelendirilmelidir. Şikâyet, hâkimin ileri sürmeyi süreye ve gecikme hâlinde izne bağlama yetkilerine bağlı olarak yeni iddia ve savunma araçlarına da dayandırılabilir.

Şikâyetin esas itibarıyla erteleme etkisi yoktur (§ 570 I ZPO). Şikâyetin davanın bir üst dereceye intikali anlamında aktarma etkisi de bulunmamaktadır. Çünkü şikâyet hakkında evvela kararına karşı kanun yoluna gidilen mahkeme ya da hâkim karar vermek zorundadır. Aleyhine kanun yoluna başvuru mahkeme veya hâkim şikâyeti haklı bulursa (kabule şayan da bulması açık bırakılmaktadır), başvuru organlar -bu ne anlama geliyorsa ve nasıl olacaksa- şikâyete çare bulmalıdır (kararını değiştirmelidir). Aksi takdirde şikâyet hemen şikâyet mahkemesine sunulmalıdır (§ 572 I ZPO). Şikâyet mahkemesi, şikâyetin esasen başvurulabilir olup olmadığını ve şekle ve süreye uygun başvurulup başvurulmadığını re'sen inceler (diğer kabule şayanlık şartları anılmıyor). Bu şartlar eksikse, şikâyet, duruşma yapılmadan kabule şayan olmadığından reddedilmelidir (§ 572 II ZPO). Şayet şikâyet mahkemesi, şikâyeti haklı bulursa (detayda bunun ne anlama geldiği üzerinde durulmayacaktır), şikâyet edilen kararın verildiği mahkemeye veya hâkime daima gerekli emri verebilir (§ 572 III ZPO).

Bu tek tük ve diğer yandan bölük pörçük düzenlemelerden yine de şikâyette de "aleyhe olan" kararlara "karşı" (§ 572 II ZPO) yönelen iptal ve kontrol etme aracı anlamında bir kanun yolunun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır (§ 567 ZPO). Şikâyette de hakka hâlel gelmesine "çare bulmak" amaçlanır (§ 572

I ZPO) ki, bu, ancak kabule şayanlık ve haklılık durumunda aleyhine kanun yoluna başvurulmuş işlemin yanlışlığı veya hatalı olmasından dolayı aleyhe kararın bertaraf edilmesi yolu ile gerçekleştirilebilir. Özel durumlarda şikâyete yazılı işlerinde tutanağa geçirilecek beyan ile de başvurulabilir (§ 569 III ZPO).

IV. Hukuki Kontrol Şikâyeti

Hukuki kontrol şikâyeti (§ 574 ZPO) de bir yeniliktir. Bu şikâyete, duruşma yapılmadan verilen kararlara karşı, yalnız kanunda açıkça düzenlenmesi yahut şikâyet mahkemesi, istinaf mahkemesi veya birinci derece mahkemesi olarak eyalet mahkemesi buna kararında izin vermesi durumunda başvurulabilir (§ 574 I ZPO) Açık bir düzenleme durumunda diğer kabule şayanlık şartları olarak, "davanın ilkesel önemi" veya "hukukun gelişimi veya yargı kararlarının yeknesaklığının güvence altına alınması" bakımından hukuki kontrol şikâyeti mahkemesinin kararına gerek bulunması ilâve edilmelidir (§ 574 II ZPO). Fonksiyonel yetki anlamında hukuki kontrol şikâyeti mahkemesi münhasıran Federal Mahkemedir. İzin verme ile başvurulmuş durumlarda hukuki kontrol şikâyeti aynı şekilde yalnız az önce açıklanan şartlar altında kabule şayandır (§ 574 III ZPO).

Katılma yoluyla hukuki kontrol şikâyeti de öngörülmüştür (§ 574 IV ZPO). Bu başvurulabilirlik veya kabule şayanlık koşulları yanında yeni düzenleme artık hukuki kontrol şikâyetinin süresi, şekli ve gerekçelendirmesi bakımından daha çok hususu düzenlemektedir (§ 575 ZPO). Şikâyete, bir aylık kesin süre içinde şikâyet dilekçesi ile hukuki kontrol şikâyeti mahkemesinde başvurulmalıdır. Hukuki kontrol şikâyeti dilekçesi zorunlu olarak yöneldiği kararın belirtilmesini ve bu karara karşı hukuki kontrol şikâyetine başvurulduğu açıklamasını içermelidir (§ 575 I ZPO). Şikâyet dilekçesi gerekçelendirmeyi içermiyorsa, bir aylık bir süre içinde telafi edilmelidir. Hukuki kontrol şikâyetinin gerekçelendirilmesi dilekçesi, şikâyet mahkemesinin ya da istinaf mahkemesinin kararının hangi kısmının

PETER
GILLES'İN
TEBLİĞİ

iptal edilmek istendiği ve kararın kaldırılmasının talep edildiği açıklamasını ("*hukuki kontrol şikâyeti talepleri*"), bunun gibi § 574 ZPO'deki diğer koşulların ortaya konulması yanında, özellikle "*hukuki kontrol şikâyeti sebeplerinin*" gösterilmesini içermelidir. İleri sürülen sebepler (açıkça § 546 ZPO anlamında) "*hukuka aykırılığın*" çıkartılabileceği belli bir şekilde; hukuki kontrol şikâyeti, "*yargılamaya ilişkin kanunun*" ihlâl edildiğine dayandırılıyorsa, usûle aykırılığı ortaya koyan vakıalar gösterilmelidir (§ 575 III ZPO). Ancak bu noktada hukuki kontrol şikâyetinin hiçbir şekilde yalnız hukukun uygulanması ve hukukun bulunması hatalarına dayandırılmayacağını, aynı şekilde usûle aykırılığa ilişkin hukuka aykırılıklara da dayandırılabilceği görülebilmektedir.

Salt formalitelerin düzenlenmesini, "*hukuki kontrol şikâyetinin sebepleri*" kenar başlığı altında (§ 576 ZPO) burada az önce de anılan usûle aykırılıklar belirtilmeksizin, hukuki kontrol şikâyetinin "*kararın yalnız federal hukukun ve diğer bazı hükümlerin ihlâline dayandığı* (§ 576 I ZPO) üzerine inşa edilebileceği" ifadesi takip etmektedir. Birçok meselenin aynı anda halledilmesinin gerekli olduğu bir durumda hukuki kontrol şikâyetinin incelenmesi ve karar söz konusu olduğunda (§ 572 ZPO), bu, evvela hukuki kontrol şikâyeti mahkemesinin re'sen hukuki kontrol şikâyetinin şekli, süresi ve gerekçelendirilmesini incelemesi gerektiği, başkaca kabule şayanlık şartlarını incelemesinin gerekmediği ve bu koşullardan birisinin eksikliği durumunda hukuki kontrol şikâyetinin usûlden reddedilmesi gerektiği anlamına gelir. Bununla, hukuki kontrol şikâyeti taleplerinin açıkça aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın kaldırılmasını hedeflediği şikâyet mahkemesi incelemesinin, yalnız taraflarca ileri sürülen taleplere tabi olacağı anlatılmaktadır. Tümce, hukuki kontrol şikâyeti mahkemesinin "*ileri sürülen hukuki kontrol şikâyeti sebepleri ile bağlı olmadığı*" şeklinde devam etmektedir (§577 II ZPO). Bu, mahkemenin şikâyetçi tarafından şikâyetin gerekçelendirilmesinde ileri sürülen sebeplere hiçbir suretle girmeyeceği, aksine şikâyet mahkemesinin iddia edilmeyen hukuka aykırılıklar ve yargılama ihlâlleri ile de veya yalnız bunlarla meşgul olacağı anlamına geldiği takdirde, hukuki

kontrol şikâyeti mahkemesi, üstüne üstlük açıkça dilediği gibi yalnız hukuka aykırılıkları değil, aynı zamanda usûli hataları da inceleyebiliyorsa yahut da § 577 II ZPO ifade edildiği gibi usûli hataları re'sen dikkate alamadığında inceleyemiyorsa, hukuki kontrol şikâyeti sebeplerinin şikâyetçi tarafından gösterilmesi gerekliliğinin gerçekten ne anlama geldiği sorusu açıkta kalmaktadır.

Şayet bu, *"aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın gerekçesi bir hukuka aykırılığı gösterip kararın kendisi diğer sebeplerden doğru olduğunda hukuki kontrol şikâyetinin (esastan) reddedilmesi gerektiği"* (§ 577 III ZPO) anlamına geliyorsa, yine de kanuni düzenlemede hukuki kontrol şikâyetinde de açıkça aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın sonuç itibarıyla doğruluğunun denetlenmesi anlamında doğruluk kontrolünün söz konusu olduğu görülebilir. Hukuka aykırılıklardan dolayı hukuki kontrol şikâyetinin gerekçelendirilmesi ve onun nedenselliği bakımından §§ 546, 547 ZPO'ya gönderme yapılmıştır. Usûle aykırılıklar ve bunların kararın sonucu bakımından nedenselliğine ilişkin olarak mamafih burada hiçbir hususa yer verilmemiştir (§ 577 III ZPO).

Fakat hukuki kontrol şikâyeti haklı görülürse, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın duruşma yapmaksızın bir kararla kaldırılması ve davanın yeniden karar verilmek üzere geri çevrilmesi; ancak karar, yalnız hukukun tespit edilen somut vakıalara uygulanmasındaki hatadan dolayı kaldırılmışsa ve dosya nihai karar için tekemmül etmiş ise (§ 577 V ZPO), hukuki kontrol şikâyeti mahkemesinin davayı kendisinin karara bağlaması gerektiği emredilen son paragrafın son pasajı, hukuki kontrol şikâyetinin de iptal karakterini göstermektedir.

3. BÖLÜM

3. Tebliği Sahibi: Hakkı DİNÇ

(Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı)

HAKKI
DİNÇ'İN
TEBLİĞİ

HUKUK DAVALARINDA İSTİNAF VE YARGITAY

I. NEDEN İSTİNAF?

İnsanlar her çağda adalet arayışı içerisinde olmuş, aralarındaki uyuşmazlıkları sağlıklı bir şekilde çözmeye çalışmışlardır. Toplumun huzur ve güven içerisinde yaşaması için de gereken kurumları oluşturmuşlardır.

İnsanlığın her döneminde yargılama yapılmıştır. Yargılamayı bazen toplumun ileri gelen kişisi, bazen din adamları, bazen kral, bazen kralın atadığı kişiler yapmışlardır. Bugünkü toplumumuzda ise, yargı yetkisi Anayasa'da yerini bulan mahkemeler aracılığı ile gerçekleştirilmektedir (An. m. 142). Kanuna dayanmayan, kuruluşunu kanundan almayan hiçbir kimse ve organ yargı görevini yerine getiremez.

Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme yeridir. Yargıtay, bazı özel hallerde ilk ve

son derece mahkemesi olarak da görev yapmaktadır (An. m. 154). Yargıtay'ın çalışmalarında tam bir tarafsızlık içinde olmasının sağlanması amacıyla, Yargıtay üyeleri hâkimlik teminatı esasına göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oylama ile seçilmektedir. Yargıtay üyelerinin hizmetleri de bir süre ile sınırlandırılmamıştır; üyeler, 65 yaşını bitirinceye kadar hizmetlerine devam edebilirler (An. m 140).

Mahkemeler tarafından verilen bir karar, kanun yollarından geçip kesin hüküm halini aldıktan sonra, bu kararı beğensek de beğenmesek de bu karara uymak zorundayız. Bu zorunluluk kararın doğruluğundan değil, kesin hüküm niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bir karar, bazen verildiği anda kesinlik kazanır. Örnek verirsek, bugün konusu 1.170 lira değerinde olan bir karar kesindir, temyizi mümkün değildir. Yine ailenin korunmasına yönelik yasadan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar da, verildiği anda kesinlik kazanırlar. Yerel mahkemelerin vermiş olduğu kararların bir kısmı ise, yasal yollardan geçtikten sonra kesin hale gelir. Nasıl kesinleşirse kesinleşsin, artık kesinleşen karara uymak zorunluluğu bulunmaktadır.

Gerek maddî gerekse usûl hukuku ile ilgili yasalarımız, temel kuralları içermektedir. Bu kuralları maddî hadiselerle uygulamak, hayata geçirmek hâkimin işidir. Örnek vermek gerekirse, "*evlilik birliğini temelden sarsan hadiseler gerçekleşirse, hâkim boşanmaya karar verir*". Ancak hangi hadiselerin evlilik birliğini temelinden sarstığını kanun sıralamamıştır. Kanun, bunun takdirini hâkime bırakmıştır. Yine kişilik haklarına saldırı halinde, tazminat hâkim tarafından takdir edilecektir. Yani, hangi hadiselerin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu hâkim belirleyecektir.

Hâkim de insandır. O da hata yapabilir. Bu düşünce altında kararın bir başka hâkim tarafından denetlenmesi, taraflar bakımından güvence teşkil etmektedir. Bu durum kararı veren hâkime de iç huzur ve rahatlık vermektedir. Ancak, şüphe yok

ki, bu denetimin de sonsuza kadar sürmemesi, sınırlandırılması zorunluluğu da bulunmaktadır.

1879 yılında, ülkemizde mahkemeler; ilk derece mahkemeleri, istinaf, temyiz şeklinde yapılandırılmış iken, 1924 yılında aradaki istinaf kaldırılmış, istinafın yükü Yargıtay'a bırakılmıştır. Ülkenin savaştan çıkmış olması, yetişmiş insan gücünün yitirilmesi, yeterli hâkimin ve yardımcı personelin bulunmaması, maddî zorluklar bu düzenlemenin yapılmasını gerekli kılmıştır. Kaldırıldığı günden itibaren istinafın eksikliği hissedilmiştir. Ancak bugün, geçmiş yıllardan daha zorunlu hale gelmiştir. Yargıtay'a intikal eden iş yükü karşısında istinaf kaçınılmaz olmuştur.

İstinaf, hak aramada bir aşamadır. Daha iyi ve güvenli bir adalet için gereklidir. Daha adil bir yargılamadır. İstinaf kanun yolu ile ilk derece mahkemesinin gözünden kaçan maddî hadiselerin yeniden tartışılmasına imkan verilmektedir. Bu şekilde gözden kaçan hususlar yeniden değerlendirilmektedir. Uyuşmazlıklar uzmanlaşmış hâkimler tarafından çözümlenmektedir. Buradaki uzman üç hâkim, işi daha kısa zaman içerisinde sonuçlandıracaktır. Yargıtay'a intikal eden iş büyük ölçüde azalmış olacaktır.

Yargıtay'ın bugün 250 kadrosu bulunmaktadır. Dünyadaki diğer devletlerin Yargıtaylarına bakıldığında, üye sayısının artırılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu sayının birkaç katına çıkarılması halinde Yargıtay özelliğini yitirecektir. Ancak ihtiyaca göre, istinafın adedinin artırılması imkân dâhilinde olmakta, hatta ne kadar fazla olursa hizmetin görülmesi de o nispette kolaylaşacaktır. İstinafla, Yargıtay aslî işine döndürülecektir.

İstinafın elbette zayıf yönleri de bulunmaktadır. Ancak zaman darlığı nedeniyle bunları sıralamak istemiyorum. Konu bütün olarak değerlendirilmiş, istinafa gerek duyulmuş ve 5235 sayılı Kanun'la "*İstinaf Mahkemeleri*" kurulmuştur. Kurulurken batıdaki örneklerinden istifade edilmiştir. 1924 yılından beri gerçekleşen tecrübe de dikkate alınarak kendimize (ülkemize)

özgü hazırlanmıştır. Yasanın hazırlanmasına katkı yapan arkadaşlarımızı da burada kutluyorum.

II. HANGİ KARARLAR YARGITAY'A İNTİKAL EDECEKTİR?

A.Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı yasa ile 426/m maddesi eklenmiştir. Kanun'un 426/m maddesine göre;

- Yasaklı hâkim karar vermişse,
- Reddedilen hâkim karar vermişse,
- Mahkeme görevli yahut yetkili olmasına rağmen, görevsizlik yahut yetkisizlik kararı vermişse, yine görevli veya yetkili olmadığı halde davaya bakmışsa,
- Taraf sıfatı yokken iş incelenmiş veya usûlsüz vekille dava takip edilmiş ise,
- Usûlsüz ayırma ve birleştirme kararı verilmişse,
- Tarafların gösterdiği deliller toplanmadan veya hiç değerlendirilmeden karar verilmişse,

Bölge adliye mahkemesi kesin olarak işin niteliğine uygun bir karar verecektir.

Bu sebeptendir ki; 426/m-I maddesinde 6 bent halinde gösterilen hallerde verilen karar Yargıtay'a gelmeyecektir.

B.Yine 426/A, b. 1'de belirtilen "*Miktar ve değeri bir milyon lirayı geçmeyen davalar hakkında verilen kararlar*" da kesindir. Şüphe yok ki, bu kararlar da Yargıtay'a gelmeyecektir (*Bugün bu miktar 1.170 liradır*).

C.428. maddede de; bölge adliye mahkemesinin hangi kararlarının temyiz edilemeyeceği gösterilmiştir:

- Bölge adliye mahkemesinin miktar veya değerinin beş milyon lirayı geçmeyen davalarına ilişkin kararı kesindir (HUMK 428/I).

- Kat Mülkiyeti Yasası'ndan doğan ve taşınmazın aynına ilişkin davalar hariç olmak üzere verilen kararlar ile Sulh Hukuk mahkemesi'nden verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamayacaktır (HUMK 428/II).

- Yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayin kararları da temyiz edilemeyecektir.

- Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlarda da temyiz yolu kapalıdır (HUMK 428/IV).

- İrs ve soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç, nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik davalarda temyiz edilemeyecektir (HUMK 428/V).

- Davanın nakline yönelik davalar da kesin olacaktır.

Temyiz edilemeyen kararları burada ikiye ayırabiliriz.

1. Usûle ilişkin kararlar: Yetki, görev ve davanın nakline yönelik kararlar usûle ilişkindir. Bölge adliye mahkemesi işin esasını incelememiştir.

2. Bölge adliye mahkemesinin esasla ilgili birçok kararları hakkında da temyiz yolu kapatılmıştır.

Her türlü tahliye, kiranın tespiti, bu davalarla birlikte açılmış karşılık davalar hakkında verilen kararlar için temyiz yoluna gidilemeyecektir (HUMK m. 8/II).

Ortaklığın giderilmesine yönelik kararlar için de temyiz yolu kapalıdır (HUMK m. 8/II).

Veraset ilâmlarının verilmesi veya bunların değiştirilmesi hakkındaki kararlar hakkında da temyize başvurulamayacaktır (HUMK m. 8/V).

Bunların yanında bir kısım özel yasalar da, sulh mahkemesini görevlendirmiştir. Bu yasaların uygulanması sonucu verilen kararlar hakkında da temyiz yolu kapalıdır (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 21, 6309 sayılı Maden Kanunu m. 36, 127, 130).

Terekeyi iflâs hükümlerine göre tasfiye etmek,

Mirasçı nasedilmişse, mirasçılık belgesi verilmesine (vasi, kayyım, kanunî mümessil tayini) ilişkin kararlar temyiz edilemeyecektir.

Bu tip kararlarda maddî hadisenin bölge adliye mahkemesinde tartışılıp değerlendirildiği düşüncesiyle temyiz yolu kapatılmıştır. Bu şekilde Yargıtay'a intikal eden işlerde de bir azalma sağlanacağı kuşkusuzdur.

Kural olarak sulh mahkemesinden verilen ancak bölge adliye mahkemesinin incelemesine tabi tutulan kararlar hakkında temyiz yolu kapatılmıştır. Ancak sulh mahkemesinden verilmiş olmasına rağmen bazı kararların Yargıtay'ca da incelenebilmesine de imkân tanınmıştır.

HUMK m. 428/II hükmü, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan ancak taşınmazın aynuna yönelik kararları hariç tutulmuş, bunların temyiz edilebileceğini hükme bağlanmıştır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 9. maddesindeki şufa hakkı, 10. ve 11. maddesindeki kat irtifakının kurulmasını, 25. maddesindeki kat mülkiyetinin devrini örnek olarak gösterebiliriz.

Yine yalnızca nüfustaki kayıt düzeltmeye ilişkin kararlar da temyiz edilemeyecektir (HUMK m 428/5). Ancak verilen karar ırs ve soy bağına yönelikse, bu kararlar için temyiz yolu açık bırakılmıştır. Dava, Nüfus Kanunu'ndan kaynaklanıyorsa ve kayıttaki yanlışlık düzeltilmesi isteniyorsa, davaya Nüfus Müdürlüğü ve Cumhuriyet Savcısı katılacaktır. Bu davalara, isim ve soyadı değişikliğini, yaşın düzeltilmesine yönelik da-

vaları gösterebiliriz. Bunlar hakkında temyiz yolu kapalıdır. Ancak verilecek kararlar ana ve baba değişecekse, irs ilişkisinde değişiklik yapılacaksa karar da temyiz edilebilecektir. Bu düzenleme sonucu elbetteki Yargıtay'a intikal eden işlerde de bir azalma olacaktır.

Ayrıca HUMK m. 428/I hükmündeki beş milyarlık sınırın yükseltilmesi halinde tazminat ve alacaklara yönelik işlerin büyük kısmı da bölge adliye mahkemesinde çözümlenecek, buna ilişkin davalar da Yargıtay'a intikal etmeyecektir.

İlk derece mahkemelerinin kararları doğrudan temyiz edilemeyecektir. İlk derece mahkemesinin kararı taraflara tebliğ edilecek, bu karara karşı bölge adliye mahkemesine başvurulacaktır. Bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğunu tespit ederse, başvurunun esastan reddine karar verecektir. Bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'da olduğu gibi onama veya bozma doğrultusunda karar vermeyecektir. Bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararı, taraflarca temyiz edilirse dosya Yargıtay'ca incelenecektir (HUMK m. 426/II, b. 1). Yargıtay, ayrıca bölge adliye mahkemesinin temyizi kabul kararlarını da inceleyecektir (HUMK m. 427). Temyiz dilekçesinin nasıl düzenleneceği, neleri ihtiva edeceği HUMK m. 430 hükmünde gösterilmiştir.

HUMK'nın 426/i bendi yeni bir düzenlemedir. Taraflar, ilâm kendilerine tebliğ edilmeden temyizden vazgeçemeyeceklerdir. Karar temyiz edilmiş, sonra temyizden vazgeçilmişse dosya temyize gönderilmeyecek, bölge adliye mahkemesi kendisi temyiz dilekçesinin reddine karar verecektir.

III. KANUN YARARINA TEMYİZ (HUMK m. 429)

İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin kesin olarak verdikleri kararlarla istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararla-

HAKKI
DİNÇ'İN
TEBLİĞİ

ra karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir (HUMK m. 429). Verildiği anda, kesinlik kazanan kararlar hakkında bu yola başvurulabileceği gibi, ilk derece mahkemesince verilmiş ancak istinaf yoluna gidilmemiş, yine bölge adliye mahkemesince verilmiş ancak temyiz yoluna başvurulmamış kararlar için de kanun yararına temyiz yoluna gidilebilecektir.

Kanun yararına temyiz, olağanüstü bir kanun yoludur. Ancak hukukun yanlış uygulandığını tespit etmek, mahkemelerin bundan sonra aynı doğrultuda yanlış uygulama yapmasını önlemektir. Verilen karar kazanılan hukukî sonuçları kaldırmaz.

Bozma kararı *Resmî Gazete'de* yayınlanacaktır.

Yürürlükteki yasanın 427/VI. maddesine göre Adalet Bakanlığı'nun isteği üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kanun yararına temyiz yoluna başvurabildiği halde, 429. maddede ile Cumhuriyet Başsavcılığı'na da kanun yararına temyiz yolu açılmıştır. İki yolla da kanun yararına temyiz incelemesi imkân dâhiline getirilmiştir.

IV. TEMYİZİN İCRAYA ETKİSİ

Temyiz, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflas Kanunu'nun icranın geri bırakılmasına ilişkin 36. madde hükmü saklıdır. Nafaka ilâmlarının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir. Kişiler ve aile hukukuna taşınmazlara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe, icrası imkan dahilinde bulunmamaktadır. Kararın icrasını durdurmak isteyen teminat göstererek icranın geri bırakılması hakkında kararı alabilir. Bölge adliye mahkemesine başvurmada da aynı durum söz konusudur. HUMK'nun 426/j maddesi buna paralel olarak düzenlenmiştir.

V. TEMYİZ İNCELEMESİ (HUMK m. 435)

Temyiz dilekçesinde hangi hususların bulunacağı m. 430'da gösterilmiştir. HUMK m. 430/VII hükmünde, "*Temyiz sebepleriyle gerekçesinin gösterileceği*" vurgulanmıştır. Hükmün belli kısımları temyiz edilmişse, temyiz edilmeyen kısmı üzerinde inceleme yapılmayacaktır. Örneğin, kararda boşanmaya, velayete, kişisel ilişkiye, maddî ve manevî tazminata, mallara ilişkin hüküm kurulmuş; temyiz yalnızca tazminata yönelikse, temyiz incelemesi tazminata ilişkin olarak yapılacaktır. Temyiz sebebi yapılmayan bölümler kesinleşmiş olacaktır.

Yargıtay, sair temyiz itirazların reddine şeklinde hüküm kurmuş, ancak açıkça bozma dışındaki yönlerin onanmasına dememiş olsa bile bu kısımlar kesinleşmiş hale gelecektir.

Burada şunu da vurgulamak gerekir, Yargıtay temyiz sebepleriyle de bağlı değildir. Temyiz konusu yapılmamış olsa bile, kanunun açık hükümlerine aykırılık gördüğü diğer hususları da inceleyip hükmü bozabilir (HUMK m. 435/I). Yargıtay burada kanunun açık hükmünün ihlâlinin takdirinde özel bir hassasiyet göstermektedir.

Boşanma sebebi yokken boşanmaya karar verilmiş, tazminatın şartı yokken tazminat takdir edilmiş, ancak bu yönler temyiz edilmişse bozma yapılmamakta, yanlışlığa işaret edilmektedir. Ancak, vahim durumlar varsa yanlışlık tenkitle kalınamaz haldeyse, temyiz edilmese bile Yargıtay kararı bozabilir. Örnek olarak, kadın kendisi ve yanında bulunan çocuğu için nafaka istemiştir. Evlilik devam etmektedir, boşanma isteği yoktur. Ancak mahkeme istek olmadığı halde, evlilik birliği temelinden sarsılmıştır gerekçesiyle boşanmaya ve nafakalara hükmetmiştir. Taraflar boşanmayı temyiz etmemişlerdir; nafaka temyiz sebebi yapılmıştır. Yargıtay, istek olmadan boşanma kararı verilemeyeceği noktasından kararı bozabilir (435/1).

Temyiz incelemesi, kural olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak;

- Tüzel kişiliğin feshine,

- Genel kurul kararlarının iptaline,

- Evlenmenin butlanına

- İptaline

- Boşanmaya, ayrılığa

- Velayete, soy bağına ilişkinse,

- Miktar ve değeri 11.830 Lirayı aşan alacak ve ayın davalarında

Taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde, duruşma yapılmasını isteyebilir. Bu halde ise, temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapılır. Duruşma için gerekli olan giderler, duruşma isteyenden alınır. Tebligat giderleri hiç ödenmemişse, iş duruşmalı olarak değil evrak üzerinde incelenerek sonuçlandırılır. Şu anda giderler eksik yatırılmışsa, eksiklik giderilmekte, evrak üzerinde inceleme yapılmaktadır. HUMK'nın 435/II. maddesinde yapılan değişiklikle, duruşma için giderlerin eksik karşılanması halinde verilecek yedi günlük süre içinde eksiklik tamamlanırsa duruşma açılıp inceleme yapılacaktır. Ayrıca Yargıtay, duruşma yapılmasının imkanı olmayan bir iş hakkında da bilgi almak amacıyla duruşma yapabilir.

Bir iş hakkında duruşma yapılmışsa yirmi gün içerisinde karar verileceği kabul edilmiştir. Yeni bir hükümdür.

a. Yargıtay kararı *onar*

b. Yeniden yargılama yapılmasını gerektiren bir durum yoksa *düzelterek onar*

c. Gerekçeyi değiştirip *onar*

Örneğin; boşanma kararı verilirken, yanlışlık yapılmış, MK m. 166/III yerine MK m. 166/son denilmişse bu yanlışlık düzeltilebilir. Ancak 300 lira nafaka, 500 liraya çıkartılabilir mi? Sanmıyorum, bu şekildeki bir uygulama sonucu hâkimin direnme hakkı elinden alınmış olmaktadır. Ancak Yargıtay'ın bazı daireleri bu yolda kararlar vermektedirler.

VI. YARGITAY'IN BOZMA SEBEPLERİ

Yargıtay kararı bozabilir (HUMK m. 437). Yargıtay, şu hallerde kararı bozabilir:

-Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması (HUMK m. 437/I)

-Davanın şartlarında aykırılık bulunması (HUMK m. 437/II)

-Tarafların gösterdiği delillerin kanunî sebep olmaksızın kabul edilmemesi (HUMK m. 437/III)

-Karara etkili yargılama veya eksiklerin bulunması (HUMK m. 437/IV)

Bozma tamamen olabileceği gibi kısmen de olabilir.

VII. BOZMA KARARINA UYMA VEYA DİRENME (HUMK m. 439)

Yukarıda açıklandığı gibi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 437. maddesinde gösterilen hallerde, Yargıtay kararı kısmen ya da tamamen bozabilir.

a.Bozma kararı: Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesine ait kararının esastan reddine ilişkin ise bozulan karar bölge adliye mahkemesine değil, kararı veren ilk derece mahkemesine, yine bozulan kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

Bu inceleme, HUMK m. 426/m, II, b. 1 hükmüne bağlı olarak yapılacaktır.

Bölge adliye mahkemesi düzelterek onama kararı vermiş (HUMK m. 426/m, II, b. 2) yahut bir kısım eksikler görmüş ve bu eksikleri ikmal ettikten sonra başvurunun reddine karar vermişse (HUMK m. 426/m, II, b. 3), dosya Yargıtay'ca ilk derece mahkemesine gönderilecektir (HUMK m. 439/II).

HAKKI
DİNÇİN
TEBLİĞİ

İlk derece mahkemesi bozmaya uymuş, bozma doğrultusunda karar vermiş ve bu karar, temyiz edilmişse iş Yargıtay'ca incelenecektir. Bölge adliye mahkemesine başvurulmayacaktır. Burada bölge adliye mahkemesi ile temyiz arasında ahenk kurulmaya çalışılmıştır (HUMK m. 439/IV).

Bölge adliye mahkemesi yahut ilk derece mahkemesinin, bozulan kararına karşı ısrar yapılırsa, inceleme Hukuk Genel Kurulu'nda yapılacaktır. Düzenlemedeki amaç, ilk derece mahkemesini daha zorunlu hissetmesini sağlamak ve gerekli incelemeyi yapmadan, nasıl olsa bu davaya bir defada bölge adliye mahkemesinde bakılacaktır düşüncesinin önüne geçmek olmuştur.

Yeni düzenleme ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 440-442 maddelerinde ifadesini bulan "Karar Düzeltme" kaldırılmıştır. Bugün karar düzeltme önemli bir görevi ifa etmektedir. Karar düzeltme yolunun biraz daha ağır şartlar altında muhafaza edilmesinin uygun olacağını düşünmekteyim.

VIII. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ'NDEKİ ÇELİŞKİLİ KARARLARIN GİDERİLMESİ

Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu, kendiliğinden veya bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerinin yahut istinaf yoluna başvurma hakkı olanların benzer olaylarda, bölge adliye mahkemesinin kendi kararları yahut başka bir bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki kararları arasında çelişki bulunması halinde, bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemesi halinde Başkanlar Kurulu kendi görüşünü de ekleyerek Yargıtay'dan ister (5235 sayılı Bölge Adliye Mahkemesinin Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 35/3 maddesi).

Burada Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi, kıyas suretiyle uygulanacaktır.

Yargıtay Kanunu'nun 15/a maddesi aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemesinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından farklılık bulunmaması halinde, bu uygulama farklılığını Hukuk Genel Kurulu çözümlenecektir. Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulundan gelen talebi birinci başkan ciddi görürse, kesin olarak inanıyorsa, doğrudan doğruya kendisi Hukuk Genel Kurulu'ndan isteyebilecektir. Birinci başkan bu nitelikte ciddi görmezse işi başkanlar kuruluna havale edebilir. Diğer detaylar Yargıtay İç Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nda verilen bu karar ancak Hukuk Genel Kurulu'nu, Hukuk Daireleri'ni, hukuk mahkemelerini bağlar. Ceza mahkemelerine etkili değildir. Verilen kararlar, benzer konularda daha önce verilmiş kararlara etkili olmaz. Kanunlar geriye dönük etki yapmaz. Kesin hükümlere etkisi yoktur. Yargılamanın yenilenmesi de istenilemez. Ancak derdest davalara uygulanacaktır. Bu içtihat konusu ile sınırlı gerekçesiyle aydınlatıcı sonucu ile bağlayıcıdır.

İçtihadın birleştirilmesini istemek bir kanun yolu değildir. İçtihadı birleştirilmesi istenmiş Yargıtay Birinci Başkanı ciddi görmüş ve işi Hukuk Genel Kurulu'na intikal ettirmişse, yahut başkanlar kurulu işi ciddi görmüş araştırmaya geçmişse bölge adliye mahkemesi derdest olan bir davayı içtihadı birleştirme çıkana kadar ön sorun olarak bekletebilir.

**2007 Yılı için belirlenen
yeniden değerlendirme oranı 7,8 dir.**

Yargıtay'da Duruşma	11.830.00
Temyiz	1.170.00
Görev	5.910.00
Kesin Hüküm	1.170.00
Senetle İspat	460.00

4. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
(Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TARTIŞMA

TARTIŞMALAR

Oturum Başkanı: Sayın Hakkı Dinç'e biz de çok teşekkür ediyoruz.

Değerli meslektaşlarım, şimdi soru-cevap kısmına geçiyoruz.

Sayın Gilles'e sorularınızı İngilizce veya Almanca da sorabilirsiniz.

Buyurun Sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkür ediyorum.

Ben, hem çok kısa bir açıklama yapmak istiyorum hem de Nevhis hanımın bazı tereddütlerine belki cevap olabilir diye birkaç şey ifade etmek istiyorum.

TARTIŞMA

Özellikle genç meslektaşlarıma bir hususu ifade etmek istiyorum. Bildiğiniz gibi, bir süredir gerek Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse İcra ve İflas Kanunu'nda, her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre miktar ve değerler, parasal sınırlar artırılıyor. Bu şu anda istinaf bakımından bir özellik arz ediyor.

Şöyle ki: Dikkat ederseniz, kanunlarda istinafa ilişkin başvuru sınırı veyahut da istinaftan sonra temyize ilişkin başvuru sınırı, şu anda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından her yıl artırılmaya devam ediyor. Yani, şu anda temyize başvuru sınırı ne ise, istinaftan sonra temyize başvuru da o şekilde. Ancak ilginçtir, bu geçici madde, İcra ve İflas Kanunu'nda istinafa ifade etmediği için... Çünkü, 4949 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde henüz istinaf yürürlükte olmadığından dikkat ederseniz İcra ve İflas Kanunu'nda eğer istinaf mahkemeleri göreve başlarsa parasal sınır değişmeyecek. İşin enteresanı, İcra ve İflas Kanunu'ndaki parasal sınırlar istinaf dışında, istinaftan sonraki temyiz dışında hep değişecek, ancak İcra ve İflas Kanunu'nda temyiz ve istinaf değişmeyecek. Bu durumda şöyle bir çelişki ortaya çıkacak: Hukuk usûlündeki istinaf ve temyiz sürekli artarken, İcra ve İflas Kanunu'ndaki istinaf ve temyiz duracak.

Şimdi uygulamada istinaf mahkemeleri göreve başlamadan bir an önce bu farklılığı gidermek gerektiği kanısındayım. Bugün için istinaftan sonra başvuru sınırı 5.910 liradır. Ben de, Sayın Selçuk Öztekin başkanlığındaki istinaf mahkemeleriyle ilgili komisyonun bir üyesi idim. Bu Kanun'un kabulü sırasında ne zaman istinaf mahkemelerinin yürürlüğe gireceği konusunda bir kesinlik olmadığı için ve özellikle Kanun yürürlüğe girdikten sonra da iki yıllık bir geçiş dönemi öngörüldüğü için, parasal sınırlar o sırada, Kanun'un yapıldığı sıradaki sınırlardır; yani, 5.000 liradır. Bugün 5.000 lira eğer kabul edilecek ve yeniden değerlendirilme oranına göre artırılacak olsa dahi, cezayla ilgilendirdiğimiz zaman komik bir rakam olduğu ortaya çıkıyor. Çünkü cezada istinaftan sonra temyize başvurabilmek için beş yıllık bir ceza gerekiyor. Beş yıldan daha

fazla bir ceza söz konusu olmalı ki, istinaftan sonra temyize başvurabilirsin. Halbuki hukuk usûlünde özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda 5.000 lirayı ya da 5.910 lirayı geçtiği takdirde temyize başvurabiliyorsunuz. O zaman şöyle bir çelişki çıkıyor: Cezadaki beş yıl ne ise, hukuktaki 5.000 lira da odur. Bu kadar ucuz olamaz herhalde bir yaşam, bir hürriyeti tahdit. Bu yüzden, bu 5.910 liranın bu mahkemeler göreve başlamadan önce, bir an önce normal, neyse olması gereken, o seviyeye çıkarılması gerekir.

İkincisi, izne bağlı temyizden söz ettiniz. Biz bunu tartıştık. Ancak, ben şuna inanıyorum ki, istinafla ilgili düzenlemeler gerçekten çok basit ve yalın düzenlemeler. Zaten böyle bir kanun amaçlandı, böyle bir kanun yapılması arzu edildi. Yüz yirmi yıllık istinaf uygulaması olan bir Alman hukuku veya bir başka hukuk sistemi yerine, basit hükümler getirelim ki uygulamada bize özgü sorunlar çıktıkça bunlar değiştirilebilsin düşüncesi hâkim oldu. Çünkü izne bağlı temyizi şöyle düşünmenizi özellikle belirtmek istiyorum: Bu tartışmalar sırasında denildi ki: *"İzni veren hâkim nasıl verecek, neye göre verecek? Hâkim üzerinde şöyle bir baskı olacak: O davada izin vermiştin, bana da lütfen izin ver. Bu emsal ortaya çıkana kadar çok uzun bir süre geçecek ve sonuçta da bu izin âdeta bir serbesti haline gelecek ve pek çok hâkim baskı altında kalarak bu izni vermek mecburiyetinde kalacak. Bırakalım, uygulamada gerçekten çok önemli bir ihtiyaç olursa bunu değerlendirelim"*. Hatta o zamanın Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk hoca, kendi yaşadığı, Ziraat Bankası'nda hukuk müşaviri olduğu sırada Almanya'da yaşadığı bu izin sistemini Türk hukukunda da olması gerektiği konusunda bir konuşma yaptı. Ama ona rağmen komisyon böyle bir izin sisteminin işin başında uygun olmayacağı düşüncesiyle bunu doğru bulmadı. Ben de bu görüşü hâlâ muhafaza ediyorum.

Yeni vakıalar getirme konusunda gerçekte belki katı bir sistemi kabul ettik. Burada da basit ve yalın olması yönünden bu düşünceye sahip olduk. Ama şunu söyleyeyim: Zaman içinde bazı fikirler tabii ki değişiyor. Mesela, Nevhis hanımın Yargıtay'daki konuşmasını hatırlıyorum ben. Vakıa sistemin-

TARTIŞMA

deki bugün söyledikleri ile o günküler çok farklı. O gün çok daha katı idi, bugün biraz daha Avusturya sistemine yakın görüşleri var. Ben de onun görüşüne yaklaşıyorum. Çünkü biz başlangıçta ıslahı dahi kapatmıştık. Ama ıslahın sanki istinafta izin verilebilmesi gerektiğini düşünüyorum. Hatta Oğuz beyle konuşurken şunu da düşündük: Bu 426/R maddesi var, bu 426/R maddesinde Avusturya'dakine benzer bir istisna aslında bizim hukukumuzda var. Şöyle diyor: "İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delillere bölge adliye mahkemelerinde incelenebilir". Acaba bu deliller, aynı zamanda vakıalar şeklinde de Yargıtay tarafından yumuşatılabilir mi? Bana göre, sizin o duyduğunuz tereddütler sebebiyle, yani çok ağır bir hatanın olması veyahut o vakıaların gerçekten ileri sürülmesinin gerekliliği zaman zaman, Yargıtay'ın bu tür yorumlarını mümkün kılabilecek gibi geliyor. Ama bu konuda bir istisnai bir durum, yeni vakıanın ileri sürülmesi, en azından belki ıslah düşünülebilir.

Şimdi, bir de şuna dikkatinizi çekmek istiyorum: "Bugün eğer istinaf mahkemeleri göreve başlasa Yargıtay'ın iş yükü ne olur? Hiçbir şey değişmez." dediniz. Hayır. Bakın size basit bir hesap yaptım. Biraz önce Sayın Dinç de söz etti. Bugün Yargıtay'a yılda 500 bin iş geliyor. Sulh hukuk mahkemelerinin bu gelen iş yükü içinde en az 100 bin dosya olduğunu varsayalım. Sulh hukuk mahkemesinin 100 bin dosyası gelmeyecek artık temyize. Ne olacak? 400 bin dosyamız olacak. Yargıtay'daki 500 bin dosyanın yarısı karar düzeltmedir; çünkü bugün için karar düzeltme ikinci bir temyizdir. Bir dosya temyize gider, temyizden sonra bir daha karar düzeltmeye gider. Ben bu dosyaların, karar düzeltmenin zaten kalkacağından sonra, 200 bine düşeceğini hesap olarak ortaya koymak istiyorum.

Bu çerçevede, çekişmesiz yargı, hâkimin reddi, vs. gibi şeyleri de çıkardığınız zaman, ben istinafın kurulması ve göreve başlamasından sonra 500 bin gelen iş sayısının 200 binin altına ineceğini düşünüyorum. O zaman Yargıtay'ın 500 bin olan iş yükünü 200 bine düşürdüğünüz zaman bu beşte 2 oranında

bir iş yüküne sahip, beşte 3 iş yükünün ise, yarıdan fazla iş yükünün ise ortadan kalkması demek. Bu durumda Yargıtay o söylediğiniz içtihat birliğini, kararların daha mükemmel, daha gerekçeli hale gelmesini, böyle iki kişi bir araya gelerek karar yazıp, özellikle bir başkanın o 25 bin kararın 11 bininden haberdar olmadığı, sadece imza attığı bir uygulamayı bugün ortadan kaldırmış oluruz diye düşünüyorum.

Benim söylemek istediğim, katkıda bulunmak istediğim hususlar bunlar.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz Sayın Pekcanutez.

Aslında benim değinmek istediğim konulara, yani konuşmamış olmamıza rağmen, hemen hemen aynen değindiniz. Ben Sayın Deren Yıldırım'ın ve Sayın Yıldırım'ın, dava malzemesinin teksifi ilkesi bakımından çok daha geniş bir düşünce içinde olduklarını biliyorum. Tartışmalarımızda o sonuca vardılar. Bizim hukukumuzda biliyorsunuz sert bir teksif ilkesi uygulanıyor. İşte, layihalar teatisi safhasının sonuna kadar dava malzemesini getirdiniz, getirdiniz... Asıl önemli olan tabîî dava dilekçesi ve cevap layihası, ama onu layihalar teatisinin safhasının sonuna kadar diyelim. Ben şahsen teksif ilkesinin koyu bir taraftarıyım. Tabîî, bu biraz bakış açısı ve düşünce. Yani, burada artık yanlıştır, doğrudur tartışması yapılamaz. Teksif ilkesini geniş düşünebiliriz ve diyebiliriz ki: İstinaf yargılamasında yargılamaya yeni vakıa ve delillerin ithal edilmesi mümkündür. Ama o zaman da, tabîî ilk derece yargılamasının bir anlamı kalıyor mu? Ağırlık, istinaf yargılamasına kaymıyor mu? Yani, ilgili avukat: "*Canım burada ibraz etmemsem de, bunu istinaf yargılamasında getiririm bir şekilde...*". Yani, biraz uzatma riskiyle, çünkü istinaf zaten bünyesinde bir uzatma riski içeriyor. Bu uzatma riskini mümkün olduğu kadar aza indirmemiz lazım. O itibarla biz teksif ilkesini muhafaza ettik. Bu çok tehlikeli bir durum, avukatların çok dikkat etmesi gerekiyor. Şu anlamda: İlk derece yargılamasında layihalar teatisi safhasında getirdiniz getirdiniz delilleri ve ilkeleri, aksi

TARTIŞMA

takdirde yandınız yani! Gerçi, 426/R emniyet supabı olarak öngörüldü ama, onu Yargıtay nasıl uygulayacak, vesaire; tabîî şimdiden bilemiyoruz.

Bence, kanaatimce istinaf yargılaması Yargıtay'ın iş yükünü önemli ölçüde azaltacaktır ve Sayın Pekcanitez'in çok yerinde olarak değindiği gibi, Batı ülkelerinde istinaf neredeyse iki yüz yıllık bir geçmişe sahip. Dolayısıyla biz Kanun'u hazırlarken mümkün olduğu kadar basit ve sade bir kanun hazırlayalım dedik. Yalnız, basitlik ve sadelikle, yetersizlik arasında ince bir çizgi vardır. Yetersizliğe düşmeden basit ve sade kalalım dedik. Bunu ne ölçüde sağladığımızı uygulama gösterecek ve bu kanun metni hazırlarken bunun değişmeye ve geliştirilmeye mahkûm olduğunu da biraz bile bile hazırladık yani.

Değirmek istediğim bir diğer konu, temyiz incelemesinin amacı bakımından. Sayın Deren Yıldırım, haklı olarak medenî usûl hukukunun maddî gerçek temelinde subjektif hakların gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etti. Ancak, sanki bunu temyiz kanun yoluna da adapte ederek temyiz kanun yolunda dahi, bireysel menfaatlerin dikkate alınması gerektiği, bunlardan soyutlanamayacağını ifade etti yanlış anlamadıysam. Şimdi, temyiz kanun yolunun, benim şahsi düşünceme göre tabiatıyla, maddî haklılıkla ilgisi yoktur. Temyiz kanun yolu, hukuk birliğini sağlar ve bütün temyiz mahkemeleri kanaatimce maddî haklılıktan soyutlanmış bir hukuki birlik sağlama amacını güder. O itibarla Sayın Deren Yıldırım'ın dediğine tam olarak katılamıyorum. Ha, hukuk birliğini sağlarken kanunların ülke içinde herkese aynı şekilde uygulanmasını sağladığı için eşitliği de sağlar. O anlamda, bireylerin menfaatleriyle çok yakından bir ilişkisi var hiç kuşkusuz. Ama maddî haklılık boyutu temyiz kanun yolu incelemesinde bir konu teşkil etmemelidir. O maddî haklılık ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi safhasında artık kapanmış olacak... Demokratik hukuk devleti açısından söylenecek çok şeyler var diye düşünüyorum burada.

Bireyin hukuki korunması, dediğim gibi en önemli amaçtır, etkin hukuki korunma en önemli amaçtır. Salt kamu yararına yönelik bir temyiz incelemesinin, bir kanun yolu incelemesinin

totaliter bir rejimin ifadesi olduğuna ilişkin... Onlar bunları öylesine söylemediler. Onlar, Nasyonel Sosyalizm dönemini yaşadktan sonra demokratik hukuk devleti ve etkin hukuki korumanın ne olması gerektiğini iliklerine kadar yaşadktan sonra öğrendiler ve 1945'ten sonra Doğu Almanya'daki gelişmeleri izlediler. Doğu Almanya bu bakımdan hiç kendisiyle yüzleşmemiştir ve orada biliyorsunuz hâkimin görevi toplumun şekillendirilmesidir. Dolayısıyla bireyin hukuki korunmasından hiç söz edilmeyen sistemlerle karşılaştıkları ve bu sistemlerin içinde yaşadıkları ve bireye etkin hukuki koruma sağlamamanın ne acılara bir ülkeyi gark ettiğini gördükten sonra onlar... Bütün kitapları açın, diyorlar ki: Evet, amaçlar arasında birtakım hiyerarşik ilişkiler vardır. Birden fazla amaç vardır, hiyerarşik ilişki vardır. Ama etkin hukuki koruma ön plandadır, bireyin hukuki korunması ön plandadır. Biz hep iş yükünün azaltılması, hukuki birliğin tesisi... Eğer bu noktada isek söyleyecek söz bulamıyorum. Somut olay adaleti, hukukun geliştirilmesi, hukuk birliğinin sağlanması; bunlar yabancı doktrinde hiyerarşik ilişkiye tabi tutularak ele alınan konular, yani benim kişisel görüşüm değil.

Tabii, bu tartışma çok uzayabilir. Yargıtay'ın hareket noktası, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması değildir, değil idi bize aksettirilen. Burada şu soru tabii karşımıza, Türk hukukçularının karşısına çıktı: Acaba, kaç dereceli bir yargılama yapmamız lazım ki, insan haklarına uygunluğu sağlayalım. Yani, istinaf yargılamasının Türk hukukuna getirilmesinin amacı, Yargıtay'ın iş yükünün sağlanması değildir, o dolaylıdır, dolaylı bir sonuçtur. Türk yargılama hukuku, insan haklarına aykırı bir durum arz ediyordu, tek dereceli yargılamayla. Bunu iki dereceli yargılama, hatta şimdi üç dereceli yargılamadan bile bahsediliyor. Bunu, asgari iki dereceli yargılamaya çıkaralım, iki derece yapalım. Tabii, temyiz mahkemesini derece mahkemesi olarak kabul etmiyoruz. İstinaf mahkemesinin getiriliş amacı, iliklerine kadar bireyin korunmasıdır. Daha iyi bir adaletin bireye sağlanmasıdır.

TARTIŞMA

Şimdi, hukuk birliğinin sağlanması... Yani, hukuk birliğinin sağlanmasının ben o kadar eleştirilecek kötü bir tarafını da göremiyorum. Sonuç itibariyle çünkü bu hukuk birliğinin sağlanmasında da birey menfaati ön plandadır. Hukuk birliği sağlandığı zaman bireyler arasında eşitlik sağlanmış olur. O itibarla burada bu, yani Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması noktasında değildik biz şahsen, bize böyle bir şey de söylenmedi.

Evet, başka soru sormak isteyen var mı? Buyurun Oğuz bey.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben aynı tartışmanın bir boyutuna işaret etmek istiyorum. Kamu düzeni kavramı -gerçi Haluk beyin tebliğinin konusu orada tartışılacaktır belki ama- yargılama sırasındaki temel hakların, yargısal temel hakların göz ardı edilmesi veya ihlal edilmesi durumunda hem usûlün amacı hem kanun yollarının kabul edilmesindeki amaç değerlendirilirken acaba bu da göz önüne alınmalı mı? Yani, her ne kadar Yargıtay'ın, üst derece mahkemesi, temyiz mahkemesi olarak fonksiyonu hukuk birliğinin sağlanması ve içtihat birliğinin sağlanması ve objektif hukukun gerçekleştirilmesi olarak kabul ediliyor ise de, aynı zamanda bu Sayın Selçuk Hocamızın da belirttiği gibi, ikincil etkisi olarak da birey menfaatlerine hizmet edecek.

Şimdi, yargısal temel hakların ihlal edilmesi -yargılama sırasında- bir temyiz sebebi olarak dikkate alındığı süreçte aslında bireyin temel haklarının sağlanmasına da dolaylı olarak -belki de doğrudan bu açıdan bakılırsa- hizmet edilmiş olacaktır. Bunu da belki değerlendirmeye almakta fayda var diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz Sayın Atalay. Buyurunuz Süha bey.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben, önce bir noktaya işaret etmek istiyorum. Hep yargılamanın amacı bağlamında da tartışma yapıldı. Maddî gerçeklik, şeklî gerçeklik ayrımı bir kere suni bir ayrım. Gerçeğe ulaşmada izlenen yöntemlerin farklı olması, farklı ilkelerin işlerlik kazanması her bir hukuk disiplininin, her bir yargılama usûlünün çözmeyi üstlenmiş olduğu uyuşmazlıkların kendine özgün niteliğinin bir sonucu. Birden fazla yargılama usûlünün varlığı, birden fazla gerçeğin var olduğu anlamına asla gelmez.

Ben bir başka boyuta işaret etmek istiyorum. Yargılamanın iki önemli spesifik boyutu var. Birinci boyutu, hukuksal korunma boyutu, -ki işte işaret edildi- bireylere ait sübjektif hakların etkin korunması. İkinci boyut ise, yargısal denetim dediğimiz boyut, -ki hukuka uygunluğun sağlanması- objektif hukukun gerçekleştirilmesi, devamının sağlanması ve hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi. Zaten objektif hukukun devamlılığı ve işlerliği sağlanacak olursa, dolaylı olarak bireylere ait sübjektif haklar da korunmuş olacaklardır.

Medenî yargıda, haklı olarak işaret edildiği üzere, ön planda olan sübjektif hakların korunması, bireye ait hakların korunması. Yani, hukuksal korunma boyutudur. Yargısal denetim boyutu ise daha geri plandadır. Ama bu her iki boyutta her yargılama faaliyetinde vardır. Buna karşılık, örneğin anayasa yargısında yargısal denetim boyutu daha ön plandadır. Yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunun, hukuka uygunluğunun sağlanması. Bu çerçeveden yaklaşıldığında kanun yolları sistemine, istinafta aslında ön planda olması gereken somut olay adaletidir. Yani, etkin hukuksal korunma boyutudur. Buna karşılık temyiz ise, gerçek anlamda bir istinaf sistemine işlerlik kazandırılacak olursa, hukuka uygunluğu sağlama, yani yargısal denetim boyutu ön planda olduğu için aynı ya da birbirine benzer olaylarda ülke genelinde hukuk uygulamasında birliği sağlama, hukuku yeknesaklaştırma, hukukun gelişimine katkı sağlama biçiminde ortaya çıkar.

TARTIŞMA

Medenî yargı, her iki amacı da içinde barındırıyor, ama bunların her an aynı anda birlikte gerçekleşmesi zorunlu değildir.

Benim üstünde durmak istediğim bir başka nokta, Sayın Gilles de işaret etti, istinafla ilgili Alman ve Avusturya hukukunda yaşanan tecrübeler ki, ben istinaf mahkemeleriyle ilgili kanun çalışmasında görevlendirilmiştim, orada işaret ettiğim gerekçeye benzer bir gerekçeyi de burada duydum. Gelinek nokta, mini temyiz mahkemeleri kurma şeklindedir. Yani, getirilen yol, gerçekte teknik anlamda bir istinaf mıdır, yoksa işte kısmî istinaf diye nitelendiriliyor da, ben ona genişletilmiş temyiz de diyorum -bu benim buluşum da değildir, Feridun Yenisey'in geliştirdiği, işaret ettiği bir kavramdır- istinaf yargılamasının en karakteristik özelliği, vakıalara uygunluk denetimidir. Vakıalara uygunluk denetimiyle ilişkili olan olgu ise, yeni vaka ve yeni delil getirilmesine belli sınırlar dahilinde izin vermedir. Acaba, biz istinaf mahkemesi mi kuruyoruz, yoksa bölge temyiz mahkemeleri mi kuruyoruz? Bunu sorgulamak, bunu tartışmak gerekir.

Bir başka garabet -belki sonradan işaret edilecek ama- 5235 sayılı Kanun'a dayalı olarak bugün Adalet Bakanlığı 5 Haziran'da alınan bir karar ile yedi bölgede 9 tane istinaf bölge adliye mahkemesi kurmuş durumdadır. İstinaf yargılamasında sürekli işaret edilen güvenceli adalete hizmet edebilme işlevini yerine getirebilmesi için teşkilatlanmada da gerekli altyapıyı oluşturmak gerekir. Siz altyapıyı oluşturmadığınız sürece, nitelikli güvenceli bir yargılamayı sağlayamazsınız. Minik "Yargıtay"lar üretmek suretiyle de bu sorunun çözüleceği kanaatinde değilim. Özellikle vakıaya uygunluk denetiminin bölge adliye mahkemelerini nasıl yapacak yedi ayrı bölgede?

Çoğunlukla ilk derece mahkemesi yargılamasındaki vakıa tespit ve delil değerlendirmelere kendisini bağlı hissedecektir yahut istinabe dediğimiz kurum ki, işlerlik kazanacaktır. Bu da süreci gereğinden fazla uzatabilir. Yani, Baki hocanın 1963 yılında yazdığı makalede işaret ettiği, yine adliye mahkemeleriyle ilgili bir seminer çalışmasında da dile getirilen o altyapı

koşulları mevcut değildir ve enteresan bir düzenleme -ben garabet örneği olarak niteliyorum- hukuken istinaf mahkemeleri yürürlükte, fiilen değil. Neye dayalı olarak işlemiyor? 5235 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi var, orada enteresan bir hüküm. Niye bu kadar acele ediliyor; onu da anlamış değilim. Gerekli altyapı koşulları oluşturulur ve 2010 yılı, 2008 yılı, o görülebilir. Yani, bir adım atılması gerekir; ama o altyapı koşulları da yok. Herhalde bağlayıcı hale getirmek için bu yapıldı. Orada deniyor ki: "*İstinaf mahkemelerinin kuruldukları yargı çevreleri ve yurt genelinde göreve başladıkları Resmî Gazete'de ilan edilir.*" şeklinde enteresan bir kural var.

Görünüşte yargı düzenlemesi üç dereceli, fiilen iki dereceli. İki arada bir derede kalmış durumdayız. Bir ara kesitte sürekli dolaşmak durumunda kalıyoruz. Bunun, özellikle getirilen modelin niteliğine ilişkin tartışmalar bir yana, çalıştırabilecek bir mekanizmamız var mı yok mu? Nitelik ve nitelik itibarıyla yeterli hâkim, araç ve gereç gibi. Belki şu düşünülüyordu, ondan niye vazgeçildiğini de anlayamadım: Hiç olmazsa bölge idare mahkemelerinin kurulduğu yerlerde belki bu mahkemelerin örgütlenmesi gündeme getirilebilirdi. Dokuz yerde -hele İstanbul'da, Marmara Bölgesi'nde, gerçi Bursa ve İstanbul'da kuruluyor- bu fonksiyonu nasıl yerine getirecek? Bu sefer birçok sorun istinaf bazında yoğunlaşacak. Bu da, birtakım sıkıntılara gebe gibi geliyor bana. Onun için, biraz daha beklemek gerekir kanaatindeyim.

Bir de, yolun adını istinaf değil, çünkü Sayın Gilles gayet açık "*Eğer örnek alacaksanız Almanya'yı örnek almayın, Almanya kötü bir örnek.*" dedi. O zaman Avusturya... Hatta bir benzetme vardır, Almanlar hapşırırsa Avusturyalılar grip olur diye, Alman sistemine nazaran çok daha katı bir sistem bizde egemen durumda. Tabii, gerçek anlamda istinafın getirilmesine kimse karşı çıkmaz, ne kadar çok ölçekten geçirilirse o iyi olur.

Bir de şuna işaret etmek istiyorum: İstinaf yargılamasının egemen olduğu ülkelerin çoğunluğuna bakın, federal devlet konumunda; Almanya, Avusturya, İsviçre... Belki bir tek Fransa'da üniter yapı ve bu ilke temyizi, yani istinaf mahkeme-

TARTIŞMA

sinin iznine bağlı olarak temyiz sisteminin egemen olmasının doğal sonucu olarak, adı istinaf mahkemesi olarak tanımlanan mahkemeler bile âdeta temyiz mahkemesi gibi faaliyet göstermektedir. Çok az sayıda iş temyiz mahkemesine intikal etmektedir. Yani, görünüşte bir üç derecelilik gerçekte sanki bir iki dereceliliğe yaklaşan sistem mevcutmuş gibi geliyor bana.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz Süha Bey.

Buyurun Sayın Yıldırım.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Konuşmacılara teşekkür ediyorum, her biri ayrı ayrı bizi zenginleştirdiler. Özellikle hocam, doktora babam Prof. Gilles bizlerle beraber. Bu benim için ayrı bir mutluluk. Kendisine ayrıca sizin huzurunuzda hoş geldiniz diyorum.

Bu toplantıda sabah oturumlarında benim edindiğim izlenim şöyle: Nevhis Deren Yıldırım akademik bir kaygıyla, Türkiye'deki mevcut istinaf modelinin bir fotoğrafını çekti. Bu fotoğrafta bazı renkler belki flu, bazıları hiç yansımada ama, özü itibarıyla gelinen noktada şu görülüyor: Elimizdeki kanun basit, sade. Burada bu sadelik acaba yetersizlik anlamına gelir mi? Başkanımız ki, İstinaf Komisyonu'nun da Başkanı idi Prof. Dr. Selçuk Öztekin, ben de komisyon üyesi idim, Hakan Pekcanıtez hocamız yine öyle, diğer Süha Tanrıver arkadaşımız keza, Hakkı Dinç, keza Haluk Konuralp arkadaşımız birlikte idik...

Şimdi, bu basit ve sade Kanun üzerinde konuşuyoruz ve bunun kanun olduğu artık açık. Sayın Öztekin hocamız, bunun artık tartışılmayacağını da söyledi haklı olarak. Yalnız burada tabii ben şuna dikkat çekmek istiyorum: Halihazırda bir tasarı da Medenî Usûl Kanunu hakkında var. O kanun tasarısı içinde ki, herhalde şu anda Mecliste, onun içinde yine istinafa ilişkin hükümler de aynen yer alıyor. Yani, şu anda yapılan akademik tartışma, aslında bizim gelecekte neye sahip olacağımızı da bir anlamda gösteriyor, hepimiz bir hazırlık içindeyiz. Fikrî

bir faaliyet gösteriyoruz. Bu bakımdan, yeni vakıa getirme yasağının bu katılıkta uygulanıp uygulanamayacağı lüks bir soru değil, doğrudan doğruya uygulanacak bir kanun içinde yer alan bir ifade.

Buradaki tercih Avusturya olmadı. Avusturya'dan örnek alır gibi yaptık, Avusturya'yı bir kenara bıraktık; var gibi yok. Yani, Türkiye'nin gerçeği bu bugün belki de...

Oturum Başkanı: Arkadaşlarımıza, lütfen teksif ilkesi bakımından tasarı nasıl bir ilke benimsedi, bir hatırlıyorsanız?

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Estağfurullah. Şimdi, teksif ilkesini biz katı şekilde uygulamayı benimsedik, komisyondaki tartışmalardan sonra. Yani, ilk derecede getirilen ne ise, onları ikinci derecede uygulayacağız. Fakat buradaki incelik şu: İlk derece yargılamasındaki teksifi nasıl ele aldığımız. Yani, ilk yargılamada teksifi biz çok da sıkı uygulamıyoruz. Yani, hukuk kültürümüzde aslında karşı tarafın muvafakatiyle de zaten yeni vakıa getirme imkânı var. Biz çalışırken, ıslah var, hepinizin bildiği çeşitli kanallarla biz aslında yeni vakıa getirebiliyoruz. Fakat şimdi işin enteresan tarafı, bu yeni tasarıda biz aslında o yolları da büyük ölçüde tıkamış durumdayız. Yani, elimizde bir kanun var; ama başımızda uygulanacak olan kanun daha da katı bir model taşıyor. Bence esas kırılma noktası burada yatıyor. O bakımdan bir zorluğumuz olabilir. Yani, ileride biz hukuki korunmanın daraltıldığından daha sık söz edebiliriz. Hukuki korunma, hukuk devletinde en önemli temel kavram. Hukuk devleti bireye hukuki korunma sağlıyor. Biz bunu daralttığımız zaman bu Batı anlamında bir eksiklik olarak algılanabiliyor. Bu Batı'yı bir kenara bırakın, toplumda yaşayan bireyin mahkemeden hakkını alıp alamamasıyla ilgili doğrudan ona duyacağı saygıyla ilgili bir konu. Adaletin ona tatminkar bir cevap verip vermediğiyle ilgili.

Ben sadece bu noktaları vurgulamak istedim.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Peki, biz teşekkür ederiz Sayın Yıldırım.

Değerli hocam, buyurun.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Efendim, bir kere her şeyden önce şunu belirtmekle sözlerime başlamak istiyorum. Bizlerin yetişme döneminde bu zenginlikte bir tartışma ortada yoktu. Demek ki, bizden bu yana büyük bir aşama kat edilmiş ve bu aşamada da bütün nüanslar ortaya konmuş ve konuyor. Batı literatürü gayet iyi takip ediliyor, oradaki çeşitli düşüncelerden birine katılmıyor ve bunun sonuçları sonuna kadar götürülmek isteniyor. Biz bu işlere başladığımız zaman 1959-1960 yılıydı, yani bundan kırk sene önce elimizdeki kitaplara bakıyorum... Ben bu hatıraları anlatmak zorundayım, çünkü gençler var -gençler Batı'da da böyle bir yanlış eğilim var- bir yerden başlayıp götürüyorlar. Halbuki orijine inip, bilgileri orijinden tarayıp bugüne getirme zorunluluğuna inanıyorum. Aksi halde söylenenler boşlukta kalır, gerçek yerlerine oturmaz. Tarihî bir süreçtir bilgi birikimi; o sürecin başından başlamazsanız, vardığınız sonuç da her zaman tartışılabilir hale gelir. Onun için, 1959-1960 yılında Hamburg'da Maxplanc Enstitüsü'nde çalışırken en çok beni meşgul eden konuların bunlar olduğunu gördüm. Çünkü başladığımız zaman elinizde bir iki kitap var, o kitaplar sizin konu olarak aldığımız hususlar hakkında fevkalade yüzeysel bilgiler var veya hiç yok. Yüzeysel bilgi olarak hiç olmazsa var olmak açısından, bugün takdir edilmesi gereken bir kitap Sayın Ansay'ın kitabıdır. Sayın Ansay bu konulara, yani dava sebebinin ne olduğu ve bu konudaki iki farklı büyük görüşü yansıtmıştır. Ondan önce ne dava sebebinin bilen vardı ne başka kavramı ve nazariyeleri bilen vardı.

Şimdi düşünün, böyle bir meçhulât içinde siz bu teorilerin merkezinde dolaşan bir konuyu doçentlik tezi olarak alıyorsunuz. Konu iddia ve müdafaanın değiştirilmesi konusu ve tamamen bu nazariyeler merkezinde cereyan eden bir konu. O zaman benim çektiğim sıkıntılar dokuz aylık bir doğum sancısıdır, sıkıntısıdır. Hanımlar ne hissedерlerse, onlara bir

misli daha fazla ekleyebilirsiniz. Çılgınlar gibi dolaşıp bu işin üstesinden nasıl geleceğim diye uğraşıp durduğum, didindiğim, kütüphaneden sürekli çıkmadığım zamanlar. Hatta hatırlarım, birlikte burs aldığımız . . . -hanım bu tip burslar biraz da gezip etrafı görmek içindir-. “*Sen kütüphaneden çıkmıyorsun, nasıl oluyor Üstündağ*” demiştir. Ama çıktığım zaman da zaten bunun çözümü mümkün değildir, çünkü o kadar çetin bir konuyu rahmetli hocam Postacıoğlu benim sırtıma yüklemişti. Şimdi, araştıra araştıra bu iki teorinin merkezî bir teori olduğu, merkezî usûl problemlerinin çözümünde etkin olduğunu tespit ettim. Bunları merak edenler benim kitabıma bakarlar.

Şimdi, burada dava sebebi kavramını buldum. O sebep kavramı, sonradan çeşitli nüanslar geçirerek “*Bu adam bunu söyledi, bundan biraz ayrılalım*” diye çeşitli nüanslarla biçim değiştirerek bugüne kadar geldi. Fakat siz kaynaklardan kopukça söyleyeceğiniz her şey sizin fikriniz olur, bilimin sözü olmaz. O bakımdan, ben fevkalade kaynaklara bağlı olarak şunu tespit ettim ki, dava sebebi denilen şey ve usûlün amacı denilen şey, ideolojilerle biraz yakından alakalı. Usûlün amacını, muhakemenin amacını bulmazsanız, zaten söyleyeceğiniz her şey boşlukta kalır. O zaman muhakemenin “*amacı nedir*”i araştırmaya başladım ve gördüm ki her ideolojinin kendine özgü bir anlayışı var.

Pavlovski’den bahsedildi Sayın Deren tarafından. Hemen belirteyim, Pavlovski Marksist yargı anlayışının bir temsilcisidir. Binaenaleyh, olabilir, şu bakımdan olabilir: Pavlovski o güne kadarki dünya görüşü, liberal bir hukuk anlayışının bir yerde bazı sıkıntılara saplanmış olduğunu görerek yeni bir teori Batı’da üretelim demiş ve Marksist yargı anlayışını savunmuştu. Marksist yargı anlayışında da istikrar yoktur, somut olay adaleti vardır. “*Hâkim hukuk yaratır*” der, Pavlovski de bunu savunur. Binaenaleyh itibar edilseydi Pavlovski bugün ülkesinde büyük hukukçu olurdu. Gözden düştü ve kaybolup gitti.

Şimdi, Marksist hukuk anlayışının yanında bir liberal hukuk anlayışı vardır. Liberal hukuk anlayışında da, bırakı-

TARTIŞMA

nız dava tarafların işidir istedikleri gibi kavga etsinler, devlet seyirci kalsın. Hatta hatta, bu liberaller, işi o kadar ileri götürmüşlerdir ki mahkeme bir karar vermişse, bu kararı taraflar anlaşarak değiştirerek yeniden yargılama yolunu açabilirler. Bu kadar uç noktalara gitmişlerdir.

Binaenaleyh, iki ekstrem arasında bulunmamız gerektiği tezi ağırlık kazanmıştır. Kimler nezdinde? Klasik Alman hukukçuları nezdinde. Klasik Alman hukukçuları öyle yabana atılacak hukukçular değildir. Toplumunu izlerler, toplumda parazit fikirlere karşı hemen duyarlı tepkiyi gösterirler ve sistemin hukukçuluğunu yaparlar. Bunlar açısından bakıldığında ise, davanın amacı özel hakların himayesidir temel olarak; ama bunu sınırlandıran başka amaçlar da mevcuttur. Binaenaleyh, yerli yerine oturtmamız gerekirse, amaç, tabii ki sübjektif hakların himayesidir. Ama sübjektif haklar nereye kadar korunacaktır? Kaç dereceli yargı sistemiyle bunu koruyacağız? Üç yetmedi dört, dört yetmedi beş mi yapacağız? Yoksa mutlaka araştırma ve inceleme bakımından instanz dediğimiz merci mahkemelerini belli bir sayıda tuttuktan sonra mı sistemi inşa edeceğiz?

Şimdi, burada yine birtakım şeyler söylendi. Yargı yolu sistemi, anayasal gerekler tamamen -ben de aynen katılıyorum- anayasa gereğindedir. Ferdin taleplerini, özel haklarının himayesinin, talep hakkının bir sonucu olarak anayasa tarafından sisteme yansıtılmıştır yargı organları, yüksek yargılar.

Şimdi, böyle olunca, anayasa hukukçuları bu konuda acaba ne diyor diye hiç kimse düşünmemiştir ve akla getirmemiştir. Bir fikir ortaya atılınca denilmiştir ki: "Yargılamanın amacı, gerçeklik temelinde -öyle diyorlar- sübjektif hakların araştırılmasıdır". Bunu dediğiniz an, ekstrem liberal anlayışa yaklaşmış olursunuz. Halbuki anayasa hukukçuları, ünlü Alman Anayasa hukukçularına baktığınız zaman diyor ki: "Kardeşim, o kadar çok dava geliyor ki, kurduğunuz yargı organları bunların içinde boğuluyor. Eh ne yapalım bunun çaresi? Yeni dereceler mi yaratalım? İlk derece, ikinci derece, üçüncü derece, sonra temyiz? Yook! Bugün geçerli değer yargılarına göre derinlemesine olmayan

iki dereceli bir mahkeme yeter". Bakın, bu lafı aynen söylüyor, "derinlemesine olmayan bir inceleme". Biz şimdi olabildiğine derinlemesine araştırma yapmaya sevk ediyoruz. Yani, dünya gidiyor Mersin'e, biz gidiyoruz tersine. Sizin ferdin haklarına kavuşması için tanıdığınız sınırsız şeyin sonunda ne gibi sakıncalar getirdiğini görmezlikten geliyorsunuz. "Uzayan gelen adalet, adalet değildir" diye bir laf var. O zaman ... diyor ki: "Bu etkin himaye" lafı da palavra bir laftır. Çünkü etkin himayeyi ileri sürenler kim biliyor musunuz? Solcu Marksistler. Yani, sistemi sabote etmek amacıyla düşünce öğretenler. Ona karşı da cephe alıyor ve diyor ki: "Etkin himaye diye bir kavram olamaz. Anayasa makamları tespit etmiştir. Siz sadece şunun üzerinde etkili olabilirsiniz: Sizin usûl kanunlarınız çağdaş yargılama garantilerini içeriyor mu içermiyor mu? Bunun ötesinde bir araştırma yapma hakkımız yok". Halbuki etkin hukukî himaye taraftarları, daima her ihtilafı anayasa ölçeğinde değerlendirme ameliyesidir. Yargının bununla alakası olamaz. Olsa olsa sadece sizin şikayetiniz, anayasal garantileri ve yargı garantilerini usûl kanunlarının yeteri kadar garanti altına alıp almadığıdır. Hatta etkin hukuki himaye, o uluslararası belgelerde dahi yoktur. Yani, 6. madde dediğiniz maddede, işte o sözünü ettiğim, çağdaş, modern muhakeme garantisi kurallarından öteye bir anlam taşımaz.

Türkiye'de bir dönem yaşanmıştır, bilgi eksikliği ve birikim eksikliği, kitap eksikliği vesaire dolayısıyla herkes her konuda fikir söyler hale gelmiştir. O kargaşa içinde insanların doğru yolu bulması da fevkalade güç olmuştur. Binaenaleyh, bugün ben aynen Sayın Öztekin ile Sayın Pekcanitez hattının savunduğu tezlerin takipçisiyim. İki dereceli mahkeme, hak arama özgürlüğü açısından yeteri kadar garantidir. Üçüncü dereceyi de hak aramanın bir aracı haline getirdiğiniz zaman, hukuk tatbikatında birliği sağlayamazsınız. Hukuk tatbikatında birliği sağlama endişesi de, Marksistlerin zaten tasası değildir. Bu bakımdan, bunların hepsi maziye gömülmüştür. Duvar yıkılmıştır, ama bu fikirlerle birlikte Batı'da o fikirleri savunan kimseler de duvarın altında kalmıştır.

TARTIŞMA

Şimdi, sistemi çok zorlarsanız topluma da zarar verirsiniz. Bakın, Amerika'da da, yarın yapılacak olan toplantı konusuyla ilgili olmak üzere araştırmalar yaparken bugün ADR dedikleri yargı dışı alternatif yargı meselesinde sistemin zafiyetinin buraya yönelmeyi götürdüğü, sistemin zafiyetinin burada büyük bir handicap teşkil ettiği için alternatif yargıya kayışın fazla olduğu söyleniyor. Çünkü Amerika'da biliyorsunuz, Alman kaynaklarından öğreniyoruz, İngilizcem yok. Keşke İngilizce bildiği iddiasında olanlar bu konularla uğraşsalar, onlar da başka şeylerle uğraşıyorlar. Diyorlar ki: "Amerika'da yargı sisteminin zafiyetleri nelerdir? Bir, davayı kazanan mahkeme masraflarını öder". Felakete bak, davayı kazanan mahkeme masraflarını ödüyor! "İki, jüri sistemi daha peşinen bir ihtilafta ne tür bir karar verileceği konusunda tam bir belirsizlik içeriyor. Sübjektivite var". Buna bağlı olarak fevkalade pahalı bir yargı var. O nedenle sistem bunun dışında bir sistem yaratmış. Yüzlerce, belki binlerce özel ihtilaf çözümü organları yaratılmış ve böylece adliye özelleştirilmiş. Adliye özelleştirilince de... Eğer adliyeyi özelleştirmek istiyorsanız, sisteminizi ıslah etmeyin. Zaten bugün o noktaya doğru gidiliyor. Siyasal iktidar da, belki... Hayır, istinafi kabul ettiler, ne kadar güzel, buna sahip çıkmamız gerekirken bununla savaşıyoruz. Yahu, Batı ölçeği değil mi? İşte Batı'daki modeli getirmek; ama eksiğiyle getiriyor, noksanıyla getiriyor, bir yerde düzelir o. Baki Kuru 1963'te yazmış, hâlâ Baki Kuru'nun fikri geçerli toplumda. O zaman hak arama özgürlüğünü ne kadar garanti ediyorsunuz bu sistemle? Bu sistem eğer zafiyet gösterirse de özelleştirme başlar.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sayın hocama teşekkür ediyoruz.

Öğleden sonra tekrar söz alacak. Biliyorum, çünkü söylemek istediği şeyler var ve biz de o söylemek istediklerini dinlemekten büyük bir memnuniyet duyuyoruz.

Şimdi yemek arası veriyoruz; teşekkür ediyorum.

İKİNCİ OTURUM
19 Ekim 2007 (Öğleden Sonra)

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Süha TANRIVER

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde

Hatalı Vakıa Tespiti

Doç. Dr. Halûk KONURALP

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İstinafta Kamu Düzeni Kavramı

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yeni Kanun Yolu Sisteminde İstinaf

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): İkinci oturumu açıyorum.

Ben, zamandan kazanmak için hemen ikinci oturumdaki konuşmacıları davet etmek istiyorum. Oturum başkanı olarak Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver'i, Prof. Dr. Sayın Kamil Yıldırım'ı ve yine Doç. Dr. Sema Taşpınar'ı davet ediyorum.

Oturum Başkanı: Değerli hocalarım, değerli meslektaşlarım, değerli konuklar; ikinci oturumu açıyorum.

Biraz zaman bağlamında sıkıntımız ortaya çıktı; ama herhalde tebliğ sürelerinden belki biraz kısmak suretiyle, tartışılan noktalara bir kez daha temas etmemek suretiyle bu zaman darlığı aşılabılır. Tartışma için daha fazla zaman kalırsa belki üzerinde yeterince durulmayan yahut satır başlıklarıyla işaret edilen konular da tartışılabilir hale gelir.

Hemen, istinaf yargılamasının belki de en çetrefilli alanlarından birisi, sabah da yer yer temas edildi. İstinaf sebepleri ve ilk derece mahkemesindeki hatalı vakıa tespitleri konusundaki tebliğini sunması için Sayın hocam Prof. Dr. Kamil Yıldırım'ı kürsüye davet ediyorum.

1. BÖLÜM

1. Tebliği Sahibi: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM
(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

İSTİNAF SEBEPLERİ VE İLK DERECE MAHKEMESİNDE HATALI VAKIA TESPİTLERİ

A. GENEL OLARAK İSTİNAF

Kanun yolu bir tarafa, kendi aleyhinde olan ve henüz kesinleşmemiş bir yargı kararının bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve bertaraf edilmesi imkânı veren bir hukuki çare olup,¹ bir hukuk sisteminde kanun yollarının çeşitlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

¹ Yıldırım, Kamil, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000, s. 2 vd.; Deren-Yıldırım, Nevhis, *İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Seliçi'ye Armağan*, İstanbul 2006, s. 693 vd.; Alangoya, Y./ Yıldırım,

Kanun yolu, ilk planda iptali istenen kararın, usûlün maddi adaleti sağlama amacını gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin incelenmesine yöneliktir.² Kanun yolunun amacı, mahkeme kararının, kanun yolu vasıtası ile yürütülen denetimi sayesinde nihayetinde doğru ve böylelikle haklı olarak verildiği hususunda taraflara kuvvetli bir teminat sağlamaktır. Bu bağlamda istinaf kanun yolu, etkin hukuki himayenin bir aracıdır.³

İstinafın amacı: Kural olarak istinaf davacısı yararına ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmesidir. Bu, ilk derece mahkemesinin -az veya çok gerekçelendiren- hatalı olduğu tespitinden farklıdır.

İstinafla bu amaca ulaşılabilmesi, kısmen ilk derece mahkemesindeki dava malzemesine bağlıdır. Yani, ilk derece mahkemesinin, hukuki ihtilaf hakkında, kesinleşmeye kadar uzanan, karar açıklaması, tekrar edilir, ikmal edilir.⁴

İstinaf kanun yolunda da taleple bağıllık, sebeple bağıllık konuları önem taşımaktadır.⁵

Hukukumuzda mer'î mevzuata göre erteleyici etki (= *Suspensiveeffekt*)⁶ ve hükmün incelenmek üzere bir üst mahkemeye aktarılması etkisinin (= *Devolutiveffekt*) her ikisini de bünyesinde barındıran yegane kanun yolu temyizdir.

M. K. Deren-Yıldırım, N., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 481.

² Schilken, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2006, Rdnr. 865; Yıldırım, K., *İstinaf*, s. 5. Usulün amacı için bkz. Gaul, H. F., AcP 168, s. 53; Gaul, *Yargılamanın Amacı*, (çev. N. Deren-Yıldırım), in: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen: Yıldırım, M. K.), 5. Bası, İstanbul 2006, s. 72 vd.; Pawlowski, *Aufgabe des Zivilprozesses*, ZZP 80 (1967), s. 345 vd.

³ Yıldırım, *İstinaf*, s. 5 vd.; s. 13 vd.

⁴ Doukoff, *Die zivilrechtliche Berufung*, 3. Aufl., 2005, no:134.

⁵ Avusturya için bkz. Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Wien 2005, § 463 no.1-2.

⁶ Suspensiveeffekt hakkında geniş bilgi için bkz. Yıldırım, *İstinaf*, s. 35 vd.; ayrıca aynı yazar: *İstinaf, Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara 2000, s. 183 vd. (Kısaltma: Kurultay); Devolutiveffekt için bkz. Yıldırım, *İstinaf*, s. 41 vd.; aynı yazar, *Kurultay*, s. 184.

İstinaf mahkemeleri tarafından yapılacak inceleme, yargılanma hakkının yerine getirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.⁷ 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 5236 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile mevcut kanunyolları sistemi değişmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden sonra istinaf ve temyiz kanunyolları uygulanacak, tashihi karar kalkacaktır.

5236 sayılı Kanun 426/A maddesi, istinaf yoluna başvurulabilecek kararların niteliğini düzenlemektedir; ilk fıkrasına göre, ilk derece mahkemelerinden verilen esasa ve usûle ilişkin *nihai kararlara karşı* istinaf yoluna başvurulabilir. Temyizde olduğu gibi, istinafta da malvarlığı davaları açısından değere bağlılık esas alınmıştır. 5236 sayılı Kanun'un 426/A/II hükmüne göre, miktar ve değeri bin iki yüz elli Yeni Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.⁸

Alman Medenî Usûl Kanunu, istinaf konusunun değerinin 600 Avro'yu aşmasını aramakla birlikte, "*değere bağlı istinaf*"ın yarı sıra "*kabule bağlı istinaf*" esasını kabul etmiştir. Malvarlığına ilişkin davalarda salt 600 Avro'nun aşılması yeterli değildir, istinaf talebinin hükmü veren ilk derece mahkemesince kabulü gerekir (§ 511/II/2 ZPO). Değere bağlı istinaf ilkesinin yanında kabule bağlı istinaf ilkesinin geçerli olması, dava konusu değerinin düşük olduğu davalardaki bazı önemli sorunların

⁷ Deren-Yıldırım, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, in: *İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı*, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 267 vd. (Kısaltma: Teksif İlkesi Açısından İstinaf).

⁸ Krş. HUMK m. 427/II: "... Miktar ve değeri bin iki yüz elli YTL'yi geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir...". Değere bağlı temyiz ve istinaf sistemlerinin eleştirisi için bkz. Alangoya, Y., *Kanun yolunun Anayasal Temeli ve HUMK, m. 427 Hükmü ile Kanun yolu Kapatılmış Kararlara Karşı Kanun yoluna Müracaat İmkânı*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 17 vd.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gereçlendirilmesi*, s. 696 vd.; ayrıca Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 489 vd.

da bir üst mahkeme tarafından ele alınmasını sağlamaya yöneliktir.⁹

Kanunyolları varlığını büyük ölçüde medeni yargılamanın amacının gerçekleştirilmesine borçludur. Bireysel korunma, her derece yargılamasında aynı değeri haiz değildir. İzne bağlı istinafin bu bağlamda önemli rolü mevcuttur.¹⁰ Bu mukayeseye göre Türk kanunyolu sistemi, gelecekte de hukuk devletinin gereği olarak etkin hukuki himayeyi kısmen yerine getirebilecektir.¹¹

B. İSTİNAFIN GEREKÇELENDİRİLMESİ

I. Türk Hukukunda Durum

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5236 sayılı Kanun, "Başvuru sebepleri ve gerekçesi" ibaresi ile, 426/B, II, b.6' da istinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmesini aramış ise de, istinaf sebeplerinin neler olduğu açıklanmamıştır. Kanun'un m. 426/O hükmünde ise, incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı, ancak bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık halinde bunu re'sen gözeteyeceği düzenlenmiştir.¹²

Bu alan, ek düzenlemeye muhtaçtır. Bu noktada, istinaf kanun yolunun amacı önem kazanmakta ve işlevselliği de, kabul görecektir. Bu sebepler ile ayrıca taraflara yeni vakıa getirme hakkının tanınmasına göre değişmektedir.¹³

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004, s. 952 (§ 135, 3, 5); Deren-Yıldırım, *İstinafin Gerekçeleştirilmesi*, s. 697.

¹⁰ Stürner, Michael, *Die Anfechtungen Zivilurteilen*, München 2002, s. 44.

¹¹ Yıldırım, *İstinaf*, s. 143 vd.

¹² Deren-Yıldırım, *İstinafin Gerekçeleştirilmesi*, s. 697; oysa HUMK, temyizde Yargıtay'ı temyiz sebepleri ile bağlı tutmamış (HUMK m. 439/II), ancak hükmün temyiz edilen bölümü ile bağlı tutmuştu (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 517).

¹³ Ayrıca Avusturya için bkz. Konecny, A., *Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung*, ZJP 107 (1994), s. 497.

II. Soyut Genel İfadeler ile Yetinen Avusturya Hukuku Modeli

Avusturya'da kanunda tahdidi olarak sayılmış istinaf sebepleri yoktur. İstinaf sebepleri, -Avusturya'da sınırlı istinaf modelinin olduğu da göz önünde tutularak- şu şekilde açıklanmaktadır: İlk derece mahkemesi sonucunun, kararının tarafa kanun yoluna başvurma hakkı (menfaati) sağladığı her hatalı durumdur.¹⁴ Bu çok soyut, genel kalmaktadır. Bu alanı, aşağıda inceleyeceğimiz Alman hukuku ise detaylı şekilde ele almaktadır.

Avusturya Medenî Usûl Kanunu uyarınca, istinaf mahkemesi önünde ne yeni bir itiraz, ne de yeni bir def'i ileri sürülebilir.¹⁵

III. Detaylı Düzenleme Öngören Alman Hukuku Modeli

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun istinafa ilişkin hükümlerinde, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Reform Kanunu ile önemli ölçüde değişiklik yapılmıştır.¹⁶ Önceden istinaf mahkemelerinde dava, hukuki yönden ve esas yönünden incelenirken, giderek istinaf mahkemeleri önünde yeni vakıa dermeyanı yasaklanmış, 2002 değişikliği ile Almanya'da istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı sadece hukuki yönden ele alan kontrol mahkemesine dönüşmüştür.¹⁷

¹⁴ Rechberger/Simotta, Rdnr. 830.

¹⁵ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 698; aynı yönde: 5236 sayılı Kanun ile değişik HÜMK m. 426/R/I/son.

¹⁶ Geniş bilgi için bkz.: Becker-Eberhard, Ekkehard, *Alman Medenî Usul Kanunu Reformu Hakkında* (Çev.: Deren-Yıldırım, Nevhis), in: *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları* (Derleyen: Deren-Yıldırım, Nevhis), C.I, İstanbul 2003, s. 59 vd.

¹⁷ Becker-Eberhard, s. 75.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 697.

a. Tarihi Gelişim Olarak 1924 ve 1933 Değişiklikleri

Alman medeni yargılama hukukunda tarafların istinaf sebeplerini göstermesinin gerekliliği konusunda¹⁸ doktrin ikiye ayrılmış, bazıları istinaf sebeplerinin gösterilmesinin doğrudan yargılamayı hızlandıracağını kabul ederken diğerleri; istinaf sebeplerinin istinaf yargılaması sırasında ileri sürülebilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Alman Medeni Usûl Kanunu'na temyiz sebeplerinin gösterilmesi zorunluluğu, 1905 yılında yapılan değişiklikle kabul edilirken, istinafın gerekçelendirilmesi 1924 tarihli Reform Kanunu ile gündeme gelmiştir.

Temyiz ve istinafta sebeplerin gösterilmesinin ardında yargılamanın hızlandırılması ilkesi vardır.¹⁹

1924 Değişikliği ile yalnız yeni vakıa getirme hakkı sınırlandırılmamış, istinaf sebeplerinin gösterilmesi de zorunlu hale getirilmiş, hatta yeni vakıa getirme ile istinaf sebepleri arasında doğrudan bir bağlantı kurulmuştur. Kanuna göre, istinaf sebeplerinde bildirilmeyen yeni vakıalar reddolunabilecektir (ZPO § 529 n.F.).

Buna karşılık Alman İmparatorluk Mahkemesi, kanunkoyucunun istinaf talebi ile birlikte istinaf sebeplerinin gösterilmesini arayan düzenlemesini uzun süre dikkate almamış, istinafa başvuran tarafın istinaf dilekçesinde ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesinin kontrolünü istemesini yeterli görmüş, bunun dışında bir gerekçelendirmenin kanunda aranmadığı sonucuna varmıştır.²⁰

¹⁸ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 697 vd.; Lanters, *Die Berufungsbegründung nach neuen Zivilprozessrecht*, Koblenz 1936, s. 8 vd.; ayrıca bkz. Yıldırım, *İstinaf*, s. 110.

¹⁹ Konzentrationsmaxime, Yargılamanın hızlandırılması ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz.: Rechberger, W. H., *Avusturya Medeni Yargılama-sında Yargılamanın Hızlandırılması* (Çeviren: Yıldırım, M. K.), in: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2003 (Derleyen: Yıldırım, M. K.), s. 1 vd.

²⁰ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 699, dn.36'da anılan JW 24, 369, JW 24, 1587, RG 125, 34. Ayrıca RGZ 109, 89.

1933 yılı değişikliği ile kanunkoyucunun yargılamanın huzlandırılması ilkesinin istinafta uygulanmasına ilişkin iradesi daha açık bir biçimde ortaya konmuş, istinaf başvurusunda taraf kararın hangi nedenlerden ötürü incelenmesini istediğini belirtmek ile yükümlü tutulmuştur (ZPO § 519 b).

27.10.1933'de Alman Medeni Usûl Kanununa giren istinafın gerekçelendirilmesine yönelik § 519/II 2 hükmü, 2002 değişikliğine kadar yürürlükte kalmıştır. Söz konusu hüküm çerçevesinde istinafa başvuran taraf, istinaf dilekçesinde kanunun öngördüğü süre içinde neden kararın bozulmasını istediğini (=istinaf sebepleri) göstermek ve istinaf başvurusunu dayandırdığı yeni vakia ve delilleri dermeyan etmekle yükümlüdür. Biçimsel ve somut hukuki uyumsuzluğa ilişkin olmayan istinaf sebepleri geçersizdir.²¹ Kanunkoyucu, istinafın iki yönden gerekçelendirilebileceğini kabul etmekteydi.²² Birincisi, ilk derece mahkemesi hâkiminin dava malzemesi hakkında esas ve usûl yönünden hatalı karar verdiğinin gerekçeli biçimde ortaya konmasıdır ki, bunun kapsamına delillerin değerlendirilmesinin hatalı yapılması, iddia ve savunma sebeplerinin hatalı değerlendirilmesi, veya hiç değerlendirilmemesi, usûl kurallarına aykırılık dâhil edilmektedir. İkincisi ise, yeni vakia ve delillerin sunulmasıdır.

İstinaf davacısı (*Berufungskläger*), her iki kategoriye giren istinaf sebeplerine başvurusunda dayanabilirdi. Ancak istinaf sebeplerini dilekçede sadece ilk derece mahkemesinin hatalı kararına ilişkin sebeplerle de sınırlayabilir, ya da salt yeni vakia ve delil dermeyanı ile de yetinebilirdi.²³

²¹ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 699, dn.38'de anılan BGH NJW 1971, 807, 808, BGH NJW 1984, 177, 178.

²² Semmelmayr, Johann, *Der Berufungsgegenstand*, Berlin 1996, s. 90 vd.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 699.

²³ Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Tübingen 1993, ZPO § 519, Rdnr. 41.

b. 2002 ZPO Değişikliği

2002 değişikliğinden sonra da Alman Medeni Usûl Kanunu'nda (§ 520/I ZPO) istinafin gerekçelendirilmesi aranmaktadır. İstinafin gerekçelendirilmesinin unsurları da § 520/III ZPO'da sayılmıştır:

1. Hükümün hangi kısmının iptal edilmek istendiği ve hükümde hangi değişikliklerin talep edildiği (*istinaf istem sonucu*)²⁴ hususuna dilekçede yer verilmelidir.

İstem sonucu (Berufungsantrag), istinafin çerçevesini ve amacını göstermeye yarar. İstinafa başvurusu süresi içinde ileri sürülmeyen istem sonuçları göz önünde tutulmaz. Hükümün birden fazla netice-i talebe ilişkin olması halinde, bunların her birinin süresinde gerekçelendirilmesi ve dilekçede istem sonucu kısmında belirtilmesi gerekir.²⁵

Davacının istinaf başvurusundaki istem sonucu "... *Mahkemesi'nin kararının tamamen değiştirilerek/veya iptal edilerek bozulması suretiyle davalının mahkumiyetine karar verilmesi...*" ibaresi ile ifade olunabilir. Kısmen değiştirme (veya) kısmen iptal istendiğinde de bu husus belirtilmelidir.²⁶

2. *Hukuka aykırılığa neden olan vakalara ve bunların iptali istenen karar üzerindeki etkilerine yer verilmesi gerekir (ZPO § 520/III).*

²⁴ § 520/III 1 ZPO. Krş.: 536 sayılı Kanun ile değişik HUMK m. 426B/II; Rimmelspacher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage (Aktualisierungsband), München 2002, § 520, Rdnr. 28 vd., 33 vd. (Kısaltma: Kommentar).

²⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 958.; Deren-Yıldırım, *İstinafin Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

²⁶ Semmelmayr, s. 63.; Deren-Yıldırım, *İstinafin Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

Hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması istinaf sebebi oluşturur, burada istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin hukuki hatalarını kontrol mahkemesi gibi bir işleve sahiptir.²⁷ Buna göre, istinaf mahkemeleri Almanya'da ikinci derece olay mahkemesi olmaktan çıkmıştır.²⁸

3. İstinaf davacısı, iptali istenen kararın doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşku uyandıran ve bu nedenle yeni bir tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarına değinmelidir (dZPO § 520/III b. 3).

İstinaf derecesinde ilk derece mahkemesi önünde dermeyan edilen dava malzemesinin sunulması aranmaktadır. İstinaf mahkemesi, vakiya ilişkin tespitlerin kontrolü ile yetinmekte ve ilk derece olay mahkemesinin tespitleri ile -kural olarak- bağlı olduğundan hareket etmektedir.²⁹ İstinaf sebebi oluşturan eksiklikler somut biçimde gösterilmelidir, delilin değerlendirilmesinin hiç yapılmadığı veya hatalı olduğu yönündeki içerikten yoksun itirazlar istinaf başvurusunun kabulü için yeterli değildir.³⁰ İlk derece mahkemesince reddolunan delil ikamesi talepleri, istinaf dilekçesi ile yeniden ileri sürülebilmektedir.³¹ İptali istenen karardaki değerlendirme ile bağlantısını kurmaksızın ilk derece mahkemesine sunulan vakıaların tekrarı istinaf talebinin reddine yol açar. Bu gerekçelendirme sebebi, aşağıda istinaf sebepleri arasında ayrıca ele alınacaktır.

²⁷ Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 28. Auflage, München 2003, § 73 III.

²⁸ Schilken, Rdnr. 899.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

²⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 135, Rdnr. 43 (s. 959 vd); Jauernig, § 73 III; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

³⁰ BGHZ 143, 169, 171 = NJW 2000, 590, 591.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 135, Rdnr. 44.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 700.

4. İstinafın gerekçelendirilmesine ilişkin § 520/III b. 4 dZPO da *yeni iddia ve savunma nedenlerine yer verilmesi* düzenlenmiştir.

Yeni iddia ve savunma nedenleri ile bozulması istenen hükme ilişkin olanlar kastedilmektedir. İstinaf mahkemesi önünde iddianın genişletilmesi veya karşı dava yoluyla dermeyan edilen yeni netice-i talebe ilişkin vakıalar bu hükmün kapsamı dışındadır.³²

IV. İstinafın Gerekçelendirilmesinin Amacı

Birçok hukuk düzeninde, istinaf dilekçesinin zorunlu içeriğine istinaf gerekçesi dâhil edilmekle, birden fazla amaç güdülmektedir.³³ Bu, *dava malzemesinin yoğunlaştırılmasına* ve *yargılamanın hızlandırılmasına* hizmet edecektir. Yargılamanın hızlandırılması ile gerçeğe ulaşma arasındaki karşıtlık göz önünde tutulmalı, hızlandırmaya ilişkin önlemlere dikkatle yaklaşılmalıdır. Gerekçe gösterilmesinin bir başka yararı, *mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesidir*. İstinaf davacısının bozulmasını istediği *karar-karşısındaki tutumunu dilekçede açıkça ortaya koyması* sayesinde istinaf mahkemesi hâkimi zaman kazanır; istinaf sebeplerini gösterme zorunluluğu, *başarı şansı olmayan, gereksiz istinaf başvurularını engeller*. Zira, istinaf mahkemesine başvurmadan önce avukatlar, hükmü istinafta bozulma açısından değerlendirmek durumundadırlar. İstinaf gerekçesinin dilekçede gösterilmesi ayrı zamanda yargılama süresi konusundaki taraf serbestisinin sınırlandırılmasına, diğer bir anlatımla "*saf liberal yargılama anlayışı*"nın terk edilmesine yol açar.³⁴

³² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 135, Rdnr. 46-46.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 701

³³ Geniş bilgi için bkz.: Lanters, s. 13 vd.; Rimmelpacher, Kommentar, § 520, Rdnr.2 vd., s. 334 vd.; İngiliz hukuku ile karşılaştırmalı olarak bkz. Stürner, M., s. 157 vd., 271 vd.; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 701.

³⁴ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 701.

C. İSTİNAF SEBEPLERİ

I. Genel Olarak

5236 sayılı Kanun, istinaf sebeplerini açıklamamış, yalnız sebeplerin gösterilmesini istinaf dilekçesinin içeriğine dâhil etmiş bulunmaktadır.³⁵

İstinaf sebeplerinin Kanun'da açıkça gösterilmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir.³⁶ Esas yönünden incelemeye ilişkin maddedeki "kararın usûl ve esas yönünden uygun olmaması" ibaresinin istinaf sebebi olarak ele alınabileceği belirtilmektedir.

Bir fikre göre ise "... Kanun'da istinaf sebepleri bakımından bir sınırlama yapılmadığı görülmektedir. Esasen böyle bir sınırlama istinafın niteliğine de uygun düşmeyecektir...".³⁷

II. Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nda (ÖZPO) da istinaf sebepleri tüketici biçimde sayılmamıştır. Ancak bu sebepler, Kanun m. 477, 488 I, 496, 503 I den açıkça tespit edilebilir.³⁸

Avusturya doktrini³⁹ istinaf sebeplerini dört, beş ana başlık altında toplamaktadır.

1. Maddi anlamda kesin hükmün kaldırılmasını gerektirecek şekilde ağır usûl hatalarının varlığı (Nichtigkeitsgrün-

³⁵ 5236 sayılı Kanun ile değişik HUMK m. 426 B II 6.

³⁶ Yılmaz, E., *İstinaf*, Ankara 2005, s. 57.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2004, s. 451.

³⁸ Bajons-Grimm, *Laenderbericht Österreich*, in: *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Hrsg. P. Gilles, Köln 1985, s. 25 vd., 220.

³⁹ Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Wien 2000, Rdnr. 831. Ballon; *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren*, no.378; Deixler-Hübner/Klicka, *Zivilverfahrensrecht*, 3. Auflage, no.282. Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 702.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

de):⁴⁰ Yargı hakkının olmaması, yargı yolunun kabule şayan olmaması, mahkemenin uluslararası yetkisinin bulunmaması, kesin yetkili mahkemede dava açılmaması, davaya bakması yasak olan veya hukuka uygun biçimde reddolunan hâkimin davaya bakması, tahkikat mahkemesinin kanuna aykırı teşkili gibi "ağır yargılama hataları" ile taraf ehliyetinin, dava ehliyetinin bulunmaması, kanuni temsildeki hatalar, iki taraflı yargılama esasına aykırılık, vekaletin bulunmaması gibi " tarafların davaya katılmalarına" yönelik temel esaslara aykırılık, "dava konusuna ilişkin ihlaller" (derdestlik, kesin hüküm, feragate rağmen davanın görülmesi gibi), adil yargılanma hakkına ilişkin ihlaller (dinlenme ilkesine ve aleniyet ilkesine uymama, netice-i talepten fazlaya hükmetme, çelişik hükümler) ilk kategoriye girmektedir.

2. Re'sen göz önünde tutulmayan bu yüzden istinaf davacısı tarafından açıkça dermeyanı gereken § 496 öZPO anlamındaki diğer önemli usûl hataları: Bunlar mutlak değil, nispi bozma sebepleridir, bu yüzden istinaf mahkemesi tarafından hükme etkili olup, olmadıkları açısından değerlendirmeye tabi tutulurlar. Avusturya'da § 496 I öZPO da diğer önemli eksiklikler ile kastedilen: dava konusunun üzerinde tüketici biçimde görüşme yapılmasını ve her şeyi kapsayacak şekilde karar verilmesini engelleyen hususlardır. Bu eksikliklerin, kanun (§ 496 I Zif. 2) lafzına göre, doğru karar vermeyi fiilen, gerçekten engellemiş olması gerekirken; literatürde hakim görüş ise, bu eksikliğin soyut olarak var olmasının engellemeye yeterli olacağı kanısındadır.⁴¹ Doğrudanlık ilkesinin ihlali, hâkimin davayı maddi açıdan sevk yetkisinin ihlali, delil ikame taleplerinin reddi, nispi bozma sebeplerine örnek gösterilebilir. Fasching'e göre, § 496 I Ziff.1 öZPO diğer usûli hatalar için genel bir tanımlama getirmemektedir, bilakis vakıa toplanması eksikliğinin özel bir normudur. Fasching, her hangi bir usûli

⁴⁰ § 477 öZPO.

⁴¹ Rechberger/Simotta, no. 836, dipnot 72; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 702

hükme aykırılığın abstrakt olarak, elverişli, bir hükmün hatalı olmasına diğer usûli eksiklikler olarak tanımlar. Bu görüş gerekli olmadığı halde kanun lafzını aşmaktadır.⁴²

§ 496 İ'de iki özel unsur daha vardır. a) Vakıa ikamesine ilişkin talepleri içeren bir dilekçe mevcutken, bunun gereğinin tam olarak yapılmamış olması (Ziffer 1).

b. Hatalı hukuki değerlendirmeye yol açan, eksik yetersiz vakıa tespiti (Ziffer 2). Bu tali usûli bir hatadır, ne zaman ki istinaf sebebi olarak ileri sürülür, o takdirde istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitinin, verdiği karar için yeterli olmadığına karar verebilir. Asıl olan istinaf mahkemesinin yargılamayı tamamlamasıdır, bu mümkün değilse kararı iptal eder.⁴³

3. Fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olması (Vakıanın hatalı değerlendirilmesi): Hakimin dar anlamda delilleri yanlış değerlendirmesinden ve/veya tecrübe kurallarının yanlış uygulanması neticesinde hatalı çıkarımlarda bulunmasından ötürü vakıanın hatalı değerlendirilmesi de istinafta kararın bozulmasına yol açar. Hakim delilleri değerlendirirken kabul edilebilir (*plausibel*) olmak zorundadır. Kabul edilebilir nitelikte bir gerekçelendirme ortaya koymalıdır. İstinaf davacısı, hükümden sonra hakimin bu kabul edilebilir gerekçelendirmeye karşı çıkmakta, karardaki o bölümü hedef almaktadır. Onun iddiası, kararda hakimin dil, imla, düşünce kuralları ve tecrübe kurallarına karşı ihlalde, ihlallerde bulunduğudır.⁴⁴

Avusturya'da bu konu delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile irtibatlı olarak açıklanmaktadır. Bu yüzden, tebliği-

⁴² Rechberger/Simotta, Rdnr. 836 ve orada karşılaştırma için bakılması istenen Ballon, FS Matscher, s. 17 ve ayırımın uygulamada § 196 öZPO'daki itiraz ödevinin ciddiye alınması nedeniyle önemsiz hale geldiği hakkında Kodek, in Rechberger § 471 § no.5.

⁴³ Rechberger/Simotta, Rdnr.837.

⁴⁴ Bajons-Grimm, s. 221.

mizde, aşağıdaki başlık olan "D. İstinaf Sebebi Olarak Delillerin Değerlendirilmesi"nde de açıklamalarımız olacaktır.

Rehberger/Simotta'ya göre delillerin yanlış değerlendirilmesi ve tutanağa aykırılık birbiri ile kolayca karıştırılmaktadır. (no. 838) Örnek olayda, şahitlerden Maks tutanaklara göre, davacının davalıya eşyayı teslim ettiğini gördüğünü söylemektedir; buna karşılık diğer şahit Moris ise buna dikkat etmediğini söylerse, burada şu hüküm hatası akla gelebilir: karar, şahitler Maks ve Moris'in birbiri ile uyumlu ifadeleri nedeniyle, eşyanın teslim edildiğini tespit ederse, burada tutanağa aykırılık hali mevcuttur. Buna karşılık kararda, Maks'ın inandırıcı beyan ile eşyanın verildiği, Moris'in karşı ifadesinin inandırıcı olmadığı bildirilirse, burada ifadenin, hatalı takdire dayanmış olabilecek bir değerlendirmesi söz konusudur.

4. Hatalı Hukuki Değerlendirme: Olaya yanlış hukuk kuralının uygulanması, hukuk kuralının doğru yorumlanmaması, altlamadaki hatalar bu kapsamdadır. Bu konunun detaylı açıklaması için benzerliği dolayısıyla aşağıdaki Alman Hukuku ile ilgili açıklamalara bakılabilir.

5. Beşinci istinaf sebebi, tutanaktaki müzakere sonuçlarının, kararda gerekçenin özel bir bölümünü teşkil eden vakıalar bölümüne yanlış aktarılmış olmasıdır, yani *tutanağa aykırılık halidir*.⁴⁵

Doktrinde Ballon'un yaptığı tasnife göre istinaf sebepleri:⁴⁶

1. Usûli hatalar, eksiklikler

a. Hükümün ortadan kaldırılmasını gerektirecek sebepler

⁴⁵ Bajons-Grimm, s. 221.

⁴⁶ Ballon, Oskar J., Nr. 360 vd.

b. Önemli usûli hatalar

2. Maddi eksiklikler

a. Hatalı hukuki değerlendirme

b. Hatalı vakıa tespiti

- Tutanağa aykırılık
- Delillerin hatalı değerlendirilmesi

III. Alman Hukukunda

Alman Medeni Usûl Kanunu'nda 2002 değişikliğinden sonra, istinaf sebepleri daraltılmıştır. § 513 I ZPO uyarınca, istinaf, kararın § 546 anlamında hukuka aykırılığına veya § 529'a göre dayanan vakıaların farklı bir kararı haklı kılması sebeplerine dayandırılabilir. Değişiklikten önce, istinaf mahkemeleri istinaf talebi ile sınırlı olmak kaydıyla yeniden yargılama yapabilmekte idiler.⁴⁷

İstinaf açısından önemli olan husus, *iptali istenen kararın "objektif" açıdan hatalı olmasıdır*.⁴⁸ Kararın hatalı olması, ilk derece mahkemesinin hükme etkili vakıaları yanlış tespitinden veya tespit olunan vakıalara hukukun yanlış uygulanmasından kaynaklanabilir. Bu durumda, objektif hata mevcuttur. Tarafların dava malzemesini eksik getirmeleri veya delil göstermemeleri mahkemenin hatalı hüküm vermesine yol açsa, burada objektif değil, sübjektif açıdan bir hata mevcuttur. Yine hükme etkili olmayan usûle aykırılıklar da, aynı nedenle istinaf sebebi oluşturmaz.

Alman kanunkoyucu, değişiklikten sonra istinaf sebeplerini başlıca iki kategori altında toplamıştır: birincisi hukuka

⁴⁷ § 525 ZPO (mülga).

⁴⁸ Rimmelspacher, B., Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002, s. 1897 vd. (Kısaltma: Berufungsgründe); Rimmelspacher, Kommentar, § 513, Rdnr.7, s. 282.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

aykırılık (§ 513/I 1 ZPO); ikincisi vakıanın yeniden tespitinin gerekliliğidir (§ 513/I 2).

Almanya'da Kanunun yeni düzenlenmesine göre, başarı ümidinin varlığı sorgulanırken tahdidi olarak sayılmamış üç istinaf sebebi (gerekçelendirmenin sebepleri, *die Gründe der Begründung*) mevcuttur, bunlar somut yargılama durumuna göre ortaya çıkabilir. Bunlar,

1. Hukukun hatalı uygulanması (§ 513 I. Fall 1. i.V.mit § 546,529 II dZPO):

- Maddi hukuka aykırılık

- Usûli hatalar

a. resen dikkate alınacaklar

b. resen dikkate alınmayacaklar; nedensellik bağı

2. Hatalı vakıa tespiti,

burada şu üç unsur birlikte (kumulativ) mevcut olmalıdır.

- Hatalı olduğuna dair *somut dayanak noktaları* bulunmalıdır.

- İlk derece mahkemesi'nin *vakıa tespitlerinin doğruluğu/mükemmeliyeti hakkında şüphe* uyandırmalı (no 150)

- Bu nedenle vakıa tespitlerinin yenilenmesini **gerektir**melidir. Avusturya'da § 467 no.5

3. Yeni iddia ve müdafaa sebepleri (§ 513 I Fall 2. İ.V.m. § 529 I Nr.2, 531 dZPO)

Rimmelspacher'e göre, yeni bir karar elde etme arzusunda olan istinaf davacısının elinde üç imkan bulunmaktadır. İlk derece mahkemesinin hukuku uygulamasına veya vakıa tespitlerinin hatalı olduğuna karşı çıkabileceği gibi, doğrudan doğruya yeni iddia ve müdafaa vasıtalarını konu haline getir-

mek imkanına da sahiptir. Bu seçeneklerden hep birlikte veya alternatif olarak istifade edilebilir.⁴⁹

Alman Medeni Usûl Kanunu m. 513/I'deki kriterler, istinaf sebeplerinin tanımından çıkmaktadır. Bu kriterler, § 520/III'deki istinaf gerekçelendirilmesi bakımından ve ayrıca § 529'daki istinaf mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamı ve yoğunluğu bakımından da ağırlıklı bir öneme sahiptir.⁵⁰ Almanya'daki istinafın gerekçelendirilmesine ilişkin yeni düzenleme § 520 III Ziffer 3 dZPO somut "*dayanak noktaları*", "*şüpheler*" ve "*gerektirmesi, gereklilik*" olmak üzere muğlak kavramlar getirmektedir. Öte yandan sık atıf yapılan BGH V. Zivilsenat'ın 12 ve 19 Mart 2004 t.li kendini ele veren (sempomatik) kararları da Reform Kanunu ile getirilmek istenilen istinaf sebepleri sistemine uyumlu değildir. Zira kabule şayan bir istinaf dilekçesi (*Berufungsrüge*), istinaf mahkemesine, ilgili kararın bütün dosya dikkate alınarak kapsamlı bir inceleme yapma zorunluluğu getirmektedir. Bu hakkaniyete uygun görünse de, kanunun sebep için öngördüğü işleve aykırıdır.⁵¹

İstinaf davacısı, hükmün hukuka aykırılığını istinaf sebebi olarak göstermek isterse, hukuka aykırılığa yol açan durumu açıklamalıdır. Söz konusu istinaf sebebinde üç sorunun cevaplandırılması gerekir. Bunlar sırası ile; hangi hukuk kurallarının olaya uygulanabileceği, ne zaman hükme uygulanması gerekli hukuk kuralının ihlal edildiği ve nihayet hukuk kuralının ihlalinin hangi süreçte iptali istenen hükme etkili olduğudur.⁵²

Hukuk kuralının ihlalinin istinaf sebebi oluşturmasında, fiili mesele-hukuki mesele ayrımı⁵³ önem taşımaktadır. Hukuki meseleye anayasa, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, uluslararası anlaşmalar, örf ve adet kuralları, teamül hukuku, yabancı hukuk kuralları, dernek ve vakıf senetleri, bunun yanı

⁴⁹ Rimmelpacher, Kommentar, § 520, Rdnr.48, s. 345.

⁵⁰ Rimmelpacher, Kommentar, § 513, Rdnr.7, s. 282.

⁵¹ Doukoff, no. 137; BGH kararları için bkz. NJW 2004, s. 1876 ve 2154.

⁵² Rimmelpacher, Berufungsgründe, s. 1898 vd.

⁵³ Rechtsfrage-Tatfrage.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

sıra mantık kuralları, tecrübe kuralları da dâhildir.⁵⁴ *Rimmelspacher*, genel işlem şartlarının hukuk kuralı olmadığını, ancak istinaf sebepleri bakımından hukuk kuralı sayılacağını ileri sürmüştür, mahkeme kararları ve idare tasarrufları da hukuk normu sayılmamaktadır.⁵⁵

Hukuk kuralının hiç uygulanmaması gibi yanlış uygulanması da istinafta bozma sebebidir. İlk derece mahkemesi, olaya uygulanması gerekli hukuk kuralını bulamamış veya hatalı olarak olaya uygulanmayacağına karar vermiş olabileceği gibi, kararı yürürlükten kaldırılmış bir hukuk kuralına dayandırmış olabilir. Yorum hataları da, hukuk kuralının uygulanmasındaki hata statüsündedir. Altılamalardaki hatalar da hukuka aykırılık olarak sınıflandırılır.⁵⁶

Hukuka aykırılık tek başına istinaf sebebi oluşturmaz. Temyizde olduğu üzere, istinaf kanun yolunda da mahkemenin hukuka aykırılığın hükme etkili olup olmadığını kontrolü aranır.⁵⁷

1. Hukukun Hatalı Uygulanması

Alman Hukuku'nda, uygulama, yorum, altlama hatası nedeniyle maddi hukuka veya usûl hukukuna dair bir norm hiç/doğru uygulanmazsa § 546 ZPO anlamında bir istinaf sebebi mevcuttur.

İlk derece mahkemesi kararının usûl hukuku açısından incelenmesinde, § 529 II 1. ZPO ya göre resen dikkate alınan

⁵⁴ Tüzel kişilere ait tüzükler için bkz. BGHZ 139, 333 = NJW 1999, 579; BGHZ, NJW 1994, 52; BGHZ 14, 26; ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, *İstinafın Gereçlendirilmesi*, s. 703.

⁵⁵ Rimmelspacher, *Berufungsgründe*, s. 1899; aynı yazar, *Kommentar*, § 513, Rdnr. 10, s. 283; Yıldırım, *İstinaf*, s. 12.

⁵⁶ Ayrıca bkz. Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s. 821 vd.; Sivrihisarlı, Ömer, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, İstanbul 1978, s. 19 vd.

⁵⁷ Krş. § 561 ZPO.

bir hükme, norma aykırılık mevcut olup olmadığına bakılır. Resen dikkate alınmayan normlar için açıkça bir istinaf itirazı yapılmış olmalıdır.

İlk derece mahkemesi kararının maddi hukuk açısından incelemesinde, İstinaf Mahkemesi § 529 II 2 ZPO uyarınca dermeyan olunan istinaf sebepleri ile bağlı değildir.⁵⁸

Maddi Hukuka Aykırılık

§ 513 I Fall 1 ZPO'nun kanuna aykırılık bakımından § 546 ZPO'ya yaptığı atfı uygularken, İstinafın, temyiz/ Revizyon'un bir türevi olmadığına ve İstinaf ile Revizyon'un arasında sadece sınırlı bir benzerlik bulunduğu dikkat edilmelidir.⁵⁹ İstinaf, eskiden olduğu gibi yeni vakıa da getirilebilen bir vakıa mahkemesidir. (*Tatsacheninstanz*). Bu özellikle uygulama için önemli olan irade açıklamaları ile belgelerin yorumunun ve ayrıca mahkeme'nin takdir kararlarının denetimi bakımından ön plana çıkmaktadır. BGH'nın 14.7.2004 t.li emsal kararına göre, bu sözleşmenin fiili temellerinin, özellikle taraf iradelerinin araştırılması fiili meseledir; bir sözleşmenin yorumu ise hukuki meseledir.⁶⁰

Usûli Aykırılıklar

Usûli aykırılıklarda kanun normları arasında, bir taraftan resen dikkate alınan ve alınmayan, diğer taraftan feragat edilebilir ve edilemez normlar ayrımı yapılmaktadır. Bu kavramlardan bazıları, kamu yararına olduklarından feragat edilemez niteliktedirler ve bu yüzden de resen dikkate alınırlar.⁶¹

Resen dikkate alınan usûl hükümleri:

⁵⁸ Doukoff, no. 138.

⁵⁹ Doukoff, no. 139; Rauscher, M., *Die Neue Berufung in Zivilsachen*, Frankfurt am Main 2002, s. 67.

⁶⁰ Doukoff, no. 140.

⁶¹ Doukoff, no. 142.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

- Dava şartları, hukuki korunma ihtiyacı, derdestlik, taleple bağlılık, kullanılabilir bir maddi unsurun eksikliği, zorunlu uzlaşma prosedürünün gerçekleştirilmemiş olması;

- Yargı yolu ayırımına ilişkin kurallardır.⁶²

Diğerleri resen dikkate alınmayan ve feragat edilebilir usûl hükümleridir. (no. 146).

Rimmelspacher'e göre, usûle ilişkin bir normun ihlal edilmemesi halinde başka bir karar verilebilecek olması kriteri her durum için geçerli bir kriter oluşturmayacaktır. Temyizden farklı olarak istinaf mahkemesi esas hakkında karar verebilmektedir. Esas hakkında karar verebildiği durumlarda bazı usûli eksiklikler telafi edilebilecektir. Usûli hatanın, kararın iptaline muhtemelen sebep teşkil etmesi sadece § 538 II uyarınca istinaf mahkemesinin işi esastan halletmek üzere ilk derece mahkemesine geri göndermesi durumunda söz konusudur⁶³.

Eğer karar bir hukuki hataya dayanıyorsa, bu § 513 I Fall 1 ZPO'ye göre istinaf sebebidir. Fakat § 561 ZPO nun da gösterdiği üzere, mahkeme'nin bir hukuki hata yapmış olması yeterli değildir.

Maddi hukuk hatası ancak kararı, bu söz konusu hata olmasaydı, İstinaf davacısının lehine verilecek idiyse, bir istinaf sebebi oluşturur. Usûli hatalar için, mahkemenin usûli hata olmasaydı başka bir sonuca varacak olması gerekir.⁶⁴

2. Fiili Meselenin Hatalı Tespit Edilmiş Olması

Yukarıda da belirtildiği üzere, *Avusturya'da vakıanın hatalı değerlendirilmesi, istinaf sebepleri içinde üçüncü kategoriyi oluşturmaktadır*. Hakimın dar anlamda delilleri yanlış değerlendir-

⁶² Doukoff, no. 143-145; Rimmelspacher, Kommentar, § 513, Rdnr.13, s. 284.

⁶³ Rimmelspacher, Kommentar, § 513, Rdnr.13, s. 284.

⁶⁴ Doukoff, no.149 ve orada dn. 699 da Pantle/Kreisl, Rn.581; Ball, Berufung, s. 147; Wiczorek/ Schütze/ Gerken, § 513 Rn.10.

mesinden ve/veya tecrübe kurallarının yanlış uygulanması neticesinde hatalı çıkarımlarda bulunmasından ötürü vakianın hatalı değerlendirilmesi de istinafta kararın bozulmasına yol açar. Hakim delilleri değerlendirirken *plausibl* (kabul edilebilir) olmak zorundadır; kabul edilebilir nitelikte bir gerekçe ortaya koymalıdır. İstinaf davacısı, hükümden sonra hakimnin bu kabul edilebilir gerekçelendirmesine karşı çıkmakta, karardaki o bölümü hedef almaktadır. Onun iddiası, kararda hakimnin dil, imla, düşünce kuralları ve tecrübe kurallarına karşı ihlalde, ihlallerde bulunduğudur.⁶⁵

Alman hukukunda vakianın yeniden tespitinin gerekliliği, ikinci bir istinaf sebebidir. ZPO § 529/I 1, esas itibari ile istinaf mahkemesini ilk derece mahkemesinin fiili meseleye ilişkin tespitleri ile bağlı tutmaktadır. İstinaf davacısının, ilk derece mahkemesi kararının uygun olmadığını iddia etmesi yeterli değildir, somut verilerin sunulması gerekir. Hâkimin davayı maddi anlamda sevk yetkisini yeterince kullanmaması, iddia ve savunmanın değerlendirilmemesi, delil ikamesi kurallarına uymama, delillerin hatalı değerlendirilmesi hüküm mahkemesinin tespitlerinin hatalı veya eksik olduğuna delalet eden “*usûle aykırılık*” nedenleridir. İlk derece mahkemesinin tespitleri yeni iddia ve savunma sebeplerinden ötürü tartışmalı hale gelebilir. Yeni vakıaların ileri sürülebilmesi, § 530, 531/I, 532/b.2 dZPO’daki koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. § 530 ZPO uyarınca, istinaf gerekçesini bildirme süresi içinde dermeyan olmamış vakıalar göz önünde tutulmaz. İlk derece mahkemesince reddolunan iddia ve müdafaa sebepleri istinaf mahkemesi önünde ileri sürülemez (§ 531/I ZPO). Yeni vakıaların ileri sürülmesi ise: 1. Bunları ilk derece mahkemesinin açıkça göz önünde tutmaması, 2. Usûle aykırılıktan ötürü ilk derece mahkemesinde vakıa dermeyanının mümkün olmaması, 3. Vakianın ilk derece mahkemesi önüne getirilmemesinde tarafın kusurunun olmaması hallerinden birinin varlığına bağlanmıştır (§ 531/II ZPO). İlk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlılığı ortadan kaldıran son neden, re’sen göz önünde

⁶⁵ Bajons-Grimm, s. 221.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

tutulması gerekli ve tarafların dermeyanına bağlı olmayan "hükme etkili" hususların ilk derece mahkemesinin kararını hatalı veya eksik hale getirmesidir.⁶⁶

İptali istenen ilk derece mahkemesi kararının "objektif açıdan hatalı olması" dışında, ikinci bir istinaf sebebi ise, yeni iddia ve savunma sebeplerinden ötürü yeniden hüküm tesisinin gerekmesidir.⁶⁷ Bunun içine yalnız vakıalar değil, deliller de girmektedir.

3. Yeni İddia ve Müdafaa Sebepleri (Yeni Vakıa Getirilebilmesi Hakkı Tanınıp Tanınmaması Meselesi)

İstinafta yeni vakıa getirilebilmesi önemli bir konudur. 5236 sayılı Kanun ile değişik HUMK m. 426/M/II uyarınca "usûl ve esas yönünden hukuka aykırılık" istinaf sebebi olarak kabul edildiğinde, bunun içeriği Mukayeseli hukuktan, Alman ve Avusturya Medeni Usûl Kanunu hükümlerinden yararlanılarak doldurulabilir. İstinafta yeni vakıaların ileri sürülmesinde mukayeseli hukukta iki sistem mevcuttur.⁶⁸ Tam istinaf sisteminin kabul edildiği hukuk düzenlerinde taraflara yeni vakıa getirme hakkı da tanınmaktadır. Yeni vakıa getirme hakkının kapsamına hâkimin kendiliğinden göz önünde tutacağı vakıalar değil, tarafların getirebileceği vakıalar dâhildir.⁶⁹

Bireyin sübjektif hakkını korumak ve aynı konuda yeni davaların açılmasını önlemek amacıyla taraflara istinaf derecesinde yeni vakıa getirme hakkının sınırsız biçimde tanındığı

⁶⁶ Rimmelspacher, Berufungsgründe, s. 1901.

⁶⁷ § 529 II 2 ZPO bkz. Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 693 vd., 704-710.

⁶⁸ Sistemler hakkında geniş bilgi için bkz.: Deren-Yıldırım, *Teksif İlkesi Açısından İstinaf*, s. 276 vd.

⁶⁹ Fehr, H., Das Novenrecht, Zürich 1949, s. 24-25; Schärer, S. R., Das Novenrecht im Berufungsverfahren nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Zürich 1984, s. 21.

Lozan Kantonu'nda, taraflar dava değiştirme yasağına aykırı düşmeyecek biçimde yeni vakıa getirebilirler.⁷⁰

28.6.2006 tarihli İsviçre Federal MUK Tasarısı Art. 314, kural olarak *ilk derece yargılamasından sonra meydana gelen*, gerçek yeni vakıaların herhangi bir işleme gerek olmaksızın dermanına izin vermeyi; ilk derece yargılaması sırasında mevcut olup, ileri sürülmeyen yani sahte yeni vakıaların ikamesine ise kural olarak engel olunmasını tercih etmiştir.⁷¹

Alman Hukuku'nda, istinaf yargılamasında taraflarca yeni vakıa ve delil ikamesi imkanı tedricen ve en son, 2002 değişikliğiyle önemli ölçüde daraltılmıştır.⁷²

Avusturya Medeni Usûl Kanunu § 482/I öZPO uyarınca istinaf mahkemesi önünde yeni bir itiraz veya def'i ileri sürülemez. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını sözlü yargılamanın sonuna kadar sunulmuş olan dava malzemesine göre ele alacaktır.⁷³ *İstinaf sebeplerinin dayandırıldığı* vakıa ve delillerin ikamesi ise yasak kapsamında değildir. Bu çerçevede usûli bir hatanın ispatı için yeni vakıa ve delil getirilebilmesine olanak tanınıyor ise de, içtihatlar delillerin değerlendirilmesindeki hataların ispatına yönelik yeni vakıa ve delillere izin vermemektedir.⁷⁴ Avusturya doktrininde "*nova reperta*" ve "*nova producta*" ayrımı da mevcuttur.⁷⁵ *Nova reperta*, ilk derece mahkemesindeki sözlü yargılamanın bitmesinden önce var olan, fakat tarafın ileri sürmediği vakıalara ve delillere verilen isimdir. *Nova producta* ise, ilk derece mahkemesindeki sözlü

⁷⁰ Geniş bilgi için bkz.: Fehr, s. 86 (1913 tarihli mülga Lozan Medeni Usul Kanunu m. 250'den hareketle).

⁷¹ Botschaft zur Schweizerischen ZPO, Gerekçe kısmı, s. 155.; ayırım için bkz. Habscheid, W.J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt a.M. 1990, Rdnr. 739.

⁷² Yıldırım, *Kurultay*, s. 187.

⁷³ Rechberger/Simotta, Rdnr. 825; Kodek, in: Rechberger, W.H. (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien 2006, § 482 Nr. 1,

⁷⁴ Konecny, s. 481 vd., özellikle s. 489.

⁷⁵ Fasching, W.H., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Wien 1990, Rdnr. 1722 vd.; Rechberger/Simotta, Rdnr. 825; Konecny, s. 490; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 707.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

yargılamanın bitmesinden sonra oluşan vakialardır. Her iki türe giren vakıalar da yasak kapsamına girdiklerinden istinaf mahkemesi önünde ileri sürülmeleri imkanı yoktur. Var olduğu halde ileri sürülmemiş vakıalar, belli koşullar altında, örneğin tarafın bunları ileri sürmemesinde kusuru yoksa yargılamanın yenilenmesi yoluyla dermeyan edilebilir. Sözlü yargılamanın bitmesinden sonra ortaya çıkan vakıalar (= *nova producta*) ise, ilk davadaki kesin hükmün kapsamı dışında kaldıklarından artık yeni bir davanın konusunu oluştururlar.⁷⁶

İlk derece mahkemesinin tahkikatının hatasız olduğu hallerde yeni vakia getirme yasağı tam olarak uygulanır; dava malzemesinin temininde hata mevcut ise, yasak söz konusu olmaz, taraflar yargılamanın tamamlanması için yeni malzeme getirebilirler.⁷⁷ Amaç kesinlikle ilk derece mahkemesindeki taraf usûl muamelelerinin düzeltilmesi ve tamamlanması değildir.⁷⁸ İstinafın konusu da mahkemenin yaptığı hatalardır.⁷⁹ Tarafların hataları, ilk derece mahkemesinin hatasına dayandığı ölçüde istinaf mahkemesinin inceleme konusuna girer. Örneğin tarafların mahkeme tarafından yanlış yönlendirildiği hallerde olduğu gibi.⁸⁰

İlk derece mahkemesindeki inceleme, layihalar teatisi aşamasında getirilmiş olan vakıalarla sınırlı olacaktır.⁸¹

5236 sayılı Kanun'la getirilen madde 426/R uyarınca: "*Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşılık dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, davanın islahı ve 45. maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi*

⁷⁶ Rechberger/Simotta, Rdnr. 577.

⁷⁷ Konecny, s. 490, 483.

⁷⁸ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelenendirilmesi*, s. 707. Yasağın uygulandığı hukuk düzenlerinde istinaf mahkemeleri, kontrol mahkemesi olarak görev yapar (Konecny, s. 483,490).

⁷⁹ Fasching, H. W., Das Neuerungsverbot im Berufungsverfahren des griechischen Zivilprozesses im Vergleich zu den entsprechenden Regelungen im österreichischen und deutschen Zivilprozess, in: FS Rammos, B. I, Athen 1979, s. 263 vd., özellikle s. 268 (Kıs. FS Rammos).

⁸⁰ Konecny, s. 483; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelenendirilmesi*, s. 707.

⁸¹ Aynı fikirde: Yıldırım, *Kurultay*, s. 189.

istenemez, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz.

Bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamaz.

İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir."

Doktrinde Deren-Yıldırım'a göre, kanunda istinaf ile mahkemenin hatalı usûl muamelelerine yönelik bir kontrol amaçlanmaktadır. İlk derece muhakemesinde layihalar teatisi safhasında mevcut olduğu halde ileri sürülmesi tarafça ihmal edilmiş vakıaların, istinaf aşamasında dermeyanı imkanı yoktur (= *nova reperta*). Maddede "mücbir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan delillerden" söz edildiğine göre mücbir bir sebebe dayanılarak gösterilemeyen vakıaların ve ayrıca "*nova producta*" diye adlandırılan layihalar teatisi safhasından sonra ortaya çıkan vakıaların da, istinaf derecesinde dermeyanı mümkün değildir. Kesin hükmün kapsamı dışında kalan ve istinaf aşamasında ıslah ve hasmın muvafakati gibi hususlar söz konusu olmadığından, bu yolla dermeyanı imkanı da bulunmayan "*dilekçelerin ibrazından sonra ortaya çıkan vakıalar*", Avusturya Hukuku'nda olduğu gibi, ancak yeni bir davanın konusunu oluşturacaktır. Yasak kapsamı dışında tutulan hususlar, mahkemenin taraflarca süresinde ibraz ettiği halde incelemeyeceği delillerdir.⁸²

Kanun'da "*mücbir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan delillerin üst mahkemece incelenebileceği*" hususu yer almaktadır. Burada delilin ilk derece mahkemesindeki tahkikat safhasında incelenememesi tarafın kusuruna dayanmamaktadır. Söz konusu düzenleme, taraf usûl muamelelerindeki hataları bertaraf etme imkanının olmadığı sınırlı istinaf sistemine uygundur. İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği halde

⁸² Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 708 vd.

reddedilen deliller bölge adliye mahkemesince incelenecektir. Bunların istinaf dilekçesinde ibrazı aranmalıdır.

HUMK'da değişiklik yapan Kanun'un 426/R maddesi, istinaf mahkemesinin kendiliğinden göz önünde tutacağı hususlarda, yeni iddia ve savunma nedenlerinin ibrazına izin vermektedir. Taraflarca istinaf nedenlerini ispata yarayan yeni vakıa ve delillerin istinaf derecesinde getirilemeyecektir, halbuki mahkeme usûl muamelelerindeki hataları ortaya koyacak ve istinaf sebebi oluşturan yeni vakıa ve delilleri yasak kapsamında olmamalıdır.⁸³

İstinaf sebebinin kanunkoyucu tarafından açıkça düzenlenmediği hukukumuzda da maddi anlamda kesin hüküm etkisinin kaldırılmasını gerektirecek şekilde ağır usûl hatalarının (= mutlak istinaf sebebi) ve nispi bozma sebebi oluşturan usûl hatalarının (= nispi istinaf sebebi) varlığı, fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olması ve nihayet hatalı hukuki değerlendirme istinaf sebebi oluşturur.⁸⁴

Türk Hukuku'nda, Avusturya'daki gibi ilk derece mahkemesi kararının objektif açıdan hatalı olup, olmadığına kontrolü ile yetinilmekte; Alman Medeni Usûl Kanunu § 529 /II 2 hükmünde yer verilen "*yeni iddia ve savunma sebeplerinden ötürü yeniden hüküm tesisinin gerekmesi*" gibi bir istinaf sebebine yer verilmemektedir.⁸⁵

İstinafta yeni vakıa getirilip getirilemeyeceği meselesi, ilk derece muhakemesinde teksif ilkesinin varlığı veya hakimnin maddi anlamda sevk yetkisi ile donatılmış olup olmaması ile doğrudan ilgilidir.

⁸³ Deren-Yıldırım, *Teksif İlkesi Açısından İstinaf*, s. 281; Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 709.

⁸⁴ Krş.: 5236 sayılı Kanun ile değişik HUMK. m. 426M.

⁸⁵ Deren-Yıldırım, *İstinafın Gerekçelendirilmesi*, s. 709.

D. İSTİNAF SEBEBİ OLARAK DELİLLER, DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Avusturya Hukukunda

İlmi ve kazai içtihadı göre,⁸⁶ kanunun, hakimin, ispat faaliyetinin sonuçlarını değerlendirmesini, emredici şekilde ortadan kaldırmaması, bilakis onun şahsi kanaatine bırakması olarak somutlaşan *delillerin değerlendirilmesi, modern usûl hukukunun önemli kurucu unsurlarından biri* olarak kabul edilmektedir. Hakim kanaatini tesis ederken kanuni isbat kuralları ile bağlı değildir; gerçeğe ulaşmada *sorumluluk tamamen hakime bırakılmıştır*; maddi hukukun isbata ilişkin hükümleri dahi onu sınırlayamaz; kendi algılaması ile kanaate ulaşmasında, doğrudanlık ilkesi de bu ilkeyi tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Hakime, *yargılamanın, müzakerelerin genelinden sonuçlar çıkarma yetkisi* tanınmıştır. ZPO'da bu yetkinin tanınması, kural olarak, realiteye uygun vakıa tespiti için gerekli genel bakışı da teşvik etmektedir. Hakimin sübjektifliğini gidermek bakımından, *değerlendirmesine ilişkin gerekçe göstermesi önemli bir objektif kriterdir*, kötüye kullanma ve keyfiliği önler. Karar, hem gerekli vakıa tespitini açıkça ve kuşku yaratmayacak şekilde ortaya koymalı ve ayrıca hakimin tespit ettiği vakıaların ispatlanmış, diğer iddia edilen vakıaların ispatlanamamış sayılmasının gerekçelerini de ihtiva etmelidir. Mahkemenin kanaatinde ölçü teşkil eden "*hususlar ve mülahazaların*" ne oldukları sorusu, ispat ölçütü teorilerinin temelini inmektedir: Sübjektif deruni kanaatin rasyonel olarak gerekçelendirilmesi imkansız olduğundan, bu hakimin kanaati için ölçü teşkil edemez. Serbest kanaat, gerçek üzerine değil, hakimin, delili, kanunun hakime tanıdığı sorumluluk çerçevesinde serbestçe değerlendirmesi ile alakalıdır. Hakimin delil değerlendirmesinin sadece objektif unsurlarına ilişkin gerekçelendirme incelenebilir. Buna göre,

⁸⁶ Rechberger, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, B. III, Wien 2004, § 272 ZPO, No. 4 vd. (Kısaltma: in: Fasching/Konecny); ayrıca bkz. Rechberger, W., in: Rechberger, (Hrsg), Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Wien 2006, § 272 ZPO no.1 vd.

gerekleştirme mecburiyeti şu demektir:⁸⁷ Hakim, sadece, *hangi tecrübe kurallarına dayanarak*, tespit ettiği vakıaların gerçek veya gerçek olmadığını, kabul ettiğini açıkça ortaya koymak zorundadır. Kanaat tesisi, sadece, bir vakıa iddiasının, tecrübe kurallarına göre kabul edilebilen ihtimalinin incelenmesinde çok önem taşıdığından, bu gerçekleştirilebilir ve kontrol edilebilir. *Gereğe gösterilmemesi, önemli usûli eksiklik*dir. Eksikliğin ağırlığı, bir hükümsüzlük hali gibi de görünebilir, ama bunun için ya *hiç gereğe gösterilmemiş* olmalıdır, ya da *kontrol imkanı vermeyecek kadar yetersiz gereğe olmalıdır*. Bu ayrımı net biçimde yapmak çok zordur. Uygulama, *boş ifadeleri* (karardaki, şahit mahkemeye inandırıcı görünmüştür, tereddüt yaratmayan ifade tam kanaat bahşetmiştir gibi ibareleri, gerekçede eksiklik ile bir tutmaktadır.

Hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin, baştan itibaren hayat tecrübelerinin aslında var olan (içkin, *immanent*) sınırlarından ve mantık kurallarından kaynaklanan sınırları vardır.⁸⁸ Mantık kuralları ve duruma göre düşün kanunları arasındaki sınır emredilmiş değildir. Düşün kanunları (*Denkgesetze*) saf formel, şartsız verilmiş olarak belirli ölçüde tecrübevi ("*erfahrungsgewiss*") kanunlar olmakla beraber, her bir bireyin edindiği birikimin farklı olacağı da ortadadır.

Düşün kanunları da, karakteri itibarıyla tecrübe kurallarından başka bir şey değildir, ama onların geçerlilikleri hakkında belirli bir yükseklikte soyutlaşmış bir konsensin mevcudiyeti gerekmektedir. Almanya'da, içtihat ve teoriye göre, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin aslında var olan sınırlarına (*immanente Schranken*) aykırılık, bir kanuna aykırılık sayılır ve revizyon yolunu açarken, delillerin hatalı değerlendirilmesi, ki genellikle tecrübe kuralının yanlış uygulanmasından kaynaklanır, Avusturya hukukunda temyiz sebebi olarak ileri sürülemez. Rechberger'e göre, mantık kuralının tecrübe kuralı karakterine sahip olmasından ötürü, bir değerlendirme

⁸⁷ Türk literatüründe bkz. Yıldırım, M. K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 198 vd., 200 dn.177 civarı, dn.194.

⁸⁸ Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 177-206.

hatasının da düşün kanununa aykırı olması durumunda, farklı bir esas geçerli değildir. Fakat içtihadı göre, sonuç çıkarılan vakıa tespitleri, bunlar düşün kanunları, duruma göre emredici mantık kuralları ile bağdaşmıyorsa, revizyon konusu yapılabilir.⁸⁹

Burada aradaki sınır kesin değildir; sadece hatalı vakıa tespiti ve tutanağa aykırılık arasında net ayırım vardır ve tutanağa aykırılık (*Übertragungsfehler*) bir revizyon sebebidir.

Diğer Delillerin Değerlendirilmesi Hataları

1. Usûli Hatalar: örn. Belirli bir şahidin veya tarafın ifadesinin gerçek olup olmadığını değerlendirme yetkisini bir bilirkişiye devretmiş olması, hakim henüz ikame olunmamış deliller hakkında onun *Ergiebigkeit*'ı (delilin ispat sorusuna etraflıca, tüketici biçimde cevaplayıp cevaplamaması) hakkında ve böylece onun sonucu hakkında değerlendirme yapmış olması; (*vorgreifende Beweiswürdigung*);

2. Delillerin Hatalı Değerlendirilmesi: delillerin değerlendirilmesinde ortaya çıkabilecek, yukarıda sayılan usûli eksiklikler dışında diğer hatalı değerlendirmeyi, salt değerlendirme hatasını, istinaf mahkemesi, ilk derece hakiminin gerekçeleri üzerinden inceleyebilir, kontrol edebilir. Eğer hakim, kendi şahsi algılamaları sebebiyle, dinlediği şahidin öyle veya böyle ifadesine inanmak istiyorsa, bu delillerin serbestçe değerlendirilmesinde bir hata, eksiklik teşkil etmez. Bu, delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde kalmaktadır. İfadenin içindeki çelişkilerde hakim, tarafı veya şahidi çelişkileri ortadan kalkıncaya kadar sorgulamasına gerek yoktur. Aksine deliller değerlendirilirken ifadedeki göze çarpan çelişkiyi, o konuyla

⁸⁹ Rechberger, in: Fasching/Konecny, § 272, No. 9.

ilgili olarak kendi kendine bir müzakere yaparak, mütalaada bulunarak değerlendirecektir.⁹⁰

Delil değerlendirilmesinde eksiklik, usûlde eksiklik sayılarak, iptal kararı verilmesine ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açar; hatalı değerlendirme halinde ise, geri gönderme konusu oluşturmaz. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, ilk derece kararının kaldırılması ve istinaf mahkemesinin delilleri değerlendirme kararı ile bağlılığa da karşıdır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tespitinden, onun değerlendirmesi hakkında olumsuz düşündüğü için, ayrılacak ise, kural olarak, ilk derecenin ikame ettiği delilleri, ilk derecenin *delil değerlendirmesini değiştirebilecek olan delilleri yeniden ikame etmelidir (Beweiswiederholung)* (dolaylı ikameye ilişkin istisnalar için bkz. § 281a ve 488 öZPO).

II. Alman Hukukunda

1. Vakıa tespitinin hatalı olduğuna dair somut dayanaklar.

Şu durumlarda somut dayanak noktaları ortaya çıkabilir:

- İspat yükünün tanınmaması (ki aslında bu maddi hukukun hatalı uygulanmasıdır),

- Delil dilekçesinin göz ardı edilmesi,

- İlk derece kararının temel aldığı bilirkişi raporunun eksikliği, yetersizliği,

- İstinaf mahkemesinin görevinden ötürü bildiği vakıalar ile bağdaşmazlık,

- Delillerin değerlendirilmesinde hata yapılmasıdır. Bu bağlamda zabittaki ifadeler ile karar gerekçeleri arasında çelişkiler, boşluklar, düşünce kanunlarına ve genel tecrübe kurallarına aykırılıklar anlaşılmalıdır.

⁹⁰ OLG Wien, EFSlg 90,960 (1999).

Burada, son tahlilde belirleyici olan husus, deruni olan şüphenin, objektif bir değerlendirmede, kararın doğruluğu/ tamlığı hakkında şüphe duyulmasına, hemfikir olunmasına yol açacak dış vakıalarla desteklenebilir olmasıdır. Yeni delillerin adlarının anılması bunların karar için önemli noktalar hakkında etkili delil değeri varsa, delil ikamesine yol açabilir. İstinaf mahkemesi, önceki yargılama sürecine, özellikle ilk derecede ikame olunan delillere de bakarak, karardaki tespitleri sorgulayabilecek yeni bilgilerin beklenebilir olup olmadığı yönünden inceleme yapacaktır. İstinaf, ispat yükü kararına müdahale ediyorsa/edecekse istinaf mahkemesi yakın duran ve sadece teorik görünmeyen imkanlardan yola çıkabiliyorsa, yeni bir inceleme yapabilir; dilekçede zikredilen delillerin ikamesinden sonra ona uygun bir kanaat oluşturabilir.⁹¹

*Somut dayanak noktası ile; ilk derece mahkemesi tespitlerine karşı objektifleştirilmiş, aktarılabilir hukuki veya fiili itirazlar anlaşılır; salt kişisel şüphe, sadece soyut mülahazalar veya tahminler yeterli sayılmaz.*⁹²

Tespite itiraz ile hedeflenen delil ikamesinin yenilenmesi bakımından şu husus da önemlidir.

Almanya'da müstekar içtihat ve hakim görüşü, § 525 satz 1 ZPO i.V. § 398 I, 45/I ZPO'dan hareketle, istinafta delil ikamesinin tekrarı konusunda mahkemenin takdir yetkisi olduğunu benimser.⁹³

Almanya'da, BGH'nın daha 1960'larda verdiği pek çok kararı ile konuyu somutlaştırmış olması, bu alandaki takdir yetkisini yeknesaklaştırmıştır. Takdir yetkisini sınırlandırmış

⁹¹ Doukoff, no.151 ve orada dn. 713'deki Bundestagsrechtsausschuss, s. 123.

⁹² Doukoff, no.151 ve orada dn.703 de anılan BGH NJW 2004, s. 2828 (2829).

⁹³ Bkz. RG JW 1884, s. 111; yeni dönemde BGH NJW 2000, s. 3720. Almanya'daki hakim görüşün gerekçeleri için bkz. Nassall, Zeugenvernehmung, ZJP 98 (1985), s. 312 vd., 315; Doukoff, no.152 dn.714)

olan bu içtihat, ZPO-RG (2002) sonrasında da geçerli durumdadır.

Ancak şu hallerde takdir hakkı sıfırlanmıştır, tanınmamaktadır:

Eğer istinaf mahkemesi bir şahidin inandırıcılığını, yani ifade veren şahsın kendisinin inandırıcı olup olmamasını (*Glaubwürdigkeit*) (bu husus, ifadesinin ispat sorusuna etraflıca, tüketici biçimde cevaplayıp cevaplamaması, *Ergiebigkeit* anlamında elverişliliğini değil; keza ifadenin kendi içinde tutarlı mı, inandırıcı mı olduğuna ilişkin *Glaubhaft* olmasından da farklıdır), ilk dereceden farklı değerlendirmek isterse, bunu yapmalıdır. Ancak eğer, şahit ilk derecede istinabe yoluyla (*Rechtshilfewege*) dinlenmiş ise ve istinaf mahkemesi tutanaktaki dayanak noktalarına kendisi dayanmak isterse ve dayanabilirse ilk dereceden ayrı olarak delil ikamesine girişebilir, delilleri değerlendirebilir;⁹⁴

- Eğer istinaf mahkemesi bir ifadeyi farklı anlamak isterse ve bunun yanı sıra ilk derece mahkemesi'nce tespit edilen açıklamadan (tutanaktaki lafzından) ayrılmak isterse,

- Eğer istinaf mahkemesi delil ikamesinde, ilk derece mahkemesinin delilleri birlikte değerlendirmesinden ayrılmak istiyorsa,

- Eğer istinaf mahkemesi delil ikamesi sonucunu ilk derece mahkemesi'nden farklı olarak karar için önemli addediyorsa ve bunun yanında bir ifadenin sadece lafzından hareket etmiyorsa,

- Eğer istinaf mahkemesi bir keşfin tutanağa yazılı sonucunu, ilk dereceden farklı, ayrık biçimde değerlendirmek isterse,

⁹⁴ Doukoff, no.152 ve orada dn.718 vd.nda anılan BGH kararları ve Schneider, Nassal.

- Bilirkişi beyanı § 160 III Nr.4 ZPO ya rağmen ilk derecede tutanağa geçirilmemiş ve fakat bir şekilde dosya içeriğine dahil edilmiş ise,

- İstinaf mahkemesi bir bilirkişinin açıklamalarını farklı, başka yönde değerlendirmek isterse.

Tüm bu hallerde, delil ikamesinin tekrarı mecburiyeti vardır. Fakat bu, geçmişte, istinaf mahkemelerinin bu yetkiye rağmen sadece çok önemli dayanak noktaları olduğunda, ilk derecedeki delillerin değerlendirilmesinden şüphe duymuşlardır. Bu çekimser tavır, yeni kanundan sonra daha da kuvvetlenmiştir.

2. Şüphe Unsuru

Almanya'da Kanun değişikliği öncesi, Hükümet Tasarısı'nda, § 529 I Nr.1 hakkında "*ciddi şüphe*" (*ernstliche Zweifel*) kriteri öngörülmüştür. Burada, vakia tespitinin doğru veya eksiksiz olduğu kadar yanlışlığının, eksikliğinin de asgari o kadar muhtemel olduğundan yola çıkılmıştır. Vakıaların doğruluğu, dava malzemesi ve bir delil ikamesi üzerinde derinlemesine bir çalışma (*Durcharbeitung und Durchdringung*) sonunda belli olacaktır.

Meclis Hukuk Komisyonu "*ciddi*" unsurunu sildi. Gerekçe'de "... isabetli bir vakia tespiti ve buna bağlı olarak maddi adalete uygun bir karar elde etme yararına, uğruna bir gerekçeli şüphenin (*eines begründeten Zweifels*) kabulünde kriter oluştururken aşırıya kaçılmamalıdır, istinaf davacısının, ilk derece hakiminin tespit ettiği hayat olayından farklı, başka birini hakikate yakın göstermesini istemek aşırı gitmek olur. İstinaf mahkemesi, ifade kabiliyetini haiz vakialardan rasyonel izlenebilir şekilde, karara temel tespitlerin doğruluğu/tamlığı hakkında "*makul şüpheye*" (*vernünftige Zweifel*) ulaşırsa, bununla yetinilmelidir. Kolayca ortadan kaldırılamayacak ağırlıktaki endişelerin bulunması halinde makul şüphe var demektir..."⁹⁵

⁹⁵ Doukoff, no. 153 de anılan Regierungsentwurf, s. 124.

Uygulama

BGH, Obergerichte ve bir kısım yazarlar (Gehrlein, Gaier gibi) tarafından Meclis Hukuk Komisyonu'nun tanımı harfiyen benimsenmiştir.⁹⁶

Anayasa Mahkemesi 12.6.2003 tarihli (NJW 2003, s. 2524) bir daire kararında, daha düşük bir şüpheyi esas alan bir kriteri benimsedi. Buna göre *karara temel alınan tespitlerin doğruluğu veya eksiksiz olduğu hakkında farklı bir değerlendirmenin mümkün olmasından ortaya çıkan şüphe dahi yeterli sayılacaktır.*

Rimmelspacher de Meclis Hukuk Komisyonu'nun görüşünü yeterince geniş bulmamıştır, ona göre somut dayanak noktalarına bakıldığında, ilk derecenin tespitlerinin yanlışlığı veya boşlukları içerdiğinin düşünüleceğinin söylenemeyeceği haller de, şüphe için yeterli görülmelidir.

Münch ise yanlışlık veya eksiklik için *"kabul edilebilir şüpheyi (plausiber Verdacht)* yeterli bulmaktadır. Buna karşılık daha yüksek derecede şüpheyi talep edenler de vardır. Greger, OLG Rostock'un (NJOZ 2004,1466) BVerfG içtihadını eleştiren kararını takip etmektedir.⁹⁷ Ancak usûlün amacının maddi hukuka hizmet olduğu göz ardı edilmemelidir, ne pahasına olursa olsun hızlandırma, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.⁹⁸

3. Yeni Tespitlerin Gerekliliği

Yeni tespitlerin gerekli olması kriteri açısından, olayda, *bir diğer delil sonucunun somut ihtimali mevcut ise, istinaf mahkemesi tarafından yeni tespitlere gerek vardır.*⁹⁹

⁹⁶ Dn. 730, da anılan BGH NJW 2003, s. 3480, 3481; 2004, 2825 ve 2828,2829; dn.731 de anılan OLG Koblenz NJOZ 2004, s. 416. dn.732 de anılan Gehrlein, ZPR § 14 Rn.76; Gaier, Berufungsverfahren, s. 2044.

⁹⁷ Bkz.Greger, Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht- ein Metetekele aus Karlsruhe, NJW 2003, sh.2882 vd.

⁹⁸ Doukoff, s. 79 ve usulun amacı hakkında müstekar içtihad olarak dn. 738 de anılan BVerfGE 42, s. 64, 73; BGHZ 10, s. 350, 359.

⁹⁹ Doukoff, no.155 dn. 740 da anılan Rechtsausschuss, s. 123 ayrıca BGH

Alman Hukuku bakımından yukarıda saydığımız üç husus bir arada bulunduğunda, istinaf sebebinin varlığından söz etmek mümkündür (vakıa tespitinin hatalı olduğuna dair somut dayanak noktaları bulunması; şüphe ve gereklilik). Bir örnek olarak yeni bilirkişi raporunun istinafta nasıl kullanılacağı verilebilir. Örnek olayda iş sahibi, bir boyacıya, yeni yapılmış çitlerin boyanması işini vermiştir. Boyamadan sonra boyacının uygun malzeme kullanmadığı, renklerin çözüldüğü ortaya çıkmıştır. İş sahibi delil tespiti yaptırmıştır, bilirkişi kusuru tespit etmiş ve giderme masrafının miktarını belirlemiştir. Daha sonra tamirat yaptırılırken aslında bilirkişinin bütün çitlerin tamamen elden geçirilmesi gerektiğini ve masrafın da daha yüksek olduğunu gözden kaçırdığı anlaşılmıştır. İş sahibinin başvurduğu istinaf yargılamasında Landgericht başka bir bilirkişiye başvurmuştur. Bu bilirkişi raporunda iddialarını doğrulamıştır; bu sebeple Landgericht bütün tamirat masraflarının tazmini davasının görülebilir olduğunu kabul etmiştir. Alman hukukunda § 525 ZPO uyarınca hukuki ihtilaf dilekçelerle belirlenen sınırlar içinde yeniden ele alınabildiğinden, Landgericht yeni bir bilirkişi raporu temin edebilirdi. Buna mukabil istinaf mahkemesi § 529 I. Nr.1 ZPO uyarınca kural olarak ilk derece mahkemesinde tespit edilen vakıalarla bağlıdır. Bu bağlılık § 529 f.I no.1 deki ikinci yarım cümle uyarınca istisnai olarak ortadan kalkmaktadır. Bunun şartı ise, hüküm için önemli tespitlerin doğruluğu ve tamlığı hakkındaki şüpheye ilişkin somut dayanak noktaları bulunmasıdır ve bu yüzden yeni bir tespit yapılmasının gerekliliğidir. Somut olayda mahkemenin bunu kabul etme mecburiyetinde ve yetkisinde olup olmadığı çok tartışmalıdır.¹⁰⁰

NJW 2004, 1876 ve 2828 (2830).

¹⁰⁰ Rauscher, M., s. 257 vd.

E. İSTİNAF YARGILAMASINDA USÛL (İLERİ SÜRÛLÜŞ BİÇİMİ)

Avusturya'da Vakıa Tespitlerine Karşı İtiraz

Avusturya'da vakıa tespitine muhalefet ediliyorsa, dilekçe de kararın değiştirilmesi, düzeltilmesi (*reformatorisch*) talep edilmelidir. Dosyada tutanağa aykırılık halinde de durum aynudur.¹⁰¹

Delil değerlendirilmesinde eksiklik, usûlde eksiklik (*formelle Mangel*) sayılarak, iptal kararı verilmesine ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açar. Hatalı değerlendirme (*materielle Mangel, unrichtige Sachverhaltsfeststellung*) halinde ise, bu bir geri gönderme konusu oluşturmaz. Aslında bu faraziye için *Abaenderung*, değiştirme talebi öngörülmüştür, *primaer* (asli) olarak istinaf mahkemesi görevlidir (§ 496 öZPO), ancak uygulamada çoğu zaman dosya, ilk derece mahkemesine karar vermek üzere geri gönderilmektedir.

Almanya'da Vakıa Tespitlerine Karşı İtiraz (§ 520 III 2 Nr.3 ZPO).

Almanya'da Kanun gerekçesi bu hususta da açıklık getirmekten ziyade karıştırıcıdır. "Somut dayanakların ikamesinde, burada özel şekli şartlar aranmamaktadır. Ama iptali istenen karardaki vakıa tespitlerine karşı, içinden itiraz edilen vakıa tespitlerinin doğruluğu/tamlığı hakkında ciddi şüphe uyandıracak somut dayanak noktalarının ortaya çıkacağı bir derinliğe sahip bir eleştirme, (yüzeysel değil de, içerik bakımından özüne inerek eleştirme, itiraz etme, *vertiefted inhaltliche Auseinandersetzung*) beklenmektedir. Karşı koyuş, eleştirme (*Auseinandersetzung*) sadece mahkemece bilinen vakıalara atıf yapılmakla yerine getirilmiş sayılmaz."¹⁰²

Sınırları belirsiz "derinleşmiş içeriğe sahip itiraz, karşı koyma" formülasyonunun, doktrinde bazı yazarlarca eleştirmeden

¹⁰¹ Bajons-Grimm, s. 221.

¹⁰² Doukoff, no.294 dn. 1415 da Gesetzesbegründung s. 96 ya atfen.

alınmış olması sonuçta formel Revision itirazı ile farksız bir durum yaratmaktadır.¹⁰³

BGH'nun V. Hukuk Dairesi (Zivilsenat) Mart 2004 tarihli içtihatları ile farklı bir tutum sergilemektedir. Henüz tüm BGH dairelerince açıkça benimsenmiş olmasa da bu içtihadı takiben Avukatlar şu şekilde hareket etmektedirler:

1. İstinaf davacısı, delillerin ikame edilmesine itiraz etmek istiyorsa kümülatif olarak,

- Delil ikame edilmemesinin hatalı gözükmemesine yol açan sebepler ortaya konulmalıdır (burada ilk derecedeki delil dilekçesinin salt tekrarı yeterli sayılamaz)

- Farklı yorumlanması beklenen delil ikamesi sonucu ortaya konulmalıdır.

- İlk derecede anılan şahidin dinlenmesine yönelik dilekçe verilirken şahidin tekrar ifade vermeye hazır, uygun olduğu, adresinin hala aynı olduğu tespit edilmelidir.¹⁰⁴

2. İstinaf davacısı delillerin değerlendirilmesine itiraz etmek istiyorsa,

- *Vakia tespitlerinin hangi noktalarına, hususlarına karşı çıktığını özellikle belirtmelidir* (örn. belirli bir şahidin kişisel olarak inandırıcı, muteber bir kişi olmadığına) *ve*

- *Kararda karşı koyduğu somut hususlara karşı hangi sebepleri ileri sürecektir ise bunları ortaya koymalıdır* (örn. Şahidin inanılabilirliği bakımından davalı tarafla akrabalığı bulunduğu dair kararda hiçbir değerlendirme getirilmemiş olması gerekir. Ancak bu iki hususu yerine getirince, istinaf davacısı, vakia tespitinde şüphe

¹⁰³ Bkz. Doukoff, no.294 dn. 1416 da anılan Musielak/Ball, § 520 Rn.34; Schumann/Kramer, Rn.216.

¹⁰⁴ Doukoff, no.296

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

uyandıracak somut dayanak noktalarını sunmuş sayılacaktır) ilk derece kararında kullanılmış bilirkişi raporuna karşı çıkılıyorsa, genel vakıalandırılmış bir dilekçe yeterli olur.

Bir özel mütalaanın ibrazı, bu istinaf davacısının argümanlarının kuvvetlendireceği kesin olduğu halde, ne vakıalandırma yükü, ne de genel davayı teşvik ödevi (*Prozessförderungspflicht*) açısından, talep edilmez. Sadece bu şekilde, vakıa tespitlerine ilişkin şüphe için somut dayanak noktaları sunulmuş olur.

Şu şekildeki formülasyonlar yeterli görülmemektedir:

"İstinaf aracılığı ile, mahkemenin davalının davranışlarını hukuki değerlendirmesini, vakıa tespitlerini, değerlendirmesini yanlış buluyoruz",

*"Delillerin değerlendirilmesinde hakimin kanaate ulaşması benim için inandırıcı değildir."*¹⁰⁵

SONUÇ

Mukayeseli hukukta istinafin amacı, kural olarak istinaf davacısı yararına ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmesidir. Kanunyoğunun hata kontrolü konseptinden, ilk derecedeki tüm ihtilafli noktaların ikinci derecede de kural olarak yargılama malzemesi olduğu sonucu çıkar. İstinaf mahkemesi, eskiden olduğu gibi yeni vakıa da getirilebilen bir vakıa mahkemesidir. Bu özellikle uygulama için önemli olan irade açıklamaları ile belgelerin yorumu ve ayrıca mahkeme'nin takdir kararlarının denetimi bakımından ön plana çıkmaktadır. Bir sözleşmenin fiili temellerinin, özellikle taraf iradelerinin araştırılması fiili meseledir; bir sözleşmenin yorumu hukuki meseledir.

Medeni yargılamada dava, tarafların davasıdır, hakim taleple bağlıdır. Hakim, istinaf dilekçesi ile bağlı, ancak tarafın dilekçede gösterdiği istinaf sebepleri ile bağlı değildir.

¹⁰⁵ Doukoff, no.296 dn. 1432; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 135 no.44 .

Kanunyolu hizmeti pahalıdır, zaman almaktadır, yüksek mahkemelerin de iş yükü artmaktadır. Usûlün amacına ulaşmak ve yargılamanın uzatılmaması birbiri ile çelişen hususlardır.

Türk hukukunda istinaf mahkemelerinin kurulması ile bireyin sübjektif haklarının daha etkin bir biçimde korunduğu bir hukuk düzeninin kurulacağı ümit edilmiştir, ancak istinaf sebepleri ve gerekçeler bağlamında da Kanun'da m. 426 B, b. 6 da bir yetersizlik söz konusudur.

Kanunyolu incelemesinin kapsamı makul bir ölçüde daraltılmalıdır. Ancak bu, hiçbir şekilde hukuki korunmanın kısaltılmasına (bertaraf edilmesine) yol açmamalıdır. Bu bağlamda, istinaf sebepleri kanunda sayılmalı ve tarafların karara karşı dayandıkları istinaf sebeplerini göstermeleri istenmelidir. İngiliz hukukunda taraf hakimiyeti ile birlikte, istinaf sebeplerinin de sıkı bir şekilde taraflarca gösterilmesi esası cari iken, Almanya ve Avusturya'da sebep gösterilmesi istenmekle beraber mahkeme bununla bağlı olmamaktadır.

İstinaf sebepleri bakımından, yukarıda açıklanan Avusturya modeli, Alman sistemine nazaran daha basit ve elastiki bir yapıdadır. Vakianın hatalı değerlendirilmesi: Hakimin dar anlamda delilleri yanlış değerlendirmesinden ve/veya tecrübe kurallarının yanlış uygulanması neticesinde hatalı çıkarımlarda bulunmasından ötürü vakianın hatalı değerlendirilmesi de istinafta kararın bozulmasına yol açar. Hakim, delilleri değerlendirirken kabul edilebilir (*plausibel*) olmak zorundadır, kabul edilebilir nitelikte bir gerekçe ortaya koymalıdır. İstinaf davacısı, hükümden sonra hakimin bu kabul edilebilir gerekçelendirmesine karşı çıkmakta, karardaki o bölümü hedef almaktadır. Onun iddiası, kararda hakimin dil, imla, düşünce kuralları ve tecrübe kurallarına karşı ihlalde, ihlallerde bulunduğudır.

Alman modeli, özellikle hatalı vakia tespiti açısından, içtihatlar yoluyla sofistike, detaylı bir düzenlemeye ulaşmıştır.

M. KAMİL
YILDIRIM'IN
TEBLİĞİ

Hatalı vakıa tespitinin istinaf sebebi olması bakımından şu üç unsur birlikte (kümülatif şekilde) mevcut olmalıdır.¹⁰⁶

- Hatalı olduğuna dair *somut dayanak noktaları* bulunmalı,
- Bunlar ilk derece mahkemesinin *vakıa tespitlerinin doğru-luğu/ mükemmeliyeti hakkında şüphe* uyandırmalı,
- Bu nedenle de vakıa tespitlerinin yenilenmesini *gerektir-melidir* (Gereklilik).¹⁰⁷

Almanya'daki yeni düzenleme § 520 III Ziffer 3 dZPO so-mut "*dayanak noktaları*", "*şüphe*" ve "*gerektirmesi*" olmak üzere muğlak kavramlar getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Alman modeli henüz deneme safhasındadır.

Usûl Bakımından: Avusturya'daki gibi, vakıa tespitine muhalefet ediliyorsa, dilekçede kararın değiştirilmesi, düzel-tilmesi (reformatorisch) talep edilmelidir.

Bir hukuk sisteminde kanunyollarının çeşitlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. İstinafın özellikle delillerin değer-lendirilmesi ve atlamadaki hataların kontrolü bakımından önemi vardır. Kıt kaynaklarla çalışan İstinaf kanunyolunun yargılamanın yükünü artırma ve yargılama süresini uzatma şeklinde olumsuz etkileri bilinmektedir. Bu, istinaf sebepleri-nin kanunda sayılmaması durumunda daha da ağırlaşacaktır. İstinaf derecesinin işlevsel olabilmesi için vakit geçirmeden Türk hukukunda istinaf sebepleri ve gerekçeleri bakımından mukayeseli hukuktaki, Avusturya modelindeki tecrübelerden istifade edilmek suretiyle ek düzenlemeye gidilmelidir.

İnceleme kapsamını daraltma vasıtası olarak, istinaf baş-vuru süreleri kısa tutulabilir, ancak dilekçe vermek için kısa bir süre tanıyorsa, gerekçelendirme ve sebepler için sonra

¹⁰⁶ Bkz. Doukoff, no.150; karşı. Rauscher, s. 60.

¹⁰⁷ Avusturya için bkz. § 467 no.5 öZPO.

ayrı bir kanuni süre veya İsviçre Tasarısı'ndaki gibi makul bir takdiri süre öngörülebilir (Art.308 I ZPO Entwurf).

Son söz olarak, mukayeseli hukuku takiben istinaf sebepleri olarak getirilecek unsurların, kriterlerin istinafın gerekçelendirilmesi bakımından ve ayrıca istinaf mahkemesinin kontrol yetkisinin kapsamı ve yoğunluğu yönünden de çok önemli olduğu ifade edilmelidir.

Hukuk davasında vakıa tespiti (tahkikat, ispat) çok emek ve özen gerektirir, vakıadan (gerçekleşmiş hayat olayından) küçük bir sapma bile hükmün kaderine tesir edebilir. İstinafta yeni vakıa getirilip getirilemeyeceği, ilk derecede teksif ilkesinin varlığı veya hakimin maddi anlamda sevk yetkisi ile donatılmış olup olmaması meselesi ile doğrudan ilgilidir.

Delillerin değerlendirilmesi bakımından, genel olarak bir davada takdiri deliller bakımından -Türk Hukukunda hukuki işlemler bakımından senetle ispat kuralı esası nedeniyle ayrık bir durum söz konusu ise de- birden fazla delilin birlikte ele alınması gerekir. Vakıa tespitinde delil sayısı arttığı oranda, delillerin değerlendirilmesi güçleşmekte ve dolayısıyla hatalı vakıa tespiti potansiyeli artmaktadır. Bu olgunun istinaf açısından da göz önünde tutulması gerekir.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz, Kanun yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun yolu Kapatılmış Kararlara Karşı Kanun yoluna Müracaat İmkânı, *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, s. 17 vd.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004.
- Becker-Eberhard, Ekkehard, Alman Medeni Usûl Kanunu Reformu Hakkında (Çev.: Deren-Yıldırım, Nevhis), in: *21. Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları* (Derleyen: Deren-Yıldırım, Nevhis), C. I, İstanbul 2003, s. 59 vd.

- Bühler, A., *Das Novenrecht*, Zürich 1986.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Ö. *Seliçi'ye Armağan*, İstanbul 2006, s.693 vd.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, in: *İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı*, 7-8.Mart.2003, Ankara 2003, s. 267 vd. (Kısaltma: Teksif İlkesi Açısından İstinaf).
- Doukoff, *Die zivilrechtliche Berufung*, 3.Aufl. München 2005.
- Fasching, W. H., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2. Auflage, Wien 1990 (Kısaltma: Lehrbuch).
- Fasching, H. W., Das Neuerungsverbot im Berufungsverfahren des griechischen Zivilprozesses im Vergleich zu den entsprechenden Regelungen im österreichischen und deutschen Zivilprozess, in: *FS Rammos*, B.I, Athen 1979, s. 263 vd. (Kısaltma: FS Rammos).
- Fehr, H., *Das Novenrecht*, Zürich 1949.
- Goldschmidt, James, *Die neue Zivilprozessordnung vom*, 13 Mai 1924, Berlin 1924.
- Habscheid, W. J., *Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Auflage, Basel und Frankfurt a.M. 1990.
- Jauernig, Othmar, *Zivilprozessrecht*, 28. Auflage, München 2003.
- Konecny, A., *Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung*, ZZP 107, s. 481 vd.
- Lanters, *Die Berufungsbegründung nach neuen Zivilprozessrecht*, Koblenz 1936.
- Öztek, Selçuk, 7 Nisan 1925 tarihli Eski Nöşatel Medeni Usûl Kanunu'nun İstinafa İlişkin Hükümleri, *Adalet Dergisi*, Ocak 2000, s. 69 vd.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, *Muhammet Medenî Usûl Hukuku*, 3. Basi, Ankara 2004.
- Rauscher, M., *Die neue Berufung in Zivilsachen*, Frankfurt a.M., 2002.

- Rechberger, W. H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Çeviren: Yıldırım, M.K.), in: *İlkeler Altında Medeni Yargılama Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2003 (Derleyen: Yıldırım, M.K.), s. 1 vd..
- Rechberger, W. H. (Hrsg), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, Wien 2000; 3. Auflage, Wien 2006.
- Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Wien 2000.
- Rechberger, in: Fasching/Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2.Aufl., Band III, Wien 2004.
- Rimmelspacher, B., *Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess*, NJW 2002, s. 1897 vd.
- Rimmelspacher, B., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Auflage (Aktualisierungsband), München 2002.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Auflage, München 2004.
- Schilken, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2006.
- Semmelmayr, Johann, *Der Berufungsgegenstand*, Berlin 1996.
- Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Tübingen 1993.
- Vogel, O., *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 6. Auflage, Bern 1999.
- Yılmaz, Ejder, *İstinaf*, Ankara 2005.
- Yıldırım, M. Kamil, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000 (Kısaltma: İstinaf).
- Yıldırım, M. Kamil, *İstinaf, Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara 2000, s. 183 vd. (Kısaltma: Kurultay).
- Yıldırım, M. Kamil, *Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.

2. BÖLÜM

2. Tebliği Sahibi: Doç. Dr. Halûk KONURALP
(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

İSTİNAFTA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

1. Giriş

Varlık nedenini hata yapılma olasılığı ve adaletsizlik korkusundan alan kanun yolları, yargısal bir kararın düzeltilmesi veya iptali amacına yöneliktir.¹ Bu çerçevede kanun yollarının iki temel işlevi vardır. Bunlardan ilki “*iyi, doğru adalet (la bonne justice)*” arayışı sonucu kanun yollarının iyileştirici, düzeltici işlevi (*fonction corrective*); diğeri ise, önleyici, koruyucu (*fonction préventive*) işlevidir.²

¹ Gérard Couchez/Jean-Pierre Langlande/Daniel Lebeau, *Procédure civile*, Dalloz 1998, s. 489, no 1349; Hervé Croze/ Christian Morel/Olivier Fradin, *Procédure civile*, 2^e éd., Litec 2003, s. 82, no 226.

² Couchez/Langlande/Lebeau, s. 489, no 1350.

İstinaf yolu, “yanlış kararı”, “kötü yargılama”yı düzeltme amacına yönelik düzeltme iyileştirme amaçlı bir kanun yolu olmasının yanı sıra, geçerliliğini tehlikeye düşürecek nitelikte kusurlu bir mahkeme kararının iptali yoludur. Bu kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın üst mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesine, gerekirse tahkikat işlemlerinin yeniden yapılmasına da olanak tanır. Bu cepheden bakıldığında istinaf, ilk derece mahkemesi hâkiminin üzerinde yarattığı denetim etkisi nedeniyle önleyici, koruyucu özellikleri de havi bir kanun yoludur.³

“İstinafta kamu düzeni kavramı” başlıklı bu tebliğle esas itibariyle istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesinin re’sen inceleme yetkisinin sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Henüz uygulanmasına başlanmamış olan kanun hükmü bu sınırı kamu düzeni kavramıyla belirlemiştir. İstinaf incelemesi kural olarak sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Ancak kamu düzenine aykırılık, sebebe bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak öngörülmüştür.

HUMK’nın 426/O maddesi ilk bakışta basit anlatımı olan bir hüküm izlenimi uyandırmaktadır. Fakat temel ölçüt “kamu düzeni” gibi belirsiz bir kavram olunca, öncelikle bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklanması ve tartışılması gerekmektedir. Bölge adliye mahkemesinin re’sen inceleme yetkisinin sınırları kamu düzeni kavramına medeni usûl hukukunda verilecek anlama göre dar veya geniş olabilecektir.

Aslında “kamu düzeni” kavramı medeni usûl hukukuna yabancı değildir. Aşağıda çeşitli örneklerine değinileceği gibi Yargıtay çeşitli kararlarında bu kavramı bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Öğretide de kavram sıklıkla kullanılmaktadır. Fakat m.426/O hükmündeki kamu düzeni anlayışı, medeni usûl hukukunda bu kavrama ilk kez bu kadar önemli kanuni bir ölçüt mahiyeti vermektedir.

³ CouchezLanglandellebeau, s. 497, no 1362.

2. İstinaf Başvurularının Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından İncelenmesinde Uygulanacak Genel Esaslar

a. İstinaf İsteminde Dilekçenin Önemi ve Dilekçeler Aşaması

İstinaf başvurusu bir dilekçe ile (istinaf dilekçesi) yapılır. Bu aşamada asıl uyuşmazlığın ilk derece mahkemesinde hangi yargılama usûlüne tabi olduğunun bir önemi yoktur. Yani ilk derece mahkemesindeki yargılama hangi yargılama usûlüne tabi olarak yapılmış olursa olsun, bu yargılama sonunda verilen karara karşı yapılacak istinaf başvurusunun mutlaka dilekçe ile yapılması gerekir.

İstinaf dilekçesi kararı veren ilk derece hukuk mahkemesi tarafından diğer tarafa tebliğ edilir (HUMK m. 426/G fıkra 1).

Karşı taraf, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içinde *istinaf dilekçesine cevap dilekçesini* kararı veren mahkemeye verir (HUMK m. 426/G fıkra 2).

Kanun, istinaf yoluna katılma yolu ile başvurma imkânı da getirmiştir. İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf yoluna asıl başvuran taraf, buna karşı on beş gün içinde cevap verebilir (HUMK m. 426/H) .

Katılma yoluyla istinaf imkânına ilişkin düzenleme bir kenara bırakılacak olursa, istinaf derecesinde dilekçeler aşamasının her iki taraf için birer dilekçeden ibaret olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla, bu derece yargılamada HUMK'nın cevaba cevap (replik) ve ikinci cevap (düplik) dilekçelerine ilişkin 209 ve 210. maddeleri uygulanmaz.

Kararı veren mahkeme, dilekçeler verildikten veya bunun için belirli süreler geçtikten sonra, dosyayı dizi listesine bağlı olarak yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir. Yani, dilekçeler aşaması tamamlanana kadar dosya bölge adliye mahkemesi önüne gelmez.

b. Ön İnceleme Aşaması

Ön inceleme aşaması, yürürlükteki ilk derece yargılamasında bulunmayan ve kanun yolu aşamasına özgü bir aşamadır. Kanun yolu aşaması aslında Anayasa ile teminat altına alınmış hak arama özgürlüğünün devamı niteliğinde bir aşamadır. Ancak, ilk derece mahkemesinde dava açma hakkından farklı olarak, kanun yollarına başvurma imkânı hemen her hukuk düzeninde bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamaların başlıca iki cephesi vardır; uyumsuzluğun mahiyeti ve süre. İşte, ön inceleme aşaması, istinaf isteminin kanuni çerçevesine uygunluk bakımından değerlendirilmesinin yapıldığı ve esas itibariyle işin esasına girilmeyen bir aşama olarak düzenlenmiştir.

İstinaf başvurusu yapıldıktan ve dilekçeler teati edildikten sonra bölge adliye mahkemesinin, dosya üzerinde bir ön inceleme yaparak, kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel noktaların eksik olduğunu belirlemesi halinde hemen bir karar vermesine imkân tanınmıştır (HUMK m. 426/L). Dosyanın incelenmesi başka bir dairenin görev alanına giriyorsa; ilk derece mahkemesinin kararı kesin ise, istinaf yoluna başvuru süresi içinde yapılmamışsa; başvuru dilekçesinde asgari başvuru koşulları yerine getirilmemişse, örneğin başvuru dilekçesi başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşımıyorsa, bölge adliye mahkemesi hemen gerekli kararı verecektir. İstinaf başvurusunun Kanun'un öngördüğü süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda ise, başvuru dilekçesini ilk derece mahkemesi reddedecektir (HUMK m. 426/F). Başvuru nedenlerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması halinde ise, bölge adliye mahkemesi 426/0 maddesi uyarınca sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden bir inceleme yapıp bu incelemenin sonucuna göre hemen gerekli kararı verecektir.

Dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda bölge adliye mahkemesi inceleme, yani tahkikat aşamasına geçecektir (HUMK m. 426/L, son cümle).

c. İstinaf Sebeplerinin Gösterilmemiş Olması

İstinaf incelemesi sonunda, istem duruşmalı olarak incelenmiş olsun veya olmasın, HUMK m. 426/1 ve m. 426/0 hükümleri gereğince istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri gösterilmemişse, ön inceleme sonunda istinaf isteminin reddine karar verilir. Bu karar, HUMK m. 426/M II numaralı bendinin 1 numaralı alt - bendinde sözü edilen *"incelenen mahkeme kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde"* verilebilecek kararla biçimsel bakımdan benzerlik göstermektedir.

İstinaf isteminin reddi kararı, teknik anlamda bir onama kararı olmamakla birlikte, nitelik bakımından onama kararına benzer nitelikte bir karardır.

3. İstinaf Başvurularının Bölge Adliye Mahkemeleri Tarafından İncelenmesinde "Kamu Düzeni" Ölçütü

a. Kamu Hukuku, Özellikle İdare Hukuku Yaklaşımıyla Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni kavramı karşısında sağlam bir duruş sergilemek pek kolay değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu kavrama son derece ihtiyatlı bir biçimde yaklaşmıştır:

"Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi hakları sınırlayan bu terim (kamu düzeni) sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise, bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır".⁴

⁴ 28.1.1964, E. 1963/128, K. 1964/8 (RG, 17.04.1964, S. 11685).

Anayasa Mahkemesi'nin bu anlayışından yola çıkan hukukçular genellikle kavramın içerdiği kabul edilen güvenlik unsurunu öne çıkarmışlardır. Buna göre, "kamu düzeni kişinin bir grup veya toplum içinde tehdit ve tehlikeden uzak bir biçimde bulunması ve varlığını devam ettirebilmesidir. Tarihsel süreç içinde doğal durumun (tabiat durumunun) sona ermesi ile bunun yerini tedrici olarak örgütlenmiş bir güç almıştır. Bu anlamda asgari seviyede herkesin yararlandığı temel hak ve hürriyetler garanti altına alınmış, refah ve toplumun büyük bir çoğunluğunun ortak çıkarının gözetilmesi ve takip edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır."

Kamu düzeni kavramına idare hukuku alanındaki genel anlayışa uygun olarak ve özellikle Fransız idare hukuku bakışıyla yaklaşan Kemal Gözler,⁵ kavramı klasik ve modern olmak üzere iki açıdan değerlendirmiştir. Buna göre, klasik anlayış, maddi ve dış düzen olarak kamu düzeni kavramını, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan geleneksel üçlü ile tanımlar:

1. Kamu Güvenliği: "Kamu güvenliği (amme emniyeti, amme asayışı)", "şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğudur". Örneğin yollarda trafik güvenliğinin sağlanması kamu güvenliği, o da kamu düzeni amacına yöneliktir. Hız sınırı getirilmesi, araba sürmek için sürücü belgesi alınması, belirli yollarda yol kenarına park edilmesinin yasaklanması, trafik kurallarını ihlal edenlere para cezaları, sürücü belgesinin geri alınması gibi tedbirler, kamu güvenliği amacına yönelik kolluk tedbirleridir.

2. Kamu Huzuru: "Kamu huzuru (amrne selameti, amme sükûnu)", "cemiyette intizamsızlığın, karışıklığın yokluğu, hayatın normal seyrini takip etmesi demektir". Kamu huzuru amacıyla, kolluk, gürültü, duman, koku, toz gibi bireyleri rahatsız edecek onların huzurunu bozacak faaliyetlere karşı gerekli tedbirleri alır.

⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa 2003, s. 418-420.

3. Kamu Sağlığı: “Kamu sağlığı (umumi hıfzısıhha)”, bireylerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sürmesi demektir. Haliyle kamu sağlığı, bireylerin teker teker sağlığı demek değildir. Kolluk bu amaçla yiyecek ve içecek maddelerinin sağlık koşullarına uygun olarak üretilmesini ve satılmasını denetler. Salgın hastalıklara yol açabilecek bataklıkları kurutur; sivrisineklere karşı mücadele eder.

Modern sayılan kamu düzeni anlayışı ise genel ahlakı da kamu düzeninin unsurlarında sayar.

Buna göre, “kimi durumlarda, ahlaksal alanda bir düzensizliğin, tutum ve davranışın, toplumun maddi (dışsal) düzenini hemen ya da daha yakın bir gelecekte bozma tehlikesi doğurması olanaklıdır. Bu gibi durumlarda, kolluk, belirtilen tehlikeyi, kanunlar açıkça yetki verirse, önleyebilir. Anayasa'nın özgürlüklere ilişkin çeşitli maddelerinde 'genel ahlak' olarak kabul edilen bu durumda, toplumun dış düzenini (maddi düzenini) tehlikeye sokan, kimi ahlak dışı tutum ve davranışların açığa çıkması söz konusu olabilir. Örneğin, 'Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun maddelerinde (m. 5/D, 6-8/D ve 11), polise, temsil verilen yerlerin mülkiye amirinin emri ile kapatılması, rezalet çıkaranların önlenmesi ve fuhuşla mücadele konularında yetkiler tanınmıştır. Bu gibi durumların ortaya çıkması, kolluğa, müdahale olanağı verecektir. Özetle, genel ahlak, bilinen bir yerde ve belli bir zamanda, toplumu oluşturan kişilerin çoğunluğunun paylaştığı ve herkesin uymasını istediği toplumsal kurallardır. Anılan toplumsal kurallara aykırı tutum ve davranışlar, kişilerin tepkisini doğurmakta ve sonuçta kamunun dirlik ve esenliğinin bozulma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. İşte bu nedenlerle, genel ahlakı da, kamu düzeni içinde saymak gerekir. Ancak, idari kolluk olarak, bu konuda çok dikkatli olmak, kanundan yetki almak, dilediğince hareket etmemek, bu kavramı siyasal çıkar için kullanmamak, kolluk görevini ve amacını saptırarak düşünce ve inanç alanına girmemek, el atmamak gerekir. Üstelik kamu düzeni kavramının günümüzde içeriği genişlemektedir. Çevrenin korunması, ekonomik alanı devletin düzenlemesi, belediyelerin kimi zonulu gereksinim maddelerinin üst

satış fiyatlarını belirlemesi vb. etkinlikler genel idari kolluk içinde düşünülmektedir."⁶

Genel ahlak konusunda dikkat edilmesi gerekli olan bir başka nokta da şudur: Genel ahlak anlayışı zamana ve yere göre değişebilir. Bu nedenle, toplumun maddî (dışsal) düzenini bozmayan kimi hareketleri, genel ahlak kavramıyla karıştırılmamalıdır.

Kamu düzeni zamana ve mekâna göre değişkenlik gösterir ve bundan dolayı da genel geçerliliğe sahip bir tanımının yapılması güçtür. Ancak genel çerçevesi itibariyle kamu düzeni, "bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kuralların bütünüdür".⁷

b. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Kamu Düzeni ve Hâkimin Re'sen Hareket Edeceği Hususlar

Kamu düzeni düşüncesiyle mahkemece re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davaların başında babalık davası gelmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 313. maddesi gereğince "velayetin ve şahsi münasebetin tanzimi, iştirak nafakasının takdiri hususları re'sen gözetilecek" yönlerdendir.⁸ "Olayda kamu düzeni söz konusu olduğu için, iffetsizlik iddiası (MK m. 302) her zaman ileri sürülebilir".⁹

⁶ İsmet Giritli/Pertev Bilgeni/Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul 2006, s. 819-820.

⁷ Süha Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzenini Etkisi," *Hukuki-Ekonomik Perspektiflerden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara 2001, s. 94.

⁸ 2. HD 29.12.1970,3261/7192 (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, bası 6, Cilt II, s. 1731).

⁹ 2. HD15.05.1978,2771/3877 (ABD, 1978/4, s. 673-674); ayrıca bkz. 2. HD 26.02.1971, 630/302 (RKD, 1971/67, s. 190-191).

*“Velayetin nez’ine ilişkin dava kamu düzenini ilgilendirdiği için hâkimin re’sen tahkik yetkisi vardır”.*¹⁰

*“Evlilik birliğinin korunması (MK m.161 v.d.) kamu düzenini ilgilendirdiği için mahkeme her çeşit delili re’sen toplayabilir. Bu itibarla bu nevi davalarda iddianın tevsii söz konusu olamaz”.*¹¹

Evlenmenin butlanı (MK m. 128) davalarında da kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanacağı kabul edilmektedir.

Görüldüğü gibi özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Türk Medeni Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin hükümlerinin uygulanmasında, hâkimin re’sen araştırma ilkesine bağlı olarak hareket edeceği davaları kamu düzenine ilişkin davalar olarak nitelirmektedir. Yukarıda sözü edilen örneklerde kamu düzeni kavramı neredeyse re’sen harekete geçme kavramıyla eşdeğer olarak kullanılmıştır.

Gerçekten, Türk Medeni Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin düzenlemelerinin neredeyse tamamının temelinde bir tür kamu düzeni düşüncesi yatmaktadır. Temeldeki bu düzen sağlama düşüncesi, yukarıda kısaca özetlenen ve idare hukuku alanında benimsenen kamu düzeni düşüncesiyle uyum göstermektedir. Şöyle ki: Toplumun en küçük parçası ve bir anlamda modeli olan ailenin korunmasıyla toplumun bütününe genel güvenliğinin ve huzurunun korunmasına hizmet edilmiş olmaktadır. Bu itibarla aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde kamu düzeni düşüncesiyle hâkime re’sen araştırma yetkisinin verilmiş olması, kaynağını maddi hukukta, daha doğrusu maddi hukuk kuralının konuluş amacında bulan bir anlayışın sonucudur.

¹⁰ HGK 19.02.1973, 2/1258-70 (İKİD, 1973/151, s. 2139-2141).

¹¹ 2. HD 08.09.1972, 5214/4717 (RKD, 1973/9-11, s. 324-325).

c. Kadastro Kanunu'na Göre Hakimin Re'sen Hareket Edeceği Hususlar

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 29. maddesine göre "Kadastro mahkemesinde gelmeyen tarafın yokluğunda duruşma yapılır. Taraflardan hiç biri gelmez ise dosya işlemiden kaldırılmaz. Hâkim, toplanması mümkün olan delilleri inceler ve 30. madde hükmünce işi karara bağlar". Aynı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Malik tespiti yapılamadığı veya dava açan mirasçının dışında başka mirasçılarında bulunduğu anlaşıldığı takdirde, hakim re'sen lüzum gördüğü diğer delilleri toplayarak taşınmaz malın kimin adına tescil edileceğine karar vermekle yükümlüdür". Bu hükümlerde düzenlenen konu esas itibariyle kadastro mahkemelerinde uygulanacak usûl hükümleridir. Söz konusu hükümlerle genel anlayıştan ayrılmış ve ülke kadastro sununun doğru ve gerçeğe uygun bir biçimde tamamlanması esasından hareket edilerek, kadastro mahkemesi hâkimine re'sen kullanacağı yetkiler verilmiştir. Bu düzenlemenin temelinde kamu yararı düşüncesinin yattığı açıktır.

d. Medeni Usûl Hukukunda Genellikle Kamu Düzeni Amacıyla Sevk Edildiği Kabul Edilen Düzenlemeler

Bu düzenlemelerin başında HUMK m. 13'teki yetki kuralı gelmektedir. Genel olarak kabul edildiği gibi taşınmaz malın aynuna ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması hakkındaki bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkindir. Prof. Dr. Kuru'ya göre buradaki yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olmasının nedeni, "bu davalara, en kolay, en çabuk, en az giderle emin bir şekilde gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi tarafından bakılabileceğidir. Çünkü tapu kayıtları o ilçededir, keşif orada yapılır ve tanıklar da keşifte yerinde dinlenir (m. 259). Hâkim, keşifte gayrimenkulün durumunu bizzat görüp, tanıkları bizzat dinleyeceği için (bu işleri istinabe ile yaptırmasına oranla)

dava hakkında daha iyi (dolaysız) bilgi sahibi olur ve gayrimenkulün durumunu en iyi bilen hâkim olarak en doğru kararı o verebilir".¹²

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ve yetkiye ilişkin olan düzenleme de kamu düzenine ilişkin hükümler arasında sayılmaktadır: *"Kamu düzeni düşüncesiyle kanuna konulan bu hükmün (5521 s. K. m.5 hükmünün) başka bir şekilde yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir. Zira alan maddede (bunlara aykırı sözleşme muteber sayılamaz) denilmek suretiyle yetki konusunda, madde hükmü dışında sözleşme yapma serbestisi ortadan kaldırılmıştır. HUMK'nın ikametgâh ve mukavelenin icra mahalli mahkemesinin yetkisini belirten 9. ve 10. maddeleri mevcut iken, 5521 sayılı Kanun'da bunlar tekrarlandıktan sonra Usûlün 22. maddesine yer verilmeksizin (bunlara aykırı sözleşme muteber sayılamaz) hükmü sevk edilmiş olmakla, yetkiye ait sözleşmelerin muteber olmayacağı belirtilmiştir. Esasen 22. madde, mahkemenin yetkisi kamu düzeni esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde uygulanabilir".¹³*

HUMK m. 276'da yer alan bilirkişi sayısına ilişkin kural da kimi zaman kamu düzenine ilişkin olarak yorumlanmıştır:

"27.09.1979 günlü 7. oturumda ise mahkemece, Eskişehir Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.07.1977 günlü cevabı talimatına uyarak, bir elektrik mühendisi bir inşaat mühendisi, bir makine mühendisi, bir inşaat eksper ve bir inşaat mühendisi olmak üzere seçilecek beş kişilik bir bilirkişi kurulunca naip mahkeme tarafından mahallinde keşif yapılmasına karar vermiş bulunmaktadır."

Bu karar gereğince Eskişehir Birinci Asliye Hukuk Hâkimliği'nce seçilen beş kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile mahallinde yapılan keşfi müteakip verilen 28.11.1978 günlü rapor kapsamından; inşaatın birinci keşfe göre % 12 daha aza bitirileceği ve böylece % 20'nin altında bulunduğundan, yüklenicinin tasfiye hakkının doğmadığı anlaşılmıştır.

¹² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, bası 6, Cilt I, s. 525.

¹³ HGK 12.06.1968,9/450- 444 (RGK 1968/11- 12,s. 287- 289).

Bu rapora karşı davacı vekil 21.03.1979 günlü dilekçe ile itiraz etmiş, mahkemece bu itirazlar reddedilmiş bulunmuştur.

“Oysaki HUMK'nın 276. maddesinin 3. fıkrasında, (yalnız bir kişi ehli-vukuf intihap edebilir. Üçten ziyade intihap olunamaz) amir hükmü mevcuttur. Buna rağmen mahkemece, bu buyurucu hüküm dışına çıkılarak seçilen beş kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile keşif yapıp alınan rapora dayanmak sureti ile karar verilmesi usûl hükümlerine tamamen aykırı bulunmaktadır. Bu hususun ise, kamu intizamına ilişkin bulunması dolayısıyla, re'sen göz önüne alınması gerekir.”¹⁴

Ancak, aksi yönde Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Somut olayda dört yerel bilirkişi seçilmiş ve tümü aynı beyanlarda bulunmuşlardır. Üçten fazla bilirkişi seçimi HUMK'un 276. maddesi hükmüne aykırıdır. Ancak bilirkişi seçimindeki bu usûlsüzlüğün davada bilirkişiler ittifakla beyanda bulduklarında sonuca ulaşmada etkili bir usûl yanlışlığı olmadığı açık bir olgudur.¹⁵ Prof. Dr. Kuru da sözü edilen kararı ve benzerlerini dayanak göstermek suretiyle, *“üçten fazla bilirkişinin raporu oybirliği ile verilmişse, bilirkişi seçimindeki usûlsüzlük sonuca etkili bir usûl yanlışlığı sayılmamalı ve hükmü yalnız bu nedenle bozulmamalı”* görüşünü dile getirmektedir.¹⁶

e. Medeni Usûlün İkili Karakteri ve Kamu Düzeni Ölçütü

Medeni usûl hukukunun ayırt edici iki özelliği bulunmaktadır: Medeni usûl hukuku emredici ve şekli bir hukuk alanıdır.

Aslında, usûl kurallarının emredici bir karakter taşıması normaldir. Zira yargılama yetkisinin tayin edilmesi ve gerçekleştirilen işlemler tarafların tercihine bırakılamaz.

¹⁴ 15. HD 09.11.1979,1849/2230 (YKD, 1980/9,s. 1261-1268).

¹⁵ HGK 20.10.1993, 8/885-593 (İKİD, 1994/404, s. 10496-10497).

¹⁶ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, bası 6, Cilt III, s. 2696.

Davanın yürütülmesi ve yargı örgütüyle ilgili kurallar, genel olarak kamu düzenindedir. Bu anlamda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûlleri Hakkındaki Kanun'da düzenlenen tüm hususlar ve bu Kanun'da yapılan yollama nedeniyle hukuk mahkemelerinin görevine ilişkin tüm düzenlemeler kamu düzenine ilişkin düzenlemeler sayılmalıdır. Bu noktada, dava şartları bakımından da yerleşik anlayışın, bu şartların tamamının kamu düzenine ilişkin olduğu konusundaki görüş birliğini de hatırlatmak gerekir.

Medeni usûlün şekli karakterine gelince: Keyfilîğe karşı bir koruma ve geniş anlamda savunma özgürlüğünün garantisi gibi anlaşılan şekilcilik medeni usûl hukukunun belirleyici karakter özelliklerindedir. Prof. Dr. Postacıoğlu, usûl işlemlerinde şekle uyulması konusundaki zorunluluk hakkında aşağıdaki tespitleri yapmış ve kısmi bir kamu düzeni ölçütü ortaya koymuştur:¹⁷

"Usûl muameleleri, kaideten şekle tabidir. Şekil, muamelelerin yazılı olarak yapılması ve kanunun her muamele için tayin ettiği hususları ihtiva etmesi suretinde tecelli eder. Mamafih, şifahen yapılabilecek muameleler de vardır. Bu muamelelerin ne yolda yapıldığı, zabıtla tevsik olunmak lazımdır. Zaptın dışındaki delillerde, mahkeme önünde yapılmış muamelelerin varlığı ve muhtevası ispat olunamaz. Şeklin usûl hukukunda, medeni hukuktakinden farklı bir fonksiyonu vardır. Medeni Kanun'la gayet mahdut muameleler şekle tabi tutulmuş olup, medeni hukuk bakımından şeklin fonksiyonu, bilhassa hususi bir vehamet arz edebilecek bazı muamelelere girecek olan kimseyi, hususi surette ikaza vesile teşkil etmesi, bu kabil muamelelere, hiffetle kâfi derecede düşünülmeden girilmesini önlemektedir. Medeni Hukukta şeklin müeyyidesi de, behemehal mevzubahs muamelenin butlamı şeklinde görülür. Şeklindeki gayenin, alakalıların mevzubahs muameleye girmek için bir hayli tereddütler geçirdiği ispat edilmek suretiyle, elde edilmiş olduğu söylenemez. Bu suretle muamelenin butlandan kurtulması cihetine gidilemez. Yalnız pek mahdut ve

¹⁷ İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, bası 6, İstanbul 1975, s. 337,338-339

pek karakteristik hallerde, şekle riayetsizliğin butlan sebebi olarak dermeyanı, hakkın suiistimali teşkil edebilir. Fakat bunun dışında sert, şaşmaz butlan müeyyidesinin bu kabil hallere tatbiki, Medeni Hukuktaki şekil teorisinin farik vasıflarından birini teşkil eder.

Şimdi birinci kategoriye giren hallerin ne olduğunu, hangi şekil kaidelerinin amme iltizamından sayılması icap ettiği noktasına gelirsek; bu hususta bir kıstas vermek zorunluluğunu teslim ederiz.

Noktai nazarımıza göre, eğer şekilde maksat, muameleyi yapan Şahsı düşünmeye sevk etmek, mahkemenin otoritesini tahtı emniyete almak gibi mülahazalar ise, bu takdirde mevzubahs şeklin amme intizamından madut olduğu kabul edilebilir. Mesela; evvelki misalimizde, reddi hâkim talebinin arzuhalle yapılması, hiç şüphesiz bu kabildendir.

Buna mukabil, şahit olarak dinlenebileceklerin isimlerinin bir liste halinde verilmesini emreden 274'üncü maddenin koyduğu şeklin malîyeti, kabili münakaşadır. Burada, diğer tarafı himaye etmek düşüncesi varit olduğu kadar, sonradan tedarik edilecek şahitle de mahkemeyi işgal etmemek mülahazasının da yer almış olduğu söylenebilir. Bu mülahazanın varit olduğu kabul edilirse, buradaki şeklin amme intizamını ilgilendirdiğini kabul etmek lazım gelir. Maddenin sevk tarzına, metnin kat'iyet ifade eden lafzına bakılacak olursa, buradaki şeklin, amme intizamından madut olduğu neticesine varmak icap eder".

4. Değerlendirme ve Sonuç

"İstinafta kamu düzeni kavramı" başlıklı bu tebliğle esas itibariyle istinaf incelemesi yapacak olan bölge adliye mahkemesinin re'sen inceleme yetkisinin sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Girişte de belirtildiği gibi, henüz uygulanmasına başlanmamış olan kanun hükmü (HUMK m. 426/0) bu sınırı kamu düzeni kavramıyla belirlemiştir. İstinaf incelemesi kural olarak sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Ancak kamu düzenine aykırılık halinde bölge adliye mahkemesi, tıpkı bugün temyiz incelemesinde olduğu gibi, göste-

rilen istinaf nedenleriyle bağı olmaksızın re'sen tespit ettiği hususları da inceleme/denetleme konusu yapabilecektir. Yani, kamu düzenine aykırılık, istinaf kanun yolunda sebebe bağıllık ilkesinin bir istisnası olarak öngörülmüştür.

HUMK m. 426/0 hükmünde kullanılmış olan kamu düzenine aykırılık kavramı, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükme aykırılık şeklinde anlaşılacak olursa, hükmün uygulanması, yarı sebeple bağıllık ilkesinin sınırının belirlenmesi daha az zor olacaktır.

Bir kere, maddi hukukun kamu yararı/kamu düzeni düşüncesiyle sevk etmiş olduğu hükümlere aykırılık, sebeple bağıllık ilkesinin istisnası olacaktır. Yani temelinde kamu yararı düşüncesi yatan bütün maddi hukuk kurallarına aykırılık hallerinde, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusu üzerine, bu husus istinaf sebebi olarak gösterilmemiş veya hiç istinaf sebebi gösterilmemiş olsa bile re'sen bu hukuka aykırılık halini dikkate alacak ve gereken kararı verecektir. Bu durum hukuk davaları içinde en çok kişiler ve aile hukukuna ilişkin davalarda ortaya çıkabilecektir. Ancak, konu tabî ki bu alanla sınırlı olmayacaktır. Örneğin iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerin önemli bir bölümü bu anlayış çerçevesinde değerlendirilecektir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin uygulamalar ve konkordato hükümleri de büyük ölçüde kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükümlerdir.

İş mevzuatı ve tüketici mevzuatına ilişkin maddi hukuk düzenlemelerinin temelinde kamu düzeni düşüncesinin yattığı düşünülürse, söz konusu alanlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarından istinaf yoluna başvurulabilenler hakkında da istinaf sebepleriyle bağı olmaksızın inceleme yapılabilecektir.

Usûl hükümlerine gelince, yukarıda bazı örneklerine değinildiği gibi, bu konu öncelikle bölge adliye mahkemelerinin, sonunda da Yargıtay'ın yaklaşımına bağı olarak değişebilecektir. Eğer, usûl hukuku hükümlerinin esas itibariyle emredici

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

karakteri haiz hükümler olduğu anlayışı egemen olursa, bu takdirde bölge adliye mahkemeleri sebebe bağlılık ilkesini nispeten sınırlı olarak uygulayacaklardır. Buna karşılık, emredici de sayılabilecek bir hükme aykırılığın sonuca etkisi dikkate alınacak olur ve usûl ekonomisi gibi bir anlayışla yaklaşılacak olursa bu takdirde sebeple bağlılık ilkesi daha geniş bir uygulama alanı bulacaktır. Birinci anlayışın benimsenmesi istinafin iş yükünü artıracak ve temyiz ile istinaf ayrımı zaman zaman güçleşebilecektir.

Sonuç olarak, bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesinin kapsam ve derinliğinin belirlenmesine "*kamu düzeni*" hatta "*kamu düzenine aykırılık*" ölçütlerinden hareket edilmiş olması isabetli olmamıştır denilebilecektir.

Oturum Başkanı: Halûk hocamıza teşekkür ediyoruz.

Kamu düzeni konusu gerçekten zor da bir konu, sınırları tam belirli olmayan bir konu. Naçizane ben de bu kavramla ilgilendiğim için, belki genel tartışma bölümünde ışık tutması açısından birkaç noktaya temas etmek de istiyorum.

Evet, kamu düzeni kavramı belki izafi olması, onun aynı zamanda dinamik bir nitelik kazanmasına da sebebiyet veriyor. Yani, içinin doldurulmaya muhtaç olması. Toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan anlayıştaki değişime paralel olarak, eskiden kamu düzeninden olduğu kabul edilen birçok husus, kamu düzeninden sayılmayabiliyor. Özellikle ceza yargılamasında, mesela uzlaşma kapısının aralanması, ki devletin cezalandırma yetkisini kullanılmasını konu alan bir süreç. Kamu düzeninin belki en etkin işlerlik kazanacağı alanlardan birisi. Bizim kanunumuza aslında yabancı değil. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde, hakem kararlarının iptal sebepleri arasında hakem kararının kamu düzenine aykırı olması... Özellikle devletler özel hukukunda bu konu çok işlenmiştir, 5. maddede var. Yine, yabancı ilamın tanınması ve tenfizinde belki de devletlerin kullanabileceği en önemli silah, müdahale silahı olarak kamu düzeni aracı kullanılmaktadır.

Burada belki şu vurgu yapılması gerekir: Acaba, maddî hukuk anlamındaki içerik mi yüklenmek gerekir. Özellikle tahkim, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni müdahalesi bağlamında bu tartışılmış ve bunun kapsamı iç hukuklardan daha farklı olarak anlamlandırılması gerektiği, yani daha dar yorumlanması gerektiği dillendirilmiştir. O nedenle de, maddî hukuktaki kamu düzeninden farklı olarak usûli kamu düzeni diye ayrı bir kavram üzerinde durulmaktadır. Maddî hukuktaki kadar geniş anlayacak olursak, bu sefer çok ciddi sıkıntılar doğar. Hemen hemen her tür maddî hukuka aykırılık halinin istinafta ileri sürülmesi gibi bir husus ortaya çıkar. Maddî hukuktaki kamu düzeni, daha ziyade elverişlilik bazıyla ilgili. Tarafların üzerinde tasarruf edebileceği iş-tasarruf edemeyeceği iş ayrımıyla alakalıdır. Buradaki usûli, kamu düzeninin usûl hukukunun emredici temel normlarına, yargı erkinin işleyişini, devletin egemenlik yetkisini en somut kullanım biçimlerinden bir yargı erkinin işleyişini sağlamaya yönelik ve emredici bir biçimde kaleme alınmış olan normlar olarak algılamak gerekir ki, bunların başında hemen 188. maddemizin, biliyorsunuz "*Hâkimin resen gözetmesi gereken hususlar saklıdır*" anlayışı ki, dava şartları belki bu bağlamda özellikle düşünülebilir. Temyizde de zaten ayrıca temyiz sebebi haline de getirilmiş durumdadır. Dolayısıyla kamu düzeni kavramına çok geniş bir içerik yüklemek, istinaf yargılamasının amacından da saptırabilir. Belirlenen sebeplerle sınırlı yargılama yapma şeklinde konan temel ilkeyi tümüyle bertaraf edici bir boyut da kazanılabilir. Bu, tehlikeli bir adım olur. İleri sürülen temyiz sebepleriyle hâkimin bağlı olmaması şeklinde temyiz yargılamasının hukuka uygunluk denetimiyle ilişkin olmasının doğal sonucu olarak beliren, konuma daha da yaklaştırmış olur ki bu da çok sağlıklı bir yaklaşım gibi görünmüyor.

Re'sen gözetilmesi gereken husus ne ile alakalı? Usûl hukukuyla alakalı. Hâkim burada maddî hukuk kurallarını tartmamalı. Kamu düzeni kavramı çok da belirsiz değil, genel çerçevede bir toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan normlar şeklinde tanımlanıyor. Kamu yararı kavramı, zaten kamu düzeninin içerisinde. Usûl hukuku alanında

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

kanun hâkime resen bir hususu gözetme görevini yüklüyorsa, zaten orada kamu yararı olduğu için kamu düzeni gerekçesiyle müdahale olanağı tanımış durumdadır.

Teşekkür ediyorum.

Şimdi, 15 dakika kahve arası veriyoruz.

3. BÖLÜM

3. Tebliği Sahibi: Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

İSTİNAFTAN SONRAKİ TEMYİZ İNCELEMESİ VE SONUÇLARI

A. YASAL DÜZENLEME

Hukuk yargılamasında tarihî bir tartışmaya 2004 yılında nokta konulmuştur. Böylece yıllardır karşıtları ve taraftarları biçiminde yahut "evet, ama" diye başlayan ve sonu gelmeyen tartışmalara sahne olan kanun yolları sorunu biçimsel olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Güçlü ve hızlı kanunlaştırmaların, hatta hocam Prof. Dr. Ejder Yılmaz'ın deyimiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin üçüncü büyük "resepsiyon (iktibas) dalgası"nın¹ usûl hukukundaki etkisi de hiç kuşkusuz hızlı ve

¹ Ejder Yılmaz, *İstinaf*, 2. Bası, Ankara 2005, s. 7.

şaşırtıcı olmuştur. Ancak bu etki, Kanun'un yürürlük tarihi ve fiilen uygulamaya geçilememesi nedeniyle zayıflamıştır.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yapılan söz konusu iki büyük değişiklik 5235 ve 5236 sayılı Kanunlarla gerçekleştirilmiştir. 5235 sayılı Kanun'la Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında düzenleme yapılmış, arkasından 5236 sayılı Kanun ile de HUMK'ta değişiklik gerçekleştirilmiştir.²

Her iki Kanun da farklı yürürlük tarihleri öngörmüştür. 5235 sayılı Kanun'un 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmişken, 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun ile bu Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlaması ile ilgili olarak ise 5235 sayılı Kanun esasen iki yıllık bir geçiş dönemi öngörmüştür. Buna göre, Adalet Bakanlığı, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerini kuracaktır (5235 s. K. Geçici Madde 2). O halde bölge adliye mahkemelerinin en geç 1 Haziran 2007 tarihinde fiilen kurulması gerekmektedir.

HUMK'ta değişiklik yapan Kanun'un yürürlük tarihi 1 Nisan 2005 olarak belirtilmiş (5236 s. K. m. 22); ancak 5328 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ile bu tarih de 1 Haziran 2005 olarak öngörülmüş ve böylece paralellik sağlanmıştır. 5236 sayılı Kanun, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar HUMK'nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir (5235 s.K. m. 22 ile HUMK'ya eklenen Geçici Madde 2).

Adalet Bakanlığı, 5235 s. K.'nin 1 Haziran 2007 tarihine kadar kurulmasını öngördüğü bölge adliye mahkemeleriyle ilgili olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşünü de alarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre; İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da bölge adliye mah-

² RG 7.10.2004, S. 25606.

kemeleri kurulmasına karar vermiştir.³ Ancak 5235 s. K.'nın geçici 2. maddesi, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin *Resmî Gazete'*de ilanını öngörmektedir. Bu hüküm karşısında Adalet Bakanlığı'nun Kanun'un gereklerini tam olarak yerine getirdiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü Bakanlık, yalnızca bölge adliye mahkemelerinin kurulacağı yerler ve yargı çevrelerini tespit etmiş, ancak bu mahkemelerin kuruluşu fiilen yine gerçekleştirilememiştir.⁴ 5236 sayılı Kanun'un getirdiği değişikliklerin veya başka bir ifadeyle kanun yollarına ilişkin yeni hükümlerin uygulanması böylece belirsiz bir tarihe ertelenmiştir.

Ancak her durumda geçiş ile ilgili bazı sorunların çıkması muhtemeldir. Hatta bu sorunların henüz mahkemeler fiilen kurulmadan teorik düzeyde ortaya çıktığını ve bu nedenle kanun değişikliğine gidildiğini ifade etmek gerekir. Nitekim, 5236 s. K.'nın 21. maddesiyle HUMK'ya eklenen geçici 2. maddeye göre, "Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur*" denilmiş ve yine eklenen geçici 1. maddeye göre, "5235 s. K.'nın geçici 2. maddesi uyarınca bölge adliye mahkemelerinin *Resmî Gazete'*de ilân edilecek göreve başlama tarihinde;

1. *Yargıtay'da incelenmekte bulunan ve henüz karara bağlanmamış olan davalar bölge adliye mahkemelerine gönderilir.*

2. *Yargıtay hukuk daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından karara bağlanmış dava dosyaları bakımından bu Kanunun istinaf yoluna ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu dava dosyaları hakkında mahkemelerin direnme veya yeniden hüküm kurmak suretiyle verdikleri kararlar hakkında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri*

³ RG 5.6.2007, S. 26543.

⁴ Yargıtay Başkanı da 2007-2008 adli yıl açış konuşmasında mahkemelerin 1 Haziran 2010 yılında faaliyete geçmesinin uygun olacağını ifade etmektedir (<http://www.yargitay.gov.tr/content/view/187/1/>).

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

uyarınca yalnız temyiz yoluna başvurulabilir" (5236 s. K. m. 21)" biçiminde bir düzenleme yapılmış ve mevcut davalarla ilgili iki ayrı grup dikkate alınmıştı. Öte yandan, "*yalnız temyiz yoluna başvurulur*" hükmü de tereddütlere yol açmıştı. Çünkü aynı Kanun'un 20. maddesi karar düzeltme yolunu da kaldırmakta idi.

5348 sayılı Kanun'la⁵ başka bir değişiklik yapılmış ve yukarıda söz edilen geçici 1. madde, geçici 2. madde haline getirilerek yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre, "*18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la eklenen geçici 1. maddesi geçici 2. madde olarak aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve geçici maddeler buna göre teselsül ettirilmiştir.*

Geçici Madde 2. – *Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 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 Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur*".

Esasında bu değişiklikten önce iki adet geçici 1. madde bulunduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan birisi yukarıda ifade edilen ve bölge adliye mahkemelerinin fiilen kurulması üzerine kanun yollarına ilişkin geçişi düzenleyen hüküm; diğeri ise, 21.7.2004 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5219 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen "*Geçici Madde 1*"dir.⁶ Böylece 5348 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklik üzerine 2004 yılında HUMK'ya eklenen iki "*geçici madde 1*" çelişkisi giderilmiştir.

⁵ RG 18.5.2005, S. 25819.

⁶ Maddede, "*Bu Kanunla artırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilenez*" denilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, kanun koyucu 5348 s. K. ile, bölge adliye mahkemelerinin fiilen işlemeye başlamasından sonra, bu tarihten önce temyiz yoluna başvurulmuş kararlar hakkında *kesinleşinceye* kadar değişiklikten önceki yani mevcut Kanun'un 427 ilâ 454. maddelerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır.⁷ Böylece önceki düzenlemede yapılan ve temyiz edilen kararın inceleme aşamasında olması ile incelemesinin bitirilmesi ve direnme kararı verilmesi arasında yaratılan fark isabetli olarak kaldırılmıştır. Öte yandan önceki düzenlemede bulunan "*yalnız temyiz yoluna başvurulabilir*" ibaresi de değiştirilmiş ve karar düzeltme hükümlerinin de bu davalar bakımından uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

Sonuç olarak, medenî yargı alanında 5236 s. K. hükümleri henüz uygulanmamakla birlikte, mevcut HUMK hükümleri bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra bir süre

⁷ Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu'nda (İİK'da) değişiklik yapan 5311 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle İİK'ya eklenen (RG 18.03.2005, S. 25759) geçici 7. maddede, "*Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır*" denilmektedir. Buna göre, örneğin, 1 Ocak 2009'da mahkemelerin fiilen kurulduğunu ve asliye hukuk mahkemesinin kararının 31 Aralık 2008'de taraflardan birisine tebliğ edildiğini varsayarsak, bu hükme karşı temyiz değil, istinaf yoluna gidilecektir. Buna karşılık, karar temyiz edilebilen bir icra mahkemesi kararıysa istinafa değil, temyize başvurulacaktır. Doktrinde, HUMK ile İİK arasındaki bu farklılığın, bunlardan birisinin tercih edilerek giderilmesi önerilmektedir (Yılmaz-İstinaf s. 99). Kanımızca, usul kanunlarının yürürlüğüne ilişkin esaslardan yola çıkılarak yorum yapıldığında, HUMK'daki düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, HUMK m. 578, kazanılmış hakları ihlâl etmemek koşuluyla Kanunun derhal uygulanacağını ve geçmişe de yürütebileceğini ifade etmektedir. Bu hükmün yorumunda ise, doktrinde, bir usul işleminin tamamlanmış olması ve başka bir usuli kesite geçmiş olma ölçütleri uygulanmaktadır. O nedenle, tarafın temyiz hakkını elde edip, bu yola başvurusu, onun bakımından eski hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Buna karşılık, sadece kararın verilmiş olması yeterli değildir. Çünkü henüz temyize başvurmamış taraf bakımından böyle bir usuli aşama doğmamıştır. Ayrıca bu taraf, talebini istinaf hükümlerine göre de gerçekleştirebileceğinden onun aleyhine bir durumun varlığından da söz edilemez.

daha (bu kararlar kesinleşinceye kadar) uygulanacağını belirtmek gerekir. O halde, 5236 s. K.'nın ilgili maddeleri uygulanmaya başladığında dahi, uzun bir süre hem istinaf hem temyiz ilişkin eski ve yeni hükümler kanun yolları bakımından eş zamanlı yürürlükte olacaktır.

B.TEMYİZ EDİLEBİLEN KARARLAR

I. Kural

Adli yargı ilk derece mahkemelerinden verilen bütün nihai kararlar,⁸ kural olarak temyiz incelemesine tâbidir (m. 427, I). O nedenle, HUMK'ta veya özel kanunlarda temyiz edilebilen kararlar değil, temyiz edilemeyen kararlar sayılmaktadır.

İstinaftan sonra hangi kararların temyiz edilebileceği hususu, 5236 s. K. ile değişik 427. maddede kaleme alınmıştır. Buna göre, "*bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihaî kararlar ile hakem kararlarına karşı*" temyiz yoluna başvurulabilir.

Burada dikkat çeken ilk nokta, genel olarak temyizi kabil kararlardan söz edilmekle birlikte 428. maddede temyiz edilemeyen kararların sayılmış olmasıdır. İkinci olarak, "*hakem kararları*"na karşı da temyiz yoluna gidileceği açıkça belirtilmiştir. 5236 s. K. gerekçesinde, hakem kararlarına karşı istinafa gitmenin tahkim yargılamasının niteliği ile bağdaşmayacağı, bölge adliye mahkemesinin yargılama yapıp hakem kararının yerine yeni bir karar veremeyeceğinden *doğrudan temyiz yolunun* öngörüldüğü ifade edilmektedir.⁹

⁸ Bunun dışında geçici nitelikteki kararların, çekişmesiz yargıya ilişkin bazı kararların ve mahkemelerin idarî nitelikte kabul edilen bir kısım kararlarının ve ara kararlarının da temyizi mümkün değildir (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. V, İstanbul 2001, s. 4522 vd.).

⁹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Değiştirilmiş Otuzuncu Baskı, Ankara 2007, s. 181.

Aleyhine istinaf yoluna gidilemeyecek hakem kararlarının iç tahkime ilişkin olduğu, buna karşılık Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) tâbi hakem kararları bakımından iptal davası yolunun varlığı dikkate alınarak, doktrinde, önce *istinaf sonra temyiz* yolunun işlerlik kazanacağı ifade edilmektedir. Çünkü istinaf yoluna gidilecek karar, hakem kararı olmayıp, asliye hukuk mahkemesinin iptal konusunda vermiş olduğu karardır. O nedenle burada m. 427 anlamında hakem kararının temyizi söz konusu değildir.¹⁰

MTK m. 15, VIII asliye hukuk mahkemesi kararına karşı temyiz yolunu öngörmektedir. HUMK ve diğer kanunlarda geçen "*temyiz*" ibaresinin istinaftan sonra nasıl anlaşılacağı konusunda, 5236 s.K. ile değişik m. 426/A, V hükmüne başvurulmalıdır. Buna göre, "*ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihaî kararlarına karşı da bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir*". Kanun'un yaptığı bu genel yollama nedeniyle asliye hukuk mahkemesinin iptal konusundaki kararına karşı istinafa gidilebilir.¹¹

İlk derece mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı istinaf, bölge adliye mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı ise temyiz yolu açık olacaktır. İlk derece mahkemesinin nihaî kararı üzerine doğrudan temyize gidebilmeye olanak tanıyan ve Alman hukukunda "*sıçrama yoluyla temyiz*" adı verilen kurum bizde bulunmamaktadır.¹²

¹⁰ Yılmaz s. 84.

¹¹ MTK m. 15, VIII'te yalnızca temyiz öngörülüp, karar düzeltmeye olanak tanınmadığı dikkate alınırsa, Kanunun, esasında istinaf ve sonrasında temyiz biçiminde uzayacak bir yolu tercih etmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak Kanunda değişiklik yapılmadan ve özellikle m. 426/A, V hükmü karşısında, milletlerarası tahkim bakımından önce istinaf sonra temyiz yolunu kullanmaktan başka bir çözüm bulunmamaktadır.

¹² Yılmaz, s. 83. Ancak hakem mahkemesinin de geniş anlamda mahkeme kavramı içinde yer aldığı dikkate alınacak olursa, yukarıda belirttiğimiz m. 427 hükmü ile hakem kararları bakımından tanınan istisnanın bir anlamda sıçrama yoluyla temyize karşılık geldiği ifade edilebilir. Ayrıca aşağıda değinileceği üzere 5236 s. K. ile değişik m. 439, IV'te yer alan

İstinaf hükümlerinin uygulanmaya başlamasından sonra temyiz edilebilen kararlar bakımından ele alınması gereken bir kural da, yukarıda belirtilen m. 426/A, V hükmüdür. Kanun koyucunun temel usûl kanunlarında istinaf ve temyiz hükümlerini ayrı ayrı belirtmesi mümkün olmasına rağmen, diğer kanunlarda bir mahkeme hükmünün temyiz edilebileceği veya kesin olduğu biçiminde düzenlemelere rastlamak mümkündür. İşte bu durumlarda genel bir yollama hükmü getirilmiştir. Kanun koyucunun özel kanunlarda yer alan düzenlemeler konusunda genel bir hüküm getirmek istediği ve buralarda geçen “*temyiz*” ibaresini “*istinaf*” ile ikame etmek istediği anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu maddenin teknik olarak çok isabetli kaleme alındığı söylenemez. *Alangoya*'ya göre kanunlarda, kanun yoluna başvurulabileceği değil, başvurulamayacağı veya kesin olduğu ifade edilir. Bu açıklık yoksa temyiz yoluna başvurma olanağı var demektir.¹³

İlk derece mahkemelerinden verilen bütün nihai kararlara karşı kural olarak, kesinlik (parasal) sınırı¹⁴ dışında, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir. Özel kanunlarda bir kararın “*temyiz edilebileceği*” hükmü getirilmişse önemli bir sakınca doğmaz. Burada yalnızca kesinlik sınırı bakımından bir tereddüt ortaya çıkabilir. İlk derece mahkemesinin kararı istinafa başvurma sınırını geçiyorsa, bölge adliye mahkemesine götürülebilecek, sınırın altında kalıyorsa verildiği anda kesin olacaktır.

Buna karşılık, bölge adliye mahkemesinin görev alanına giren bir karara karşı temyiz yolu kapanmış ise, istinaf yolu da kapalı olacaktır. Başka bir deyimle, özel kanunlarda bir karar için “*kesindir*”, “*Yargıtay'a başvurulamaz*” veya “*temyize*

düzenleme de istinaf yoluna gitmeden temyize başvuru olanağı getirmektedir.

¹³ Yavuz Alangoya, Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 17-48 (18).

¹⁴ 2007 yılı için kesinlik sınırı 1.170 YTL'yi geçmeyen dava ve işler için söz konusudur (Kuru/Arslan/Yılmaz, HUMK, s. 149).

başvurulamaz" şeklinde bir düzenleme varsa, bu durum istinafa başvurmayı engelleyecektir. *Alangoya*'nın işaret ettiği gibi, kanun koyucunun böyle bir sonucu isteyip istemediği anlaşılmalıdır.¹⁵

5236 s. K.nun m. 426/A, V hükmüyle kanun koyucunun kanımızca, temyiz bakımından öngördüğü kesinliği, istinaf için de aynen kabul ettiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bu da istinaf ile temyiz arasında teorik olarak bir fark gözetilmediğini göstermektedir.

II. İstisnalar (Temyiz Edilemeyen Kararlar)

Mevcut düzenlemeden farklı olarak 5236 s. K. ile değişik m. 428, "*temyiz edilemeyen kararlar*"ı sayma yoluna gitmiş; *kesinlik sınırı* yanında *konu itibarıyla* de temyiz edilemeyen kararlar kategorisi oluşturulmuştur.

Kanun koyucu burada, iki dereceli yargılamanın yeterli güvence teşkil edeceği varsayımından hareket etmiştir.¹⁶

Temyiz edilemeyen, başka bir deyimle verildiği anda kesin olan bölge adliye mahkemesi kararlarına ilişkin istisnaları iki başlık altında incelemek mümkündür.

1. Kesinlik Sınırı (Parasal Sınır)

a. Kural

Miktar veya değeri belli bir sınırı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin kararlar verildiği anda kesindir (m. 427). 5236 s. K. ile HUMK'ya eklenen 4. madde uyarınca her

¹⁵ Alangoya s. 18 dpn. 4.

¹⁶ "*Maddede dava konusu olayın iki dereceli yargılamadan geçmiş bulunduğu göz önüne alınarak, bölge adliye mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği öngörülmüş ve böylece Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır*" (Kuru/Arslan/Yılmaz HUMK, s. 182-183).

takvim yılı başında o yıl için ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılan bu sınır, 2007¹⁷ yılı için 1.170 YTL'dir. Kanun koyucu benzer bir hükmü istinaftan sonra temyiz için de getirmiştir. Buna göre, 2007 yılı için miktar veya değeri 5.910 YTL'yi¹⁸ geçmeyen davalara ilişkin bölge adliye mahkemesi kararları kesin olup, bu davalarda verilen kararlara karşı temyize başvurulamayacaktır (5236 s. K. ile değişik m. 428, I/1).

İlk bakışta mevcut temyiz hükmüyle aynı olduğu izlenimini uyandıran madde, aslında daha kapsamlı kaleme alınmıştır. Çünkü m. 427'deki kesinlik sınırı taşınır mal ve alacak davaları için geçerli olduğu halde, 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/1'de "*Miktar veya değeri 5910 YTL'yi geçmeyen davalara ilişkin kararlar*" denmek suretiyle, teorik olarak taşınmaza ilişkin davaların da kesinlik sınırına dahil olması mümkün hale gelmiştir.

O halde mevcut ve gelecekte uygulanacak kurallar bakımından temel bir farklılık bulunmamakta ve kural olarak, değere bağlı temyiz¹⁹ sistemi adı verilen ve belirli bir değer için üstündeki kararların denetimden geçtiği, bunun altında kalanların ise kesin olduğu sistem geçerliliğini korumaktadır.

¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, *HUMK*, s. 149.

¹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, *HUMK*, s. 182. İstinaf hükümleri henüz uygulamaya geçmemekle birlikte, Kanunda öngörülen parasal sınırlar 5236 s. K. ile *HUMK*'ya eklenen 4. madde uyarınca her takvim yılı başında o yıl için ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılabacaktır. Ancak yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "*...artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemelerince nihai olarak karara bağlanmış olan davalar ile Bölge Adliye Mahkemesi kararı üzerine yeniden bakılan davalarda ve Yargıtay'ın bozma kararı üzerine bozulan mahkemeye yeniden bakılan davalarda*" bu kural (artış) uygulanmaz

¹⁹ Değere dayalı temyiz (Wertrevision) dışında diğer sistem kabule bağlı temyizdir (Zulassungsrevision). Kabule bağlı temyizde, bir uyuşmazlık hakkında verilen karar, ilkesel nitelik taşımakta ise dava konusunun değerine bakılmaksızın temyiz yolu açılabilir (Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 829-830).

b. Kesinlik Sınırının Teorik Olarak Değerlendirilmesi

Belirli bir değer altında kalan davalarda kararların veril-
diği anda kesin olmasının yerindeliği ve kanun yolu talebinin
anayasal temelinin olup olmadığı tartışmalıdır.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'daki adil yargılanma
ilkesi ile dereceli adaleti zorunlu tutmamıştır. Yalnızca 1984
tarihli ek protokol, bazı istisnalarla cezai konularda iki dereceli
yargılama hakkı getirmiştir.²¹

Türk hukuku bakımından konu önemli ve tartışmalıdır.
Kanun yoluna başvurunun değere bağlı olarak sınırlandırılma-
sı sorunu anayasal açıdan tartışılmış, Anayasa Mahkemesi de
1986 yılında m. 427 ile ilgili olarak²² ve 2001 yılında idarî para
cezalarına karşı itiraz üzerine idare mahkemelerince verilen
kararların kesin olduğuna ilişkin hükmün²³ Anayasa'ya aykırı
olmadığı sonucuna varırken, dereceli bir yargılamanın zorunlu
olmadığını ifade etmiştir.²⁴

Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarının bir üst mah-
kemededen geçmesini zorunlu kılan bir hükmün Anayasa'da
mevcut olmadığını söyledikten sonra, yargı denetiminde son-
suzluğun bulunmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi,
m. 427'de kesinlik sınırı öngören hükmün Anayasa'ya aykırı

²⁰ Alangoya, *Kuru Armağanı*, s. 26 vd.

²¹ Alangoya, *Kuru Armağanı*, s. 19.

²² Anayasa Mahkemesi'nin 20.01.1986 t. ve 1985/23-2 sayılı kararı için
bkz. RG 16.04.1986, S. 19080.

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 23.05.2001 t. ve 2001/89 sayılı kararı için bkz.
RG 19.01.2002, S. 24645.

²⁴ Kararla ilgili değerlendirme yazıları için Alangoya'nın yukarıda belir-
tilen makalesi dışında bkz. Selçuk Öztekin, *HUMK m. 427'deki Kesinlik
Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilme-
si ve Anayasa Mahkemesininin 20.01.1986 tarihli Kararı*, Hukuk Araştır-
maları, Ocak-Nisan 1987, s. 62-74; Hayrettin Ökçesiz, *Yargıtay'ın İş
Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK'nın 427. maddesi
Üzerine*, *Hukuk Araştırmaları*, Ocak-Nisan 1987; s. 75-79; Ejder Yıl-
maz, *Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın
Sınırlanılmasının Yerindeliği Sorunu*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,
1988/1, s. 131-155.

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

olmadığı sonucuna ulaştığı kararında özetle aşağıdaki gerekçelerden hareket etmiştir:

- Diğer özgürlükler gibi hak arama özgürlüğü de kamu yararı dikkate alınarak sınırlandırılabilir. Zira sınırlama ile, davaların hızlandırılması ve Yargıtay'ın yükünün azaltılması amaçlanmıştır.

- Sosyal devlet ilkesine aykırılık yoktur. Zira bu kuralla bütün vatandaşlar aynı hükme tâbidirler. Kesin karardan varlıklı kimselerin daha az etkilenecek olması da sosyal devlet ilkesine ve eşitlik kuralına aykırılık oluşturmaz.

- Türk parasının satın alma gücü karşısında 100.000 TL'lik kesinlik sınırı adalet duygusunu rencide edecek, dolayısıyla hukuk devletini zedeleyecek ölçüde değildir.

- Yargı denetiminde sonsuzluk olmaz. Uyuşmazlıkların bir yerde kesilmesi gerekir.

- Adliye mahkemelerince verilen bütün kararların incelenmesini istemek, hâkimlere güvensizlik anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesi, her ne kadar uyuşmazlıkların bir sonu olması gerektiğini ileri sürerek, bireyin iki dereceli yargılanma hakkına sahip olmadığını belirtmişse de, ayrı zamanda "öteki hürriyetler gibi hak arama hürriyeti de kamu yararı dikkate alınarak sınırlandırılabilir" demekle, iki dereceli yargılamayı hak arama özgürlüğü içinde değerlendirmiş olmaktadır.

Soruna bölge adliye mahkemesi kararlarının temyizinin sınırlandırılması açısından bakıldığında, durumun eski düzenlemeye göre daha az tartışılır olduğu söylenebilir. Çünkü nasıl olsa karar istinaf yoluna götürülmüş olacaktır. Ancak bu noktada, kanımızca, kesinlik sınırının nasıl belirleneceği konusu ve Yargıtay'ın niteliği ve işlevi (konumu) tartışılmalıdır.

Gerçekten Any. m. 154, Yargıtay'ı "son inceleme mercii" olarak tanımlamaktadır. Buradan Yargıtay'ın pozitif hukuktaki yeri bakımından sonuç çıkarmak biraz zor olmakla beraber, doktrinde Öztekin, "son incelemenin" amacının hukuk kurallarının

doğru ve bütün ülke içinde yeknesak bir şekilde uygulanması olduğunu vurgulamaktadır²⁵. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "Anayasanın 154 (139). maddesi hükmüyle 10. (12) maddesi hükmü bir arada düşünülünce Yargıtay'ın anayasal görevleri arasında içtihat birliğini sağlamak görevinin bulunduğu da açıkça görülmektedir" demektedir.²⁶

Değere dayalı temyiz²⁷ adı verilen sistemde, belirli bir miktar altında kalan uyuşmazlıkların daha az önemli olduğu veya bu davalarda doğru karar verilip verilmediğinin kontrolünün ihmal edilebileceği düşünülmektedir. Oysa temyiz mahkemesinin amacının ülkede hukuk birliğini sağlamak olduğu dikkate alınırrsa, yanlış kararların, değeri düşük olan davalara ilişkin de olsa, ülkede hukuk birliğini tehlikeye düşürdüğü kabul edilmelidir.²⁸ Aslında içtihat birliğini sağlama amacı, değer veya miktarı ne olursa olsun bütün nihai kararların denetlenmesini gerektirir. Ancak bu durum, sistemi işlemez ve yargıyı işlevsiz hale getirebilir. O nedenle sınırlama yapılabilecek veya hukuk birliğinin en az zedeleneceği bir sistem tartışması yapılabilir. Bu anlamda kabule bağlı temyiz sisteminden, yani ilkesel nitelik taşıyabilecek her karara karşı mahkemenin iznine bağlı olarak temyize başvurma olanağından söz etmek gerekir. Değere bağlı temyiz sistemi birçok ülkede terk edilmektedir. Dolayısıyla ilkesel önemi olan davalar bakımından dava değeriyle bağlı kalmak doğru bir sonuç olmasa gerektir.²⁹ Gerçek işlevine

²⁵ Özet s. 66.

²⁶ Üstündağ, *Yargılama*, s. 55 dph. 19 (Anayasa Mahkemesi kararının künyesi yazar tarafından zikredilmemiştir). Ayrıca bkz. Saim Üstündağ, *Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı*, *Yargıtay Dergisi Özel Sayı*, Ocak-Ekim 1989, C. 15, S.1-4, s. 73-93.

²⁷ Üstündağ, *Yargılama*, s. 829-830.

²⁸ Özet s. 67.

²⁹ Alman hukukunda değere dayalı temyiz (Wertrevision) ve kabule bağlı temyiz (Zulassungsrevision) adı verilen iki sistem bulunmaktadır (Üstündağ, *Yargılama*, s. 829-830). Bunlardan kabule bağlı temyizde, bir uyuşmazlık hakkında verilen karar, ilkesel nitelik taşımakta ise dava konusunun değerine bakılmaksızın temyiz yolu açılabilir. Bkz. ayrıca Özet s. 67.

kavuşturulmak istenen Yargıtay bakımından bu hususun tartışılması ve değerlendirilmesi yararlı olurdu.³⁰

Bu teorik tartışmanın dışında, bölge adliye mahkemesinin kararlarına tanınan kesinlik sınırının düşük olduğu, Yargıtay'ın görevlerini yerine getirebilmesi, içtihat mahkemesi haline gelebilmesi ve iş yükünün azaltılması bakımından sınırın yükseltilmesi gerektiği, 2007-2008 adli yıl açış konuşmasında bizzat Yargıtay başkanı tarafından dile getirilmiştir. Gerçekten Yargıtay Başkanı şöyle demektedir: *"Bölge Adliye Mahkemelerinin temel amaçlarından biri ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkeme arasında süzgeç görevi yapması, Yargıtayın gerçek işlevini yapmasına olanak sağlamasıdır. Kanunda öngörülen 5.000.- YTL'lik meblağ bu amacın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Beş yıllık hapis cezasının 5.000.- YTL'ye eşit olduğu da kabul edilemez. Bu nedenle 5.000.- YTL. olan kesinlik sınırının artırılması ve makul ölçüye çıkarılması gerekli bulunmaktadır"*.³¹

Kanun koyucunun kurumsal değişikliğe gitmeden mutlak olarak değere bağlı temyiz sistemini korumaya devam etmesi halinde, bölge adliye mahkemelerinin de adetâ birer Yargıtay gibi tasarlandığı göz önüne alınırsa mevcut kesinlik sınırının düşük olduğu kabul edilebilecektir.

Sisteme getirilebilecek bir başka eleştiri ise, kesinlik sınırına ilişkin parasal değerlerin her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmasıdır (5236 s. K. ile HUMK eklenen Ek m. 4). Herhangi bir yasal değişikliğe ihtiyaç göstermeksizin bir anlamda otomatik gerçekleşecek bu ayarlamaların pratik olduğu ileri sürülebilirse de, yargı uygulaması bakımından belirsizlik, tereddüt ve

³⁰ Mevcut sistem bakımından hukuk birliğinin sağlanmasının, hangi gerekçelerle, yargılamanın daha kısa sürede sona erdirilmesine veya Yargıtay'ın iş yükünün azaltılmasına feda edilebileceğini dikkate almak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay bakımından getirdiği ölçütler dikkate alındığında, kesin olarak kabul edilecek oranın hakkını arayan kişi için feda edilebilir olması, bu miktarın ölçülü olması, hak arama özgürlüğünün özüne dokunmaması, yani gerçekleştirilmek istenen amaçtaki (iş yükü azaltılması) kamu yararının bireyin yararından üstün olması gerektiği belirtilmelidir.

³¹ Bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/content/view/187/1/>

kuşku yaratması, daha da önemlisi, herhangi bir mevzuat veya metinde resmi rakamların bulunmaması sakıncalıdır. Çünkü bir kararın temyiz edilip edilemeyeceği kanunla belirlenir. Oysa burada başvurulacak yeknesak bir metin yoktur.

2. Konu İtibariyle Sınırlama

5236 s. K. ile bölge adliye mahkemesi kararlarının kesinliğine ilişkin bir başka sınırlama *konu* itibariyle gerçekleştirilmiştir. Burada artık dava konusunun miktar veya değerine bakılmayacaktır. Konu bakımından gerçekleştirilen kesinlikte birbirinden farklı dava türlerinin 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/2-6'da sayıldığı görülmektedir.

a. Sulh Hukuk Mahkemesi Kararları

Kural olarak sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna gidilmesi üzerine verilen kararlara karşı temyiz kapalı olduğu dikkat çekmektedir. Buna göre, gerek HUMK'nın gerekse özel kanunların sulh hukuk mahkemesini görevli kıldığı hallerde bu mahkemenin kararlarına karşı bölge adliye mahkemesince verilen karar kesin olacaktır. Bu konuda yapılan tek istisna, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan ve taşınmazın aynına ilişkin olan davalardır (5236 s. K. ile değişik m. 428, I/2).

b. Yetki ve Görev Uyuşmazlıkları ve Merci Tayini Kararları

Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararları verildiği anda kesin olacak, temyiz edilemeyecektir (5236 s. K. ile değişik m. 428, I/3).

c. Çekişmesiz Yargı İşlerinde Verilen Kararlar

Kanun, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararları da kesin saymıştır (5236 s. K. ile değişik m. 428, I/4). Ancak pozitif hukukumuzda çekişmesiz yargıya ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp, hangi işlerin bu gruba dahil olduğu konusunda bir açıklık yoktur.³² Buna karşılık 2006 yılında tamamlanan Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK) Taslağı'nda çekişmesiz yargı işlerinin ayrıca düzenlendiği ve sayma yoluna gidildiği (HMK m. 386-392) görülmektedir.³³ Söz konusu Taslak, bölge adliye mahkemelerinin fiilen çalışmaya başlamasından önce kanunlaşacak olursa bir sorun olmayacaktır. Ancak aksine bir olasılıkta, çekişmesiz yargı işlerinin tam olarak tespitindeki zorluk belli başlı tartışmalara yol açabilecektir.

d. Nüfus Kayıtlarının Düzeltilmesine İlişkin Davalarla İlgili Kararlar

İrs ve soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili bölge adliye mahkemesi kararları da kesin kabul edilmiştir (5236 s. K. ile değişik m. 428, I/5).

e. Davanın Nakline İlişkin Kararlar

5236 s. K. ile değişik m. 428, I/6, "Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukukî veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka

³² Bu konuda bkz. Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara 1960; Ali Cem Budak, Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273-306.

³³ Bu konuda görüş ve değerlendirmeler için bkz. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemesi Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006, s. 191-198; ayrıca bkz. *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2006.

bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar"ın da kesin olduğunu ifade etmektedir.

Burada ifade edilen davanın "*nakli*" terimi ile 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/3'te yer alan "*merci tayini*" terimlerinin aynı şey olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Çünkü yukarıda ifade edildiği gibi 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/3'de merci tayinine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararlarının verildiği anda kesin olduğu belirtilmektedir.

Mevcut m. 25 ve 5236 s. K. ile değişik m. 25, "*yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargısal sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, yetkili mahkemenin tayininden*" söz etmektedir. Burada düzenlenen kuruma, "*merci tayini*" veya "*yargı yeri belirlenmesi*" adı verilmektedir.³⁴ O halde, 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/6'da ifade edilen davanın nakli aslında 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/3 içerisindeki merci tayini kavramında yer almaktadır. Öte yandan, 5236 s. K. ile değişik m. 25, III'te de "*bölge adliye mahkemesince veya Yargıtay'ca verilen merci tayini*" kararlarından söz edilmektedir. Bölge adliye mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri bakımından merci tayini gereken durumlarda görevli olacaktır (5236 s. K. ile değişik m. 25, I). Yine aynı maddenin son fıkrası uyarınca bölge adliye mahkemesinin merci tayinine ilişkin kararları kesindir. Dolayısıyla 5236 s. K. ile değişik m. 428, I/6 hem tekrar niteliğinde hem de medenî yargılama doktrini terminolojisine uygun düşmeyen bir düzenleme olmuştur.

³⁴ "*Davanın nakli*", medenî yargılama hukuku doktrinine yabancı olup, bunun yerine merci tayini veya yargı yeri belirlenmesi kavramları kullanılmaktadır (Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku*, Ders Kitabı, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 186 vd.). "*Davanın nakli*" ise, ilk olarak 5235 s. K. m. 36/4'te bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin görevleri sayılırken zikredilmiştir.

f. 5236 s. K. ile değişik m. 426/M, I' de Yer Alan Kararlar

Bölge adliye mahkemelerinin bazı nihai kararlarının "kesin" olduğu ayrıca belirtilmiştir. Bu kararlar usûle ilişkin olup 5236 s. K. ile değişik m. 426/M' de "Duruşma yapılmadan verilecek kararlar" başlığı altında kaleme alınmıştır. Buna göre,

"Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa;

I. Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esasî incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir;

1. Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.

2. İleri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması.

3. 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.

4. Taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olması.

5. Mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşılık davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması.

6. Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması".

Bölge adliye mahkemesi, maddede sayılan hallerde dosyayı mahkemesine gönderme konusunda kesin olarak karar ver-

mekte, bunun üzerine yetkili ve görevli mahkemede yeniden yapılan yargılama sonucu verilen karar istinafa ve daha sonra temyize konu olmaktadır. Ancak, bölge adliye mahkemesinin önüne gelen konu temyiz edilemeyen bir karar, örneğin sulh hukuk mahkemesi kararı ise, bu davada önemli olabilecek hususlar kesin olacak ve tartışılmayacaktır. Oysa maddeye bakıldığında, bazı dava şartlarının da buraya dahil olduğu görülmekte, bu durumda dava şartları konusunda tek derecenin duruşma yapmadan, tarafları dinlemeden karar vermesi söz konusu olacaktır.

C. TEMYİZ (BOZMA) NEDENLERİ

Mevcut sistemimizde m. 428'de altı bent olarak düzenlenen temyiz nedenleri, maddî hukuka ve usûl hukukuna ilişkin olmak üzere birlikte ele alınmaktadır.³⁵ Bunlardan m. 428, I/1 ve 5'de sayılanlar maddî hukuka, diğerleri ise usûl hukukuna ilişkindir. Bu ayrımın 5236 s. K. tarafından da korunduğunu söylemek mümkündür.

Temyiz nedenleri 5236 s. K. ile değişik m. 437'de "bozma sebepleri" başlığı altında dört bentte toplanmıştır. Mevcut sistemde yapılan ayrıma sadık kalınarak temyiz nedenlerini yine maddî hukuka ilişkin nedenler ve usûl hukukuna ilişkin nedenler olarak iki başlık altında incelemek mümkündür.

I. Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri

Kanun'un ve taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması ile maddî meselenin takdirinde hata edilmiş olması (m. 428, I/1, 5) maddî hukuka ilişkin temyiz nedeni olarak kabul edilmektedir.

5236 s. K. ile değişik m. 437, I'de maddî hukuka ilişkin temyiz nedeni, "hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin

³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 657 vd.

yanlış uygulanmış olması" haline özgülenmiştir. Mevcut düzenlemede (m. 428, I/1) yer alan "kanun"un yanlış uygulanması, "hukuk"un yanlış uygulanması biçiminde değiştirilmiştir.³⁶ Aslında bu değişiklikler esasa ilişkin olmayıp, uygulamanın kabul ettiği hususların kanuna yansımış halidir.³⁷

Burada dikkat çeken düzenleme, "maddî meselenin takdirinde hata"nın³⁸ (m. 427, I/5) maddî hukuka ilişkin bir temyiz nedeni olmaktan çıkarılmış olmasıdır. Böylece istinaftan sonraki temyizde maddî hukuka ilişkin temyiz nedeni yalnızca, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmasından ibaret olacaktır. Yargıtay'ın m. 428, I/5'te yer alan "maddî meselenin takdirinde hata edilmiş olması" düzenlemesinden hareket ederek geniş bir inceleme ve denetim yaptığı, bunun da kavramsal olarak temyiz sınırlarını aşip istinafa yaklaştığı genel kabul gören bir olgudur. O halde, bugüne kadar önemli bir temyiz nedeni olarak kullanılan, Yargıtay'ın istinafin boşluğunu doldurmak üzere yararlandığı ve ilk derece mahkemelerinin delil takdirini de denetlediği³⁹ bir hüküm ortadan

³⁶ Bu konuda gerekçede, "sadece kanunların değil, diğer mevzuat ile örf ve adet hukukunun da yanlış uygulanması bir bozma sebebi haline getirilmiş ve bu çerçevede yürürlükteki maddede geçen 'kanun' sözcüğünden de kapsam itibarıyla daha geniş bir kavramı ifade eden 'pozitif hukukun' anlaşılması gerektiği hususuna ilk defa yasal temeline işaret edilmek suretiyle açıklık kazandırılmıştır" denilmektedir. Gerekçe'de ayrıca, "tarafların bir anlamda anayasası olarak tanımlanan ve onların aralarındaki hukukî ilişkiyi hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla istedikleri gibi şekillendirmelerine olanak veren sözleşme hükümlerinin yanlış uygulanması da bir bozma sebebi olarak öngörülmüştür" denilmektedir. Yine "yanlış uygulanmış olma" ibaresinin kapsamı içerisine "hiç uygulanmamış olma" halinin girdiği vurgulanmıştır. Kuru/Arslan/Yılmaz, HUMK, s. 180-181.

³⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 657.

³⁸ Bu konuda bkz. Burhan Gürdoğan, *Özel Hukuk Alanında Maddî Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtay'ca Denetlenmesi*, Ankara 1967; Necmeddin Berkin, *Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar*, İTTİAD 1975, S. 2, s. 145-175; Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılama Usulünde Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, İstanbul 1978; Abdullah Dinçkol, *Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi*, *Hukuk Araştırmaları*, C. 9, S.1-3, 1995, s. 143-153.

³⁹ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4537- 4538; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 4. bası, İstanbul 2004, s.

kalkmış olacaktır. Gerekçede bu bendin çıkarılmasına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Burada yanıt aranması gereken bazı sorular ortaya çıkmaktadır: Bunlardan birincisi, yeni düzenlemeyle tasarlanan temyiz modeli ve Yargıtay denetiminin kapsamının ne olacağıdır. Başka bir deyimle Yargıtay'ın somut olay (vakıa) denetimi mi, hukukî denetim mi yapacağı meselesinde kanun koyucunun yaptığı tercih önem kazanmaktadır. İkincisi, buna bağlı olarak maddî-hukukî mesele ayırımının nasıl yapılacağı ve son olarak hâkimin takdir yetkisinin denetimi meselesi dikkate alınmalı ve m. 428, I/5'teki hükmün çıkarılmasının bu amaca hizmet edip etmeyeceği ortaya konulmalıdır.

Üstündağ'a göre, m. 428, I/5'teki düzenleme, Alman Hukuku karşısında açık ve somut bir hükümdür.⁴⁰ Çünkü, Alman

509.

⁴⁰ Üstündağ, *Yargılama*, s. 832-833. Alman hukukunda maddî hukuka ilişkin temyiz nedeni, kararın hukuka aykırı olmasıdır (§ 545 ZPO). Hukuka aykırılıktan anlaşılan ise, hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır (§ 546 ZPO). Bu sınırlayıcı ifadeye rağmen, Alman Hukuku'nda da § 545 ZPO hükmüyle, maddî vakıaların hukukî olarak nitelendirilmesi, özel hukuka ilişkin irade beyanlarının yorumu, genel işlem şartları, düşünün kanunları ve tecrübe kurallarına aykırılık, hâkimin takdir yetkisini kullanırken isabetli hareket edip etmediği ve bir ölçüde de olsa delillerin takdiri denetlenmektedir. Burada maddî vakıa (meselenin tespiti) ile hukukî sorun ayırımı yapmanın güçlüğüne dikkat çekilmektedir. Nitekim bir görüşe göre, bu ikisi mantıken ve kavramsal olarak birbirinden ayrılamayacağı gibi pratik olarak da mümkün değildir. Buna karşılık; diğer görüş ise, iki kavramın ayrılabileceğini ifade etmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bu iki kavramı kesin bir sınırla ayırmamaktadır. Federal Mahkeme'nin istinaf mahkemesinin tespitleriyle bağlılığı, temyizcinin amacına göre gerçekleşmektedir. Bu da içtihatların birleştirilmesindeki kamu yararı ve hukukun gerçekleştirilmesi ile aynı zamanda somut olayda adaletin sağlanmasındaki birey menfaatinde bulunmaktadır. Hukukî sorun-maddî sorun veya hukuk-olgu ayırımında Federal Mahkeme, şu kapsamda inceleme yapmaktadır: İspat yükü kurallarının uygulanıp uygulanmadığı veya doğru uygulanıp uygulanmadığı, yorum ve altlama faaliyetinde hata yapıp yapılmadığı temyiz mahkemesince kontrol edilir. Bu anlamda Federal Mahkeme, mahkemenin dürüstlük, iyi niyet, ifadan kaçınma, karma hukukî işlem, hile, hak düşümü, kasıt, müterafik kusur, önemli neden gibi kavramları doğru yorumlayıp yorumlamadığı veya olayın altlamasında takdir

hukukunun doktrin ve uygulama aracılığıyla varmış olduğu sonuç, 428. maddenin 1. bendinde “*kanuna aykırılık*” biçiminde soyut olarak, 5. bendinde ise *kanunun yanlış uygulanması somut olarak yer almaktadır*.⁴¹

Doktrinde 428. maddenin 5. bendinin esasında bu şekilde yorumlandığı görülmektedir. Örneğin Ansay, maddi mesele- nin takdirinde hata edilmesinin kanunun yanlış uygulanması olduğunu ifade ederek, bu konuda bir tarafın iyiniyet kurallarına aykırı hareket edip etmediği, hata, hile, ihmal, kusur, feshi ihbar için önemli neden olup olmadığı, verilen sürenin uygun olup olmadığı, akdin gerçekleşip gerçekleşmediği gibi sorunları birer hukukî mesele olarak temyize tâbi kabul etmektedir.⁴²

Postacıoğlu da, 428. maddenin 5. bendini, “*maddi mesele- nin hukuki tavsifinde yapılan hata*” olarak değerlendirmektedir. Yargıtay, mahkemenin dosyadaki mevcut delillere göre verdiği kararın isabetli olduğu görüşünde ise veya bir başka deyimle,

yetkisini aşmış aştığını denetler. Tecrübe kuralları ve düşün kanun- ları da aslında hukuk kuralları olmadığı halde, kanunların yorumunda veya vakıaların tespitinde yardımcı araçlardır. Yine aynı şey deyimler için de geçerlidir. İstinaf mahkemesince karara dayanak alınan bir baş- ka karar (içtihat) veya idari işlem konusunda denetim yetkisi sınırlıdır. Hâkime usul kuralları veya maddi hukuk normları tarafından tanınan takdir yetkisinin, irade beyanlarının yorumu, tespit edilen vakıa ve de- lillerin takdiri, sınırlı bir denetime tâbidir. Takdir yetkisini kullanma- nın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, hâkimin takdir yetkisi kullanıp kullanmadığı, tespit edilen vakıaların bütünüyle dikkate alın- nıp alınmadığı denetlenir. İspat yükü, ispat ölçüsü kurallarına uyulup uyulmadığı, tecrübe ve düşün kurallarına aykırılık olup olmadığı, delil yasaklarına, yasal ispat kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı gibi hususlar da denetime tâbidir. Yine örneğin, bilirkişi raporunda çelişkiler varsa veya birden çok bilirkişi raporunda yer alan çelişkilerin giderilmesi olanağı tanınmıyorsa bu husus da denetlenir. Hâkimin takdir yetkisini objektif kullanmaması veya takdir yetkisinin sınırlarını aşması veya kendisine tanınan takdir yetkisini kullanmaması da yüksek mah- keme tarafından denetlenir (Münchener Kommentar zur Zivilprozess- ordnung, Gerhard Lücke/Peter Max, München 2000, Wenzel, Band 2/1, s. 660-662; Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. Hans-Joachim Musielak, 3. neubearbeitete Auflage, München 2002, s. 1197-1198).

⁴¹ Saim Üstündağ, Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum, *İÜHFİM*, 1962, C. XXVIII, S. 1, s. 133-192 (137-138).

⁴² Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960, s. 294.

dosyadaki delillerle temyiz olunan hüküm "gayrikabili izah" ise bu tür bir takdir hatası bozma nedeni olabilecektir.⁴³

Bilge/Önen de, "ilke olarak Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin maddi meseleleri (vakıaları) takdirine karışmaması gerektiği, ancak vakıanın tespitinde kanunun ihlal edilmiş bulunması, tespitin maddeten veya aklen mümkün olmayan hususa ilişkin bulunması hallerinde Yargıtay'ın maddi takdir hatalarına müdahale edebileceği kabul edilmektedir" demektedirler.⁴⁴

Gürdoğan da "meseleyi maddiye" deyiminin "maddî hukuk meselesi" şeklinde anlaşılması gerektiğini, istinafin bulunması gerekçe gösterilerek bu hüküm aracılığıyla Yargıtay'a vakıaların tespitini kontrol yetkisinin verilemeyeceğini ileri sürmektedir. Buna karşılık, Gürdoğan, hâkimin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranmış olması, yapılan tespitin dosyadaki belgelerle açıkça çelişmesi ve tespit edilen hususun aklen "imkânsız" olması biçiminde ifade edilecek üç durumda Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleriyle bağlı olmadığını, bu hususları denetleyebileceğini belirtmektedir.⁴⁵

Seçkin'e göre ise, "Yargıtay, kanun uygulama mahkemesi olup davadaki maddi olayları ve durumları inceleyen bir derece mahkemesi olmadığından, incelediği kararda alt mahkemenin sabit saydığı olayları sabit saymasının yanlış olduğu ortaya çıkmışsa ilâm bu yönden bozulacaktır. Yargıtay, alt mahkemenin sabit saydığı olayları sabit saymakla yetinecek değildir, mahkemenin olayların kanuni nitelikleri üzerinde vereceği kararları dahi (gabin, bağışlama, sigorta akdi) olduğu gibi kabul edecektir. Ancak, gerek bir olayın sabit sayılmasında gerekse belli bir hukuki nitelendirmede mahkemenin yanılmış olduğu tutanaklardan veya belgelerden ortaya çıkmakta ise, Yargıtay, sabit saymanın veya hukuki nitelendirmenin yanlış bulunması nedeni ile kararı bozar".⁴⁶

⁴³ İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, İstanbul 1959, s. 432-433.

⁴⁴ Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 653-654.

⁴⁵ Gürdoğan, s. 30 vd.

⁴⁶ Recai Seçkin, *Yargıtay'ın Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi*, Ankara 1967, s. 37-38.

Sivrihisarlı'ya göre, Yargıtay'ın m. 428, I/5 çerçevesinde delil takdirine müdahale etmesi, somut olayda olayın özellikleri sebebiyle ancak vakıa mahkemelerinin takdirine bağlı tutulması gereken hususlar olmayıp, somut olayı aşan ilkelere ve bu da hukuk ve içtihat birliğinin sağlanmasına hizmet eder.⁴⁷ Böyle bir denetimin varlığı, mahkemeleri delilleri karşılaştırmalı olarak ele almaya, hayatın olağan akışına ters kararlar konusunda yüksek mahkemeyi inandıracak güçlü gerekçeler yazmaya zorlayacaktır. Aynı şekilde Yargıtay'ın bozma kararının da gerekçeli olması gerekir.⁴⁸ Maddi meselenin takdirinde hata gibi genel bir temyiz nedeni ile, genel ilkeler, temel mantık ve tecrübe kurallarına aykırılık denetlenmelidir.⁴⁹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa'nın 154. maddesinin, Yargıtay'a tanıdığı ilk derece mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olma yetkisiyle hâkimin takdir hakkının denetlenmesinin Anayasa'nın 138. maddesiyle çelişmediği yolunda kararlar vermiştir. Ayrıca bu denetimi yaparken Yargıtay, "*hâkimin takdirinde serbest oluşu Yargıtay'ın bu konudaki denetimini önlemez. Objektif esaslarla bağdaşmaz, maddi vakıalarla çelişir biçimde fahiş hataya*

⁴⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, manevi tazminatla ilgili bir kararında şöyle bir açıklama yapmaktadır: "*Manevi tazminatın ve bunun çeşidi ile kapsamının takdiri tamamen yargıca ait bir haktır; ancak yargıcın, hak ve nasefetin sağlanması için hukuk bilimi Türk toplumunun sosyal, ekonomik, moral yapısı, tarafların gerçek durumunu göz önünde tutması gereği vardır. Takdir hakkının kullanılmasında varılan sonucun dayanaklarının belirtilmesi denetim için zorunludur. Takdir hakkının kullanılmasında hukuk güvenliği ile somut olayın özellikleri arasında bir denge sağlanması gerekir. Manevi tazminatın takdirinde kesin ölçülerin bulunmaması, ister istemez benzer uyumsuzluklarda farklı sonuçlar yaratır. Ancak bu farkı belli bir oranda azaltmak, idrak ve vicdanlarda adaletin eşit şekilde dağıtıldığı inancı yaşatmak, kesin olmasa dahi her olayın özelliğine göre değişen belli esaslar dahilinde hareket etmekle mümkündür. Belli esaslara göre adaletin dağıtılmamasının kaçınılmaz sonucu ise, tersine benzer konularda çok farklı sonuçlara ulaşılması olacaktır"* (Sivrihisarlı, s. 108).

⁴⁸ Objektif kriterler dışında bu olanağın kullanılmaması gerekir. Aksi halde, mahkemelerin keyfi karar vermesini engellerken, Yargıtay'ın bozması da keyfi hale gelir. Nitekim bu tehlike, düzelterek onama kararlarında görülmektedir (Sivrihisarlı, s. 109).

⁴⁹ Sivrihisarlı, s. 122-123.

düşülmesi halinde Yargıtay'ın müdahale etmesi doğaldır" gerekçesini kullanmaktadır.⁵⁰

Burada sorun maddî meselenin takdirine yüklenen anlam ve bu kavramın sınırlarının belirlenmesinde çıkmaktadır. Çünkü yukarıda ifade edildiği gibi Yargıtay'ın pek çok kararında *"delillerin takdirinde hata veya isabet yoktur"* biçimindeki müdahalesi bu tartışmayı ateşlemektedir. O nedenle ne zaman mahkemenin takdir yetkisi ne zaman temyiz mahkemesinin denetim yetkisi olduğunu belirlemek önemlidir: *"Hâkimin ifade olarak olayın hakikat veya yalan olduğuna kani olması fiili meseledir. İfade olarak olayı tespit anlamında delil ikamesi veya delil değerlendirilmesinde kanuna aykırılık olup olmadığı ise hukuki meseledir"*⁵¹.

Maddî meselenin takdirinde hata, vakıaların takdirinde hatadır. Vakıalar taraflarca getirilir, bunların değerlendirilmesi ise hâkimin işidir; ancak bunların tespiti ispat faaliyetini gerektirir; o nedenle zorunlu olarak delil takdiri de bir denetime tâbi olacaktır. Ne var ki, vakıa mahkemesi önünde cereyan eden yargılama ve delil tespiti faaliyetini bizzat gerçekleştirmeyen, delillerle temas etmeyen bir mahkemenin denetiminin sınırlı olması gerektiği açıktır. O nedenle hâkimin objektif ölçütlerle, rasyonel ve hayatın olağan akışına uygun, dosyadaki verilerle çelişmeyen tespitler yapıp yapmadığı denetlenebilmelidir. Tecrübe kuralları ve düşün kanunları ne bir vakıa ne de hukuk normudur. Ancak bunlar, vakıaların hukuki takdirinde, delillerin ve emarelerin takdirinde hâkimin işine yarayacaktır.⁵²

Gerçekten, yargılama kendi önünde cereyan etmeyen, olay incelemesi yetkisi olmayan, duruşma yapamayan, delillerle temas etmeyen Yargıtay'ın vakıa mahkemesi gibi inceleme yapması pek çok sakıncaya yol açabilir.⁵³ Bunlardan en önem-

⁵⁰ Kararlar için bkz. Kuru, *Usul*, C. V, s. 4538-4539.

⁵¹ Kamil Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 269.

⁵² Üstündağ, *Yargılama*, s. 843.

⁵³ Doktrinde Selçuk tarafından özellikle ceza yargısı bakımından yapılan açıklamalar esasında medenî yargı için de önem taşımaktadır. Yargıtay'ın vakıa tespitini denetlemesi halinde Selçuk'a göre, *"duruşma evresi anlamsızlaşır*. Böylece, tez-antitez tartışması anlamını kaybeder.

lisi ise, Yargıtay'ın gerçek işlevi olan ülkede hukuk birliğini sağlama görevini yerine getirememesi olacaktır. Nitekim aslında m. 428, 1/5'in doktrinde kabul edilen kapsamının çok genişletilerek uygulanması Türk hukuku bakımından sorun olmuştur. Ancak belki de bu durum, kanun koyucunun yeni

Sözlülük, doğrudanlık, açıklık gibi ilkeler ihlâl edilir ve hükümler tutanaklarla verilmeye başlanır. Duruşma ve yargılama anlamsız hale gelir. Hastasını telefonla muayene eden hekimin tanısı gibi bir sonuç doğar. Kendi olay yargısının değersizleştiğini gören ilk derece mahkemeleri ciddi duruşma yapmazlar. Hâkimler insanlarla (tarafklar ve tanıklar ile delillerle) ve olayla diyalektik kurmak yerine tutanak, kâtip ve bilgisayar üzerinden ve 'dosya içeriğinden' karar verir hale gelirler. *Adli yarınlığı olasılığı artar.* Gereksizlik veya görünüşte gerekçe, gizli adalettir. İlk derece mahkemesinde sonuç alamayanlar; Yargıtay'da kendi lehine karar almaya çalışırlar. Nelerin tartışıldığı bilinmediğinden, taraflara açık bir yargılama yapılmadığından gizli oturum yargıları, sonuçta Yargıtay'ın saygınlığını da zedeler. *Yargıtay'a başvuru artar.* İşi çoğalan Yargıtay, Anayasaya ve kanunlara rağmen, temyiz edilen kararları karşılayan gerekçeler yerine, toptancı ve ilk derece mahkemesi kararına atf yaparak karar verir. *Temyiz yolu, kanu yarar yerine, kişi yararına işler.* *Yargıtay, asli görevlerini yerine getiremez. İçtihat mahkemesi olamaz. Yargılama, kuşkunun yenilmesi üzerine kurulur.* Bu yargı, duruşmada değil de, duruşmasız kapalı kapılar arkasında verilirse, kesin hükme ve mahkeme kararlarına saygı azalacaktır. *İçtihat kavramı yozlaşır.* Çünkü olaylarda içtihat birliği sağlama çabası, olanaksız olanaklı hale getirmeye zorlamaktır. İçtihat olgusu, paydada hukuk kural ve kavramlarının tanım, öge ve yorumlarını açıklayan içtihat; payda ise, sonsuz çeşitlilik ve türdeki olaylar yer alacaktır. Yargıtay, paydadaki görüşe göre olayları değerlendirmeyen kararları bozacaktır. Bir başka deyişle, payın paydaya yetip yetmediğini ilk derece mahkemesi saptayacak, Yargıtay bunu denetleyecek, ama payı paydaya uydurmaya asla kalkışmayacaktır. Bu yapılacak olursa. *Eşitlik bozulur.* Çünkü olaylarda eşitlik yaratma kaygısı, benzer sanılan olaylarda aynı hükümlerin verilmesine yol açar. Bu benzerlik ne yapılırsa yapılsın yaratılamadığından olay yargıları içtihat diye algılanırsa, Yargıtay'ın sık sık karar değiştirdiği inancı yaygınlaşır, güven sarsılır. Bu durum, hukukta anakronizme dönüşür. Tarihsel evrim içinde hukuk ve yasalar, somuttan soyuta doğru ilerlemiştir. Olay içtihadı, çağdaş hukukun ve yasaların reddettiği kazuistik hukuka ve yasalar dönemine yol almak demektir. *Olay içtihadı, hukukun ilerlemesini önler.* Normlar ve onların yorumu yerini, hazır antibiyotikler gibi yutulmuş olay içtihatları geçer. *Bütün bu gelişmelerden bilim de etkilenir, bilim ilerlemez.* Yalnızca içtihat derlemeleri yayımlanır hale gelir" [Sami Selçuk, Yargıtay'ın (Bozma Mahkemesinin ve Temyiz Yolunun) İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1992, C. 18, S. 1-2, s. (19-44), 36-41]

düzenlemede bu bende yer vermemesine neden olmuştur. Ayrıca aynı maddenin birinci bendinde yer alan "hukuka aykırılık" genel temyiz nedeninin bu bendi kapsadığı varsayımından da yola çıkılmış olabilir.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın m. 428, I/5'in varlığı nedeniyle vardığı sonuç ve denetim, örneğin istinafin ve temyizcin var olduğu Almanya ve Fransa'da dolaylı yoldan, içtihatlar tarafından yaratılmıştır. Maddi meselenin takdirinde hata gibi genel bir temyiz nedeni ile genel ilkeler, temel mantık ve tecrübe kurallarına aykırılık denetlenemez⁵⁴. Tecrübe kuralları, düşün ve mantık kuralları, hukuk kuralı değildir. O nedenle bu kurallara aykırı davranılmış olması, hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Bu açıdan 5. bendin kaldırılmış olması, temyiz sebepleri bakımından bir daralma yaratmış ve zorlamaya yol açmıştır denilebilir. Ancak mevcut anlayışın değiştirilebilmesi bakımından bu hükmün kaldırılması psikolojik bir etki oluşturabilir.

Yargıtay'ın "takdirde hata veya isabet yoktur" biçimindeki müdahalesi, esasında Yargıtay'ın "gerekçe" göstermemesi nedeniyle eleştirilmelidir. Böylece Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin delil veya maddi mesele takdirini ne ölçülerde ve sınırdan denetlendiğini görmek veya mahkeme bakımından tartışmak mümkün olacaktır.⁵⁵ Öte yandan mahkeme de "takdir"inin objektif temellerini kararında belirtmek zorundadır.⁵⁶ Dolaylı-

⁵⁴ Sivrihisarlı, s. 123.

⁵⁵ Gerekçede, maddi olaylara ilişkin delillerin tartışılıp tartışılmadığı; bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Yine gerekçede, çelişki, yetersizlik varsa hükmü bozacaktır. Böylece Yargıtay'ın normatif, hâkimleri eğitici görevi ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevi ortaya çıkacaktır. Ancak Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir surette, olay değerlendirmesi yaparak kesin sonuçlara ulaşamayacak, hükmü bozduktan sonra, yeniden duruşma yaparak hüküm kurması için mahkemeye geri gönderecektir. Gerekçe denetimi yapmak başka bir şeydir, hüküm veren mahkemenin yerine geçerek hüküm vermek başka bir şeydir (Selçuk, s. 29).

⁵⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 509-510.1

sıyla aslında mahkeme için de önem taşıyan husus, kararının "gerekçe"li olmasıdır.

Tekrar belirtmek gerekir ki, yıllardır Yargıtay'ın eleştirilen ve istinaf boşluğunu doldurmaya yönelik uygulamasını ortadan kaldırmak amacıyla söz konusu değişikliğin etkili olması beklenebilir. Ancak maddi meselenin takdirinde hata kavramının genişletilmeden uygulanması, hukukun genel ilkeleri ve yargılama pratiği bakımından gerekli görülmektedir.

II. Usûl Hukukuna İlişkin Temyiz Nedenleri

Mevcut düzenlemede usûl hukukuna ilişkin genel temyiz nedeni, "usûlü muhakemeye muhalefet"tir (m. 428, I/4). Ancak Kanun, bazı usûle aykırılıklara özel bir önem atfetmiş ve ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur. Mutlak temyiz nedenleri adı verilen bu hallerde usûl kurallarının ihlâlinde, bu aykırılığın kararı etkileyip etkilemediği araştırılmaz. Söz konusu ihlâlin varlığı kararın bozulması için yeterlidir. Buna karşılık nispi temyiz nedenlerinde usûl kuralına aykırı davranılmış olmasının temyiz nedeni olabilmesi için, sonuca etkili olması gerekir. Yani, usûl kuralı ihlâl edilmeseydi karar başka türlü olacak idiyse bir temyiz nedeni vardır. Başka bir deyimle karar ile hata arasında nedensellik bağı olmalıdır.⁵⁷ Mevcut düzenleme bakımından mahkemenin görevsiz olması (m. 428, I/2); tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davada birbirine çelişik kararlar verilmiş olması (m. 428, I/3); iki taraftan birisinin iddiasını ispat bakımından ileri sürdüğü delillerin sebepsiz dikkate alınmaması (m. 428, I/6) ve taraflarca ileri sürülen usûle aykırılık iddiasının dikkate alınmaması (m. 428, II) veya mahkemenin kendiliğinden dikkate alması gereken kurallara uymaması⁵⁸ mutlak temyiz nedenleri olarak düzenlenmiştir.

⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 658-661; Recep Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999.

⁵⁸ Doktrinde hükmün gerekçesiz olması, tarafa hukuki dinlenilme hakkının verilmemesi ve aleniyet ilkesine aykırılık (aleniyet konusunda krş. Kuru, *Usul*, C. 5, s. 4547) gibi örnekler verilmektedir. Ayrıca, yargı yo-

5236 s. K., usûl hukukuna ilişkin temyiz nedenleri başlığı altında mutlak ve nispi temyiz nedenlerini düzenlemektedir. *Mutlak temyiz nedenlerinden ilk olarak, "dava şartlarına aykırılık bulunması"*nın yer aldığı dikkat çekmektedir (5236 s. K. ile değişik m. 437, I/2).⁵⁹ Esasında yukarıda da belirtildiği gibi, mevcut uygulama, dava şartlarına⁶⁰ aykırılığı bir temyiz nedeni olarak kabul etmektedir.

İkinci mutlak temyiz nedeni ise, " taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanunî bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi" halidir (5236 s. K. ile değişik m. 437, I/3).⁶¹ Gerekçe'deki açıklama, yeni bir temyiz nedeni kabul edildiği

lunun caiz olmaması, hâkimin davaya bakmasının yasak olması, vekil veya mümessil olmayan kişiler huzurunda davaya bakılmış olması, dava şartlarının bulunmaması da mutlak temyiz nedenleri olarak kabul edilmektedir (Kuru, *Usul*, C. 5, s. 4542-4545; Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 659-660; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2005, s. 535).

⁵⁹ Gerekçe'de bu konuda, "sağlıklı bir yargılama yapılmasının ve doğru bir karar verilebilmesinin temel usul güvencesinden birini oluşturan ve davanın esastan incelenip karara bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da her zaman ileri sürülebilmesine olanak bulunan durumlar şeklinde tanımlanan 'dava şartlarına aykırılık' olgusu da, yargı uygulaması ve doktrin bağlamında kendisine içerik ve işlev itibarıyla yüklenmiş olan göreve uygun bir biçimde, hakkında açıkça bir düzenleme öngörülmek suretiyle bozma sebebi haline getirilmiş; bu konuda çıkması olası duraksamaların da önüne geçilmek istenmiştir" denilmektedir (Kuru/Arslan/Yılmaz, *HUMK*, s. 181-182).

⁶⁰ Esasında dava şartları, yasal bir düzenleme konusu olmamakla birlikte, doktrinde dava şartlarının neler olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır (Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 273 vd.). Dava şartları HMK Taslağı'nda m. 119-120'de düzenlenmiş, derdestlik, teminat gösterilmesi ve avans yatırılması gibi yeni dava şartları da oluşturulmuştur.

⁶¹ Bu konuda da gerekçede şu ifadeler yer verildiği görülmektedir: "Anayasal çerçevede güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğünün yansıma biçimlerinden birisini oluşturan ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde açıkça hükme bağlanmış olan 'adil yargılanma hakkının' da temel ögesi konumunda bulunan 'hukukî dinlenilme hakkı' ile doğrudan ilişkili görülmesi sebebiyle, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin yasal bir neden olmaksızın kabul edilmemesi hali bir bozma sebebi haline getirilmiştir" (Kuru/Arslan/Yılmaz-HUMK s. 181-182).

gibi bir anlama gelmekte ise de, bu hal yeni bir temyiz nedeni olmayıp, mevcut m. 428, I/6'da yer almaktadır.

Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davada birbiriyle çelişkili iki kararın ortaya çıkması halinin *mutlak temyiz* nedenleri arasında düzenleyen m. 428, I/3'e yer verilmemiş ve 5236 s.K.'nın bu temyiz nedenini ortadan kaldırmasının gerekçesine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Hukukumuzda derdestliğin bir ilk itiraz olması nedeniyle (m. 187, I/4), tarafları, sebebi ve konusu aynı olan iki davanın görülmesi ve karara bağlanması mümkündür. İşte bu durumda ilk karar kesinleşmişse, ikinci dava kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir. Buna karşılık, her iki karar da temyiz aşamasında ise Yargıtay, doğru bulduğu kararı onayıp, diğerini bozacaktır.⁶² Hükümlerin her ikisinin de kesinleşmiş olduğu halde Kanun, bu hususu yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul etmiştir (m. 445, I/10).

Derdestlik bir ilk itiraz olarak halen korunduğuna ve yargılamanın yenilenmesi hükümlerinde de bir değişiklik yapılmadığına göre, çelişik kararlar karşısında ne yapılacağı açık değildir.

HMK Taslağı'nda m. 119'da derdestlik dava şartı haline getirildiği için, tasarının kanunlaşması halinde m. 428, I/3'ün çıkarılmış olması sorun oluşturmayacaktır. Buna karşılık, istinaf hükümlerinin taslak kanunlaşmadan önce uygulanması halinde bazı sıkıntılar olabilecektir. Nitekim her iki davanın temyiz aşamasında olması veya hükümlerden birisinin temyiz diğerinin istinaf aşamasında yahut birisinin ilk derece mahkemesince karara bağlanmış, diğerinin temyiz aşamasında olması halinde ne yapılacağı açık değildir.

Taraflarca ileri sürülen usûle aykırılık iddiasının dikkate alınmaması m. 428, II'de mutlak temyiz nedeni⁶³ olarak düzenlenmişken, 5236 s. K. bunu ortadan kaldırmıştır. Bu konuda gerekçede herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu

⁶² Kuru, *Usul*, C. V, s. 4541-4542.

⁶³ Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 660.

durumda taraflardan birisinin usûl kurallarının ihlâl edilmesine ilişkin iddiasının mahkemece dikkate alınmaması, usûle aykırılık halinin açık düzenlemesi olmaktan çıkarılmıştır. O halde söz konusu iddia, yalnızca nispi temyiz nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Kanımızca tarafların ileri sürdüğü usûle aykırılık iddiaların mahkemece dikkate alınmamasını mutlak temyiz nedeni olarak korumak daha uygun olurdu. Örneğin, taraflardan birisi hâkimi zamanında reddettiği halde bu reddin dikkate alınmaması m. 428, II'e göre mutlak temyiz nedeni iken, yeni düzenlemede bu hususun karara etki edecek bir yanlışlık olması aranacaktır.

5236 s. K.'nın nispi temyiz⁶⁴ nedenleri düzenlemesi üzerinde de durulmalıdır. Bu hususu Kanun, m. 438, I/4'te "*karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması*" biçiminde ifade etmiştir. Mevcut Kanun'da ise, m. 428, I/4'te, "*usûlü muhakemeye muhalefet edilmesi*" nispi temyiz nedeni olarak kaleme alınmıştır. Usûle aykırılığın temyiz nedeni olabilmesi, "*mahkemeye ait vezâifte usûlü muhakemenin ihlâl olunmasına ve işbu kusur ve hatanın lâhik olan hükmü tağyir edecek derecede bulunmasına*" bağlıdır.⁶⁵ Buna göre, ihlâl edilen usûl normu ile verilen karar arasında bir nedensellik bağı olmalıdır; o usûl kuralı yanlış uygulanmasaydı veya uygulanmayan kural uygulansaydı, karar başka türlü olacak idiyse nedensellik bağı gerçekleşecektir. Bu anlamda 5236 s. K. ile değişen m. 437, I/4'te kullanılan "*karara etki eden*" ibaresi uygun nedensellik bağını karşılamaktadır.

5236 s. K. ile getirilen düzenlemede pasif bir ibareye yer verilmek suretiyle, "*karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması*" denilmiştir. Buradan öncelikle, hatanın

⁶⁴ Gerekeçde nispi temyiz nedenlerinin yeniden düzenlenmesine ilişkin şu hususlar belirtilmektedir: "...son olarak, maddede yer alan bentlere sokulamayan, içeriği somut olayın koşullarının ve özelliklerinin takdir edilmesi suretiyle belirlilik kazanacak olan, karara etki edici nitelikteki yargılama hatalarının ya da eksikliklerinin varlığı da bir bozma sebebi olarak öngörülmüş ve bu sebeplerden bir ve ikinci sırada belirtilenler ilgili maddesinde aynı bentte birlikte ifade edilmiş, diğerleri ayrı bentlerde gösterilmiştir".

⁶⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, s. 660-661.

kimin tarafından yapıldığının önemi olmadığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak, usûl kurallarının uygulanması hâkimin görevi olup, yargılamanın sevk ve idaresi de hâkimde olduğundan, sonuçta bu hata sadece hâkimden kaynaklanabilecektir. Yeni düzenlemede kullanılan "yargılama" kavramının isabetli olmadığı söylenebilir. Kanun koyucunun Türkçe bir sözcük kullanma yoluna gittiği, böyle bir tercih yaptığı⁶⁶ düşünülebilirse de, "usûlü muhakeme"nin ihlâl edilmesi kavramı daha geniş bir kapsama sahiptir. Her şeyden önce, "yargılama" usûl hukukundaki kesitlerden birisine "muhakeme" aşamasına (m. 375-381) karşılık gelmektedir. Oysa kanun koyucunun muradının yalnızca bu aşama olmadığı, karar verilmesi dahil her aşamadaki usûle aykırılıkları dikkate aldığı tartışmasızdır. O nedenle mevcut düzenlemede kullanılan "usûlü muhakeme" kavramının içeriğine daha uygun olan "usûl kuralları" biçiminde kullanması doğru olurdu. Ancak hiç kuşkusuz yargılama hatasından da anlaşılan usûl kurallarına aykırılıktır. Öte yandan, "eksiklik veya hata bulunması" kavramlarına usûl kurallarının hiç uygulanmaması da evleviyetle dahil olacaktır.

D. TEMYİZ YOLUNA BAŞVURABİLECEK OLANLAR

Kanun, mevcut düzenlemeden farklı olarak temyiz yoluna başvurmayı sınırlamıştır. Nitelikli mevcut Kanuna göre, kesinlik sınırı bir yana bırakılırsa, kural, ilk derece mahkemelerinin bütün nihaî kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebilmesidir. Buna karşılık 5236 s. K. ile büyük ölçüde üçüncü dereceye başvuru kısıtlanmıştır (5236 s. K. ile değişik m. 427, I). Ancak, buna rağmen, genel kural değişmemiştir; yani davanın tarafları temyize gidebilir. Davada haklı çıkmış olan taraf da hukukî yararı olmak kaydıyla temyiz yoluna başvurabilir (5236 s. K. ile değişik m. 427, II).

⁶⁶ Kanun koyucunun aynı Kanun içerisinde örneğin, m. 426 M, II/1-3'te, m. 426 U ve m. 436'da da bu kavramı kullandığını, ancak bunların kapsam ve anlamlarının birbiriyle örtüşmediğini ifade etmek gerekir.

Kesinlik sınırının tespitine ilişkin ilke, mevcut sistemdeki gibidir. Aynı şekilde, temyiz hakkı bulunmayan taraf, karşı tarafın kararı temyiz etmesi halinde "katılma yoluyla temyiz"⁶⁷ olanağından yararlanabilecektir (5236 s. K. ile değişik m. 428, II).

E. TEMYİZ SÜRESİ

Temyize başvurma süresi, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi veya hakem kararlarının tebliğinden itibaren *on beş* gün olarak kabul edilmiştir (5236 s. K. ile değişik m. 427, I). Bu sürenin 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumları hakkında otuz gün olduğu da belirtilmiştir. Kanun koyucu büyük olasılıkla bu düzenlemeyi m. 432'nin o tarihte meri olan hükmüne paralel düşünmüştü. Ancak 4353 sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları hakkında otuz günlük temyiz süresine izin veren hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁶⁸

5236 s. K.'nin, iptal kararından yaklaşık bir yıl önce *Resmî Gazete'*de yayımlandığı dikkate alındığında, kanun koyucunun böyle bir olasılığı öngörmesinin mümkün olmadığı, amacının halihazırdaki hükmü olduğu gibi korumak olduğu açıktır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, 1086 sayılı Kanun'un 432. maddesine ilişkin olduğundan, 5236 s. K.'nin 427. maddesinde değişiklik yapılmadığı sürece söz konusu kamu kurumları için temyiz süresi otuz gün olacaktır. Bölge adliye mahkemeleri kurulup, yeni temyiz hükümleri uygulandığında, söz konusu kamu kurumları için 15 değil, otuz günlük temyiz süresi geçerli olacaktır.

İş mahkemeleri bakımından ise, 2.3.2005 tarih ve 5308 s. K. ile değişik 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 8, III'e göre, iş mahkemelerinden verilen kararlar üzerine bölge adliye mah-

⁶⁷ Katılma yoluyla temyiz konusundaki değişiklikler ve düzenleme için bkz. aşa. G.

⁶⁸ Bkz. RG 21.10.2005, S. 25973.

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

kemelerinin verdiği kararlara karşı, tebliğ tarihinden itibaren sekiz (8) gün içinde temyize başvurulabilecektir.

Temyize başvuru süresi bakımından ayrıca 5236 s. K. ile değişik m. 432'nin yaptığı atıf nedeniyle m. 426/E⁶⁹ hükmünün dikkate alınıp alınmayacağı da değerlendirilmelidir. Kanımızca bu atıf gerekli değildir. Çünkü 5236 s. K. ile değişik m. 427, I açıkça temyize başvuru süresini düzenlemiştir.

F. TEMYİZ TALEBİ

I. Temyiz Dilekçesinde Bulunması Gereken Hususlar

Temyiz, dilekçeyle yapılır ve dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir (5236 s. K. ile değişik m. 430). Temyiz dilekçesinde bulunması gereken hususlar ise esasen mevcut m. 435'e paralel düzenlenmiştir (5236 s. K. ile değişik m. 430).

Buna göre,

"Temyiz istemini içeren dilekçede şunlar bulunur:

1. Temyiz eden ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı ve adresleri.

2. Bunların varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri.

3. Temyiz edilen kararın hangi bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinden verilmiş olduğu, tarihi ve sayısı.

4. Yargıtayın bozma kararı üzerine, bozmaya uygun olarak ilk derece mahkemesince verilen yeni kararın veya direnme kararına karşı temyizde direnme kararının, hangi mahkemeye ait olduğu, tarihi ve sayısı.

⁶⁹ Bu hükme göre, "istinaf yoluna başvuru süresi on beş gün, 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun'a tabi kamu kurumları hakkında otuz gündür. Bu süre, ilâmın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır".

5. İlânın temyiz edene tebliğ edildiği tarih.
6. Kararın özeti.
7. Temyiz sebepleri ve gerekçesi.
8. Duruşma istenmesi hâlinde bu istek.
9. Temyiz edenin veya varsa yasal temsilci yahut vekilinin imzası".

Mevcut düzenlemeden farklı olarak "hüküm" değil, "karar" kavramı kullanılmıştır. "Hüküm" ifadesi 1711 sayılı Kanun ile getirilmiş, ancak o tarihte de bu kavramın yalnızca esasa ilişkin nihai kararları kapsaması nedeniyle isabetli olmadığı doktrinde ifade edilmiştir.⁷⁰ Nitekim 2494 sayılı Kanun ile m. 427'deki ibare, "nihai karar" olarak değiştirilmiş, ancak tüm maddelerde bir değişiklik gerçekleştirilmemiş olduğundan hüküm ve karar deyimleri birlikte yer almıştır. 5236 s. K. ise, daha kapsayıcı ve isabetli biçimde temyiz veya istinaf konusu "karar"lardan söz etmiştir.

Temyiz yoluna ancak bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı gidilebileceğinden 3. bentte bu husus vurgulanmıştır. Yine 4. bentte de bölge adliye mahkemesince değil de, ilk derece mahkemesince verilen ve temyize tâbi kararlar bakımından bu kararların hangi mahkeme tarafından verildiği de belirtilmelidir. Mevcut düzenlemeden farklı olarak temyiz sebepleri yanında "gerekçesi" de aranmaktadır.

Temyiz dilekçesinde dokuz bent olarak sayılmış bulunan bu kayıtlar, temyiz dilekçesinin zorunlu unsurları değildir. Temyiz dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar; temyiz edenin kimliği, imzası ve temyiz olunan kararın hangi karar olduğudur. Bu kayıtlar mevcutsa temyiz dilekçesi kabul

⁷⁰ Baki Kuru/Ramazan Arslan, 1711 sayılı Kanunun Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi, HUKM'ni Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s. 162 vd.; Üstündağ, Yargılama, s. 826.

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

edilerek temyiz incelemesi yapılacaktır (5236 s. K. ile değişik m. 430, II).

Temyiz dilekçesi; kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi kararının Yargıtay'ca bozulması sonucu yeniden hüküm veren ilk derece mahkemesine, kararı temyiz eden kişinin bulunduğu yerdeki bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya kararı temyiz eden kişinin bulunduğu yerdeki ilk derece mahkemesine verilebilecektir.

Temyiz dilekçesi kararı veren bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi yerine, bir başka yerdeki bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesine verilirse, kararının temyiz edildiği derhal kararı temyiz edilen mahkemeye bildirilecektir.

Temyiz dilekçesi; temyiz defterine kaydedilerek temyiz edene ücretsiz bir alındı belgesi verilecektir (5236 s. K. ile değişik m. 431).

Her ne kadar 5236 s. K. ile değişik m. 432, m. 426/C ilâ 426/İ ve 426/L hükümlerinin; temyiz yolunda kıyasen uygulanacağını kabul etmişse de; temyiz dilekçesinin verilmesi konusunda 5236 s. K. ile değişik m. 431 açık ve ayrıntılı düzenleme getirdiğinden m. 426/C'nin kıyasen uygulanması gerekli değildir. Ancak yine 5236 s. K. ile değişik m. 426/C, III'te dava açılmasına paralel olarak m. 178 hükmüne yapılan atıf da uygulama alanı bulmaz. Çünkü temyiz aşamasında dava açılması söz konusu olmadığı gibi, temyizde gereken harç ve giderlerin ödenmesi ayrıca düzenlenmiştir.

II. Gerekli Harç ve Giderlerin Ödenmesi

Kararı temyiz eden tarafın hangi harç ve giderlerden sorumlu olduğu konusunda, Yargıtay kararlarının yazı işleri müdürü taraflara derhal tebliğini düzenleyen 5236 s. K. ile değişik m. 438; II'den başka bir hüküm bulunmamaktadır. Buna

göre, "tebliğ giderleri, temyiz dilekçesiyle birlikte, temyiz isteminde bulunandan peşin olarak alınır. Bu giderlerin ödenmemesi hâlinde 426/D maddesi hükmü uygulanır".

Maddede atıf yapılan m. 426/D hükmü, esasında temyizde ödenmesi gereken harçlarla ilgili olarak 5236 s. K. ile değişik m. 432'nin genel atfı nedeniyle başvurulması ve incelenmesi gereken bir düzenlemedir.

5236 s. K. ile değişik m. 434, III'te, "temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren hâkim veya mahkeme başkanı tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir. Bu kararın da temyiz edilmesi halinde 432 nci maddenin son fıkrası hükmü kıyasen uygulanır." denilmektedir.

5236 s. K.'nin istinaf konusunda 426/D hükmüyle getirdiği düzenleme ise şu şekildedir: "İstinaf dilekçesi verilirken, tebliğ giderleri de dahil olmak üzere gerekli harç ve giderler ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, 426/F maddesinin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır".

Görüldüğü gibi, mevcut m. 434, III ile 5236 s. K. ile değişik m. 426/D esasında benzer bir düzenleme getirmektedir.

1. Temyiz Harcı

Burada aydınlatılması gereken nokta, temyiz dilekçesi verilirken ödenmesi gereken harç ve giderlerin nelerden oluştuğudur. 1965 tarihli İBK doğrultusunda, temyize başvurulurken

başvurma harcı alınmamakta,⁷¹ maktu harca tâbi kararlarda harcın tümü peşin, nispi harca tâbi kararlarda, mahkemece alınmasına karar verilen nispi ilâm harcının dörtte biri peşin alınmaktadır.⁷² Harca tâbi olmayan davalarda ise temyiz harcı söz konusu olmayacaktır.⁷³

2. Temyiz Giderleri

Temyiz giderlerinden kasıt, kural olarak, tebliğ (posta) giderleridir. Ancak 5236 s. K. ile değişik m. 426/D, "*tebliğ giderleri de dahil olmak üzere giderler*" ibaresini kullanmaktadır.

Bölge adliye mahkemesi yeniden yargılama yapacağı için, keşif, bilirkişi, vs. gibi başka giderlerin çıkması mümkündür. Buna karşılık, temyiz incelemesinde yalnızca duruşma düşünülebilir. O nedenle burada önem taşıyan masraf kalemi, tebliğ giderleridir.

Tebliğ giderleri neler olabilecektir?

Mevcut düzenlemede bu giderler, temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği; dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi ve dosyanın Yargıtay'ca mahkemesine geri gönderilmesi için gerekli posta ücreti; Yargıtay'ın temyiz edilen kararı bozması halinde, mahkemenin tarafları kendiliğinden duruşmaya davet edebilmesi için gerekli giderler olarak anlaşılmaktadır.⁷⁴

5236 s. K. ile değişik m. 438, II ve m. 439, III'te m. 426/D'ye atıf yapıldığı görülmektedir. Buna göre, Yargıtay'ın onama veya bozma kararlarının tebliği için gereken giderler, temyiz başvurusu yapan tarafça ödenecektir. Ayrıca, bölge adliye mahkemesi, peşin alınan gideri kullanmak suretiyle tarafları

⁷¹ 5776 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 11 ile, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve temyizde başvurma harcı getirilmiştir (RG 06.06.2008, S. 26898 Mükerrer).

⁷² RG 10.05.1965, S. 12042; Kuru, *Usul*, C. V, s. 4583 vd.

⁷³ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4586.

⁷⁴ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4586-4587.

duruşmaya çağırarak Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağı konusunda bir karar verir.

Sonuç olarak, yeni düzenlemede de ödenmesi gereken giderler, temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği; dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi ve dosyanın Yargıtay'ca mahalline geri gönderilmesi için gerekli posta ücreti; Yargıtay'ın temyiz edilen kararı bozması halinde, bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin tarafları kendiliğinden duruşmaya davet edebilmesi için gerekli giderler olarak anlaşılmalıdır.

3. Gerekli Harç ve Giderlerin Ödenmemesi

Temyiz için gerekli harç ve giderlerin ödenmemesi⁷⁵ veya eksik ödenmesi halinde 5236 s. K. ile değişik m. 432'nin yaptığı atıf nedeniyle m. 426/D'ye⁷⁶ başvurulacaktır. Bu şekilde bir eksiklik olması ve eksikliğin verilen yedi günlük süre içinde giderilmemesi üzerine, bölge adliye mahkemesi, temyizden vazgeçildiğine⁷⁷ ilişkin bir karar verecektir. Bu kararın ilgiliye tebliğinden itibaren yedi gün içinde Yargıtay'a başvurulması mümkündür (5236 s. K. ile değişik m. 426/F).

⁷⁵ Yargıtay, 25.1.1985 gün ve 5/1 sayılı İBK ile mevcut hükmün yalnızca eksik ödeme halinde değil, harç veya giderlerin hiç ödenmemesi halinde de uygulanacağına karar vermiştir (Kuru, Usul, C. V, s. 4597- 4598).

⁷⁶ "İstinaf dilekçesi verilirken, tebliğ giderleri de dahil olmak üzere gerekli harç ve giderler ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, 426/F maddesinin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır".

⁷⁷ Maddeyi uygulayacak merciin bölge adliye mahkemesi olduğu dikkate alındığında, terminoloji bakımından "başvurunun yapılmamış sayılması" yerine "temyizden vazgeçmiş" olma sonucunun doğacağı açıktır.

III. Temyizin Yapılmış Olduğu Tarih

Mevcut düzenlemede temyiz hangi tarihte yapılmış sayılacağına ilişkin m. 434, II bulunmaktadır. Buna göre, "temyiz isteği, harca tâbi değilse dilekçenin temyiz defterine kaydedildiği, harca tâbi ise harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılır". Bu madde, 2494 s. K. ile 1981 yılında getirilmiştir. Bu değişiklikte, harca tâbi olmayan davalar bakımından hâkimin havalesi değil, dilekçenin temyiz defterine kaydı tarihinin dikkate alındığı özellikle belirtilmiştir.⁷⁸

İstinaftan sonra yapılacak temyizde 5236 s. K. ile değişik m. 432'nin yaptığı atıf nedeniyle uygulanacak olan 5236 s. K. ile değişik m. 426/C, III istinafa başvuru tarihi konusunda dava açılma tarihini düzenleyen m. 178'e atıf yapmaktadır. Bölge adliye mahkemesinde de kural olarak dava baştan itibaren görüleceğinden davanın açılma tarihine atıf yapılması doğaldır. Buna karşılık, temyize başvuru tarihi konusunda yapılan atıf isabetli midir?

Davanın açıldığı tarih konusunda m. 178, "arzuhallerin mahkeme kalemine kaydı tarihinde dava ikame edilmiş addolunur" demektedir. Uygulamada yaşanan tereddütler üzerine Yargıtay bir İBK ile konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, "harca tâbi olmayan davalarda hâkimin dava dilekçesini havale tarihinde; harca tâbi davalarda ise, harcın ödendiği tarihte davanın açılmış sayılacağına; ancak dava dilekçesinin ilgilisi tarafından daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine verildiğinin kaleme belgelendirilmiş olması halinde, davanın o tarihte açıldığının kabulü gerekir".⁷⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere, m. 434, II kaldırılmış, onun yerine atıf yapılan hüküm ise davanın açılma tarihini belirten düzenleme olmuştur. Buna göre, harca tâbi olmayan temyiz isteklerinde temyiz defterine kayıt değil, havale tarihi dikkate alınabilecektir. Ancak ilgilinin temyiz dilekçesini havale tari-

⁷⁸ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4600.

⁷⁹ İBK 6.2.1984, 7/3, RG 19.3.1984, S. 18346.

hinden sonra getirdiği kalem tarafından belgelenirse o tarih temyiz tarihi olacaktır.

G. TEMYİZE CEVAP VE KATILMA YOLUYLA TEMYİZ

Mevcut düzenlemede temyiz dilekçesine karşılık verilecek cevap m. 433'te⁸⁰ yer almaktadır. Burada hem temyiz dilekçesine cevap verilmesi hem de katılma yoluyla temyiz adı verilen kurumun düzenlendiği görülmektedir.

5236 s. K. ile değişik m. 432'nin yaptığı genel atıf nedeniyle temyize cevap verilmesi ve katılma yoluyla temyizde istinaf konusundaki hükümler (5236 s. K. ile değişik m. 426/G, m. 426/H) uygulanacaktır.

Bunlardan temyize cevap verilmesiyle ilgili hüküm, esasen eski düzenlemeye paraleldir. Yalnızca temyiz dilekçesine cevap verme süresi on günden on beş güne çıkarılmıştır (5236 s. K. ile değişik m. 426/G).

Katılma yoluyla temyiz ise ayrıca ve daha kapsamlı kaleme alınmıştır. Buna göre, *"istinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf yoluna asıl başvuran taraf, buna karşı on beş gün içinde cevap verebilir. İstinaf yoluna başvuran, bu isteminden feragat eder veya istemi bölge adliye mahkemesi tarafından esasa girilmeden reddedilirse, katılma yolu ile başvuranın istemi de reddedilir"* (5236 s. K. ile değişik m. 426/H).

⁸⁰ Maddeye göre, *"Temyiz dilekçesi, hükmü veren mahkeme aracılığıyla karşı tarafa tebliğ olunur. Tebliğ tarihi temyiz dilekçesinin dosyasında kalan aslına işaret edilir. Karşı taraf, tebliğden itibaren on gün içinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir mahkemeye verebilir. Cevap veren, hükmü süresinde temyiz etmemiş olsa bile, cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde de bulunabilir. Hükmü veren mahkeme, cevap verildikten veya bunun için belli süre geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağli olarak Yargıtay'ın ilgili dairesine gönderir"*.

Katılma yoluyla temyize başvurabilecek olanlar, uygulamaya paralel olarak açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, yalnızca hükmü süresinde temyiz etmeyen taraf değil, temyize bağımsız olarak başvurma hakkı bulunmayan tarafın, diğer tarafın temyize başvurması halinde, onun talebine bağlı olarak temyiz dilekçesine cevap vermek suretiyle başvurabileceği ifade edilmiştir.

İkinci olarak, asıl temyize başvuran tarafın, katılma yoluyla temyize başvuran tarafın cevap dilekçesine 15 gün içinde cevap verebilmesi olanağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durum, esasen doktrinde savunulan görüşe uygundur.⁸¹

Üçüncü olarak, temyize asıl başvuran tarafın temyiz isteminin usûli bazı nedenlerle reddi halinde katılma yoluyla temyiz akıbeti düzenlenmiştir. Buna göre, katılma yoluyla temyiz asıl temyize bağlı olma niteliği dikkate alınarak, temyiz yoluna başvuran tarafın isteminden feragat etmesi veya isteminin Yargıtay tarafından esasa girilmeden usûli nedenlerle reddi halinde, katılma yoluyla temyiz talebi de reddedilecektir (5236 s. K. ile değişik m. 426/H, II).

Mevcut uygulamada, geçerli ve hukuka uygun bir temyiz talebi bulunması halinde, katılma yoluyla temyiz hakkının doğduğu; aksi halde katılma yoluyla temyiz hakkının gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Bu anlamda, asıl temyiz talebinde bulunan tarafın temyizden feragatinin, katılma yoluyla temyiz incelenmesine engel oluşturmayacağı benimsenmektedir.⁸² Buna karşılık kanun koyucu, yeni düzenlemede

⁸¹ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4609.

⁸² Ayrıca, katılma yoluyla temyiz hakkının, karşı tarafın temyize başvurusu, daha doğru ifadeyle temyiz dilekçesinin tebliği üzerine doğduğu dikkate alındığında yani, onun kararı temyiz etmesine dayalı olarak ortaya çıktığı kabul edildiğinde, temyiz geçeri ve hukuka uygun bir talep olması yeterli kabul edilmeli, ancak bundan herhangi bir nedenle vazgeçmesinin katılma yoluyla temyize etki etmemesi asil olmalıdır. Bir Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi, "...bu hak asıl temyiz dilekçesinin tebliği ile doğmuş bulunduğundan diğer tarafın sonradan asıl temyiz talebinden vazgeçmesiyle ortadan kalkmaz" gerekçesi bizzat savunulabilir bir görüştür. Kararlar için bkz. Kuru, *Usul*, C. V, s. 4609.

asil temyiz-katılma yoluyla temyiz ilişkisini daha sıkı olarak düzenlemiştir. Nitekim bu konu, gerekçede⁸³ vurgulanmıştır.

Buna göre, katılma yoluyla temyiz talebi hakkında karar verilebilmesi, öncelikle, asil temyiz isteminin ön inceleme aşamasından başarıyla geçmesine bağlıdır. Ön inceleme, temyiz edilen kararın temyizinin mümkün olup olmadığı, temyize başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı, temyize başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, temyiz sebebi veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği noktalarında toplanmaktadır (5236 s. K. ile değişik m. m. 426/L).

Asıl olarak temyize başvuran tarafın temyiz isteminin süresinde yapılmaması veya kararın temyiz edilemeyen bir karar olması halinde temyiz istemi reddedilecektir. Başka bir ifadeyle burada geçerli bir temyiz talebi bulunmamaktadır. O nedenle bu talebe bağlı bir temyiz söz konusu olmaması doğaldır. Buna karşılık asıl tarafın temyiz etmekte hukukî yararının bulunmaması veya temyiz sebebi yahut gerekçesi gösterilmemesi gibi hallerde, ilk olarak bu nedenin esasa ilişkin bir inceleme yapmayı gerekli kılması, ikincisinde ise bu hususun genel olarak temyiz incelemesine engel olmaması nedeniyle (5236 s. K. ile değişik m. 430, III) katılma yoluyla temyize etki etmemesi gerekir.

4610.

⁸³ "Bu nedenle katılma yolu ile istinaf yoluna başvuru, asıl başvuran tarafa başvurusundan feragat eder veya istemi esasa girilmeden önce reddedilirse, hüküm doğurmaz. Çünkü kural olarak asil istem incelenmezse, ona bağlı olan istemin de incelenmemesi gerekir. Fakat istinaf yoluna başvuran tarafın istemi esasa girildikten sonra reddedilirse, bu durum katılan tarafın isteminin incelenmesine engel olmaz. Bunun gibi, taraflar bölge adliye mahkemesindeki uyuşmazlığı sona erdirirlerse, katılma yolu ile istinaf yoluna başvuru da etkisini kaybeder. Asıl istinaf yoluna başvuru isteminin esasına girilip inceleme yapılmadan, katılan tarafın istemi hakkında bir inceleme yapılamaz" (Kuru/Arslan/Yılmaz, *HUMK*, s. 172).

H.TEMYİZLE İLGİLİ DİĞER HUSUSLAR

5236 s. K. istinafla ilgili 426/C ilâ 426/İ ve 426/L hükümlerinin, temyiz yolunda kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir (5236 s. K. ile değişik m. 432).⁸⁴ Burada diğer kısımlarda incelenmeyen hususlardan iki konuya değinilecektir. Bunlardan birincisi, temyize başvurmadan feragat; diğeri ise, temyizden icraya etkisidir.

I. Temyizden Feragat

Başvurma hakkından feragat başlığı altındaki düzenlemeye göre, *“ taraflar, ilâmın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez. Başvuru yapıldıktan sonra feragat edilirse, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve kararı veren mahkemece başvurunun reddine karar verilir. Dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise başvuru feragat nedeniyle reddolunur”* (5236 s. K. ile değişik m. 426/İ).

Mevcut Kanun'da, temyizden önceden feragatin geçerli olmadığı konusunda tahkime ilişkin m. 535 bulunmaktadır. Bir hakkın doğmasından önce ondan feragat edilmeyeceği genel hukuk ilkelerinin gereğidir.⁸⁵ Bu kuralın özel bir düzenlemesi ise, 5236 s. K. ile değişik m. 426/İ'de yapılmıştır. Esasında bu hükümden önce de doktrinde bütün kanun yolları için aynı kural benimsenmekteydi.⁸⁶ Ancak temyiz hakkının ne zaman doğduğu konusunda görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Nitekim doktrinde bir görüş tarafından ve yargı kararlarının bir kısmında, temyizden feragat edilebilmesi için mutlaka ilâmın

⁸⁴ “İstinaf yoluna başvuruya ilişkin olan ve başvuru dilekçesinin verilmesi, harc ve giderlerin yatırılması, başvuru süresi, başvuru dilekçesinin reddi, başvuru dilekçesine cevap, katılma yolu ile başvuru, başvuru hakkında feragat ve ön inceleme başlığını taşıyan hükümler, temyiz yoluna başvuru hâlinde de uygulanır. Böylece, usul birliğini sağlamak ve gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla, Kanunun 426/C ilâ 426/İ ve 426/L maddeleri hükümlerini kıyas yoluyla temyiz yolunda da uygulanması kabul edilmiştir” (Gerekçeden).

⁸⁵ Kararlar için de bkz. Kuru, Usul, C. V, s. 4490.

⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 525.

tebliğ edilmesi gerekmediği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, kısa kararın usûlüne uygun tefhimi ile hüküm hukuken varlık kazandığından, taraflar ilâmın kendilerine tebliğinden önce de temyizden feragat edebilirler.⁸⁷ Ancak 5236 s. K. ile değişik m. 426/İ ile bu konuda tartışmaya yer vermeyecek bir kesinlikte, kanımızca da doğru biçimde *ilâmın tebliğinden önce feragat olarak tanınmamaktadır.*

II. Temyizin İcraya Etkisi

Temyizin icraya etkisi 5236 s. K. ile değişik m. 433'te⁸⁸ ayrıca, ancak eskisine (m. 443) paralel düzenlenmiştir.

İ. TEMYİZ İNCELEMESİ

I. Ön İnceleme

5236 s. K. ile değişik m. 432'nin yaptığı atıf nedeniyle 5236 s. K. ile değişik m. 426/L hükmü temyizde de kıyasen uygulanacaktır.

Temyiz başvurusu üzerine Yargıtay ilgili hukuk dairesince dosya üzerinde bir "*ön inceleme*" yapılır. Buna göre, incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir. Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır (5236 s. K. ile değişik m. 426/L).

⁸⁷ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4491 dnp. 37a., aksi yöndeki kararlar için de bkz. Kuru, *Usul*, C. V, s. 4559-4560.

⁸⁸ "Temyiz, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflâs Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36 ncı maddesi hükmü saklıdır. Nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemez. Kişiler ve aile hukukuna, taşınmaz mala ve bununla ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. Kararın kesinleştiği ilâmın altına veya arkasına yazılıp, tarih ve mahkeme mühürü konmak ve mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından imzalanmak suretiyle belirtilir".

Madde gerekçesinde, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, dosya üzerinde yapılacak bir ön inceleme ile kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, hemen gerekli kararı vermesine olanak tanınmak istendiği belirtilmektedir.⁸⁹

Yargıtay Kanunu m. 40, III ve Yargıtay İç Yönetmeliği m. 18, I'de tetkik hâkimleri aracılığıyla buna benzer bir ön inceleme mekanizması bulunmaktadır. Buna göre, "Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve işbölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde bulunup bulunmadığı, temyiz şartı ve diğer usûli eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tâbi tutulur. Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usûl eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır" (Yargıtay K. m. 40, III-IV).

Daire kurulu, tetkik hâkiminin bu kanısına katılırsa esas hakkında temyiz incelemesi yapmadan, temyiz talebini mesmu olmadığından (usûlden) reddeder.⁹⁰

İstinaf konusunda getirilen ve kıyasen temyizde uygulanması öngörülen 5236 s. K. ile değişik m. 426/L hükmünde ayrıca, "başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği" halde dosya hakkında ön inceleme ile gereğinin yapılacağı belirtilmiştir. Yargıtay K. m. 40, III'te ise, daha genel bir ifadeyle, "temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usûl eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar" denilmektedir. Esasında "başvuru şartlarının yerine getirilmediği" ibaresinin "diğer usûl eksiklikleri" içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık, 5236 s. K. ile değişik m. 426/L, başvuru sebebi veya gerekçelerini de ayrıca zikretmiştir. Başvuru sebebi veya gerekçesinin başvuru şartı olmadığı, ancak

⁸⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, HUMK, s. 174.

⁹⁰ Kuru, Usul, C. V, s. 4633-4634.

temyiz incelemesinin yapılabilmesinin şartı olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa temyiz incelemesi bakımından 5236 s. K. ile değişik m. 430, II'ye göre, "temyiz dilekçesi, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi" yapılacağından temyiz sebebi veya gerekçesi gösterilmemiş olması esasa geçmeye engel olmayacaktır.⁹¹ Kaldı ki, Yargıtay tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, Kanun'a aykırılık gördüğü bir başka neden ve gerekçeyle de kararı inceleme yetkisine sahiptir (5236 s. K. ile değişik m. 435, I). Bu da Yargıtay'ın ülkede içtihat birliği sağlaması ve hukuka uygunluk denetimini yapmasının doğal bir sonucudur.

II. Esas Hakkında İnceleme

1. Kural

Esasa yönelik temyiz incelemesinin yapılma şekli bakımından içerik ve biçim açısından iki kuraldan söz etmek mümkündür.

Bunlardan ilki, Yargıtay'ın, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilmesidir (5236 s. K. ile değişik m. 435, I).

İkinci husus ise, Yargıtay'ın bu incelemesini dosya üzerinden yapmasıdır (5236 s. K. ile değişik m. 435, II).

⁹¹ İstinafa ilişkin düzenleme bakımından da bu kural mutlak olarak uygulanmamaktadır. Nitekim bu husus Gerekçede de dile getirilmiştir. "Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi 426/O maddesinin ikinci cümlesi uyarınca sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir".

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

2. İstisna

Yukarıda ifade edilen ilk kuralın istisnası olmamakla birlikte, dosya üzerinden inceleme yapılması hakkındaki ilkenin istisnasını, Yargıtay'ın bazı davalarda temyiz incelemesini duruşmalı yapabilmesi oluşturmaktadır. Mevcut düzenlemede m. 438'de yer alan ve duruşma yapılacak durumları ifade eden kurala, 5236 s. K. ile değişik m. 435'te de yer verilmiştir. Hemen hemen öncekiyle benzer olan hükümde önemli farklılıklar bulunmamaktadır.

Yukarıda değişik yerlerde ifade edildiği gibi, istinaftan sonraki temyiz hükümleri adeta önceki temyiz düzenlemesinin bir devamı (yer yer aynısı) niteliğindedir. İki dereceli bir yargılamadan üç dereceye geçilmekte ise, özellikle Yargıtay'ın içtihat mahkemesi haline gelmesi düşünülüyorsa, yapılacak düzenleme de buna uygun olmalıdır. Nitekim bölge adliye mahkemesinin duruşma yaptığı dikkate alırsa, artık tarafların Yargıtay önünde dirilenmesinin önemi olmamalıdır. Yargıtay'ın asıl işlevi ülkede içtihat birliğini sağlamaya yönelik olmalıdır. Bu anlamda 5236 s. K. ile değişik m. 435'e önceki düzenleme ile aynı biçimde yer verilmesi isabetli olmamıştır. O nedenle, Yargıtay'da duruşma yapılmasının ortadan kaldırılması veya çok sınırlandırılması yahut 5236 s. K. ile değişik m. 435, IV'te yer aldığı şekliyle bilgi almak amaçlı Yargıtay'ın takdirine bırakılması uygun olabilirdi.

J. TEMYİZ İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLECEK KARARLAR VE KARARIN KESİNLEŞMESİ

Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay'ın vereceği kararlar, kısmen veya tamamen onama, bözme veya değiştirerek ve düzelterek onama biçiminde üç tür olabilecektir (5236 s. K. ile değişik m. 436, 437).

I. Onama

Yargıtay, bölge adliye mahkemesi veya hakem kararının esas ve usûl yönünden hukuka uygun olduğunu tespit ederse kararı onar. Yargıtay'ın onama kararında, hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermek zorunda olduğu da açıkça belirtilmiştir (5236 s. K. ile değişik m. 436,I).⁹² Uygulamada yakınma konusu olan formül onama kararlarının son erdirilip erdirilemeyeceği,⁹³ gelecekte Yargıtay'ın iş yükünün azalmasına bağlı görülebilecektir. Ne var ki, onama kararının gerekçeli olması hükmünün bir yaptırımı bulunmadığı dikkate alınmalıdır.

Onama ile karar şekli anlamda kesinleşir.

II. Değiştirerek ve Düzelterek Onama

5236 s. K. ile değişik m. 436, "*değiştirerek ve düzelterek onama*" hükümlerine de yer vermiştir. Mevcut Kanun, temyiz incelemesiyle ilgili 438. maddede bu hususu kaleme almıştır. Yeni düzenlemenin de mevcut hükümlere paralel olduğu görülmektedir. Buna göre, Yargıtay, üç halde kararı değiştirerek veya düzelterek onayacaktır.

1. Temyiz olunan kararın, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı değiştirerek ve düzelterek onayabilir.

Kanunun olaya uygulanmasının hata edilmesi konusunda Yargıtay'ın bugüne kadarki uygulamasına bakıldığında, harç alınmaması, vekâlet ücretine hükmedilmemesi, faizin işleti-

⁹² Bu konuda gerekçede, "temyiz incelemesi sonunda verilecek onama kararlarının da, Anayasanın 141. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükme uygun olarak, gerekçeli olmalarına işaret edilmekte" denilmektedir (Kuru/Arslan/Yılmaz, *HUMK*, s. 188).

⁹³ Yılmaz, s. 84.

leceği tarihin başlangıcı, faizin oranı, icra-inkâr tazminatına hükmedilmesi yanında,⁹⁴ özellikle nafaka ve manevi tazminat davalarında tazminatın miktarını değiştirerek onama kararı verdiği görülmektedir.⁹⁵ Bu ise, doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, en başta Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü Yargıtay, ancak kanunla gösterilen davalara hüküm mahkemesi olarak bakabileceğinden (Any. m. 154), görevini aşmakta ve ilk derece mahkemesinin takdirine müdahale etmektedir. O nedenle bu konuda bozma kararı verip direnme ve konunun HGK'da tartışılması yolunu açmak daha doğrudur.⁹⁶

Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olarak bu görüşünü terk etmesi ve değiştirerek ve düzelterek onama yetkisini hâkimin takdir yetkisine müdahale etmeyecek ve yeni bir karara yol açmayacak biçimde kullanması daha çok önem taşıyacaktır.

2. Tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları hakkında da düzelterek ve değiştirerek onama yoluna gidilir (5236 s. K. ile değişik m. 436, III).

3. Son olarak, karar, usûle ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek onanır (5236 s. K. ile değişik m. 436, IV).

Yargıtay'ın içtihat birliğini sağlamak bakımından, kararlarda yer alan gerekçeyi incelemesi son derece önemlidir.

Yargıtay'ın değiştirerek ve düzelterek onama kararı da, sonucu itibariyle onama kararı olduğundan karar, bu aşamada şekli anlamda kesinleşecektir.

⁹⁴ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4711-4716.

⁹⁵ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4717 vd.

⁹⁶ Kuru, *Usul*, C. V, s. 4720, 4722.

III. Bozma

Yukarıda belirtildiği gibi⁹⁷ bozma nedenleri 5236 s. K. ile değişik m. 437'de sayılmıştır.

Yargıtay, tarafların göstermiş olduğu nedenlerle bağlı kalmaksızın, 5236 s. K. ile değişik m. 437'de sayılan nedenlerle kararı, kısmen veya tamamen bozabilir. Yargıtay, bozma kararında gerekçe göstermek zorundadır (5236 s. K. ile değişik m. 437, I; m. 435, I).

Bozma kararından sonra yapılacak işlemler, bölge adliye mahkemesinin temyize konu kararına göre⁹⁸ iki türlü düzenlenmiştir (5236 s. K. ile değişik m.439).

Burada ölçü, bölge adliye mahkemesinin verdiği karardır. İlk olarak, bölge adliye mahkemesinin başvuru esastan reddi kararı üzerine, Yargıtay'ın kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi öngörülmüştür. Bu konuda şu şekilde bir düzenleme getirilmiştir: *"Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine,*

⁹⁷ Bkz. yuk. C.

⁹⁸ Bölge adliye mahkemesi, üç türlü karar verebilir: Bölge adliye mahkemesi, Kanunda sayılan bazı durumlarda yapacağı ön inceleme sonucu, esas incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyayı kararı veren mahkemeye veya yargı çevresinde uygun göreceği başka bir mahkemeye gönderme kararı verebilir (m. 426/M, I). İkinci olarak, ilk derece mahkemesinin kararını usul veya esas yönünden hukuka uygun bulan bölge adliye mahkemesi, başvurunun esastan reddine karar verir (m. 426/M, II). Son olarak, ilk derece mahkemesinin kararı, usul veya esasa aykırı bulunmuşsa, kararın kısmen veya tamamen kaldırılmasına karar verilir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Yılmaz s. 79 vd; Halûk Konuralp, HUMK Tasarısı'na Göre İstinaf Derecesi, Tebliğ, II. Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 3-5 Ekim 2003; Halûk Konuralp, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, TBB, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, s. 247 vd.

SEMA
TAŞPINAR
AYVAZ'IN
TEBLİĞİ

kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir” (5236 s. K. ile değişik m. 439, I).

Bölge adliye mahkemesi burada istinaf başvurusunu yerinde bulmayarak reddetmekte, yani ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmaktadır. Yargıtay ise, esasında ilk derece mahkemesinin kararını değil, bölge adliye mahkemesinin kararını denetlediği için onun esastan ret kararını hukuka uygun bulmamaktadır. Denetim doğrudan ilk derece mahkemesi kararına değil, bölge adliye mahkemesi kararına yönelik olduğuna göre ilk derece mahkemesine değil, bölge adliye mahkemesine gönderilmesi yerinde olabilirdi. Kanunun tercihinine ilişkin Gerekçede bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımızca, sıçrama yoluyla temyizi kabul etmeyen sistemin, bu sonucu doğuracak bir düzenlemeyi kabulünü açıklamak kolay değildir. Bölge adliye mahkemesinin yani ikinci derecenin devreden çıkarılıp dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi konusunda 5236 s. K. ile değişik m. 439, IV'te açık bir tercih göze çarpmaktadır.⁹⁹ Buna göre, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak karar verildiği takdirde, bu karara karşı temyiz yolu açılmaktadır. Böylece ilk derece mahkemesi ile üçüncü derece olan Yargıtay arasında doğrudan bir ilişki kurulmakta, ikinci derecede vakıalara uygunluk denetimi yapılmamaktadır.

Kanun'un bu düzenlemesinde bazı noktalar açık kalmaktadır. Örneğin, ilk derece mahkemesi, bölge adliye mahkemesinin yaptığı gibi (5236 s. K. ile değişik m. 439, III) tarafları kendiliğinden duruşmaya çağırabilecek midir? İlk derece mahkemesi

⁹⁹ “Bölge adliye mahkemesi kararının Yargıtay'ca bozulması üzerine bozmaya uyma veya direnmeye ilişkin olarak iki olasılık düzenlenmiştir. Birinci olarak bölge adliye mahkemesinin başvurusu esastan reddi kararı üzerine, Yargıtay'ca karar kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi öngörülmüştür. Daha sonra ilk derece mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararı doğrultusunda karar vermesi veya kararında direnmesi durumunda sadece temyiz yoluna başvuru olanağı tanınmıştır. Bu suretle yargılamanın uzaması önlenebileceği gibi, Yargıtay'ın kararına bölge adliye mahkemesinin müdahale etmesi sonucunu doğuracak bir uygulamaya yol açılmamış olunacaktır” (Gerekçeden, Kuru/Arslan/Yılmaz, HUKK, s. 190).

için bu tür bir hüküm öngörülmemiştir. Çünkü 5236 s. K. ile değişik m. 426/D'ye göre temyiz giderlerini alan bölge adliye mahkemesidir.

Bölge adliye mahkemeleri fiilen işlerlik kazandığında, mahkemenin başvurusu esastan reddeden kararının Yargıtay tarafından kaldırılması (bozulması) üzerine, dava tekrar ilk derece mahkemesince görülecek ve mahkemenin bozmaya uygun olarak verdiği karar temyiz edilebilecektir. İlk derece mahkemesinin direnme kararı halinde ise bu karar Hukuk Genel Kurulu'nda (HGK) temyiz edilebilecek, ancak HGK'nun kararı kesin olacaktır (5236 s. K. ile değişik m. 439, 1, V-VI).

İkinci olarak, bölge adliye mahkemesinin başvurusu esastan reddetmeyip düzelterek yeniden veya yeniden esas hakkında bir karar vermesi ve bu kararın Yargıtay'ca tamamen veya kısmen bozularak dosyanın tekrar bölge adliye mahkemesine gönderilmesi hali öngörülmektedir. Buna göre, *"bölge adliye mahkemesinin düzelterek yeniden veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtay'ca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir"* (5236 s. K. ile değişik m. 439, II).

Yargıtay'ın söz konusu kararı üzerine, bölge adliye mahkemesi 426/D maddesi uyarınca peşin alınmış olan gideri kullanmak suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya çağırıp dinledikten sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir (5236 s. K. ile değişik m. 439, III).

Bozmaya uyan ve bu doğrultuda karar veren mahkemenin kararı da temyiz edilebilecektir. Bölge adliye mahkemesinin ilk kararında direnmesi ve bunun temyiz edilmesi halinde inceleme, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği karara uymak zorunludur (m. 439, V-VI).

K. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kanun yolu, bir yargısal kararın üst mahkemece kontrol ettirilebilmesi için taraflara verilmiş olan usûli bir olanaktır.¹⁰⁰

Temyiz kanun yolunun amacının tespiti temyiz denetiminin sınırlarını çizmek bakımından önemlidir. Zira temyiz somut olayda doğru karar verilmesini sağlamak için kabul edilmişse, kararın hem maddi hem hukuki bakımdan denetlenmesi gerekecektir. Temyiz, hukukun ülke içinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak için kabul edilmişse, mahkeme kararının sadece hukuki bakımdan denetimi yeterli olacaktır.¹⁰¹

Türk hukukunda temyize ve Yargıtay'a ilişkin hükümler, 1950 öncesi Alman sistemi ile ve Fransız temyiz sisteminin karışımıdır. Örneğin, kanun yararına temyiz Fransa'dan, temyiz sebepleriyle bağlı olmama hükmü Almanya'dan, temyiz sonrası bozma hükümleri de büyük ölçüde Fransa'dan alınmıştır. Ayrıca bu hükümler arasında Nöşatel'den alınanlar da vardır.¹⁰²

Temyiz kanun yolunun çıkışında Roma'da etkili olan düşünce, vakialarda yanılma nedeniyle haksız olan nihai kararların önüne geçilmesinin yanında, sadece davayı kaybeden tarafın menfaatlerini karşılamak değil, ayrıca genel ve soyut kapsamı itibariyle hukuka ve dolayısıyla düzene uyulmasını sağlamaktır. Romalı hukukçulara göre haksız kararlar birlikte ortaya çıkan tehlike, münferit uyuşmazlığı aşır politik bir niteliğe bürünmektedir. Burada hâkimin güçler ayrılığı ilkesini hiçe sayıp, kanunu uygulamakla görevli olduğunu dikkate almayarak kanunu kendi isteği doğrultusunda yorumlaması, hak sahiplerinin menfaatini aşmaktadır. Başka bir deyişle, temyiz kurumunun temelindeki düşünce, hâkimin baş kaldırması olarak kabul edilen bu hatalara karşı, kanunun kendisini

¹⁰⁰ Üstündağ, *Yargılama*, s. 816-817.

¹⁰¹ Öztekin s. 63.

¹⁰² Ansay s. 347; Saim Üstündağ, *Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı*, *Yargıtay Dergisi (Özel Sayı)*, Ocak-Ekim 1989, S. 1-4, s. 73-93 (92-93).

daha kuvvetli tepki göstererek korumasından ibarettir. Roma Hukukunda, politik yönden tehlike teşkil eden bu tür kararları hükümsüz kılmaya yönelik kanun yolunun gelişimi ise çok sonra olmuştur.¹⁰³

Aynı şekilde çağdaş temyiz mahkemelerinin öncüsü olan Fransız Temyiz Mahkemesi de, esas olarak, kralın emirnamelerine karşı, yasama ve yargı gücünü elinde tutmak isteyen yerel parlamenterlerin başkaldırmalarını kontrol etmek, kralın otoritesinin bir ifadesi olan bu emirnamelere itaati sağlamak ve böylece merkezi gücü kuvvetlendirmek endişesi ile doğmuştur. Fransız İhtilali'nden sonra, başlangıçta Temyiz Mahkemesinde içtihatları birleştirmek fikri bulunmamaktaydı. Bu sonuç, ancak 1837 yılında çıkarılan kanunla gerçekleşmiş, mahkeme yargı organı olarak kabul edilerek, hukuk kurallarının sadece doğru değil, aynı zamanda yeknesak uygulanmasını sağlamak görevi de bu mahkemeye verilmiştir.¹⁰⁴

Tarihsel perspektiften bakıldığında, bu bakış açısının uzantısının bugünün temyiz sistemlerine egemen olduğu görülmektedir. Ancak hukuk kurallarının doğru ve yeknesak uygulanmasını aynı zamanda bireysel bir temele dayanır; bu da "kanun önünde eşitlik" ilkesidir. Temyiz mahkemesine atfedilen içtihat birliğini sağlama görevinin kökeninde, hukuk kurallarının aynı şartlar altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanması düşüncesi vardır. Kanunlara uyulması ve kanunların eşit uygulanmasındaki genel yarar, hak arayanların bireysel menfaatlerinin gerçekleşmesine de hizmet eder. Diğer bir ifadeyle, genel yarar ve taraf yararı mutlaka birbirlerinin aksi istikameti göstermez. Aksine, temyiz kanun yolu, teknik ve ilke olarak her iki yararı da kullanmaktadır. Nitekim hukuk davalarında temyiz incelemesi, tarafların istemi üzerine gerçekleşmekte ve bu yola başvurmakta da menfaat sahibi olmak gerekmektedir. Sonuçta, temyiz incelemesi ile hukukun doğru ve yeknesak uygulanmasındaki kamu yararı

¹⁰³ Öztek, s. 64.

¹⁰⁴ Öztek, s. 65.

ve hatalı kararın kaldırılması ile de bireysel yarar birlikte gerçekleşmiş olacaktır.¹⁰⁵

Yargıtay, hukuk kurallarına mahkemelerce aynı anlam verilmesini, hukuk kurallarının mahkemelerce aynı biçimde yorumlanmasını sağlamakla ödevlidir.¹⁰⁶ Yargıtay'ın gücü ve saygınlığı, hukuk uygulamasında, hukukta sağladığı birlikle ölçülür.¹⁰⁷

Türk Hukukunda yıllardır üzerinde önemle durulan ve özlenen husus, Yargıtay'ın gerçek anlamda içtihat mahkemesi olmasıdır. 5236 s. K. ile bu sonucun sağlanıp sağlanamayacağı henüz bilinmemektedir. Yargıtay, gerçek bir içtihat mahkemesi olabilmiş değildir. Nitekim mevzuatımızda yer alan içtihadı birleştirme kurumu, Yargıtay'daki muhtelif kurulların yeknesak hukuk uygulaması yapamadıklarının kabulüdür. Öte yandan, daireler arasında içtihat farkı olabildiği gibi, bazen dairelerin bunu kararlarında dahi zikrettiği görülmektedir. Ayrıca, bir dairenin yerleşik içtihadından dönmek istemesi veya benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermesi halinde HGK'ya başvurması gerekir (Yargıtay K. m. 15). Ne var ki, bu hükümler de işlememektedir; özellikle "yerleşik içtihat" tan ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir.¹⁰⁸ Öte yandan bu kurulların işlemesi ve karar verebilmesi de zor olmaktadır. Bugünkü düzenleme ile de her ne kadar bölge adliye mahkemesi tarafından çelişkili kararlar verilmesi halinde içtihadı birleştirme kararı yolunun işlemesi öngörülmüşse de (5235 s. K. m. 35/3; Yargıtay K. m. 15), bölge adliye mahkemesi kararlarının teknik anlamda içtihat olup olmadığı ve bunları birleştirmenin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

¹⁰⁵ Öztekin, s. 67.

¹⁰⁶ Seçkin, s. 3-4.

¹⁰⁷ Sami Selçuk, Yargıtay'ın (Bozma Mahkemesinin ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1992, C. 18, S. 1-2, s. 19-44 (24).

¹⁰⁸ Saim Üstündağ, Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı, *Yargıtay Dergisi* (Özel Sayı), Ocak-Ekim 1989, S. 1-4, s. 73-93 (88).

Maddi yönüyle olgunlaşmamış dosyanın Yargıtay önüne gelmesi, Yargıtay'ın da müdahalesini doğurmaktadır. Ancak bu denetleme evrak üzerinde ve temyiz incelemesinden farklı bir usûle tâbi olmaksızın yapıldığı için de sonuç itibarıyla sağlıklılık olma şansı azalmaktadır. Ancak bundan böyle Yargıtay önüne gelecek dosyaların en azından bu tür bir incelemeden geçtiği, bir yargılama konusu olduğundan hareketle Yargıtay'ın asli işlevini yerine getirmesini beklemek gerekir. Bu durumda bölge adliye mahkemesi süzgeç görevi görecektir, uyuşmazlıkların önemli bir kısmını kesin olarak karara bağlayacak, diğerleri bakımından ise dosyayı olgunlaştırıp Yargıtay'a sunmuş olacaktır.

Ancak kanun koyucunun istinafla ilgili maddelere yaptığı kapsamlı atıf ve önceki temyiz hükümlerine büyük ölçüde benzerlik, teorik olarak, istinaf ile temyiz arasında bir fark gözetilmediği izlenimini uyandırmaktadır. Genel olarak bakıldığında şeklen üç dereceli bir yargılama getirilmekte, ancak uyuşmazlıklar büyük ölçüde ikinci derecede, yani bölge adliye mahkemesinde kesin olarak karara bağlanmakta, kalanları ise Yargıtay önüne gelmektedir. Mevcut hukukumuzda bulunan karar düzeltme yolu ise 5236 s. K. uygulamasında yer almamaktadır. Sonuç olarak, temyize ilişkin hükümlerde reform niteliğinde kabul edilebilecek kökten değişikliklerin yapılmadığı, bu hususların zaman içerisinde tartışılarak Yargıtay'ın gerçek kimliğine kavuşturulmasına katkı sağlayacağı beklenmektedir.

4. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Süha TANRIVER
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

GENEL
TARTIŞMA
VE
DEĞERLENDİRME

GENEL TARTIŞMA VE DEĞERLENDİRME

Oturum Başkanı: Sema hanıma, bu güzel tebliği için teşekkür ediyoruz.

Evet, şimdi genel tartışma ve değerlendirme kısmına geçiyoruz. Aslında, toplantı programa göre bitmesi gereken tartışmalara biz daha ancak yeni başladık.

Buyurun Saim bey.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Emekli Öğretim Üyesi): Ben bir noktayı tamamlayıcı olarak belirtmek istiyorum. Bu içtihatların birleştirilmesi mekanizması. Eğer biz temyizi özlediğimiz ve beklediğimiz temyiz şekline sokarsak, zaten o içtihatların birleştirilmesi kurumu ortadan kalkacaktır. Çünkü, içtihatların birleştirilmesinin nedeni, bugünkü temyiz aygıtının beklenilenden farklı olmasından ortaya çıkıyor. Yani, yasa koyucu, bu kadar büyük bir temyiz

yaratınca, nasıl olsa bunlar içtihat ihtilafına düşer arada, biri diğerinin kararlarını takip edemez, hatta kendi verdikleri kararları bile takip edemeyebilirler. Zıt kararlar çıkmasını peşinen kabul etmiş oluyor, yarattığı aygıt dolayısıyla. Bunları zıtlıkları ortadan kaldırmak için de bir mekanizma kuruyor. Eğer biz gelecekte istediğimiz ve özlediğimiz temyizi kurarsak, zaten temyizcinin içinde zıt kararlar çıkmayacağı için içtihatların birleştirilmesi yoluna da gerek kalmayacaktır. Nitekim Alman hukukunda durum budur; eğer zıt içtihatlar varsa kaynağında yakalanıyor ve bir kurulan üst kurul bunlardan birini kendi içinde "şudur" deyip götürüyor. Bizde ise, dediğim gibi kanun hükmünde âdeta içtihat birlikleri oluyor ve sık oluyor, o kadar da olmuyor.

O halde, o müessese kalkabilir, çünkü varlık nedeni yaptığımız reformlarla zaten ortadan kalkmış oluyor diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Saim hocamıza bu açıklamaları için teşekkür ediyoruz.

Buyurun Hakan hoca.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben hemen devam edeyim: Bölge adliye mahkemelerinin kendi içtihatları arasındaki bir farklılık, bir içtihat aykırılığı söz konusu olacak ki, en çok korkulan, endişe edilen durum da bu idi. O zaman, çok daha seri işleyen bir mekanizmayı belki devreye koymak gerekir.

Bunu, şunun için söylüyorum: Özellikle takip ettiğim iki tane içtihadı birleştirme talebi var. Birincisi, acaba yabancı para alacağı olarak doğmuş olan alacaklar yabancı para üzerinden hükmedilebilir mi? Bu konuda Yargıtay uzun yıllar, her ne sebeple olursa olsun, yabancı para olarak da bu tazminat doğmuş olsa, mahkemelerin tazminatı yabancı para üzerinden veremeyeceği yönünde idi. Ancak, daha sonra Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bir tazminatın yabancı para olarak doğmuş

olması halinde, mahkemelerin yabancı paraya da hükmedebileceğine karar verdi. Fakat daha sonra Hukuk Genel Kurulu ve diğer daireler arasındaki içtihat aykırılığı, bir içtihatların birleştirilmesi talebiyle karşı karşıya kaldı. Benim bildiğim kadarıyla bir yılı aştı süre, ama henüz bu konuda bir içtihadı birleştirme kararı çıkmadı.

Şimdi düşünün, bir yıl boyunca bu kararlar çelişik ve buna rağmen devam ediyor.

İkinci bir örnek vereyim: Tesadüfen dosya olarak da elimde. Acaba talep sonucunun artırılması ne tür bir ıslahıdır? Bu bir kâmilen ıslah mıdır, yoksa kısmen ıslah mıdır? Ben, Saim Üstündağ hocamın kitabından da, yine Ejder Yılmaz hocanın kitabından da bildiğim, bunun –herhalde aramızda bir tereddüt söz konusu olmayacak–kısmen ıslah olduğu yönünde. Gelin görün ki, Yargıtay 3. ve 4. Hukuk Dairesi bunu uzun süredir tamamen ıslah olarak değerlendiriyor. Hatta buna 9. Hukuk Dairesi de katıldı. 9. Hukuk Dairesi de bunu tamamen ıslah olarak görüyor.

Şimdi, öyle önemli bir fark var ki, eğer tamamen ıslah olarak görüyorsanız, bizim hukukumuzda, yine Saim Üstündağ hocamın ve diğer hocaların kendi aralarında çok mutabık olmadıkları bir başka husus var: Tamamen ıslah yoluna giden taraf, acaba ilk talebinden vazgeçmiş sayılır mı? Bizim hukukumuzda bazı yazarlar “*Feragat etmiş sayılır*” diyor. Öyle olunca, korkunç bir durum ortaya çıkıyor.

İkinci önemli durum, eğer bunu tamamen ıslah sayarsanız, biliyorsunuz tamamen ıslah edenin bu yeni bir dava dilekçesi vermesini gerektiriyor ve en önemlisi de, karşı tarafın da yeni bir cevap layihası vermesi gerekiyor. Eğer yeni bir cevap layihası vermez ise, o zaman hiç cevap vermemiş oluyor. Hiç cevap vermeyen ise, daha sonra karşı tarafın ıslah yoluna gitmesi de mümkün olamıyor. Bu özellikle talep edildi Yargıtay’dan, iki avukat talep etti. Bu da bir yılı geçti, henüz içtihatların birleştirilmesi yönünde bir karar çıkmadı.

Söylemek istediğim: Yargıtay'ın çok bariz olan aykırılıkları dahi birleştirilmesi konusunda çok yavaş işleyen bir mekanizması var. Yine, Sayın Dinç'ten bildiğim kadarıyla maalesef eski Yargıtay'ın içtihadı birleştirme konusundaki işlevi, bugün herhalde iş yoğunluğu sebebiyle tamamen ortadan kalkmış gibi görünüyor.

Bu arada, bir de küçük bir noktaya temas etmek istiyorum, siz söylediniz ama. Aslında kanun yararına temyiz, istinafin yürürlüğe girmesiyle çok ilginç bir durum arz edecek, onu özellikle belirtmek, dikkatinizi çekmek istiyorum. Çünkü biz bugün kanun yararına temyiz dediğimiz zaman, hiç Yargıtay denetiminden geçmemiş olan kararları değerlendiriyoruz. Ama bakın, bizim istinafla ilgili düzenlememizde istinaf mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlara karşı ileride kanun yararına temyiz yoluna gidilecek. Yani, istinaftan sonra temyize gidemiyorsak, o istinafin verdiği karara karşı kanun yararına temyiz yoluna gideceğiz. Ben bunu, acaba ileride bu kanun yararına temyiz, sabahleyin sözü edilen o izin sistemi gibi değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda da bir tartışma açmak istiyorum. Bu soruyu özellikle Sayın Taşpınar Ayvaz'a yöneltmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkürler. Buyurun Oğuz bey.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben iki noktada soru sormak istiyorum.

Birincisi, istinaf talebinin caiz olup olmaması konusuyla ilgili. Kamu düzeniyle ilgili olarak Halûk beye sormak istiyorum.

İstinaf sebeplerinin bildirilmesi ve sınırlanması gündeme gelmişti. Daha sonra gelen cümlede gördük ki, ancak kamu düzenine aykırılık tespit edilirse resen de istinaf incelemesi yapılabiliyor veya karar verilebiliyor, bozabiliyor.

Şimdi mesele şurada: Acaba, buna nasıl karar vereceğiz?

Maddî hukuktaki kamu düzenine aykırılık esas alınrsa burada, bu hususun ortaya çıkabilmesi, bu konuda bir karar verilebilmesi için istinaf incelemesinin yapılması lazım. Oysa kamu düzenine aykırılık istinaf sebebi olarak kabul edildiği için. Ama esas düzenlememiz nedir? İstinaf sebeplerinin açıkça baştan bildirilmesi gerekir. Bildirilmemişse, inceleme yapılmayacak demektir. Fakat bunun istisnası nedir? Kamu düzenine aykırılık. Şimdi, o zaman şöyle bir sonuç mu çıkıyor: İstinaf dilekçesinde sebep bildirmedim, sadece kamu düzenine aykırıdır dedim bir istinaf talebinde; incelenecek mi?

İkincisi, yoksa şöyle mi: Sebep bildirmeden istinafa gidilmiş, incelemeye başlanmış, incelendikten sonra, yani esasa girdikten sonra görülmüş ki ortada kamu düzenine aykırılık var açıkça. O zaman, istinaf ilk derece mahkemesi kararını bozmuş. Şimdi, burada herhalde bu konuda bir karar vermek lazım. Yani, istinaf sebebi bildirmesi zorunludur dedikten sonra, bu bildirilmediği takdirde esasa girilmemesi lazım. Esasa girilmediği zaman da kamu düzenine aykırılık var mı yok mu anlaşılmayacaktır. Burada bir çelişki mi var, ben mi yanlış anlıyorum, yoksa başta sadece istinaf sebebi olarak "kamu düzenine aykırılık vardır" demek yeterli mi olacak?

İkincisi, temyiz sebepleriyle ilgili olarak Sema arkadaşımıza za yöneltmek istediğim bir husus veya belki bir eleştiri, kısmen: Hukuka aykırılık tek başına temyiz sebebi sayılır, meseleyn maddiyenin takdirinde hata temyiz sebebi olmaktan çıkarılmış durumda yeni düzenlemeye göre. Bu eleştirildi Sema Hanım tarafından. Yani, meseleyi maddiyenin takdirinde hatanın bulunması çok da tehlikeli, kötü bir şey değildi. Yargıtay'ın bugün hâkimin her alandaki takdir yetkisine karışmasının tek sebebi bu bent değildi. Bu bent olmasa da karışabilir şeklindeydi. Veya şöyle bir eksiklik de olduğu söylendi tebliğde: Meseleyn maddiyenin takdirinde hata çıktıktan sonra, sadece hukuk kurallarına aykırılık temyiz sebebi kabul edildiğinde, tecrübe ve mantık düşün kurallarına aykırılık acaba temyiz sebebi olmayacak mı? Bunu inceleyemeyecek mi Yargıtay? O konuda ben aynı kanaatte değilim veya şöyle düşünmekteyim:

Aslında, hukuka aykırılık genel temyiz sebebi içinde tecrübe kurallarına, mantık kurallarına aykırılık şeklindeki bir hukuka aykırılık da pekala temyiz sebebi yapılabilir, bozma sebebi yapılabilir. Çünkü bizde tecrübe kuralları ve mantık kuralları da aslında geniş anlamda hukuk kurallarının içindedir. Öyle ki, ispata ilişkin olarak fiilî karineler açıkça tecrübe kurallarından çıkar, başka bir yerden çıkmaz. Yani, fiilî karinelerden hareketle ispatın kabul edildiği bir sistemde bu hukuk dışı şeylerden hareketle –o zaman– ispat kabul ediliyor sonucuna varırız. Fiilî biz hayat tecrübesi kurallarını genel anlamda hukuk kurallarından saymaz isek. Dolayısıyla hayat tecrübesi kurallarına göre karar vermekte hata edilmişse veyahut tecrübesiz kuralları değerlendirirken hata edilmişse, bu da pekala hukuka aykırılık temyiz sebebi içinde bozma sebebi yapılabilecektir.

Diğer taraftan, meseleyi maddiyenin takdirinde hata dediğimizde, acaba sadece delillerin takdiri mi anlaşılacaktır? Yoksa, maddî mesele dediğimiz, yani iddia konusu ispata konu olan vakıaların ispat ameliyesinden sonra, daha doğrusu delillerin değerlendirilmesi ameliyesinden sonra yapılacak olan tavsifi, yani *autlamaya* esas değerlendirilmesi. Bu olayda nasıl değerlendiriyoruz? Nasıl tavsif ediyoruz? Hukuki tavsifi... Ondan sonra da ne geliyor; hukuk kuralının yorumlanması ve o somut olaya, tavsif edecek olaya uygulanması aşaması geliyor *autlama*. Dolayısıyla meseleyi maddiyenin takdirinde hata, her halükârda hukukun doğru uygulanmamasının içindedir diye düşünüyorum. Yani, maddî meselenin yanlış takdir edilmiş olması, tavsif edilmiş olması. Diğer taraftan, hukuki meselenin yanlış yorumlanıp olaya uygulanmasıyla eşdeğerdedir hukuka aykırılık bakımından.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Muhammet Bey.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben öncelikle sürekli yanlış algılanan ya da ifade edilen birkaç noktaya dikkat çekmek için söz aldım. Gerçi bunları birçoğumuz biliyoruz; ama tutanaklara da geçtiği

ve yayınlanacağı için, okuyanlara faydalı olur ve bir yanlıştın önüne geçilir diye düşünüyorum.

Birincisi, istinafla ilgili eleştirilerde sürekli Baki hocanın bu 1960'lardaki makalesinden söz ediliyor. Hoca, bu makalesinde özellikle istinaf için henüz alt yapı, personel vs. diğer konularda hazırlık olmadığını o an için erken olduğunu belirterek bazı noktalara dikkat çekmişti. Ancak, bu eleştiriler 1960'lar için geçerliydi. Artık kayıtlı olduğu için tam tarih vererek söyleyeyim -Haluk Hocam da ne söyleyeceğimi tahmin ettiği için oradan gülüyor zaten-. "İkinci Usûl Hukukçuları Toplantısı"nda, Halûk hocanın sunduğu tebliğ sırasında ve sorduğu soru üzerine, istinafla ilgili olarak Baki hocanın açıkladığı görüşü var. Baki hocamız diyor ki, beni karşı görüşü temsil eden kimse olarak görmeyin, söylenenler 40 yıl önceydi. Bence, bu soru ve cevap oldukça önemliydi. Sayfa numarasını da vereyim, İkinci Usûl Hukukçuları Toplantısı kitabı sayfa 23'te bununla ilgili hususlar var. Yani, artık bunu, istinaf karşı görüşler için ikide bir gerekçe olarak göstermekten vazgeçmek gerekir. Bizzat makalenin sahibi değerli hocamız artık eskisi gibi karşı değilim diyor ki, o tarihteki eleştirisi de eksikliğe yönelikti daha çok. Bilerek veya bilmeyerek bu husus çok sık dillendirildiği için belirtme ihtiyacı hissettim.

İkincisi, biz istinafin kabulüyle birlikte geriye gidiyoruz, eski hukuka dönüyoruz diye bir eleştiri var. Bu da, külliye yanlıştın bir şeydir. Onun için de, *Usûl Hukuku Dergisi MİHDER*'in 2007/1 sayısına bakmak yeterli. Kanunlar Genel Müdürlüğü'nden hâkim Osman Çalışkan'ın yazısına bakmak lazım. Özellikle ben Osman beyden rica etmiştim bu konuyu. Çünkü kendisi bu konuda Türkiye Büyük Millet Meclisi tutanaklarında, iyi bir tutanak taraması yapmış. İstinaflar kaldırılırken tutanaklara geçen kayıtları bulmuş. İşin özü şu: O tarihte (yani Cumhuriyetin kuruluşunda), tek hâkimli olan yerel mahkemenin, yani ilk derece hakiminin kararı, üç hâkimli istinafa denetlettirilmiş, onun kararı da daha sonra beş hâkimli Yargıtay Dairesi tarafından denetlenmiş. Fakat istinafin, değişik sebeplerle -orada var, şu anda zamanı almamak için girmiyö-

rum- faydası görülemeyince ve o tarihteki şartlar sebebiyle istinaftan vazgeçilerek özetle şu denilmiştir: *"Tek hakimli olan asliye hukuk mahkemelerini üç hâkimli yapalım, istinaftaki toplu mahkeme görevini görsün. Böylece ilk derecede, istinaf gibi toplu mahkeme tarafından inceleme yapılır, istinafın kaldırılmasının sakıncaları da bertaraf edilir. İlk derecede üç hakimin verdiği karar da, Yargıtay da beş hâkim tarafından temyizde denetlenir. Ne zaman ki şartlar oluşur, tekrar o hale, yani ilk derece tek hâkim, istinaf üç hâkim, temyiz beş hâkimli hale döneriz denilmiştir".* Ancak, istinaftan sonra fiilen ticaretler hariç, asliyeler hep tek hâkimli çalışmış. Dolayısıyla, sadece yani bu yanlış anlaşılmalarda kayda girsin diye söylüyorum. Geri gidiş falan da yok; olan hadise gayet teknik ve o günkü şartlar içinde değerlendirilmeli. Bir de istinaflar o tarihte güle oynaya kaldırılmış değil, hatta istinaf kaldırılırken sakıncası düşünülerek ilk derecedeki asıl mahkeme olan asliyeler, toplu mahkemeye dönüştürülmüş.

Bir başka yanlış bilinen husus da, özellikle uygulamacılardan, özellikle de hâkimlerden gelen, karşı olanların söylediği bir husus: *"Dünyada istinaf kalkıyormuş, bizde niye geliyor?"* sözü... Ben bu tarz şeyleri şuna benzetiyorum: Türbelere çaput bağlayıp, hurafeler uydurmaya benziyor. Önce biri doğru olmayan, bilimsel temeli bulunmayan, araştırmaya dayanmayan bir söz atıyor, ardından birileri de ona atıf yaparak bu sözü, rivayet şeklinde dolaştırıyor. Bu, deyim yerindeyse hukukî tevatür. *"Dünyada istinaf kalkıyormuş"*... Ben de o çalışmanın içinde bulunduğum için biliyorum, Bakanlıktaki istinaf eğitimi sırasında da çok sık soruldu bu soru, özellikle hâkimler tarafından. Yani, neredeyse her iki hâkimden bir tanesi bu soruyu sormaya başladı. Toplantılara katılan yabancı hukukçular, istinaf ve temyiz hâkimleri vardı. Onlar da dönüp bana soruyordu: *"Nereden çıktı, Türkiye'de niye böyle bir kanaat var?"* diye. Fransa, İsveç, Hollanda istinaf ve temyiz mahkemelerinden hâkimler. *"Yok böyle bir şey, nereden çıkartıyorsunuz? Biz yüzyılı aşan süredir uyguluyoruz, bir takım değişiklikler düzenlemeler var; ama kaldırmak kimsenin aklına gelmedi."* dediler. Özellikle de bir gün Yargıtay'daki bir toplantıda, eski bir Yargıtay üyesinin: *"Muhammet bey, yani dünyada istinafın kalktığına ilişkin sizi ikna*

edeceğim..." tarzında ısrarla beni ikna etmeye yönelik bir şey söylediğini hatırlıyorum. Bu, şuna benziyor: Taşı havaya atacağız, şimdiki hepimiz oylama yapacağız, diyeceğiz ki taş havada durur. Durur mu, durmaz mı? Yerçekimi var, bilime aykırı bir şey, durmaz yere düşer. Yani, bilime aykırı şeylerde fazla iddialı olmamak gerekir, bu tür şeyler ikna ile olmaz, hukukî ve bilimsel dayanak bulmak lazım. Bilimsel yöntemlerle bir şeye karşı olmak başka şeydir, sübjektif değerlendirme veya geçerliliğini yitirmiş bilgilerle ve tevatürlerle karşı olmak başka şeydir. Birincisine saygı duyulur ama ikincisini dinlemek zaman kaybıdır ve yanıltıcıdır.

Tüm bunlardan sonra, bana göre istinaf konusunda, şu ana kadar hiçbir kanuni düzenleme konusunda hazırlıklı olmadığımız kadar hazırlıklıyız. Neden? Çünkü kanun çıkmalı dört beş yıl oluyor. Hani, hep özellikle Almanları örnek vererek, beş yıl önce kanun çıkartıp, beş yılda şerhler, kitaplar yazarlar, toplantılar yaparlar, uygulama bu konuda bilgilenir, birilerini de yetiştirirler, ondan sonra kanun yürürlüğe girer derdik. Biz dört beş yıl önce kanunu çıkardık. Türkiye’de hiç yapılmayan bir şey yapıldı. 1.000 hâkim ve savcı eğitildi, bizatihi ben içinde yer aldım, şahit oldum, birçoğuna da katıldım. Bu çok önemli bir gelişme. Hâkimlerin eğitilmesi yetmedi, bir de Bakanlık yardımcı personelin de -benim bildiğim Bakanlık tarihinde ilk defa- yine eğitimi yapıldı. Bunlar da hazırlandılar. Çok sayıda olmasa da kitaplar, makaleler yazıldı, toplantılar yapıldı ve şimdi olduğu gibi yapılıyor. En az hazırlıklı olan ise barolar ve avukatlar. Yani, belki hâkimler eğitildi; ama dilekçe yazacak, işi takip edecek avukatlar nasıl istinaf dilekçesi yazacaklarını açıkçası bilmiyorlar. Bu da işin komik tarafı denilebilir: Bu bilgi eksikliği ile tek çare karşı çıkmak oluyor bazen. İnsan bilmediği anlamadığı şeyden korkar çünkü... Bir de durup dururken iş çıkacak...

Son olarak, bir konuda ben farklı bir şekilde düşünüyorum: İstinafta iki tane sistem var: Bir tanesi, dar istinaf, ikincisi geniş istinaf. Dar istinaf daha çok kontrol ağırlıklı, yeniden yargılama biraz ikinci planda gibi. Geniş istinaf ise, vakıa denetiminin çok

daha fazla ağırlıklı olduğu, hatta yargılamanın adeta baştan tekrarlandığı bir istinafa ifade etmektedir. Doğru, ilk başta istinaf bu haliyle -yani geniş istinaf şeklinde- çıkmış ve gelişmiş; hem tarihi sebeplerle hem hukuki sebeplerle. Bugün ise, geldiğimiz noktada dar istinaf dünyada daha çok gittikçe kabul görmekte. Hatta bazı ülkeler o eski geniş istinaftan yavaş yavaş bu dar istinafa dönüyorlar ki, bana göre de daha doğru.

Şimdi, dar istinafın kabul edilmesi demek, istinafın olmadığı veya küçük temyiz mahkemelerinin olduğu -Süha hocamla bu konuda sürekli tartışıyoruz, belki şimdi yine içinden bana kıızıyordur niye öyle diyorsun diye- ama...

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Adını doğru koymak lazım. Ben onu söylüyorum.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet, ama ben şöyle düşünüyorum: İstinafın, daraltılmış ikinci sisteminin kabul edilmiş olması, istinaftan vazgeçildiği anlamına gelmez veya onu temyize dönüştürmez; zaten o zaman dar istinaf diye bir tanım da olmaz. Burada şuna bakmak lazım: İstinafın sonunda istinaf mahkemesi ne yapmaktadır? Karar vermektedir. Az çok denetimli veya az çok yargılmalı bir karar vermektedir. Doğru veya yanlış, hem ilk derece mahkemesinin kararını denetleyerek hem de davanın gerekirse kısmen kabulüne, kısmen reddine karar vererek. Temyiz mahkemesi bunu yapmakta mı, yeni bir karar verebilmekte mi? Hayır.

Yalnız, tabii burada başka bir şey var, bazen bazı kitaplar da ve makalelerde de belirtilmekte, istinaf, bozma ve onama kararı verir denilmektedir. Özellikle uygulamacıların buna çok dikkat etmesi lazım, sonunda istinaf mahkemesi bozma veya onama kararı vermez. Bazen yerel mahkeme kararını tasvip edebilir, doğru bulabilir. Ama bu, hiçbir zaman teknik anlamda Yargıtay'daki onama anlamına gelmez. Ne şekil ne de içerik olarak bir onama kararıdır. Bozma kararıyla istinaftaki kararın ise, teknik olarak benzerliği yoktur.

Evet, bazı eksikliklerimiz var, ama ben şu andaki istinaf hükümleri ve düzenlemesi hakkında -ki o kanun komisyonunda ben yoktum, o yüzen daha rahat söylüyorum; sadece daha sonra istinafla ilgili değişik çalışmalarda bulundum- şunu söyleyebilirim: İçine girdikçe fark ettim, ufak tefek bazı şeyleri düzelttikten sonra, bana göre çok iyi bir istinaf sistemimiz var. Hatta belki abartı sayabilirsiniz; ama bugüne kadar araştırdığım ve bilgim çerçevesinde bildiğim belli başlı sistemlere göre söylüyorum, bana göre dünyadaki belki de en iyi istinaf sistemine sahibiz. Çünkü ne kadar basit o kadar iyi ilkesi burada geçerli. Ben, benim bilgim dahilinde olan, epey de araştırdım kendimce, bizimki kadar basit bir istinaf sistemi yok. Dolayısıyla ne kadar basit, o kadar iyi ilkesini uygularsak, en iyi istinaf sistemi bizim istinaf sistemimizdir diyebiliriz. Hem amaca uygun hem basit ve kolay, anlaşılır. Hatta diyebilirim ki, müstakbel kanun yolu sistemimiz, mevcut kanun yolu sisteminden daha basit, kolay ve anlaşılır ve de mantıklı. Şu andaki sistemin kendi içinde bazı çelişkileri var zaten...

Teknik bir iki hususa da değinmek isterim. Özellikle, vakıaların ileri sürülmesi çok eleştiri alan bir şey, yabancı hukuklarda da çok tartışılan bir husus: Yeni delil ve yeni vakıa getirme meselesi. Yeni delil konusunda, kanunumuzda açık hükümler var. Yani, mazeret varsa, daha önce ileri sürülemediyse, buna benzer durumlarda vakıalar yeniden getirilebilir. Yeni vakıa konusunda açıklık yok. Fakat orada da bir hususa dikkat çekmek isterim: Daha önce ileri sürülmemeyen vakıalar, yani bilinip de sürülmemeyen vakıalar, daha sonra ileri sürülemez. Ancak daha önce ileri sürülmesi mümkün olmayan, ileri sürülemeyen, sonradan ortaya çıkan vakıaların ileri sürülebilmesi lazım. Çünkü bu vakıa, yeni ortaya çıkmış veya öğrenilmiş. Bugün Yargıtay dahi, o sırada ortaya çıkan vakıaları veya ileri sürülmesinde kabul edilebilir engeller bulunan vakıaları temyiz aşamasında kabul edebilmektedir. Dolayısıyla ilk derecede ileri sürülemediği vakıaların, istinafta haydi haydi ileri sürülebilmesi gerekir diye düşünüyorum.

İstinafın şöyle bir faydası da olacak kanaatimce: Meslek etiği ve meslekteki kariyer ilerlemesi açısından da, hâkimler bakımından ben istinafın çok önemli olduğunu düşünüyorum. Bugün Yargıtay'a üye seçilmenin ciddi objektif bir kriteri yok. Belirli şekli kriterler var, 45 yaşını doldurmak, belirli yerlerde görev yapmak, belirli derecede olmak gibi. Onun dışında, tamamen takdiri değerlendirmeye dayanıyor; daha bilgili ve uzman olanların Yargıtay'a seçilemediğini, daha az ehil olanların seçilebildiğini sıklıkla görüyoruz. Ancak, istinaf gelirse, eğer bu takdirilik ve keyfilik çok azalacak. Çünkü Yargıtay üyeleri, gerekirse istinaf hâkimleri arasından seçilecektir. Bunun çok yararı olacaktır. Belki 10 bin tane hâkimden, 250 tane Yargıtay üyesinin arasına girme şansı çok azdır. Fakat 1.000 tane istinaf hakiminin arasına girmek için çok daha fazla gayret gösterecektir çalışkan ve bilgili hâkimler. Bu daha az sayıdaki istinaf hâkimi -ve belirli ölçüde ilk derece hakimi- arasından Yargıtay üyesi seçmek hem daha kolay hem de daha objektif olacaktır. Bunun mesleki kariyer bakımından da çok ama çok önemli olduğu kanaatindeyim.

Kendimce bir kamuoyu yoklaması yaptım denilebilir, zaman zaman da soruyorum bu konuda hâkimlere. Çıkardığım sonuç: Yaşlı hâkimler istinafa karşılar, ne yapacağız, niye öğreneneceğiz, mevcudu değiştirmemek lazım diye. Hatta Yargıtay'ın üye sayısının iki üç katına çıkartılmasını savunanlar dahi oldu konuşurken. Zaten 250 Yargıtay hâkimini izah edemiyoruz, bir de bunun iki üç katına çıktığını düşünün. Ama genç hâkimlerin önemli bir kısmı, bu işe taraftarlar; bir kısmı da ne olur olmaz diye seslerini pek çıkarmıyor, ama sordukları sorulardan vs. anlıyorsunuz taraftar olduklarını.

Bir de, istinafla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına burada dikkat çekmekte fayda var. Bu kadar savunduktan sonra, bunu da söylemek doğru olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, istinafın adil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olmadığını; ancak adil yargılanma için çok önemli ve faydalı bir şey olduğunu söylemektedir. Mahkemenin bu konuda Belçika'ya, İngiltere'ye ilişkin karar-

ları var. Ayrıca, istinaf uygulandığında da, şüphesiz ki istinafın da adil yargılanma kriterlerini uygulaması zorunludur.

Biraz uzun oldu, hepinize çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Muhammet beye teşekkür ediyoruz.

Birkaç şey söyleyeceğim dedi; ama genellikle benim itham edildiğim bir davranış biçimiyle ben de onu itham ediyorum, otomatik olarak bir korsan tebliğ sunulmuş oldu. Her söz alan korsan tebliğ verirse, tabii diğer konuşmacı arkadaşlarımıza sıra gelmez.

Aramızda Bakanlık temsilcisi Yüksel Hız bey var. Doğal olarak burada dile getirilen birtakım eleştirilere idarenin temsilcisi sıfatıyla cevap verme ihtiyacını hissetmiştir. Kendisine söz vermek istiyorum.

Yüksel HIZ (Adalet Bakanlığı Temsilcisi-Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı): Hocam, teşekkür ediyorum.

Sabah da Bakanlık Temsilcisi olmam sıfatıyla bana atıf yapıldı. Şimdi de Muhammet hocanın bıraktığı yerden bir şeyler söylemem gerekiyor herhalde.

Ben birkaç noktayı not almıştım. Her ne kadar konuşmama başlarken geleneksel hale getirilen bu toplantıyı düzenleyen ve emeği geçenlere teşekkür ederek başlayacaktım, araya girdi, ama gene de teşekkür ediyorum.

Bu arada, ben aşağı yukarı yedi sekiz yıldır birlikte çalıştığımız hem hukukla ilgili kanun tasarılarının hazırlanmasında büyük emeği olan, başta eski Bakan Sayın Selçuk Öztekin ve Sayın Hakan Pekcanitez başkanlığında, diğer hocalarımızın bütün bu eleştirilerin çok sert ve haksız olduğunu düşünerek, öncelikle teşekkür etmek istiyorum. Belki en son onu söylemem gerekir; ama baştan söylüyorum. Çok büyük özveri ve gayretlerle kendileri ve diğer komisyon üyelerinin her biri Ankara'ya geldi. Hem hukukta hem cezada -yıllardır, Bakanlıkta, Kanunlar Genel Müdürlüğü'nde çalışmam nedeniyle biliyorum- yani "para mı veriyorsunuz ki biz gelelim" diyen çok sayın akademis-

yenimiz de oldu. Dolayısıyla bu bir gönül işi. Bazı hocalarımız komisyonlardaki görevlerinden dolayı, "hükümetin ajanı" olmakla suçlanmasına rağmen, "bu bir devlet işi" diyerek her türlü saldırıya karşı göğüs gererek görevlerini sürdürdüler. Hatta istinafa taraftar olmayı gericilikle bir tutanlar ve eleştirenler oldu. Yargıtay'daki bir konuşmada Hakan hocamın ismini zikretmek istiyorum. Yani, "eğer bu gericilikse ben gericiyim" diyebilecek kadar göğüsleyen bir davranış vardı. Bunun bu şekilde takdir edilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Sabahki konuşmada özellikle çok vurgulandı, tabii ki İstinaf Kanun Tasarısı'nun amacı Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak değildir. Ama bu bir sonuçtur. Dolayısıyla Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak, aynı zamanda bizim dolaylı bir amacımız da. Neden? Çünkü kanun tasarıları mevcut bir tıkanıklığı gidermek amacıyla hazırlanıyor. Şu anda toplumun önünde birçok sorun var ve birçok tıkanıklık var, yargı da bunlardan biri. Yargının önündeki en önemli tıkanıklardan biri de Yargıtay'daki iş yükü. Dolayısıyla içtihat birliğinin sağlanması, kürsüye, mahkemele-re yol göstermesi zorlaşıyor. Bu tabii ki amaç değil, tek başına bir amaç değil, bir sonuç. Ama aynı zamanda amaçlardan biri olarak karşımızda. Bunu vurgulamak istedim.

Süha Hocamın söylediği, bölge adliye mahkemesinin sayısının az olmasına ben de katılıyorum, Bakanlık olarak da katılıyoruz aslında buna. Bizim ilk çalışmamızda, en az bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerler kadar olması gerektiğine inanıyorduk ve bu şekilde bir çalışma yapmıştık. Çünkü bölge idare mahkemeleri de bir anda bu sayıya ulaşmadı, zaman içerisindeki ihtiyaçlar doğrultusunda bu sayıya ulaştı. Zannediyorum 24 bölge idare mahkemesi var, bunun 21 veya 22'si faal. Biz de, 20 veya 21 yerde bunu öngörmüş ve hazırlamıştık projemizi. Hatta benim şöyle bir önerim vardı: Hiçbir vatandaş bulunduğu şehrin, komşusu olan şehirden daha ileri gitmesin. Yani, öyle bir sistem belirleyelim ki, en fazla komşu ile gitsin. Bunun birkaç istisnası oldu, Artvin gibi, işte Trabzon'a gelmek zorunda kaldı, çünkü Rize'ye kuramayacaktık, vesaire. Ama bu bağlamda, biraz önce ben notumu aldım. Şu anki

haliyle bile 9 yerde kurulduğu düşünülürken bile, 109 ceza dairesi, 77 hukuk dairesi oluyor ve her birinde ortalama 4 hâkimin olduğunu düşünecek olursak 753 hâkim. Çünkü, 3+1, komisyon 3 olacak ama, belki 1 tane de yedek olması gerekecek. 4 hâkimden 753 hâkim yapıyor. 109 ceza dairesinde en az 1'er savcı olsa, 109 savcı -ki, belki 2'şer savcı olması tercih edilir- 9 başsavcı, 9 istinaf mahkemesi başkanı, 18 başsavcı yardımcısı filan derken mevcut durumda bile 900 civarında hâkim savcıya ihtiyaç var ve bunlar da ortalama olarak yargı kesiminin orta bölümünü oluşturuyorlar. Birinci sınıf civarındaki hâkimler, bunların hepsi de büyük şehirlerde. Şu anki asliye hukuk, asliye ceza mahkemesi, ağır ceza mahkemelerindeki hâkimlerden oluşacak. Dolayısıyla ciddi anlamda gerçekten bir personel sıkıntısı vardı ve bu nedenle erteleme yoluna gidildi. Ama bunun yanında Muhammet hocam çok açık söyledi, özellikle Yargıtay'ın belki de hukuki olmayan gerekçelerle direnmesi vardı ve en önemli engellerden biri de Yargıtay'dan gelen bu eleştiri ve tepkilerdi. Belki makul bir gerekçe şu idi: Ceza Kanunu yeni değişti, Ceza Kanunu'na ilişkin içtihatlar oluşması gerekiyordu. Ama Sayın Hakkı Dinç ile de daha önce biz çok defa görüştüğümüzde, "Cezada böyle bir talep haklı görülse bile, hukukla ilgili hiçbir talep yok." Hatta kendisinin şöyle bir önerisi olmuştu, ben de çok makul bulmuştum: "En azından hukukla ilgili istinaflar başlayabilir, bir süre sonra ceza ile ilgili de devam edebilir; buna engel bir durum yok aslında".

Bunun dışında, hem bu kanunda hem diğer kanunlara ilişkin eleştirilerden biri, yeniden değerlendirme oranı idi. Hocalarımız hatırlayacaklar, Hakan hocamla biz kendi yaptığımız bir Hukuk Usûlü Muhakemesi Kanunu'ndaki değişiklik tasarısında bunu kaldırmıştık. Ancak Meclis aşamasında ceza ile ve diğer kanunlarda sıkıntı olacağı düşüncesiyle yeniden değerlendirme oranına döndük. Bunun kaldırılması doğru ve haklı, ama ortaya çıktığı dönem enflasyonun yüzde 100'lere vardığı ve pratik bir çözüm gereğinin olduğu dönemdi. Şu anda istikrar bulduğunu düşünürsek, bundan çok rahatlıkla vazgeçebiliriz.

Sema hocamın söylediği gerekçelerin yetersizliği konusuna maalesef katılıyorum. Ama belki de meslektaşlarım adına bir bahane bulmak açısından, eğer iş yükünü azaltıp istinaf yürürlüğe girip iş yükünün azaltılabileceğini düşünürsek, Yargıtay'ın da içtihatlarıyla yol göstereceğini düşünürsek, belki hâkim sayısını da artırabilirsek bu anlamda -ekonomik sebepler engel teşkil ediyor- bu takdirde gerekçeleri herhalde çok daha güzel yazılacaktır diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Yüksel beye teşekkür ediyoruz. Buyurun Hakkı bey.

Hakkı DİNÇ (Yargıtay 2. HD Onursal Başkanı): Değerli arkadaşlar, ben Haluk Hocamın özellikle 2. Hukuk Dairesi'nin kararlarına atıf yapması sebebiyle belki birkaç noktada açıklama yapmak istiyorum izin verirseniz.

Şimdi, bu kamu düzeni bizim hukuk hayatımızda yeni bir kavram değil. Yargıtay olsun, diğer hukukçular olsun, bunu genelde tariften de kaçınmışlardır, bilerek yapmışlardır, Yargıtay da bunu bilerek, bu kavramın içine katı kalıplarla doldurmak istememişlerdir. Bunun amacı, zaman içerisinde değerlendirmektir, çünkü hukuk yaşayan bir şey.

Şimdi, 2. Hukuk Dairesi 1988 senesine kadar boşanmayla ilgili kararlarında hep "Boşanma kamu düzeniyle ilgilidir" sözcüğünü kullandı. Zaman zaman bu eski kararlardan gelme alışkanlık, hâlâ bugün layihalarda da yerini almaktadır. Ancak, biz 1988 yılında -yanılmıyorsam 3444 idi numarası- o Kanun'la boşanmayla ilgili hükümlerde değişiklik yapıldı. Eski 134'e iki ve üç bentleri eklendi. İkinci bent şöyle: Bir boşanma davası açılmış, öbürü gelmiş boşanma davasını kabul etmişse, hâkim boşanmaya karar verir. Düşündük arkadaşlarla, dedik ki: Mademki taraflar böyle bir hukuki işlem konusunda serbestçe tasarruf yapabiliyorlar, bunun kamu düzeniyle bir ilgisi kalmadı ve biz gerçekten o tarihten bu yana bu kamu düzeni lafını hiç kullanmıyoruz. O tarihten bu yana kararlarda bir tane kamu

düzeni lafı yoktur. Bu yanlış mı olmuştur? Bana göre doğru olmuştur. Doldurmamak da doğru olmuştur. Ama onun yanında, mesela soy bağıyla ilgili davalar, babalık davası, nesep, velayet, vesayet, kayınlık, buna benzer davalarda taraflar bu dava üzerinde serbestçe tasarruf yapamıyorlar. Yani, sulh olmaları, birinin davayı kabul etmesi, sonucu etkili değil. Hâkim kendiliğinden "Yok, ben şunu inceleyeceğim, gerçeği bulacağım" diyor. Ee, burada ne oluyor? Hâkim kendiliğinden hareket etme imkânına sahip oluyor. İşte burada biz bu davranışını kamu düzeni olarak niteliyoruz. O itibarla, bir kavram karışıklığı da ileride yaratmayacaktır. Yargıtay'ın bir alışkanlığı vardır, istinafta da bu aynı durum söz konusu olacaktır. O halde bir mesele istinafa geldi veya istinaftan temyize geldiyse ve orada hâkimin tasarruf edemeyeceği bir konu varsa, kamu düzeninin bozulacağı veya sistemde değişiklik yaratılacağını düşünüyorsa hem istinaf hâkimi hem temyizdeki arkadaşlarımız buna müdahale edebileceklerdir.

Şimdi, bir de şunu vurgulamak istiyorum: Yasaya aykırılık ayrı bir konu, kamu düzenine aykırılık ayrı bir konu, 2675 sayılı Kanun'da ifadesini bulan kamu düzenine açıkça aykırılık ayrı bir konudur. Bir konu yasaya aykırı olabilir. O kadar yasaya aykırı kanunlar, kararlar var ki, taraflar temyiz etmiyor, pekala da kesinleşip gidiyor. Bunu biz görsek bile, belki sabahleyin de bir cümle ifadesini buldum, yanlışlığa işaret edip yetiniyoruz, ama işin esasına dokunmuyoruz. Kamu düzenine aykırılık bu nitelikte. Ama 2675'e geldiğimiz zaman orada kamu düzenine aykırılık da değil, kamu düzenine açıkça aykırılık. Onu da kararlarımızda açıkladık. Orada diyoruz ki, devletin temel yapısını değiştirir nitelikte ise kamu düzenine açıkça aykırılık vardır. O nedir? Örnek veriyorum: Filan yer belediye başkanı bir boşanma kararı vermiş, o kararın tenfizi isteniyor, belki Yargıtay buna karşı çıkabilir. Çünkü mahkeme kararları tenfiz edilebilir. Yani, bunu bu nitelikte yorumlamak lazım.

Sema hanımın bir tereddüdü vardı, o da şu: Yargıtay kararları gerekçeli olmalı. Bu arkadaşımızın, birçok arkadaşımız her toplantıda bu gündeme gelir, Yargıtay'ın kararları yeterli

gerekçe ihtiva etmiyor. Ben buna katılıyorum, katılıyorum da yine geldik sabahki iş yoğunluğuna. Bu kadar işin içerisinde, hele hele şu onama kararlarına da gerekçe yazmak insafla bağdaşır bir tarafı yoktur. Yoksa hepimiz bundan rahatsızız. Çünkü iş sahibi şöyle diyor: *"Allah rızası için, yahu birer cümle olsa bile şu dediklerimize evet ve hayır deyin. Yine sonucunda ne karar verirseniz verin."* Ben bunu saygıyla karşılıyorum, ama inanın 40 bin dosyaya bakan bir arkadaş, bir daireden, bu beklenebilir mi? Sorun buradan kaynaklanıyor.

Bir de şu var arkadaşlar: Bizde bir alışkanlık var, formül kararlar. İçtihatlar bizi kolay düşünmeye sevk ediyor. Çünkü bir yerde bir içtihat varsa, zaten belli yerden başlıyorsunuz, geriye gitmiyorsunuz. Yıllardan beri uygulanmış. Bu, toplumda rahatsızlık vermeyecek, hukukçular açısından herkesçe kabul edilebilen kurallar bunlar. Bir içtihat sıkıntı yaratmıyorsa, kararın gerisini oradan başlıyorsunuz oluşturmaya. Bu bir kolaylık sağlıyor. Ama formül kararların bir faydası da şu oluyor: Bir kararı yazarken tek kişi yazmıyor bunu, dairede yedi arkadaş var, yedi arkadaş da herkesin kendine göre bir tarzı var. Şimdi, siz yazıyorsunuz aynı meseleyi bir türlü ifade ediyorsunuz. Bir başka arkadaş yazıyor, aynı konuyu başka türlü ifade ediyor. Ama orada bir kelime var ki değişik anlama da gelebiliyor. O, hukukla meşgul olan kişiler üzerinde değişik anlamlara gelebiliyor, yorumlanabiliyor, hâkimler tereddüt edebiliyor. Bu formül, kararlarda hem yazma kolaylığı sağlıyor hem de bu aykırılıkları ortadan kaldırmaya matuf oluyor. Bunu her işe de kalıp halinde oturtmak; tabii ki ben ona karşıyım. Ama uygulama bundan ileri gelmektedir.

Bir şeyi daha açıklamak istiyorum: Acaba, bu maddî meselelerin takdiri Yargıtay'da bir defa daha değerlendirilmeli midir? Çünkü diyoruz ki tanığı dinleyen mahalli hâkim, keşfi yapan o, meseleyle yüz yüze gelen o ve o dururken, o beyaz dedi, siz niye buna siyah diyorsunuz. Gerçekten bu genel kurullarda çok tartışılan bir konu. Fakat kararı incelerken şöyle bir durumla karşı karşıya geliyorsunuz: Hâkim beyaz beyaz götürüyor, sonunda diyor ki siyah. Şimdi diyorsunuz

ki, bu olmadı. Arkadaşlar, bu kararlar bir müzik parçası gibi, başından sonuna kadar bir ahenk içerisinde. Dava dilekçesi, cevap layihası, repliki, dubliki, keşfin yapılması, şahitlerin dinlenmesi, değerlendirilmesi, kararların yazılması, tebliğ, işin temyiz aşaması. Burada bir kopukluk olduğu zaman bu karar olmuyor. O zaman siz diyorsunuz ki: Hayır, bu değerlendirme buraya kadar tamam, ama bu değerlendirme yerine oturmadı. Bu, bundan kaynaklanıyor.

Acaba şimdi istinaflar faaliyete geçtikten sonra ne olacaktır? Ben öyle zannediyorum ki bu yol yine de kapanmamış olacaktır. Niye kapanmayacaktır? Çünkü, 437'nin üçüncü bendi diyor ki: "*Tarafların gösterdiği delillerin kanuni sebep olmaksızın kabul edilmemesi*" Yine arkadaşlarımız -ben artık o şansını yitirdim- diyecekler ki: Bu buraya oturmadı. Bu kanaatteyim.

Bu vesileyle tekrar hepinize teşekkürlerimi arz ediyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyorum. Buyurun Nevhis hanım.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sabahki bazı tartışmalara benim cevap verme hakkım olmadı.

Sayın Pekcanitez ile bu yeni vakıa getirme meselesi üzerinde kısa bir hususu görüşmek istiyorum.

Şimdi, sistemleri birbiriyle karşılaştırsak, ilk derece yargılamasında bizim örnek aldığımız, esas aldığımız sistemlerde hangi esaslar geçerli? Teksif ilkesinden, bilindiği üzere, söz etmiyoruz. Yazılılık ilkesi. Bizde usûl muamelelerine yönelik ilke, bildiğiniz üzere yazılılık ilkesi. Yazılılık ilkesini kabul eden, bildiğiniz üzere, çok az sistem var. İsviçre'deki bazı sistemler. O hep gündeme getirdiğimiz teksif ilkesi, eventual maksimede, bunu tamamlayan ilke olarak karşımıza çıkıyor. Bugün ne Avusturya'da ne Almanya'da hiçbir kul teksif ilkesinden ilk yargılamada bahsetmiyor bildiğiniz üzere, *konsan-*

trasyonsgrundsatz, yani davanın yoğunlaştırılması ilkesinden söz ediyor.

Şimdi, bizim her şey ayrıntıda gizli. Çok basit bir sistemimiz var, çok iyi işleyecek. İyimser olmak çok iyi tabii, ama biz de kötümser bakmak durumundayız, eleştirel bakmak, mevcut sistemdeki hataları ortaya çıkarmak için. Eğer uygulamada istinaf sebebini haklı kılan yeni vakıa ve delillerin ikamesine dahi izin verilmezse, daha çabuk işi bitirmek için, bunu dahi engellerse, hiç bundan verim alacağımıza inanmıyorum.

İkinci olarak, tabii bu sahte yeni vakıa, gerçek yeni vakıa ayrımı var. Bunlara da girmek istemiyorum. Ama teksif ilkesini sanki kanun yollarında geçerli bir ilke imiş gibi sunulması bir kere temelden yanlış. Çünkü bilindiği üzere, bu yazılılık ilkesinin tamamlayıcısı olarak çok az kantonda, bir iki kantonda hâlâ muhafaza edilmektedir ve "*eventual maksime*"nin teksif ilkesini günümüz Avrupa hukukunda nefret edilen bir ilke olduğunu size söyleyebilirim. Ama biz buna diyoruz ki: Sistem bu, ilk derece yargılamasını değiştiremeyiz. Çünkü eğer ilk derece yargılamasını değiştirirsek sözcülük ilkesine geçmemiz lazım, yoğunlaştırma ilkesine geçmemiz lazım. Temelden bir değişiklik yapmamız lazım.

Onun dışında, kamu yararı meselesi tartışıldı. Bence bu da kanun yolunun amacıyla doğrudan bağlantılı. Bir kere yabancı hukukta ne görüyoruz? Sürekli istinafın gerekçelendirilmesinden söz ediliyor. İstinafın gerekçelendirilmesinden söz edildiği için de, buna çok uzun bir zaman dilimi tanınmış. Onun Türk hukukunda bir talihsizlik olarak görüyorum, ondan söz etmek istiyorum. Yani, bizde istinaf ne demek? Kararı alacak, istinafa başvuracak. İstinafı gerekçelendirmek çok önemli bir taraf usûlü muamelesi. Bu taraf usûlü muamelesini biz ciddiye almamışız ki, çok kısa bir süre öngörmüşüz.

Şimdi, niye sebeplerini kendi göstermesin? Sebeplerini kendi gösterecek. Efendim, çok ağır unsurlar varsa ve bozmayı gerektirirse kamu düzeninden bozulsun deniyor... Böyle bir kamu düzeninden bozulma meselesine mevcut sistemlerde ben

rastlamadım. Ancak şundan çok söz ediliyor: Yargılamanın yenilenmesini gerektirecek kadar ağır usûl muameleleri çok önemli bir sebep. Yani, kamu yararının içini maddî hukukla doldurmayalım bence, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek kadar ağır usûl hataları var, fakat taraf bunu istinafin gerekçelendirilmesinde kullanmamışsa, o takdirde... Yani, usûlidir bu. Tanıma ve tenfizde kamu yararı başkadır, tahkimde kamu yararı başkadır. Hukuki menfaat gibidir, kurumun içeriğine göre değişen bir husustur. Bence bunun çok fazla egzajere edilmesi, istinafin -temyizin demiyorum- aslı amacı olan taraf menfaatlerine hizmetle de çelişir. Çünkü taraf gösterecektir. Rahatsız olmuyorsa, yani hukuka aykırılıktan neden bunu biz resen göz önünde tutalım bu yönden şey yapalım.

Bunun dışında, son bir hususa değinmek istiyorum. Gerçekten de kanun yolunun amacı tartışılırken sürekli temyiz kanun yolunun tarihçesi, yüksek mahkemelerin tarihçesine gönderme yapmanın ne kadar isabetli olduğunu gerçekten bilemiyorum. Neden? Çünkü günümüzde bireysel hukuki korunma çok ön planda. Bugün hangi Alman, Avusturya ve benzeri usûl kitaplarını açsanız, etkin hukuki korunma ve bireysel hukuki korunmadan bahsediyor. Bu budur. Dolayısıyla temyiz orada Fransız Yüksek Mahkemesi nedir? Fransız Yüksek Mahkemesine kolay kolay hiç kimse çıkamaz, oranın avukatları bile özeldir. İctihat mahkemesidir. Yani, mabet gibi bir yerdir. Şimdi, orada tabii ki hukuk birliğine ve gelişmesine hizmet eden bir kurum olarak ortaya çıkacaktır. Fakat, biz bu yeni kurmakta olduğumuz ve dar istinafin kabul edildiği istinaf mahkemelerinde: Efendim, sadece objektif hukukun temini, hukuk birliğinin sağlanması amacına yönelik deyip, bütün taraf menfaatlerini bir tarafa koyarsak, inanın biz günümüz yargılama hukuku anlayışıyla tamamen çelişen ve demokratik hukuk sistemiyle de tamamen çelişen bir noktaya geleceğiz.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkürler. Mustafa bey, buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Çok kısa üç noktayı vurgulamak istiyorum, onun için söz aldım.

Birincisi, Sema hocamın tebliğinden anladığım bir husus var, belki yanlış olabilir ama onu aydınlatmak lazım. 426/i maddesi temyizde de uygulanan 432'nin atfıyla, başvuru hakkından feragat. Şimdi, bu maddeye göre taraflar ilamın kendilerine tebliğinden önce temyiz yoluna başvurma hakkından feragat edemez. Bu yeni bir hüküm değil aslında, bu mevcut fiili uygulamanın kodifiye edilmiş hali. Çünkü şu an Yargıtay'ın kararlarına göre tebliğden önce feragat geçersiz. Evet, hüküm tefhimle varlık kazanır, bu doğru; ama tefhimden sonra, tebliğden önce feragati Yargıtay kabul etmiyor. Ben özellikle yakın zamanda, bundan bir iki ay önce Yargıtay'ın birkaç bozma kararını gördüm, karar taraması yaparken. Bu sebeple bozma kararları var. Dolayısıyla bu Yargıtay'ın kararlarını, içtihadını hukukileştiren bir kanun maddesi.

İkincisi, bu içtihadı birleştirme kararları hakikaten çok önemli. Bölge adliye mahkemelerine ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri yürürlüğe girdiğinde daha da önem kazanacak. Hakan hocam da ona işaret etti, benim de vurgulamak istediğim bir husus, şimdi Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesine göre, bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyuşmazlık olursa, bu uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu veya Ceza Genel Kurulu'nda içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilir. Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi bu imkânı, kişileri de tanıyor, gerçek kişileri de, ama ne yazık ki böyle bir uygulama hukukumuzda yerleşmiş değil. Yargıtay 1. Başkanlığı'na bu tür başvurularda bulunduğumuzda, Yargıtay 1. Başkanlığı bir, bir buçuk yıl sonra matbu bir dilekçeyle cevap veriyor: *"İlgili dairelerden görüş alınmıştır, içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir."* Halbuki çok açık farklılıklar var. İşte, Yavuz Alangoya hocanın tahkimle ilgili kitabının tahkimle ilgili bölümünde çok güzel bir örnek var, sanıyorum hoca 2000 yılında başvurmuş ve aynı şekilde

cevap verilmiş. Ben, 2002’de bir başvuruda bulundum, bu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bir kararı var, iş mahkemelerine katılma yoluyla temyizize izin vermeyen. O da aynı gerekçelerle icra mahkemelerinde izin veriyor, iş mahkemelerinde izin vermiyor. Bunun da bir tezat oluşturduğu, benim kanaatimce, açıktır. Buna da başvurudum, bir, bir buçuk yıl sonra iki satırlık bir dilekçe geldi, “ilgili dairelerden görüş alındı, gerek olmadığı” yönünde, ama gerekçe yok.

Bölge adliye mahkemeleri de yürürlüğe girdiğinde içtihatların birleştirilmesi yolu daha da önem kazanacak. Bu yüzden bu yolun genişletilmesi lazım diye düşünüyorum.

Son olarak da, kanun yararına temyiz fevkalade önemli bir konu kanımca. Kanun yararına temyizizin de geliştirilmesi lazım. Dilekçe veriyoruz, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü veya Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’ne dilekçeler gidiyor, gelen cevap: Adalet Bakanlığı lüzum görülmediği şeklinde bir cevap veriyor. Ben bunun gerekçesini anlayamadım, yani Adalet Bakanlığı kendisi mi denetim yapıyor bu hükmün kanun yararına aykırı olmadığına dair? O zaman Yargıtay denetiminin önünde bir engel mi var?

Bir de, icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yararına temyiz yolu kapalı. Bunun sebebi de, kural olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi. Ama ben bunun da tartışılması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü kamu yararına temyizizin en büyük amacı, benzer hataların, mahkeme kararlarındaki yanlışlıkların tekrarının engellenmesi. Bu icra mahkemeleri için de kanımca geçerli. Bu yüzden, bu kuralın da sorgulanması gerektiği kanaatindeyim.

Arz ederim, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın hocam

Doç. Dr. Halûk KONURALP (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Öncelikle Sayın Atalay'ın sözünü ettiği konuyu, yani sebebe bağlı temyiz incelemesinin istisnası olarak kamu düzeni kavramı ve bunun başvuru olduğu takdirde sadece *"Bu karar kamu düzenine aykırıdır"* demek suretiyle böyle bir imkânın sağlanıp sağlanamayacağı.

Az önce, bir iki saat önce bu konudaki görüşlerimi açıklarken, sadece teksif ilkesine bir atıf yaptım. Yani, genel olarak bir atfın yeterli olacağını düşünüyordum. Daha sonra bunları bir daha elden geçireceğiz. Fakat şimdi bir noktayı hatırlatmak gerekiyor burada, sadece teksif değil. Aynı zamanda, ilk derece mahkemesinde mevcut sistem içinde taraflarca hazırlama ilkesini de bir hatırlamak lazım. Aslında, istinafla ilgili getirilen düzenleme, yani sebebe hasren inceleme düzenlemesi, pek açıkça sözünü etmedik; ama 75. maddede de ifadesini bulan, hâkimin tarafların söylemediği bir şeyi hatırlatamayacağı düzenlemesinin bir başka uygulamasıdır. Çünkü, ilk derece mahkemesiyle istinaf incelemesi yapacak bölge adliye mahkemesinin fonksiyonu aynı burada; vakıa incelemesi. Dolayısıyla orada o tür bir sınırlama gerekiyor. Yani, bir dava dilekçesiyle dava açılıyor... Bu ilkenin muhafazasının yol açabileceği sıkıntılar veya bunun bugün için demode olması, bunlara katılıyorum veya birçok ülkede yıllar önce sözlülüğe geçilmesi... Hatta, ben sizi teyiden biraz dolaylı bir şeyi de hatırlatayım: Mesela, bizim mahkemelerimizde -bu kanunda var- mahkeme önünde söylenen şeyler tutanağa geçirilir. Sonra? Tarafa imzalatılır. Ne demek bu? Niye imzalıyor taraf? Ben hakimim, imza atsam yetmiyor mu? Bir bizde bu böyle. Fransa'da hiç yok. *"Taraf bunları söyledi"* dedi mi, hâkimin dediği doğru sayılıyor. Yani, sözlülüğün en ileri şekli, o anlamda teyiden söyledim. Ama, şimdi bunlar ideal fikir, ideal olarak söyleyebiliyoruz. Bizde bu sistem var; birinci derece mahkemesinde dava açılınca bu hükümler tereddütsüz uygulanıyor, hemen diğer taraf kalkıyor: *"Efendim, tevsi vardır, bunu dikkate alamazsınız"* diyor onu uyguluyor. Hâkim zaten söylemediği bir şeyi hatırlatmıyor. Hatırlatsa reddederler, bir de reddi hâkim talebinde bulunurlar, vesaire... Bu kadar sıkı bir şey var.

Şimdi, istinafa geçince aynı şey orada da var. Dilekçeyi yazacak, tıpkı yeni bir dava açar gibi düşünüyoruz biz burada. Kendisi bir hususu maddî veya usûlî, istinaf sebebi olarak göstermemişse, bu 75. maddeyi uygulayan ilk derece mahkemesi hâkimi gibi -ki, bu kural aynı zamanda bölge adliye mahkemesinde de uygulanacak, aynı yargılama usûlü uygulanacak, başka bir yargılama usûlü yok- tarafın söylemediği bir şeyi dikkate almıyor. Bütün mesele bu. Bunun istisnası ne? İşte, kamu düzeni bunun istisnası. Ama ben zaten, yani biraz belki vurgulayarak ortaya koymaya çalıştım ve 2. Hukuk Dairesinden özellikle bahsettim. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kamu düzeni nitelermeleri çoğu yerde isabetli zaten. Fakat bu daha sonra aslında kamu düzeniyle hiç ilgisi olmayan uyumsuzluk tiplerine de yansımış.

Şimdi mesele şurada: Bu sistem uygulanmaya başlandı, bir kimse dilekçeyi verdi. Bir alacak davası açılmış, hesap yanlış yapılmış. Diyor ki: *"Benim alacağım yanlış hesaplandı, şu kadar olacaktı, bu kadardı..."* Faiz de yanlış hesaplanmış. Şimdi biz burada diyebileceğimiz mi istinafa: *"Bu istememiş ama, sen faizi de hesaplayıver"* Gayet basit. Eğer biz, *"Faiz kamu düzenindedir"* dersek, yani bu tabiri kullandığımız anda bunu da hesaplayacaktır. *"Yok değildir"* dersek hesaplamayacaktır. Ben, maddî hukuk kriterlerinin kamu düzeni ölçütü olarak kullanılmasından yana değilim. Ama bu maddenin içinde böyle bir ayırım yok ki. Dilediği zaman bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay, maddî hukuk kriterlerinde de bunu kullanacaktır; çünkü bir çok maddî hukuka ilişkin kanunun gerekçesinde, açıkça bu düzenlemenin kamu düzeni için yapıldığı yazılmıştır. Dolayısıyla benim anladığım, ideal olan, bir kere çok sıkı bir istinaf sınırlılığı uygulanmamalı, bu istisna dışında. Ancak, kamu düzeni kavramı da hiç şüphesiz belirsiz kavram olması yararlıdır, bir yerde tanımı yapıp dondurulamaz. Ama her yerde, her kapıyı açacak bir maymuncuk olarak da algılanmamalıdır.

Bir hususa daha değineceğim, zannediyorum bu kâfi olacak.

Bu, tamamen itirazlarımı da ileri sürdüğüm bir kavramdı, bu kanun yararına bozma meselesi. Şimdi, bu, devlet sistemleri içinde son derece ciddi ideolojik temeli olan bir kavramdır. Öyle hukuki denetim, vesaire için değildir ve bana göre, bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi çok ciddi bir hata olmuştur, son derece ciddi. Hâkime olan güvensizliğin en aşırı şekilde kanuna geçmesidir.

Ne diyor eski şekil? Bu da düşünün, Neuchatel'de falan yok, bu Fransa'dan alınmış, Fransızların da sonra kaldırıldığı Napolyon dönemi kavramıdır. Yani, kanun yararına temyiz. Kanun gücünün, pozitivizmin çok ciddi bir ifadesidir bu. Ama, 1920'lerde, 1930'larda, 1940'larda ve laf aramızda, hâlâ günümüzde bazı şekillerle bu olabilir. Nasıl olabilir? Ücra bir yerde görev yapan genç bir hâkim arkadaşımız bir şeyi atlayabilir. Arkadan da bu temyiz edilmediğinden veya zaten temyiz edilemeyecek bir karar olduğundan kesinleşebilir.

Bir de, sürekli yapılan, bilerek yapılan, o kanun yararına bozulacağı bile bile yapılan yaşla ilgili şeyler vardır, *Resmî Gazete*'nin yarısı onunla dolu çıkar; o olabilir. Burada ne diyor? Gerçi son zamanlarda bir düzeltme yapıldı, şimdi ikisi de ayrı ayrı gidebilecek. Yani, Yargıtay da Adalet Bakanlığının o muharrik şeyi olmadan da gidebilecek. Bunu düzeltir, bozar ve bunu... Burada -son derece yorgun bir saatteyiz ama- "*Resmî Gazete*'de yayınlar" diyor. Bu ne demek? "*Ey bu durumdaki hâkimler, bakın size ibret olsun diye yayınlıyorum, bu hatayı yapmayın*" Bu muamele, istinaf incelemesi yapın bölge adliye mahkemesi hakimine yapılamaz. Bu her zaman toplu mahkemedir. Bu tür bir karar teorik olarak istinaf mahkemesi veremez. Yani bu derece açık bir ihlali. Bunun için, bu yolun konulmaması lazımdı. Dediğim gibi, özellikle tek başına karar veren, hata yapma ihtimali çok olan ve arkadan da bir anlamda *Resmî Gazete*'de yayınlanıp "*Bakın, bu hataları yapmayın*" bu anlamda bir düzenleme idi. Bunun istinaf için konulması bence büyük bir hata olmuştur, güvensizliğin ifadesidir. Siz nasıl olsa bu hatayı da yaparsınız, biz sizin bu şeyinizi bozarız... Bu yanlış bir şey olmuştur. İstinaf mahkemelerinin bilgi düzeyinin çok

yüksek olduğunu kabul etmek zorundayız. Öyle olur veya olmaz. Çünkü artık daha yüksek bir yargılama şeyi yok ki bunda.

Bir de, içtihadı birleştirmeyeyle ilgili bir şey söyleyeyim: Bu da, çağ dışı bir uygulamadır. Kanunda diyor ki: *"Bu, adliye mahkemelerini, Yargıtay kurullarını ve genel kurulunu bağlar"* Anayasa'ya aykırı olursa ne olacak? Neredeyse kanun hükümünde. Ve Anayasa'ya aykırılığına dair hiçbir denetim mekanizması olmayan acayip bir düzenleme. Bu kanunla bir de ne olur, ne olmaz diye bu... Ancak, Sayın Pekcanıtez'in söylediği gibi, belki bu şeyin iznine bağlı, kanun yolunun bir şeyi gibi düşünülebilir. Yoksa böyle hemen o mahkemeden bir karar verilmiş, bu mahkemeden bir karar verilmiş, hemen Yargıtay harekete geçecek *"Durun bir dakika, ben sizin kararlarınızı birleştiriyorum"* diyecek. Bu yargı bağımsızlığını çok derinden etkileyecek bir şey olabilir. Unutmayalım, istinaf -Sayın Yıldırım'ın kitabında da yazıyor- kanun yolu mahkemesidir. Yani, istinaf hâkimi aynı zamanda altındakini denetler, üstteki tarafından da denetlenen... Çok zor bir şeydir. Şimdi biz buna diyoruz ki: *"Bu şehirdeki bir karar verdi, bu verdi, arasında uyumsuzluk var..."* Yargıtay: *"Ben bunu hemen birleştiriyorum"* diyor. Bu, ileride yargı bağımsızlığı bakımından tartışılabilir bir şeydir. Ama, koşullarımız bunu başlangıçta gerekli kıldı. Yani, bunları genişletmemek lazım, bunlar istisnai düzenlemelerdir, dar yorumlanması lazım.

Maruzatım bundan ibaret.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz. Buyurun Sema Hanım.

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Öncelikle Nevhis Yıldırım hocamızın sorusundan ya da tespitinden yola çıkalım. *"Tarihsel temellere atıf yapmak doğru mudur ya da niye bakıyoruz tarihe?"* dedi. Şimdi, bu tabii ki bir tespittir. Özellikle nerede bulunduğumuzu, nereden geldiğimizi anlamak için, bu kavramların nereden çıktığını anlamak için tarihsel perspektiften bakılmasında yarar olduğunu

düşünüyorum. Kaldı ki, kendisinin de örneğini verdiği gibi, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin önünden bir avukatın geçmesinin mümkün olmaması, buna karşılık Yargıtay'da elinde çantayla herkesin dolaşabilmesi bile bir tespittir, önemli bir tespittir. Demek ki, birisinde böyle bir resim var, bizde böyle bir resim var. O halde, öncelikle bir ne demektir? O zaman biz nasıl bir Yargıtay tasarlayacağız? Nasıl bir mahkeme tasarlayacağız ve içtihatları mı birleştireceğiz, içtihatların birleştirilmesinde ne gibi yarar var? Yahut normal bir derece mahkemesinin bir kontrolünü yapan, herkesin rahatlıkla girip çıktığı, her olayın geldiği bir yer mi olsun? Bu karşılaştırmayı yapmak gerekir. Tarihin bu anlamda çıkış noktasının öğretici olduğunu düşünüyorum.

İkinci olarak da, bu bir tercihtir. Sabah Üstündağ hocamız da söylediler zaten, ideolojik bir şeydir, amaç ideolojiyle çok yakından ilgilidir. Biz tabii ki etkin hukuki korunma bugün için son derece önemlidir; bu, şu an ulaşılan bir sonuç. Ama, bir taraftan da biliyoruz.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM:

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ: Hayır, onu reddetmiyorum, çok önemli bir şey, tabii ki katılıyorum buna ben. Fakat şunu söylemek istiyorum: Gerçekten ideolojiktir bunlar. Sizin de sabah işaret ettiğiniz nasyonal sosyalizm dönemindeki usûl hukuku anlayışı ile liberal usûl hukuku anlayışı ile şimdi usûl hukukunun sosyalleşmesi akımları var, sosyalize edilmiş usûl hukuku anlayışları var. Yani, bütün bunları aslında biz kanun koyucu olarak, ideolojik olarak hangi cepheden baktığını kanun koyucununun açıklaması gerekir. Yoksa amaç şudur dediğinizde, bunun net bir şeyi yok; çünkü hiçbir kanun metninde yazmıyor. O nedenle tarihsel bir dönüş yapmak yararlı diye düşünüyorum. Ama nihai olarak bu bir ideolojik tercihtir. Bu konuyu da kanun koyucunun iradesini çıkarabilmemiz gerekir. Zaten benim kaygım da kanun koyucunun iradesini anlayamamaktan kaynaklanmıştı. Ben de onu belirttim.

Yargıtay'ın içtihadı birleştirmeyele ilgili; evet, bu çok ciddi bir problem. İctihadı birleştirme kararı olmalı mı, olmamalı mı? Yargıtay'ın ya da hukuk sistemimizin, mevcut sistemimizin bir ayıbı mıdır, değil midir? Bu da gerçekten tartışılması gereken bir şey. Hocamız da söyledi, bir, bir buçuk yıldır bekliyor. Gerçekten bu işlemesi zor, hantal bir yapı ve çelişkili kararlar yan yana yürüyebiliyor. Adalet, A vatandaşı için farklı, B vatandaşı için farklı tecelli edebiliyor. Dolayısıyla adalette çok ciddi çelişkiler yaşanabiliyor. O nedenle içtihadı birleştirme kararının çıkarılabilmesi bir zorunluluk. Ama işlemesi çok zor, çok hantal. O nedenle bu yol da etkili bir şekilde işlemiyor.

Kanun yararına temyiz, acaba o formülasyonla düşünülebilir mi izne bağlı temyiz gibi düşünülebilir mi? Bu konuda tereddütlerim var, üzerinde epeyce düşünmek lazım. Ama şu noktadan tartışabiliriz: Biz, mevcut kararı etkilemekte bireysel yararı ön plana çıkarıyoruz. Ama eğer içtihattan bahsederseniz, hukuk birliğini yaratmak istersek hukuk birliğini belki sağlayabiliriz. Ama, Hocamız da işaret etti, hakikaten hangi konular yaş düzeltme davaları? Bir bakıldığında işte açıklıyor: *"Bunun bu tarihte doğmuş olması mümkün değildir, açıkça hata vardır"* diye düzeltiliyor. Dolayısıyla zaten tarafların aslında memnun olduğu, elde etmek istedikleri kararlar bunlar. O açıdan bir problem yok. Ama taraflar istemediği sürece zaten temyize gitmeyecek. Dolayısıyla bu konu gündem gelmeyecek ve kanun yararına temyiz işlemesi de çok zor ve etkili bir çözüm olmayacak.

Onun dışında, gerekçeli kararlar ilgili: Evet, gerekçeyle ilgili son derece önemli. Bu tartışmalarda bütün problemimiz gerekçeli karar. Şimdi yeni kanun da bunu belirtmiş, gerekçeli olacak. Ama gerekçeli olmazsa yaptırım ne olacak? Böyle bir yaptırım yok.

Ayrıca, karşı oy yazıları yazılıyor mu yazılmıyor mu? Bunlar tartışılıyor mu? Vatandaş ikna ediliyor mu? Sayın Hakkı Dinç'in dediği gibi, bir cümle söyleyin, yani bu davayı kaybettim, olumsuz. Ama bunun nedeni ne? Bu, en basit bir şekilde mutlaka kararlara geçmesi gereken bir husus diye düşünüyorum.

Bu çerçevede, özellikle Yargıtay'ın ille de bir karar vermesi değil, içtihat niteliğinde, prensip niteliğinde kararlar verebilmesi, hukukun uygulanmasını gösterebilmesi önemli diye düşünüyorum.

Oğuz hocamın sorusu delillerin takdiriyle ilgili. Tabii ki ilk planda 428/5, meselenin, yani fiilî olayın, olgunun tespitine ilişkindir. Bunda hiç tereddüt yok. Ama benim özellikle değinmek istediğim husus şu oldu: Buradan hareket ederek delillerin takdirine giriyor ve olgu-hukuk ayrımı ortadan kayboluyor ve bunun da müsebbibi 428/5'tir deniyordu uygulamada. Ben de şunu sorgulamak istedim: 428/5 kalkarsa bu ortadan kalkacak mı? Teorik olarak hukuk kuralları kapsamı içerisinde tecrübe kurallarını, düşün kurallarını, mantık kurallarını teorik olarak kabul etmek biraz zor. Ama biz bunu uygulamada zaten kabul ediyoruz, fiilî karineler, tecrübe kuralları biçiminde, bunda haklısınız. Ama teorik olarak zorlama bir kabul bizimki ve zannediyorum uygulamada zaten aynı şekilde olacak diye düşünüyorum.

Özellikle gerekçeli kararlarla ilgili bir şeye daha değinmek istiyorum. Kararlarla ilgili, basına da yansıyor; zaman zaman böyle gazetelerin köşelerinde ilginç olaylar. Vatandaşın bir tanesi yazmış gazeteye, "benimle ilgili değil". Böyle bir boşanma kararıyla ilgili bir şey; karar gelmiş eline. Çünkü muhtemelen, işte sizin o formül onama, bozma dediğiniz, kes yapıştır usûlüyle karar gelmiş ve vatandaş şok olmuş. "Benimle hiç ilgisi olmayan bir karar. Bu nasıl adalet?" diyor. Dolayısıyla gerçekten çok ciddi problemlerimiz var. Onu bir şekilde mutlaka çözmemiz gerekiyor. Bu da bizim için Yargıtay'ın konumunun sorgulanması, gerçekten içtihat mahkemesinden ne anlıyoruz? İchtihat mahkemesi haline gelebilecek mi, gelemeyecek mi? Temyizle istinaf arasındaki sınırlara nerede bir set çekilecek? Bu tartışma bakımından önemli diye düşünüyorum.

Benim notlarım bu kadar. Bir de acele ettiğim için, gene Hakan hocam başta söyledi, kanun yararına temyiz. Değinebileceğim konulara da değinmedim, onu da unuttum, bunu

da unuttum demiş oldum ama, daha fazla sabrı zorlamak istemiyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim. Buyurun Kamil bey.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şimdi, doğrudan benim tebliğimle ilgili bir soru gelmedi ne yazık ki. Doğrusu tartışmanın orada yoğunlaşacağını ümit ediyordum. Demek somut durumla bizim pek, şu anda bir endişemiz görünmüyor davalarla ilgili.

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Soruların hepsi alınmadı Hocam ama, o da var.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şu manada, yani modeller arasındaki farklardan acaba hangisi daha çok bize yakın görünüyor. Bu toplantıda o noktaya gelemedik. Ama ideoloji konusu nedense heyecan yaratıyor. Her zaman belki bu böyle. Ama, şu nüansı kaçırmamak lazım: Burada bireyin hukuki korunması dendiği zaman, Avrupa'da aydınlanma çağından beri mücadelesi verilmiş, bireyin kutsal bir varlık olduğunun altını çiziyoruz. Yani, bu tarihtede de bu böyle. Gelecekte de belki Avrupa Birliği eğer varsa, orada da temel esas birey.

Şimdi, yargı teşkilatının çalışması bu kadar büyük bir organizasyon, büyük bir ejderha belki de, kimi yerde kanun devleti -Almanya için- bu ejderha sistemi çalışmasında bireyin hakları ne kadar korunuyor? Burada gözden uzak tutulmaması gereken nokta bu. Yoksa, ideoloji derken, aramızda sanmıyorum nasyonal sosyalist düşüncede olan olsun yahut da yani hâlâ duvarın altında kalan. Berlin Duvarı ile o süreç herhalde tamamlanmıştır. Ama burada Pavlowski olsun, diğerleri olsun, önemli olan bireyin korunması. Bu bağlamda, usûlün ve istinafın amacı, kural olarak istinaf davacısı yararına ilk derece mahkemesi kararının değiştirilebilir olup olmamasıdır. Burada dava, tarafların davasıdır, malzemeyi getiren taraflardır. Hâkimin talebi, yani hâkim tarafın talebiyle bağlıdır. Burada

kanun yolu hizmeti pahalıdır, zaman almaktadır, yüksek mahkemelerin iş yükü de devamlı artmaktadır. Burada yabancıların terazilerin iki kefesine koyduğu husus, bir yandan usûlün amacına ulaşmak, diğer yandan yargılamanın uzatılmamasıdır. İşte, bu birbiriyle çelişen hususlar bakımından acaba bizim modelimiz neleri içermelidir? Yani, yeni vakıayı dahil edebilir miyiz edemez miyiz? Bu bir konu olabilir. Yargılamada istinafa başvuru süresi acaba yeterince uzun tutulmuş mudur? Sebep gösterilmesi zorunluluğu var mıdır yok mudur? Şu andaki modele göre sebep gösterme zorunluluğu içinde barındırıyor. Fakat sebeplerin neler olduğu hakkında vatandaşımıza ya da avukatımıza yönelik bir açıklamamız yok. Bu bizim için belki bir sakınca olabilir. Bizim derken, kanunun işleyişi bakımından, bekleneni veremeyecek olabilir. Yani, bir sürpriz yaratmamak için vatandaşa ve uygulayıcılara, örnek kabilinden de olsa belki bazı temel sebeplerin, istinaf sebeplerinin içine yerleştirilmesinde belki fayda olabilir. Buna karşılık tabii kamu yararına aykırılık, kamu düzeni içi henüz doldurulmadığı için de ilk planda bize büyük bir soru işareti gibi durmaktadır. Yani, kanun uygulandığı zaman bunun ne şekilde işleyeceği de bir belirsizlik getiriyor. Malumunuz, hukuk devletinde temel olan husus ya da hususlardan biri, bireyin önceden programı görülebilir olmasıdır. Yani, yargılamanın da nasıl işleyeceği hakkında önceden kestirilebilir olması lazım. Bunu da sağlayacak olan program Medenî Usûl Kanunu'dur. Bu bir el kitabı gibi. Yeri geliyor hâkim bunu açıyor, sıkıştığı zaman okuyor. Taraflar ve avukatlar için de bu böyle. Yani, belirsizlikler, sade ve basit kanunlar bizim gibi, yani yeni bir döneme başlayan, hukuk kültüründe, hukuk sisteminde yeni bir atılım yapacak olan Türkiye için biraz zorluk gösterebilir. Ama istinaf sebepleri bakımından ne olabilir dersek, Avusturya modeli basit ve daha elastiki bir yapı gösteriyor. Alman hukukunun yolundan gitmek bizi iyice hırpalayabilir. Ben de ona taraftar değilim. Ama Avusturya hukuku, gerek istinaf sebepleri bakımından neler olabileceği gerek usûl bakımından, yani orada başvurunun iptaline yönelik olabileceği öngörülerek açıklamalar yapılabilir. Bu da kanuna bir hükümle eklenebilir. Demek ki, benim kanaa-

tim, huzurlarınızda arz edebileceğim husus, Türk hukukunda, maddelerimizde ek düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır. Avusturya modeli, başarıyla uygulanma şansı bakımından daha yüksek görünmektedir.

Burada istinafla başvuru süresinin de biraz daha uzatılması, gerekçe göstermek için ayrı bir süre tanınması yahut da İsviçre son taslağında, yani federal nitelikteki Usûl Kanunu Taslağı'nın 308. maddesinin birinci fıkrasında -İsviçre Taslağında- ya ayrı bir kanuni süre tanınması veya İsviçre Tasarısı'ndaki gibi makul bir sürenin takdirinin mahkemeye bırakılması yolları da tercih edilebilir.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Hocam, Süha Bey yokken çok kısa bir şey söylemek istiyorum müsaadenizle?

Oturum Başkanı: Buyurun.

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Nevhis hocamın söylediği bir şey, aman bireyin korunmasını da reddetmeyin dedi. Ben yargılamanın amacı konusunda zaten sizinle hemfikirim Hocam, hiçbir tereddüdüm yok. Yargılamanın amacı konusunda bireyin rolüne ilişkin hiç tereddüdüm yok. Ama mesele bu demin Kamil Yıldırım hocamın söylediği şeyi telif etmekte. Bir taraftan bireyin yararı temyize, evet taraf başvuramazsa gidilmez. Tarafın isteğiyle bağlı. Ama, sonuçta Yargıtay o dosya önüne geldikten sonra hukuka aykırı gördüğü her sebepten bozabiliyor. Ama bir taraftan usûli kazanılmış hak var, bir taraf aleyhine hareket edemiyor. Dolayısıyla görüldüğü gibi iki tane menfaatin dengelenmesi problemi var.

Oturum Başkanı: Sayın hocam, buyurun.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Efendim, zannediyorum 1970'li, 1980'li yıllarda -benim bir kitabımda da vardır- Necip Kocayusufpaşaoğlu

üstadımız o zaman Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü, dedi ki: *"Aman şu yargı sistemi hakkında bir şey hazırla"* Neyse, bir tebliğ verdik. Tebliğ başıma yıkıldı, çünkü ben istinafi savunuyorum, Yargıtay'dan tek ses halinde: *"Hayır istemiyoruz"* çıktı. Ve ben şöyle bir espri yaptım: *"Bir yandan dosya sayısının kabarması nedeniyle sağlığınızın tehdit edildiğini, dosyaları eve götürerek okumak biçiminde bir gayreti dahi gösterdiğiniz büyük fedakârlıktan bahsediyorsunuz. Biz de sizin sağlığımızı kazanmak için öneri getiriyoruz, karşı çıkıyorsunuz"* dedim. Korkunç bir gülüşme oldu. Bunu belirtmek isterim.

İkincisi, yargılamanın amacı konusunda, yargılamanın amacının ideolojilerle çok yakından alakası var. İlk defa bunu söylediğim zaman bir toplantıda, Sayın Postacıoğlu -biliyorsunuz kendisi hukuk tahsilini Paris'te yapmıştı- yemeğe götürdü bizi ve bir Fransız müelliften bahsederek dedi ki: *"Yahu, adam o zaman bir de yapmıştı. Hatırlıyorum, ekonomi liberal, yargı otoriter olmaz diye. Haa, ideolojilerle irtibat varmış"* Ben bunu biraz sofistike buldum, *"hoca çok liberaldi, bildiği halde onları gizlemiş herhalde"* diye düşündüm. Sonradan açıklığa kavuşturmak için fırsat buldukça bunu belirtiyorum.

Şimdi, efektive rechtschutz denilen hikaye, yani etkin hukuk himayeyi nereden çıkarıyorsunuz? Hiçbir yerde yazmıyor: Etkin hukuku himaye diye hiçbir yerde yazmıyor. Bunlar, dediğim gibi, başka ideolojinin sahibi olanlar bunu üretmişlerdir. Bu üretme, dediğim gibi, ... alırsınız, en muteber anayasa şerhidir, orada okursunuz bunun ne kadar saçma bir şey olduğunu. Kurulmuş hukuki sistem var, ona dışarıdan bir şey enjekte ederek bir şeyler yapıyorsunuz... Bu demektir ki: Ey hâkim, mevcut kanunları bırak, anayasa ölçeğinde yargılama yap, karar ver... O fevkalade abstürddür. Böyle bir şey olamaz. Etkin yargılama diye bir şey yok. Yargılama etkin mi değil mi, konulan normlar içinde ulaşılan sonuçtur. O artık etkindir. Etkin diye gayret sarf ederseniz sonuç da alamazsınız. Size göre etkindir, bana göre değildir. Binaenaleyh yabancı şeyleri getirip sokmayın ve lütfen ...'den ilgili yerleri okuyun.

Bir de, Halûk bey size serzenişim var, Sayın Selçuk beyle beraber: İctihadın birleştirilmesinin ve kanun lehine temyizcin istinafta olamayacağı falan gibi birtakım açıklamalar yaptınız. Haklı olarak da Sayın Öztekin dedi ki: "Aman, niye yani, yargıyı yargıya karşı korumak oluyor" Nihayet, her ikisinde de yargı makamları karar veriyor, niye bu yolları kapatalım ki ve bu yollar ihtiyaca da cevap veriyor.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sayın hocamıza da çok teşekkür ederiz.

Hepinize, öncelikle göstermiş olduğunuz sabır için teşekkür ediyorum. Hem tebliğ sunmak hem de söz almak suretiyle katkıda bulunan tüm meslektaşlarımıza teşekkür ediyorum.

Son olarak da, böyle güzel bir ortamda bize son derece yararlı bir tartışma ortamı yaratılmasını sağlayan, gerçekleştiren organizasyon komitesine de teşekkürlerimi iletiyorum.

İyi akşamlar.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
20 Ekim 2007 (Sabah)

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi)

Tebliğ Sunan

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Kanun Tasarısı Komisyon Başkanı)
Hukuk Uyuşmazlıklarında
Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı

1. BÖLÜM

1. Tebliği Sahibi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Kanun Tasarısı Komisyon Başkanı)

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
TEBLİĞİ

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUN TASARISI'NIN TANITIMI

Teşekkür ediyorum Sayın hocam.

Değerli meslektaşlarım, ben mümkün olduğu kadar kısa sürede ve tartışmaya da imkân tanıyacak biçimde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nı anlatmaya çalışacağım.

Ama önce izin verirseniz, uzlaşma konusunda bir açıklama yapmak istiyorum.

Zaman zaman ülkemizde hukuk ve siyaset alanında uzlaşma kültürünün olmamasından şikâyet ediyoruz. Günümüzde uzlaşma kültürünün olmayışının ya da azalmasının pek çok

sosyolojik nedenleri var. Belki son yıllarda artan göçler, yaşam sıkıntıları, toplum içindeki ekonomik kaygılar ve özellikle büyük şehirlerde daha açık görülen gelir dağılımındaki dengesizlik, uzlaşmama şeklinde bir kültürün giderek artmasına neden oluyor.

Uzlaşma bütün topluluklarda bugüne kadar uygulanmış yaygın bir kültürdür. Afrika'daki kabilelerden Anadolu'ya, Avrupa'dan Çin'e kadar tüm toplumlarda uzlaşmanın farklı görünümüne rastlamak mümkündür. Pek çok uyuşmazlık tarih içinde de uzlaşarak çözülebilmiştir. Günümüzde uzlaşma hukukta giderek artan iş yüküne karşı alternatif bir çözüm olarak ve daha bilimsel şekilde ele alınmaya başlanmıştır. 1940'lı yıllarda Amerika'daki sendikalarla ilgili uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümü denenmiş ve bunda başarı sağlanmıştır. Keza 1970'li yıllardaki Amerika'da farklı alanlarda uzlaşarak uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollar aranmış ve bu konularda da başarı sağlanınca ve bu tür çözüm yöntemleri giderek daha sık uygulanmaya başlamıştır. Amerika'daki bu gelişmeler doksanlı yılların başında Avrupa'yı da etkilemiştir. Bu etkileşim sonucu pek çok ülkede alternatif uyuşmazlık çözümleri denenmeye ve bu alanda bilimsel çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Avrupa Birliğine üye ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda bir taraftan düzenlemeler yapılırken diğer taraftan da bilimsel çalışmaların sayısı giderek artmaya başlamıştır. Özellikle Avrupa'da en yaygın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuktur. Avrupa Birliği'nde arabuluculuk hakkında *Yeşil Kitap'ın* yayınlanmasından sonra bir Direktif Taslağı hazırlanmış ve her ülke ayrıca kendi ulusal düzenlemelerini tamamlamıştır.

2004 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hazırlama görevi komisyonumuza verilirken, bu görev içinde uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları konusunda düzenleme yapılması da istenmiştir. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olan arabuluculuğun ülkemiz bakımından çok yeni olması sebebiyle, bu konuyu daha fazla araştırabilmek, tartışabilmek ve inceleme yapabilmek için ayrı bir kanun

içinde ve daha sonra düzenlenmesi komisyonumuzca kabul edilmiştir. Hukukta Arabuluculuk Kanunu Tasarısı asıl olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununu Komisyonu üyeleri arasından oluşturulan komisyon tarafından hazırlanmıştır.

Tasarıyı hazırlarken incelediğimiz tüm ülkelerde, kanun hazırlamaktan çok alternatif uyuşmazlık çözümlerinin topluma anlatılmasının son derece önemli olduğunu gördük. Bu düşünce ile sadece kanun yapmanın, bu konuda bir yararı olmayacağını öncelikle belirtmeliyim. Sadece yasa yaparak, sadece bir tasarı hazırlayarak toplum içindeki uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümünün de mümkün olmadığına olmayacağına inanıyorum. Bu konuda uzun süreli bir proje çerçevesinde çalışma yapılmalıdır. İlkokullardan başlayarak herkese uzlaşarak uyuşmazlıkları çözümlenmenin olumlu yönlerinin anlatılması yanında, bu alışkanlığın kazandırılması da sağlanmalıdır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukukumuzda çok az incelenmiş bir konudur. Bu konuda bugüne kadar aynı tarihlerde tamamlanmış iki doktora tezi yazılmış durumdadır. Bu tezlerden birincisi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde tamamlanmış ve Yrd. Doç. Mustafa Özbek'e aittir. Diğeri ise, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde tamamlanmış ve Yrd. Doç. Gülgün İldır'a ait bir çalışmadır. Bunun dışında birkaç makale bulunmaktadır. Ancak bu çalışmalar daha çok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tanıtan çalışmalardır. Doğrudan arabuluculuk konusunda yapılmış monografik bir çalışma yoktur. Bunların yanında arabuluculuk konusunda kabul edilmiş pek çok farklı sistem bulunmaktadır. Bu sistemlerden hangisinin kabulünün uygun olacağı tartışılması gereken önemli sorunlardan birisidir. Nitekim bazı ülkelerde arabulucuya başvuru zorunlu olarak düzenlenmiş durumdadır. Bazı ülkelerde ise tam aksine bu yola başvurmak ihtiyari olarak kabul edilmiştir. Diğer ülkelerde ise, ortalama bir yol bulunmuş ve tarafların başvurusunu destekler nitelikte düzenlemeler yapılmıştır. Bu tercihi yapabilmek dahi önemli araştırmalar yapılmasını gerektirdi. Başlangıçta arabuluculuğu zorunlu olarak düzenlemeye çalıştık.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Hatta bu konuda tarafların bu yola başvuruyu engellemeleri ya da uzlaşmayarak mahkemeye başvurup haksız çıkmaları halinde bazı cezalara veya tazminatlara mahkûm edilmelerini düşündük. Ancak bu konudaki zorlamanın gerçek anlamda bir uzlaşmayı sağlamadığını, bu uygulamayı yapan ülkelerden öğrenme fırsatı bulduk.

Arabuluculuk konusunda diğer ülkelerin uygulamasını ve tecrübelerini öğrenebilmek için önce Adalet Bakanlığı ve Dünya Bankasının katkısıyla, video konferans aracılığı ile Amerika, Kanada İspanya Almanya gibi ülkelerle toplantılar gerçekleştirdik. Bu çerçevede 20-21 Ekim 2005 tarihlerinde "Arabuluculuk, Yargısal Çözüm ve Erken Tarafsız Değerlendirme" konulu Atölye Çalışması yapılmış ve Kaliforniya Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Enstitüsü Başkanı Stephen Mayo, ABD Federal Bölge Hakimi Charles Breyer, Milano Ticaret Odası Tahkim Odası Genel Sekreteri Prof. Dr. Stefano Azzali, Alman Uzman Siegfried Elsing ve Holandalı Hakim Dory Reiling'in katıldığı video konferans bağlantılı çalışmalar yapılmıştır. Bunların yanında yurt dışı seyahatlerimiz oldu. Erlangen-Nürnberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuk Enstitüsü Başkanı ve alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda Almanya'nın önde gelen isimlerinden Prof. Dr. Reinhard Greger'in yardımıyla düzenlenen seminere katıldık. 11-13 Kasım 2005 tarihleri arasında yapılan ve bilim adamları ve uygulamacıların katıldığı seminerde aile hukukuna ilişkin arabuluculuk, noterlerin arabuluculuk faaliyeti, ticari birliklerin arabuluculuk faaliyetleri ve hakimlerin ve devletçe tanınan kurumların arabulucu olarak rolü hakkında bilgi aldık ve tartışmalar yaptık. Daha sonra Nürnberg Adliye Sarayı'nda düzenlenen toplantıda ekonomik açıdan mahkeme dışı çözüm yolları, avukatların bakış açısıyla mahkeme dışı çözüm yolları, genel hukuk doktrini açısından mahkeme dışı çözüm yolları ve hakimlerin arabulucu rolü ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti konulu tebliğleri dinledik ve yine konu üzerinde tartışmalar yaptık. Almanya'daki bu yararlı seminer ve toplantılardan sonra Hollanda da 16-18 Kasım 2005 tarihlerinde TCM Asser Enstitüsü, The Hauge Forum for Judicial Expertise nezdinde

hazırlanan arabuluculuk ve tahkim hakkındaki eğitim programına katıldık. Bu toplantılarda da Hollanda da arabuluculuğa giriş, mahkeme dışı bir çözüm yöntemi olarak tahkim hukuku, ve Hollanda da tahkim uygulaması konusunda bilgi edindik. Daha sonra Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü Direktörü Paul Walters tarafından Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü'nün faaliyetleri hakkında bilgi sunulmuştur. Yine Amsterdam Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Enstitüsü Direktörü Elodi van Sytzama tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğun önemi hakkında bilgi aktarılmıştır.

Den Haag (Lahey) Uluslararası Adalet Divanı çalışmalarının yürütüldüğü adalet sarayında Divan Sekreteri Judith Freedberg tarafından Uluslararası tahkim ve arabuluculuk hakkında bilgi verilmiştir. Hollanda da son olarak Arhem İstinaf Mahkemesi'nde "*Hollanda da Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk*" faaliyeti konusunda Mahkeme Başkanı tarafından bilgi verilmiş ve deneyimler paylaşılmıştır. Hollanda da çeşitli enstitüler ile yine İstinaf mahkemesindeki uygulamayı görülerek bilgi sahibi olmamız sağlanmıştır. Lahey'deki Adalet Divanını ziyaret ettiğimizde, bu divanın zaman zaman tahkim için kiraya verildiğini, ama uzlaşmanın da yavaş yavaş merkezi olmaya çalışıldığını ya da bunun için çaba sarf edildiğini gördük. Yani, tahkimin yerini arabuluculuğun almaya başladığı ifade edildi.

Komisyon bu çalışmaları sırasında Viyana'da Dünya Bankası ve Wolf-Theis Hukuk Bürosu'nun yardımıyla hazırlanan bir eğitim programına katılmıştır. 16 Kasım 20 Kasım 2007 tarihlerinde gerçekleştirilen bu programda "*Avusturya'da Tahkim*", "*Ekonomik Arabuluculuk*" ve "*Barolar ve Arabuluculuk*", konulu tebliğler dışında Avusturya Adalet Bakanlığı tarafından Avusturya da arabuluculuk uygulaması ve Adalet Bakanlığı'nın desteği konusunda bilgi sunulmuştur. Yine Viyana İstinaf Mahkemesi'nde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında uygulanan arabuluculuk hakkında uygulamacılardan bilgi alınmıştır. Daha sonra yine arabuluculukla ilgili Avusturya Arabulucular Derneği Başkanı'nın arabuluculuk örnekleri ve Romanya da ki arabuluculuk konusunda bilgi aktarılmıştır.

Komisyon, 17 Kasım tarihinde Viyana'da Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonunun Model Kanun hakkındaki komisyonun çalışmaları ve bazı maddelerde değişiklik yapılmasına ilişkin çalışmalar hakkında bilgi sunulan toplantıya katılmıştır.

2-3 Mart 2007 tarihlerinde Ankara'da Uluslar arası Uyuşmazlık Çözüm merkezi Müdürü Bill Marsh tarafından "*Türkiye'de önerilen uzlaşmaya yönelik mevzuat için göz önünde alınabilecek konulara ilişkin ana hatlar*" konulu bir tebliğ komisyon üyelerine sunulmuş ve bu konuda İngiltere'deki uygulamada dikkate alınarak değerlendirmeler yapılmıştır. Bu çalışmada özellikle tüm Avrupa ülkelerindeki mevzuat ve tartışmalar ele alınarak değerlendirme yapılmıştır.

Son olarak 8-9 Kasım 2007 tarihinde Ankara'da Adalet Bakanlığı ve Dünya Bankası tarafından desteklenen proje çerçevesinde Komisyon tarafından hazırlanan tasarının da değerlendirildiği, arabulucuların eğitimi, arabuluculuğun amacı, Balkanlarda arabuluculuk ve uygulaması konulu çalışmalar yapılmıştır.

Bu bilgilerin yanında, bazı ülkelerin düzenlemelerini de tercüme ederek bilgi sahibi olmaya çalıştık. Öncelikle Birleşmiş Milletler'in hazırladığı bir Model Kanun var. Nasıl ki, tahkim konusunda hazırlanmış model kanun birçok ülke tarafından esas alındı, arabuluculuk hakkındaki Model Kanun da pek çok ülke kanun koyucusu tarafından model olarak kabul edilmiştir. Arabuluculuk konusunda Birleşmiş Milletler 2002 yılında kabul ettiği Model Kanun tercüme edilerek çalışmalarımız da esas alındı.

Bu Model Kanun dışında, Avrupa Birliği içinde biliyorsunuz bazı konuların tartışılması, geliştirilmesi konusunda Avrupa Birliği içinde yeşil kitaplar yayınlanır. Bu yeşil kitaplardan birisi de, arabuluculuk konusunda yayınlanan bir kitap. Bu kitapta, özellikle Avrupa Birliği içinde birlikte çalışılması, arabuluculuğun geliştirilmesi, uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması ve en önemlisi de Avrupa Birliği içinde uzlaşmanın daha kolay uygulanabilmesi, yani bir ülkedeki uzlaşmanın

diğer ülkede gerektiğinde daha çabuk yerine getirilmesinin sağlanması yönünde değerlendirmelerin bulunduğunu söyleyebilirim. Tasarının hazırlanmasında bu kitabı da dikkate aldık.

Yeşil kitabın arkasından da Avrupa Birliği için hazırlanan Direktif Taslağı ile arabuluculuk konusunda Avrupa Birliği'nde daha hızlı bir gelişme yaşandığını söyleyebilirim. Nitekim, bu gelişmelere uygun olarak Avrupa Birliğine dahil ülkelerde en son 2005 yılında arabuluculukla ilgili yasal düzenlemelerin tamamlandığını söyleyebilirim. Çalışmalarımızda Avrupa Birliği ülkesi Almanya, Avusturya ve en son bu yasaları hazırlayan, Romanya, Bulgaristan ve Slovakya ve Macaristan Arabuluculuk kanunlarını tercüme ederek yararlanmaya çalıştık.

Kısacası, aslında dört yıl kadar uzun bir süre içinde ve pek çok ülkeyi tartışarak, pek çok ülkeyi değerlendirerek kendi ülkemize uygun bir kanun tasarısı hazırlamaya gayret ettik. Bu tasarıyı hazırlayan ve şu anda birlikte olduğumuz pek çok arkadaşım var; Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver, Sayın Doç. Dr. Muhammet Özkes, Doç. Dr. Ali Cem Budak, Sayın Hakkı Dinç, Sayın Dr. Ali Yeşilirmak, Sayın Y. Doç. Dr. Murat Atalı, Yargıtay'dan özellikle katılan meslektaşlarımız vardı; Sayın Doç. Dr. Halûk Konuralp'i kesinlikle unutmamam lazım, çünkü bana arkadan bakıyor, dün de unutmuştum beni bağışlasın. Bu değerli meslektaşlarım yanında hâkimler ve Adalet Bakanlığı'ndan oluşan bir komisyon tarafından bu tasarıyı nihayet bu yaz başında tamamladık.

Arabuluculuk konusunda yukarıda da belirttiğim gibi Avrupa Birliği içinde dahi üç model var. Birincisi Almanya'nın bazı eyaletleri ile Yunanistan'da uygulanıyor ve bu modele göre arabuluculuk zorunlu olarak kabul edilmiştir. Mahkemeye başvurmadan önce mutlaka arabuluculuk yolu taraflarca zorunlu olarak denenmelidir. Bu denemeden başarı sağlanmazsa bu takdirde mahkemeye başvurabilmek mümkündür. Dava açmadan önce arabulucuya başvurulması Bir tür dava koşulu olarak kabul edilmiş. İkinci model ise, arabuluculuğun zorunlu olmadığı ve fakat teşvik edildiği sistemdir. Bu sistemde

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

arabuluculuk girişleri destekleniyor. Örneğin bazı ülkelerde arabuluculuk sürecine ilişkin masraflar devlet tarafından ödeniyor, bazı ülkelerde ise arabuluculuk süreci sonunda tahsil edilen paralardan vergi indirimi sağlanıyor. Bu ikinci sistem de da Avrupa'da bazı ülkeler tarafından tercih edilmiş. Örneğin Avusturya'da aile hukukuna ilişkin arabuluculuğa başvuran taraflara arabuluculuk giderleri Devlet tarafından karşılıksız olarak sağlanıyor. Üçüncü sistem ise, tamamen arabulucuya başvuru konusunda taraflara serbestlik tanıyan ihtiyari bir sistem. Açıkçası, biz bu modellerden hangisini tercih etmemiz gerektiğini çok uzun süre tartıştık. İlk fikrimiz arabuluculuğu en azından belli uyuşmazlıklar için zorunlu kılmaktı. Ancak, bu konunun uzmanları ile tartıştığımızda bu yöntemin çok başarılı olmadığını gördük. Zira böyle bir zorlama sonucu taraflar gerçekten uzlaşmak istemediği halde bu yolu denemek zorunda bırakıldığından, bu uygulama zaman kaybından bir işe yaramayacaktı. Ayrıca bu zorlama arabuluculuk konusundaki uygulamayı da başlangıçta işlemez hale getirecekti. Gerçekten Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun gerek 213 gerekse 513. maddesinde hâkimin tarafları gerektiğinde sulha teşvik edeceği belirtilmiştir. Keza İş Mahkemeleri Kanunu'nda hakimin tarafları önce sulha teşvik edeceği yazılıdır. Aile Mahkemeleri Kanunu'nda benzer hüküm var. Yani, bizim uygulamamızda aslında hakimin tarafları sulha teşvik etmesi, zaten düzenlenmiş. Ama uygulaması hemen hemen hiç yok. Hatta böyle bir teşviki zorunlu kılan kanun maddeleri dahi bugün maalesef zorunlu olmaktan çıkmış. Hâkim sadece, "*Uzlaşıyor musunuz?*" gibi şekli bir soruyla, hatta hiç sormadan "*Tarafların uzlaşmadıkları görüldü*" deyip tahkikatı başlatabiliyor. Bu nedenle, böyle bir zorlamanın doğru olmayacağı kanaatiyle, arabuluculuğun iradi olmasını kabul ettik.

Bu konudaki tercih edilmesi gereken diğer bir husus, acaba hangi uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk uygulanmalı idi. Önce şunu söyleyeyim: Arabuluculuk, uzlaşmanın başarılı olduğu alanlar Avrupa'da, komşuluk hukuku, aile hukuku ve ekonomik diyebileceğimiz ticarî uyuşmazlıklar. Bunun sebebi çok enteresan, çünkü uzlaşma, daha çok tarafların

ileride ilişkilerini sürdürebileceği hallerde daha yaygın, daha başarılı olarak uygulanabiliyor. Taraflar uzun süre devam eden ilişkilerinde uzlaşmayı daha kolay hale tercih ediyor ve sonunda uzlaşabiliyorlar. Bununla beraber bazı ülkelerde bunun dışında da arabuluculuğun başarılı olması mümkün olabilmış durumda.

Ülkemiz açısından ise, bunun ne şekilde cereyan edeceğini başlangıçta tam olarak kestirebilmek mümkün değil. Ancak biz tasarı açısından herhangi bir sınırlama olmaksızın, ama tabii ki tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuğun uygulanabilmesini kabul ettik.

Tasarıya göre arabulucuya başvuru iradî olmalı ve taraflar isteyerek bu yola başvurmalı. Önce taraflar dava açmak veya dava açtıktan sonra davaya devam etmek yerine neden arabulucuya başvursunlar? Bu sorunun olumlu yanıtlanabilmesi için, tarafların ve vekillerinin arabuluculuk konusunda bilgi sahibi olması ve yine bunun olumlu yönleri konusunda bilgi sahibi olması gerekir. Arabuluculuktan haberdar olmadığınız takdirde, düzenleme kâğıt üzerinde kalacak ve böyle bir düzenlemenin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesinde, biliyorsunuz avukatlar ile tarafların böyle bir uzlaşma imkânı getirilmişti. Ben, Yeditepe Üniversitesinde bu hükmün kabulünden sonraki bir toplantıya katıldığımda, o dönemin İstanbul Baro Başkanı, "*Bakın, 35/a maddesiyle ilk defa Türkiye'de avukatlara uyuşmazlığı çözme konusunda yetki veriliyor. Bu çok önemli bir yetkidir, bunu mutlaka kullanmak, değerlendirmek zorundayız*" dedi. Ancak Barolar Birliği'nden öğrendiğim kadarıyla bu konuda bugüne kadar, beş yıldan daha uzun bir süre geçmesine rağmen, 35/a maddesinden kaynaklanan uzlaşma sayısı otuz ila kırk civarında. Dikkat edin, Türkiye'de her yıl 2,5 milyon dava açılıyor. Beş yılda on milyon davanın üzerindeki uyuşmazlıktan sadece otuz ya da kırk tanesinin bu şekilde sonuçlanması bu hükmün kâğıt üzerinde kaldığını, uygulanmadığını gösteriyor. Bunun sebebi

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

bu düzenlemenin olumlu yönlerini yeteri kadar tanıtmadık, yeterli eğitim veremedik.

Arabuluculuk konusunda devletin desteği ile ilgili olarak Avusturya'dan söz etmek istiyorum. Avusturya, özellikle aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuran taraflara karşılıksız avukatla kendilerini temsil etme olanağı veriyor. Bunun dışında bazı giderler konusunda da destek oluyor. Böylelikle bir taraftan uyuşmazlıkların mahkeme önünde çözümünü azaltıyor diğer taraftan toplumun temelini oluşturan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümüne destek oluyor. Zira uzlaşarak çözümlenen aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hem eşlerin hem de çocukların daha sonraki ilişkileri daha olumlu geliyor.

Hollanda'da arabuluculuğun olumlu yönlerinin topluma anlatılabilmesi için kısa filmler yapılmış. Özellikle televizyon kanallarında arabuluculuk hakkında toplumu bilinçlendirmek hazırlanmış ve televizyonun yaygın olarak seyredildiği saatlerde yayınlanıyor. Arabuluculuğun topluma anlatılabilmesi için başka bir örnek ise bu konuda kısa bilgi içeren kitapçıkların dağıtılması. Örneğin elimde Bavyera Adalet Bakanlığı'nın bir broşürü var. Bu broşürün içinde arabulucuya başvurunun dava açılmasına karşılık olumlu yönleri anlatılmaya çalışılmış. Türkiye'de de bilindiği gibi insan hakları konusunda toplumu bilgilendirmeye yönelik insan hakları konusunda bu tür kitapçıklar basılarak dağıtılmıştı.

Arabuluculuk bilinmediği için maalesef yanlış açıklamalar yapılıyor, yazılar yazılıyor, demeçler veriliyor. Zannediliyor ki arabulucu tarafları dinledikten sonra hakim gibi karar verecek. Ya da arabulucu tarafları uzlaşmaları için bir karar vermeye zorlayacak. Arabulucu hiçbir öneri getiremeyen, taraflara tamamen eşit mesafede, tarafsız, bağımsız bir kişi. O yüzden, onun bir çözüm önermesi, tarafları bir çözüme ikna etmesi veya onlara bazı çözümler önermesi kesinlikle söz konusu değil.

Peki, ne yapacak arabulucu? Arabulucu, aldığı eğitim sonucunda tarafları bir araya getirecek, iletişim kurmalarını

sağlayacak, ama en önemlisi, aralarındaki asıl uyuşmazlık konusunu tespit edip, onun üzerine tarafların yoğunlaşmasını sağlayarak çözüm bulmalarına gayret edecek. Çünkü uyuşmazlık çıktığı zaman, dikkat edin, taraflar uyuşmazlığın esası yerine, çoğu zaman aslında uyuşmazlığa neden bile olmayacak kadar ayrıntılar üzerinde tartışmaya başlarlar ve bu tartışma, uyuşmazlığı daha da uzlaşmaz, çözülmez hale getirir. Bu yüzden uyuşmazlıklar gittikçe uzar ve yıllarca sürer. Bu süreç içinde ise uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine olan kini nefreti düşmanlığı artar ve davanın sonunda birbirlerinin yüzüne bakamayacak hale gelirler. Arabulucu, uyuşmazlığın bu tür boyutlara gelmesini önlemek için, başlangıçta asıl uyuşmazlığın ne olduğunu tespit edip, tarafların bunun üzerinde yoğunlaşmasını sağlar.

Arabulucunun başarılı olabilmesi için öncelikle iyi bir eğitim alması gerekir. Bu konudaki eğitimin son derece önemli olduğunu gördük. Daha sonra ise tecrübe çok önemlidir. İyi bir eğitim almadan arabulucu olmak çok olumsuz sonuçlara neden olmuştur. Ayrıca bilirkişilerin sayısı da önemlidir. İsrail'de çok kısa süren yetersiz bir eğitimden sonra pek çok kişi arabulucu sertifikası almış ve fakat kısa bir süre sonra arabuluculuk kurumuna zarar vermeye başlayınca bu kişilerin sertifikaları iptal edilerek yeniden eğitim verilmesi kabul edilmiştir. Yine İtalya'daki bir örnek arabulucu sayısı bakımından önemlidir. Milano'da 50 civarında sertifikalı arabulucu göreve başladığı halde, bu sayı Floransa'da çok kolay eğitim verilmesi sonucu başlangıçta 700 kişiye ulaşmış. Ancak ilk başta herkesin arabulucu olarak çalışabilmesi mümkün olmadığından, bir süre sonra Floransa'da işsiz arabulucular arabuluculuk kurumundan şikayet etmeye başlamışlar. Bu nedenle başlangıçta çok yüksek sayı ile bu kurumu işletmek olumsuzluklara neden olabilecektir. Birden bire, bu Tasarının kanunlaşmasıyla uyuşmazlıkların önemli bir bölümünün arabuluculuk yolu ile çözümlenebileceğini düşünmemek gerekir. Bu hemen hemen hiçbir ülkede böyle olmamıştır. Örneğin belki Avrupa'nın en kolay uzlaşan toplumlarından bir tanesi, en az kavgacı toplumlarından bir

tanesi Hollandalılar, on beş yıldır arabuluculuk konusunda çalışıyorlar, geldikleri nokta biraz hayal kırıcı gibi görünüyor. Ancak bu örneklerle bakılarak uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümlenmesi konusunda uzun süreli çalışmaların göze alınması ve bu konuda sabırla çalışılması gerekmektedir.

Uzlaşmanın toplumda yaygınlaşması için ilkokuldan başlayarak bu kültürün tanıtılması ve uygulanması gerekir. Bunun için ilkokul ve liselerde bu konuda eğitim verilmesi yanında, öğrenciler arasındaki uyuşmazlıkların yine öğrencilerin arabuluculuğu ile çözümlenmesi sağlanmalıdır.

Bakın, elimde bir liselerdeki arabuluculukla ilgili bir kitap var. Arabuluculuğu uygulayan ülkelerin hemen hemen tümünde arabuluculuk ve uzlaşma kültürü daha ilkokullardan itibaren topluma kazandırılmaya çalışılıyor. Bu sayede zaten ileride uzlaşan bir toplum olmaya gayret edebiliyorsunuz. Bugün bizde kendi arasında sorun yaşayan öğrenciler ne yapar? Her halde çözünü ya kendi aralarında bulurlar ya da öğretmene şikayet edilerek ve birisine ya da her ikisine ceza verilerek sorun çözülmeye çalışılır.

Arabuluculuk yönteminin uygulandığı okullarda öğrenciler sorunlarını yine kendi arkadaşları olan ve eğitim almış arabuluculara başvurarak çözüyorlar. Böylelikle şiddet kullanılmadan ceza uygulanmadan uyuşmazlık çözülebiliyor. Ama eğer bu uyuşmazlıkta çocuklar dövülerek, korkutarak, ceza verilerek çözüm bulunmaya çalışılırsa, bu şekilde yetişen çocukların ileride uzlaşması da imkansız olacaktır.

Arabuluculuk Tasarısının yürürlüğe girmesi ile yargıdaki uyuşmazlıkların sayısı birden bire azalmayacaktır. Yukarıda da belirttiğim gibi ilk yıllarda böyle bir sonuç aşırı iyimserlik olur. Bu Tasarı yanında yapılması gereken hususlardan birisi de, taraflardan birisinin mahkemeye başvurulmasından ötürü yararlanmasına neden olan olumsuzlukların kaldırılmasıdır. Borcunu ödemeyen bu nedenle dava açılmasına neden olan kişi, bu davanın sonunda kârlı çıkıyorsa, uzlaşarak uyuşmaz-

lığın çözümüne yanaşmayacaktır. Aksine bu durum dava sayısının artmasına neden olacaktır.

Arabuluculuk başladıktan sonra uygulamanın bir merkezden takip edilmesi zorunludur. Hangi uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurulduğu, bunların sonunda nasıl bir sonuç alındığı, uygulamadaki çözümü gereken sorunlar ancak bir merkeze bilgilerin aktarılması ve orada değerlendirilmesi ile mümkün olabilir. Arabuluculukla ilgili uygulamayı mutlaka çok iyi takip etmek zorundasınız. Sürekli olarak arabuluculukla ilgili sonuçları alıp, bunları değerlendirip gerekli düzeltmeleri yapabilmelisiniz. Eğer böyle bir kuruluşunuz varsa bir başarı elde edebilmeniz mümkün. Aksi halde, arabuluculukla ilgili bir başarı sağlamak mümkün değil. Nitekim Hollanda'daki, Avusturya'daki ve Almanya'daki uygulamanın da bu yönde olduğunu gördük. Bu yüzden, böyle bir kuruluşun önce özerk bir kuruluş olmasını düşündük, ancak, özerk kuruluşun mali konularda nasıl çözüm bulabileceği konusunda bir sonuç alamadığımız için, Avusturya modelindeki gibi, Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kurum içinde arabuluculuk faaliyetinin düzenlenmesini, kontrol edilmesini, denetlenmesini ve özellikle eğitim konusunda izin verilmesini gerekli gördük.

Böylelikle, arabuluculuğun yargı içinde yine yargının düzenlenmesinde önemli bir rol alan Adalet Bakanlığı içinde değerlendirilmesini uygun bulduk. Bununla ilgili arabulucuların sicilinin tutulmasını, eğitimden sonra bir sınava girilerek başarı olunduktan sonra arabulucu olunmasını değerlendirdik.

Tasarıyla ilgili gelen eleştirilerden bir tanesi de, "*Neden sadece hukukçuların arabulucu olması kabul edilmedi de, genel olarak dört yıllık bir lisans programı benimsendi?*" Bu konuda yine mukayeseli olarak araştırdığımız ülkelerde, sadece hukukçuların arabulucu olduğu bir modeli açıkçası, görmedik. Çünkü arabuluculuk hukuk bilgisini doğrudan gerektirmiyor. Sadece şu konuda bilgi sahibi olmak zorunda arabulucu: Acaba bu konu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu mu? Eğer öyleyse, ondan sonra hukukçu olmanıza gerek yok.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Çünkü arabulucu, bildiğiniz gibi karar vermiyor, taraflara bir sonuç önermiyor veya taraflara herhangi bir şekilde telkinde bulunmuyor ya da bulunamıyor. O zaman, hukukçu olmayan kişilerin de bu konuda başarılı olabileceğini düşündük. Nitekim Avusturya'da 2 700 civarındaki arabulucunun sadece 250'si avukat. Avusturya'da 5 bin avukat çalıştığı halde, sadece 250'si bu konuda uzmanlaşmış. Daha fazla avukat arabulucu olmak istememiş, çünkü avukatların kendi işleri var, bu konuyla ilgilenmek istemiyorlar. Avukatların büyük bir çoğunluğu da psikoterapistler ile birlikte çalışıyorlar. Zira arabuluculuk süreci içinde psiko terapistlerin tarafların davranışlarının değerlendirilmesi ve bunlardan sonuç çıkarması son derece önem taşıyor.

Arbulucu olduğunuz veya kapınıza arabulucu tabelası astığınız zaman hemen kapınızı çalıp da birileri size gelmeyecektir. Arabulucu olarak çalışmak ve bu işten para kazanmak uzun yılların geçmesi gerekiyor. Bu da uzun yıllar bir başka arabulucu yanında çalışmayı ve tecrübe edinmeyi gerektiriyor. Almanya'dan bir örnek vermek istiyorum. Emekli bir hakim arabulucu olarak eğitim aldıktan sonra evinin önüne arabulucu olduğuna ilişkin bir tabela koymuş. "Günlerce bekledim, kimse kapımı çalmadı" dedi. Çünkü arabulucuya başvuran iki tarafın da bu kişi üzerinde anlaşması ve bu kişiye güvenmesi lazım.

Arbuluculuk sürecinin başlaması üzerine, uyuşmazlık konusu hakkın tabi olduğu zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusunda düzenleme yapılması gerekiyordu. Çünkü arabuluculuk faaliyetine başlamış iseniz, bu konuda zamanaşımı, hak düşürücü süreler bir şekilde etkisinin olması gerekir ki, siz de güvenerek arabuluculuk faaliyetini sürdürebilin. Aksi halde, bu girişim zaman zaman kötü niyetle, sırf zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmasına neden olacak biçimde kullanılabilir. O yüzden, sürelerin durması konusunda bir düzenleme yapmak gereği ortaya çıktı.

Tasarıda arabulucu olabilmek için dört yıllık lisans eğitimi almış kişilerin arabuluculuk eğitimi almalarının ve yaşlarının

en az 30 olmasını kabul ettik. Arabulucunun yaşı için 40 yaş da diyebiliriz veya bu dört yıllık eğitimine yüksek lisans çalışmasını da dahil edebiliriz veya hukukçular dışında belli meslekleri sayabiliriz. İlk hazırladığımız taslakta, hukukçular dışında psikiyatristler ve psikologlar vardı. Ancak mühendislerin de muhasebecilerin de yine işletmecilerin de olması gerektiği ortaya çıkınca, sayma biçiminden vazgeçtik. Tasarıya yöneltilen eleştirilerden bir tanesi de şu oldu: *"Bizim ülkemizde imamlar şimdi arabulucu olacaklar ve şeriat hukukunu bu sayede uygulayacaklar. Bu tasarı aslında şeriatı da birlikte getirecek. Bunun arkasında çok gizli planlar var."* Siz de gülüyorsunuz, ben de gülüyorum ama, bu konuda söyleyenler çok ciddi. Hiç aklımıza gelmedi böyle bir şey. Yani, bütün kötülükleri düşünmeye gayret ediyoruz ama bu kadarı aklımıza gelmedi, açıkçası. Çünkü bunu söyleyenler zannediyorlar ki, arabulucu hukuku uygulayacak, karar verecek. Maalesef alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda hiçbir bilgi sahibi olmadan bu kaygılar ileri sürülüyor. Bugün için tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri konularda ne yapmaları mümkünse, tasarının kanunlaşmasından sonra da aynı hususlarda uzlaşma mümkün olacak. Arabuluculuk tamamen tarafların iradesine tabi bir uyuşmazlık çözümü. İsteddiği zaman taraflar bu süreçten vazgeçebilirler. Arabuluculuk sonunda şeriat nasıl gelir? Bunu da anlamak mümkün değil.

Tasarıda esas aldığımız arabuluculuk konusundaki Birleşmiş Milletler Model Kanunu, arabuluculuğun güçlendirilmesi, bu yola başvuran tarafların cesaretlendirilmesi konusunda uzlaşma sonunda eğer yazılı bir belge hazırlanırsa, bu belgenin icrasının mümkün olduğu kadar kolay ve çabuk olmasını amaçlıyor. Böylelikle tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaştıkları yazılı belgenin mahkeme kararı, yani ilam gibi icrası mümkün olabilmelidir. Aslında bu konuda pek çok ülkede ayrıca bir düzenleme yapılmadığını da gördük. Bunun sebebi, arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşma sonucu hak ve yükümlülüklerini kendiliğinden ve hemen yerine getirdiğinden, daha sonra bir belgeye ihtiyaç duymamalarıdır. Gerçekten anlaşma ile sonuçlanan arabuluculuk süreci sonunda

tarafaların yükümlülüklerini kendiliğinden yerine getirmesi asıl olandır. Ancak çok az bir ihtimalde de olsa anlaşmanın yazılı olmasını taraflar tercih edebilirler. Yine bu anlaşmaya rağmen taraflardan birisi yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. İşte bu durumda anlaşma belgesinin ayrıca tasdik edilip edilmemesi ve bunun cebri icrasının hangi hükümlere göre olacağı konusu düzenlenmeli idi. Bu konuda varılacak anlaşmanın taraflarca notere tasdik ettirilmesi söz konusu olabilir. Ancak anlaşmada belirli rakamların yazılı olması halinde bunun tasdiki önemli bir harç ve verginin ödenmesini gerektirebilecekti. Mahkemeye başvuru ise, mahkemelerin zaman zaman işin esasına girerek inceleme yapmalarına ve anlaşmadan sonra uyuşmazlığın tekrardan mahkeme önüne gelmesine neden olabilecekti. Bu nedenle hukukumuzda Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesindeki gibi tarafların imzaladığı belgenin ilam niteliğinde belge olmasını kabul ettik. Ancak böyle bir ihtiyaç belki arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları halinde yüzde bir oranda gerekli olacaktır. Diğer ihtimallerde ise ayrıca yazılı bir anlaşma gerekmeyecektir. Nitekim Avrupa'daki pek çok ülkede bu hususun ayrıca düzenlenmediğini bunun sebebinin de tarafların ayrıca yazılı anlaşma yapma ihtiyacının çok istisnai hallerde söz konusu olabileceği idi. İlamın kamu düzenine aykırı olması halinde bunun icra takibinde ileri sürülmesi ve hatta kendiliğinden göz önünde tutulabilmesi de mümkün idi. Bununla beraber tarafların imzaladığı belgenin mahkemenin adeta denetimine sunulması yönünde değişiklik yapılabilir.

Arabulucular, tıpkı avukatlar gibi, belli bir eğitimden sonra bir arabulucular siciline kaydolmak zorundadır. Bu sicile kaydolmayanlar arabulucu olarak çalışamaz. Ayrıca arabulucular yaptıkları arabuluculuk faaliyetleri ve sonuçları hakkında kuruma bilgi vermek zorundadır. Bu bilgiler sayesinde uygulamadaki durum hakkında bilgi sahibi olmak mümkün olabileceğinden, gerekli düzenlemeleri ve bazı müdahaleleri yapmak da mümkün olabilecektir. Ayrıca arabulucular hakkında denetleme yapılabilmesi haklarında yapılan şikâyetlerin

incelenmesi ve gerektiğinde meslekten çıkarılması da düzenlendi. Böylelikle arabulucuların denetlenmesi amaçlandı.

Arabulucuların eğitimi konusunda en uzun eğitimi öngören Avusturya örneğini esas aldık. Bazı ülkelerde kısa süreli geceleri ya da hafta sonları yapılan eğitimle arabulucu olmalarının olumsuz sonuçlarını bildiğimizden, eğitimin mümkün olduğu kadar ciddi yapılmasının sağlamaya çalıştık. Zira ülkemizde genç bir nüfus var. İşsizlikte yüksek olduğundan plansız ve denetimsiz açılacak eğitim yerlerinin pek çok kişiyi sırf para kazanmak için kısa süreli eğitimlerle arabulucu olarak yetiştirmesinin mümkün olabilecektir. Başlangıçta çok büyük vaatlerle başlanılan bu eğitimler sonunda binlerce kişi herhangi bir karşılık alamayacak, ancak bu eğitim kurumları oldukça yüksek para kazanacaktır. Avusturya'da bu eğitimin 6.000 Euro civarında verildiğini biliyorum. Orada da bize benzer 300 küsur saatlik bir eğitim var. Hukukçu olmayanlara 100 küsur saat ayrıca hukukla ilgili bir eğitim veriliyor. Hukukçu olanlara ise 200 küsur saatlik bir eğitim veriliyor. İşte, bu sayı çok fazla olursa, bizim İsrail'deki ve İtalya'daki olumsuz gelişmeleri yaşamamız kaçınılmaz olacaktır. Yine arabuluculuğun kontrol edilememesi sebebiyle uygulamada çok ciddi sıkıntıların ortaya çıkabileceği düşünülerek arabulucular için sicil tutulması, kontrol edilmesi, gerektiğinde sicilden silinme gibi bir müeyyidenin de getirilmesi düşünüldü. Hatta belki çıkarılacak yönetmeliklerde belli bir süre arabuluculuk faaliyeti yapmayan kişilerin arabuluculuk sicilinden silinmesi gibi bir durum da söz konusu olabilecek.

Avrupa'daki düzenlemelerden farklı olarak arabulucuların mesleki bir sorumluluğu konusunda düzenleme yapamadık. Çünkü ülkemizde maalesef avukatların da mesleki sorumluluk sigortası bulunmuyor. Sadece noterlerin mesleki sorumluluk sigortaları var. Bunun zaman içinde düzenlenebileceğini düşündük. Arabuluculuk gelişir ise, bunun mutlaka değerlendirilmesi gerektiğini de biliyoruz.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Evet, genel olarak hazırladığımız taslağı bu şekilde özetleyebildiğimi düşünüyorum. Zannediyorum sorular soruldukça benim de daha farklı konularda açıklama yapabilme fırsatım olacak. Onun için, ben teşekkür ediyorum Hocam.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz, tam zamanında bitirdiniz.

Şimdi, 15 dakika kahve arası veriyoruz.

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi)

TASARI
ÜZERİNE
GENEL TARTIŞMA
VE
DEĞERLENDİRME

TASARI ÜZERİNE GENEL TARTIŞMA VE DEĞERLENDİRME

Oturum Başkanı: Sayın meslektaşım Hakan Pekcanıtez sunumunu yaptılar.

Bunun üzerine tasarı hakkındaki düşünceleri öğrenmek üzere söz vermek istiyorum.

İlk sözü, Prof. Gilles aldılar.

Kamil bey tercüme edecekler, çünkü çok şiddetli tartışmaların Almanya'da yaşandığı bir konu üzerinde konuşuyoruz. Bu konuda bize ufuk açacak şeyler söyleyeceğini tahmin ediyorum. Çok nazik bir şekilde söz talep ettiler, ben de nazik bir şekilde vermek istedim.

Prof. Dr. Peter GILLES (Frankfurt J. W. Goethe Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın konuklar, sizlere burada işlediğiniz konunun dışında, bundan tamamen bağımsız alternatif uyumsuzluk çözümleri konusunda bilgi vermek istiyorum.

“Alternatif Uyuşmazlık” (ADR) konusunda konuşurken, öncelikle bütün dünyada genel olarak adalet sisteminin bir değişim geçirdiğinden, bir çöküşte olduğundan söz edebiliriz. Burada adalet sisteminin yeniden yapılandırılması tartışılmaktadır. Burada iki zıt kutup ortaya çıkar, iki görüş olarak. Birincisi, daha fazla devletleştirme. Buna karşılık da tam tersi, yani özelleştirme. Sistemde iki uç nokta bu şekilde ortaya çıkar. Almanya’daki gelişme, özel polis teşkilatı kurulması, hukukun özel bir ele bırakılması, bütün sisteminin, yani adliye memurları diyelim, icra memurları teşkilatı organizasyonunun diyebiliriz, genel olarak özelleştirilmesi. Bütün icra hukukunun özelleştirilmesi teklif edilmiştir, tartışılmaktadır. Burada eğilim, otuz yıldır süren bir eğilim, öncelikle Amerika’da, ardından Asya’da ve Avrupa’da ADR modelinin giderek daha fazla yer bulmasıdır.

İhtilafların halli programında enteresan olan bir başlık da kontrast program. Yani, farklı renklerin herhalde bir arada ele alınması. Burada yine tekrar vurgulandı, birinci husus devletin adalet teşkilatı, devlete ait adli teşkilat ve çalışması. Bunun da karşısında genel adıyla alternatif yargılama duruyor. Yani, bu kontrast programının içinde bu iki açılım var ve bunların arasında bir yeri bulmamız lazım.

Bu hukukçuların perspektifi, bunu hukukçular öngörüyor, fakat sosyologlar açısından bakıldığında durum daha da farklı. Onlar aralarında günlük hayatta sürdürürken, uyumsuzluğa düştüklerinde farklı sonuçlar da alabiliyorlar. Bir kulübün üyeleri, kendi aralarında anlaşabilecekleri gibi, ekstrem bir örnek olarak da anlaşamadığı zaman birinin diğerini öldürmesi, adeta tabancayla ateş edip vurması ve öldürmesi de kendine göre bir çözüm oluyor.

Burada alternatif yargılamanın taraftarları ve sevmeyenleri vardır. Bu iki gruba da ayrılmıştır. Ama arada Üstündağ gibi farklı çözümleri öneren tarafsız hukukçular da vardır. Burada bir görüşü savunanlar, kendi modellerinin olumlu yanlarını öne çıkarmakta, diğer sistemin dezavantajlarını, zafiyetlerini de yine vurgulamaktadırlar. Devletin yargısının olumlu yanlarını anlatırken, yani onun taraftarı olanlar, devlet yargısını öne çıkaranlar da alternatif yargılamanın dezavantajları ve zafiyetlerini vurgulamaktadırlar. Bu tartışmada neler olabilir? Bir kere, alternatif yargılamayı savunanlar bunun informel, yani şekle bağlı olmadığını, rahatlıkla içine girilebilir bir prosedür olduğunu öne çıkarmakta, otonom olduğunu, yani serbestlik taşıdığını, herhangi bir yere bağlı çalışmadığını, özgürlük alanında irade serbestisi, privat otonomiye kadar açılımı olan bir alan. İradeleriyle sonuca, kararı kendilerinin oluşturmaları şeklinde sonuçlandırabildiklerini söylemektedir. Yani, şahsın kendi ürünü, kendine ait bir konuda, çözümü de kendisinin bulmasını bir avantaj saymaktadırlar alternatif yargılama taraftarları. Bunun hızlı olduğunu söylemektedirler. Tabii, buna hızlı dedikleri anda, devlet yargısının ağır işlediğini de vurgulamış oluyorlar.

Bunun dışında, elde edilen kararın ucuz olduğunu söylüyorlar. Çünkü karar daha ziyade tarafların iradesiyle ortaya çıkan bir sözleşme, bir akit sonuç elde edilmektedir, akdi bir noktaya varır. Onun da ucuz olduğunu söylemekte, buna karşı yine devlet yargısının pahalıya mal olduğunu hemen vurgulamaktadırlar. Ve burada, alternatif yargılamada genellikle "win-win" (kazan kazan) dediğimiz bir sonuç var; yani herkes kazanıyor. İhtilaf içinde iki taraf da kazançlı çıkıyor şeklindeki sonuç var.

Burada belki, doğrusu bir birliktelik sağlamak, ikisinin de yararlı ve olumlu taraflarını bir araya getirmektir. Ancak bu da pek mümkün görünmemektedir.

Hocamız son başlıkta tekrar devletleştirmenin ön plana çıkabileceğinden söz ediyor. Şimdi, alternatif uyumsuzluk yolları gözden geçirildiğinde, bunun alt başlıklarında uzlaş-

TASARI
ÜZERİNE
GENEL TARTIŞMA
VE
DEĞERLENDİRME

ma, mahkeme dışı yolda uzlaşma, tarafların arasında sulh olması, tahkim prosedürü ve diğerleri... Bütün bunlar göz önüne alındığında şu tespit edilebilir ileri bir zamanda: Eğer bunlar giderek daha çok yaygın bir biçimde kullanılırlarsa, sonuçta bu giderek şekille birlikte çalışmanın, prosedür içinde çalışmanın giderek arttığını göreceğiz. Yani, bu sistem, alternatif sistem, devlet yargısının dışındaki bu sistem kendi şeklini, kendi prosedürünü de giderek oturtmuş olacak ve tek tip, standart bir uygulama halini alacak. Şimdi, bu bağlamda giderek devlet yargısının düzeninde, yani devlette açılan davada, mahkemede açılan davada kullandığımız formlar, dava açmada kullandığımız dilekçeler, vesaire... Bütün bunlar gibi, artık alternatif yargılamanın da içinde kendi dilekçe sistemi, kendi yargılama usûlü kuralları oluşacaktır ve bu bir noktada kendi kanun yolunu da kuracaktır, kendi içinde bir kanun yolu dahi olabilecektir. Burada vardığımız sonuçta şunu da görüyoruz: Özellikle bankalarda yönetici pozisyonunda olan kişiler genellikle hukukçulardan oluşmaktadır, hukukçular banka yönetimini yürütmektedirler. Burada bir profesyonelleşmeden söz ediyoruz. Bu noktaya geldiğinde -yani, hocanın birinci vardığı nokta- profesyonelleşme bu düzeye geldiğinde, formel yeni şekiller oluştuğunda bu alternatif uygulamanın kaybı, yok olması demektir.

Vardığı ikinci sonuç -bir soruyla başlıyor-- acaba böyle alternatife ihtiyacımız var mı? Yani, devlet yargısından çıkacağız, özel alternatif uyuşmazlık çözümlerine gideceğiz ama profesyonelleşmeyle acaba bu noktaya gelirsek buna da ihtiyaç kalır mı?

Cevabı şu: Devlet yargısı dışında çözümler aramak yerine, devlet yargısı içinde ihtilafların çözüm yolları, modellerini oluşturmamızda daha mantıklı görünmektedir. Yalnız burada önümüzde duran temel ilke, dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesidir. Bizim modelimizdeki bu anlayışı değiştirmemiz gerekir. Yani, artık dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi değil, onun yerine kooperasyon maksim yahut da kominikasyon, taraflar arasında bilgi alışverişinin daha rahat

yapılabildiği, yani davada yargılamanın öncesinde ve içinde kominikatif çalışmaları, kompenzasyona gitmeleri, birbirleriyle ihtilaflarını, aradaki ihtilafı giderecek uyum içinde olmaları eğer modelin içine dahil edilirse belki de yargı dışında bir alternatif yargılamaya da ihtiyaç kalmayacaktır.

Teşekkürler ederiz.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ederiz. Söz almak isteyenler? Buyurun Seyithan bey.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bence burada asıl sorun -tabii detayla ilgili konuşulacak çok şey var ama- yargılama usûlüyle ilgili olduğunu düşünüyorum. Yani, buradaki temel çatışma, yazılı yargılama ve sözlü yargılama. Dolayısıyla bu mevcut sistem içerisinde bu haliyle ben uzlaşma usûlünün çok fazla uygulanabileceği kanaatinde değilim. Neden? Şu an bizde geçerli olan sistem, kural olarak yazılı yargılama. Böyle olunca da, ya biz bu alternatif uyumsuzluk çözümünü de bununla paralel bir şekilde düzenleyeceğiz ya da hazır, bu yazılı yargılama sisteminin belki birkaç yüzyıldan beri devam eden geleneğini -zor da olsa- değiştirmek suretiyle bunun aşılabileceğini düşünüyorum. Hazır bu işin ta geçmişinden beri hep yazılı yargılama usûlü içerisinde yoğunlaşmış olan hukukçuların -örneğin Üstündağ hocamızın dahi- artık tarafsız bir konumda kaldığı bir zamanda bence bu bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Yani, temel sorun, burada gerçekten biz bir yargılama usûlü konusunda karar vermemiz gerekiyor. Aksi takdirde, şimdi arabulucu tarafsız olacak diyoruz. Mümkün değil. Yani, bizdeki toplum düzenimiz de dikkate alındığında, hiç kimse tarafsız bir arabulucu istemez.

Bilirkişi konusunda dahi tarafların anlaşamadığını, seçemediklerini hesaba kattığımızda, arabulucunun böyle taraflarca seçilecek, tarafsız olacak, doğru ne ise verecek şeklinde bir seçimin olacağı kanaatinde değilim. Dolayısıyla burada eğer biz yazılı yargılama usûlünde ısrar edeceksek, devam edeceksek, bu arabuluculuk konumunu da buna paralel bir

şekilde düzenlememiz lazım. En azından, dava malzemesinin toplanması aşamasını aradan çıkarmamız lazım. Bu şekilde düzenleyebiliriz. Ya da, yazılı yargılama sistemimizi gözden geçirip ve bu arabuluculuk sistemini de ciddi bir teşvikle ancak uygulamaya sokabiliriz. Nedir? Örneğin, taraflara hiçbir masraf yüklememek gerekir. Hani, yeni açılan bir işletmenin başlangıçta çok uygun veya bedava satış yapması gibi. Aksi takdirde, tahkimin dahi uygulanmadığı sistemimizde arabuluculuğun çok fazla uygulanabileceği kanaatinde değilim.

Şimdilik bunları söyleyeyim. Biraz heyecan var, daha sonra gerekirse söz alırım.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim. Buyurun Sayın Tüknüklü.

Doç. Dr. Abbas TÜKNÜKLÜ (Dokuz Eylül Üniversitesi Buca Eğitim Fakültesi): Dokuz Eylül Üniversitesi'nde bir merkez kurduk: Dokuz Eylül Üniversitesi Anlaşmazlık Çözümü Araştırma ve Uygulama Merkezi. 19 Temmuz 2004 tarihinde kuruldu. Sanırım devlet üniversitelerinde, alanında kurulan tek merkez. Başka özel üniversitelerde var; ama devlet üniversitelerinde tek merkez. Bu merkez adına sürece ilişkin birkaç yorumda bulunmak istiyorum. Çünkü sizin bu bahsetmiş olduğunuz süreç, sadece hukukçuları değil, eğitimcileri de, psikologları da, toplumsal yaşamı ciddi ilgilendiren, odağından ilgilendiren bir süreç. O yüzden bu konuda, süreç hakkında biraz bilgi vermek istiyorum ama sürece başlamadan önce Hakan hocamıza bu güzel konuşmasından dolayı teşekkür ederim.

Şimdi, öncelikle şundan bahsetmek istiyorum: Bu süreç bir toplumsal yaşama karşı bir paradigmalara savaştır aslında. Buradaki süreç, biz rekabetçi anlayışı mı, işbirlikli anlayışı mı tercih edeceğiz? Biz onarıcı adaleti mi tercih edeceğiz yıkıcı adaleti mi tercih edeceğiz? Uyuşmazlık içerisinde insanları, uyuşmazlıklarını birlikte yaşama, tekrar tekrar karşılaşma, birlik kültürü içerisinde çözmeleri mi tercih edeceğiz, yoksa

dışarıda bir başka kişinin verdiği adalet anlayışıyla uzaklaşmalarını, ayrışmaların mı? Benim bu süreçten anlamış olduğum şey şu: Bu bir toplumsal uzlaş, bütünleşme, birleşme projesidir. Çünkü insanlar tekrar tekrar karşı karşıya gelecekler. Aynı mekânı, aynı sınıfı, aynı binayı, aynı örgütü, aynı işyerini paylaşacaklardır. Bu süreç içerisinde bu insanları biz ayrıştırıcı bir yaklaşımla mı aralarındaki husumeti çözeceğiz? Yoksa birleştirici, onarıcı, düzeltici anlayışla mı? Sorun burada gibi geliyor. Bu nedenle, ben ayrışma mı yoksa birleşme, bütünleşme süreci mi diye adlandırmaktayım.

Onun dışında söyleyeceğim, bu bir uzlaşma kültürü projesidir. Uzlaşma kültürü projesine ben bir ekleme daha yapıyorum: Bu bir müzakere kültürü projesidir. Bizlerin en önemli özelliği, sorunlarımızı müzakere ederek mi çözüyoruz yoksa rekabetçi bir tarzda mı? Müzakere var ise, kazan kazan var. Çünkü biz, aynı fabrikayı, aynı işyerini, aynı kentte defalarca yaşayacak isek, o zaman müzakere sürecine girmek zorundayız. Çünkü bu bir toplumsal mimari projesidir. O zaman biz, müzakere süreci üzerine biraz kafa yormamız gerekiyor.

Hocamız, bu işin bir sosyolojik süreç olduğunu, ekonomik süreç olduğunu söyledi. Ben aynı zamanda ciddi psikolojik bir süreç olduğunu düşünüyorum. Biz, çocukluktan itibaren müzakere kültürüyle mi yetişiyoruz, yoksa güç kültürüyle mi yetişiyoruz? Çünkü bir anne baba olarak bakın, çocuğunuzla sorunlarınızı müzakere mi ediyorsunuz, siz mi karar veriyorsunuz? Öğretmen olarak karşınızda duran çocukla sorunları müzakere mi ediyorsunuz, siz mi karar veriyorsunuz? Okulların disiplin anlayışı müzakere kültürüne mi, yoksa güç kültürüne mi dayanıyor? Dışarıda bir suç işlediğinizde suçlu ile mağdur arasında bir müzakere mi var, yoksa dışarıda bir güç sorunları mı çözüyor? O yüzden, bir müzakere ikna kültürü ile güç kültürü arasında gidip gidip geleceğiz. O yüzden sürece, sadece bir yasal süreç şeklinde bakmak yerine, bir toplumsal mimari projesi ise bu, o zaman biz ta tabandan tavana doğru bakmamız gerekiyor.

Arabuluculuk için, biz sadece arabulucular üzerinde durduk. Ama bakın, ben proje uyguluyorum hem liselerde hem ilkokullarımızda. Gördüğüm şey şu, siz istediğiniz kadar kaliteli arabulucu yetiştirin, ama toplum buna uygun değilse burada başarılı olamazsınız. Benim okullarda gördüğüm şey, bütün öğrencilere becerileri kazandırdık, arabulucu geldiğinde taraflar ne yapacağını belli ölçüde biliyor. Sizin arabulucularınız işbirliği üzerine kurulu, ama gelen kişiler ise müzakere kültürüne uygun değil. Orada başarı zor gibi geliyor bana. Bu nedenle, siz eğitim kurumlarıyla ya da daha değişik toplumsal dinamiklerle birlikte çalışmanız gerekiyor gibi geliyor. Bu nedenle, toplumsal hareket konusundaki söyleme katılıyorum. Eğitim, en önemli sizin yardımcınız olacaktır. 17, 18 yaşına kadar gelen o süreç içerisinde biz toplumumuzu belli ölçüde müzakere kültürüyle yetiştirmek durumundayız. Üniversiteler ve devlet kendisi, önce kendi içinde buna başlamak zorunda. Siz dışarıda yaparsanız, yeniden, tekrar ediyorum, sürece gelen kişi bu kültürden gelmiyor.

Son olarak da, arabulucuların ya da arabulucunun sadece bir bilgiyle yapılabilecek bir şey olduğuna ben inanmıyorum. En azından ben okullarda uyguluyorum bunu. Yaklaşık bir sekiz senedir bu konu üzerinde çalışıyorum. Bu işin bir mizaç işi olduğunu, kişilik işi olduğunu, deneyim işi, liderlik işi, toplumsal kabul ve tanınma işi olduğunu düşünüyorum. Çünkü insanlar arabulucuyu, kendisinin geldiği kültürden, kökenden kişiler arasından seçecektir. Çünkü başka ülkeler, ben de okuyorum, öyle oluyor... Çünkü nasıl güvenecek? Beni anlayacak. İşte, orada birazcık "*Kim yapacak?*" sorusu ciddi bir sorun özelliği taşıyor. O yüzden bu iş hukukçuların işi mi, yoksa psikologları katalım mı, diğer meslekleri katalım mı? Burası biraz açmaz gibi geliyor.

Benim katkılarım bundan ibaret. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ederiz.

Sayın Öztekin, buyurun.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Değerli hocam aslında bir konuşmada pek bulunmayı arzulamıyordum, çünkü vakit dar ve genç arkadaşların konuşmasını istiyordum. Fakat Buca Eğitim Fakültesi'ndeki değerli meslektaşımız söz alıp bazı şeyler söyleyince, artık müdahalenin bir zorunluluk halini aldığını gördüm. Zira buradaki genç meslektaşlarımız yanlış bilgiler edinmiş oluyorlar.

Bakın, bu arabuluculuk, uzlaşma genel olarak ADR bu konulara pek girmek istemiyorum, çünkü bunlar siyasî tercihler. Neoliberalizmin araçlarıdır bunlar. Neoliberalizm nedir? Uluslararası sermayenin dünya üstünde serbestçe dolaşmasını hedef alır ve neoliberalizmin amaçlarından birisi, devletin küçülmesidir. Devlet organları arasında da en başta adalet, millî savunma ve iç güvenliğin küçülmesini hedef tutar. Yani, bir anlamda adaletin özelleştirilmesidir amacı. Mümkün olduğu kadar daraltalım...

Şimdi, bu arkadaşımızın söylediklerini biz kabul ettiğimiz takdirde, bütün adalet mekanizmasının, adlî teşkilatın altına dinamit koyup patlatmamız lazım. Bu, hiç kuşkusuz mümkün değil. Ve bu ADR adını verdiğimiz olayda çok dikkatli davranmak lazım.

Şimdi, burada tercih yapılmıştır, bu bizi pek o kadar ilgilendirmiyor sonuç itibarıyla. Yani, bu bir siyasî tercih. Biz, bir yerde teknokratız, işte bu tercih yapılmış Hükümet tarafından ve bize bir görev veriliyor, arabuluculuğa ilişkin bir kanun tasarısı hazırlayın diye. Şimdi, burada bizim artık bu aşamadan itibaren dikkat etmemiz gereken nokta, ADR'nin bir adlî teşkilattan, adlî yargıdan kaçış haline getirilmemesidir. Şimdi, adlî yargıda bizi bu ADR'lerin sakıncalı tarafı, yani bir gevşekliğe itebilir. Avrupa Komisyonu mesela, bu direktif teklifini sunarken aynen şöyle diyor, çok kısa bir pasaj, size onu okumak istiyorum: Medenî ve ticarî alanda arabuluculuğun bazı görünümleri hakkındaki direktif teklifinde: *"Komisyonun uyumsuzlukların alternatif çözüm yollarını adlî prosedürlerin bir alternatifi olarak görmediği, bunların modern bir toplumun sahip bulunduğu çeşitli çözüm metotlarından sadece bir tanesi olduğu ve bazı*

*durumlarda başarıyla uyum sağlayabileceği, ama her durumda uygulanamayacağı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığının üye devletleri hiçbir şekilde etkili ve adil, demokratik bir toplumun merkez payandalarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gereklerine cevap veren bir hukuk düzenini sağlamak ve devam etmek mecburiyetinden asla muaf kılamayacağı”*nı özellikle vurguluyor. İşte, bizim tasarıyı hazırlarken hukukçu olarak dikkat etmemiz gereken nokta bu. Bunun bir kaçış haline gelmemesi.

Şimdi, bu tasarıyla bu sağlanmış mıdır? Benim kanaatimce bu tasarıyla bu sağlanmamıştır. Neden sağlanmamıştır? Çünkü mahkemeler âdeta dışlanmıştı.

Bakın mesela, tasarıyı hazırlayan arkadaşlara yönelteceğim bir diğer eleştiri: Örneğin, 12 Şubat 2005 tarihinde yürürlüğe giren Belçika'nın arabuluculuk konusundaki düzenlemesi kanaatimce incelenmemiş. Cenevre Kantonu 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren İsviçre'de ilk arabuluculuk düzenlemesini Medenî Usûl Kanunu'na monte etti. Fransa 1995 yılında arabuluculuğu uyguluyor ve çok da rağbet görmüş. İnternete girip tıkladığınız zaman bir sürü arabuluculuk şirketi ilanı, reklamı, vesairesi çıkıyor. Şimdi, Fransa küreselleşmenin, globalizasyonun en sert muhaliflerinden biri idi Chirac zamanında. Yani, buna rağmen ADR'yi uyguluyorsa, hangi tedbirleri aldığını belki daha yakından incelemek gerekirdi. O itibarla benim bu son derece endişe duyduğum noktada ki, bu tasarıyı hazırlayan arkadaşlarıma yöneltilen abuk sabuk eleştirilerin büyük ölçüde mahkemelerin bu şekilde dışlanmış olmasından ileri geldiğini düşünüyorum. Tahkimde olduğu gibi, uzlaşma belgesi hazırlanıyor ya... O uzlaşma belgesini dosya ile birlikte, örneğin sulh hukuk mahkemesi kalemine tevdi edilmesi ve hâkim tarafından kamu düzenine uygunluk yönünden bir incelemeden mutlaka geçmesini şart görüyorum. Aksi takdirde, bu kaçaklara da neden olabilir.

Bir de, bu avukat-mühendis ilişkisinde... Dendi ki: *“Mühendisler de yapıyor”*. Bakın, Amerika Birleşik Devletleri'nde bir istatistik yapılmış, istatistik yapılan hukukçuların hepsi vasatın üstünde zekalı çıkmış. Şimdi, biz, dolayısıyla hukuk-

çu olarak bizler aslında toplumun kremasıyız. O itibarla ben hukukçunun varlığını, mühendis bulunsun, ama hukukçu da bulunsun. Yani, üç kişiden kurun efendim arabuluculuk heyetini. Bir hukukçu bulunsun, iki tane mühendis bulunsun. Aksi takdirde, hele hele bu mahkeme denetiminden de geçmezse, görüyoruz uygulamada teknik bilirkişilerin hazırladığı raporları. Yani, iler tutar tarafı yok raporun. Böyle tuhaf durumlarla karşı karşıya kalırız diye endişe ediyorum. O itibarla belki bu avukatların tekelinden çıkarılması... Mesela, o mümkün de olacak mı? Mesela, Almanya'da adli hizmet olarak kabul ediliyor ADR hizmeti. Şimdi, adli hizmet olarak bunu kabul ettiğimiz zaman, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi... Şimdi, tekel hakkı bakımından durum ne olacak? Yani, burada da, bunu belki Türkiye Barolar Birliği ile biraz daha koordinasyon içinde bir çözüme bağlamak gerekir.

Ayrıca, tabii bunları, yani biz hepimiz burada eleştiri yöneltip, bunu kapıdan çıktığımız zaman unutacak olgunluğa sahibiz. Bu eleştiriye sadece bir katkı olsun diye yaptım. Çünkü burada hakikaten, ben de Komisyon Başkanlığı yaptığım için bilirim, ne kadar büyük emek var. Her nokta, virgül... İnanın bu komisyonlarda tartışılır, günlerce karara varılamaz, büyük sıkıntı çekilir. Yani, biz burada geliyoruz, konuşuyoruz falan. Ama, o hakikaten çok uzun bir süreçten ve yorucu bir süreçten geçiyor. O itibarla bütün Komisyon üyelerini Başkanın şahsında kutluyorum. Gerçekten zor bir görev. Ayrıca, benim ve Süha Bey'in doğum günü vesilesiyle göstermiş oldukları ilgiye de çok teşekkür ediyorum... Biz bunları, artık zaman aleyhe işliyor arkadaşlar. Onun için, bunları hiç hatırlatmıyoruz!

Çok teşekkür ediyorum. Nice yıllara hep birlikte oluruz inşallah.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Ulukapı.

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi): ADR, tabii günümüzde özellikle ilk planda globalleşmenin getirdiği etkinin bir sonucu olarak sanılabilir. Fakat

şunu söyleyelim: Bugün dünyada ADR, tabii gelişmekte olan bir değer olarak da göze çarptığı kuşkusuzdur. Birçok ülke hukukunda, Sayın Gilles'in de belirttiği şekilde, başta Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa'da olduğu şekilde, hatta Hindistan gibi yerlerde de yine bu ADR uygulamaları olduğunu biliyoruz.

Tabii, sorunun temelinde bu ADR'nin uygulanmasına ilişkin yapısında sosyolojik, psikolojik, ekonomik etkenlerin olduğu söylenebilir. Ama burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus var ki, bunun tabii hukuk yapısıyla burada doğrudan orantılı olduğudur. Yani şunu demek istiyorum: Burada her şeyden evvel hukuki yapı ön planda ele alınmalıdır. Yani, bu neyi çağırıyor? Doğrudan doğruya devlet yargısına bir alternatif şeklinde ortaya konulurken, hukuki platformu da göz ardı etmememiz gerektiğini belirtmek istiyorum.

Tabii, şunu da belirtmekte yarar var: ADR'nin hukuk sistemimize getirilmesinde yarar olduğuna ben de katılıyorum. Bu konuda tabii çalışmalarda bulunan Komisyona teşekkür ediyorum. Tabii, tasarıda yapıcı eleştiriler yönünde, tabii söylenecek bazı şeyler olduğunu ben de inanıyorum.

Tabii, ADR'nin temelinde bir eğitim var, eğitim olması gerekmektedir. Bu da, demin arkadaşımızın da belirttiği şekilde, ilkokuldan başlayarak, hatta evde başlayarak, aileden başlayarak bu eğitimin verilmesinde yarar olduğunu ifade etmek istiyorum.

Burada, tabii ADR'nin kabulü bir alternatif olarak Türk hukukunda da bulunmasında yarar var. Ama tabii bu kanun taslağında dikkate alınması gereken hususlar bakımından özellikle hocamın da belirttiği şekilde bunun bir denetim mekanizmasından da geçirilmesinde yarar olduğunu belirtmek istiyorum. Özellikle tabii düzenlenen uzlaşma belgesinin ilam niteliğinde olması, belge niteliğinde olması ve icra kabiliyeti kazanması açısından tabii düzenlenecek belgenin icra kabiliyetine uygun olması gerekiyor. Bunda tabii en azından kamu

düzenine aykırılık açısından da böyle bir denetlemenin uygun olacağı sonucuna varılabilir.

Tabii, diğer yönlerden de çok ayrıntılı olarak ben inceledim, fakat burada yetmeyeceği için ben bu hususlara ileride, zaten Barolar Birliğinin toplantısında değineceğim.

Şimdilik, bu imkânı verdiğiniz için şahsım adına teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz de teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Başözen.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben de mahkeme dışı bir siyasi süreç mi; bu konuya girmek istemeden taslak hakkında birkaç söz söylemek istiyorum.

Bu taslağın özellikle genel gerekçesine baktığımızda, mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması anlamında olduğunu görebiliyoruz. Her ne kadar Hakan Hocamız "*Başta böyle bir amacımız yoktu*" dese de, ama bunu genel gerekçede açıkça görebiliyoruz. Bu nedenle, eğer genel gerekçede böyle açıklamalar varsa, o zaman taslağın içerisinde de böyle olması gerekir diye düşünüyoruz. Bu anlamda, teşvik kuralı daha mı yoğun uygulanmalıydı? Buna yönelik düzenlemeler daha mı çok getirilmeliydi diye birkaç madde üzerinde söz söylenebilir diye düşünüyorum.

Bunlardan birincisi, taslakta aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından herhangi bir engel olmasa da, işte tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda, örnek olarak anlaşmalı boşanmalarda ya da boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin hususlarda herhangi bir engel yok. Ancak, bu anlamda Türk Medenî Kanunu'nun 184/5. fıkrası belki engel olabilir. Çünkü bu tarz anlaşmaların hâkimin denetiminden geçirilmesi gerekiyor. O nedenle, bu anlamda da yine arabuluculuk herhalde aile hukuku uyuşmazlıklarında çok fazla uygulanmayacak diye düşünüyorum.

Yine, genel gerekçe kısmında değişik sistemlerden bahsedilmiş, ihtiyari olması esas olarak vurgulanmış. Ancak, tasarinın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi mahkemenin arabulucu konusunda tarafları teşvik edebileceğinden bahsediyor. Her ne kadar buna yönelik düzenlemeler Medenî Usûl Kanunu'nda da olsa ya da işte Aile Mahkemeleri Kanunu'nda da olsa, yine Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesi de olsa, bunların işlemediğini de biliyoruz. Bu anlamda, bu tasarinın 12. maddesi "Edebilir" şekli yerine, "Mahkeme de taraflara arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp teşvik eder" şeklinde değiştirilse ve açıklama kısmına, gerekçe kısmına da mahkemenin hangi konularda teşvik edeceği, arabulucuya gitmenin olumlu tarafları konusunda da, mahkemenin teşvik yükümlülüğüne ilişkin gerekçe kısmına aydınlatıcı hususlar konulsa nasıl olur diye hocamıza sorabilir miyim?

Yine, tasarinın 12. maddesinde, arabulucuya başvurma teklifine olumlu cevap verme süresi otuz gün olarak belirlenmiş. Acaba, sırf teklife olumlu verme anlamında otuz gün çok uzun bir süre mi, kısa süre mi? Bu tartışıldı mı? Mutlaka tartışılmıştır. Çünkü, teklife olumlu cevap verdik... Kişiler davanın ne zaman biteceğini bilemez duruma da gelebilecekler. Bu, hukuki öngörülebilirlik açısından doğru bir uygulama mı bilemiyorum. Bu otuz günlük sürenin mümkün mertebe azaltılıp, sonra da arabuluculuğa başvurulduktan sonra belirli bir süreler konulsa. Mesela, otuz gün denilse, otuz günden sonra bir otuz gün daha uzatılabilir ya da bu en fazla üç ay olabilir tarzında süreler konulsa ne olur? Bunu da yine değerlendirebilir miyiz?

Bir diğer husus da, arabuluculuğun cazip kılınabilmesi açısından devlet de birtakım fedakârlık yapsa. Mesela, tasarıda arabulucuya gidildikten sonra, uzlaşma tutanağı imzalandıktan sonra yargılama harçları, giderleri acaba uzlaşma tutanağına göre mi belirlenecek? Evet, buna göre belirlenecek. Fakat devlet hem bir taraftan mahkemelerdeki iş yükünün azaltılmasını istiyor, diğer taraftan niye yargılama harçlarından fedakârlık etmiyor? Bu konuda da yine bir görüşme olmuş mu Komisyonunda?

Son olarak, bu ilam niteliğinde belge olmasıyla alakalı ve hukukçuların ya da hukuk dışı meslek sahiplerinin bu işi yapmasıyla alakalı. Pek tabiidir ki belki hukukçular dışında da kişiler bu işi yapabilir, buna bir engel de yok, zaten taslak da bu yönde. Ama, burada sorun, tamam arabulucu hâkim değildir, hakem değildir, tarafları uzlaştırmayacak, taraflar kendileri uzlaşacak ama, bunun sonucunda bir rapor hazırlanacak, uzlaşma tutanağı hazırlanacak ve bu ilam niteliğinde bir belge. İlam niteliğinde belge hukukumuzda çok kısıtlı koşullarda düzenlenmiştir; noterler düzenleyebilir, avukatlar düzenleyebilir şeklinde. Şimdi, böyle bir belgeyi acaba 150 saatlik ya da 100 saatlik bir hukuk dersiyle düzenleme imkânına sahip olunabilir mi? Velev ki olamaz dersek eğer, o zaman ilamların icrasında yeni sorunlar çıkmaz mı? İlamların icrası yine problemlile hale gelir mi? En azından şöyle yapılsa: Başlangıç olarak noterler, avukatlar, hukuk mezunları, hatta eğer genişletmek istiyorsak Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunları, iktisadî idarî bilimler fakültesi mezunları, sosyologlar, psikologlarla sınırlı tutsak. Bunun dışındaki -başlangıç olarak en azından- meslek gruplarını başlangıçta sistem dışı bıraksak ilamların icrası bakımından daha iyi olabilir mi?

Ben teşekkür ediyorum Hocam.

Oturum Başkanı: Biz de teşekkür ediyoruz. Buyurun Şakir bey.

Av. Şakir BALCI (İzmir Barosu): Önce organizasyon ve sunumları için herkese çok teşekkür ediyorum.

Esasen belirtmek istediklerimin bir bölümünü Sayın Başözen ve Sayın Öztekin ve kısmen de Sayın Ulukapı belirtti. Ama, ben biraz daha üstü açık ifade etmek istediğim bir konu var. Ayrıca Sayın Pekcanitez'e de iletilmek üzere küçük bir temenni olabilir.

35/a üzerinde kısmi temaslarda bulunuldu ama, 35/a'nın başarısızlığından da söz edildi, Avukatlık Kanunu'nda ilam niteliğindeki düzenleme bakımından. Başarısızlık sebepleri ve

konusu üzerinde durulmadı. Kanaatimce bu konu araştırılmaya muhtaç bir konudur. Yani, 2 milyon dava içinde eğer yılda veya beş yıllık sürede 30 tane belge düzenlenmişse, burada başarısızlık sebepleri üzerinde, o belgenin tanzimi sırasında tarafların statüleri üzerinde zannediyorum bir sorgulama yapmak gerekir diye düşünüyorum. Arabuluculuk yasa tasarısının ileride sonuçsuz kalmaması anlamında önemli bir donedir diye düşünüyorum, tecrübe edilmiş bir hükümdür diye düşünüyorum.

Bir de, yine iştirak etmek istediğim konu, gerçekten herkes arabulucu olabilir ya da olabilmelidir; ama uygulamadan gelen kaygım şudur: Çok sıklıkla olmasa bile, zaman zaman görülen davalarda davanın uzlaşmayla bitirilmesi konusunda bizlere başvurular bulunmakta. Uzlaşma safhasında tarafları masada iki vekil ya da iki taraf olarak masada tutup imzalarını almakta zorluk çekiliyor. Çünkü uzlaşma esnasında ciddi bir terminolojik sorun var ve oluşuyor. Bu terminolojik sorunu aşma konusunda gerek taraflar gerek asil kişiler bakımından çok ciddi sorunlarla karşılaşılıyor. Tarafların iradesi uzlaşmaktan yana, ancak konulacak terminoloji üzerinde çok ciddi tartışmalar olabiliyor. Nitekim ilamların da anlaşılır gerekçeli ve infaz edilebilir olması gereği ile bu konuyu ilişkilendirmek gerekir diye düşünüyorum.

Gerçi tasarınının 16 ve 17. maddeleriyle ilgili arabulucunun kaleme almayacağı şeklinde de anlaşılabilir ibareler var, "uzlaşma metnini tarafların kaleme alacağı" tarzında. Fakat her hal ve durumda arabuluculuk belgesinde taraflardan ziyade, arabulucunun da kullanılan terminolojiyi çözebilecek ehliyetinde olmaması halinde tarafların masadan kalkma ihtimalleri çok yüksek görünüyor. Sayın Özekes hocamın, dışarıda konuşurken dün verdiği örneğin aynısını vereceğim. Masada zaman aşımı ve hak düşümüyle ilgili iki kavram tartışılıyor ise, arabulucunun bu iki kavram arasındaki farkı, taraflara dikte edebilmesi, tavsiye edebilmesi gibi bir fonksiyonu olmalıdır. Bunun da herhalde bir hukukçu eliyle olmasının gerekli ol-

duğunu ya da bu konunun üzerinde düşünülmesi gerektiğini saygıyla arz ediyorum.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Sunar.

Yrd. Doç. Dr. Gülcan SUNAR (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sadece kısa bir sorum olacak Hocam.

Tasarının 12. maddesine ilişkin ben de bir hususa değinmek istiyorum. Arabuluculuğu tamam, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenledik, kabul ettik; ama yargılama süreci içinde de hâkimin buna teşvik edebileceğini düzenledik ve bunda tasarıya baktığımızda herhangi bir sınırlama da getirilmemiş. Yargılama hangi aşamada olursa olsun buna imkân tanınmış.

Şunu düşünüyorum: Yargılama ileri bir aşamaya gitmiş, neredeyse hâkim karar verecek. Bu aşamada taraflara böyle bir imkân tanımak o zamana kadar yapılan yargılamanın bir bakıma kötüye kullanılması anlamına gelmez mi? Dolayısıyla bu konudaki düzenlemede bir sınırlama getirilmesi daha doğru olmaz mı? Yargılamanın belli bir aşamasına kadar -hiç değilse- taraflara bu imkân tanınması uygun olmaz mı? Bunun dışında, arabuluculuğa taraflar tamam bir şekilde yargılamayı sonuçlandırabilirler ama -feragat, sulh, kabul- orada şu var: Yargılama sona eriyor. Arabuluculukta o durum söz konusu değil. Taraflar anlaşamayabilir. Bu durumda ne olacak? Yeneden mahkemelere mi başvurulacak?

Tasarıda yine açık kalan bir nokta: Diyelim ki yargılama süreci içerisinde arabuluculuk yoluna gidildi. Fakat arabuluculuk faaliyeti başarısızlıkla sonuçlandı. Bunun dönüşümü nasıl olacak? O zamana kadarki yapılmış yargılamanın buna etkisi ne olacak? Arabuluculuğun uzlaşmayla sonuçlanmaması durumunda geri dönüşüm olacak mı?

Bu konuda bilgi istiyorum, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz. Buyurun Sayın Konuralp.

Doç. Dr. Halûk KONURALP (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Aslında söz almayı düşünmüyordum, zaten tasarıyla ilgili temel bilgiler Sayın Pekcanitez tarafından verildi. Fakat birkaç konuyu hatırlatma gereği veya bilmeyenlere de nakletme zorunluluğu ortaya çıktı.

Öncelikle şunu söyleyeyim: Hiç şüphesiz alternatif uyumsuzluk çözüm yolları kavramı ve buna ilişkin düzenlemelerin hepsinin temelinde ideolojik bir düşünce vardır ve Sayın Selçuk Öztekin hocamın biraz önce isabetle belirttiği gibi, bu liberal, hatta neoliberal bir yaklaşımdır. Onun ötesinde, globalleşmenin süreçlerinin bir kısmını oluşturmaktadır.

Şimdi, ben bundan daha öte birkaç şey daha söyleyeceğim. Sadece bu değil, bugün Türkiye’de de izi görülen bazı hareketler vardır. Sadece yargının daha inaktif bir hale getirilmesi, daha az bir aktif bir hale getirilmesi değil. Mesela, idarî yargının lağvedilmesi konusunda bazı görüşler vardır ve ciddi ciddi bu konularda çalışmalar vardır. Ne gibi? Yargı birliğine geçiş gibi.

Bunun ötesinde, icra teşkilatının -pek söz etmedik bu yılki toplantımızda- özelleştirilmesi konusunda çok ciddi çalışmalar vardır. Tamamen özel sektöre devredilmesi konusunda. Mesela, buna ilişkin yakın bir uygulamayı da söyleyeyim, Türkiye’ye çok yakın bir yerden, eski sosyalist bir ülke olan Romanya’da iki yıl önce icra daireleri özelleştirilmiştir, tamamen özel şirketlere devredilmiştir. Hatta banka alacaklarının tahsili için ayrı bir teşkilat kurulmuş ve bu da bizdeki Bankalar Birliğine benzer bir teşkilat tarafından satın alınmıştır. Daha yakın zamanda Gürcistan’da çok tuhaf şeyler yapılmış, adliye sokakta kalmıştır, binası da satıldığı için. Yani, böyle bir eğilim var. Globalleşme ciddi bir şeydir ve müsaadenizle arz edeyim, ben sıfır numara globalleşme karşıtı biriyim ve bundan çok rahatsız olan biriyim. Hatta kişisel görüşümü de söyleyeyim: XIX. yüzyıldaki emperyalizm kavramının bugünkü şeklidir.

Ama bu şuna benziyor: Hemen hemen bütün ülkelerin miras hukuku ve aile hukuku vardır. Ama birbirinden farklıdır; kimi yer kanuni mirasçılığı esas almıştır, liberal ülkeler, başta ABD olmak üzere, iradi mirasçılığı esas almış vasiyetnameden yola çıkmıştır. Yani, miras hukukunu düzenlemek demek, ne devletçiliğe bir karinedir ne de tamamen liberal bir anlayışın ifadesidir. Miras, kendisine göre, yani o ülkede benimsenen rejime göre düzenlenir.

Bir hususa daha işaret edeyim, ondan sonra son bir tespitim olacak. Bir kere, söz söyleme hakkım olduğuna inandığım bir husus var; ilk defa 2000 yılında -o zaman Ankara Üniversitesinde idim- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde adı "*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*" olan bir doktora dersi açtığım zaman, özel hukuk bölüm kurulunda bunun ne olduğunu açıklamam istenmişti. Biraz da gülerek, bazı meslektaşlarım bunun ne olduğunu açıklamamı istemişlerdi. Bu dersten ne çıkacak diye. Daha sonra, o dersi benden ilk alan Mustafa Özbek arkadaşım burada, arkada Taylan Özgür Kiraz da var, Mustafa bu işin uzmanı oldu sonra, doktora tezini o alanda yazdı. Yani, bir kere güncel siyasal tercihlerin bir ürünü olan kavram olduğu zannedilmemelidir. Oldukça eski bir kavramdır. Bizim için en fazla on yıllık bir geçmişi vardır.

Şimdi, son olarak müsaadenizle teknik bir hususu arz etmek istiyorum. Zannediyorum diğer konularda Sayın Pekcanıtez tereddütleri giderecek açıklamaları yapacak. Bu konuda bir düzenleme yapmak, yani alternatif uyuşmazlık çözümlerinden birini tercih edip -ki bu arabuluculukla ifade edilen yöntem olmuştur- bu konuda bir kanun hazırlamak -aslında kavram bizi biraz yanıltıyor- yürürlükteki yargılama usûlüne veya Anayasa ile teminat altına alınıp kullanılan hak arama özgürlüğüne müdahale değildir. Bu, canı isteyenin, ilgi duyanın, merak konusu olanın başvurmak istediği, isterse yararlanacağı bir imkân olarak düzenlenmiştir. Kesinlikle yargıya bir alternatif değildir. Bunu şu şekilde düşünmek lazım: Birçok Avrupa ülkesinin, mesela Almanya'nın, Hollanda'nın, Avusturya'nın vatandaşlarına tanıdığı bu imkânı biz neden tanımayalım? Bu-

gün dileyen gidip aile büyüğüne, köyün yaşlısına veya kendi meslek alanında kıdemli, sözü geçen, sayılır insanı bir büyük bilip de uyuşmazlığını çözdürmüyor mu? Orada bir ilam mı hazırlıyor, tutanak mı hazırlıyor? Hayır.

Son olarak şunu söyleyeyim: Tabii ki usûlcü olduğumuz için -ben de mensubu olmaktan gurur duyduğum bir alan usûlcü olmak- hemen ilam ve ilam niteliğindeki belge boyutuna bakıyoruz işin. Yani, bu nasıl olacak? Eğer uymazsa nasıl zorla icra edilecek? Gece vakti mi hacze gidilecek? Hemen onları düşünüyoruz. Şunu dikkatlerinize sunmak istiyorum değerli meslektaşlarım: Tahminimce, eğer bu metin kanunlaşır ve yürürlüğe girerse ya da buna benzer bir metin, birçok uzlaştırma faaliyetinin sonunda ne tutanak tutulacak ne ilam niteliğinde belge hazırlanacaktır. Eğer taraflar anlaşmışsa, el sıkışıp gidecektir; bu kadar. Yani, mutlaka bunun ardında tutanaklar, icralar, ilamlar, dosyaya koymalar, noter tasdiki gerekmeyecek. Anlaşmışsa iki kimse, anlaşacak ve burada bitecektir.

Bazı hallerde belki bu gerekecektir. Yoksa zaten, ben karşımdakine güvenmiyorsam, niye onunla anlaşayım. Güvenmiyorsam her zaman açık olan dava yoluna başvururum, haklıysam, o yargılama giderlerini de karşılayabiliyorsam söke söke ondan alacağımı alırım. Ama güveniyorsam o zaman uzlaşma yolunu denerim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Atalay.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben de, gelen eleştirilerin birçoğunda, evet soru işareti oluştu, acaba hakikaten bir alternatif mi ikame mi? Bence bizim kaygımız zannediyorum buradan kaynaklanıyor. Yani, bu uyuşmazlık çözüm yöntemini, arabuluculuğu yargının alternatifi şeklinde adlandırmamıza rağmen, zannediyorum aklımızda ikame imajı ön plana çıktığı için, acaba yargının yerine geçmek mi, yoksa onun yanında mı olmak...

Oturum Başkanı: By-pass mı ediyoruz!

Prof. Dr. Oğuz ATALAY: Evet.

Yani, onu devre dışı bırakacak yöntemler mi geliştiriyoruz, yoksa onun yanında, dileyenin faydalanabileceği ya da aslında zaten bizim bunu kayıt altına almamız, devletin bunu kayıt altına alması da mümkün değil. Yani: Hayır, başvurma, uzlaşma, uzlaşmaya gitme, arabulucudan faydalanma demek herhalde eşyanın tabiatı gereği mümkün değildir. Bu, sosyal bir olgudur, insanlar uzlaşırlar. Ha, bu kültür ne kadar yaygınsa o kadar fazla olur.

Yapılan nedir hocamın da belirttikleri gibi- yapılan şudur: Sadece böyle bir uzlaşmaya formel şekil kalıplar hazırlamak ve bunun sonucunda ortaya çıkabilecek komplikasyonlarda bir belge düzenlenmiş ise -Haluk hocamın belirttiği gibi, düzenlenme zorunluluğu dahi yoktur- bunun değeri nedir?... Bunu düzenlemiş. Tabii ki, aslında bir düzen normu getirmiştir. Yani, bu işe herkes "Ben arabulucuyum" deyip girmesin. Çünkü işte yönlendirmeler olabilir, karar verme olabilir, etkilemeler olabilir; bunlar olmasın, bu işi profesyoneller yapsın, eğitimini alsınlar, zapturapt altına alınsın kaygılarıyla daha çok görüyoruz organizasyonu. Çünkü dikkat edin içeride arabuluculuk sürecine ilişkin hükümler yok. Yani, arabulucu ne yapar, basit yargılama usûlünü mü uygular, yazılı yargılama usûlünü mü? Çünkü bu bir yargılama değil. Adı üzerinde, arabuluculuk, uzlaşma, insanların karşılıklı iradeleriyle bir yere gelmeleri. Yani, sanki arabulucuyu bir hâkim ya da hukuk danışmanı veya yönlendirici gibi görmemek lazım. Zannediyorum kaygılar buradan önemli ölçüde kaynaklanıyor. Bu konuda görüşümü beyan etmek istedim.

Teknik olarak da bir hususa değinmek istiyorum. Tasarıdaki 12. maddede arabuluculuk faaliyetinin başlamasını karşı tarafın bunu kabul etmesine bağlanmıştır. 15. maddede ise, arabuluculuk sürecinin sürelere etkisi düzenlenirken, dava dışında arabuluculukta toplanıp tutanağın düzenlendiği tarih; tahkime benziyor, toplanıp tutanağın düzenlendiği tarih. Ama

mahkeme içinde ise, arabuluculuk faaliyetini karşı tarafın kabul ettiğini bildirdiği tarih. Şimdi, acaba arabuluculuk faaliyeti başlıyor, ama etkilerini göstermiyor mu tutanak düzenlenene kadar? Burada acaba bir zaman, arada bir boşluk yok mu teknik olarak? Bunun da düzenlenmesi gerekir veya uyumlaştırılması gerekir gibi geldi bana.

Bir diğer husus, şarta bağlı arabuluculuk uzlaşma olamaz mı? Herhalde olabilir. Peki, bu tutanağa geçirildiğinde, acaba o tutanak ilam niteliğinde belge vasfı olacak mı? Çünkü bizde şarta bağlı ilam olmaz, herhalde olmaması gerekir. O sebepler, oradaki “*ilam niteliğinde belge sayılır*” ibaresini mutlak manada algılamamak lazım, “*diğer koşullar varsa birlikte*” şeklinde anlamalıyız.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ederiz. Buyurun Sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bizim, bu tartışmalardan sonra önümüzdeki yıla ilişkin programı, önerileri ve değerlendirmeleri görüşüp konuşabilmemiz için en azından bir 20 dakikaya ihtiyacımız var ve saat 13.00’te de odaların boşaltılması gerekiyor. Bu yüzden, biz aslında en azından bir 45 dakika bunun için ayırt etmeyi düşünmüştük. Ama şu anda 25 geçiyor. Eğer Süha Beyden sonra siz de görüşürseniz Kamil Hocam, ondan sonra biz 5’er dakika Hocamla en azından bir toparlarsak, çeyrek kala olur. 15 dakikada hızlandırılmış, seri bir muhakeme sonucunda önümüzdeki seneyi görüşebiliriz. Onun için, herhalde bir tek size söz vereceğiz. Onun dışındaki tartışmaları dışarıda belki yapabiliriz.

Oturum Başkanı: Buyurun Süha Bey.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bu arabuluculukla ilgili komisyon çalışmaları sırasında Selçuk Hocamın endişelerine benzer endişeleri ben de dile getirmiştım. Çünkü bu kuruma karşı en önemli belki direnç

noktalarından birisi, bunun küreselleşmenin bir ideolojik, yeni bir ideolojinin yenedünya düzeni diye adlandırılan ideolojinin bir uzantısı gibi algılanması idi. Bu endişeyi bertaraf etmek için -Başkanımız da hatırlayacaktır- özellikle 1. maddeyi, biz model kanun olarak benimsediğimiz Avusturya kanunundan farklı olarak "*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler*" lafını birlikte ekledik. Model kanunda hukuk mahkemelerinin karar vermeye ehil olduğu, Avusturya'ya kanununda, bizim tasarıma model oluşturan düzenlemede "*Hukuk mahkemele-
rinin karar vermeye ehil olduğu tüm uyuşmazlıklar*" ibaresi vardı. Bir bariyer olsun diye bunu özellikle koyduk. Bu kavram da, zaten bize yabancı bir kavram değil, 518. madde tahkim bağ-
lamında yıllardır uygulanıyor, yeni tasarıma da girdi. Sulh ve kabul bağlamında zaten "*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş*" kavramı var. O nedenle böyle bir bariyer oraya yerleştirilmiştir.

İkinci olarak, biraz önce gene işaret edildi, alternatif uyuşmazlık çözümlerinden bizim benimsemiş olduğumuz model olan arabuluculukta süreç tümüyle ihtiyari. Bu yola başvurunun kararlaştırılmış olması, hak arama özgürlüğünü sınırlamıyor. Bir kayıt var, bir anlaşma var, fakat taraflar istemiyorlarsa dava yolunu ve takip yolunu değerlendirebilirler. Yani, alternatif uyuşmazlık çözümlerini bir bütün halinde değil, somut tasarı bağlamında odaklaştığımızda bu da bir direnç noktası. Yani, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelenen arabuluculuk, yargının yerini alma, onunla rekabet etme endişesi içinde olan bir kurum değil.

Onun yanında, uyuşmazlıkların büyümeden çözülmesi. Geleceğe etkili bir biçimde, aralardaki ilişki koparılmadan çözülmesi amaçlanıyor.

Üçüncü olarak, zaten uzlaşma ve arabuluculuk konusunda, ciddi sınır konusunda tartışmalar vardı. Bizim benimsemiş olduğumuz modeldeki, 2. maddede tanımlar konusunda, arabulucu herhangi bir karar vermiyor, tarafların kendi çözümlerinin kendi üretmesine katkı sağlamak amacıyla müzakere sürecini başlatıyor, taraflar arasındaki iletişimin kopmamasına

özen gösteriyor ve bunun canlı tutulmasına yönelik olarak bir faaliyet gösteriyor.

Acaba, arabuluculuk faaliyeti de Avukatlık Kanunu madde 35 anlamında bir engel oluşturur mu? 35. maddeye baktığımızda hukuki konularda görüş bildirmek, hukuki meseleye ait mütalaalar vermek, tarafları her tür yargı merci önünde temsil etmek, iddia ve savunma hakkını kullanmalarına yardımcı olmak şeklinde. Burada bu bağlamda herhangi bir yardımcı olma faaliyeti yok. Sadece iletişim sürecinin kurulması, kesilmeden devam ettirilmesi ve tarafların birbirlerini anlamalarına yardımcı olunması söz konusu. Bunun adlî işlem kapsamı içinde, çünkü oradaki 35. madde kapsamında biraz değerlendirmek bana biraz güç gibi geliyor.

Bir başka sorun, bu uzlaşma tutanaklarının niteliği ne olacak tartışmaları Komisyonunda da uzun süre, hatta belki iki oturma tartıştığımız konulardan birisi. Mahkemeye mi bırakalım, noter mi tasdik etsin şeklinde. Orada şu şey dile getirildi, bir kere birinci olarak söylenen hususlardan birisi, *“Bir sorun varsa zaten bu icra aşamasında diğer tarafça ileri sürülür, şikâyet yoluyla icra mahkemesi bunu denetleyebilir”* şeklinde. Ama madem bizim kurumları önce oluşturup kötüye kullanmak gibi, geçmişten gelen bir alışkanlığımız da var, bir emniyet supabı olarak kamu düzenine uygunluk bağlamında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işle ilgili olarak kamu düzeni de denebilir. Şu getirilebilir, Selçuk Hocam da haklı olarak söyledi, belki onu koymamızda da yarar olabilir, bir değerlendirme. 536. maddemiz var hakem kararları bakımından. Süresi içerisinde hakem kararı temyiz edilmemişse... Biliyorsunuz, hakem kararları kesinleşmeden icra edilemiyor 536. madde bunun canlı örneği. Bu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip etmedikleri iş bağlamında, en azından, çünkü tenfizde falan bunu zaten yapıyoruz ve en önemli silahımız ne orada? Kamu düzeni. Bu bağlamda bir mahkeme denetiminden de geçebilir. Dolayısıyla da icra aşamasında hem içerik itibariyle cebri icraya uygun mu değil mi, kamu düzenine uygun mu değil mi, bu tartışmaların icra süreci sırasında çıkması da önlenmiş olur.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz. Kamil bey, buyurun.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bu tasarinun hazırlanmasında çalışan arkadaşları ben de kutluyorum. Bu bizim Usûl Kanunu Komisyonu'nun bir alt komisyonu olarak görev yaptı ve o Komisyonda ben hariç, diğer bütün komisyon üyeleri çalıştılar.

Burada benim tespit edebildiğim hususlar dört başlık altında toplayabiliyorum şu an için, vakit darlığından. Birincisi, uygulama alanı. Yani, bu kanunun kapsamı hakkında, madde 1. Bunun kapsamının Avusturya hukukuna nazaran dar tutulduğunu tespit ediyoruz. Tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri konularla sınırlı tutulmuştur. Avusturya hukukunda, arkadaşımız Süha Beyin de söylediği gibi, hukuk hakiminin hakkında karar verebileceği kapsam esas alınmıştır. Bu, oldukça farklı bir açılamdır. Bu kadar daraltmanın esprisini ben doğrusu pek kavrayamıyorum.

Diğer bir husus, terim meselesinde. Terim derken, bunun üzerinde çalışacağız. Tabii literatüre de giriyor. Alternatif çözüm uyuşmazlıkları diyoruz, alternatif. Genel gerekçede bundan sıklıkla söz ediliyor. Genel gerekçeyi okuduğumuz zaman, alternatif yazılı. Halbuki kanunun adı arabuluculuk. Burada ciddi bir tercih yapılmış, alternatif sıklıkla kullanılmış. Ben de bunu yadırgıyorum. Şöyle ki, çünkü alternatif dediğimiz zaman, bu ADR'den başlayan ve çok geniş bir alanı kapsayan bir ifadedir. Halbuki bizim kastımız model içinde belirli şekle tabi bir arabuluculuk sistemidir. O bakımdan, gerekçenin de bu yönde düzeltilmesi belki yararlı olur.

Burada tabii şuna da geliyoruz, amaç konusu da kendiliğinden ortaya çıkıyor, tartışma yaratabilir. Amaç açıklanırken nedir amaç? Genel gerekçeyi okuyarak buradan bir şey çıkarmak istiyoruz. O zaman ifadelere baktığımızda, genel gerekçede görülen şu: Aslında genel gerekçede devlet yargısının ağırlaş-

tığı, iş yükünün fazlalaştığı, dünyada bunun böyle olduğu da belirtiliyor. Yani, genel eğilim, trent, devlet yargısının ağırlaştığı, yani bir *überlastung* problemi var dünyada. Bizim, az önce Sayın Hakan Pekcanitez arkadaşımızın açıklamasından şunu duyduk: Bundan da fazla bir şey beklememek gerekir, 20 yıl kadar bir süreç öngörülmüştür. Yani, 20 yıl sonra bu ancak uygulanabilir.

Onun dışında, Halûk Konuralp arkadaşımız, “*Zaten fazla bir şey beklememek lazım, anlaşmışlarsa el sıkışıp gideceklerdir*” dedi. Şimdi, bunları bir arada düşündüğünüz zaman, biz ne yapıyoruz? Yani, el sıkışıp gidecekleri bir ortam mı yaratmak istiyoruz? Doğrusu ben bunda ciddi sıkıntılar görüyorum. Yani, genel gerekçedeki açıklamalarla burada duyduklarımızı bir arada aldığımızda, biz aslında ne yaptığımızı ben pek kavrayamıyorum.

Son bir konu, model konusunda. Model burada bir taraf, diğer taraf ve bir medyatörü öngörüyor, 3 kişiden oluşan bir pozisyon var burada; medyatör ve taraflar, iki tane taraf. Ama bunu model kanununa baktığımızda, Avusturya’yı örnek alıyorsa, Avusturya’da böyle tarafları da medyatörle pek baş başa bırakmıyorlar. Bunu da heyetle paylaşmak istiyorum. Yani, medyatör dediğimiz kişi, tabii eğitilmiş hukukçu olabilir, ama burada bir sıkıntı yaşanabilir. Sonunda el sıkışıp gitmeyeceklerini öngörüyoruz. Yani, el sıkışmadan ibaret değil. Privat otonomide el sıkış git, yani bu hukuk düzeninin beklediği bir çözüm değil, onu her zaman yapabilirler.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz de teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Belirtilen bazı görüşler var, onları değerlendirmeye çalışayım.

Önce Sayın Gilles’e Türkçe cevap vereceğim; ama kendisine daha söylediklerimi sonra Almanca olarak özetleyebilirim. Ger-

çekten, kendisinin de söylediği gibi, ZZP'nin son sayısında icra-
nın özelleştirilmesine ilişkin bir makale var, Almanya'da cebri
icranın dahi özelleştirilmesi tartışılıyor. Hatta bizim TMSF'nin
yaptığı taşınmaz satışlarına bakarsanız, artık bu artırmaları bir
özel şirket yapıyor. Böyle şeyleri belki duyduğumuz zaman
yadırgıyoruz; ama bunlar da bir gerçek.

Ben Sayın Gilles'in bu konudaki makalesini 1998 yılında
İzmir'de verdiği konferans sırasında çevirmiştim. Çeviri-
sini yaptığım makale elli sayfanın üzerindeydi ve başlığı
da *"Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve Almanya Örneği"* idi.
Fakat o zaman, yani bundan on sene kadar bir zaman önce,
Almanya'da alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda daha
çekimser görüş, daha çekimser bir bakış söz konusuydu. Hatta
bu sıradaki baskın görüş, Almanya'daki güçlü yargı sebebiyle,
alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gerekmediği ve toplumun
buna pek itibar etmediği, hatta Bayern bölgesinde mahkemenin
kapısının yanına arabuluculuk, uzlaşma merkezleri açıldığı
halde, bunun rağbet görmediği, Almanya'da beklenen şekilde
bir gelişme yaşanmadığı biçimindeydi. Ama ben on yıl sonra
gelen noktada farklı bir izlenime sahibim. Bu sene gittiğim
Frankfurt'ta, internet sitesine girdiğim zaman, artık bütün
eyalet mahkemelerinde arabuluculuk konusunda çok daha
fazla bilgi olduğunu gördüm. Bu bilgilerden bir kısmına göre
 tarafların arabulucuya nasıl başvuracağı konusunda açıklama-
malar mevcuttu. Yine arabulucuya başvurunun, dava açmaya
nazaran avantajları ve faydaları konusunda açıklamaların ol-
duğunu gördüm. Bu konuda eyalet Adalet Bakanlıklarının da
 çalışmalarını biliyorum. Eyalet Adalet Bakanları her
 yıl bir araya gelerek, arabuluculuk konusundaki gelişmeleri
 ve tecrübelerini karşılıklı olarak birbirlerine anlatıyorlar ve
 bu tecrübelerden yararlanmaya çalışıyorlar. Bu konu hakimler
 bakımından da artık olumlu olarak değerlendiriliyor. Örneğin
 Nürnberg ve Viyana İstinaf Mahkemesi'nde hakimlerin kendi
 görevleri dışında eğitimini aldıkları arabuluculuk konusunda
 bizzat çalışmalarını izledik. Nürnberg'de aile mahkemesi ha-
 kimleri önlerine gelen uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk
 konusunda bilgi verdikten sonra, tarafların muvafakati halinde

onlara bizzat kendileri ya da başka bir meslektaşları aracılığı ile arabuluculuk sürecini başlatabiliyorlar. Nürnberg’te arabuluculuk süreci için özel odaların tefriş edildiği, bu odalarda kürsünün bulunmadığını yuvarlak bir masa etrafında hakimin taraflarla bir araya geldiğini ve burada hakimlerin de cübbe giymeden arabuluculuk faaliyetini sürdürdüğünü gördük. Tarafların arabulucu ile birlikte oturduğu masada neyin nerede bulunacağı dahi önceden düşünülmüş. Örneğin odada bulunan çay ve kahvenin görüşmeler sırasında taraflar arasında ilişki kurulmasını sağlayacak şekilde masaya konulduğunu öğrendik. Örneğin kahve için kullanılacak süt kadının tarafına konulmuş ise, şeker de erkeğin tarafında bırakılmış. Böylelikle görüşmenin başında birbirlerinden şeker süt alış verişinde bulunmaları ve bu şekilde konuşabilmeleri, ilişki kurabilmeleri sağlanmak istenmiş.

Yine Viyana İstinaf Mahkemesi Başkanı, kendisini ziyaretimiz sırasında, özellikle bu konuda eğitim almış hâkimleri davet etti ve kendilerinin bu konudaki tecrübelerini aktarmalarını istedi. Aile hukuku alanında Viyana’da çok büyük bir başarı sağlanmış. Dediğim gibi, devletin büyük bir desteği var, ücretsiz avukat sağlıyor ve bunun daha da yaygınlaşması konusunda hâkimlere sürekli eğitimler veriliyor.

Hukukumuzda vergi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bir tür alternatif uyuşmazlık çözümü diyebileceğimiz uzlaşma yöntemi var. Bu çözüm tarzı uzun süredir uygulanıyor ve bu konuda hiçbir ciddi şikayet de yok. Bunu aslında idari yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulayabilmemiz gerekiyor. Zira bu konuda öncelikle devlet kendi vatandaşları ile olan uyuşmazlıklarında örnek olmalı. Gereksiz yere davaların açılmasını önlemeli. Gereksiz yere dava açılmasına bir örnek vermek istiyorum. Ben, yardımcı doçent olduğumda iki derecem geri alındı. Çünkü dediler ki: “*Sen asistan iken bu iki derece verilmişti, şimdi artık öğretim üyesi oldun, iki derecenin geri alıyoruz*”. Olur mu öyle şey dediğimde, “*Dava aç*” dediler. Zira dava açanlar bu işlemi iptal ettirip iki dereceyi geri alabilmekte idi. Bildiğim kadarıyla 1986’ dan bu yana her yardımcı doçent olarak atanan

idare mahkemesine gidip bu davayı açmak zorunda kalıyor. Neden? Çünkü Maliye Bakanlığı diyor ki: “*Dava açılmadan ve mahkeme kararı olmadan ben iki dereceyi tekrardan iade etmiyorum*”. Şimdi düşünün, bugüne kadar binlerce dava açıldı, binlerce kez idare mahkemesi meşgul edildi ve idare binlerce kez idare yargılama giderlerine mahkûm oldu. Bence bu iş önce devletin kendisinin uzlaşarak bu işe başlaması gerekir.

Şimdi, diğer sorulara geçiyorum. Sayın Deliduman’ın yazılı sözlü yargılama ile arabuluculuk konusunu nasıl ilişkilendirdiğini anlamadım, kendisine daha sonra tekrardan soracağım. Zira arabuluculukta bir yargılama yapılmıyor ki, yazılı sözlüsü olsun. Arabulucu, tabii ki tarafsız olacak, ama bizim ülkemizde olmaz dedi. Neden olmasın onu da anlamadım, olmazsa zaten süreç işlemeyecek. Ciddi teşvikten bahsetti, ne olabilir? Yine kendisinden onu daha sonra öğreneceğim.

Sayın Türnüklü, kendi açısından değerlendirme yaptı. Ben, eğitimin önemli olduğuna inanıyorum. Hatta hukuk fakültelerinde de bu konuda eğitim vermek gerekir. Çünkü, hukuk fakültelerinde bir uyuşmazlık çıktığı zaman hangi dava nerede nasıl açılır ve gerekli ise davada önce istenebilecek geçici koruma önlemleri nelerdir? Bunları öğretmeye çalışıyoruz. Eğer alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda bilgi sahibi olurlarsa, bu kurumu mezun olduktan sonra da farklı değerlendirebilirler.

Sayın Öztekin’e özellikle teşekkür ediyorum. Burada açık söyleyeyim, birbirimizden çok şey öğreniyoruz. Her toplantımızın sonunda ve burada yaptığımız tartışmalardan pek çok şey öğrendiğimi fark ediyorum. Ama bugün Sayın Öztekin bir başka ders verdi, bana göre; eleştirilerin nezaketi ve dozu konusunda bu işin nasıl yapılabileceğini gösterdi, kendisine özellikle teşekkür ediyorum. Böyle bir deneyimden geçtiği için, bizleri çok daha iyi anladığını biliyorum. Ayrıca kaygılarına katılıyorum. En büyük sıkıntımız da bu oldu zaten: Globalleşmeye karşı ne yapabiliriz?

Şimdi, iki çözüm var. Hatırlayın, bir ara Enver Hoca Arnavutluk'u diğer ülkelere kapattı. Ama bir süre buna karşı koyabildi, bugün biraz da bunun sonucu Arnavutluk'ta hâlâ insanlar bisikletle seyahat ediyorlar. Avrupanın en az gelişmiş ülkesi. Buna karşı, bu dalgaya karşı tamamen kapılarımızı, kulaklarımızı, gözlerimizi kapatmalı mıyız? Yoksa, Sayın Öztekin ifade ettiği gibi, Fransa gibi güçlü kalarak, ama bu dalgaya karşı da kendimize özgü metotlar geliştirerek bu yöntemleri sağlamak zorunda mıyız? Ben kendisinin yapmış olduğu eleştirileri son derece isabetli buluyorum ve mahkemeye başvuru konusunu da değerlendireceğimizi söylemek istiyorum. Ancak şunu da ilave edeyim, arabuluculuk kesinlikle adli yargıdan bir kaçış değil, tam tersine adli yargıyı güçlendirmek amacına dayanıyor. İşin başında birden biri on binlerce davanın mahkemelerden alınarak arabuluculuk yolu ile çözümü düşünüldüyse de, bunun mümkün olmadığı ve arabuluculuğun böyle bir amacının da olmadığı hepimiz tarafından kabul edildi. Bunu fiilen yapabilmemiz de mümkün değil. Ayrıca arabuluculuk devlet yargısını ortadan kaldırmıyor, tarafları zorlamıyor, tersine bu yola başvuruyu tamamen taraflara bırakıyor. Bu nedenle devlet yargısının ortadan kaldırılması mümkün olamıyor.

Hatta ben şunu söyleyeyim: Devlet yargısı güçlü olmazsa, alternatif uyumsuzluk çözümlerini gerçekleştiremezsiniz. Neden? Çünkü güçlü olmayan bir yargı kötü niyetli insanların başvurduğu yargı olacaktır. Ben, geçmişteki yapılan hataların zaten bizi uzlaşmadan uzaklaştırdığına inanıyorum. Düşünün, yıllarca mahkemeler yüzde 30 temerrüt faizine hükmetti, buna karşılık enflasyon bu faizin iki katı yüzde 80, 90 idi. Böyle bir durumda borcunu ödemeyen kişi, eğer mahkemeye giderse, yılda yüzde 60 kazanıyordu ve o zaman şu söyleniyordu: "*En ucuz kredi, devletin mahkemeleri yoluyla elde edilen kredidir.*" Buna alışan bir toplumun uzlaşması düşünülemez. Bugün de tarafları dava açmaya zorlayan ve dava açılması halinde bundan kötü niyetle menfaat sağlamalarına neden olan düzenlemelerimiz var. Bu hükümlerin de değiştirilmesi gerekiyor. Bu hükümler var olduğu sürece pek çok kişi borcunu ödemeyecek, dava açılmasına neden olacak, açılmış dava sırasında davayı gecik-

tirerek, duruşmalara gitmeyerek, mazeret dilekçesi vererek, yıllarca süründürerek aslında yargıyı güçsüz duruma getirecektir. Böyle bir yargı kimsenin gözünde güçlü değildir. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözümü yargıyı zayıflatmayı da gerektirmiyor. Aksine bu sistemin başarısı için güçlü bir yargının varlığını gerekiyor. Bu nedenle ben yargının her yönden, sayı bakımından, teknik bakımından, yasalar bakımından güçlendirilmesi gerektiğine inanıyorum. Hazırladığımız tasarı da yargının güçlenmesine engel olmamalı. Tam tersine, yargıyı geliştirirsek, güçlendirirsek başarı sağlayabiliriz. Yoksa, ikisi de bizim için gelecekte bir kaos olur.

Sayın Ulukapı, *"Hukuki yapı göz ardı edilmemeli, yararlı olabilir. Eğitim son derece önemli"* dedi. İlam niteliğinde belgeyle ilgili açıklamalarda bulundu. Kendisine ayrıca cevap vermiyorum, söyledikleri zaten açıklama niteliğindedeydi.

Sayın Ahmet Başözen, yargının yükünün azaltılması diye söz etti. Kendisine biraz önce dolayısıyla cevap verdim zannediyorum. Kesinlikle yargı yükünün azaltılması şu anda amaç değil, zaten zorunlu arabuluculuk sistemi kabul edilmediği sürece olamaz. Çünkü bunun iradi olması demek, zaman içinde bu kültürün gelişmesi sonucunda arabuluculuk yoluna başvuruların artmasını ve belli oranda yargının yükünün azalmasını sağlayabilir. Eğer biz belirli uyuşmazlıklarda mutlaka arabulucuya gidileceğini öngörseydik, o zaman belki yargıdan 600 bin dosya, 700 bin dosyayı çıkarabilirdik. Ancak zorunlu arabuluculuk da doğru bir tercih olup olmadığı dışında, basit bir çözüm değil. Bu uyuşmazlıkları hangi arabuluculara bırakabileceksiniz? Türkiye'nin her yerinde aynı anda buna başlanabilir mi? Yargıya başvuruyu engellediğiniz zaman Anayasa'ya aykırılık söz konusu olacak. Bütün bunlar değerlendirildiğinde arabuluculuk yolu ile uyuşmazlıkların sona erdirilmesinin, yargının iş yükünün azaltılması olduğunu söylemek abartılı gibi görünüyor.

Ancak alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda çok çekingen de olmamız gerekiyor. Nitekim tahkim konusundaki çekingenliğimizin olumsuzluklarının bugün yaşıyoruz.

Tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümü için Paris, Zürih'e, Londra'ya gidiyoruz. Halbuki İstanbul coğrafi konusu ve tarihi özellikler nedeniyle ideal bir tahkim merkezi olabilirdi. Türkiye'de arabuluculuk konusunda da gelişme gösteremeysek, başka ülkelerdeki arabuluculuk merkezlerine gitmek zorunda kalacağız.

Boşanma davalarında bu mutlaka mahkemenin kararı gerekir, bu nedenle arabuluculuk yöntemi ile tarafların boşanmasına karar verilemez. Aile hukukuna ilişkin arabuluculuk sadece boşanma davasında eşlerin anlaşabilecekleri, tazminat, nafaka konusunda olabilir. Bunu da çok önemsiyorum: Çünkü bizim icra sistemimize baktığınız zaman, her ne kadar 4949 sayılı Kanun'da değişiklik yaptıysak da, çocuklar hâlâ bugün bir mal gibi alınıp teslim ediliyor. Gerektiğinde bağıra bağıra, bıçaklar tabancalar arasında çocuk diğer tarafa teslim ediliyor. Bu ideal bir çözüm değil. Arabuluculuk yöntemi bu nedenle daha başarılı. Eşlerin boşanma aşamasında dahi anlaşmalarına, uzlaşmalarına ve evlilik sonunda da ilişkilerinin devam etmesine olanak sağlıyor. Taraflar kendi iradeleri ile anlaşmışları için bu anlaşmaya uyuyorlar ve bu tür cebri icra yolu ile çocuk teslimleri yaşanmıyor. Bangladeş'te şunu yapmışlar: Bilindiği gibi bu ülkede okuma yazma oranı da düşük. Boşanmak üzere mahkemeye başvuran eşlere bu konuda video ile arabulucuya nasıl başvurulacağı, dava açmaya nazaran olumlu yönleri konusunda bilgi veriliyor. Taraflar bu bilgilenmeden sonra dilerse, uzlaşabilirse, arabulucuya başvuruyor, uzlaşamazlarsa davaya devam ediyorlar.

Uzlaşma konusunda "daha fazla teşvik" denildi. Buna karşı diğer bir görüş teşvikin daha az olması yönünde olabilir. Hatta bir başka görüş bu yolun hiç teşvik edilmemesini de savunabilir. Teşviki yanlışı anlayanlar var, hatta hâkim bu konuda tarafları teşvik ederse tarafsızlığını kaybedeceğini düşünenler var. Ancak, bizim usûl kanunumuzda hâkimin her zaman tarafları sulha teşvik edeceği açıkça belirtilmiş. Dolayısıyla burada böyle bir durum söz konusu değil.

Hakimin tarafları teşvik edebileceği kabul edilirse bu teşvik ne zaman yapılacak ve ne oranda yapılacak? Öncelikle bu konuda bir süre sınırlaması yapılmamalı. Hakim başarı sağlanabileceği her aşamada tarafları arabuluculuğa teşvik edebilir. Ancak dava açıldıktan arabulucuya tarafların başvurması genellikle davanın başında söz konusu olabilecektir. Çünkü davanın ileri aşamalarında her iki taraf da dava sonunda verilecek kararı tercih edebilecektir. Bu konuda tarafların uzlaşma konusunda niyetleri, alışkanlıkları ve uyuşmazlık sebebiyle karşı tarafa duydukları öfkenin de önemi büyük. Avusturya'da çok hoş bir tespit yapmışlar, ben hukukçu olduğum için bunu tam olarak size aktaramayacağım belki; ama psikolojide insanların öfke, şiddet skalası çıkarılmış Buna göre insanların uyuşmazlıkla ilgili duydukları öfke 1. dereceden 9. dereceye kadar artıyor. Dokuzuncu derecede duyulan öfke, diğer tarafın yok edilmesini, her ne pahasına olursa olsun zarar görmesini arzuluyor. Böyle bir durumda arabuluculuk önerilse bile başarılı olma şansı yok. Keza 7 ve 8. derecede duyulan öfke halinde de uzlaşma mümkün değil. Bunun dışındaki hallerde uzlaşma teşvik edilebilir ve başarı sağlanabilir.

Şimdi, sizin uyuşmazlık konusundaki şiddetiniz, 7, 8, 9 şiddetinde ise, adeta deprem gibi-, hâkim sizi zaten hiç teşvik etmeyecek. Bunun altında kalan öfkenin şiddetinde ise teşvikin yararı olacaktır.

Bu konuda cevaplamam gereken diğer bir husus şu: dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurması halinde görülmekte olan dava ne kadar ertelenebilecektir? Zira taraflar arabuluculuk görüşmeleri sonunda başarı sağlamazlarsa davaya devam edilecektir. Bu süre çok uzun tutulmamalı. Eğer çok uzun bir süre öngörülürse, mahkemelerin çok uzun süre bu nedenle meşgul edilmesi söz konusu olabilecektir. Sürenin kısa tutulması halinde ise, arabuluculuk görüşmesinin kesilmesi ve uzlaşmanın yarım bırakılması sonucu doğabilir.

Gülcan hanım *"her aşamasında teşvik olabilir mi?"* dedi. Zannediyorum kendisine bu şekilde cevap verebildim. Süre sınırlaması konusunda da cevap verdim zannediyorum.

Sayın Konuralp, Atalay ve Tanrıver bu konuda katkı sağladıkları için teşekkür ediyorum.

Ancak, uygulamayla ilgili bir bilgi vermek istiyorum. İstanbul'da bir dernek kurulmuş, zannediyorum Arabuluculuk Derneği. Şimdiden ders vermeye, kurs vermeye, paralı, arabulucular yetiştirmeye başlamışlar. Bir de internet sitesi var. Ancak bu tür yerler Tasarı eğer kanunlaşır, ancak izin aldıkları takdirde eğitim verebilecekler. Ayrıca şu anda yapılan eğitimin ve verdikleri sertifikanın Tasarı bakımından hiçbir geçerliliği yok.

Hocam bana o kadar sabır gösterdi ki, son olarak bir cümleyle Sayın Yıldırım'ı da cevaplamak istiyorum.

Avusturya'ya nazaran dar, evet, o bir tercih oldu.

Alternatif konusunda gerekçedeki düzeltmeyi gözden geçireceğiz. Evet, biri geniş, biri dar anlamda, ama tekrardan onu okuyup değerlendireceğim. Ancak bir çelişki olduğunu sanmıyorum. Onu söyleyebilirim.

Sayın Yıldırım, "Ne yaptığımızı anlamıyorum?" diyor. Uzlaşmak istiyoruz hocam!.. Türkiye'de uzlaşma kültürünü yaymak, arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkları çözmek istiyoruz. Uyuşmazlıkların uzlaşma yolu ile çözümünü amaçlıyoruz. Hiç kimsenin uzlaşmanın karşısında olduğunu sanmıyorum. Bunun ne taraflara ne yargıya ne de hukuk devletine bir zararı olacak. Eğer uzlaşmayı sağlayabilirsek basit uyuşmazlıkları mutlaka mahkemeye önüne götürmeden aklımızı kullanarak çözebileceğiz. Ayrıca uzlaşmanın toplumdaki pek çok sorunun çözümüne de katkı sağlayacağı kanaatindeyim.

Ben, herkese teşekkür ediyorum. Bu tartışmalardan çok faydalandık. Tartıştığımız bu belge henüz tasarı taslağı, onu özellikle belirteyim. Biliyorsunuz, görüşe gönderildi, pek çok görüş gelecek. Bu görüşleri de değerlendirerek tasarı taslağını yeniden ele alacağız ve gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra komisyon olarak görevimizi tamamlayacağız. Umarım Türkiye için, gelecek için uzlaşma adına olumlu bir tasarı ha-

zırlanabilir. Ama son iki şeyi söyleyeyim: Bir, yargıyı mutlaka güçlendirmeliyiz. İki, sadece yasayla uzlaşmayı sağlamamız mümkün değil.

Çok teşekkür ediyorum ve hepinize saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Efendim, birkaç söz de ben söyleyeyim.

Şimdi, biz çok kamplaşmanın olduğu bir alanda bulunuyoruz. Bu kamplaşma bir ölçüde Türkiye’de de baş gösteriyor; ama Almanya’daki anlamda sertlikle hareket edilmiyor. Şimdi, Almanya’da bu sistemin yanlılarının söylediği şey şu ve rahatsız edici bir parola olarak dikkate alınıyor, eleştiriliyor: *“İhtilafı anlaşarak çözmek, hâkim aracılığıyla çözmekten daha iyidir”*. Fevkalade rahatsız ediyor bu karşı tarafı. Böyle laf edilir mi deniyor ve bu lafı daha çok da, gerek eyalet politikacıları gerek Federal politikacılar sık sık kullanıyorlarmış ve bunun fevkalade tehlikeli ve yanlış bir yaklaşım olduğunu ve bu lafın sonunda Sayın Öztekin korktuğu yere kadar işi götürebileceği konusunda endişeler duyuluyor. Bu endişe de şu: *“Eğer böyle yaparsak, sadece denkleştirmenin egemen olduğu, uzlaşmanın egemen olduğu bir yargı yaratmaya kalkarsak, hukuk nizamı esas istikamet enstrümanı olma özelliğini kaybeder”* diyorlar ve karşı çıkıyorlar. Binaenaleyh, bir kere alternatif yargıcuların dillerine çok dikkat etmeleri lazım. Ben, Hakan bey konuşurken bu yönde herhangi bir sertlik olacak mı diye baktım, her zamanki yumuşaklığıyla bize kabul edilebilir şekliyle sundular bunu. Bu ekstrem parolalardan hareket etmediler. O bakımdan, demek ki biz daha munis tartışarak götürebiliyoruz. Fakat, Abbas beyin konuşmaları bende *“Anlaşarak ihtilafı çözmek, hâkim yoluyla çözmekten daha iyi”*’yi ima eden, çağrıştıran bir sertlik şeklinde görüldü. Buna karşı da hemen Laipold diye bir klasik hukukçu şu cevabı veriyor, orada fevkalade sert tartışmalar, diyor ki: *“İhtilafın anlaşarak çözümlenmesinin tarihi, onun büyük ölçüde ve tamamıyla akamete uğramasını...”* Bu kadar kökten karşı çıkan bir anlayışla karşı koyuyor. Binaenaleyh, her iki taraf da diline egemen olması gerekiyor. Her iki tarafın da, bilhassa alternatif

yargı yanlısı olanların, devlet yargısını aşarak, by-pass ederek ihtilafları kapsama alanını genişletmelerinin tepkiyi, karşı tepkiyi daha büyük ölçüde davet edebileceğini belirtmek isterim. Bu bakımdan, tartışmak, sanıldığı gibi, bizde olduğu gibi... Sadece bizde oluyor değil, dünyada da oluyor. Bu arada, dediğim gibi, Almanya'da kamplaşan bir tartışma var.

Biz bir adım daha ileri gitmişiz -hep öyle yaparız- fazla tartışmadan bir taslak koyarız. Taslak kanunlaşır diye hemen korkarım. Binaenaleyh, daha inceleyelim, eleştirelim, daha yakından tetkik edelim ve ondan sonra, olgunlaştıktan sonra bir çözüme varalım diye düşünürüm.

Benim söyleyeceklerim de bundan ibaret.

Hepinize çok teşekkür ederim.



Oğuzlar Mahallesi Barış Manço Caddesi No: 44 06520 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
web: www.barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr