

# İSTİNAF KANUN YOLUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

## THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER IN APPEAL

Sezin AKTEPE ARTIK\*

**Özet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu' (HMK) nun 342/son ve 355. madde düzenlemeleri ile kamu düzeni kavramı, istinaf incelemesi bakımından önem kazanmıştır. İstinafta kamu düzeni kavramı başlıklı bu çalışma ile esas olarak, kamu düzeni kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacak, böylelikle istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırları tespit edilecektir. Acaba temelinde kamu yararı düşüncesi yatan tüm maddi hukuk kurallarına aykırılık halinde istinaf mahkemesi bu hukuka aykırılık halini dikkate almalı mıdır? Yoksa maddi hukuktaki kamu düzeni ve kamu yararı meselesine hiç girmeden usûlî kamu düzeni kavramı üzerinde mi durulmalıdır?

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstinaf Kanun Yolu, Kamu düzeni, İstinaf İncelemesi

**Abstract:** With the 342 and 355th article of the Code of Civil Procedure (HMK) the concept of public order have gained importance in terms of appeal examination. This work, titled as the concept of public order, will mainly attempt to determine the scope of the concept of public order, so that the boundaries of the authority of the appeal courts to conduct the appeal examination will be determined. Should the appeal court contravene this law in case of violation of all substantive laws which are based on public interest? Or should we focus on the concept of procedural public order without ever entering the public order and the public interest in the substantive law?

**Keywords:** The Code of Civil Procedure, Appeal Process, Public Order, Public Interest

---

\* Yrd. Doç. Dr., Altınbaş (İstanbul Kemerburgaz) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Kamu düzeni kavramı, Türk hukukunda sıklıkla kullanılan bu sebeple de herkesin aşına olduğu bir kavramdır. Bununla birlikte, istinaf incelemesi bakımından ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki istinaf sebepleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sayılmamıştır. İstinaf sebepleri kanun koyucu tarafından sınırlandırılmadığı için ilk derece yargılamasında maddi hukukun uygulanmasındaki hatalar, maddi vakıaların tespitindeki eksiklikler ya da usul kurallarına aykırılıklar istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir. Kanunda sayılmamakla birlikte, istinaf sebeplerinin istinaf başvurusu sırasında taraflarca belirtilmesi, istinaf başvurusunun başarıyla sonuçlanabilmesi için bir zorunluluktur. HMK m.342/2-e uyarınca istinaf yoluna başvuran, istinaf sebeplerini ve gerekçesini açıkça belirtmelidir. Bu, istinaf dilekçesinin temyiz dilekçesinden en önemli farkıdır. İstinaf sebepleri, dilekçede açıkça belirtilmemişse, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) ön incelemede istinaf başvurusunu kural olarak reddedecektir (HMK m. 352).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.355, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını öngörmektedir. Bu çerçevede sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiği ifade edilebilir. Temyiz incelemesinden farklı olarak, bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeni, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararının kanuna aykırılığını tespit etmesi hâlinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilmesidir. Tercih edilen istinaf sisteminde, ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamaktadır. Bu sebeple istinaf incelemesi sadece tarafların dilekçelerinde belirtmiş oldukları istinaf sebepleri ile sınırlı tutulmuştur.

Bununla birlikte, istinaf sebepleri ile bağlı olma kuralına bir istisna getirilmiş ve istinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteceği kurala bağlanmıştır. İstinaf dilekçesini düzenleyen 342. maddenin son fıkrasına göre, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzası ile başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp 355. madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır. Kendisine yollama yapılan HMK m.355

ise, istinaf incelemesinin, kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını ancak bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteyeceği kuralını ihtiva etmektedir.

Belirtilen kanuni düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde denilebilir ki, istinaf başvurusunda istinaf sebepleri bildirilmelidir. Buna rağmen taraf, herhangi bir istinaf sebebine dayanmamışsa ve fakat istinaf dilekçesi asgari şartları içeriyorsa, hemen reddedilmez, kamu düzeni bakımından incelemeye tabi tutulur. HMK m.352 hükmünde, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında “gerekli kararın verileceği” ifade edilmiştir. Bu kapsamda gerekli kararın verilmesinden kasıt, başvuru nedenlerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması halinde, bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden bir inceleme yaparak bu incelemenin sonucuna göre karar vermesidir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.675; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.949; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 4.Bası, Ankara 2016, s.527; Haluk Konuralp, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.136; Adem Albayrak, 6100 sayılı HMK’ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016, s.176; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2007, s.47-48; Nevhis Deren- Yıldırım, “İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri”, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s.697; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s.351; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016, s.211 vd. HMK m.342/3 hükmüne eleştirel bir bakış için bkz. Çiftçi s.213,214; Muhammet Özekes, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016, s.69-70; Deniz Meraklı Yayla, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s.61; M. Kamil Yıldırım, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri”, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.92. Pekcanitez’e göre, bu düzenleme istinafın niteliğine uygun düşmemektedir. “Tarafın bir sebep ileri sürmediği, gerekçe belirtmediği bir istinaf talebini dikkate alıp değerlendirmek hem yargılama ilkeleri hem de istinafın niteliği ile uyumlu değildir... Burada uygun olan istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş ve gerekçe gösterilmemişse istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilmiş ve gerekçe gösterilmişse istinaf incelemesinde kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır.” Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2237-2238; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s.337-338.

Kamu düzenini ilgilendiren hususlarda bölge adliye mahkemesi istemle bağlı olmaksızın re'sen inceleme yapar. Kamu düzenine aykırılık kavramının kapsamı nasıl belirlenecektir? Bu husus Gerekçe'de şu şekilde açıklanmaktadır: "Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren görev kuralına aykırılık bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir. Yine dava şartlarının var olup olmadığı bölge adliye mahkemesince re'sen araştırılır. Bunun gibi, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağlı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler."

Anılan düzenlemelerdeki temel ölçüt kamu düzeni gibi soyut ve belirsiz bir kavram olunca, öncelikle bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklanması ve tartışılması gerekmektedir. Bu noktada kamu düzeni kavramının kapsamını belirlemek, aynı zamanda bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yapma yetkisinin sınırlarını belirlemek anlamına geldiği için irdelenmeye değerdir. Bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırları, kamu düzeni kavramına verilecek anlama göre dar veya geniş olabilecektir. Kamu düzeni kavramının dar veya geniş yorumlanması ise kanun koyucunun istinaf hükümlerini düzenlerken güttüğü istinafta sınırlı yargılama yapılması amacının gerçekleşmesi veya bu amacın aşılması sonuçlarından birini doğurabilir mi? Tartışılmalıdır.

## I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İSTİNAF SEBEPLERİ İLE BAĞLILIĞI VE BU KURALIN İSTİSNASI OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI

### 1. Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış

Türk hukuk sözlüğünde kamu düzeni genel olarak, bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini, bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve toplumsal barışı, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluk ile sağlayan düzen şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Kamu düzeni kavramının genel bir tanımını yapmak mümkün olsa da sınırlarını ve kapsamını tespit etmek oldukça güçtür. Bunun bir sebebi, her hukuk dalının kendi konusu ve amacı-

<sup>2</sup> Bkz. TC Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü (<http://www.sozluk.adalet.gov.tr; www.tdk.gov.tr>).

na göre kamu düzeni kavramını yorumlaması ve sınırlarını o hukuk dalının ihtiyaçlarına göre belirlemesidir. Gerek kamu hukuku gerekse özel hukukun kamu düzeni kavramını yorumlayışı farklı olduğu gibi özel hukukun kendi alt dalları arasında kamu düzeni anlayışına ilişkin farklılıklar olabilir.<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi eski bir kararında, kamu düzeni kavramı için net bir tanım yapmak yerine kavramın genel özelliklerini belirtmekle yetinmiştir:

“... Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır... Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin *toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı* sonucuna varılmaktadır.”<sup>4</sup>

Özel hukukta kamu düzeni kavramına ilişkin tanımlarda genellikle toplumsal menfaat ölçütünün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Genel olarak kamu düzeni, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzeni<sup>5</sup> ya da toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kuralları<sup>6</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına kamu düzeni adı verilir.<sup>7</sup> Bu kurallar, örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kurallardır.<sup>8</sup>

Kamu hukuku perspektifi ile kamu düzeninin, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan klasik üçlü ile

<sup>3</sup> Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Arda Atakan, Kamu Düzeni Kavramı, *MÜHF- HAD*, C.13, S.1-2, s.59 vd.

<sup>4</sup> 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8 (RG. 17.04.1964, S.11685).

<sup>5</sup> M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.74.

<sup>6</sup> Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.540.

<sup>7</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.288.

<sup>8</sup> Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s.42-43.

tanımlandığı görülmektedir.<sup>9</sup> Kamu güvenliği, şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğudur. Kamu huzuru (kamu selameti) cemiyette intizamsızlığın, karışıklığın yokluğu, hayatın normal seyrinde devam etmesidir. Kamu sağlığı ise, bireylerin bulaşıcı hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sürmesi anlamına gelmektedir. Modern anlayış, klasik kamu düzenini oluşturan üç unsura ek olarak yeni unsurlara da yer verir. Bu unsurlar, genel ahlak, kamusal estetik ve bireylerin kendilerine karşı korunması olarak adlandırılan unsurlardır.<sup>10</sup>

Kamu düzeni kavramı, medeni usul hukuku açısından ele alındığında, davanın yürütülmesi ve yargı örgütü ile ilgili kuralların genel olarak kamu düzeni kapsamında sayıldığını söylemek mümkündür.<sup>11</sup> Yargılama yetkisi ile yargılama usulünün tarafların tercihine bırakılması mümkün değildir. Bu sebeple medeni usul hukuku genellikle emredici kurallardan oluşan şekli bir hukuk dalıdır. Keyfiliğe karşı bir koruma ve geniş anlamda hak arama özgürlüğünün garantisi sayılan şekilcilik medeni usul hukukunun en belirgin özelliklerinden birisidir.<sup>12</sup> Bu açıdan öğretide, usul işlemlerinde şekle uyulması konusundaki zorunluluğun kamu düzeni ile ilişkisi bakımından şöyle bir ölçüt koyulmuştur: eğer şekil kuralı ile amaçlanan şahsı düşünmeye sevk etmek ya da mahkemenin otoritesini güvence altına almak ise bu takdirde ilgili şekil kuralının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilebilir.<sup>13</sup> Medeni usul hukuku kurallarından hangilerinin kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği aşağıda ayrıca incelenecektir.<sup>14</sup>

## 2. Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Sebepleri ile Bağlı Olma Kuralı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurları düzenleyen 343.maddenin 2.fıkrasının e bendin-

<sup>9</sup> Atakan, s.98 vd.; Konuralp, Tebliğ, s. 138 vd.; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Bursa 2003, s.418 vd.

<sup>10</sup> Gözler, s.421-222.

<sup>11</sup> Konuralp, Tebliğ, s.144 vd.

<sup>12</sup> İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, S.1-2, s.142 vd.

<sup>13</sup> İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Bası 6, İstanbul 1975, s.337 vd.

<sup>14</sup> Bkz. Bölüm II,1.

de “başvuru sebepleri ve gerekçesi” yer almaktadır. Bir başka deyişle, istinaf yoluna başvuran taraf dilekçesinde hangi istinaf sebebine dayandığını açıkça göstermek durumundadır. İstinaf sebeplerinin gösterilmemesi, başvurunun kural olarak reddine sebep olacaktır. Bunun sebebi, HMK m.355’te, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını öngörülmesidir. Bölge adliye mahkemesi belirtilen istinaf sebepleri ile bağlıdır. Bu sebeple, dilekçede hiçbir sebep bildirilmemesi istinaf mahkemesinin kural olarak inceleme yapamaması sonucunu doğuracaktır.

İstinaf dilekçesinde sebep bildirme zorunluluğu ve istinaf mahkemesinin bu sebeplerle bağlılığı, istinafı temyizden ayıran en önemli farklardan birisidir. Bilindiği gibi, temyiz kanun yolunda Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (m.369/I). İstinafta ise, kamu düzenine aykırılık hali dışında, istinaf mahkemesi tarafların ileri sürmediği kanuna aykırılık hallerini re’sen inceleme konusu yapamayacaktır.<sup>15</sup> Buradan hareketle, istinaf başvurusunda dayanan sebeplerin ve gerekçenin bildirilmesinin, istinaf başvurusunda başarıya ulaşabilmek için son derece önemli olduğunun bir kez daha altını çizmek gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda istinaf mahkemesinde yapılacak tahkikat sınırlı tutulmuştur. İlk derecedeki yargılamanın tekrarı niteliğinde olacak, onun yerine geçen bir yargılama düşünülmediğinden sınırlı istinaf modeli tercih edilmiştir. Klasik anlamda istinafta ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar ondan bağımsız olarak, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın istinaf mahkemesinde tekrarlanır. Dar anlamda (sınırlı) istinafta ise, ilk muhakeme baştan sona tekrarlanmaz, yalnızca gereken hususlarda ve Kanundaki

<sup>15</sup> Selçuk Öztekin, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı” Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.111. Yargıtay, temyiz başvurusunu incelerken bozma istemini yasa önünde haklı kılabilecek nedenlerin varlığını kendiliğinden göz önüne alıp bozma kararı verebiliyor iken istinafta aksine çözümün kabulü Umar tarafından çelişkili ve mantıksız olarak değerlendirilmektedir. Bkz. s.988. Tanrıver de, istinaf yargılamasının belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılması sebebiyle, dayanılabilecek istinaf sebeplerinin yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi objektif bir biçimde somutlaştırılması gereği üzerinde durmaktadır. Süha Tanrıver, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, *TBB Dergisi* Mart-Nisan 2012, S.99, s.32.

sınırlamalar kapsamında inceleme yapılır. Sınırlı kanun yolu modelinde, müracaat sahibinin belirli sebeplere dayanması şart koşulmaktadır. Tam (klasik) kanun yolunda ise belirli bir kanun yolu sebebine veya vakıa ikamesine dayanılmaksızın kararın denetimi yapılabilmektedir.<sup>16</sup> Kanun yolu sebebinin gösterilmesindeki amaç kanun yoluna müracaat eden tarafın dayandığı noktalar üzerinde yargılamayı teksif etmektir.<sup>17</sup>

Kanunda istinaf sebepleri ayrıca düzenlenmemiş ve nelerin istinaf sebebi sayılacağı belirtilmemiştir.<sup>18</sup> Sadece duruşma yapılmadan karar verilecek halleri düzenleyen 353. maddenin ilk fıkrasında istinaf sebebi olabilecek önemli usul hataları belirtilmiştir. İstinaf sebepleri sınırlandırılmadığı için ilk derece mahkemesi kararının yanlış veya eksik olmasına sebep olabilecek her hatanın istinaf sebebi sayılabileceği sonucuna varılabilir.<sup>19</sup> Temyiz sebepleri bakımından kabul edilen sınıflandırma, istinafın niteliğine uygun düştüğü ölçüde istinaf sebepleri bakımından da kabul edilebilir. Buna göre, gerek maddi hukuk kurallarına aykırılık gerek usul kurallarına aykırılık gerekse maddi vakıanın tespitinde hata halleri istinaf sebebi sayılabilecektir.

Usul kurallarına aykırılık, temyizde olduğu gibi mutlak istinaf sebepleri ve nispi istinaf sebepleri olarak nitelendirilebilir.<sup>20</sup> Mutlak isti-

<sup>16</sup> Ejder Yılmaz, İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005, s.22; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2013, s.1479; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.529; M. Kamil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s.45-46; Nevhis Deren- Yıldırım, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s.268-269; H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren- Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, s.508-509; Akil, s.262-263; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016, s.583.

<sup>17</sup> Yıldırım, s. 110.

<sup>18</sup> İsviçre Federal Usul Kanunu'nda da paralel bir yaklaşım sergilenmiş ve istinaf sebepleri kanun koyucu tarafından sınırlandırılmamıştır. Bununla birlikte, Türk Hukukunun aksine istinaf mahkemesinin kural olarak tarafların belirttiği sebeplerle bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Fabienne Hohl, Procédure Civile, Tome II, Compétence, délais, Procédure et voies de recours, 2eme édition, Berne 2010, s.435.

<sup>19</sup> Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s.521; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s.189. Alman Hukukunda kabul edilen görüşe göre, maddi ya da şekli hukuk ihalleri, uygulanacak hukukun yanlış seçilmesi, usuli hatalar veya hatalı vakıa tespitleri istinaf sebebi olabilmektedir. Peter Gilles, "2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi" (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.39.

<sup>20</sup> Akil, s.356 vd.; Akkaya, s.190.

naf sebebi sayılan ağır yargılama hataları, hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Mutlak istinaf sebeplerinin özellikle kamu düzenine aykırılık halleri ile maddi anlamda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak ağır usuli hatalardan oluştuğu kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Önemli ve klasik usul eksiklikleri olarak nitelendirilen<sup>22</sup> bu tür usul hatalarının varlığı halinde ilk derece mahkemesi kararının doğru olamayacağı varsayımı sebebiyle hukuki korumanın kamusal işlevi ön plana çıkmaktadır.<sup>23</sup> Dava şartları gibi mutlak istinaf sebepleri arasında sayılabilecek usul eksiklikleri, kamu düzeni ile ilişkileri sebebiyle konumuz açısından önem taşımaktadır. Zira bu tür eksiklikler, bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacak, tarafların bu eksikliği ileri sürmüş olup olmamasına bakılmayacaktır. Bu hususa aşağıda ayrıca değinilecektir.

Mutlak istinaf sebeplerinin dışında kalan usule aykırılıklar nispi istinaf sebebidir. Bu durumda usul hatasının istinaf sebebi sayılması için hüküm bu hatadan etkilenmiş olmalıdır. Ayrıca yapılan usul hatası ile yanlış verilen mahkeme kararı arasındaki illiyet bağı da ortaya konmalıdır. İstinaf mahkemesi, usul hatasının hükmü etkileyip etkilemediğini her somut olayda ayrıca değerlendirmelidir. İstinaf mahkemesi nispi istinaf sebebi sayılan hususları resen inceleme konusu yapamayacak, istinaf başvurusunda bulunan tarafın bu hataları istinaf dilekçesinde ileri sürmesi beklenecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, nispi istinaf sebeplerinin taraflarca ileri sürülmesi halinde mahkeme tarafından dikkate alınabilecek olması, temyizdeki nispi istinaf sebeplerinden farklıdır. Bilindiği gibi Yargıtay, taraflar ileri sürmese dahi var olan nispi bozma sebebini tıpkı mutlak bozma sebebi gibi resen dikkate almaktadır. Usule aykırılığın nispi bozma sebebi niteliğinde olması, Yargıtay'ın bu eksikliği tek başına bir bozma sebebi kabul edip etmeyeceği ile ilgilidir. İstinaf yargılamasında ise, kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen nispi istinaf sebepleri istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınamayacaktır.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Akil, s.356; Deren- Yıldırım, s.702.

<sup>22</sup> Öztekin, s.110.

<sup>23</sup> Mutlak istinaf sebeplerinin varlığı halinde hukuki korumanın kamusal işlevi ile özel hukuki korunma ihtiyacının iç içe geçmiş olduğu görüşü için bkz. Akkaya, s.191.

<sup>24</sup> Kuru, s.675; Akkaya, s.203-204.

### 3. Sebep Bağlılık İlkesinin İstinası Olarak Bölge Adliye Mahkemesinin Re'sen İnceleme Yapma Yetkisinin Kapsamı

Türk hukukunda istinaf mahkemesi kural olarak istinaf talebinde bulunanın gösterdiği istinaf sebepleri ile bağlıdır. Bununla birlikte, istinaf incelemesini yapan mahkeme kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetecektir. Kamu düzenine aykırılık hallerinin bölge adliye mahkemesince resen dikkate alınacak olması sebebiyle, kamu düzenine aykırılık halinden ne anlaşılması gerektiği hususunun tespiti önem taşımaktadır. Kavramın içinin doldurulmasında ve nelelerin kamu düzeni sayıldığı konusunda doktrindeki görüşlerin yanında yargısal içtihatlar da yol gösterici olacaktır. Bununla birlikte, bir hukuka aykırılığın kamu düzeni kapsamında sayılıp sayılmayacağına tespitinden daha öncelikli olan husus, istinafta resen dikkate alınacak kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlemektir. Bu kapsamda birinci tercih, usûlî kamu düzeni kavramı ile yetinmek iken ikinci tercih, temelinde kamu yararı düşüncesi yatan tüm maddi hukuka aykırılık hallerini de kavram kapsamına almak olabilir.

Birinci görüşe göre istinafta, maddi hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı bir usûlî kamu düzeni kavramı üzerinde durmak gerekir. Kavramın maddi hukuktaki kadar geniş anlaşılması farklı sınırların doğmasına sebep olacaktır. Maddi hukuktaki kamu düzeni ölçütü tarafların üzerinde tasarruf edebileceği ve edemeyeceği konular ayrımı ile yakından ilgilidir. Tarafların üzerinde tasarruf edemediği tüm aykırılık halleri istinafta resen incelenecek olursa kamu düzeni kavramına çok geniş bir içerik yüklenecek, böylelikle istinafın sınırlı yargılama yapma amacı da aşılmış olacaktır. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin iş yükü artacak, temyiz ile istinafın ayrımı zaman zaman güçleşebilecektir. Bahsedilen gerekçelerle, burada kamu düzenini usul hukukunun emredici temel normlarına aykırılık hali olarak algılamak gerekir. Devletin egemenlik yetkisini kullanım biçimi olan yargı erkini işleyişini sağlamaya yönelik ve emredici biçimde kaleme alınmış olan normlara aykırılık halleri istinafta re'sen incelenmelidir.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Konuralp, s.147-148; Süha Tanrıver, Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.149. Yıldırım, da bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yapabileceği hallerin sınırlı tutulması gerektiği görüşündedir. İstinaf yargılama-sında da, usul hukukunun genel kuralı olan hâkimin taraf dilekçesi (talebi) ile

İkinci görüşe göre, kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlerken usul hukuku maddi hukuk ayrımı yapılmamalı, kamu düzenine aykırılık kavramı kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş tüm hükümlere aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Böylelikle, temelinde kamu yararı düşüncesi yatan bütün maddi hukuk kurallarına aykırılık hallerinde, bölge adliye mahkemesi bu hukuka aykırılık halini resen dikkate alacak ve gerekli kararı verecektir.<sup>26</sup> Örneğin, kişiler ve aile hukukuna ilişkin hükümler, iflas hukuku, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümler ile konkordato hükümleri büyük ölçüde kamu düzeni düşüncesiyle konulmuştur. Bunun gibi iş kanunu ve tüketicinin korunması hakkında kanunda da aynı düşüncenin yansımalarını görmek mümkündür. Kamu yararı/kamu düzeni düşüncesi ile ortaya çıkan tüm benzer hükümlere aykırılık hali de istinaf mahkemesince resen dikkate alınmalıdır. Bölge adliye mahkemesinde istinaf sebepleri ile bağlılığın kural olarak benimsenmesinin yanı sıra kamu düzeninin de sınırlandırılarak sadece usûlî kamu düzeni kapsamında değerlendirme yapılması istinaf kanun yollarında yapılacak tahkikatı oldukça sınırlandıracaktır. Kamu düzeni kavramının sınırlarının daha geniş tutulması bu anlamda bir denge oluşturacaktır.<sup>27</sup>

Yukarıda ifade edilen görüşler doğrultusunda bir tercih yapmadan önce istinaf kanun yolunun amacını göz önünde tutmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz. İstinaf kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemesi kararını gerekirse yeniden bir yargılama yaparak denetlemek, gözden geçirmektir. BAM bu denetimi hem maddi hem hukuki yönden yapar. Böylelikle ilk derece mahkemesinin hem maddi vakıalar ve deliller hakkındaki değerlendirmesi hem de hukuki değerlendirmesi denetlenmektedir.<sup>28</sup> BAM bu denetimde, ilk derece mahkemesi kararını yerinde bulmazsa, kanunda belirtilen sınırlarla bağlı olarak ilk derece mahkemesi yerine yeniden yargılama yapar ve yeniden karar verir. Bu yönüyle, istinaf incelemesi temyiz incelemesinden farklıdır. Temyizde ilk derece mahkemesinin kararı yalnızca hukuki açıdan denetlenir, maddi vakıalara ve delil değerlendirilmesine girilmez. İstinafta ise vakıa denetimi ile hukuki denetim birlikte yapılır.

---

bağlılığı ön planda tutulmalıdır. Bkz. Yıldırım, s.135.

<sup>26</sup> Umar, s.989; Konuralp, s.147-148.

<sup>27</sup> Konuralp, s.147-148. Meraklı Yayla, s.73.

<sup>28</sup> Yılmaz, s.21-22; Özekes, s.37.

İstinaf yolunda, ilk derece mahkemesinin olaylara, delillere, hukuki sebeplere ilişkin değerlendirmesi konusundaki eksiklik ve yanlışlıklar istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir. Vakıaların tespit ve değerlendirilmesindeki hususlar ile hukukun yanlış uygulamasından kaynaklanan hatalar istinaf incelemesinin kapsamında ele alınacaktır. Bu doğrultuda, ilk derece mahkemesinin gerek medeni usul hukuku kuralları ve gerekse maddi hukuka ilişkin düzenlemeler bakımından yaptığı hatalar istinaf sebebi olarak ele alınabilir.<sup>29</sup> İstinaf sebepleri bakımından maddi hukuk usul hukuku ayrımı yapılmadığına göre kamu düzeni kavramının kapsamının maddi hukukta kamu yararı düşüncesi ile konulmuş kuralları içine alacak şekilde anlaşılması daha kabul edilebilir olmaktadır. Yukarıdaki gerekçelerle kamu düzeni kavramı, yalnızca usûlî kamu düzeni şeklinde anlaşılacak olursa, kavramın sınırlarının fazlaca daraltılacağı kanaatindeyiz. Bu yönde bir tercih yapılması istinafın amacının da sınırlı şekilde gerçekleşmesine yol açabilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesinde, usul hukukuna ilişkin emredici hükümler yanında maddi hukuktaki kamu düzenine aykırılık hallerini de re'sen dikkate alması istinaf yargılamasından beklenen faydayı arttıracaktır.

Kamu düzeni kavramının sınırlarının geniş tutulması görüşünün kabulü ile istinaf aşamasının uzayacağı, bu sonucun ise usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı ile çelişeceği eleştirisi ile karşılaşmak olasıdır. Hatta bu eleştirinin bir ölçüde haklı olduğunu da kabul etmek gerekir. İstisnai olarak öngörülen bir hüküm (m.355/ cümle 2), uygulamada geniş yer bulmaktadır. Bu sebeple, gerekçesi belirtilmemiş istinaf başvurularının ön inceleme aşamasında reddedilmesi kuralının uygulanması güçleşmektedir.<sup>30</sup> Çünkü kararda ve kararın verildiği ilk derece yargılamasında kamu düzenine aykırı bir husus bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için dava dosyasının bütünüyle incelenmesi bir başka deyişle esas incelemeye geçilmesi ge-

<sup>29</sup> Nicolas Jeandin, "Les Voies de droit et l'exécution des jugements" Le Projet de Code de Procédure Civile Fédérale (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cédidac, 2008, s.343; François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/ Denis Tappy, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, Helbing Linchtahn, 2011, s.1249; Hohl, s.434-435; Dennis Tappy, "Les Voies de droit de nouveau code de Procédure Civile", *Journal des Tribunaux*, JdT 2010 III, s.134.

<sup>30</sup> Budak/Karaaslan, s.347.

rekmetedir.<sup>31</sup> Bu da istinaf incelemesinin süresini uzatmaktadır. Kanun koyucunun taraflar lehine getirdiği her ek koruma mekanizması davanın uzaması sonucunu da doğurmaktadır.<sup>32</sup>

Yine de ifade edilmelidir ki, kamu düzeni kavramının sınırlarının daraltılmaması sayesinde istinaf uygulamasından sağlanacak fayda çok daha büyük olacaktır. Zira yargılamanın amacı, maddi gerçeğin tespiti ve böylelikle hukuki korunmanın sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda istinaf kanun yolunda “yanlış kararın”, “kötü yargılamanın” düzeltilmesi hedeflenmektedir.<sup>33</sup> Bu yönüyle, *kanun yolu sisteminin asli enstrümanı*<sup>34</sup> olan istinaf, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden maddi hukuk hükümlerine aykırı uygulamalar resen dikkate alındığında, ilk derece yargılamasındaki önemli hatalar telafi edilmiş olacaktır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, kamu düzeni kavramının sınırlarını genişletmek ile kast edilen HMK’da kabul edilen sınırlı istinaf modelinin genişletilmesi değildir. Kanun koyucunun istinafta sınırlı tahkikat yapılması açısından getirmiş olduğu sınırlamalara uyulması gerektiği hususu her türlü şüpheden uzaktır. Bu noktada uygulamadaki bir eğilimden bahsetmek zorunluluğu doğmuştur. Bölge adliye mahkemelerinin, aslında kamu düzeninden olmayan ve fakat mahkemece re’sen nazara alınabilecek halleri, m.355’teki istisna kapsamında değerlendirdiği kararlara rastlanmaktadır. Örneğin, bir kararda hak düşürücü süreye uyulup uyulmadığı meselesi ve muvazaa iddiası istinaf dilekçesinde belirtilmemişse dahi kamu düzeni ile ilgili olmaları gerekçesiyle bölge adliye mahkemesinin re’sen inceleme yetkisi kapsamında sayılmıştır.<sup>35</sup> Hâlbuki tüm emredici yasa kuralları aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliği taşımazlar. Emredici yasa kurallarının sadece bir bölümü aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliği taşırlar.<sup>36</sup>

Kanundaki sınırlamalar, adil yargılama ile usul ekonomisi ilkesi bakımından bir denge gözetilerek oluşturulmaya çalışılmıştır. Ka-

<sup>31</sup> Budak/Karaaslan, s.347.

<sup>32</sup> Yıldırım, İstinaf, s.2.

<sup>33</sup> Konuralp, s.134.

<sup>34</sup> Yıldırım, s.4.

<sup>35</sup> Samsun BAM, 7.HD 482/645, T.07.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.347, dn.25).

<sup>36</sup> Hatemi, s.39; Atakan, s.89.

nundaki bu sınırlamalara uyulması gerektiği konusunda tereddüt olmamakla birlikte, istinafın amacını anlamsız kılacak şekilde Kanunda yer almayan sınırlamalardan kaçınılmalıdır.<sup>37</sup>

## II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNCE RESEN DİKKATE ALINACAK KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK HALLERİ

### 1. Medeni usul hukukunda kamu düzenine ilişkin haller

Belirtilmelidir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan kurallara aykırılıkların pek çoğu istinaf mahkemesince resen dikkate alınacaktır. Bunun sebebi, usul kurallarının kamu düzeni ile yakından ilgili olduğunun kabul edilmesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, usul kurallarının zaman itibariyle uygulanması sorunu ile ilgili yakın tarihli bir kararında, yargılamaya dair hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi kuralının arkasında usul kanunu hükümlerinin kamu düzeni ile ilgisinin yer aldığını belirtmiştir.<sup>38</sup>

Öncelikle mahkemenin uyuşmazlığı esastan inceleyip karara varabilmesi için varlığı veya yokluğu aranan dava şartları kamu düzeni ile ilgilidir<sup>39</sup> ve yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır. Bu kapsamda öncelikle HMK m.114'te belirtilen **genel dava şartları** sayılabilir:

- a. Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması
- b. Yargı yolunun caiz olması hususu kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece resen dikkate alınmaktadır.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Özkes, s.94.

<sup>38</sup> Yargıtay HGK E. 2014/19-1087, K. 2016/606, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>39</sup> "Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır." Yargıtay 10.HD. E. 2015/13924, K. 2016/7682, T. 9.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>40</sup> "...Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında yapılan değerlendirmeye göre; idari para cezası tahakkuku işleminin iptaline dair davada adli yargı ve giderek iş mahkemelerinin görevli olmadığı belirgin bulunmakla, idari yargı alanına giren davanın dava koşulu eksikliğine dayalı olarak usulden reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme sonucu, işin esasına girilerek, idari para cezasının ödendiğinden bahisle, davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 10.HD. E. 2016/8636, K. 2016/9765, T. 13.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- c. HMK m.1'e göre, mahkemelerin görevi ancak kanunla belirlenir ve göreve ilişkin olarak düzenlenen kurallar kamu düzenindedir. Bu sebeple mahkemelerce resen dikkate alınmaktadır.<sup>41</sup>
- d. Yetkinin kesin olduğu hallerde mahkemenin yetkili bulunması
- HMK m.12'ye göre taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.<sup>42</sup>
  - HMK m.7/1'e göre, Kanun'da dava sebebine göre, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise davaya ortak yetkili mahkemede bakılır. Ortak yetkili mahkeme varsa, bu mahkemenin yetkisi kesin yetkidir.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> "Dava; murisin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda; davacı tanıklarının beyanlarından murisin m2 ücreti üzerinden götürü usulü iş yaptığı, kazanın meydana geldiği inşaatta yapacağı iş için metrekaresi 8,00 TL üzerinden anlaşıldığı, aynı inşaatta murisin 4 adet işçisinin çalıştığı, murisin çalıştıracağı işçileri kendisinin bulduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, bina sahibi ile muris arasındaki ilişkinin hizmet akdi değil istisna akdi olduğu, taraflar arasında işçi, işveren, işveren vekili ilişkisi (hizmet ilişkisi) bulunmadığından tazminat istemli bu davaya genel mahkemelerce bakılması gerektiği gözden kaçırılarak, iş mahkemesi sıfatıyla bakılıp karar verilmesi isabetsiz olmuştur.... Görev konusu, kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemelerce, yargılamanın her aşamasında resen ele alınması gereken bir husustur." Yargıtay 21.HD. E. 2015/10717, K. 2016/9603, T. 9.6.2016; 20.HD. E. 2015/6880, K. 2016/6601, T. 9.6.2016; 10.HD. E. 2015/13549, K. 2016/8389, T. 24.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>42</sup> "Mahkemenin yargı yetkisi HMK'nun 12. maddesine göre idari sınır esas alınarak belirlenir; davaya taşınmazın idari sınırları içerisinde bulunduğu ilçe veya il adli yargı yerinde bakılması gerekir. Bu kural, kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re'sen gözetilir. Aynı hakka dair taşınmaz mal davalarının bakılmakta iken, taşınmaz malın bulunduğu yerde, mahkeme teşkilatı kurulu veya o yer bir kaza çevresine alınırsa kamu düzeniyle ilgili bu durum karşısında mahkeme doğrudan doğruya (re'sen) tarafların yetki itirazında bulunmalarını beklemeden yetkisizliğine karar vererek dava dosyasını taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesine gönderir (HGK 24.11.1965 tarih 1965/6-1030-437 Sayılı karar)." Yargıtay 20.HD. E. 2016/2812, K. 2016/7277, T. 20.6.2016; E. 2016/3950, K. 2016/6465, T. 8.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>43</sup> 22. HD,16.11.2015, 29785/31001 (Lexpera Hukuk Bilgi sistemi). Bazı Yargıtay kararlarında ortak yetkinin sadece zorunlu dava arkadaşlığı durumunda (17.HD. 10.02.2014, 541/1462, Lexpera Hukuk Bilgi sistemi) veya birden fazla kişinin haksız fiili birlikte işlemesi durumunda (17.HD. 24.09.2013, 11040/12756, Kazancı İçtihat Bankası) uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kararlara katılmamaktayız. Ortak yetkinin kesin yetki olarak kabul edilmesi gerekliliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekçesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Bkz. HMK Hükümet Gerekçesi m.12.

- HMK m.14 uyarınca, şirket, dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın ya da üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir.<sup>44</sup>
- HMK m.11'e göre, terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar ölenin son yerleşim yerinde açılmalıdır. Ayrıca terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar ölen kimsenin son yerleşim yerinde açılır. Son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kesindir.
- HMK m.15/2 uyarınca, can sigortalarında sigorta ettirenin sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.
- Yargılamanın yenilenmesi için hükmü veren mahkemeye başvurulur, bu mahkemenin yetkisi kesindir (HMK m.378/I).
- İflas davaları mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır, mahkemenin yetkisi kesindir.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> 23.HD., 03.07.2012, 3094/4555 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); 23.HD., 17.01.2012, 4052/68 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 23.HD., 04.07.2012, 2674/4600 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Bir ortağın veya üyenin özel hukuk tüzel kişisine karşı açacağı davada kesin yetki kuralının uygulanıp uygulanmayacağı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bir ortağın veya üyenin derneğe ya da kooperatife karşı açacağı davada da kesin yetki kuralı uygulanmalıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun madde gerekçesinde "özel hukuk tüzel kişilerinin kendi iç ilişkilerine yönelik olmak üzere, örneğin bir üyenin veya ortağın diğer bir üyeye veya ortağa yahut üyenin veya ortağın merkeze karşı açacağı davalar, merkezin bulunduğu yerde açılacaktır" açıklamasına yer verilmiştir. Mine Akkan, Pekcanitez Usul, s.298. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. 7.HD. 08.12.2011, 6690/7790; 23.HD. 02.07.2012, 2914/4537 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) Aksi görüş ise, Kanun'da bu yönde bir ifade bulunmadığını belirtmektedir. Hükmün lafzında "ortağın veya üyenin tüzel kişiliğe karşı açacağı dava" tabiri bulunmadığından ve hüküm istisnai olarak kesin yesin yetki hallerini düzenlediğinden bu tür davalarda merkezin bulunduğu yerin kesin yetkili sayılması mümkün değildir. Umar, Şerh, s. 59; Yılmaz, Şerh s.170.

<sup>45</sup> HGK 04.05.2011, 19-151/275 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Ankara 2009, s.104-112.

- Çekişmesiz yargı işlerinde yetki kuralları kural olarak kamu düzenine ilişkindir. Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m.384).
  - Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33.maddesine göre, kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine açılan davalarda, ana taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkindir.<sup>46</sup>
  - İş Mahkemeleri Kanunu m.6'ya göre, iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Davalı birden fazla ise, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. İş kazasından doğan tazminat davalarında iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olabilir. Anılan madde hükmüne aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir.<sup>47</sup>
  - Yukarıda belirtilenler dışında, Kanunlarda kesin yetki halleri düzenlenmiş olabilir. Bu hallerde başka yerde dava açılmaz. Yetkinin kesin olduğu haller bazen açıkça bazen de maddenin kaleme alınış biçiminden anlaşılabilir.
- e. Tarafların, taraf ehliyetine<sup>48</sup> ve dava ehliyetine sahip bulunması

Kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması aranır.

<sup>46</sup> "Dava, kat mülkiyetinden kaynaklanan ortak gider alacağına ilişkin itirazın iptali ile % 20 den az olmamak üzere inkâr tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kat Mülkiyeti Yasasının 33 ncü maddesinde bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda ana taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu maddede yazılı davalar; taşınmazın aynına ilişkin olmamakla beraber açıklanan özel hüküm nedeniyle kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu niteliktedir." Bkz. Yargıtay 18.HD. E.2015/14191, K. 2016/10776, T. 28.9.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>47</sup> Mülga İş Mahkemeleri Kanunu m.5'te, İş mahkemelerinde açılacak her davanın, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde ya da, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede bakılabileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı ve bu yetki yine kamu düzeninden sayılıyordu.

<sup>48</sup> "Medeni haklardan istifade ( hak ) ehliyeti bulunan her tüzel kişi taraf ehliyetine de sahiptir. Tüzel kişiliğin son bulması ile artık eski tüzel kişinin taraf ehliyeti de son bulur. Taraf ehliyeti kamu düzeni ile ilgili olup hâkimin bu hususu resen göz önünde bulundurması zorunludur." 21.HD. E. 2015/14930, K. 2016/7255, T. 25.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- f. Dava takip yetkisine sahip olunması
- g. Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması
- h. Gider avansının yatırılmış olması
- i. Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi
- j. Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması
- k. Derdestlik
- l. Kesin hüküm bulunmaması bir diğer dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir.<sup>49</sup> Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme de davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı dava şartı yokluğundan reddedecektir.

Yukarıda sayılan genel dava şartları yanında, bazı özel dava türleri bakımından aranan özel dava şartlarının eksikliği de bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır. Zira genel dava şartları gibi özel dava şartları da davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı aranan şartlardır. Örneğin, icra- iflas hukukunda

<sup>49</sup> "Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. (6100 sayılı HMK m.303) maddesinde düzenlenen kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde tutulur. Düzenlediği hak ve çıkar ilişkileri yönünden yasal gerçeklik (hakikat) sayıldığından taraflarını bağlar. Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay'da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O sebeple kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez. Kesin hüküm bir dava şartı olup kamu düzenine ilişkindir. Buna göre bir dava karara bağlanıp verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı taraflar arasında, aynı konuda aynı hukuki sebebe dayanılarak yeni bir dava açılmaz. Açılması halinde ikinci dava kesin hüküm sebebiyle esasa girilmeden dava şartı yokluğu sebebiyle reddedilir. Kesin hükümden söz edebilmek için biri kesinleşmiş tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davanın varlığı gerekir. Bir başka deyişle bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın kesin bir hükümle çözülmüş olması halinde mahkemece yeniden inceleme konusu yapılmaz." Yargıtay 6.HD. E. 2015/9175, K. 2016/3662, T. 5.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

tasarrufun iptali davasında davacı alacaklının elinde aciz belgesi bulunması özel bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Alacaklı dava açarken aciz belgesini ibraz etmemiş veya daha sonra bu belgeyi mahkemeye sunmamışsa, istinaf mahkemesi dava şartı yokluğundan davanın reddine karar vermelidir.<sup>50</sup> Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için ilk duruşma gününe kadar, dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminat gösterilmesi de özel bir dava şartı niteliğindedir. Davacı ilk duruşma gününe kadar ya da en geç ilk duruşmada yüzde on beş teminat göstermezse borçtan kurtulma davası sadece bu sebeple reddolunur (İİK m.69/II).<sup>51</sup>

Dava şartlarından başka, ilk derece yargılamasında adil yargılanma hakkı bakımından yapılan ihlaller, bölge adliye mahkemeleri tarafından resen incelenecektir. Adil yargılanma hakkı gerek uluslararası metinlerde gerekse iç hukukta güvence altına alınan temel bir insan hakkı ve yargılama hukuku güvencesidir. Adil yargılanma hakkı yargılamanın tüm aşamalarında gözetilmeli ve uygulanmalıdır. Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıkların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, hakkaniyete uygun ve kamuya açık olarak, makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler bakımından kapsamı oldukça geniştir. Altıncı maddenin birinci paragrafında açıkça sayılan güvencelerden ilki, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Bu özelliklere sahip mahkeme tarafından yapılan yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi gereği ikinci güvencedir. Üçüncü unsur, yargılamanın aleni yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Duruşmaların aleni olması kuralı yine maddede belirtilen istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Maddede

<sup>50</sup> Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016, s.672; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3.Bası, Ankara 2016, s.607; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku,7.Baskı, İstanbul 2016, s.567.

<sup>51</sup> Kuru, s.176; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.173; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.98.

belirtilen son güvence ise, davanın hakkaniyete uygun şekilde görülmesidir ki bu ilke hem hukuki dinlenilme hakkını hem de silahların eşitliği ilkesini bünyesinde barındırmaktadır.<sup>52</sup> Öte yandan adil yargılanma hakkı güvenceleri, yalnızca 6.madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istikrarlı içtihatları ile Sözleşmeyi yorumlama yetkisini kullanarak mahkemeye erişim hakkını da adil yargılanma hakkı kapsamına dâhil etmiştir. Mahkemeye erişim hakkı haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelen ve adil yargılanma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesini sağlayan önemli bir güvencedir.<sup>53</sup>

Adil yargılanma hakkının unsurları bakımından değerlendirme yapıldığında istinaf incelemesinde resen dikkate alınması gereken yargılama eksikliklerine şu örnekler verilebilir:

- Mahkemeye erişim hakkı bakımından, örneğin, adli yardım taleplerinin makul olmayan gerekçelerle reddedilmesi kişinin ekonomik yetersizlik sebebiyle mahkemeye ulaşmasını engelleyecektir. Başvuru sürelerinin sürelerin yanlış hesaplanması, kanun yolunun yanlış gösterilmesi gibi uygulamalarla da mahkemeye erişim hakkı engellenebilir. Tebligat hukukuna ilişkin hatalar da -örneğin, adres değişikliğinin usulüne uygun şekilde bildirilmiş olmasına rağmen eski adrese tebligat yapılması ve benzeri uygulama yanlışlıkları- mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabilir.
- Kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı bakımından örneğin, taraflarca reddedilen hâkimin bu talebi dikkate almaması ya da haksız yere reddetmesi, yasaklılık hallerinin varlığına rağmen hâkimin davaya bakmaya devam etmiş ve hüküm vermiş olması gibi ihtimaller sayılabilir.
- Aleniyet ilkesi bakımından örneğin, kısa karar ile gerekçeli kararın birbirine uygun olması kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmelidir. Yargıtay kararlarında bu husus aleniyet ilkesi olarak

<sup>52</sup> Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s.338 vd.

<sup>53</sup> Aktepe Artık, s.74 vd.

tanımlanmamakta, “yargıda açıklık ve netlik prensibi”nin gereği olarak gerekçeli kararın kısa karara uygun olmaması kamu düzeyine aykırılık olarak değerlendirilmektedir.<sup>54</sup>

- Hukuki dinlenme hakkı bakımından; usulsüz tebligat, taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesi, taraflara duruşma gününün bildirilmemesi veya bildirilen tarihten önce duruşma yapılması, gerekmediği halde ilan tebligat yapılması, hukuki dinlenme hakkının ilk unsuru olan bilgilendirme hakkını ihlal etmektedir. Kesin süre verilmesine ilişkin uygulamalar, usulüne uygun şekilde kesin süre verilmemesine rağmen kesin sürenin yaptırımının uygulanması, tarafın karara etki etme imkânı ortadan kalktığı için açıklama ve ispat hakkına aykırıdır. Mahkeme kararlarının hükmün denetimine imkân vermeyecek şekilde gerekçesiz olması, tarafların hükme etki edecek nitelikteki iddialarının mahkeme tarafından hiç değerlendirilmemiş olması gibi uygulamalar ise hukuki dinlenme hakkının son unsuru olan dikkate alınma hakkını ihlal edecektir.

Hukuki dinlenme hakkı ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, taraflar mutlaka aleyhlerindeki dava ve iddialardan haberdar edilmelidir. Bu konuda mahkeme tarafından hem bilgilendirilmeli hem de bu iddialara karşı açıklama haklarını kullanmaları sağlanmalıdır. Anılan husus kamu düzenine ilişkin olduğu için uygulamada taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesi Yargıtay tarafından mutlak bozma sebebi olarak görülmektedir.<sup>55</sup> Tarafların

<sup>54</sup> “...Aynı kural 6100 sayılı Kanun’un 294. maddesinde de tekrarlanmış; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 297. maddesinde ise “kararın tefhimi hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur.” 6100 sayılı Kanun’un 298/2. maddesinde de “gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar meydana getirir. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar ve hükmün hedefine ulaşması engellenir. Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz.” Yargıtay 22.HD. E. 2015/12519, K. 2016/17549, T. 13.6.2016; 22.HD. E. 2016/10236, K. 2016/16041, T. 2.6.2016; HGK E. 2014/2-771, K. 2016/504, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>55</sup> “Taraf teşkili kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulur. Taraf teşkili sağlanmadan davanın esası hakkında karar verilmesine imkân yoktur. Bu durumda; taraf teşkili tamamlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 9.HD. E. 2014/35093, K. 2016/11732, T. 10.5.2016; 22.HD E. 2015/5285, K. 2016/12743, T. 28.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Davanın tarafları ile vekillerinin davaya dair işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın davanın taraflarına usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirilebilecek bir diğer ihtimal, tarafların davanın esası ile ilgili göstermiş oldukları delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Bölge adliye mahkemesi, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi bu durumu resen dikkate almalı ve dosyayı delillerin toplanması ve değerlendirilmesi için ilk derece mahkemesine göndermelidir.

Deliller yetersiz bir biçimde toplanmış ve değerlendirilmiş ise, dosya yine ilk derece mahkemesine gönderilmeli midir? Yoksa bölge adliye mahkemesi eksik kalan delilleri kendisi mi toplamalıdır? Bir görüşe göre, deliller yetersiz biçimde olsa dahi toplanmış ve değerlendirilmiş ise artık dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmemeli, istinaf mahkemesi eksiklikleri tamamlayarak dosyanın esası hakkında kendisi karar vermelidir. Dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi istinafın niteliği ile bağdaşmayacak, aynı zamanda davanın uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olacaktır.<sup>56</sup> Bölge adliye mahkemelerinin uygulamadaki eğilimi ise, ilk derece yargılamasında delillerin toplanması aşamasında bir delil dahi eksik bırakılmışsa dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi yönündedir. Bu tercihin sebeplerinden birisi, iş yükü kaygısı iken ikincisi, ilk derece mahkemelerinin delillerin toplanması aşamasında zaman içinde daha özensiz hareket edeceği varsayımdır. Bölge adliye mahkemeleri verdikleri kararlarda, "delillerin hiç toplanmamış veya hiç incelenmemiş olması" sebebini geniş yorumlamakta, delillerin sadece bazılarının toplanmaması veya değerlendirilmemesi halinde dahi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı iade etmektedirler.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Akkaya, s.202, 203; Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006, s.185.  
<sup>57</sup> İstanbul BAM, 14.HD, 6/6, T.08.11.2016 (MİHDER C.13, S.36, 2017/1, s.190). Bun-

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m.353/1/a-6 hükmüne göre, tarafların davanın esası ile ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmamışsa ya da gösterilen deliller hiç değerlendirilmemişse dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Madde hükmündeki "hiçbiri" ve "hiç değerlendirme yapılmamışsa" ifadelerinin, kanun koyucunun eksik delillerin bölge adliye mahkemelerince toplanması yönündeki iradesini yansıttığı söylenebilir. Bununla birlikte hükmün amacı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın çözümü bakımından çok yetersiz bir tahkikat yapılması halinde de hükmün uygulama alanı bulabilmesi gerekir.<sup>58</sup> Öyle ki yetersiz bir tahkikat ile tahkikatın hiç yapılmamış olması arasında sonuç bakımından bir fark yoktur.<sup>59</sup> Her iki halde de taraflar ilk derece mahkemesindeki yargılamada hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmışlardır. Dolayısıyla, önemli olan kaç delilin toplanıp kaç tanesinin eksik bırakıldığından çok, uyuşmazlığın halli için önem arz eden delillerin toplanıp toplanmamasıdır. Bu görüşün kabulü halinde, ilk derece mahkemelerinin zaman içinde delillerin toplanması aşamasında gerekli özeni göstermeme yönünde bir alışkanlık edinecekleri endişesi de ortadan kalkmış olacaktır.

Kanun'un aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olması

---

dan başka örneğin bilirkişi incelemesi talep edilmesine rağmen bilirkişiye başvurmayan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Ankara BAM 21.HD, 69/69, T.08.03.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.31). Davalının cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmasına, tanık listesi vermesine ve gider avansını yatırmasına rağmen davalının tanıklarının dinlenmeden verilen kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Samsun BAM, 7.HD, 110/105, T.14.12.2016 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.32). Tüketici mahkemesinde görülen bir davada alınan bilirkişi raporunun Yargıtay emsal kararındaki hususlar yönünden incelenmediği gerekçesiyle kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bir karar için bkz. Gaziantep BAM, 13.HD, 392/515, 20.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.33). İş sözleşmesinin haksız feshine ve fesihden sonra hak kazanılan aylık ücret alacağına ilişkin davada, emsal aylık ücretin belirlenmesi bakımından eksiklikler bulunması gerekçesiyle kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin bkz. İzmir BAM, 7.HD, 505/535, T.12.04.2017 (Budak/Karaaslan, s.357, dn.34).

<sup>58</sup> Budak'a göre örneğin, taraflar arasında uyuşmazlık bulunan bir boşanma davasında sadece nüfus kaydının getirilmesiyle yetinilmesi halinde de bu hüküm uygulanacaktır. Budak/Karaaslan, s.356-357.

<sup>59</sup> Budak/Karaaslan, s.356-357.

nın gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Bu ise ancak gerekçe ile mümkündür. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi sebeple haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi sebeple o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.<sup>60</sup>

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona paralel bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK'nın 297. maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. AİHS m.6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ve onun bir unsuru niteliğindeki hukuki dinlenme hakkının sağlanması açısından da mahkeme kararlarının "gerçek" gerekçeler ile yazılması bir zorunluluktur. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesiz ya da eksik gerekçeli olması, istinaf mahkemesi tarafından resen dikkate alınmalıdır.

- Silahların eşitliği ilkesi bakımından, örneğin bir tarafın hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri kullanması ya da dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşmada taraflara eşit imkânlar tanınmamış olması, mahkeme tarafından resen dikkate alınması gereken yargılama hatalarıdır. Bilirkişi raporunun ticari sırların açığa çıkacağı gerekçesiyle diğer tarafla paylaşılmamış olması, ya da bilirkişinin incelemesini gerçekleştirirken taraflardan biri ile görüşmesi ve diğer tarafı haberdar etmemesi (HMK m.278/3) gibi uygulamalar yine silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır.

Dava şartları ve adil yargılanma hakkının unsurları dışında, kamu düzeni ile ilişkilendirilen diğer usul hukuku kurallarına aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür:

<sup>60</sup> Yargıtay HGK, E. 2015/2-2345, K. 2016/604, T. 11.5.2016; HGK E. 2014/958, K. 2016/333, T. 16.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- Medeni yargılama hukukuna hâkim ilkelere aykırılık halleri, temel yargısal hata olacağından istinaf incelemesinde mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, tasarruf ilkesi ve bununla bağlantılı olarak taleple bağıllık ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin belli bir yargılama kesitine kadar sunulması anlamına gelen teksif ilkesi medeni yargılamaya temel niteliğini veren ilkelerdir. Yargılama kuralları bu ilkelere dikkat edilerek şekillendirilmekte olduğundan gerek taraflar gerekse mahkeme bu ilkeleri her bir yargılama kesitinde gözetmek yükümlülüğü altındadır. Bu ilkelere aykırı olan bir yargılamadan sağlıklı sonuç beklemek de mümkün olmayacaktır.<sup>61</sup> Eğer ilk derece mahkemesi davacının talep ettiğiinden fazlasına karar verdiyse istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılacak, taleple sınırlı olacak şekilde yeniden esas hakkında karar verilecektir. Söz konusu durum, temyiz incelemesi bakımından da esasa etkili bir usul hatası teşkil edecek ve bozma sebebi sayılacaktır.<sup>62</sup> Bunun sebebi, taleple bağıllık ilkesinin kamu düzenine ilişkin olmasıdır.<sup>63</sup> Bunun gibi, ilk derece mahkemesinde yargılama hukukuna hakim ilkelerin ihlal edilmiş olması halinde, taraflar istinaf dilekçelerinde bu aykırılıktan bahsetmemiş olsalar dahi BAM bu ihlali kendiliğinden inceleme konusu yapmalıdır.
- Bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin olmadığı durumlarda, tarafların ikisi de bozmaya uyma kararı verilmesini talep etmişler ise direnme kararı verilememesi gerekliliği kamu düzenine ilişkin sayılarak Yargıtay’ca resen incelenmektedir.
- İlk derece mahkemesinin Yargıtay’ca verilen bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına doğan oluşan usuli müktesep hak kamu düzenine ilişkindir.<sup>64</sup> Bununla birlikte belir-

<sup>61</sup> Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s.782.

<sup>62</sup> Budak/Karaaslan, s.83.

<sup>63</sup> Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.406. Ayrıca bkz. Akkaya, İstinaf; İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.

<sup>64</sup> “Belirtilmelidir ki; bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. “Usuli kazanılmış hak” olarak tanımlanan bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirmektedir (9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı Y.İ.B.K.).

tilmelidir ki usuli müktesep hakkın yine kamu düzeni düşüncesi ile kabul edilen istisnaları vardır ve bunlar da mahkemece resen gözetilecektir.<sup>65</sup>

- HMK'da temyiz için kabul edilen kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilişkilendirilmektedir.<sup>66</sup> Buradan hareketle istinaf kanun yolundaki kesinlik sınırı için de aynı niteliği kabul etmek ve mahkemece resen inceleme yapılmasını beklemek tutarlı olacaktır.
- Hükmün kapsamı başlıklı 297. maddenin ikinci fıkrasına göre, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Anılan kural kamu düzenine ilişkin kabul edildiği için bozulan karara atıf yapılarak yeni hüküm oluşturulması halinde yeni hüküm bu sebeple bozulmaktadır.<sup>67</sup> Zira bozma ile birlikte önceki

---

Bu ilke kamu düzeni ile ilgili olup, Yargıtay'ca kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Hâkimin değişmesi dahi açıklanan bu hukuki ilkeye etki yapamaz." Yargıtay 3.HD. E. 2015/17351, K. 2016/10160, T. 27.6.2016; 21.HD. E. 2016/11030, K. 2016/10367, T.21.6.2016; 10.HD. E. 2016/9241, K. 2016/10035, T. 16.6.2016; E. 2016/1575, K. 2016/9253, T. 8.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>65</sup> "Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Buna göre mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi ( 9.5.1960 gün ve 21/9 Sayılı YİBK ) ya da geçmişe etkili yeni bir kanun çıkması durumunda, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Yine, uygulanması gereken bir kanun hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir. Bunların yanı sıra ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez ( Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-6. Baskı, cilt 5, s. 4771 vd., 2001 )." Yargıtay HGK E. 2014/16-1064, K. 2016/507, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>66</sup> "Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına dair nihai kararlar HUMK'un 426/A maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız davaya konu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkâr) tazminatı, vekâlet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz." Yargıtay 9.HD. E. 2016/15886, K. 2016/12592, T. 30.5.2016; E. 2016/6047, K. 2016/11487, T. 9.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>67</sup> "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesi uyarınca, mahkeme kararlarının; ...hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen

hüküm ortadan kalkarak hukukî geçerliliğini yitirir. Mahkemece bozulan karara atf yapılarak yeni hüküm oluşturulmamalıdır.

- Harçlarla ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olduğundan ilgililer ileri sürmese dahi mahkemece resen nazara alınması gerekir.<sup>68</sup>
- Görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen 20. maddedeki iki haftalık süreye uyulmamasının sonucunda davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kural Yargıtay'ca kamu düzeni kapsamında değerlendirilmekte ve sürenin geçirilmesinden sonra başvuru yapılması halinde ilk derece mahkemesince davanın açılmamış sayılmasına karar vermek yerine inceleme yapılması bozma sebebi kabul edilmektedir.<sup>69</sup>
- Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunluluğu kamu düzenine ilişkindir.

---

borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyanırmayacak şekilde gösterilmesi zorunludur. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, hükmün infazında zorluklara ve tereddütlere, yargılamanın ve davaların gereksiz yere uzamasına, davanın tarafı bulunan kişi ve kurumların mağduriyetlerine sebebiyet verecek ve kamu düzenini ve barışını olumsuz yönde etkileyecektir. Somut olayda, bozma sonrası mahkemece "Yargılama giderleri, Mahkeme harcı ve vekâlet ücreti hususlarında bozma ilamından önce Mahkememizin kararı ile bu hususlarda karar verildiğinden ayrıca karar verilmesine yer olmadığına," gerekçesi ile yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilamında ve Dairemizin emsal kararlarında belirtildiği gibi, Yargıtay'ca bozulan karar, sonraki kararın eki niteliğinde değildir. Bozma ile birlikte önceki hüküm ortadan kalkarak hukuki geçerliliğini yitirir. Mahkemece bozulan karara atf yapılarak yeni hüküm oluşturulamaz." Yargıtay 22.HD. E. 2016/14875, K. 2016/17973, T. 16.6.2016; 9.HD. E. 2016/9705, K. 2016/11859, T. 11.5.2016; HGK, E. 2015/2-2345, K. 2016/604, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>68</sup> "Davalı ... kredi kartı hamili olup aleyhine açılacak davalar bakımından harçtan muaf olmadığından ve harç kamu düzenine dair olduğundan re'sen gözetilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece, davalının karar ve ilam harcı ile sorumlu tutulması gerekirken davalının tüketici olduğundan bahisle harç alınmasına yer olmadığına ve davacı tarafından yatırılan peşin harcın iadesi şeklinde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerektirmiştir." Yargıtay 19.HD. E. 2015/11625, K. 2016/4543, T. 15.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>69</sup> "O halde, borçlu vekili, HMK'nın 20/1. maddesinde öngörülen iki haftalık yasal süreden sonra dosyanın yetkili icra mahkemesine gönderilmesi isteminde bulunduğu, mahkemece, kamu düzeni ile ilgili olan HMK'nın 20/1. maddesi uyarınca re'sen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." 12.HD. E. 2016/10170, K. 2016/13841, T. 11.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

## 2. Maddi Hukukta Kamu Düzenine İlişkin Haller

Maddi hukuka dayanan kamu düzenine aykırılık hallerini ikili bir ayırma tabi tutmak uygun olacaktır. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, davanın kendisi kamu düzenini ilgilendirdiği için dava malzemesinin tamamı bölge adliye mahkemesi tarafından resen incelenecek ve araştırılacaktır. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise yalnızca kamu düzenini ilgilendiren birtakım özel meseleler bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır.

### a. Davanın/ Uyuşmazlığın Kendisinin Kamu Düzenini İlgilendirdiği Haller

Kamu düzenini ilgilendiren davalar, medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin istisnaları olarak kabul edilir. Bu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Mahkeme, kural olarak tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillerle bağlı olmayıp kendisi de vakıaları araştırabilir, delilleri inceleyebilir. Mahkeme de taraflar yanında olayların ve delillerin mahkemeye getirilmesi konusunda görevli ve yetkili kılınmıştır.<sup>70</sup> Kanun yolunda tarafların ileri sürdükleri hukuka aykırılık iddiaları ile bağlı kalınmaz, mahkeme ilk derece yargılamasının hukuka uygunluk denetimini kendiliğinden yapar.

- Aile hukukuna ilişkin davalar (boşanma, evliliğin feshi, evlat edinme, velayet<sup>71</sup> vb.)
- Cinsiyet değiştirme davaları,
- Nüfus kaydının düzeltilmesi davaları,
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun uygulamasına ilişkin davalar,
- Sendikaların kapatılmaları ya da faaliyetlerine son verilmesi için Cumhuriyet Savcılığınca açılan davalar,
- Vakfın kuruluşu ve tescilinin uygunluğuna ilişkin davalar,

<sup>70</sup> Pekcanitez/Atalay/Özeker, s.224.

<sup>71</sup> "Velayet kamu düzeni ile ilgili olup, çocuğun üstün yararı zorunlu kılmadığı müddetçe tarafların bu konuda anlaşmaları ya da davalının davayı kabulü tek başına hukuki sonuç doğurmaz." 2.HD. E. 2016/4037, K. 2016/7656, T. 14.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

- Tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davalar<sup>72</sup> (sahtecilik ve yolsuz tescil iddiaları.<sup>73</sup>)
- İş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili davalar (çalışma sürelerinin tespitine ilişkin davalar,<sup>74</sup> işçi sağlığı ve iş güvencesi mevzuat hükümlerine dayanan davalar,<sup>75</sup> sosyal güvenlik hukuku ile ilgili

<sup>72</sup> “Kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, 14. Hukuk Dairesi’nce: Davanın, Türk Medeni Kanunu’nun 1027. maddesine göre tapu kaydında yazılı ismin nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesi istemine dair olduğu, bu tür davaların tapu sicilinin düzenli tutulmasını amaçladığından kamu düzeni ile ilgili bulunduğu, tapu kayıtlarının nüfus siciline uygun hale getirilmesi için her zaman yeni bir dava açılacağından davanın kesin hüküm sebebiyle reddinin doğru olmadığı, gerekçesiyle bozulmuş; mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, iddianın ispatlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Yargıtay 1.HD E. 2014/18139, K. 2016/6897, T. 6.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>73</sup> “Hukuki sebeplerden bir tanesinin öteki hukuki nedenin incelenmesine olanak verir nitelikte bulunduğu sürece önem ve lüzum derecesine göre birden fazla hukuki sebep aynı davada inceleme ve araştırma konusu yapılabilir. Nitekim yargısal uygulama bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Öyle ise, dava dilekçesinde ileri sürülen ve kamu düzeni ile ilgili bulunan sahtecilik ve yolsuz tescil iddiasının öncelikle araştırılması gereklidir. Sahteciliğin veya yolsuz tescilin saptanması hâlinde öteki nedenlerin incelenme gereğinin ortadan kalkacağı hususları dikkate alındığında öncelikle bu nedenler üzerinde durulması gerektiği kuşkusuzdur.” 1.HD. E. 2016/5779, K. 2016/5160, T. 27.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>74</sup> Davalı işverenlere ait işyerinde 2008 yılı Haziran ayından 2010 yılı Haziran ayına kadar hizmet akdine tabi olarak geçen ve davalı Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespitine dair davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun’un 79/10 ve 5510 sayılı Kanun’un 86/9 maddesi olup anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına dair bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur.” Yargıtay 10.HD. E.2016/10148, K.2016/10895, T.30.6.2016; 10.HD. E. 2016/7604, K. 2016/10347, T. 21.6.2016; 10.HD. E. 2016/3594, K. 2016/10343, T. 21.6.2016; 10.HD. E. 2015/25275, K. 2016/10155, T. 20.6.2016; HGK E. 2014/21-926, K. 2016/582, T. 4.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>75</sup> “Anayasanın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtiltikten sonra “yaşama hakkı” güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir. Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık koşullarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak önlemleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan, yapılmakta olan iş sebebiyle işçinin vücut

davalar,<sup>76</sup> kıdem tazminatı ile ilgili davalar,<sup>77</sup> sigorta giriş bildirgesinin iptali, sigorta başlangıcının tespiti davaları,<sup>78</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.43 uyarınca açılan yetki tespitine itiraz davaları<sup>79</sup> vb.).

- İflas ve iflasın ertelenmesi davaları bölge adliye mahkemesinin re sen araştırma ve inceleme yapacağı davalara örnek olarak sayılabilir.<sup>80</sup>

---

tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir. Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının belirlenmesi işidir. Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak önlemlerin neler olduğunun saptanmasıdır. Mevzuat hükümlerince öngörülmemesine karşın, alınması gerekli başka bir tedbir varsa, bunların da tespiti zorunluluğu açıktır. Anılan önlemlerin işverence tam olarak alınıp alınmadığı (=işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin önlemlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (=işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı belirlenecektir. Sorumluluğun saptanmasında kural, sorumluluğu gerektiren ve kanunda belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini göz önünde bulundurmamak ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir." 10.HD. E. 2016/455, K. 2016/6630, T. 25.4.2016; E. 2015/4147, K. 2016/6637, T. 25.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>76</sup> "Somut olayda; dava davalının maluliyet oranının yeniden tespiti istemli olup maluliyet oranının tespitine dair kurulacak hükmün sosyal güvenlik hukukunun kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle Mahkemece Yüksek Sağlık Kurulu ve .... Kurumu'ndan mevcut sağlık raporları ve diğer tıbbi belgeler doğrultusunda re'sen rapor alınması..." 21.HD. E. 2016/1792, K. 2016/3130, T. 29.2.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>77</sup> "Öte yandan kıdem tazminatı kamu düzeni ile ilgili olup dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre Türk Lirası olarak hüküm altına alınması gerekmektedir." 22.HD. E. 2014/35767, K. 2016/8605, T. 17.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>78</sup> "Bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına dair davalar kamu düzeni ile ilgili olup, ispatı için özel bir usul öngörülmemiştir. Resmi belge veya yazılı delil esas ise de; somut bilgilere dayanması ve inandırıcı olmaları koşuluyla tanık beyanları ile de ispatı mümkündür." Yargıtay 10. HD. E. 2016/4106, K. 2016/5424, T. 12.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>79</sup> "6356 sayılı Kanun'un 43. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece tespiti konu işyeri veya işletmede çalışan işçi ve üye sayısı, başvuru tarihi itibarıyla kesin olarak tespit edilmelidir." Yargıtay 9.HD. E. 2016/14034, K. 2016/12874, T. 31.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>80</sup> "Davacı şirketin talebi borca batık olan şirketin iflasın ertelenmesine yöneliktir. Davacı şirketin İİK'nın 179 ve TTK'nın 376. maddeleri uyarınca iflasına karar verilebilmesi için borca batıklığın tespiti şarttır. İflas kamu düzenine dair olup, mahkemece bu tespit yapılması için davacı tarafça bilirkişilerin ücretinin karşılanması için avans yatırılmaması halinde HMK'nın 325. maddesi uyarınca bu giderin ileride ilgili taraftan tahsil edilmek üzere hazineden ( suçüstü ödeneğinden)

## b. Taraflarca Getirilme İlkesinin Geçerli Olduğu Davalarda Kamu Düzeni

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda, kamu düzenini ilgilendiren bir takım özel hususlar söz konusu ise yalnızca bunlar BAM tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Hak ehliyeti ve fiil ehliyetine ilişkin eksiklikler<sup>81</sup> kamu düzenine ilişkin sayıldığından mahkemece resen inceleme konusu yapılmalıdır. Bilindiği üzere; davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin, kendi iradesi ile hak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Bu husus mahkeme tarafından resen gözetilmeli ve araştırılmalıdır.

Taşkın yapı sahibinin iyi niyetli olduğu iddiasının doğruluğu resen araştırılmalıdır. Bu hususun kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilmektedir.<sup>82</sup>

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/d maddesi gereğinin-

---

karşılanması gerekir." Yargıtay 23.HD. E. 2015/691, K. 2016/1482, T. 10.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>81</sup> "Hâl böyle olunca, hukuki ehliyetsizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek önemine binaen öncelikle incelenmesi, yukarıda değinilen ilker çerçevesinde gerekli araştırma ve incelemlerin yapılması, temlik tarihinde mirasbırakanın ehliyetli olup olmadığı yönünde Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması, ehliyetsiz olduğunun saptanması halinde davanın kabulüne karar verilmesi; ehliyetli olduğunun anlaşılması halinde muris muvazaası hukuksal nedeni üzerinde durularak varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir." 1.HD. E. 2014/16649, K. 2016/4754, T. 19.4.2016; HGK E. 2014/8-726, K. 2016/500, T. 13.4.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>82</sup> TMK'nın 725. maddesinin uygulanabilmesini haklı gösterecek en önemli koşul yapı malikinin iyiniyetli olmasıdır. Bu maddede iyi niyetin tanımı yapılmamışsa da aynı Kanun'un 3. maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyi niyet olduğunda kuşku yoktur. Yapı malikinin kendinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşın, sınırı aştığını bilmesi veya bilecek durumda olmaması yahut sınırı aşmasında yasaca korunabilecek bir nedenin bulunması onun iyi niyetini gösterir. Yapı yapan kişinin iyi niyetli olmaması aşırı zarar bulunup bulunmadığına bakılmaksızın taşın kısmın yıkılması sonucunu doğuracağından iyi niyet üzerinde önemle durulmalı, olaylar, karineler, tüm taraf delilleri bir arada özenle değerlendirilmelidir. Kural olarak iyi niyetin ispatı 14.2.1951 tarih 17/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca taşkın yapı malikine ait ise de iyi niyet sav ve savunması def'i olmayıp itiraz niteliği taşıdığından ve kamu düzeni ile ilgili bulunduğu mahkemece kendiliğinden ( re'sen ) göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay 1.HD, E. 2016/7103, K. 2016/6917, T. 6.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

ce, noterlerce yapılmayan her çeşit araç satış ve devirleri geçersizdir. Bu kural kamu düzeninden sayılmaktadır.<sup>83</sup>

İcra iflas hukukunda Yargıtay içtihatları ile kamu düzeni kapsamına alınan hususlara aşağıdaki örnekler verilebilir:

- İİK m.148 ve 149/b maddeleri uyarınca asıl borçlu hakkında takip yapılmadan sadece ipotek veren hakkında rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması mahkemece resen dikkate alınması gereken bir eksikliktir. Zira asıl borçlu ile birlikte rehin veren aleyhine takip yapılmasına dair düzenleme kamu düzenine ilişkindir.<sup>84</sup>
- Takip talebinde ve ödeme emrinde yabancı paranın Türk Lirası olarak karşılığının gösterilmesi gerekliliği kamu düzenine ilişkindir.<sup>85</sup>
- İİK m.45'e göre rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak rehlin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Buradaki önce rehlin paraya çevrilmesi zorunluluğu kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Yargıtay 17.HD. E. 2015/17398, K. 2016/3831, T. 28.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>84</sup> "Anılan yasal düzenlemeye göre, aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan borçlu ile rehin veren 3. şahıslar hakkında birlikte takip yapılmalıdır. Somut olayda asıl borçlu... hakkında takip yapılmadığı tespit edilmiştir. Bu eksiklik sonradan tamamlanmayacağı gibi kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan takibin her aşamasında ve süresiz olarak ileri sürülebilecek nitelikte olup mahkemece kendiliğinden de göz önüne alınması gereken hususlardandır." Yargıtay 12.HD. E. 2016/3730, K. 2016/7050, T. 10.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>85</sup> "İİK'nın 58/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip talebname-sinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, İİK'nın 60/1. maddesi gereğince ödeme emri için de geçerlidir. Somut olayda ödeme emrinde yabancı para alacağının Türk Parası karşılığı gösterilmiş olmakla birlikte takip talebname-sinde söz konusu yasa hükmünün yerine getirilmediği görülmüştür. Bu noksanlık kamu düzeni ve devletin hükümlerlik hakları ile ilgili olup, süresiz şikâyet nedeni olduğu gibi, takibin her safhasında doğrudan doğruya göz önünde tutulmalıdır. (HGK 12.05.1999 Tarih, 1999/12-271 Esas, 1999/301 Karar sayılı kararı)" 12.HD. E. 2015/31737, K. 2016/8647, T. 23.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>86</sup> "İİK'nın 45. maddesinde; "Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehlin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme kamu

- İİK' da takip ve talik hallerini düzenleyen hükümlerin kamu düzeni ile ilişkilendirildiği Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin terekenin borçlarıyla ilgili 53.maddeye aykırılıkların kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle süresiz şikâyet konusu olacağı belirtilmektedir.<sup>87</sup>
- Kanunlarda haczi mümkün olmayan mallara ilişkin düzenlemeler kamu düzeni ile ilgili görüldüğünden bu kurallara aykırılık halinde başvurulacak şikâyetin süresiz olacağı belirtilmektedir.<sup>88</sup>

## SONUÇ

İstinaf dilekçesinde, hiç sebep ve gerekçe gösterilmemesi halinde istinaf mahkemesi, kamu düzenine aykırı durumların varlığını tespit ettiği takdirde, istinaf dilekçesini hemen reddetmeyecektir. Bu durumda incelemesini kamu düzenine aykırılık teşkil eden husus veya hususlar üzerinde gerçekleştirecek ve inceleme sonunda kamu düzenine aykırılığın niteliğine göre gerekli kararı verecektir. Bununla beraber, hiç sebep ve gerekçe gösterilmeyen istinaf talebi hakkında gerekli inceleme yapıldığında kamu düzenine aykırı bir durum tespit edilememişse istinaf mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine karar verecektir. İstinaf incelemesinin kural olarak sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde

düzenine dair olup, İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabidir." Yargıtay 12.HD. E. 2015/32415, K. 2016/9597, T. 31.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).  
<sup>87</sup> "İİK'nın 53. maddesine göre; borçlunun ölüm günü ile beraber üç gün içinde takip geri bırakılır. Mirasçı mirası kabul veya reddetmemişse mirası ret süresince mirasçılar hakkında takip yapılamaz. Bu maddenin uygulanabilmesi için icra takibinin mirasın reddi süresinde yapılması ya da murisin takibe başlandıktan sonra ölmüş olması gerekir. İİK'nın 53. maddesine aykırı olarak takip yapılması ya da takip işlemlerine devam edilmesi nedenlerine dayalı olarak ilgililer İİK'nın 16.maddesi uyarınca icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler. İİK'nın 53.maddesine aykırılık iddiası ise kamu düzeni ile ilgili olduğundan İİK'nın 16/2.maddesi uyarınca şikâyet süresiz olacaktır." Yargıtay 12. HD. E. 2016/8991, K. 2016/12835, T. 2.5.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>88</sup> "442 sayılı Köy Kanunu'nun 8. maddesinde, köyün orta mallarının, devlet malı gibi korunacağı hüküm altına alınmış olduğundan, köy orta malları haczedilemez. Köy orta malı, köy tüzel kişiliğinin taşınır ve taşınmaz tüm mallarını kapsayan bir kavramdır.... Somut olayda, şikâyete konu taşınmazların, borçlu köy tüzel kişiliği adına çayır vasfı ile kayıtlı olduğu görülmektedir. Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere, köy orta malı kavramı, köy tüzel kişiliğinin fark gözetilmeksizin bütün taşınmaz mallarını içine aldığından mahcuz taşınmazlar da, köyün orta malı olup; haczi mümkün değildir. Bu kapsamda yapılan şikâyet ise kamu düzeni ile ilgili olduğundan İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz olacaktır." Yargıtay 12.HD. E. 2015/33089, K. 2016/9111, T. 29.3.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte kamu düzenine aykırılık halinde taraflarca belirtilen istinaf sebepleriyle bağlı olmaksızın resen inceleme yapılabilecektir. HMK m.355 hükmü ile kamu düzeni, sebebe bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

Bölge adliye mahkemesinin resen inceleme yetkisinin sınırlarını belirlemek bakımından istinafta kamu düzeni kavramının içeriği netleştirilmelidir. Kanaatimizce, gerek medeni usul hukuku gerekse maddi hukukta kamu yararı/kamu düzeni düşüncesi ile öngörülmüş olan kurallara aykırılık halleri bölge adliye mahkemesi tarafından kendiliğinden inceleme konusu yapılmalıdır. HMK m.355'te ifade edilen kamu düzeni kavramı yalnızca usul hukukundaki kurallara aykırılık olarak anlaşılmamalıdır.

Hangi kuralların kamu düzeni düşüncesi ile öngörüldüğünü belirlemek her zaman kolay olmayabilir. Bu konuda, doktrindeki görüşlerden ve Yargıtay kararlarından faydalanılacaktır. Ayrıca ilgili hukuk kuralının yer aldığı madde gerekçeleri de yol gösterici olabilir. Sözü edilen kaynaklardan faydalanılarak, bu çalışma kapsamında kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilebilecek hallere örnekler verilmiştir. Medeni usul hukuku hükümleri Yargıtay tarafından esas itibarıyla emredici karaktere haiz hükümler olarak algılanmakta olduğundan bu hükümler bakımından sebeple bağlılık ilkesinin uygulama alanı oldukça daralmaktadır. Maddi hukuk hükümleri bakımından ise bir ayırım yapmak ve uyumsuzluğun kendisinin kamu düzenini ilgilendirdiği davalarda resen araştırma ilkesi uygulandığından, bu davaların sebeple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturduğunu kabul etmek gerekmektedir. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise belirli bazı hususlar kamu düzeni ile ilişkilendirildiğinde bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınacaktır.

### Kaynakça

- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- Aktepe Artık Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Alangoya H. Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren- Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.

- Albayrak Adem, 6100 sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2016.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2016.
- Atakan Arda, Kamu Düzeni Kavramı, *MÜHF-HAD*, C.13, S.1-2, s.59 vd.
- Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, Helbing Linchtahn, 2011.
- Bolayır Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Ankara 2009.
- Budak Ali Cem /Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3.Baskı, Ankara 2016.
- Deren- Yıldırım Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003.
- Deren- Yıldırım Nevhis, "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, S.1-2, s.142 vd.
- Gilles Peter, "2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi" (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.19 vd.
- Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.
- Hohl Fabienne, Procédure Civile, Tome II, Compétence, délais, Procédure et voies de recours, 2eme édition, Berne 2010.
- Jeandin Nicolas, "Les Voies de droit et l'exécution des jugements" Le Projet de Code de Procédure Civile Fédérale (Edité par Lukic Suzana), Lausanne, Cedidac, 2008, s.333 vd.
- Konuralp Haluk, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Konuralp Haluk, Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016.
- Meraklı Yayla Deniz, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.
- Oğuzman M. Kemal/ Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- Özekes Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.Bası, Ankara 2016.
- Öztek Selçuk, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı" Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000.

- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 4.Bası, Ankara 2016.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3.Bası, Ankara 2016.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Bası 6, İstanbul 1975.
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.406.
- Tanrıver Süha, Haluk Konuralp'in Tebliği Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Tanrıver Süha, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD Mart-Nisan 2012, S.99.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- Dennis Tappy, "Les Voies de droit de nouveau code de Procédure Civile", Journal des Tribunaux, JdT 2010 III, s.115 vd.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Yıldırım M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.
- Yıldırım M. Kamil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, TBB Yayını, s.88 vd.
- Yıldırım Mehmet Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflas Hukuku,7.Baskı, İstanbul 2016.
- Yılmaz Ejder, İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara 2013.
- Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2007.