

İSTİNAF İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

VERDICTS TO BE GIVEN AS A RESULT OF APPELLATE PROCESS

Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL*

Özet: Türk hukukunda 20.07.2016 tarihinden itibaren istinaf kanun yolu fiilen uygulanmaya başlamıştır. Buna göre artık bu tarihten itibaren ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kesin olmayan nihaî kararlara karşı önce istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. İstinaf mahkemeleri¹ hem hüküm mahkemesi hem de denetim mahkemesi olarak faaliyet gösterecektir. Bu çalışmada istinaf mahkemeleri tarafından gerek ön inceleme gerek asıl inceleme sonucunda verilebilecek kararlar tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf mahkemeleri, Ön inceleme, Asıl inceleme, Kararın Kaldırılması, Maddi Vakıa Denetimi

Abstract: As of 20.07.2016 (the legal remedy) appeal has been implemented into the Turkish Law. Accordingly, from that date onwards, firstly an appeal will be lodged on the interlocutory decisions of the first instance courts. The appellate courts will both be able to give a ruling and inspect cases. In this study, the decisions of appellate court as a result of preliminary or actual examination have been tried to be determined.

Keywords: Appellate Court, Preliminary Examination, Actual Examination, Rescission of Decision, Inspection of Material Facts

* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Her ne kadar istinaf kanun yolunun düzenlendiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda adli yargı ve ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan nihaî kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyip karara bağlayacak olan mahkeme olarak "bölge adliye mahkemeleri" terimi kullanılmışsa da anlaşılabilirlik açısından "istinaf mahkemeleri" terimini kullanmayı tercih ettik. (Bu hususta bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku, İstanbul, Ağustos 2016, s. 60, dipn.8; Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005, s. 34-36)

GİRİŞ

İstinaf Arapça bir kelime olup, ön veya uç anlamına gelen “enf” kökünden üretilmiştir ve bir işe yeniden başlamak, yeniden ele almak anlamına gelmektedir.² 20.07.2016 tarihinde istinaf incelemesi Türk hukuk uygulamasında yerini almış ve böylece ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasına istinaf kanun yolu getirilmiştir.³ 20.07.2016 tari-

² Necip Bilge, “Üst Mahkemeler”, Sabri Şakir Ansay’a Armağan, Ankara 1964, s. 62; Hakan Pekcanitez, “İstinaf Mahkemeleri”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler, Cilt:II, İstanbul 2016, s. 224; Muhammet Özeker, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2203.

³ İstinaf mahkemelerinin kurulması 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile öngörülmüştür. Anılan Kanun’un geçici 2. maddesinde Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde istinaf mahkemelerinin kurulacağı, yargı çevreleri ve tüm yurtda göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazetede ilân edileceği düzenlenmiştir. Buna göre Adalet Bakanlığı tarafından 18.05.2007 tarihli Bakanlık Olur’u ile anılan ve 05.06.2007 tarihli ve 26643 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Karar” ile İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır olmak üzere dokuz istinaf mahkemesi kurulmuştur. HMK’nın parlamentoda kabul edildiği Ocak ayından 14.04.2011 tarihine kadar istinaf mahkemelerinin çalışmaya başlaması için somut adımlar atılmış, Ocak 2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin kurulduğu dokuz yer için mahkeme başkanları ve başsavcıları atanmış, istinaf mahkemelerine yapılacak atamalarda uyulacak ilkeler belirlenmiştir. Ancak Haziran 2011 tarihinde atamaların yapılarak Temmuz 2011 tarihinde tebliğ edileceği ve 05.09.2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin fiilen çalışmaya başlayacağını ilân edilmesine rağmen HSYK 1. Dairesi tarafından “...Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin çalışmaların tamamlanamamasından ötürü 2011 Yaz Kararnamesi ile bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin mümkün olmadığı...” şeklinde bir duyuru yapılmıştır. Bununla birlikte 14 Nisan 2011 tarihinde istinaf mahkemelerinin en geç 2012 Yaz Kararnamesi ile hayata geçileceği ifade edilmiştir. Daha sonra 13.06.2011 tarihli Adalet Bakanı oluru ile mevcut dokuz istinaf mahkemesine Antalya, Gaziantep, Kayseri, Sakarya, Trabzon ve Van ilave edilerek istinaf mahkemelerinin sayısı toplam on beşe çıkarılmıştır. Ancak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu’nun 29.02.2016 tarihli 53 sayılı kararı ile on beş mahalde kurulu bulunan istinaf mahkemelerinden ilk etapta yedi mahalın faaliyete geçirilerek, her bir bölge için daire sayısının artırılması suretiyle Yargıtay’daki uzmanlaşmaya benzer bir şekilde ihtisas daireleri oluşturularak uygulama birliği temin edilip, bu şekilde oluşabilecek içtihat farklılıkları azaltılarak ihtisaslaşmada etkinlik ve verimliliğin sağlanabileceği gerekçesiyle yedi mahaldeki istinaf mahkemelerinin daire sayıları artırılmıştır. Böylece istinaf mahkemesi sayısı on beşten yediye indirilerek Ankara, İstanbul, İzmir, Samsun, Erzurum, Gaziantep, Antalya’da göreve başlamıştır. O hâlde istinaf mahkemelerinin 5235 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 01.03.2005 tarihinden itibaren en geç iki yıl içerisinde kurulacağını düzenlediği düşünüldüğünde bu kanun yolunun fiilen uygulanmaya başlamasının uzun zaman aldığı görülmektedir. Bkz. Pekcanitez, s. 217; Hakan Pekcanitez/Evrin Erişir, “Medenî Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hu-*

hinden sonra verilen ilk derece mahkemelerinin kesin olmayan nihai kararlarına karşı ilk önce istinaf yoluna başvurulabilecek, doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulamayacaktır.⁴

Buna göre istinaf mahkemeleri hem denetim hem de hüküm mahkemeleri olarak faaliyet gösterecektir. İstinaf incelemesi sonunda gerektiğinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldıran istinaf mahkemesi temyiz incelemesini yapan Yargıtay'dan farklı olarak kararı bozmak yerine yeniden tahkikat yaparak ve hukuka aykırı gördüğü hususları gidererek yeni bir karar verebilecektir. İstinaf kanun yolunu

kuk Fakültesi Dergisi, 65(4) 2016, s. 3617 vd. Mine Akkan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 215-216; Nevhis Deren-Yıldırım, "İstinafın Olası Sorunları", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C:8, S:20, Yıl:2016, s. 443-444. Bununla birlikte 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 03.08. 2017 tarih ve 703 no'lu Hâkimler ve Savcılar Genel Kurulu Kararı ile yedi mahalde faaliyet gösteren istinaf mahkemelerine yıllık gelen iş miktarı ve bu mahkemelerin derdest dosya sayıları dikkate alınarak Adana ve Bursa istinaf mahkemelerinin faaliyete geçirilmesi için yargı çevrelerinin değiştirilerek yeniden belirlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. O hâlde söz konusu karar ile istinaf mahkemelerinin sayısının yediden dokuza çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

⁴ Yargıtay'ın bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi kararına karşı doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulabileceğine ilişkin iki istisna HMK md. 373/4 ilâ HMK md. 373/5 düzenlemeleridir. Buna göre istinaf mahkemesi tarafından verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararı Yargıtay tarafından bozulursa bu bozma üzerine dosya ilk derece mahkemesine gönderilecektir. İlk derece mahkemesi bozma kararı üzerine yapacağı ilk duruşmada bozmaya uyma kararı vererek yeni bir inceleme yapıp bir karar verirse taraflar ilk derece mahkemesinin bu yeni kararına karşı temyiz süresi içerisinde doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurabileceklerdir (HMK md.373/4). Yine ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararı üzerine yapacağı duruşmada direnme kararı verirse, ilk derece mahkemesinin bu direnme kararı da doğrudan doğruya temyiz edilebilecektir (HMK md.373/V). Bkz. Kuru, s. 668,731-732. O hâlde Türk Hukukunda kural olarak "sıçrama yolu ile temyiz" (Sprungrevision) usûlünün kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Buna karşılık Alman Hukukunda sıçrama yolu ile temyiz usûlü istinaf yolu caiz olmayan ve dava konusunun değerinin 600 Euro'yu geçen uyuşmazlıklarda karşı tarafın yazılı onayı ve aynı zamanda Temyiz Mahkemesinin onayı hâlinde kabul edilmiştir (Alman Usûl Kanunu md. 566). Ancak sıçrama yolu ile temyiz usûl hukukuna ilişkin yargılama hatalarında mümkün olmamakla birlikte temyiz yolunun geçerlilik şartlarına tâbi tutulmuş, temyize ilişkin sebeplerin dilekçede yer alması zorunluluğu öngörülmüştür. Gerekli ilk derece mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir aylık başvuru süresi mevcuttur. Sıçrama yolu ile temyize ilişkin başvuru ilk derece mahkeme kararının kesinleşmesini önler. Başvuru dilekçesi ve aynı zamanda karşı tarafın bu başvuruya onay beyanı istinaf yoluna başvurmadan feragat olarak değerlendirilir. Bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010, s. 824-825; Hans Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, München 2012, s. 356-357; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München 2010, s. 1701-1702.

temyiz denetiminden ayıran en önemli özellik, sadece hukukî incelemenin değil, aynı zamanda maddi incelemenin de yapılmasıdır.⁵ Bir diğer deyişle, istinaf kanun yolu ilk derece mahkemesinin nihai kararlarına karşı başvuru, maddi ve hukukî denetimin yapıldığı bir kanun yoludur.⁶

Öte yandan istinafın kelime anlamı “yeniden başlama” olsa da yapılacak olan inceleme ve tahkikat ilk derece mahkemesine kıyasen birçok yönü ile yeni ve bağımsız bir yargılama olmayacaktır. Zira is-

⁵ Ülkemizde istinaf mahkemelerinin fiilen uygulamaya başlamasından önce mevcut olan iki dereceli yargılama sistemi içerisinde ilk derece mahkemesi kararlarının hem hukuka uygunluğunu hem de olaylara uygunluğunu Yargıtay denetlemekte idi. Oysa ilk derece mahkemesinin verdiği kararlar istinaf mahkemeleri tarafından ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtay tarafından ise sadece hukuka uygunluk yönünden incelenmelidir. Yargıtay, bir içtihat mahkemesi olarak görevini sürdürebilmelidir. Nitekim Yargıtay ilk derece mahkemeleri ile kendi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkemesi bulunmadığından her iki görevi, yani hem içtihat yaratmak hem de istinafı yürütmek durumunda kalmıştır (Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2202-2203). Ayrıca bkz. Muhammet Özekes, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S:23, 2004, s. 3109; Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007, s. 5-6. Ayrıca istinaf ile birlikte Yargıtay içtihat oluşturma ve hukukî denetim yapma görevini tam olarak yerine getirebilecektir. Bugün Yargıtay’ın kabul edilebilir olanın üstünde bir iş yükü ile karşı karşıya olması istenen sonucu sağlamamaktadır (Muhammet Özekes, 100 soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016, s. 50). Konuya ilişkin olarak doktrinde Bilge, “Yargıtay’ın işlerinin azaltmanın başka yolları da bulunduğu muhakkaktır. Fakat derhal belirtelim ki; Üst mahkemeler (istinaf mahkemeleri) kurulmasının sebebi, sırf Yargıtay’ın işlerini azaltmak değildir. Böyle bir azalma sonuç olarak kendiliğinden meydana gelmektedir ve bu sonuç adaletin tecellisi için küçümsenmeyecek bir fayda sağladığı için, istinafın kurulmasından doğacak diğer faydalar arasında bu cihete de, öneminden ötürü işaret olunmaktadır” şeklinde bir ifade kullanmıştır (Bilge, s. 78). Doktrinde Pekcanitez de, yargı hızlandırmak isteniyorsa, bunun için istinaf mahkemelerinin kurulması değil, öncelikle yargının gecikmesine neden olan diğer sebeplerin kaldırılması gerektiğini, bunun yanında eğer istinaf mahkemeleri kurulmazsa gelecekte yargının daha da hızlı işlemeyeceğini belirtmiştir (Pekcanitez, s. 222).

⁶ Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009; s. 62; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara 2013, s. 1478; Deniz Meraklı-Yayla, Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 19; Özgür Memişoğlu, “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usûlü ve İstinafa Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması”, *Legal Hukuk Dergisi*, C:10, S:113, Yıl:2012, s.78; Mert Namı, “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, *Sicil*, Sayı:36, Yıl:2016, s. 121; Murat Özgür Çiftçi, Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016, s. 10 vd.

tinaf mahkemelerinde yeni dava malzemesinin getirilmesi de belirli istisnalar dışında katı bir şekilde yasaklanmıştır. Buna paralel olarak yargılamanın bu aşamasında karşı dava, ıslah, davaya müdahale, davaların birleştirilmesi gibi usûl hukuku kurumlarına başvurulması engellenmiştir (HMK md. 357). Sonuç olarak, istinafta sınırlı bir tahkikat yapılmaktadır.⁷ Bununla birlikte istinaf dar anlamda kanun yoluna ilişkin iki temel özelliği de taşımaktadır. Öncelikle karara karşı istinaf yolu açıksa, bu yola başvurulmakla nihaî kararın kesinleşmesinin önüne geçilmektedir ("*erteleyici etki*"). Bunun yanında, verilen karar, aynı derecede değil, bir üst yargı organı olan ilgili istinaf mahkemesi tarafından incelenmektedir ("*aktarıcı etki*").⁸

⁷ Türk Hukuk sisteminde sınırlı istinaf sistemi kabul edilmiştir. Burada istinafın işlevi; ilk derece mahkemesince verilen kararın ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolüdür. İstinaf mahkemesi tespitlerini ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır. Dolayısıyla dava malzemesinin temini istinaf yargılamasında tekrarlanmamaktadır. Yeni vakıaların getirilmesi yasağı söz konusudur. Tam istinaf sisteminde ise, istinaf mahkemesi hâkimi ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak yargılamaya yön vermektedir. Bunun sonucunda taraflara ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlama ve yenileme imkânı verilmiştir. Burada amaçlanan; ilk derece mahkemesinin kararını hukukî ve usûlî açıdan denetlemekle yetinilmeyerek, esas bakımından da incelemektir. Yeni dava malzemesi ile yeni bir sonuca varılır. İstinaf mahkemesi tarafların yeni vakıa getirebildikleri bir olay mahkemesi gibi çalışır. Bkz. H. Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 508-509; Yılmaz, İstinaf, s. 21-22; Meraklı-Yayla, s. 19; Kâmil Yıldırım, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesindeki Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 90; Namlı, s. 212-222; Memişoğlu, s. 73. Doktrinde, istinaf mahkemesinin derece mahkemesi olduğu halde bu mahkemenin yargılama faaliyetinin gerek dava malzemesinin toplanması gerek tahkikat gerekse muhakeme (sözlü yargılama) bakımından ilk derece mahkemesine oranla önemli ölçüde sınırlandırılmış bir yargılama faaliyeti olduğu, öyle ki; kanun koyucunun istinaf mahkemesinin yargılama faaliyeti bakımından tahkikat ve muhakeme terimlerini kullanmadığını, bütün yargılama aşamalarını kapsamak üzere "inceleme" teriminin kullandığı ifade edilmiştir (Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 345).

⁸ Özkes, s. 36-37. Alman Hukukunda kanun yollarının özellikleri belirtilirken erteleyici etki (Suspensiveeffekt) ve aktarıcı etki (Devolutiveffekt) yanında üçüncü bir özellik olarak ilk derecemahkeme tarafından verilen kararın kendi yetkisi dâhilinde etraflıca denetimini gerçekleştirme ve esas hakkında yeniden karar verme olarak ifade edilen esas hakkında yeniden hüküm verme imkânı (die Möglichkeit der Sachentscheidung) da belirtilmektedir. Bkz. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s.767-768; Musielak, s.326; Baumbach/Lauterbach /Albers/Hartmann, s. 1586.

Çalışmamızda istinaf mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda hangi kararları verebileceği konusu öncelikle istinaf incelemesi sonucunda verilecek kararların temel özellikleri değerlendirilip, daha sonra ön inceleme ve asıl inceleme aşamaları dikkate alınarak ve ayrıca yargılamaya son veren taraf işlemleri çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararların Temel Özellikleri

Kanun'da istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek kararların niteliği, bunların ne şekilde verileceği ve türleri tam olarak belirtilmemiştir. Bu konuda farklı hükümlerden hareketle bir sonuca varmak mümkündür.

Bu noktada yani farklı hükümlerden hareket ederek verilecek kararların temel özelliklerinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken nokta şudur: İlk derecedeki tahkikatın amacı; uyuşmazlığı çözüp karar vermek, buna karşılık temyizdeki incelemenin amacı denetimdir. İstinafta ise, bir yandan ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikat denetlenir, diğer yandan gerekirse yeniden inceleme yapılarak karar verilir. Çünkü istinafta sadece hukukî denetim değil, maddi vakıa denetimi de yapılmaktadır. Bu açıdan istinaf incelemesi, ne ilk derece yargılamasının ne de temyiz özelliğini tam olarak taşır. Dolayısıyla hüküm mahkemesi olarak ilk dereceye, denetim mahkemesi olarak da Yargıtay'a benzemez. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere istinaf mahkemeleri kendini ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay'ın yerine koymalı; onun fonksiyonunu üstlenmelidir. Nitekim istinaf, temyiz bir türü ve istinaf mahkemeleri birer küçük Yargıtay değildir.⁹ Bu sebeple verilecek kararlar da gerek şekil, gerekse içerik bakımından temyizden farklı olacaktır.

Temyiz kural olarak hukukî denetimle sınırlıdır. Temyizde istinaf mahkemesinin yerine geçilerek yeniden yargılama yapılması söz konusu değildir. Nitekim temyizde alt derece mahkemesi kararı doğru bulunursa sadece onama kararı verilir; alt derece mahkemesi kararı doğru bulunmazsa bozma ile yetinilir ve bozmadan sonra (alt derece mahkemesi bu karara uyarırsa) bu bozmaya göre kararı verecek olan

⁹ Özkes, s. 93. Aynı yönde bkz. El Kitabı, s. 59.

yine alt derece mahkemesidir. Yani istinaftaki kararlar (içerik olarak bazı yönlerden bazen benzerlik gösterse de) onama veya bozma şeklinde nitelendirilemez. Zira istinaf incelemesinde yeniden yargılama yapılması, alt derece mahkemesi yerine geçilerek karar verilmesi, hukukî denetim dışında maddi vakıa denetimi yapılması söz konusudur. Buna göre salt “onama” ya da “bozma” şeklindeki kararlar verilmesi istinafa uygun değildir. Nitekim istinaf mahkemelerinde ilk derece mahkemesi kararı doğru bulunursa; “onama” değil, “istinaf başvurusunun reddine” karar verilmekte; ilk derece mahkemesi kararı yanlış bulunursa, “bozma” değil, “ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak¹⁰” yeni bir karar verilmesi sağlanmaktadır. İlk derece mahkemesi kararı yanlış olmakla birlikte, bu yanlışlık yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa, o zaman da “ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, düzeltilerek yeniden esas hakkında” karar verilmesi söz konusu olacaktır.¹¹

İstinaf mahkemesindeki yargılama ilk derecede gerçekleştirilen yargılamanın da aynısı, tekrarı ve onun yerine geçen bir yargılama değildir; istinaf mahkemesi sadece hüküm mahkemesi olmayıp aynı zamanda denetim mahkemesi olduğundan verilen kararlar ilk derece mahkemesi kararlarından da farklılık göstermektedir.¹² Zira ilk derece mahkemesinde dava usûl ya da esastan haklı bulunmazsa,- usûlî bazı kararlar¹³dışında- kural olarak dava reddedilir. Oysa istinaf baş-

¹⁰ Doktrinde Konuralp, kaldırma ile ifade edilenin kararın iptal edilmesi ve hükümsüz kılınması olabileceğini belirtmiştir. (Halûk Konuralp, “Halûk Kanuralp’in Tebliği”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-II-III, s.36).

¹¹ Özekes, s. 99-100.İstinaf mahkemelerinin kararlarında kullanılacak ifadelerle Yargıtay kararları için kullanılan ifadelerin birbirinden ayrılması zorunludur. Buna özellikle dikkat edilmeli ve özen gösterilmelidir. Bu konuda gösterilmeyecek bir özen, bir süre sonra tüm kanun yollarının birbirine karıştığı, istinafın kabulünün faydadan çok zarar getirdiği, yargılama sistemimizin karmaşıklaştığı tehlikeli bir sonuca yol açabilir (İstinaf El Kitabı, s. 59-60). Ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s. 346.

¹² Özekes, s. 93-94, 97. Ayrıca bkz. Çiftçi, s. 626-627.

¹³ Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar (HMK md.20/1; HMK md. 119/2; HMK md. 150/5; Harçlar Kanunu md.16/3) ile davacının davalının muvafakati ile davayı geri alması nedeniyle davanın son bulduğunu belirten kararlar (HMK md.123); davaya son veren taraf işlemleri ile davanın sona ermesi (HMK md.307 ilâ HMK md.315 arası düzenlemeler) ve davanın konusuz kalması hâlinde verilen kararlar belirtilebilir.

vurusu haklı bulunmazsa, "...istinaf başvurusunun reddine..." karar verilir (HMK md. 353/1-b). Bu ilk derece mahkemesi kararının haklı bulunduğu anlamına gelir. İstinaf başvurusu kısmen ya da tamamen haklı bulunursa, kural olarak "ilk derece mahkemesi kararı-kısmen ya da tamamen kaldırılarak..." denildikten sonra dava hakkında gerekli karar verilir. Örneğin, "... ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, davanın kabulüne..." veya "...davanın reddine..." denebilir. Bazı durumlarda ise ilk derece mahkemesi kararı yanlıştır, ancak kararı istinaf mahkemesi değil, başka bir mahkeme verecektir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin görevsiz veya yetkisiz olması durumunda ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılır, ancak asıl karar başka bir mahkemeye bırakılarak dosyanın oraya gönderilmesine karar verilir.

İstinaf mahkemesi sonunda verilecek kararın özelliklerini belirlemeye çalışırken Alman doktrininde ifade edilen kanun yollarına başvuru sonucunda üst mahkemenin yeni bir hüküm mü tesis edeceği veya var olan hükmü sadece iptal etmekle mi yetineceği hususunda yapılan ayrıma da değinmek gerekir. Bu ayrıma göre şayet ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeni bir hüküm veriliyorsa "reformasyon etkili karar", (*reformatorische Entscheidung, iudicium rescissorium*), var olan hüküm yeni bir hüküm verilmeksizin sadece iptal etmekle (bozmakla) yetiniliyor ve kararı veren hüküm mahkemesi tarafından hukuka uygun bir karar verilmesi sağlanıyorsa "kassasyon etkili karar" (*kassatorische Entscheidung, iudicium rescindens*.) mevcuttur.¹⁴ Hukukumuzda temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ın yeniden hüküm vermesi söz konusu olmadığından ve istinaf mahkemesi tarafından verilen karar bozularak istinaf mahkemesine veya duruma göre ilk derece mahkemesine iade edildiğinden sadece kassasyon etkili kararlar mevcuttur. Buna göre Yargıtay'ın verdiği bozma kararı ile istinaf mahke-

¹⁴ Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 767; Hans Prütting/Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, 2010, s. 1329. Doktrinde Konuralp, istinaf yolunun "yanlış kararı", "kötü yargılamayı" düzeltme amacına yönelik, düzeltme ve iyileştirme amaçlı bir kanun yolu olmasının yanı sıra geçerliliğini tehlikeye düşürecek nitelikte kusurlu bir mahkeme kararının iptali yolu olduğunu, bu kanun yolunda ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın üst mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesine ve duruma göre tahkikat işlemlerinin yeniden yapılmasına olanak tanıdığından bu yolun ilk derece mahkemesi hâkiminin üzerinde yarattığı denetim etkisi nedeniyle önleyici ve koruyucu bir yol olduğunu belirtmiştir (Halûk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 134).

mesi veya ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kaldırılmış olmaz. Zira Yargıtay tarafından verilen bozma kararı, bu karar üzerine istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verdiği ana kadar ayakta kalır ve hatta dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi bozma kararına direndiği takdirde Yargıtay tarafından bozulan karar ayakta kalmaya devam eder. Yani kassasyon sisteminde ancak bozma üzerine alt mahkeme bu karara uyarsa karar iptal edilebilecek olup, tek başına Yargıtay'ın bu yönde bir yetkisi yoktur. Oysaki istinafta kural olarak uyuşmazlığa ilişkin tüm istinaf sebepleri tahkikat yapılarak incelendiğinden ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kaldırılıp, yeniden hüküm kurularak reformasyon etkili karar verilmektedir.¹⁵ İstinaf mahkemesi yeniden hüküm vermenin yanı sıra HMK md. 353/1a düzenlemesindeki durumlarda esası incelemeyen sadece ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın kararı veren veya kendi yargı çevresinde uygun görülen bir ilk derece mahkemesine ya da görevli ve yetkili ilk derece mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmadan karar verecektir.

Bununla birlikte ilk derece mahkemesi hükmünün ileri sürülen istinaf sebeplerine göre hukuka aykırı bulunması bu hükmün her zaman tamamen kaldırılmasını gerektirmez. Dolayısıyla istinaf dilekçesinde kararın ne şekilde ve ne dereceye kadar kaldırılması talep edilmişse, istinaf mahkemesinin bu hükmü kaldırma ölçüsü de buna göre belirlenir. Zira istinaf mahkemesi istinaf dilekçesi çerçevesinde inceleme yapacağından (HMK md. 342/2, e; HMK md.355/1, c.1) vereceği kararın sınırları da istinaf dilekçesindeki talepler çerçevesinde belirlenmektedir. Buna göre istinaf incelemesinde taleple bağlılık ilkesi (HMK md. 26) asıl olup inceleme sonucunda verilecek olan kararlar bakımından da bu ilke esas alınmalıdır. Ancak kamu düzenine ilişkin istinaf sebeplerinin varlığı bu kurala istisna teşkil etmektedir (HMK md.355/1,c.2). Örneğin; istinafa başvuran taraf hükmü kısmen istinaf etmişse, bu başvuru haklı bulunduğu takdirde, ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilen kısım oranında kaldırılacak ve değiştirilecektir. Bu nedenle istinaf mahkemesinin özellikle esasa ilişkin konularda taraf taleplerini aşarak kısmen istinaf edilmiş bir kararı tamamen kaldırma

¹⁵ Bkz. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 767, 770-771; Musielak, s. 330; Çiftçi, s. 646-647.

yetkisi kural olarak yoktur.¹⁶ Aynı zamanda vurgulamak gerekir ki; ilk derece mahkemesi kararının değiştirilmeyen yani muhafaza edilen bölümleri varsa bunlar kural olarak istinaf mahkemesi kararının hüküm fıkrasında belirtilmelidir. Bundan sonra değiştirilmesi gereken kısma ilişkin hüküm verilir.

II. İstinaf İncelemesi

İstinaf incelemesi neticesinde verilebilecek kararların tespiti için öncelikle, bu incelemenin nasıl yapılacağına değinmek gerekmektedir. İstinaf başvurusu yapıp, karşılıklı dilekçelerin verilmesinden sonra (HMK md. 342-348) istinaf mahkemesinde yapılacak inceleme, ön inceleme¹⁷ ve asıl inceleme olarak ikiye ayrılır.

A. Ön İnceleme ve Sonucunda Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemelerinde asıl incelemeden önce bir ön inceleme aşaması vardır. Bu aşamada başvurunun esasına girmeye engel teşkil eden şekli hususlar incelenir.¹⁸ Ön inceleme aşamasında kolaylıkla

¹⁶ Yani burada ilk derece kararını kaldırdıktan sonra gerektiğinde tahkikatın eksik yönlerini tamamlayarak esasa ilişkin yeni bir karar verecek olan istinaf mahkemesini sınırlayan unsur; tarafların talepleriyle bağlılık kuralıdır. Aynı zamanda istinaf mahkemesi taraflardan sadece birinin istinafa başvurduğu durumlarda aleyhe karar verme yasağı dolayısıyla onun aleyhine karar veremeyecektir (Akkaya,s.236; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810).

¹⁷ Burada isim benzerliği olmasına rağmen istinaf incelemesindeki ön inceleme ile ilk derece yargılamasındaki ön incelemenin (HMK md. 137) amaç ve fonksiyon bakımından birbirinden farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Zira ilk derece mahkemesinde ön inceleme yapılmadan tahkikat aşamasına geçilmemekte, bu aşamada dava şartları ve ilk itirazlar incelenmekte, hâkim tarafları arabuluculuğa veya sulhe teşvik etmekte, tahkikat aşamasına hazırlık yapılmaktadır. Diğer yandan esas hakkında tahkikat yapılmadan incelenebilecek dava şartları ve ilk itirazlar da bu aşamada dosya üzerinde karara bağlanmaktadır. İstinaf aşamasında yapılan ön incelemede ise, incelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olup olmadığı, aleyhine istinaf yoluna başvuru kararının kesin mahiyette olup olmadığı, başvurunun süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği hususları incelenir (Bkz. 20.07.2017 tarihli, 7035 sayılı Kanun ile değişik md. 352, RG. T. 05.08.2017, RG Sayı: 30145 Mükerrer). Yani istinaf talebinin esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelendiği bir aşamadır. Aynı şekilde ilk derece mahkemesinde yapılan esastan incelemeyi ifade eden tahkikat ile istinaftaki esastan inceleme de tam anlamıyla aynı değildir. Bkz. Özkes, s. 82; Konuralp, Kamu Düzeni, s. 136; Akkaya, s. 240; Memişoğlu, s. 91.

¹⁸ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2234.

tespit edilebilen bazı temel eksiklikler nedeniyle istinaf mahkemesine hemen karar verme imkânı tanınarak gereksiz inceleme yapılması ve yargılamanın uzaması önlenmek istenmiştir.¹⁹ Geçerlilik şartlarını taşımayan istinaf başvurusu ön inceleme aşamasında re'sen reddedilmelidir.²⁰ Ancak eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır (HMK md. 352/3). Buna göre; dosyanın incelemesinin başka bir dairenin veya istinaf mahkemesinin²¹ görev alanına girip girmediği, ilk derece mahkemesi kararının kesin olup olmadığı, başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği (dilekçenin gerekli asgari unsurları taşıması veya harç ve giderlerin yatırılması vb.),²² başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği ön inceleme aşamasında incelenir (HMK md. 352/1).²³ Ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılacak ve ön inceleme sonunda heyetçe karar verilecektir (HMK md. 352/2). Bu ön inceleme ertesinde eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır (HMK md. 352/3). O hâlde dosyanın başka bir dairenin veya istinaf mahkemesinin görevine girip girmediği hususu dışında kalanlar, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf mahkemesi tarafından incelenebilir bir karar olup olmadığı ile ilgili olup, bu hususların yokluğu hâlinde gerekli karar verilecek; varlığı durumunda ise esas incelemeye geçilecektir.²⁴

Ön incelemede sadece belirli usûlî koşulların mevcut olup olmadığı araştırılacağından incelemenin dosya üzerinden yapılması yeterli görülmüştür.²⁵ Ancak bu ön inceleme yapıldıktan sonra nasıl bir karar

¹⁹ Bkz. HMK md.352 Gerekçe.

²⁰ Musielak, s. 968; Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 798.

²¹ İstinaf mahkemesinin görevli hukuk dairesi, ilk önce yetkili olup olmadığını re'sen inceler, çünkü istinaf mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir. Bu nedenle hukuk dairesi istinaf mahkemesinin yetkisiz olduğu kanısına varırsa, re'sen yetkisizlik kararı vererek, istinaf (dava) dosyasının yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesine karar verir. Bkz. Kuru, s. 688.

²² Doktrinde ön inceleme için sayılan diğer hususlar dışında kalan ancak istinaf incelemesine geçilebilmesi için gerekli olan tüm şartların istinafa başvuru şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve dikkate alınabileceği belirtilmektedir (Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2237).

²³ Ön inceleme konusu olan; süre, kesin bir kararın olması, gerekli harç ve giderlerin yatırılmasına ilişkin denetim esasında HMK md. 344 ve md. 346 düzenlemeleri gereğince istinaf başvurusunun yapıldığı ilk derece mahkemesi tarafından da yapılacaktır. Ancak ilk derece mahkemesinde bu durum gözden kaçırılmışsa, istinaf mahkemesinde gözetilecektir (HMK md. 352 Gerekçe) .

²⁴ Bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2236; Akkaya, s. 342 vd.

²⁵ Doktrinde ön incelemenin dosya üzerinden yapılmasının mutlak bir kural olmadığı

verileceği kanunda çok açık bir şekilde belirtilmemiş olup, ön inceleme sonunda "...gerekli karar verilir." şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. Bu sebeple her durum için ayrı değerlendirme yapılmalıdır.²⁶ Aynı zamanda ön inceleme konularının hangi sıra ile yapılması gerektiği de kanunda açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu durumda kanunda yazılan sıra (HMK md. 352/1) mantığa ve hukuk kurallarına uygun olduğundan bu çerçevede inceleme yapılmasının doğru olacağını belirtmek mümkündür.²⁷

Ön inceleme aşamasında araştırılacak olan hususlardan, dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin görev alanına girip girmediğine ilişkin olarak dosya önüne gelen istinaf dairesi öncelikle uyuşmazlığın kendi iş sahası içerisinde olup olmadığını inceler. Buna göre belirlenen iş bölümüne göre ilgili daire uyuşmazlığı inceleme yetkisine sahip değilse başvuru reddedilmeyip doğru daireye gönderilmelidir.²⁸

Kesin bir karara karşı veya istinaf süresi geçirildikten sonra istinaf yoluna başvurulmuşsa esasında bu hususlar ilk derece mahkemesinde talebin reddini gerektiren durumlardır (HMK md.346) . Ancak ilk de-

ği istinaf mahkemesinin gerektiğinde incelemeyi duruşmalı da yapabileceği ifade edilmiştir (Akkaya, s. 241-242). Bununla birlikte istinaf mahkemesinin duruşma yapmadan karar verebileceği hâllerin ön inceleme ile sınırlı olmadığını, zira bazı durumlarda ön incelemeden sonra esastan incelemede de duruşma yapılmadan karar verileceğini (HMK md. 353), ancak bu iki durumun birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini, ön inceleme ile esastan incelemenin dosya üzerinden yapılması arasında değerlendirme farkı bulunduğunu vurgulamak gerekir (Özeker, Pekcanitez Usûl, s. 2238).

²⁶ Özeker, Pekcanitez Usûl, s. 2239; Özeker, Kanun Yolu, s. 3109.

²⁷ Özeker, Pekcanitez Usûl, s. 2239; İstinaf El Kitabı, s. 46; Meraklı-Yayla, s.57.

²⁸ Yani İstinaf mahkemeleri hukuk dairesi kendisine gelen istinaf dosyalarını 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md. 35/1 gereğince Başkanlar Kurulu tarafından kararlaştırılan işbölümü uyarınca kendilerinin görevine girmeyen dava dosyalarını görevli İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairesine gönderme kararı verir. Bu "aidiyet" niteliğinde bir karardır (Zafer Ergün, İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usûlü, İstanbul 2005, s. 17). Ayrıca bkz. Akkaya, s. 246; Meraklı-Yayla, s. 57. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4.HD. 2017/529 E., 2017/497 K., 26.05.2015 tarihli kararında, "...Dava konusu uyuşmazlık kiracının kira sözleşmesine konu taşınmaza verdiği zarar nedeniyle tazminat isteğine ilişkindir. Davanın belirtilen bu niteliği itibarıyla istinaf incelemesini yapma görevi İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun 15.05.2017 tarihli iş bölümü kararı uyarınca İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesine ait bulunduğundan, Dairemizin görevsizliği ile dosyanın yetkili ve görevli İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak..." şeklinde hüküm vermiştir.(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.12.2017).

rece mahkemesi bu hususları gözden kaçırmışsa bu durum şüphesiz ön inceleme aşamasında değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda istinafa başvurusu mümkün olmayan bir karar²⁹ veya istinafa başvuru süresi geçmişse istinaf dilekçesinin reddine karar verilmelidir. Bu ret kararı istinafin esastan incelenmesine tamamen engel olup, usûle ilişkin nihaî karar niteliğindedir.³⁰

Bununla birlikte başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olarak istinafa başvuru için yatırılması gereken harç ve giderlerin³¹ yatırılmaması hususunda³² istinaf mahkemesinin ne yönde karar verebileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşe göre, istinaf mahkemesi harcın eksik yatırıldığını veya hiç yatırılmadığını tespit ederse öncelikle harç ve giderlerin tamamlanması için bir haftalık kesin süre tanınmalı, taraf bu süre sonunda harç ve giderleri yatırmamışsa istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermelidir. Bu görüşün gerekçesi ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi kararlarının birbirinden farklı olmaması, buna göre ilk derece mahkemesinde harç ve giderlerin yatırılmaması sonucunda başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilip, istinaf mahkemesinde aynı hususa istinaf talebinin usûlden reddi sonucu şeklinde karar

²⁹ Doktrinde ara kararlara karşı istinafa başvurulması veya istinafa başvuru hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen istinaf isteminde bulunulması durumunda başvurunun reddedilmesi gerektiği kanaatimizce de yerinde olarak ifade edilmiştir (Akkaya, s. 318). Ayrıca bkz. Musielak, s. 331.

³⁰ Bkz. Akkaya, s.247.

³¹ İstinaf mahkemelerine yapılan istinaf başvurusu, maktu başvurma harcına tâbidir. Ayrıca istinaf mahkemesi kararları duruma göre nisbi veya maktu karar ve ilâm harcına tâbidir (Harçlar Kanunu 1Sayılı Tarife). Ayrıca bkz. Yılmaz, İstinaf, s. 66; Özekes, s. 76.

³² Harç ve giderlerin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı hususunda ilk derece mahkemesinin denetleme yetkisi mevcuttur (HMK md. 344). Buna göre harç ve giderler eksik yatırılmışsa, mahkeme tarafından başvuruda bulunana bir haftalık kesin süre verilir ve eksiklik tamamlanmadığında başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı hususu yazılı olarak bildirilir. Bu süre içerisinde eksiklik tamamlanmazsa mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Yine ilgili maddede istinaf süresi geçirilmiş veya kesin bir karara karşı istinafa başvurulmuşsa mahkemece istinaf dilekçesinin reddine karar verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca gerek harç eksikliğinden dolayı başvurunun yapılmamış sayılması gerekse iki hâlde dilekçenin reddi kararlarına karşı bu kararların tebliğ tarihinden itibaren (veya harç için verilen sürenin sonundan itibaren) bir hafta içerisinde istinaf yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür.

³³ Budak/Karaaslan, s. 344; Akkaya, s. 249; Çiftçi, s. 201. Aynı yönde bkz. Meraklı-Yayla, s. 59.

verilmemesi olarak ifade edilmiştir. Bir başka görüş,³⁴ eksik yatırılan harç kararı veren mahkemece fark edilmez veya başvuran taraf kendisine tebliğden itibaren bir haftalık süre içerisinde eksik olan harç ve gideri tamamlamaz ve bu konuda kararın kendisine tebliğinden itibaren bir haftalık süre içerisinde istinaf talebini yinelerse bu durumda istinaf mahkemesinin istinaf talebini ön inceleme aşamasında başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması nedeniyle reddetmesi gerektiği yönündedir. Bir diğer görüş,³⁵ dosyanın HUMK md. 426 d, (şimdi HMK md.344) maddesine göre işlem yapılmak üzere, yani harcın tamamlanması için kesin süre verilmesi için kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerektiği yönündedir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüş³⁶ ise harç ve giderlerin eksik yatırılması durumunda önüne gelen dosyada istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin nasıl karar verdiğine ilişkin olarak ikili bir ayrırma giderek buna göre karar vermesi gerektiği yönündedir. Buna göre harç ve giderler eksik yatırılmış ve bu husus ilk derece mahkemesinin denetiminde gözden kaçırılmış ise, yani ilk derece mahkemesi tarafından HMK md. 344'te öngörülen bir haftalık kesin süre içerisinde tamamlanması hususunda hiç veya usûlüne uygun bir bildirim yapılmadan dosyanın hataen istinaf mahkemesine gönderilmesi hâlinde, istinaf mahkemesi bir haftalık kesin süre içerisinde eksikliğin tamamlanması gerektiği ve bu eksiklik tamamlanmadığında başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı hususunu ihtar ederek tarafa süre vermelidir. Şayet verilen süre içerisinde harç ve giderler tamamlanmaz ise istinaf mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Buna karşılık ilk derece mahkemesi tarafından gerekli bildirim yapılmış ancak eksik giderler ve harç başvuran tarafından tamamlanmamış ve buna rağmen dosya ilk derece mahkemesi tarafından istinaf mahkemesine gönderilmiş ise bu durumda istinaf

³⁴ Hukuk Muhakemelerinde İstinaf El Kitabı, s.47.

³⁵ Ergün, s. 18. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20.HD'nin E. 2017/165; K. 2017/268; 01.03.2017 tarihli kararı bu yönde olup, ilgili kararda istinaf başvurusunda bulunan davacı tarafca posta ve tebligat giderleri başvuru sırasında yatırılmamış olduğundan, HMK md. 344/1 gereğince başvuran tarafa kesin süre verilecek sonucunun beklenmesi, HMK md. 344/1'de gösterilen prosedürün izlenmesi, sonrasında gerekirse dosyanın istinaf incelemesi yapılmak üzere gönderilmesinin sağlanması için HMK md.352 gereğince ilk derece mahkemesine geri çevrilmesi yönünde karar vermiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.12.2017).

³⁶ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2239-2240. Ayrıca bkz. Meraklı-Yayla, s.59.

mahkemesi ön inceleme aşamasında başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması yönünde karar vermelidir. Yani her iki durumda da istinaf mahkemesinin HMK md. 344 düzenlemesi ile paralel olarak istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi³⁷ gerektiği kanaatindeyiz.

Ön inceleme aşamasında değerlendirilecek olan başvuru şartlarına ilişkin asgâri şartlar yerine getirilmediğinde kural olarak başvurunun reddi yönünde karar verilmelidir. Ancak dilekçe kanunda belirtilen şekilde asgâri unsurları yani başvuranın kimliği, imzasıyla başvuru kayıtları yeteri kadar belli edecek ilgili bilgileri taşıyor; fakat başvuru sebepleri ve gerekçeleri gösterilmemişse, bu durumda sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden dosya incelenmeli; kamu düzenine aykırılık bulunmuyorsa bunun dışında kalan hususlar hiçbir şekilde değerlendirilmeyip başvurunun reddine karar verilmelidir.³⁸ Zira HMK md.342/2,e'ye göre istinaf dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan biri de başvuru sebepleri ve gerekçesidir.³⁹ Bir

³⁷ İstinaf dilekçesinin reddine karar verilen hâllerde ortada usûle aykırı da olsa harç ve giderler yatırıldığı için yapılmış bir istinaf başvurusu vardır. İstinaf dilekçesinin reddi durumunda istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi tarafından HMK md. 346/1 gereğince yapılan inceleme sonucunda istinaf başvurusunun kabule şayanlığı ile ilgili bir hukuka aykırılık tespit edilmiş ve istinaf dilekçesi reddedilmiştir. Oysa, istinaf harç ve giderlerinin yatırılmamış ve verilen kesin süre içerisinde de tamamlanmamış olması hâlinde kanun istinafa başvuru yapılmamış kabul etmektedir. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilmeksizin kesinleşmiş olacaktır. Bkz. Çiftçi, s. 800-801.

³⁸ Özkes, Pekcanitez, Usûl, s. 2239; Özkes, s. 69.

³⁹ HMK'da istinaf sebeplerini ayrıca düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak HMK md.353 düzenlemesinden yola çıkarak ilk derece mahkemesi kararlarının usûl (hatalı yargılama), maddi mesele (hatalı vakia tespiti) ve maddi hukuk (hukukî meselenin hatalı çözümlenmesi) yönlerinden hukuka aykırılık teşkil etmesinin temel istinaf sebepleri olduğu belirtilir (Deren-Yıldırım, s. 90-91). Ayrıca bkz. Nevhis Deren-Yıldırım, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, s. 697 vd.). Bu çerçevede ilk derece mahkemesinin usûl hukukuna veya maddi hukuka ilişkin hatalarının tümü istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir (Özkes, s 98). HMK'da istinaf sebeplerinin belirtilmemesi, bu yönde bir sınırlama yapılmadığı anlamına gelmektedir. Nitekim bu yönde bir sınırlamanın istinafın niteliğine de uygun düşmediğini belirtmek gerekir (Özkes, Pekcanitez, Usûl, s. 2206). Alman Hukuku'nda "İstinafın Gerekçelendirilmesi" başlıklı Alman Usûl Kanunu md. 520/1 düzenlemesinde istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin ve gerekçelerinin belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu zorunluluk usûl ekonomisi ilkesi ile açıklanmaktadır. Buna göre istinafa başvuran taraf sebep ve gerekçeleri istinaf dilekçesi ile veya daha sonradan sadece sebep ve gerekçeleri içeren ayrı bir dilekçe ile de ileri sürebilir. Şayet istinaf dilekçesinde sebep ve gerekçeler mevcut değilse bu eksiklik dilekçenin usûlden reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak istinaf dilekçesi avu-

başka ifade ile istinaf incelemesinde ön inceleme aşamasında istinaf sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilmediği tespit edilse dahi, istinaf mahkemesi istinaf talebinin reddine karar vermeyecek, her hâlükârda kamu düzeni yönünden gerekli incelemeyi yapma zorunluluğunda olacaktır. Buna göre HMK md.355/1,c.2 yönünden bakıldığında esasında sebep ve gerekçenin gösterilip gösterilmemesinin önemi ortadan kalkmış olmaktadır (HMK md.343/3). Zira başvuru dilekçesi asgarî unsurları taşıyorsa reddedilmeyecek kamu düzeni bakımından incelenmesi için esasa girilmesi gerekecektir.⁴⁰ Nitekim Yargıtay 3.HD. 03.04.2017 tarihli kararı⁴¹ ile istinaf mahkemesine sunulan süre tutum dilekçesinde istinaf kanun yoluna başvuru sebepleri ile gerekçelerinin gösterilmemesi nedeniyle HMK md.352'ye göre istinaf başvuru dilekçesi verilmediği ve ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık da bulunmadığına dayanarak davalının istinaf başvurusunun usûlden reddine ilişkin verdiği kararı bozmuştur. İlgili kararda istinaf mahkemesinin maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleri ile bağlı olduğu ancak istinaf mahkemesinin aynı zamanda hukukî denetim de yapmak durumunda olduğu, hukukîlik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağlı olmadığı her ne kadar ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararına karşı sekiz gün içinde gerekçeli istinaf dilekçesi verilmemiş ise de süresinde süre tutum dilekçesi verilmekle artık hukukîlik denetimi yapılmasının gerektiği, nitekim temyize konu istinaf mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık olup olmadığı hususunun incelendiği ve bu yöndeki bir incelemenin de hukukî de-

katın imzası ile başvuru kararı belli edecek kayıtları taşıyorsa daha sonradan verilecek sebeplere ve dilekçeye yönelik bir dilekçe ile bu sonuç bertaraf edilebilir. Sebep ve gerekçeleri içeren dilekçe istinaf mahkemesine iki aylık süre içerisinde verilmelidir. Bu iki aylık süre gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlar ancak kararın tefhimi tarihinden itibaren beş ayı geçemez. Karşı tarafın muvafakati ile bu süre hâkim tarafından uzatılabilir. Ancak karşı taraf muvafakat etmezse bu süre tarafın yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya sebep ve gerekçeleri içeren dilekçenin mücbir sebepten kaynaklanan bir nedenle mahkemeye sunulamaması durumunda bir aya kadar uzatılabilir (Alman Usûl Kanunu md.520/II). Bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 1617-1618; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 788. Ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s. 346.

⁴⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2237; Özekes, Kanun Yolu, s. 3110; Kuru s. 688; Budak/Karaaslan, s. 344; Meraklı-Yayla, s. 59; İstinaf El Kitabı, s. 48; Çiftçi, s. 790; Namlı, s. 135. Şüphesiz bunun için başvuranın en azından kimliği ve imzasıyla başvuru kararı belli edecek kayıtların bulunması aranmaktadır. Bunlar da eksik ise ön inceleme sonucunda başvuru dilekçesinin reddine karar verilecek ve kamu düzenine ilişkin hususlarda dahi inceleme yapılamayacaktır. Bkz. İstinaf El Kitabı, s. 48.

⁴¹ Bkz. Yarg. 22.HD., E. 2017/30909, K. 2017/7476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.12.2017.

netiminin yapıldığını gösterdiği dolayısıyla başvurunun esastan reddi gerekirken usûlden reddinin hatalı olduğu sonucuna varılmıştır.

Doktrinde konuya ilişkin bir görüş,⁴² istinaf dilekçesinde “*istinaf sebeplerinin ve gerekçesinin hiç gösterilmemiş olması*”nın istinaf başvurusunun ön inceleme aşamasında reddedilmesi için gerekli ve yeterli bir neden olduğu, her ne kadar ilgili kanun maddesinde başvuranın kimliğini, imzasını ve başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları içeren istinaf dilekçesinin reddedilemeyeceği ve kamu düzeni çerçevesinde inceleme yapılacağı belirtilmişse de bu durumun caiz bir istinaf talebi için geçerli olduğu, istinaf sebepleri hiç gösterilmemişse caiz ve kabul edilmeye değer bir istinaf başvurusundan bahsedilemeyeceği, aksi yöndeki kabulün istinaf mahkemelerinin iş yükünün artmasına, yargılamaların uzamasına ve yargıya olan güvenin azalmasına sebebiyet vereceği⁴³ kaldı ki; istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olmasının kanun yoluna başvuran tarafın ilk derece kararına aslında pek de karşı koyamadığını, istinafa yeterince hazırlanmadığını ve istinaf başvurusunun başarı şansının oldukça az olduğunu gösterdiği gerekçeleriyle savunmaktadır. Kanaatimizce her ne kadar anılan görüş temel olarak yargılamanın uzamaması ve iş yükü gerekçesine dayansa ve niteliği belirsiz ve tartışmalı olan kamu düzeni kavramı⁴⁴ bazı durumlarda dosyanın tümünün incelenmesini gerektirse de kanunun lafzı açık olup mevcut düzenleme uyarınca sadece sebep ve gerekçenin gösterilmemiş olması ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun reddi kararı verilmesi için yeterli görülmemelidir.⁴⁵

⁴² Akkaya, s. 251.

⁴³ Bu konuda Namlı, istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemesine rağmen kamu düzeni bakımından inceleme yapılmasının istinaf mahkemesinin iş yükünün artmasına ve yargılamanın uzamasına sebep olacağına katılmakla birlikte usûle ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında salt usûl ekonomisi veya iş yükünün gözetilmemesi bunlar ile yargılamanın temel amacı olan “bireylerin subjektif haklarının gerçeklik temelinde sağlanması” arasında dengenin gözetilmesi gerektiğini, istinaf dilekçesinde istinaf sebebinin gösterilmediği için kararın kamu düzeni bakımından incelemeye tâbi tutulmamasının yargıya duyulan güvenin azalmasına neden olabileceğini ifade etmiştir (Namlı, s. 135).

⁴⁴ Bu konuda bkz. Konuralp, Kamu Düzeni, s. 137 vd.

⁴⁵ Konuya ilişkin olarak doktrinde Özkes, HMK md. 342/3 düzenlemesinin hem istinafın hem de yargılamanın niteliği ile uyumlu olmadığını belirtmiştir. Buna göre söz konusu düzenleme hukuka uygun değildir; olması gereken hukuk açısından uygun olan; istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş ve sebep gösterilmemiş ise istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilmiş ve gerekçe gösterilmiş ise istinaf incelemesinde kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır (Özkes, Pekcanitz Usûl, s. 2238).

Ön inceleme sonunda başvurunun reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde ön inceleme sonunda verilen usûle ilişkin ret kararına⁴⁶ karşı temyiz yolunun açık olması gerektiği aksi hâlde başvuruda bulunan tarafın temyiz hakkından tamamen mahrum kalacağı ve ön inceleme dosya üzerinden yapıldığından tarafın bu aşamada sahip olmadığı hukukî dinlenilme hakkını temyize başvurarak kullanması gerektiği gerekçesi ile savunmaktadır.⁴⁷ Kanaatimizce de esas hakkındaki karara ilişkin olarak temyiz yolunun açık olup olmadığına bakılmaksızın bu kararlara ilişkin temyiz yoluna başvurulması kabul edilmelidir.⁴⁸

Ön incelemede uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmeyip, sadece uyuşmazlığın esası hakkında tahkikat yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı incelenir. Böylece istinaf incelemesinin daha sonraki aşamalarında tespit edilmesi gereken muhtemel eksiklikler önceden tespit edilerek mahkemelerin gereksiz emek ve zaman harcamasının önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki; istinaf mahkemesi ön incelemede gözden kaçırdığı usûlî eksiklikler hakkında istinafın sonraki aşamalarında dahi karar verebilecektir. Örneğin; ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmiş olduğu ön incelemede gözden kaçırılmışsa, tahkikat aşamasında istinaf talebinin reddine karar verilebilir. Bu durum istinaf başvurusunun geçerli olup olmaması ile ilgili bir sorun olup, istinaf mahkemesi tarafından re'sen inceleme aşamasında da dikkate alınmalıdır. Zira ön incelemeye tâbi konular taraf menfaatlerinden ziyade kamu düzeniyle ilgili olduğundan taraflarca talep edilmese dahi istinaf mahkemesi tarafından re'sen incelenecektir.⁴⁹

B. Asıl İnceleme ve Sonucunda Verilebilecek Kararlar

1. Asıl İnceleme ve Özellikleri

Ön inceleme sonucunda koşulların mevcut olduğu tespit edilirse, istinaf başvurusunun esastan incelenmesine geçilir. Esastan incele-

⁴⁶ Bkz. İstinaf El Kitabı, s. 65.

⁴⁷ Akkaya, s. 245; s. 253. Alman Hukuku'nda da aynı yönde bkz. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s. 798; Musielak, s. 336.

⁴⁸ Benzer yönde bkz. Çiftçi, s. 802.

⁴⁹ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 809; Musielak, s. 336; Akkaya, s. 241.

me aslında istinafta yapılan tahkikattır. Burada istinaf başvurusunun haklı olup olmadığı ve yeniden karar verilmesi gerekip gerekmediği incelenir. HMK md. 355 gereğince inceleme kural olarak tarafların ileri sürdükleri istinaf sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Davanın özelliğine göre heyet olarak veya görevlendirilecek naip üye tarafından inceleme yapılır (HMK md. 354/1). İncelemenin ne şekilde yapılacağını ilgili hukuk dairesi belirleyecektir.⁵⁰ Ancak kararlar heyet tarafından alınır.

İstinaf incelemesinde aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü uygulanır (HMK md. 360). Ancak o konuda istinafa ilişkin özel bir düzenleme varsa, öncelikle o düzenleme dikkate alınmalıdır.⁵¹ Örneğin; ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usûlünde dilekçelerin verilmesi (dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi) ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm olmak üzere beş aşama mevcuttur. Oysa istinaf yargılamasında dilekçelerin verilmesi aşaması ilk derecedeki gibi olmayıp sadece istinafa başvuru ve cevap dilekçesi verilmektedir. Yine ön inceleme ve tahkikat aşaması da ilk derecedeki yargılamadan farklıdır. Nitekim istinaf yargılamasında bazı sınırlamalar mevcuttur (HMK md. 357). Bununla birlikte kanunda açıklık olmamakla birlikte duruşmasız karar verilebilen hâllerde sözlü yargılamaya ihtiyaç olmadığı ve dosya üzerinden karar verilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.⁵² Yine doktrinde isabetli olarak istinaf aşamasında duruşma yapılması gereken durumlarda sınırlı da olsa ilk dereceye benzer şekilde yargılama yapılacağından sözlü yargılama aşamasına uygun davranılması gerektiği belirtilmektedir.⁵³ İstinaf

⁵⁰ HMK da ve 5235 sayılı Kanun'da kararın kim tarafından verileceğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak daire başkanlarının görevlerini düzenleyen 5235 sayılı Kanun md. 38/1'deki ifadede bu yönde bir sonuç çıkmaktadır (Özekes, s. 84). Kanun koyucu bu konuda incelemeyi yapacak daireye yetki vermiş ve durumun uygulamanın ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesini istemiştir. Bu düzenlemenin istinaf incelemesinin basit, kolay ve ucuz olması açısından önemi vardır. Özellikle keşif gibi mahkeme binası dışında yapılacak işler bakımından heyet olarak inceleme yapmak yerine yerine üyelerden birisinin görevlendirilmesi daha ucuz ve basittir (İstinaf El Kitabı, s. 48).

⁵¹ Aynı yönde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810.

⁵² Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2241; Özekes, s. 86.

⁵³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 239 vd. Örneğin sözlü yargılama sonunda tahkikatın genişletilmesine de karar verilmesi mümkündür (HMK md. 185-186). Şayet sözlü yargılama yapılmaz ise bu imkân da ortadan kalkmış olacaktır. Oysa istinafın bir amacı da ilk derecedeki eksiklikleri gidermek, gerekir-

incelemesi sonucunda verilecek kararlar da ilk derecedeki kararlardan farklı olacaktır. Her ne kadar istinaf mahkemesinin dava konusu uyuşmazlığın esası hakkındaki kararları, ilk derece mahkemesinin davanın esası hakkındaki kararları gibi olsa da öncelikle istinaf mahkemesinin kararlarının amaç ve şekil bakımından ilk derece kararlarından ayrıldığını belirtmek gerekir. Zira ilk derece mahkemesinin kararı doğrudan uyuşmazlığı çözme amacına yönelik olmasına rağmen, istinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı daha çok ilk derece mahkemesinin hükmünü değiştirme ve düzeltme amacına yöneliktir. İstinaf mahkemesi aynı anda ilk derece kararını kaldırır ve hatalı olan hüküm kısımlarını değiştirir ve yeniden karar verir.⁵⁴ İnceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ile sınırlı olarak yapılır (HMK md. 355). Ancak kamu düzenine aykırılıklar re'sen nazara alınır. Bu sebeple istinaf başvurusunda istinaf sebeplerinin maddi ve hukukî yönden doğru ve tam olarak gösterilmesi önem taşımaktadır.

İstinaf yargılamasında esastan incelemede asıl olan duruşma yapılmasıdır. Kanunda tek tek sayılan istisnalar dışında duruşma yapılması zorunludur (HMK md. 356/1). Bu istisnaların genişletilmesi ve duruşma yapılmaması başlı başına bir temyiz sebebi oluşturacaktır. Zira duruşma yapılması yargılamada sözlülük ve doğrudanlık ilkelere uygulandığı alanlardır. İstisnalar dışında duruşma yapılmaması aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkı ihlali, dolayısıyla âdil yargılanma hakkı ihlali de sayılacaktır. Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hâllerin bir kısmı esasa, bir kısmı da usûle ilişkindir. Ancak esasa ilişkin olup da duruşmasız karar verilecek hâller de şekli nitelikte hususlardır. Bununla birlikte esasa ilişkin duruşma yapılmayacak

se sınırlı da olsa yeniden yargılama yapmaktır . Bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2241.

⁵⁴ İstinaf mahkemelerini temel işlevi ilk derece mahkemesinin kararlarını kontrol edip hatalı kısımlarını değiştirerek yeniden hüküm vermektir. Bu sebeple ilk derece mahkemesindeki vakia tespitleri ile bağlılık mevcuttur (Musielak, s. 330). İstinaf mahkemesi aleyhine kanun yoluna başvuru bir kararla ilgili olarak istinaf talebini kabul etmiş ve yaptığı incelemede ilk derece mahkemesiyle benzer ya da aynı yönde karar vermiş olsa da yani ortaya çıkan sonuç ilk derece kararı ile aynı olsa da mutlaka yeni karar vermek zorundadır (Özkes, Pekcanitez, Usûl, s. 2268). İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.HD, 2017/2180 E., 2017/1428 K., 17.07.2017 tarihli kararında, iştirak nafakası miktarına yönelik davacının istinaf başvurusunun kısmen kabulü, kişisel ilişki düzenlemesi yönünden ise davalının istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile, ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmesine ve yeniden esas hakkında karar verilmesine şeklinde hüküm kurup yeniden karar yazmıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, 21.12.2017).

hâllerden bazılarının sınırlarını sınırını belirlemek oldukça zordur.⁵⁵ Bu konuda titiz davranılmalı, tereddüt hâlinde duruşmalı inceleme yapılması tercih edilmelidir. Nitekim duruşma yapılmadan karar verilebilecek hâller esasında ilk derece mahkemesinin yeniden duruşma yapmasına ihtiyaç duyulmayacak kadar açık hatalı karar verilmesi hâlleridir. Böylece ilk derece mahkemelerinin daha titiz davranmaları sağlanmaya ve kendilerinin yapacakları inceleme ve verecekleri kararları âdeta istinaf mahkemelerinin üzerine yıkmalarının önüne geçilmeye çalışılmaktadır.⁵⁶

a. İstinaf Mahkemesinin Duruşma Yapmadan İnceleyebileceği Usûle İlişkin Hâllerde Vereceği Kararlar

Duruşma yapılmadan incelenebilecek usûle ilişkin hâller⁵⁷ (HMK md. 353/1a);⁵⁸ davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması, ileri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması,

⁵⁵ HMK md. 353 düzenlemesinde esasa ilişkin duruşmasız karar verilecek hâllerde, “anlaşıldığı takdirde” (md. 353/1-b-1), “ihtiyaç duyulmadığı takdirde” (md.353/1-b-2) ve “tamamlanacak nitelikte ise” (md.353/1-b-3) gibi mahkemenin değerlendirmesi ve takdirine açık ifadeler yer almaktadır. Buna göre esasa ilişkin duruşmasız karar verilebilecek hâllerde, duruşma yapılıp yapılamayacağı konusunda istinaf mahkemesinin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu görülmektedir. Bkz. Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2261.

⁵⁶ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2255; Özekes, s. 88-89; Kuru, s. 689, dipn.133. Alman Hukukunda da kural duruşma yapılması olup, Alman Usûl Kanunu md.522/II ile duruşma yapılmadan bir karar ile sonlandırılabilir hâller belirtilmiştir. Bkz. Musielak, s. 342; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 800.

⁵⁷ HMK md. 353/1a-3’de yer alan “veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması” yönündeki ibare ile bendin (5) numaralı alt bendinde yer alan “merci tayinine” ibaresi 20.07.2017 tarihli, 7035 sayılı Kanun md. 29 uyarınca metinden çıkartılmıştır.

⁵⁸ Duruşma yapılmadan karar verebilecek hâller ön inceleme aşaması sona erdikten sonra ele alınır. Zira bu usûlî hatalar ve eksiklikler ilk derece yargılaması sırasında gerçekleşen ve yargılamayı önemli derecede etkileyen ağır yargılama hatalarıdır. Ön incelemede ele alınan konulardan farklı olarak bunlar istinaf incelemesinin yapılabilmesi için aranan koşullar değildir, usûle ilişkin istinaf incelemesinin konusunu oluşturan yargılama hatalarıdır. Ön inceleme aşamasında ele alınan konular en erken istinaf başvurusu ile tespit edilebilen ve istinafın geçerliliğine, bir anlamda istinafın iç işleyişine ilişkin sorunlar olmasına rağmen HMK md.353/1a düzenlemesindeki hususlar ilk derece mahkemesinde davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkabilecek usûl hatalarıdır (Akkaya, s. 244).

diğer dava şartlarına aykırılık bulunması, mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmiş olması, mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Bu durumlarda istinaf mahkemesinin dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkün hâle getirilmiş ve duruşma yapılması nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel gecikmeler önlenmek istenmiştir.⁵⁹

Söz konusu hâllerde istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve davanın yeniden görüşülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar verilir. Başka bir ifade ile dosya duruma göre istinaf mahkemesi tarafından kararı veren ilk derece mahkemesine, kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine veya görevli ve yetkili mahkemeye gönderilecek olup dosya kendisine gönderilen mahkemede davanın yeniden görülmesi gerekecektir.

İstinaf mahkemesinin kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine dosyayı göndermesi hâli davaya bakması yasak olan hâkim tarafından karar verilmesi durumunda gündeme gelebilecektir. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırılacaktır, ama o yerde aynı yetkiye sahip başka bir hâkim yoksa istinaf mahkemesi dosyayı kendi yargı çevresindeki başka bir ilk derece mahkemesine gönderecektir.⁶⁰

Bundan başka görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından karar verilmişse istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak doğru görevli veya yetkili mahkemeyi kararında belirtip dosyayı

⁵⁹ Bu hâller ilk derece mahkemesinin usûle ilişkin hataları ve usûli bazı kararları olup, aynı zamanda mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirilebilir. Ancak usûle ilişkin istinaf sebepleri bunlarla sınırlı olmayıp her türlü usûl kuralına aykırılık istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir (Akkaya, s. 305; Namı, s. 133). Doktrinde HMK md. 353'de belirtilmeyen usûle aykırılıklar hakkında istinaf mahkemesinin nasıl bir karar vermesi gerektiğinin kanunda açık olmadığı, örneğin; uygulamada ilk derece mahkemesince verilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması hâlinde de yeni bir dosya numarası verilir taraflar dinlendikten sonra ön inceleme aşamasında dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verildiğinin görüldüğü belirtilmiştir. Bkz. Budak/Karaaslan, s. 345.

⁶⁰ Akkaya, s. 329; Budak/Karaaslan, s. 350-351.

ilk derece mahkemesinden başka bir yer mahkemesine yani görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi gereksiz gider ve zaman kaybı olmaması sebepleriyle düşünülebilir.⁶¹ Ancak doktrininde ⁶² görevsiz veya yetkisiz bir mahkeme tarafından karar verildiği durumlarda dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesinden başka bir yer mahkemesine gönderilmesi düşünülebilirse de her hâlükârda kanun yolundan sonra dosyanın karar veren mahkemeye gönderilmek, oradan ancak tarafın başvurusu ile doğru mahkemeye intikal ettirilmesi söz konusu olduğundan, HMK md.20 düzenlemesi karşısında bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Konuya ilişkin bir diğer görüş⁶³ istinaf mahkemesinin ilk derece kararını kaldırarak doğru görevli veya yetkili mahkemeyi kararında belirtip, HMK md.20 düzenlemesi uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde başvurulması hâlinde dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderme kararı vermesi yönündedir. Bu hususta istinaf mahkemelerinin farklı uygulamalarının mevcut olduğu görülmektedir. Kanaatimizce HMK md.353/1a'da istinaf mahkemesinin dosyayı görevli ve yetkili mahkemeye göndermesine ilişkin açık düzenleme yer aldığından ve aynı zamanda usûl ekonomisi ilkesi uyarınca dosyanın istinaf mah-

⁶¹ Nitekim İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17.HD, E.2016/54, K. 2016/69 sayılı, 30.12.2016 tarihli karar ile HMK md. 353/1-a düzenlemesinde esasa girilmeden yapılan değerlendirmede verilecek karar ile ilgili özel usûl kurulları ve verilecek kararın ne şekilde olacağına öngörülmüş olduğu, açıkça bu şekildeki kararlarda mahkemeye gönderme kararı verilmesi gerektiği, md. 353/1a gereğince kaldırılan kararlardan sonra istinaf mahkemeleri tarafından ayrıca teknik anlamda görevsizlik kararı verileceği ve yine HMK md. 20 gereğince işlemler yapılacağı düzenlemesine yer verilmediği, adaletin çabukluğu, usûl ekonomisi ve ayrıca görevsizlik kararı verilen mahkemenin görevinin Yargıtay kararı ile kesinleşmiş olduğu gerekçeleri ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.12.2017). Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD., E.2017/163; K. 2017/142 sayılı; 08.03.2017 tarihli kararında, dosyanın görevli ve yetkili Edirne Tüketici mahkemesine gönderilmesine ya da o yerde tüketici mahkemesi bulunmuyorsa davaya bu sıfatla bakılmaya devam edilmesine karar verilerek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine ilişkin kesin olarak karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 23.12.2017). Ayrıca bu yönde bkz. Akkaya, s.330.

⁶² Özekes, Pekcanitez, Usûl, s. 2272. Aynı yönde Budak/Karaaslan, s. 352-353.

⁶³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD, E. 2017/1804; K.2017/2088 sayılı 17.10.2017 tarihli kararında, Bakırköy İş Mahkemesinin yetkili olduğunun tespitine, HMK md. 20/1 uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren 2 haftalık kanuni süre içerisinde başvurulması halinde dosyanın görevli ve yetkili Bakırköy İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.12.2017).

kemesi tarafından görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi daha uygun gözükmektedir.

İstinaf mahkemesinin duruşma yapmadan usûle ilişkin karar verebileceği hâller içerisinde yer alan tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması (HMK md.353/1-a-6) durumunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Özellikle ilk derece mahkemesinin delilleri incelememesi ve değerlendirmemesi hâlinde kural olarak istinaf mahkemesi duruşma yaparak ilk derece mahkemesinin kararını değerlendirmelidir. Ancak burada vurgulanan husus, ilk derece mahkemesinin “hiçbir” delil toplamaması ya da delilleri toplamasına rağmen “hiç” değerlendirmemesidir. Şayet ilk derece mahkemesi yetersiz de olsa delil toplamış ya da topladığı delilleri yüzeysel veya yetersiz de olsa gerekçesinde değerlendirmiş ise yine istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemelidir, tahkikatı tamamlamalıdır. Çünkü kanun koyucu “hiç” ifadesi ile ilk derece mahkemesinin yapmadığı işi istinaf mahkemesine yüklemek ve ilk derece mahkemesinin ihmali-ni göz ardı etmek istememiştir. Burada ilk derece mahkemesi görevini “hiç” yapmamış olacağından aslında istinaf incelemesine esas olacak bir yargılamadan da söz edilmesi mümkün olmayacaktır.⁶⁴ Eğer deliller toplanmamışsa dosya içeriğinden, deliller toplanmakla birlikte dikkate alınıp değerlendirilmemişse gerekçeden anlaşılacaktır. Bu durumda istinaf mahkemesi yanlışlığın ne olduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp ya delilleri toplaması ya da toplanan delilleri değerlendirmesi için dosyayı karar veren ilk derece mahkemesine geri gönderecektir.⁶⁵ Buna göre ilk derece mahkemesi kararında delil değerlendirmesine ilişkin “hiç” gerekçenin yer almaması halinde de ortada gerçek bir ilk derece yargılaması bulunmadığından ya da başka bir deyişle; denetime elverişli bir ilk derece mahkemesi kararından söz edilemeyeceğinden dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekecektir.⁶⁶ Ancak uygulamada istinaf mahkemelerinin delillerin

⁶⁴ Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2259; Özekes, s. 90.

⁶⁵ Dolayısıyla istinafla birlikte artık “dosya münderecatına, mevcut delillerin durumuna göre” şeklinde uygulamada yerleşmiş klişe formül gerekçelerle karar verilmesi hâlinde istinaf mahkemesi dosyayı esasına girmeden ilk derece mahkemesine geri gönderecektir (İstinaf El Kitabı, s. 67).

⁶⁶ Bu hususta doktrinde, söz konusu hükmün amacı dikkate alındığında ilk derece mahkemesindeki tahkikatın çok yetersiz şekilde yapılmış olması durumunda da (örneğin; taraflar arasında uyuşmazlık bulunan bir boşanma davasında sadece

yeterince toplanmamış olması gerekçesi ile ilk derece mahkemesine gönderme kararı verdiği, kanunda yer alan “hiç”, “hiçbir” ifadelerini yorum yoluyla genişlettiği görülmektedir.⁶⁷Oysaki kanaatimizce de-

nüfus kaydının getirilmesiyle yetinilmiş olması hali) bu hükmün uygulama alanı bulması gerektiği, zira “delillerin hiçbirinin toplanmaması” ve “gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi” konusunda bir örneğe uygulamada tesadüf edilmesinin çok zor olduğu, çok yetersiz bir tahkikat ile tahkikatın hiç yapılmaması olması arasında sonuçları bakımından bir fark olmadığı, her iki hâlde de gerçek anlamıyla tahkikatın ilk olarak istinaf incelemesinde yapılacağı, tarafların hak arama hürriyetini iki dereceli yargılamadan yararlanarak kullanmak imkânından yoksun kalacakları ifade edilmiştir (Budak/Karaaslan, s. 356-357).

⁶⁷ Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin E. 2016/6; K.2016/6 sayılı, 07.12.2016 tarihli kararında, dosya içerisinde bulunan tüm bilgi ve belgeler, doktor raporları, hastane evrakları, keşif, bilirkişi raporları, Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturma dosyası birlikte değerlendirildiğinde mahkemece bir kısım delillerin hiç toplanmadığı, gerekçelendirilmediği gibi raporlar arasındaki çelişkilerin de giderilmediği ve taraf teşkilinin sağlanmadığı, buna mukabil eksik inceleme ile hüküm kurulduğu anlaşıldığından, mahkeme esasa etkili delilleri toplamadan ve topladığı delillerden hangisine üstünlük tanıdığını gerekçeli kararında tartışmadan, tarafların her bir talebi yönünden ayrı ayrı hüküm kurmadan, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı kamu düzenini ilgilendiren davada taraf teşkili sağlanmadan karar vermiş olduğundan HMK md.353/1a-6 düzenlemesinin burada uygulanacağı gerekçesi ile gönderme kararı vermiştir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 34. HD. E.2017/281; K.2017/319 sayılı 29.03.2017 tarihli kararında, davanın niteliğine göre kamu düzenine ilişkin bu davada dinlenen komşu işyeri tanıklarının (aynı duraktaki başka kişilere ait araç şoförleri) tanıklık yaptıkları dönemde gerçekten komşu (aynı durakta aynı tarihlerde çalışan araç şoförü) olup olmadıkları, trafik sicil kayıtları, araç ruhsatları, Kocaeli Büyükşehir Şehir Belediyesi -Ulaşım Hizmetleri Daire Başkanlığı, Kocaeli İl Emniyet Müdürlüğü, Kocaeli 13 nolu Münübüsçüler Kooperatifi ile Şoförler Odası kayıtlarına da bakılarak değerlendirilmek üzere mahkemece re'sen toplanması gereken deliller toplanmadan ve değerlendirilmeden re'sen toplanması gereken ve davanın esasına etkili deliller toplanılmaksızın hüküm kurulması nedeniyle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK 353/1-a-4 ve HMK 353/1-a-6 maddesine aykırı bulunmakla, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılıp esasla ilgili hüküm kurulması için dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. HD.; E.2017/203; K. 2017/370 sayılı 16.03.2017 tarihli kararında, davalının esasa etkili olan ve celbini istediği delillerinin toplanmadığı, davalı tarafından müvekkili nezdinde çalışmadığı iddia edilen dönemin denetiminin yapılması için davacının hizmet cetveli ve hizmet cetvelinde yer alan işyeri dosya örneklerinin celbi ile gerektiğinde celp edilen hizmet cetveli de değerlendirilmek suretiyle bilirkişiden ek rapor aldırılması bakımından HMK md.353/1a-6 gereğince karar kaldırılarak dosyanın geri çevrilmesine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.12.2017). Buna karşılık İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 24. HD.; E.2017/785; K.2017/615 sayılı 13.04.2017 tarihli kararında, mahkemece ön inceleme aşamasında, davalı tarafın delilleri toplanmadan ve bildirmiş olduğu ayrıca dinlenilmesini talep ettiği tanıkları dinlenilmeden HMK md.27 düzenlemesine muhalefet edilerek karar verildiği, davalı tarafın hukukî dinlenilme hak-

lillerin yeterince toplanmaması durumunda tahkikat aşamasında bu eksikliği tamamlamak yönünde faaliyette bulunmak⁶⁸ yalnızca denetim değil aynı zamanda hüküm mahkemeleri olarak faaliyet gösteren istinaf mahkemelerinin görevidir.

İlk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırıldığında dosya kendisine gelen ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin verdiği bu karar ile bağlıdır. Anılan usûli ihlallerin varlığı hâlinde istinaf mahkemesi esas hakkında incelemeye geçememektedir. O hâlde istinaf mahkemesi HMK md. 353/1a hükmünde mevcut olan bir ihlâli tespit etmiş ve bu tespitten sonra kararı kaldırmış ise dosyayı uygun gördüğü ilk derece mahkemesine göndermekle yetinir, başka bir müdahalede bulunamaz. Artık bu durumda istinaf mahkemesi bir inceleme yapmakta, ancak esasa girmemekte ve kendisi işin esası hakkında bir karar vermemektedir.⁶⁹ Söz konusu gönderme kararı usûle ilişkin nihaî bir karardır. Bu karar ilk derece mahkemesini kararını bağlar, dolayısıyla ilk derece mahkemesi bu gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorundadır ve bu gönderme kararı tek başına temyiz edilmez.⁷⁰

kının ihlal edildiği, tarafların tanık deliline dayanmış olduğuna göre, mahkemece tanıklarının isimlerini bildirmeleri için taraflara usûlüne uygun süre verilmesi, uyulmaması halinde ise kesin süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği ve tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan karar verilmiş olması nedeniyle HMK md.353/1a-6 düzenlemesine dayanarak kanaatimizce yerinde olarak gönderme kararı vermiştir (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 24.12.2017).

⁶⁸ Örneğin; bilirkişi raporu yetersiz ve çelişkili ise bu eksiklik istinaf mahkemesinde tamamlattırılmalıdır ya da ilk derece mahkemesinde dilekçede tanık deliline dayanılıp, isimleri belirtildiği hâlde tanıkların hepsi dinlenmeden karar verilmişse istinaf mahkemesi eksik kalan tanıkların dinlenmesine karar vermelidir. Aksi durum yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

⁶⁹ Çiftçi, s. 656.

⁷⁰ Özeker, Pekcanitez Usûl, s. 2273; Kuru, s. 691; Akkaya, s. 331. Burada yazar kanaatimizce de yerinde olarak bir ayırım yapmış ve istinaf mahkemesinin esas bakımından temyize tâbi olmayan kararları söz konusu ise HUMK md.423/M1 (şimdi HMK md. 353/1a) kapsamında verilen gönderme kararlarının davanın esası anlamında değil ve fakat söz konusu usûli eksiklikler bakımından dar ve teknik anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini, buna karşılık esas hüküm bakımından temyiz yolu açık bir dava veya iş hakkında karar verilmişse burada "kesinlik" kavramının kararın teknik ve şekli olarak kesinleşmesi şeklinde değil, gönderme kararının ilk derece kararını bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu gönderme kararı çerçevesinde işlem yapmak zorunda olması gereği ve bu gönderme kararının tek başına temyiz edilemeyecek olması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (Akkaya, s. 331).

Görülmektedir ki; kanun koyucu yargılamaya ilişkin temel usûl hataları ile hükmü etkileyen önemli usûl hatalarının varlığı durumunda ilk derecede yapılması gereken işlemlerin çoğunun istinaf mahkemelerinde yapılması zorunda kalınabileceği gerekçesi ile gönderme kararı verilmesi yönünde tercihte bulunmuştur. Bu tercihin temelinde yatan esas, istinafin uygulandığı bazı ülkelerde görülen ilk derece hâkimlerinin “nasıl olsa istinafta bu konuda çözülecek, istinafta bu konuda karar verilecek” şeklinde bir düşünceye kapılarak daha rahat, daha az sorumlu kararlar vermelerinin önlenerek ilk derece mahkemelerinin güçlendirmek arzusudur.⁷¹

Kanaatimizce istinaf mahkemeleri yalnızca söz konusu sebeplerle sınırlı olarak ve bu sebepleri de dar bir şekilde yorumlayarak gönderme kararı vermelidirler.⁷² Nitekim Alman Hukuku’nda da istisnai durumlarla sınırlı olmak üzere istinaf mahkemesinin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderme yönünde karar vereceği düzenlenmiştir (Alman Usûl Kanunu, md.538). Burada önemli nokta, yargılamayı etkileyen ancak işin esasına ilişkin olmayan usûl hatalarının varlığı durumudur. Alman doktrinde gönderme kararı verilmesini gerektiren hâllerin özellikle esasa ilişkin karar verilmesini engelleyecek derecede usûl hukukuna ilişkin ağır yargılama hatalarının varlığı olması gerektiğine dikkat çekilerek örneğin; ilk derece mahkemesinin ispat yükünü yanlış değerlendirmiş olması durumunda gönderme kararı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine doktrinde gönderme kararı verilmesi istinaf mahkemesinin takdirine bırakıldığından (Alman Usûl Kanunu md.538/1) gönderme kararı verilirken gerekçelendirmenin dikkatli ve titiz yapılması gerektiği, zira Temyiz Mahkemesi tarafından bu kararın hukuka uygunluğunun denetleneceği belirtilmiştir.⁷³

HMK md. 353/1a ile düzenlenen gönderme kararının verilmesini gerektiren durumlar çok temel usûl hataları olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili maddede altı bent olarak sayılan bu hususların tümünün ortak özelliği bu hatalar sonucunda gerçek bir ilk derece yargılamasının yapılmaması olarak belirtilebilir. İstinaf mahkemesi gönderme kararı verirken sadece denetim görevini yerine getirmektedir. Bu hâllerde ilk derece yargılamasında gerçek bir yargılama mevcut değildir. Zira bir

⁷¹ Pekcanitez, s. 224.

⁷² Bkz. Yılmaz, s. 80; Namlı, s. 142.

⁷³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 813, 815.

davanın esasına girilmesi ve incelenmesi için ilk derece yargılamasını hükümsüz kılan ve tarafların temel yargısal haklarını ihlâl eden usûl hataları mevcuttur ya da usûlden bakılması gereken bir davaya bakılmamış veya ilk derece mahkemesinde davanın esası hakkında doğru bir kararın oluşmasına yetecek derecede inceleme yapılmasını engelleyen asgarî bir inceleme yapılmamıştır.⁷⁴

Gönderme kararı dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlayacağından ilk derece mahkemesi bu çerçevede işlem yapmak durumundadır. Örneğin; istinaf mahkemesi davaların birleştirilmesi kararını usûle aykırı bulduğu için kaldırır ve gönderme kararı verirse ilk derece mahkemesi davaların ayrılmasına karar vermelidir. Taraf, dava ehliyeti ya da dava takip yetkisi bulunmadığı için ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse ilk derece mahkemesi dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir. Yine istinaf mahkemesi tarafından delillerin hiç toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması sebebiyle gönderme kararı verirse ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin gönderme kararında işaret edildiği şekilde delilleri toplamalı ve değerlendirmelidir. Bununla birlikte istinaf mahkemesinin kararı ilk derece hâkimini delilleri nasıl değerlendirmesi gerektiği konusunda bağlamayacaktır.⁷⁵ İstinaf mahkemesi gönderme kararı verdiğinde dosya kendisine gönderilen mahkeme istinaf mahkemesinin belirttiği şekilde eksikliği tamamlayıp yeni bir karar verecektir. İlk derece mahkemesinin gönderme kararı çerçevesinde verdiği bu karar da istinafa ve şartları varsa temyize tâbi olacaktır.⁷⁶

b. İstinaf Mahkemesinin Duruşma Yapmadan İnceleyebileceği Esasa İlişkin Hâllerde Vereceği Kararlar

Duruşma yapılmadan davanın esası ile ilgili olarak karar verilebilecek hâller (HMK md. 353/I b), incelenen mahkeme kararının usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde istinaf başvurunun esastan reddi kararı, yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı taktirde veya kararın gerekçe-

⁷⁴ Pekcanitez, Usûl, s. 2271-2272.

⁷⁵ Akkaya, s. 333-334.

⁷⁶ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2273.

sinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi ve yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı taktirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesidir.

O hâlde ilk olarak istinaf mahkemesi incelenen mahkeme kararının usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğunu dosya üzerinden tespit edebilirse duruşma yapmadan istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebilecektir. Buna göre ilk derece mahkemesi kararında hiçbir eksiklik ve yanlışlık olmadığı duruşma yapmaya ihtiyaç duymadan anlaşılabilir niteliktedir. Bu kararın verilmesi duruşma yapılmadan talebin reddi istinaf talebinde ileri sürülen sebeplerin haklı görülmemesi ve kamu düzenine aykırılık oluşturan istinaf sebeplerinin bulunmaması hâlinde söz konusu olur.⁷⁷ Kanunda açıklık olmamakla beraber istinaf mahkemesi kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varmak için duruşma yapma ve tahkikatı tamamlama ihtiyacı duyarsa duruşma yapmaktan kaçınmamalıdır.⁷⁸

Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı veya kararın gerekçesinde hata edildiği hâllerde istinaf mahkemesi duruşma yapmadan düzelterek yeniden esas hakkında karar verebilecektir. Anılan hâllerde ilk derece mahkemesinde yargılama tam olarak yapılmış, maddi vakıalar tam olarak değerlendirilmiştir, ancak hukukî değerlendirmede hata söz konusu olup bu hata da yeni bir araştırma ve inceleme gerektirmeden mevcut dosya durumuna göre değerlendirilerek düzeltilebilecek niteliktedir. Buradaki “*kanunun olaya uygulanmasındaki hata*”yı; “*hukukun olaya uygulanmasında hata*” şeklinde geniş yorumlamak gerekir. Örneğin, ilk derece mahkemesi tüm delilleri toplamış, iddia ve savunmaları değerlendirmiş, ancak hukukî nitelendirmede hata yapmış olabilir. Hukukî nitelendirmenin doğru yapılması hâlinde de yeni bir yargılama yapılmadan mevcut dosya üzerinden karar verilebiliyorsa, duruşma açılmadan bu hata giderilebilir ve istinaf incelemesinde işin esası hakkında yeni bir karar verilebilir. Bu gibi durumlarda istinaf mahkemesinin verdiği karar ilk derece mahkemesinin kararına göre tamamen yeni bir karar değildir;

⁷⁷ Özokes, Pekcanitez Usûl, s. 2260; İstinaf El Kitabı, s. 52; Özokes, s. 92.

⁷⁸ Kuru, s. 692; Akkaya, s. 306; İstinaf El Kitabı, s. 52.

ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmiş hâlidir.⁷⁹ Örneğin; harca tâbi davada harç alınmadan karar verilmesi, faiz oranının yanlış uygulanması, vekâlet ücretinin eksik hükmedilmesi, yargılama giderinin yanlış hükmedilmesi durumları böyledir. Ayrıca yargılama usûlüne uygun yürütülmüş ve isabetli bir karar verilmiş olmakla birlikte gösterilmiş olan gerekçe hatalı ise aynı şekilde sadece dosya üzerinden gerekçe düzeltilecektir. Böyle bir durumda ilk derece mahkemesi kararı muhafaza edilecek, ancak gerekçedeki eksiklik veya yanlışlık istinaf mahkemesince duruşmasız giderilecektir.

Son olarak yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra istinaf mahkemesi duruşma yapmadan yeniden esas hakkında karar verebilecektir. Bu durumlarda ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada eksiklikler mevcuttur. Ancak bu eksiklikler duruşma yapılmasını gerektirecek ölçüde ağır değildir. Dosyada bulunan bir belgenin gözden kaçırılmış ya da resmi bir daireden istenecek belgenin istenmemiş olması örnek olarak verilebilir. Eksiklik sadece bu belgenin getirilmesi ve tamamlanmasıyla giderilebilecek nitelikte ise duruşma açmaya gerek olmadan karar verilebilir. Örneğin; ilk derece mahkemesi dava konusu olaya karışan aracın trafik kaydını celp etmeden karar vermişse istinaf mahkemesi aracın trafik kaydını ilgili trafik tescil müdürlüğünden talep ederek esas hakkında karar verebilir. Ancak eksik belgenin yargılamaya etkisini tespit bakımından dikkatli olunmalıdır. Zira bu belgenin gelmesinden sonra duruşma yapma ihtiyacı ortaya çıkarsa duruşma yapılarak karar verilmelidir. Yine tarafların dinlenmesi, görüşlerinin alınması zorunluysa duruşma yapılmalıdır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda yapılan inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararı yanlış bulunursa istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esas hakkında yeniden karar verecektir.⁸⁰

Duruşmasız inceleme yapılabilecek hâller dışında ön inceleme aşamasında eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa kural olarak istinaf mahkemesi duruşmalı olarak esas incelemeye geçer. İstinaf yargılamasında ilk derece yargılamasından farklı olarak duruşmaya gelmezse

⁷⁹ Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2260; Özekes, s. 92; Kuru, s. 692. Karş. Akkaya, s. 306.

⁸⁰ Özekes, s. 92-93; İstinaf El Kitabı, s. 53; Akkaya, s. 307.

dosyanın işlem den kaldırılması hükümleri işletilmez. Duruma göre ya doğrudan dosya üzerinden mevcut duruma göre karar verilir ya da başvuru reddedilir. Duruşma yapılması gereken durumlarda duruşma günü taraflara tebliğ edilmelidir (HMK md. 356/1, c.2). Taraflara çıkartılacak davetiyede duruşmada bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği ayrıca istinafa başvuran tarafa, tahkikatla ilgili istinaf mahkemesi tarafından belirlenecek gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması açıkça bildirilir (HMK md. 358/1). İstinafa başvuranın kabul edilebilir bir mazeret sunması hâlinde, yeni bir duruşma günü belirlenerek taraflara bildirilir (HMK md. 358/2). Başvuranın mazeretsiz olarak duruşmalara katılmaması ya da belirlenen gideri avans olarak yatırmaması hâlinde, duruşma yapılmaksızın dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Şayet duruşma ve belirlenen tahkikat işlemleri yapılmadan, dosya üzerinden karar verilemiyorsa, başvuru reddedilir (HMK md.358/3).

Bu hâlde verilecek olan başvurunun reddi kararı ne ön inceleme aşamasındaki istinafa ilişkin geçerlilik şartlarının bulunmaması nedeniyle istinaf başvurusunun reddi kararı ne usûle ilişkin aykırılıklar nedeniyle verilen gönderme kararına ne de ne de ilk derece mahkemesi kararının incelenmesi sonucunda ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğunun tespiti üzerine verilen ret kararına benzemektedir. İlgili madde uyarınca verilen ret kararı esas hakkındaki istinaf incelemesinin yürütülebilmesi ile ilgilidir. Yani istinaf mahkemesinin tahkikatı yürütememesi sebebi ile verdiği karardır. Örneğin, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararı ile ilgili yapmış olduğu incelemede ilk derecede yapılan bilirkişi incelemesini yetersiz bulmuş veya karar bilirkişi incelemesi yapılmaksızın verilmiş olabilir. Bu durumda istinaf mahkemesi bilirkişi incelemesi yaptırmak isteyebilir. İstinafa başvuran taraf kendisine gönderilen davetiyeye rağmen duruşmalara katılmaz veya gereken avansı yatırmaz ve istinaf mahkemesi de bilirkişi incelemesi yapılmaksızın bir karar verebilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa tahkikatını yürütmesi mümkün olamayacağından istinaf başvurusunu reddeder. Ancak bu durumda dahi öncelikle dosyanın mevcut durumuna göre karar verebilme imkânlarının araştırılması gerekir.⁸¹

⁸¹ Bkz. Çiftçi, s. 838-839.

2. Asıl İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemesinde yargılama yürütülürken ara kararlar ile esasa veya usûle ilişkin nihaî karar⁸² verilebilir.⁸³ İstinaf mahkemesi kararları bazı yönlerden ilk derece mahkemesi kararlarına benzemekle birlikte istinaf mahkemesi tarafından verilen nihaî kararlarda özellikle yapılan incelemenin kanun yolu niteliği taşıdığına dikkat edilmelidir. Nitekim ilk derece mahkemesi kararı görünüm itibarıyla tek bir parçadan oluşur. Buna karşılık istinaf mahkemesi kararı iki parçalı olabilmekte, aynı anda hem ilk derece kararını kaldırabilir hem de hatalı olan hüküm kısımlarını değiştirebilmektedir.⁸⁴

İstinaf mahkemesinin vereceği kararın niteliği ve şekli çok açık şekilde kanunda yer almamıştır. Ancak HMK md.359'da kararın hangi hususları içereceği öngörülmüş olup,⁸⁵ HMK md.360'ın genel atfı sebebiyle "*Hüküm, hükmün verilmesi ve tefhimi*" başlığı ile düzenlenen HMK md. 294 hükmü bu hususta kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Buna göre istinaf mahkemesi iddia ve savunmaları dinledikten sonra yargılamanın bittiğini bildirerek kararını tefhim edecektir. Karar tefhimi en az hüküm sonucunun tutanağa geçirilerek okunması suretiyle olur. Sadece hüküm sonucunun tefhimi hâlinde gerekçeli karar bir ay içinde yazılmalıdır (HMK md. 294/4).⁸⁶

Hüküm fıkrasının tefhimi ile yetinilen durumlarda ilk derece mahkemelerinde ortaya çıkan bir sorun olan hüküm sonucu ile gerekçeli kararın farklı olmaması hususuna burada da dikkat edilmelidir. Bu ne-

⁸² Nitekim HMK md. 361/1'de: "Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihaî kararlar" ifadesi kullanılmıştır.

⁸³ İstinaf El Kitabı, s. 602. Örneğin, İstinaf mahkemesinin mahkeme kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bularak istinaf başvurusunu reddetmesi nihaî karar niteliğindedir. İstinaf mahkemesi bu kararı ile incelemeye devam etmeyip yargılamadan elini çeker. Buna karşılık istinaf mahkemesinin ön inceleme sonunda başvuru koşullarında eksiklik bulunmayan dosyayı incelemeye alması ise bir ara karardır. İstinaf mahkemesi bu karardan sonra yargılamaya devam eder ve tahkikat aşamasına geçer (Akkaya, s. 315).

⁸⁴ Akkaya, s. 314-315.

⁸⁵ HMK md.359/3'de temyizi kâbil olmayan kararların ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kâbil olan kararların ise istinaf mahkemeleri tarafından tebliğe çıkarılacağı düzenlenmiştir.

⁸⁶ İstinaf mahkemesi toplu mahkeme olduğundan kararlar gizli olarak müzakere edilir ve alenî olarak açıklanır (HMK md. 295/1). Karar heyet olarak (HMK md.295/2, md.296), oy birliği veya oy çokluğu ile verilir (HMK md.296/2). İşlemlerin yapılması ve dosyanın incelenmesi için naip üyeye bırakılsa dahi kararın birlikte müzakere edilip birlikte verilmesi gerekir (HMK md.295/2, md. 296).

denle gerekçeli karar daha sonra yazılırken kısa karara uygun olarak yazılmalıdır. Bunun yanı sıra gerekçelerde formül, matbu veya görünüşte gerekçeler yazılmamalı; açık, somut, tam gerekçelere yer verilerek ilk derece mahkemesi kararı değerlendirilmeli ve kararın hukukî dayanakları gösterilmelidir. Böylelikle içtihat oluşumuna katkı sağlanmalı, üst mahkeme niteliğine uygun davranılmalıdır. Gerekçenin hem yargılamanın taraflarına hem de kararı veren önceki yargı organına cevap verecek nitelikte olması, kanun yoluna başvuran tarafları haklı ya da haksız oldukları konusunda tatmin etmesi gerekir.⁸⁷

İstinaf mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvuru süresi tebliğ tarihinden itibaren başladığından (HMK md. 361) kararın tebliği gereklidir. Tebligat için taraflar bu konudaki giderleri yatırmalıdır.

İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararların içeriği ve dikkat edilmesi gereken noktalara ilişkin bu genel değerlendirmemizden sonra istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek karar türlerini; istinaf başvurusunun haksız olması ve başvurunun reddi, istinaf başvurusunun haklı olması ve başvurunun kabulü şeklinde belirtmek mümkündür.⁸⁸

a. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması ve Başvurunun Reddi

Buna göre istinaf başvurusunun haksız olması ve reddi; ön inceleme aşamasından sonra yapılan asıl incelemede ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden doğru bulunması, yani vakıa tespitleri ve hukuka uygunluk açısından ilk derece mahkemesi kararının teyit edilmesi, hukuka uygun bulunmasıdır.⁸⁹ Ancak vurgulamak gerekir ki; burada istinaf mahkemesi tarafından verilecek karara onama kararı denilmesi teknik olarak doğru değildir. Bununla birlikte burada kanundaki ifade ile (HMK md. 353/1,b) “başvurunun esastan reddine” karar verilir.⁹⁰ Söz konusu “esastan red” ifadesi ile anlaşılması gereken

⁸⁷ Bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2265; Özkes, s. 102; İstinaf El Kitabı, s. 62-63.

⁸⁸ Bkz. Konuralp, s. 39; Özkes, Pekcanitez, Usûl, s.2269 vd.; s. 891 vd.; Kuru, s. 697-698; Özkes, s. 103 vd; Özkes, Kanun Yolu, s. 3114.

⁸⁹ Aynı yönde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 810.

⁹⁰ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1.HD, E.2017/905; K.2017/909 sayılı 15.09.2017 tarihinde verdiği karar ile, Ankara 6. Aile Mahkemesi'nin 20/02/2017 tarih 2015/171 E. 2017/186 K. sayılı kararı usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulunduğundan davalı vekilinin istinaf başvurusunun HMK md.353/1-b-1 bendi gereğince esastan reddine karar vermiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD, E. 2017/1233; K.2017/993

istinaf başvurusuna ilişkin şekli hususlarda bir eksiklik bulunmadığından işin esasına girilip istinaf sebepleri incelenip ilk derece mahkemesi kararında usûl veya esas yönünden hukuka aykırılık bulunmaması olmalıdır.⁹¹ Ayrıca istinaf başvurusu başvuru kötü niyetle yapılmışsa, HMK md. 329 düzenlemesindeki para cezasına ve yargılama giderlerine, özellikle arttırılmış vekâlet ücretine ilişkin karar verilir (HMK md.351).

İstinaf başvurusunun reddi hâlinde ilk derece mahkemesi kararı doğru bulunmakla birlikte karar henüz kesinleşmiş olmamaktadır. Nitekim temyiz yolu açık ise temyiz süresinin geçmesini veya Yargıtay'ın bu konuda onama kararı vermesini beklemek gerekir.

b. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması ve Başvurunun Kabulü

İstinaf başvurusunun haklı olması ve kabulü hâlinde ise ilk derece mahkemesi kararında usûl veya esas yönünden hukuka aykırılık tespit edilmiş demektir. Bu durumda istinaf mahkemesi tarafından verilecek kararlar farklı olabilecek ve bu kararların tümünde ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilecektir. İlk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra istinaf mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda eksik ya da yanlış bulduğu hususlarda yeni bir karar verecektir.⁹² Zira istinaf ile amaçlanan yargılama hatalarının dü-

sayılı 07.07.2017 tarihli kararında, ilk derece mahkemesince de belirtildiği üzere; avukatlık sözleşmesinde avukatın görevinin yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyet olduğu, avukatın, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ve hizmet sunan "satıcı", "sağlayıcı", "girişimci" sıfatında bulunmadığı, yine sözleşmenin diğer tarafı olan "müvekkil" in, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-k maddesindeki "tüketici" tanımına uymadığı, sözleşmenin bir "tüketici işlemi" olarak kabulünün mümkün olmadığı, Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiş olan avukatlık sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesinden farklı ve ayrı bir sözleşme türü olması ve bu sözleşmenin niteliği gereğince 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunduğu kabul edilemeyeceğinden, mahkemece verilen görevsizlik kararında usûl ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığından, davalıların istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017).

⁹¹ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2270.

⁹² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD. E.2017/363, K.2017/391 sayılı 12.04.2017 tarihli kararı şeklindedir: "Davacının istinaf talebinin esastan kabulü ile; Mudanya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27/12/2016 tarih., 203/92 Esas ve 2016/384 Karar sayılı kararının HMK'nun 353/1.b.2. maddesi gereği kaldırılmasına, aşağıdaki şekilde yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına; 1-Davanın kabulü ile, Bursa İli, Mudanya İlçesi, Ömerbey Mahallesi, 1453 ada, 1 parselde davalı Sevim G.

zeldilmesi ve hükmün değiştirilmesidir. İstinaf mahkemesinin hukuka aykırı bulduğu ilk derece mahkemesi kararını kaldırması denetim işlevinin, kaldırılan karardan sonra işin esası bakımından karar vermesi ise yargılama işlevinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁹³

Bu durumda temelde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi ihtimalleri söz konusu olur:

1) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Gönderme Kararı Verilmesi

İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi duruşma yapılmasına gerek olmayan usûlî hataların söz konusu olduğu md. 353/1-a'daki hâllerde söz konusu olmakta, istinaf mahkemesi esas hakkında inceleme ve duruşma yapmadan ilk derece mahkemesi kararının 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 kesin olarak karar vermektedir.⁹⁴

2) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Kısmen ya da Tamamen Kabulü Kararı Verilmesi

İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi için istinaf mahkemesinin işin esasına girmiş olması gerekir. Özellikle ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilen durumlarda, başvuranın istinaf sebeplerinin yerinde görülmesi veya kamu düzeni çerçevesinde incelenen hususlarda

adına kayıtlı 3 nolu bağımsız bölü nün tapu kaydının iptali ile, davacı Esen Sevil G. adına tapuya kayıt ve tesciline, İİK. 28. maddesi gereğince taşınmaz kaydına şerh konulmak üzere Tapu Müdürlüğü'ne yazı yazılmasına, 2-Harçlar Kanunu gereğince alınması gerekli 8.880,30 TL harçtan peşin alınan 1.110,05 TL ile dava sırasında tamamlanan 673,00 TL olmak üzere toplam 1.783,05 TL harcın mahsubu ile bakiye 7.097,25 TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına..... dair, HMK'nın 362/1.a. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde Yargıtay nezdinde temyiz kanun yolu açık olmak üzere, 12.04.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.12.2017).

⁹³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2271; Akkaya, s.323.

⁹⁴ Bkz. yuk. B.1.a. Ayrıca bkz. Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2272.

ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun bulunmaması üzerine ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden esas hakkında karar verilir. Bu durumda istinaf mahkemesi yeniden yargılama yapmakta ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek bir karar vermektedir. Bu karar kısmen ya da tamamen kabul kararı olabilecektir.

Söz konusu durumda istinaf mahkemesinin taleple bağılılık ilkesine uygun olarak kararını vermesini gerektiğini vurgulamak gerekir. Zira istinaf başvurusunda bulunan taraf ilk derece mahkemesinin hükmünün tamamı için değil, bir kısmı için başvuruda bulunmuşsa ve kamu düzenine aykırı bir durum mevcut değilse istinaf başvurusu haklı bulunursa sadece başvuru kısmı için karar kaldırılarak yeni bir karar verilmelidir. Buna karşılık taraf hükmün tamamı için istinaf başvurusunda bulunsa dahi, istinaf incelemesi sonucunda kararın tamamı değil de kısmen doğru olduğu tespit edilirse sadece o kısım için karar kaldırılıp yeni bir karar verilmelidir.⁹⁵

3) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Reddine Karar Verilmesi

İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi ihtimalinde istinaf mahkemesi yine işin esasına girecektir. Ancak ilk derece mahkemesinin davanın kabulü (kısmen veya tamamen) yönünde karar vermiş olması gerekir. İstinaf mahkemesi de yeniden yargılama yapacak ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın kabul kararını haksız bularak ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp onun yerine geçerek davanın esastan reddine karar verecektir⁹⁶

İstinaf başvurusunun haklı olması ve kabulü durumunda ortaya çıkabilecek anılan temel kararlar dışında ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp düzeltilerek yeniden karar verilmesi ihtimalini de belirtmek gerekir. Bu durumda yapılan istinaf başvurusu haklı olabilir. Ancak ilk derece mahkemesi kararının tamamen kaldırılmasına ve başlı başına yeni bir karar verilmesine gerek yoktur. İstinaf başvurusu

⁹⁵ Bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2274.

⁹⁶ İstinaf mahkemesinin kısmi ret ve değiştirildiği hususlarının hüküm sonucunda açıkça ve şüpheye yer verilmeyecek şekilde gösterilmesi hükmün kesinleşmesi ve icrası bakımından tereddüt yaşanmaması bakımından önemlidir (Akkaya, s. 355).

kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve düzeltilerek esas hakkında yeniden karar verilir. Bu duruma örnek olarak; ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesinde hata, kanunun olaya uygulanmasında hata, yazı ve hesap hataları verilebilir.⁹⁷

O hâlde istinaf incelemesinde doğrudan dava hakkında değil, önce ilk derece mahkemesi kararı hakkında bir sonuca varılıp sonra o karara bağlı olarak ilk derece mahkemesine veya başka bir mahkemeye mi gönderileceği, yoksa istinaf mahkemesinde inceleme yapılarak yeniden mi karar verileceği hususlarına göre gerekli kararlar verilmelidir. Zira ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmadan yeni bir karar verilemez. Bu durum istinafin önce denetim, ardından hüküm mahkemesi olmasının sonucudur.⁹⁸

C. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri Sebebiyle Davanın Sona Ermesi Hâlinde Verilecek Kararlar

Davaya son veren taraf işlemleri⁹⁹ davadan feragat, davayı kabul ve sulh olup, bu işlemler çekişmeli yargıda kural olarak geçerli olan tasarruf ilkesinin (HMK md.24) bir sonucudur. Buna göre taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunarak davayı kabul ederek, davadan feragat ederek veya sulh olarak yargılamanın her aşamasında ve kanun yolu aşamasında herhangi bir hükme gerek kalmaksızın davayı sona erdirebilirler. Bu işlemler içerikleri itibari ile maddi hukuk işlemi, yapılış şekli olarak birer usûl işlemi olup, bir taraftan maddi hukuk alanında uygulama imkânı bulan iradeyi bozan hallere dayanılarak iptal edilebilirken (HMK md.311,c.2; HMK 315/2) diğer taraftan kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadırlar (HMK md.311/1, HMK md.3125/1).¹⁰⁰

⁹⁷ Bkz. Özekes, s. 105.

⁹⁸ Örneğin, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi durumunda istinaf mahkemesi önce denetim mahkemesi olarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, ondan sonra da hüküm mahkemesi olarak asıl alacağın davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verecektir. Böylelikle istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesine yönelik kaldırma kararı ile ilk derece mahkemelerine özgü eda kararı aynı hükümde ortaya çıkacaktır (Konuralp, s. 39-40).

⁹⁹ Bkz. HMK md.307 ilâ 315 arasındaki düzenlemeler.

¹⁰⁰ Bkz. Murat Atalı, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2009 . Kuru, s. 524 vd.

İstinaf incelemesi devam ederken gerçekleşen feragat, kabul, sulh gibi taraf usûl işlemlerinde istinaf mahkemesinin nasıl karar vereceği düzenlenmemiş olup, bu hâllerde ilk derece mahkemesine benzer kararlar verilebileceği belirtilebilir. Bu kararlar bakımından istinaf mahkemesi - Yargıtay'ın aksine bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden-öncelikle geçerliliğini yitirmiş olan ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve kendisi ilk derece mahkemesi kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durmadan veya bu yönde bir ifade kullanmadan durumun niteliğine göre gerekli kararı vermelidir.¹⁰¹

Buna göre istinaf aşamasında davadan feragat edilmesi hâlinde, uyuşmazlığın feragat nedeniyle son bulduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, "*ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte feragat nedeniyle davanın reddine*" karar vermelidir. Davacı talep sonucundan kısmen feragat ederse feragat edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmeli, feragat edilmeyen kısım hakkında istinaf incelemesine devam edilmelidir.

İstinaf aşamasında davanın davalı tarafından kabul edilmesi hâlinde dava konusu uyuşmazlığın son bulduğunu tespit eden istinaf mahkemesi, "*ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte davalının kabul beyanı sebebiyle davanın kabulüne*" karar vermelidir. Talep sonucunun bölünebilir olduğu davalarda davalı davacının talep sonucunu kısmen kabul ederse istinaf mahkemesi tarafından kabul edilen kısım için ilk derece kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne karar verilmeli; kabul edilmeyen kısım bakımından istinaf incelemesine devam edilmelidir.

Sulh söz konusu olduğunda ise sulhun davayı nasıl sona erdireceği tarafların iradesine göre belirlenir. Bu sebeple istinaf mahkemesi tarafların iradesini dikkate alarak karar vermelidir. Taraflar sulh sözleşmesine göre bir karar verilmesini isterlerse (HMK md.315/1, c.2), bu halde istinaf mahkemesi sulh sözleşmesinin içeriğine göre bir hüküm kurmalıdır. Bu ihtimal bakımından dava mahkemenin esasa ilişkin bir nihaî kararı ile sona ermiş olmaktadır.¹⁰² Tarafların sulh sözleşmesine

¹⁰¹ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2269; Varol/Karaaslan, s. 349; Akkaya, s. 336-337.

¹⁰² Bkz. Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2036. Mahkeme huzurunda sulh şarta bağlı olarak da yapılabilir (HMK md. 313/4). Sulh sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmış olması hâlinde mahkemenin böyle bir sulh sözleşmesine dayanarak esas hakkın-

göre karar verilmesi yönünde bir talebi yoksa, taraflar sadece sulhün tespit edilmesini isterlerse, istinaf mahkemesi sulhü tutanağa geçirir ve “*davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı*” şeklinde bir karar vermelidir (HMK md. 315/1, c.2).¹⁰³

Anılan davaya son veren taraf işlemleri dışında yargılamayı sona erdiren bir diğer hâl olan davanın konusuz kalması durumu istinaf mahkemesinin kararlarına konu olabilir. Bu kararlar bakımından istinaf mahkemesi yine öncelikle ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve davanın sona erdiğini belirtmelidir. Örneğin, davanın konusu ortadan kalkarsa -istinaf yargılaması sırasında dava konusu borç ödenirse veya bir taşınmazın tahliyesi davasında taşınmaz tahliye edilirse- ilk derece mahkemesinin kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durulmadan, “*ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla birlikte dava konusuz kaldığından karar vermeye gerek bulunmadığına*” şeklinde karar verilmesi gerekir. Şüphesiz dava kısmen konusuz kalmışsa o kısım için konusuz kalma, diğer kısım için ise yargılamaya devam etme şeklinde bir yol izlenmelidir.¹⁰⁴

Davaya son veren taraf işlemleri ile davanın konusuz kalması sebebiyle istinaf yargılamasının sona ermesi durumunda istinaf mahkemesi yargılama giderleri konusunda ilk derece yargılamasındaki geçerli olan kuralları dikkate alarak karar vermelidir.¹⁰⁵

Ayrıca somut olayın şartlarına göre göre istinaf aşamasında da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukukî koruma kararları verilebilir.¹⁰⁶

da hüküm vermesi kural olarak şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden mümkün değildir. Bu durumda istinaf mahkemesi davanın mahkeme içi sulh ile sona erdiğini tespit ve tevsik eden bir tutanak düzenledikten sonra “*davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı*” na karar vermesi gerekir. Bkz. Kuru, s. 557; Atalı, Pekcanitez, Usûl, s. 2037.

¹⁰³ Ayrıca bkz. Akkaya, s. 335 vd.

¹⁰⁴ Bkz. Akkaya, s. 335 vd.; Özkes, s. 106-107; Çiftçi, s. 320 vd.

¹⁰⁵ Bkz. Akkaya, s. 342.

¹⁰⁶ Bu konuda kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak aksine hüküm bulunmayan hâllerde ilk derece yargılamasında uygulanan usûlün istinafta da geçerli olacağını belirten HMK md. 360 düzenlemesinden hareketle bu sonuca ulaşılabilecektir. Aynı zamanda HMK md. 357’de öngörülen yapılamayacak işlemler içinde geçici hukukî koruma kararı talep edilemeyeceği belirtilmemiştir. Bu sebeple daha önce ilk derece mahkemesinde talep edilmemiş ya da talep edilip kabul edilmemiş olsa bile istinaf aşamasında ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz gibi geçici hukukî korumaların talep edilmesi mümkündür (Özkes, Pekcanitez, Usûl, s. 2261-2262; Özkes, s. 107-108).

SONUÇ

Türk Hukuku'nda 20.07.2016 tarihinden itibaren fiilen çalışmaya başlayan istinaf mahkemeleri hem denetim hem de hüküm mahkemeleri olarak faaliyet göstermektedir. Buna göre istinaf mahkemeleri yapacağı inceleme sonucunda gerektiğinde ilk derece mahkemesi kararını kaldıracak ve yeniden tahkikat yaparak hukuka aykırı gördüğü hususları gidererek yeni bir karar verebilecektir. Yani istinaf incelemesinde sadece hukukî denetim değil, maddi denetim de yapılmaktadır. Bu temyiz incelemesi ile istinaf incelemesi arasındaki en önemli farktır. Nitekim temyiz incelemesi yalnızca hukukî denetim ile sınırlı olup bu sebeple Yargıtay istinaf mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa sadece onama kararı, doğru bulmazsa da bozma kararı vermekle yetinmelidir. Oysaki istinaf mahkemelerinde ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa onama değil, istinaf başvurusunun reddine, ilk derece mahkemesi kararı hukuka aykırı bulunursa, bozma değil ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeni bir karar verilecektir. Yine ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun olmamakla birlikte bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp, düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi söz konusu olacaktır.

O hâlde görülmektedir ki, istinaf yargılamasından istenen faydaların sağlanabilmesi için öncelikle bu mahkemelerin niteliği doğru tespit edilmeli, temyiz denetimi ile arasındaki farklar ortaya çıkartılmalıdır. İstinaf incelemesi sonunda verilebilecek kararlar temyiz incelemesi sonrasında Yargıtay tarafından verilen kararlardan farklı olduğu gibi ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlardan da farklılık gösterir. Nitekim istinaf incelemesinde doğrudan dava hakkında değil, önce ilk derece mahkemesi kararı hakkında bir sonuca varılır. Daha sonra ise varılan sonuca bağlı olarak ilk derece mahkemesine veya başka bir mahkemeye gönderme kararı verilebilecek (HMK md.353/1a) veya işin esasına girilerek istinaf mahkemesinde inceleme yapılarak yeniden karar verilebilecektir.

Diğer yandan istinaf incelemesinin sonunda verilecek kararlar bakımından istinafa başvuran tarafın dilekçesinde belirttiği sebepler ve talep sonucu önemlidir. Zira istinaf incelemesi temyiz incelemesinin aksine istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ve talepler ile sınırlı olarak yapılacağından istinaf mahkemesinin vereceği kararda talep sonucu belirleyici olacaktır. İstinaf mahkemesi yalnızca kamu düzenine

aykırı durumları re'sen dikkate alacaktır. Bu sebeple istinaf dilekçelerinin çok titiz bir şekilde hazırlanması ve bu dilekçelerde terimlerin doğru kullanılması gerekmektedir.

İstinaf mahkemeleri de yapacakları ön incelemeden sonra -istinaf başvurusunun esasına girmeye engel bir durum söz konusu değilse- başlayan asıl incelemeyi duruşmalı olarak yapmalıdır. Sadece usûle ilişkin duruşma yapılmadan karar verilen hâller (HMK md. 353/Ia) ve esasa ilişkin duruşma yapılmadan karar verilen hâllerle (HMK md.353/Ib) sınırlı olmak kaydıyla duruşma yapmadan karar verilmesi gerekir. Aynı zamanda söz konusu maddelerdeki durumlar dar yorumlanmalı ve tereddüt hâlinde duruşma yapılmasına karar verilmelidir. Yani istinaf incelemesinde asıl olan, tahkikatın duruşmalı yapılmasıdır.

Bununla birlikte istinaf mahkemeleri tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesini gerektiren ve ilk derece mahkemesinde ortaya çıkabilecek yargılamaya ilişkin temel usûl hataları ile hükmü etkileyen önemli usûl hatalarının varlığı durumlarına ilişkin olarak düzenlenen HMK md. 353/1a'da altı bent olarak sayılan hâllerde gönderme kararı verilmelidir. İstinaf mahkemelerinin özellikle HMK md. 353/1a-6 hükmünü geniş yorumlamadan somut olayın şartlarına göre ilk derece mahkemesindeki eksiklikleri tamamlama ve hataları düzeltme yönünde uygulama geliştirmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Böylece istinaf mahkemelerinin hem denetim hem de hüküm işlevi yerine getirilerek, usûl ekonomisi ilkesi de gözetilmek suretiyle bu mahkemelerden arzu edilen faydanın sağlanacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Akkan Mine, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.
 Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
 Alangoya H. Yavuz/Yıldırım Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
 Bilge Necip, "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s.61-89.
 Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.
 Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016.
 Deren-Yıldırım Nevhis, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, s. 693-712, İstanbul 2006.
 Deren-Yıldırım Nevhis, "İstinafın Olası Sorunları", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk*

- Dergisi*, C:8, S:20, Yıl:2016, s. 443-457.
- Ergün Zafer, İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü, İstanbul 2005.
- İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Hukuk Muhakemesinde Ankara 2007.
- Konuralp Halûk, "Halûk Kanuralp'in Tebliği", İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-II-III, s. 18-40.
- Konuralp Halûk, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 133-150.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Ağustos 2016.
- Memişoğlu Özgür, "Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması", *Legal Hukuk Dergisi*, C:10, s:113, Yıl:2012, s. 73-121.
- Meraklı-Yayla Deniz, Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.
- Musielak Hans Joachim, Grundkurs ZPO, München 2012.
- Namlı Mert, "İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf", Sicil Sayı:36, Yıl:2016, s. 120-147.
- Özekes Muhammet, 100 soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.
- Özekes Muhammet, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf ", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S:23, 2004, s. 3103-3116. (Kısaltma: Özekes, Kanun Yolu)
- Pekcanitez Hakan, "İstinaf Mahkemeleri", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler, Cilt:II, İstanbul 2016, s. 217-232.
- Pekcanitez Hakan/Erişir Evrim, "Medenî Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4) 2016, s. 3617-3654.
- Prütting Hans/Gehrlein Markus, ZPO Kommentar 2010.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, München 2010.
- Yıldırım Kâmil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesindeki Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, 89-131.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Şerhi Ankara 2013.
- Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara 2005.