

# İSTİNAF YARGILAMASI

## APPEAL COURT JUDGMENT

Ayşegül ATAY COŞKUN\*

**Özet:** 07.11.2015 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan karar uyarınca, 5235 sayılı kanun ile düzenlenen bölge adliye mahkemeleri, 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmiştir. Bu mahkemeler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu doğrultusunda, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yapılacak olan istinaf başvurularını incelemekle görevlidirler. Bu çalışmamızda, bölge adliye mahkemelerinde yürütülecek istinaf yargılaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İstinaf, İstinaf Yargılaması, Bölge Adliye Mahkemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu

**Abstract:** In accordance with the decision published in the Official Gazette on 07.11.2015, appeal courts enacted by the law no.5235, put into action on 20.07.2016. Appeal courts are charged with the examination of the legal remedy of the appeal lodged against the judgments of the courts of first instance. In this study, it is aimed to examine the appeal judgment prosecuted by appeal courts, in the light of regulations in Code of Civil Procedure.

**Keywords:** Appeal, Appeal Judgment, Appeal Courts, Code of Civil Procedure

## GİRİŞ

2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’la, ülkemizde iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sisteminden, üç dereceli (ilk derece-istinaf-temyiz) yargılama sistemine geçilmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede, 5236 sayılı Kanun’la 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklik ya-

\* Avukat, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0003-4110-8969

pılmış; daha sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da kanun yolu olarak bu yeni sistem kabul edilmiştir. Şüphesiz ki, bu yeni düzenlemenin getirdiği en önemli yenilik, istinaf kanun yolu ve bu kanun yolunun işlemlerini sağlayacak olan bölge adliye mahkemeleridir (BAM).

İstinaf yolu ile ilgili çalışmalar, uzun süre önce başlamasına rağmen, altyapı ve personel yetersizliği gibi sebeplerle, BAM'lar 2016 yılına kadar görev yapamamıştır. Nihayet Adalet Bakanlığı'nun 07.11.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca, BAM'ın, 20.07.2016 tarihinde, tüm yurtda göreve başlayacağı ifade edilmiştir. Ne yazık ki belirtilen tarihe kadar, istinaf kanun yolu ile ilgili eğitimler tamamlanamamış; altyapı, personel yetersizliği ile ilgili sıkıntılar bütünüyle giderilememiştir. BAM'lar, 20.07.2016'da, belirlenen bölgelerde, bu olumsuz koşullarda faaliyete başlamıştır.

İstinafın öncelikli amacı, ilk derece mahkemesince verilen kararı, hem maddi hem de hukuki yönden denetleyerek, gerekirse yeniden gözden geçirmektir.<sup>1</sup> İstinafla ilgili iki temel sistem mevcuttur: Geniş anlamda istinaf sisteminde, ilk derece yargılamasındaki gibi, aynen, yeniden inceleme yapılmakta; maddî mesele, ortaya çıkan değişiklikler ve bir sınırlamaya tabi olmaksızın, ileri sürülebilen yeni delil ve olaylar göz ardı edilmeksizin<sup>2</sup> yeniden ele alınıp incelenmektedir.<sup>3</sup> Dar anlamda istinaf sisteminde ise, ilk yargılamadaki her şey yenilenmemekte, ilk yargılama baştan sona aynen tekrarlanmamakta, maddî olay incelemesi yapılmakla birlikte; kural olarak, özellikle ilk derecede ileri sürülmeyen (sürülemeden değil) hususlar incelenmemektedir.<sup>4</sup> Ülkemizde dar anlamda istinaf sistemi kabul edilmiştir.

İşte istinaf kanun yolunu etkin şekilde hayata geçirecek, bu önemli yeniliğin hukuk sistemimize katkı sunmasını sağlayacak olanlar, başta BAM hakimleri olmak üzere, hukuk uygulayıcılarıdır. Bu çalışma-

<sup>1</sup> Muhammet Özkes, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:134, Şen Matbaası, 1.Baskı, Şubat 2008, s.7.

<sup>2</sup> Ejder Yılmaz, Medeni Yargıda İstinaf (İstinaf), Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2005, s.21.

<sup>3</sup> Muhammet Özkes/Pekcanitez Hakan, İzmir Barosu Sunumu, (<http://www.izmirbarosu.org.tr>, Erişim Tarihi: 20.10.2016)

<sup>4</sup> Yılmaz, s.22; Özkes, Sunum, (Erişim Tarihi:20.10.2016).

mızda, BAM tarafından yapılacak istinaf incelemesi ve yargılamasının temel özellikleri, HMK'nın 351-360. maddeleri çerçevesinde ele alınacaktır.

## I. Ön İnceleme Yapılması ve Bu Aşamada Görüşülecek Hususlar

Her hukuk düzeninde olduğu gibi hukukumuzda da ilk derece mahkemesinde dava açma imkanından farklı şekilde, kanun yollarına başvurma imkanına bazı sınırlamalar getirilmiştir: İşte ön inceleme aşaması, istinaf talebinin, kanuni çerçeveye uygunluğunun değerlendirildiği, başvurunun esas hakkında karar verilmesini engelleyen usuli bir eksiklik olup olmadığı incelendiği ve işin esasına girilmediği bir aşama olması bakımından, bu sınırlamalardan biridir.<sup>5</sup> Öte yandan istinaftaki ön inceleme ile ilk derece yargılamasındaki ön inceleme farklıdır; aşamaların isimleri aynı olsa da amaçları ve yapılan işlemler değişmektedir.<sup>6</sup> Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları ile Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 18. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, istinaftaki ön inceleme aşamasının, daha çok temyizdeki ön inceleme aşamasına benzediği söylenebilir.<sup>7</sup>

Aslında ön inceleme aşamasının başlamasından önce, yazılı yargılama usulünde gördüğümüz dilekçeler aşaması da mevcuttur; ancak bu bölümün BAM'ın önünde cereyan etmemesi ve artık istinaf aşamasında, dilekçeler safhasının tamamlanmış olmasından dolayı,<sup>8</sup> çalışmamızda ön inceleme aşamasından itibaren yaşanacak safhalar hakkında ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

İstinaf yargılamasında ön inceleme aşamasının öncelikli amacı

<sup>5</sup> Haluk Konuralp, "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul" (BAM'da Usul), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2003, s.257; Tolga Akkaya,, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.241; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, 2011, s.566.

<sup>6</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, 2017, s.466; Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku C:3 (Pekcanitez Usul), On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2235.

<sup>7</sup> Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ekim 2017, s.343.

<sup>8</sup> Haluk Konuralp, " Medeni Yargılama Hukukunda Bölge Adliye Mahkemelerinin İşlevi" (BAM'ın İşlevi), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2003, s.91.

şöyledir:<sup>9</sup> “Kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, hemen gerekli kararın verilmesine olanak tanınmak istenmiştir. Dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin iş alanına girmesi, ilk derece mahkeme kararının kesin olması, istinaf yoluna başvurunun süresi içinde yapılmamış olması ve asgari başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, örneğin başvuru dilekçesinin, başvuru kararı yeterli kadar belli edecek kayıtları taşımaması halleri, zaten açıklanmaya muhtaç değildir. Kaldı ki bu hallerden bir kısmında, örneğin başvurunun yasal süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda, bunu ilk derece mahkemesi de 346. madde hükmü uyarınca, göz önüne alarak, başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçenin, başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması halinde ise, bölge adliye mahkemesi, 355. maddenin ikinci cümlesi uyarınca, sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir”. Böylelikle, bir düzen içinde, gereksiz emek ve zaman kaybı önlenerek, usul ekonomisine daha uygun bir inceleme yapılma imkanı olacak ve BAM’ın iş yükü lüzumsuz şekilde artmayacaktır.<sup>10</sup> Öte yandan bu aşamada tespit edilemeyen hukuka aykırılıklar, esas inceleme sırasında tespit edilirse, BAM’ın istinaf başvurusunu, o aşamada reddetme imkanı bulunmaktadır.<sup>11</sup>

Esasen esas inceleme aşaması için düzenlenmiş, incelemenin şekline ilişkin HMK’nın 354. maddesini, evleviyetle ön inceleme aşaması bakımından da uygulayabiliriz:<sup>12</sup> Ön inceleme, davanın özelliğine göre, heyet halinde yapılabileceği gibi, görevlendirilecek bir üye vasıtası ile de yapılabilecektir. Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama, “esastan inceleme” bölümünde olacaktır.

<sup>9</sup> Ön inceleme ile ilgili hükmün gerekçesi için bkz. Yılmaz, s.71; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2016, s.592.

<sup>10</sup> Türkiye Adalet Bakanlığı Hollanda Yargı Konseyi İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi AB-Eşleştirme Projesi, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi, s.46; Nesibe Kurt Konca/Ceren Damar; “İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu”, *TBB Dergisi*, Ankara 2016, s.187-230; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:3 (HMK Şerhi), Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2017, s.3267.

<sup>11</sup> Akkaya, s.241.

<sup>12</sup> İbrahim Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı”, [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr), S.9, (Erişim Tarihi: 20.10.2016); Akkaya, s.241.

HMK'nın, doğrudan doğruya istinaf başvurusunun kendisine ilişkin usul kuralları ile ilgili<sup>13</sup> 352. maddesi uyarınca, "bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir; *eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.*"

Ön inceleme, istinaf denetimi yapılmasının mümkün olup olmadığını saptayabilmek için dosya üzerinden<sup>14</sup> yapılan şekli bir safhadır.<sup>15</sup> HMK'nın 352. maddesindeki hususları mahkeme kendiliğinden gözetir; bunların taraflarca ileri sürülmesi aranmaz ama gereksiz zaman kaybını önleyecek ve BAM'ın farkında olmayacağı hususlara dikkat çekecek şekilde, tarafların dilekçelerinde açıklamada bulunmaları faydalıdır.<sup>16</sup> Bu aşamada görüşülecek hususlar, istinafın caizliği ile ilgili şartlardır ve HMK'nın 352. maddesinde belirtilen sıraya uygun şekilde incelenmelidir.<sup>17</sup>

### A. Ön İncelemeyi Yapacak Dairenin Görevi ve Yetkisi

Ön incelemeyi, işbölümü esaslarına göre, ilgili hukuk dairesi, dosya üzerinden gerçekleştirecektir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrası ve 35. maddesinin birinci fıkrası<sup>18</sup> gereğince, her BAM bünyesinde, en az üç hukuk

<sup>13</sup> HMK'nın 352. maddesi ile 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendindeki, ön inceleme ile duruşma yapılmadan karar verilebilmesinin mümkün olduğu usul hallerinin birbirine karıştırılmaması gerektiği konusunda bkz. Yılmaz, HMK Şerhi, s.3267.

<sup>14</sup> Ön incelemedeki "dosya üzerinden inceleme yapma" kuralının mutlak olmadığı; gerekirse incelemenin duruşmalı da yapılabileceği hakkında bkz. Akkaya, s.241,242.

<sup>15</sup> Deniz Yayla Meraklı, İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, 2014, s.31; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2234;

<sup>16</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s.2238.

<sup>17</sup> Akkaya, s.242, 245; Adem Albayrak/Cihat Arslan, 6100 sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.128; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239.

<sup>18</sup> 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının giriş cümlesinde yer alan "başkanlar kurulunun görevleri şunlardır" ibaresi "ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu kendi

dairesinin kurulmasının zorunlu olduğu, kurulan bu dairelerin hangi işlere bakacağına işbölümü ile BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu kararıyla belirleneceği; hukuk daireleri arasında çıkan işbölümü uyuşmazlıklarının da Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından çözümleneceği kabul edilmiştir.

İlgili hukuk dairesi, uyuşmazlık konusunun kendi işbölümü alanına girdiği sonucuna ulaşırsa, diğer hususların tam olması şartıyla, dosyanın incelemeye alınmasına karar verecektir; kendi işbölümü alanına girmediyini tespit ederse de, gereksiz süre kaybını önleyebilmek için, dosyanın, görevli olduğunu kabul ettiği hukuk dairesine gönderilmesine hükmedecektir.<sup>19</sup> Hukuk daireleri arasında işbölümü uyuşmazlığı olursa, görevli ve yetkili dairenin belirlenmesi için dosya, BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'na gönderilecektir. Bu aşamada, 5235 sayılı Kanun'da açıklık olmamakla birlikte, Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından verilen kararlar, BAM'ın kendi iç işleyişiyle ilgili ve hatta bu yönüyle idari nitelikte olduklarından; doğrudan tarafları ilgilendirmedikleri ve taraflar açısından da bir hak kaybına yol açmadıklarından 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasına kıyasen temyiz edilememelidir; dolayısıyla kararla belirlenen görevli daire, önüne gelen dosya ile ilgili incelemeyi yapmak durumunda olacaktır.<sup>20</sup> Ön incelemenin, mutlaka heyetçe yapılma durumu yoktur; BAM hukuk dairesi başkanı tarafından görevlendirilen bir üye de ön incelemeyi yapabilir.<sup>21</sup>

BAM'ın yetkisi kesin yetki<sup>22</sup> olduğundan, görevli hukuk dairesi

aralarında toplanır ve aşağıdaki görevleri yaparlar" şeklinde değiştirilmiştir.  
19 Akkaya s.246; Çiftçi, İstinaf, s.570, 571; Albayrak/Arslan, s.128; AB-Eşleştirme Projesi, s.46; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239; Budak/Karaaslan, s.343.

20 Akkaya, s.246; Çiftçi, s.572; İşbölümü uyuşmazlıklarının Başkanlar Kurulu tarafından çözülmesinin sakıncalarını gidermek için Yargıtay uygulamasında oluşturulan Hukuk İşbölümü İnceleme Kurulu'nun benzerinin BAM için de teşkil edilmesinin yararı hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.131,132; Budak/Karaaslan, s.343.

21 Yayla Meraklı, s.30.

22 BAM'ın yetkisinin kesin yetki olması, dayanağını HMK'nın 353/1-a(3). maddesi ile HMK'nın 357/2. maddesinden almaktadır. HMK'nın 353/1-a(3). maddesi uyarınca, ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa, BAM'ın, ilk derece mahkemesinin yetkili olmasına rağmen yetkisizlik kararı vermiş olması veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması durumlarında, davanın esasını incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin ola-

öncelikle yetkili olup olmadığını re'sen inceler; yetkisiz olduğu sonucuna ulaşırsa kendiliğinden kesin şekilde yetkisizlik kararı vererek, yetkili BAM'a dosyanın gönderilmesine hükmeder.<sup>23</sup>

## B. İnceleme Konusu Kararın Kesin Olması Durumu

BAM'ın inceleyeceği ikinci husus, inceleme konusu kararın kesin olup olmadığı hususudur. HMK'nın 341. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin nitelik arzetmeyen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmektedir.<sup>24</sup> İstinaf başvurusu, kesin bir karara ilişkinse, kararı veren mahkeme, HMK'nın 346. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda, esastan incelemeye tamamen engel olarak, istinaf dilekçesinin reddine karar verecek<sup>25</sup> ve ret kararını re'sen ilgisine tebliğ edecektir. Görülmektedir ki bu hükümle kesinleşmiş kararlara karşı istinaf yoluna başvuru, ilk derece mahkemesi aşamasında önlenmek istenmiştir.<sup>26</sup> Buna rağmen, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ilk derece mahkemesinin ret kararına karşı bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulur veya ilk derece mahkemesi, kararın kesin

---

rak karar vereceği açıktır. HMK'nın 357/2. maddesi ise, BAM'da yapılamayacak işlemleri düzenlemiş ve BAM'lar için yetki sözleşmesi yapılamayacağını belirtmiştir.

<sup>23</sup> Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016, s. 688.

<sup>24</sup> HMK m. 341/2: "...Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir." Ancak parasal sınırların artırılması başlıklı HMK ek madde 1 uyarınca, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınır, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298.maddesi hükümleri uyarınca, Maliye Bakanlığı'nca, her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağından, 01.01.2018'den itibaren tespit ve ilan edilen istinaf başvurusu parasal sınırı, Asliye Hukuk, Asliye Ticaret, İş, Kadastro, Sulh Hukuk ve Tüketici Mahkemeleri için 3.560,00 TL; icra hukuk mahkemeleri için 8.310,00 TL olmuştur.

<sup>25</sup> Ankara BAM 18.Hukuk Dairesi'nin 09.11.2016 tarihli, 2016/71 E.-2016/60 K.sayılı kararı:".....İcra Mahkemesi kararlarından hangileri için istinaf yoluna başvurulabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İİK'nın 363. maddesinde düzenlenmiştir. Bunların dışında kalan icra mahkemesi kararları kesindir. Bölge adliye mahkemesince incelenmesi istenilen kararın istinaf yoluna başvurulabilecek kararlardan olmadığı kesin nitelikte bulunduğu görülmele istinaf başvuru dilekçesinin reddine karar verilmelidir." (Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>26</sup> Çiftçi, s.573; Budak/Karaaslan, s.343,344; kararın taraflardan biri hakkında kesin, biri hakkında kesin olmadığı davalarda, ilk derece mahkemesince hemen dilekçenin reddedilmemesi gerektiği ve hakkındaki karar kesin olmayanın istinaf yoluna başvurup başvurmadığının, başvurulmuşsa, dosyanın bütün halinde BAM'a gönderilmesinin uygunluğu hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.52.

olduğunu fark etmeden, dosyayı BAM'a gönderirse, ön incelemede karar, kesinlik yönünden bir kere daha incelenecektir; kararın kesin olduğu tespit edilirse, sıralamadaki diğer hususlar incelenmeden, istinaf başvurusunun usule aykırı bulunması sebebiyle, istinaf talebi reddedilecektir.

Bu şekilde BAM tarafından verilen istinaf talebinin reddi kararı, esas hakkındaki karara karşı temyiz yolunun açık olup olmadığına bakılmaksızın, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına kıyasen temyiz edilebilmelidir ve yine bu madde hükmü gereğince, temyiz süresi bir hafta olacaktır; aynı şekilde kesin bir karara karşı istinaf başvurusu yapılmadığından bahisle, ilk derece mahkemesince verilen istinaf talebinin reddi kararının istinaf edilmesi üzerine, BAM tarafından verilen istinaf talebinin reddi kararlarına karşı temyiz başvurusunun da HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrasına kıyasen yapılabilmesi gerekmektedir.<sup>27</sup>

### C. İnceleme Konusu Başvurunun Süresinde Olup Olmadığı Meselesi

HMK'nın 345. maddesi uyarınca, istinaf yoluna başvuru süresi, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğinden itibaren iki haftadır. Bu süre, hak düşürücü niteliktedir ve sürenin sona ermesiyle, ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir.<sup>28</sup> Belirtilen bu süre geçirildikten sonra istinaf dilekçesi verilirse, kararı veren mahkeme, HMK'nın 346. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda, istinaf dilekçesinin reddine karar vererek, ret kararını, re'sen ilgisine tebliğ eder. Aynen kararın kesin olup olmadığının tespitinde olduğu gibi, bu aşamada da istinaf dilekçesinin süresinde verilip verilmediği, öncelikle, ilk derece mahkemesinde incelenir. İlk derece mahkemesinin ret kararına karşı bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulursa veya ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun süresinde olmadığını fark etmeden, dosyayı BAM'a gönderirse BAM, süre yönünden istinaf başvurusunun haksız bulunması sebebiyle, istinaf başvurusunu reddedecektir.<sup>29</sup> *Albayrak/Arslan'a*

<sup>27</sup> Çiftçi, s.574.

<sup>28</sup> Akkaya, s.247.

<sup>29</sup> İlk derece mahkemesinin ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulması ve BAM'ın, ilk derece mahkemesinin süre yönünden ret kararının, hatalı olduğu sonucuna varması durumunda, BAM'ın işin esası hakkında da karar verebileceği

göre HMK'nın 361. maddesinin birinci fıkrası ışığında, BAM tarafından verilen, istinaf dilekçesinin süre yönünden reddine dair verilen karara karşı, temyiz yoluna başvurulamayacağına dair bir kısıtlama bulunmadığından, HMK'nın 362. maddesi kapsamında, temyizi kabul bulunmayan kararlar haricinde kalmamak koşuluyla, Çiftçi'ye göre ise, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkündür.<sup>30</sup>

#### D. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği Meselesi

Başvuru şartları, her somut olaya göre değişebilir; ve her bir dosya yönünden değerlendirilmesi gerekir. İlk akla gelebilecek olan istinafa başvuru şartları, dilekçede bulunması zorunlu hususların eksikliği, vekille takip edilen davalarda, dosyada vekilin gerekli yetkileri haiz vekaletnamesinin olmaması, gerekli harç ve masrafların yatırılmamış olmasıdır.<sup>31</sup> Özellikle gerekli harç ve masrafların yatırılmamış ya da eksik yatırılmış olduğu anlaşılırsa, doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, uygulamada, benimsenen yöntemin örneğini İstanbul BAM 20.HD'nin 01.03.2017 tarihli, 2017/165 E.-2017/268 K.sayı<sup>32</sup> kararında gördüğümüz üzere, başvuru şartlarının yerine gelmemesi sebebiyle, esastan incelemeye geçilmemekte; BAM tarafından, dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmektedir.<sup>33</sup> İlk derece

hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.78.

<sup>30</sup> Albayrak/Arslan, s.83; Çiftçi, s.575.

<sup>31</sup> Albayrak/Arslan s.133; Çiftçi, s.575-581.

<sup>32</sup> İlgili kararda "İstinaf dilekçesi verilirken istinaf kanun yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderlerin ödenmesi gerekmekte olup, bu husus istinaf kanun yoluna başvuru şartıdır. Dairelerin ilk derece mahkemesi yargılaması için yatırılan masrafları kullanma yetkisi ve görevi bulunmamaktadır. Yatırılması gereken gider avansına ilişkin eksikliğin giderilmesi, mümkün olmadığı takdirde, yasal düzenlemede gösterilen prosedürün yürütülmesi, sonrasında gerekirse dosyanın istinaf incelemesi yapılmak üzere gönderilmesi için mahalline geri çevrilmesi gerekir"denilerek, dosya ilk derece mahkemesine geri çevrilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>33</sup> Uygulama bu doğrultudadır ancak doktrinde farklı görüşler mevcuttur: Bizim de iştirak ettiğimiz Budak/Karaaslan'ın görüşüne göre, ön incelemede, istinaf başvurusuna ilişkin harç ve masrafların yatırılmadığının ya da eksik yatırıldığının tespiti halinde, istinaf eden tarafa, BAM tarafından, eksikliği gidermesi için süre verilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Budak/Karaaslan, s.344. Kanaatimize göre usul ekonomisi ilkesine de uygun olan bu yöntemin yasal alt yapısı hazırlanmalı; HMK'nın 352. maddesinin birinci fıkrasının ç bendine istisna yaratacak şekilde, BAM hukuk dairesine, ilk derece mahkemesi yargılaması için yatırılan ve karar kesinleşmediği için gider avansı hesabında bulunan, UYAP sisteminden

mahkemesinin usulüne uygun yapılan bildirim üzerine bir haftalık süre içinde, eksik olan harç ve masraflar tamamlanmazsa, ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermekte; eksik harç ve masraflar tamamlanırsa, dosyayı tekrar BAM'a göndermektedir.<sup>34</sup> İlgili taraf, ilk derece mahkemesinin, eksikliği giderme amaçlı süre verilmesine ilişkin kararının, kendisine tebliğinden itibaren, bildirilen eksikliği gidermeden, bir hafta içinde istinaf talebini yinelerse, BAM, bu istinaf talebini, başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olmasından dolayı reddetmektedir.<sup>35</sup>

Başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle, istinaf talebinin reddi halinde, bu karar, HMK'nın 346. maddesinin ikinci fıkrası ile 361. maddesi çerçevesinde ve HMK'nın 362. maddesinde sayılan kararlardan olmamak şartıyla, temyiz edilebilmelidir.

### E. Başvuru Sebeplerinin veya Gerekçesinin Gösterilip Gösterilmediği Meselesi

Ön inceleme aşamasında incelenecek hususların sıralamasında son sırada, başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilip gösterilmediği meselesi yer almaktadır. Hukuk yargılamasında dar anlamda istinaf sistemi benimsenmiştir. Dar anlamda istinafta, istinaf sebepleri ile sınırlı olarak istinaf incelemesi yapılmaktadır; taraflarca ileri sürülme- yen hususlar, kural olarak BAM tarafından re'sen incelenemez.<sup>36</sup> Do-

---

rahatlıkla öğrenilebilecek bakiyeyi kullanma yetkisi ve görevi verilmelidir. Gider avansı hesabında bakiyenin olmaması veya yetersiz kalması halinde ise, Budak/Karaaslan'ın düşüncesi doğrultusunda, BAM hukuk dairesine, ilgili tarafa, eksikliği gidermesi için süre vermesi; eksikliğin giderilmemesi halinde, istinaf talebinin reddedileceği ihtarını yapması yetkisi ve görevi tanınmalıdır. Özekes ise harç ve giderler eksik yatırılmış ve ilk derece mahkemesi bu eksikliği atlayarak, dosyayı BAM'a göndermişse, BAM'ın, "bir haftalık kesin sürede eksikliğin tamamlanması gerektiği; tamamlanmazsa, başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı" hususunda, ilgili tarafı ihtar etmesi; buna rağmen eksiklik tamamlanmıyorsa, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi gerektiği; buna karşılık, ilk derece mahkemesince eksiklik konusunda tarafa gerekli ihtar yapılmış, taraf eksikliği tamamlamamış ve buna rağmen, dosya BAM'a gönderilmişse, bu durumda, BAM'ın ön inceleme aşamasında, başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi gerektiği görüşündedir. Bu görüş için bkz. Özekes, Pekcanitez Usul, s.2239,2240.

<sup>34</sup> Çiftçi, s.578; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2240.

<sup>35</sup> Akkaya, s.249; AB-Eşleştirme Projesi, s.47; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2240.

<sup>36</sup> Akkaya, s.249, 250; Ermenek, s.3; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2237.

layısıyla, istinaf talebinde bulunan taraf, gerekçelerini, istinaf başvuru dilekçesinde göstermelidir. İstinaf gerekçeleri gösterilmezse, BAM, istinaf talebini kural olarak esasa girmeden reddedecektir. Diğer yandan kamu düzenine aykırılık görülmesi durumunda, HMK'nın 355. maddesine göre, BAM, hemen ön inceleme aşamasında başvuruyu reddetmeyecek, esastan incelemeye geçecektir.<sup>37</sup> Başvuranın en azından kimliği, imzası, başvuru kararı belli edecek kayıtları içermesi şartıyla, başvuru dilekçesinde gerekçe gösterilmemişse bile kamu düzenine aykırılık görülmesi durumunda esastan incelemeye geçilecektir. Başvuranın kimliğinin, imzasının, başvuru kararı belli edecek hususların eksik olması halinde ise, istinaf başvurusunda gerekçe gösterilmemişse, kamu düzenine aykırılığa ilişkin hususlarda bile inceleme yapılamayacak, ön inceleme sonunda başvuru dilekçesinin reddine karar verilecektir.<sup>38</sup>

Bu arada HMK'nın 353. maddesinde sayılmayan usule aykırılık halleri için BAM'ın nasıl karar vereceği açık değildir.<sup>39</sup> Örneğin uygulamada, aslında mutlak temyiz sebebi olan "kısa karar ile gerekçeli kararın çelişkili olması" durumu, istinaf başvuru şartlarından biri gibi ön incelemeye konu olmakta ve çelişki tespitinde, yeni bir dosya numarası verilip, taraflar dinlendikten sonra, bu çelişkinin giderilmesi için, ön inceleme aşamasında dosya, ilk derece mahkemesine geri gönderilmektedir.

Bu kapsamdaki istinaf başvurusunun reddi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulup/başvurulamayacağı hususunda, yukarıdaki B, C, D başlıklı bölümlerdeki açıklamalarımız geçerlidir.

<sup>37</sup> Özkes'e göre bu düzenleme, istinafın hem hukuki hem maddi vakıa yönünden değerlendirmeyi içermesinden; bu nedenle tarafın bir gerekçe ileri sürmediği talebinin değerlendirilmesinin, gereksiz usul işlemlerinin yapılmasına, yargılamanın uzamasına ve kanun yolu denetiminin amacı dışında kullanılmasına yol açabilme tehlikesi taşımasından dolayı, yargılama ilkeleri ve istinafın niteliğiyle uyumlu değildir. Yapılması gereken, istinaf sebepleri hiç bildirilmemiş, gerekçe gösterilmemişse, istinaf başvurusunun ön incelemede kabul edilmemesi; ancak sebep bildirilip, gerekçe gösterilmişse, kamu düzeninin de dikkate alınmasıdır. (Bu konu için bkz. Özkes, Pekcanıtez Usul, s.2238)

<sup>38</sup> Akkaya, s.250, 252; AB-Eleştirme Projesi, s.48.

<sup>39</sup> Budak/Karaaslan, s.345.

## II. Esastan İnceleme Yapılması

Ön inceleme aşamasının sonunda, ilk bölümde anlatılan türde eksiklik veya yanlışlık bulunmaması halinde, HMK'nın 352. maddesinin son cümlesinden de anlaşılacağı üzere, BAM tarafından verilecek bir ara kararlar, inceleme aşamasına geçilecektir.

HMK'nın 354 vd. maddelerinde, ön inceleme aşamasından sonraki bu aşama, "tahkikat" ifadesine eşdeğer şekilde, "inceleme" olarak adlandırılmıştır.<sup>40</sup> Bu durum, maddenin gerekçesinde, "...inceleme sözcüğü ile kastedilen HMK anlamında tahkikattır" denilerek, açıkça ifade edilmiştir.

HMK'nın 354. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, esastan inceleme, BAM hukuk dairesi tarafından, heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılabilir. Kanun'da bu incelemenin hangi hallerde heyetçe, hangi hallerde görevlendirilecek üye tarafından yapılacağı açıkça belirlenmemiş; bu hususun takdiri, "davanın özelliği" nin dikkate alınması kaydıyla, esastan incelemeyi yapacak olan BAM hukuk dairesinin takdirine bırakılmıştır.<sup>41</sup> BAM, bu konudaki takdir yetkisini, usul ekonomisini de gözeterek, uygulamanın ihtiyaçlarına göre kullanacaktır. Örneğin adliye binası dışında yapılacak keşif vb. işlemler bakımından, kolaylık ve ucuzluk sağlanması için, heyet olarak inceleme yapmak yerine, üyelere birisi görevlendirilebilir. Böyle bir durumda, naip üye işin esası hakkında değilse de, incelemenin yürütülmesi ile ilgili gerekli kararları alıp; işlemleri yapabilir.<sup>42</sup> Yine BAM heyet/ üye incelemesiyle ilgili takdir yetkisini kullanırken, ilk derece mahkemesi veya karar türüne göre bir ayırım yapmayacaktır: İstinafta incelenecek kararın, ticaret mahkemesi, aile mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi kararı olmasında bir fark yaratılmayacaktır.<sup>43</sup> İncelemenin üye tarafından yapılacağı kesinlik kazanmışsa bile, kararın heyet halinde verilmesi, kanuni zorunluluktur ve bu heyete de incelemeyi yapmakla

<sup>40</sup> Konuralp, BAM'da Usul, s.259; Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.92; Çiftçi, s.592; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.592, 593; Yayla Meraklı, s.61; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3273.

<sup>41</sup> Akkaya s.256; Çiftçi, s.590; AB-Eşleştirme Projesi, s.48; Kurt Konca/Damar, s.220; Özokes, Pekcanitez Usul, s.2242.

<sup>42</sup> Özokes, Pekcanitez Usul, s.2242.

<sup>43</sup> AB-Eşleştirme Projesi, s.48.

görevlendirilen üyenin katılması isabetli olacaktır.<sup>44</sup> İncelemeyi yapmakla görevlendirilen üye, duruşma yapılmaksızın karar verilmesinin mümkün olduğunu tespit ederse, dosyayı karar konusunda görüşülme üzere, heyete gönderecektir. Bu durumda heyet, dosyayla ilgili karar verebileceği gibi; dosyayı, esasına girilmek üzere, duruşma sırasına da alabilir. Eğer heyet, dosyayı duruşma sırasına alırsa, incelemeyi yapmakla görevli üye, gerekli delilleri toplayacak ve karar aşamasına gelinmesiyle, dosyayı görüşülmek üzere, heyete gönderecektir.<sup>45</sup>

HMK'nın 360. maddesine göre, HMK'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, BAM'da da uygulanır.<sup>46</sup> Bu düzenleme ile HMK'da yirmi madde ile doğrudan düzenlenen istinaf konusu için, kümülatif bir atıf<sup>47</sup> yapıldığı söylenebilir.<sup>48</sup> HMK 360. maddenin gerekçesinde de BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra, duruşma yapılmasına karar vermesi durumunda, bundan sonraki incelemenin ilk derece mahkemesindeki yargılama usulüne göre yapılacağından söz edilmektedir. Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hallerde ise, duruşma safhasının temel özelliği olan sözlü yargılamaya ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur; ancak doktrinde böyle durumlarda, sözlü yargılamanın yapılmasının gerekmediği, dosya üzerinden karar verilebileceği, dosya münderecatının yeterli görüleceği belirtilmektedir.<sup>49</sup> Diğer yandan, istinaf incelemesi ile ilgili özel hüküm varsa, öncelikle o hükmün dikkate alınması zorunludur.<sup>50</sup> Örneğin, ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulünde temel dört aşama mevcuttur: Dilekçelerin teatisi

<sup>44</sup> Albayrak/Arslan, s.172.

<sup>45</sup> Albayrak/Arslan, s.172.

<sup>46</sup> Örneğin ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulü uygulanmışsa, inceleme aşamasında da yazılı yargılama usulü uygulanacaktır; iş mahkemesi kararına karşı başvuru istinafta, BAM'daki inceleme aşamasında basit yargılama usulü uygulanacaktır.

<sup>47</sup> HMK'nın 360.maddesindeki atfın, BAM'ın vakıa mahkemesi olarak faaliyet göstermesi haline mahsus olduğu; buna karşılık, BAM'ın hukuki denetim mahkemesi olarak karar verebileceği hallerde, yargılamanın ilk derece mahkemesindeki yargılama usulünden farklılık göstereceği; işin niteliği dikkate alınarak, üst mahkeme olarak inceleme yapmasının gerekliliği konusunda bkz. Yılmaz, HMK Şerhi, s.3275.

<sup>48</sup> Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.90; Akkaya, s.258; Özkes, Pekcanitez Usul, s.2240.

<sup>49</sup> Yayla Meraklı, s.32.

<sup>50</sup> Özkes, s.57,58.

(-dava dilekçesi, cevap dilekçesi, replik, düplik-), tahkikat, sözlü yargılama (-taraflara ikişer defa söz verilen aşama-) ve hüküm. Oysa istinaf yargılamasında dilekçelerin teatisi aşaması, ilk derece yargılaması gibi değildir; zira istinafta sadece başvuru ve cevap dilekçesi verilmektedir.

Önemli bir diğer husus, HMK'nın 354. maddesinin ikinci fıkrasında, inceleme sırasında gereken hâllerde, incelemenin mümkün olduğunca ilgili dairesince yapılmasının doğrudanlık, sözlülük ve adil yargılama hakkı ilkelerine daha uygun olacağı unutulmadan,<sup>51</sup> başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin istinabe edilebilme imkânının kabul edilmiş olmasıdır.<sup>52</sup> Büyük zaman ve emek kaybı olacağı düşüncesiyle eleştirilen istinabe özde, bu tür ihtiyaçlara cevap vermek için ihdas edilmiştir ve böylelikle, BAM'ların birden fazla ili kapsayan bir yargı çevresine sahip olmalarından doğabilecek güçlükler, kolaylıkla aşılabilecektir.<sup>53</sup> BAM, kendi yargı çevresi dışında faaliyet gösteremeyeceğinden, zorunlu olarak o iş, o yer BAM istinabe edilerek yerine getirilecektir.<sup>54</sup> BAM'ın aynı koşullarda, farklı yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemesini de istinabe etmesi mümkündür. Aynı şekilde, zorunlu olmamakla birlikte, daha çabuk ve ucuz iş yapılabilmesini sağlamaya yönelik olarak, BAM'ın kendi yargı çevresi içindeki bir işi, o çevredeki ilk derece mahkemesini istinabe ederek yapması da imkan dahilindedir.<sup>55</sup> Özekes ve *Yayla Meraklı*'ya göre, istinabe yoluna başvurulması gereken durumlarda, istinabe edilen ilk derece mahkemesinin, davaya bakan ilk derece mahkemesi olmaması, farklı bir ilk derece mahkemesi olması, aynı mahkemenin aynı ha-

<sup>51</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.592; istinafta istinabe yoluna başvurulmasının, özellikle yargılamanın doğrudanlığı çerçevesindeki eleştirisi hakkında bkz. *Yayla Meraklı*, s.33,34; uygulamada BAM'ların sayısının yetersiz olması ve yargı çevrelerinde fazla sayıda il ve ilçenin bulunması sebebiyle, sürekli istinabe yoluna başvurulması gibi bir olumsuzluk yaşandığı hakkında bkz.Özekes, Pekcanitez Usul, s.2242.

<sup>52</sup> Örneğin yargı çevresi dışında bulunan tanığın istinabe yoluyla dinlenmesi vb.

<sup>53</sup> Yılmaz, İstinaf, s.73; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.593; *Yayla Meraklı*, s.33.

<sup>54</sup> Özekes, s.56; Akkaya, s.258; AB-Eşleştirme Projesi, s.48

<sup>55</sup> Özekes, s.56, Budak/Karaaslan, s.346; ilgili maddenin gerekçesinde, "...bir BAM, kendi yargı çevresi içindeki bir ilk derece mahkemesini istinabe edebileceği gibi, başka bir BAM veya başka bir BAM'ın yargı çevresinde kalan ilk derece mahkemesini doğrudan istinabe edecektir"denilmiştir, bu konuda ayrıca bkz. AB-Eşleştirme Projesi, s.49.

mayı tekrarlaması riskini önlemek için, daha doğru olacaktır.<sup>56</sup> BAM, HMK'nın 197. maddesinin birinci fıkrasında<sup>57</sup> anlamını bulan "doğrudan doğruyalık" ilkesini ve HMK'nın 30. maddesinde<sup>58</sup> yer alan "usul ekonomisi" ilkesini dikkate alarak, istinabe ile ilgili kararını vermeli-dir. Öte yandan, HMK'nın 360. maddesi yollamasıyla 197. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, taraflar, istinabe olunan mahkemede bulunma hakkına sahiptirler. Bu hakkın layıkıyla kullanılabilmesi için, mahkemenin, istinabe konusunda inceleme yapacağı tarih ve yeri taraflara bildirmesi icabetmektedir; bildirim yapılmasına rağmen gelmeyen tarafların yokluğunda istinabe işlemi tamamlanır.

HMK'nın ses ve görüntü nakledilmesi suretiyle duruşma yapılmasını düzenleyen 149. maddesi hükmü<sup>59</sup> de, BAM'daki esastan inceleme aşaması için önem arzeden bir düzenlemedir. Esasen hızlı şekilde neticeye ulaşılabilmesi ve usul ekonomisinin sağlanması açısından, BAM incelemesinde büyük kolaylık sağlayacak bu maddenin uygulanmasının tarafların rızasına bağlanması, uygulamada sıkıntı yaratabilmektedir. *Yorumuna iştirak ettiğimiz Ermenek'e göre taraf rızasının açık olması şart olmayıp, zımni rıza da yeterli sayılabilmeli; taraflardan birinin açıkça rıza gösterdiği, diğerinin göstermediği hallerde ise, rıza göstermeyenin beyanının alınmasında, HMK'nın 29. maddesinin birinci fıkrasında yer alan usuli dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapılarak, duruma göre karar verilmelidir.*<sup>60</sup>

### A. Esastan İncelemenin Kapsamı

Yargıtay 19. HD'nin de bir kararında belirtildiği üzere, "*temyiz incelemesinden farklı şekilde, istinaf kanun yolunda hem maddi vakıa (yerin delik) hem de hukukilik denetimi*"<sup>61</sup> yapılmaktadır. Aslolanın somut olay

<sup>56</sup> Yayla Meraklı, s.33; Özkes, Pekcanitez Usul, s.2242.

<sup>57</sup> HMK m. 197/1: "Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir."

<sup>58</sup> HMK m. 30: "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."

<sup>59</sup> HMK m. 149/1: "Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir."

<sup>60</sup> Ermenek, s.10.

<sup>61</sup> Yargıtay 19.HD'nin 09.12.2015 tarihli, 2015/7403 E., 2015/16559 K.sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

adaletinin yani taraf tatmininin sağlanması olmasından<sup>62</sup> dolayı, BAM hukuk dairesi istinaf incelemesinde, kendiliğinden inceleme yapamaz; sadece istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle ve taleplerle sınırlı kalır. Bu kuralın istisnası,<sup>63</sup> kamu düzenine ilişkin hususların incelenmesidir; Yargıtay 9. HD'nin bir kararından bu istisnanın yansıması şu şekilde yer almaktadır: ".....Bölge adliye mahkemesince; davalı vekilinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra kanun yoluna başvurma nedenlerini belirteceklerini bildirir dilekçe sunduğu, dilekçede gerekçeli kararın tebliğinden sonra gerekçeli temyiz sebeplerinin bildirileceğinin belirtildiği, davalı vekiline 12.08.2016 tarihinde gerekçeli kararın tebliğ edilmesine rağmen gerekçeli kanun yoluna başvurma nedenlerini gösterir dilekçenin sunulmadığı, Uyarı sisteminde de böyle bir dilekçenin bulunmadığı, istinaf yolu sebepleri ve gerekçeleri belirtilmediğinden HMK'nun 355. maddesi uyarınca kamu düzenine bir aykırılık da tespit edilemediği gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvuru talebinin reddine karar verilmiştir."<sup>64</sup> Kamu düzenine<sup>65</sup> ilişkin hususlarda BAM, kendiliğinden inceleme yapar. Özellikle emredici hükümler öngören usul hukuku bakımından, Yargıtay'ca mutlak bozma nedeni sayılan usul hataları, kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Ön inceleme aşamasında gözden kaçmış bir usuli aykırılık varsa da, bu aykırılık kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle dikkate alınmalı; diğer usule aykırılık hallerinde ise, bu aykırılığın esasa etkili olup olmadığına bakılmalıdır.<sup>66</sup> Bu noktada üzerinde durulması gereken nokta, bugüne dek Yargıtay'ın gerçekten kamu düzeninden olmayan hususları, bir şekilde bu çerçevenin içine sokup incelemesi sonucu, amaca aykırı ve

<sup>62</sup> Ermenek, s.11.

<sup>63</sup> Bu istisnanın, ön inceleme aşamasında gerekçesi belirtilmemiş istinaf başvurularının reddedilmesi kuralının uygulanmasını güçleştirdiği; zira kamu düzenine aykırılığın tespiti için, ön incelemeden esas incelemeye geçilmesi gerektiği konusunda bkz. Budak/Karaaslan, s.347.

<sup>64</sup> Yargıtay 9.HD'nin 17.11.2016 tarihli, 2016/35343 E., 2016/20173 K.sayı kararı. (Karartek TBB İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>65</sup> Zamana ve mekana göre değişkenlik arzeden bir kavram olmakla ve mutlak bir çerçeveye çizmek mümkün olmamakla birlikte kamu düzeni, "bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurullar bütünüdür" (Ermenek,s.12).

<sup>66</sup> Özekes, s.59; Akkaya, s.263; Ermenek, s.13; Budak/Karaaslan, s.347; örneğin ilk derece mahkemesinin görevsiz olduğu, istinaf sebepleri arasında sayılmasa dahi, hukuk dairesi kendiliğinden, görevsizlik nedeniyle, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir; davaya bakması yasak olan bir hakimin karar vermiş olmasını da kendiliğinden dikkate alır.

iş yükünü artırıcı bir durum yaratmış olduğu gerçeği göz ardı edilmeksizin, “kamu düzeni” kavramı ile ilgili doktrin ve uygulamadaki yerleşmiş görüşlerin dikkate alınması; bu konuda genişletici yorum yapılmaması gerekliliğidir.<sup>67</sup>

İstinaf incelemesinde, taleple ve istinaf sebepleri ile bağlılık, sadece vakıaların incelenmesi bağlamında bir sınırlama yaratmaz; aynı zamanda hukukun uygulanmasında da bir sınır yaratır. Yani istinaf aşamasında hukukun uygulanması, tarafların yeniden incelenmesini istediği vakıa ve taleplere hasredilecek ve fakat, tarafların bu vakıa ve taleplere yönelik hukuki nitelendirmeleri, BAM’ı bağlamayacaktır.<sup>68</sup>

Tahkikat aşamasına geçilerek, dosyanın istinaf incelemesine alınması, doğrudan duruşma safhasına geçilmesi anlamına gelmez; yani tahkikatın duruşmalı olarak yapıp yapılmayacağını, her somut olay için ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Aslolan, duruşmalı inceleme yapılması olup, HMK’nın 353. maddesinde sayılan istisnai hallerde, duruşmasız karar verilebilecektir.

## B. Duruşma Yapılmadan Karar Verilebilecek Haller

Duruşma yapılmadan karar verilebilecek hallerin varlığında, HMK’nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre BAM, kural olarak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırır ve davanın yeniden görülmesi için, dosyayı kararı veren mahkemeye veya görevli ya da yetkili mahkemesine gönderilmesi için kesin (temyiz yolu kapalı) olarak karar verir. Bu düzenlemenin, ilk derece mahkemelerinin daha özenli, daha dikkatli çalışmasını teşvik edici bir yönü bulunmaktadır. Böylelikle, uygulamada sıklıkla rastlanan, yargılama aşamasında yapılan açık hatalar da BAM tarafından üstlenilmeyecek; ilk derece mahkemesi ise, yapılan bu hataların BAM tarafından çözümlenmeyeceği, dosyanın yeniden önüne geleceği bilinciyle, hata yapma çabasına girecek ve daha verimli çalışma gayreti sarf edecektir.<sup>69</sup>

Duruşma yapılmadan karar verilebilecek haller, iki grupta toplanmıştır:

<sup>67</sup> Özeker, Pekcanitez Usul, s.2244.

<sup>68</sup> Ermenek, s.11.

<sup>69</sup> AB-Eşleştirme Projesi, s.50.

## 1. Davanın Esasına Girmeden Duruşmasız İnceleme Yapılacak Haller

İlk derece yargılaması sırasında gerçekleşen ve yargılamayı önemli derecede etkileyen ağır usul hatası<sup>70</sup> olarak nitelenebilecek ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde altı bent<sup>71</sup> halinde sayılan durumlardan birinin varlığı halinde, BAM, işin esasını incelemeyen, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine ya da duruma göre, BAM'ın kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine, kesin (temyiz yolu kapalı) olarak karar verir. Bu durumlarda, dosya kendisine gönderilen mahkemede davanın yeniden görülmesi gerekecektir.<sup>72</sup>

- Davaya bakması yasak olan hakimin karar vermiş olması: HMK'nın 34. maddesinde, hakimin, talep olmasa bile, davadan çekilmesi gereken haller düzenlenmiştir. Bu hallerden birinin varlığına rağmen, hakim yine de karar vermişse, çok açık olan bu yargılama hatası nedeniyle, ayrıca duruşma günü tespiti ve tebliği ile zaman kaybının önlenmesi amacıyla, duruşmasız inceleme yapılacaktır. *Albayrak/Arslan'*a göre bu halde, BAM'ın dosyayı, kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye göndermesi isabetli bir karar olmaz; zira BAM, hakimin yasaklılığı halinde, davaya bakmakla görevli olacak hakimi belirleme yetkisine sahip değildir; bu mesele, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendi ve HMK'nın 22. maddesi uyarınca, merci tayini (yargı yeri belirlenmesi) müessesesi ile çözüme kavuşturulmalıdır.<sup>73</sup> *Kuru* bu durumda, kesin kararlar dosyanın yargı çevresinde uygun görülecek başka bir mahkemeye gönderileceğini; *Yılmaz, Çiftçi ve Budak/Karaaslan* ise benzer şekilde, ilk derece mahkemesinin kaldırılarak, dosyanın varsa aynı yargı çevresinde, yoksa BAM'ın yargı çev-

<sup>70</sup> Konuralp, BAM'da Usul, s.259; Akkaya, s.244; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.469; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2258.

<sup>71</sup> HMK Taslağı Gerekçesi 357. maddeye göre, "yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, bazı önemli ve klasik usuli hata ve eksikliklerin mevcudiyeti halinde üst mahkemeye, duruşma yapmadan, dosyayı yeniden görmesi için, ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır." TBMM kayıtları, www.mevzuat.tbmm.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.02.2018)

<sup>72</sup> Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.321.

<sup>73</sup> Albayrak/Arslan, s.139.

resinde, uygun görülecek, yasaklı olmayan bir hakime (mahkemeye) gönderilmesinin (davanın naklinin) söz konusu olacağını belirtmektedir.<sup>74</sup> Uygulamada merci tayini yoluna başvurulmamakta ve dosya, BAM tarafından, kesin kararlar, gönderilen mahkemeyi de bağlayacak şekilde, uygun görülecek, yasaklı olmayan hakime (mahkemeye) gönderilmektedir. *Kanaatimizce*, aslında HMK'nın 30. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesine uygun olan bu düzenleme, diğer yandan, HMK'nın 21. maddesine, aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılığın giderilmesi gerekmekte ve özellikle istinaf aşamasındaki hakim'in yasaklılığı ve reddi hallerinin, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde ifade edilen "engel haller" e istisna teşkil edeceğinin, yasal olarak düzenlenmesi icap etmektedir.

- İleri sürülen haklı ret istemine rağmen, reddedilen hakim'in davaya bakmış olması: HMK'nın 36. maddesi, hakim'in reddi sebeplerini sıralamıştır. Bu sebeplerden birinin varlığı halinde, reddedilen hakim'in, red talebine rağmen davaya bakması iki şekilde olabilir: Hakim, usulüne uygun olarak reddedilmesine rağmen, bu red talebini hiç incelemeyen karar vermiş olabilir veya usulüne uygun red talebini incelemiş, fakat red talebini haksız olarak geri çevirmiş olabilir. Her iki durumun varlığı halinde de BAM, duruşmasız olarak, dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermekle yetinmelidir. Zira aynen davaya bakması yasak olan hakim'in karar vermiş olması durumunda olduğu gibi, BAM'ın davaya bakmakla görevli olacak hakimi belirleme yetkisi yoktur. HMK'nın metni dikkate alınırca, meselenin, HMK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendinin ve HMK'nın 22. maddesinin içeriği doğrultusunda, merci tayini (yargı yeri belirlenmesi) müessesesi ile çözümlenmesi gerekmektedir.<sup>75</sup> *Kuru*, bu durumda da ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, kesin kararlar, dosyanın yargı çevresinde uygun görülecek başka bir mahkemeye gönderileceği yorumunu yapmıştır.<sup>76</sup> Uygulamada ise BAM, ayrıca merci tayini talebinde bulunulmasını beklemeksizin, taraflar bakımından kesin olacak; gönderilen mahkemeyi de bağlayacak şekilde, dosyayı uygun göreceği mahkemeye göndermektedir.<sup>77</sup> Hakim'in

<sup>74</sup> Kuru, s.690; Çiftçi, s.818; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3272; Budak/Karaaslan, s.350, 351.

<sup>75</sup> Albayrak/Arslan, s.141.

<sup>76</sup> Kuru, s.690.

<sup>77</sup> Budak/Karaaslan, s.352.

yasaklılığının anlatıldığı üst bölümdeki yasal düzenleme gerekliliği doğrultusundaki *görüşümüz*, hakimın reddi bölümü için de geçerlidir.

- Görev, yetki ve yargı çevresi ile ilgili hatalı karar verilmesi:

-İlk derece mahkemesi, görevli veya yetkili olmasına rağmen, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermiş olabilir. Bu durumda BAM, ilk derece mahkemesinin görevsizlik ya da yetkisizlik kararını kaldırarak, davanın yeniden görülmesi için, dosyayı, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı veren ilk derece mahkemesine gönderecektir.

- Görevli ya da yetkili<sup>78</sup> olmadığı halde, bir mahkemenin davaya bakmış olması da bu bent kapsamındadır. Bu durumda, görevli ya da yetkili olmayan ilk derece mahkemesinin kararı, BAM tarafından kaldırılarak, dosya, görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilecektir.

- HMK'nın ilk şeklinde, kararına karşı istinaf yoluna başvuru ilk derece mahkemesinin, BAM'ın yargı çevresi dışında kalması durumu da usule ilişkin, duruşmasız inceleme yapılacak haller kapsamında idi. 7035 Sayılı Kanun değişikliği ile, bu husus, ön inceleme sırasında dikkate alınacak konular arasına alınmış ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a/3 bendindeki "mahkemenin BAM'ın yargı çevresi dışında kalması" ibaresi, metinden çıkarılmıştır. *Budak/Karaaslan'a* göre, kararı veren ilk derece mahkemesinin BAM yargı çevresi dışında kalması durumu, ön inceleme aşamasında gözden kaçarsa, BAM, HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a/3 bendine kıyasen, fakat ilk derece mahkemesi kararını kaldırmadan, dosyanın yetkili BAM'a gönderilmesine karar vermelidir.<sup>79</sup>

- Dava şartlarına aykırılık bulunması: HMK'nın 114. maddesinde<sup>80</sup> genel dava şartları sayılmaktadır. Bir de bazı yasal düzenleme-

<sup>78</sup> Bu başlıkta kesin yetki hallerine ayrıca dikkat edilmesi gerektiği, yetkinin kesin olmadığı hallerde, yetkisizlik itirazı süresinde ileri sürülmemişse, istinaf aşamasında da, mahkemenin yetkisi konusunda itiraz ileri sürülemeyeceği hakkında bkz. AB-Eşleştirme Projesi, s.51.

<sup>79</sup> Budak/Karaaslan,s.353.

<sup>80</sup> HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasının a, b, h, ı ve i bentlerinde sayılan dava şartlarındaki eksikliğin tamamlanması imkânı bulunmadığından, sayılan dava şartı eksikliklerinin tespiti halinde, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, istinaf talebinin kabulü ile davanın usuli bir nihai kararla reddine karar verilmesinin uygunluğu hakkında bkz. Budak/Karaaslan, s.353.

lerde özel dava şartları<sup>81</sup> belirlenmiştir. Genel ve özel dava şartlarına aykırılığın bulunması halinde, BAM, işin esasını incelemeyen, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına, aykırılık bulunan dava şartının niteliğine göre davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verecektir.

- Usule aykırı şekilde verilen açılmamış sayılma, birleştirme, ayırma kararları:<sup>82</sup> Bu tür kararların bulunması halinde, BAM, işin esasını incelemeyen, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verecektir.

- Hiçbir delil toplanmadan/deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması: Delillerin hiçbiri toplanmamış ya da deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmişse, örneğini İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2017 tarihli, 2017/125 E.-2017/155 K.no'lu kararında<sup>83</sup> da gördüğümüz üzere, BAM tarafından duruşma açılmaksızın, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılacaktır. İstinaf yargılaması döneminin başlamasıyla, BAM'ın, sadece istisnai olarak, hiç delil toplamayan veya delilleri hiç değerlendirmeyen, ilk derece mahkemesinin kararını duruşmasız incelemeyle kaldı-

<sup>81</sup> Örneğin itirazın iptali davası açılabilmesi için, yetkili icra dairesine yapılmış bir icra takibinin bulunması şartı vb.

<sup>82</sup> İlk derece mahkemelerinin, merci tayini kararı verebilme yetkisi olmadığından, HMK'nın 353. maddesinin beşinci fıkrasının metninin ilk şeklinde fazladan yer alan "merci tayini" ifadesi, 7035 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle, madde metninden çıkarılmıştır.

<sup>83</sup> İstanbul BAM 14.Hukuk Dairesi'nin 05.04.2017 tarihli, 2017/125 E.-2017/155 K.sayılı kararı: "..... Dosyadan aracın kaza geçirerek pert olduğu, ancak aracın hangi tarihte kaza yaptığına dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Davacının beyanından da kaza tarihi anlaşılamamaktadır. 70892305 nolu poliçe 23/08/2013-23/08/2014 tarihleri arasında kapsamakta olup kazanın bu tarihler arasında gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu sebeple 77 ER 731 plaka sayılı araca ait hasar dosyasının celbi gerekir. İlk derece mahkemesi, davacının beyanını esas alarak aracın rayiç değeri olan 39.000,00 TL'den 8.732,59 TL'yi düşmek suretiyle hüküm kurmuştur. Aracın gerçekte hangi bedel üzerinden satıldığı icra dosyaları celp edilmediğinden denetlenememektedir. Bu nedenle, icra dosyaları hiç celbedilmeden karar verilmesi usule aykırı olmuştur. HMK 353/1.a.6.bendi uyarınca, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiç biri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, işin esasını incelenmeksizin ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilk derece mahkemesine iade edilir." (Kazancı İçtihat Bankası)

racağı; yetersiz de olsa delil toplamış veya değerlendirmeyi yetersiz şekilde yapmış ilk derece mahkemesinin kararı için BAM'ın, duruşmasız inceleme yapamayacağı ve işin esasına girerek duruşma açmak zorunda kalacağı düşünülmekte idi; ancak artık uygulamada, "delillerin hiç toplanmamış veya hiç incelenmemiş olması" olması hususunun geniş yorumlandığı ve delillerin sadece bazılarının toplanmaması ve değerlendirilmemesinin de ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması neticesini doğurduğu gözlenmektedir.<sup>84</sup> Ankara BAM 17. Hukuk Dairesi'nin kararındaki "... Ne var ki, davaya konu taşınmazın tapu kaydı ve yönetim planı tapu müdürlüğünden getirtilmediğinden, taşınmazda kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulu olup olmadığı belirlenmediği gibi, davaya konu ana taşınmaza ait kat malikleri kurulu karar defteri, işletme defteri, gelir ve giderlere ilişkin kayıt ve makbuzlar dosyaya getirilmeyerek, mantolama bedeli ile ilgili işletme projesi olup olmadığı da tespit edilmeyerek, esaslı delillerin hiç birisi toplanmadan dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı görülmektedir. Öyle ise, esaslı delillerin hiç birisinin toplanmadan alınan bilirkişi raporunun soyut saptamalara dayandığından hüküm vermeye yeterli ve denetime elverişli olduğu söylenemez. Hal böyle olunca, ilk derece Mahkemesince verilen kararın esaslı delillerin hiçbirisi toplanmadan ve delil değerlendirmesi hiç yapılmadan verilmiş olması nedeniyle HMK'nın 353/1-a/6. bendi gereğince kaldırılarak dosyanın mahalline gönderilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır"<sup>85</sup> ifadeleri, geniş yorumlama eğiliminin, somut bir göstergesidir.

Zaten ilk derece mahkemesinin yeterince toplamadığı/değerlendirmedeği delillerin, BAM tarafından toplanmasını beklemek ve adeta ilk derece mahkemesinin görevini, BAM'a yüklemek, istinaf derecesinin özellikle denetim işlevinin yok sayılması demektir.<sup>86</sup> Kanaatimizce de işin doğrusu ve istinafın ruhuna uygun olan şekli, delillerin öncelikle ilk derece mahkemesinde değerlendirilmesi, daha sonra başvuru olursa, BAM'ın incelemesinden geçirilmesidir. Delil toplamayan/delil değerlendirmeyen, delilleri yeterince toplamayan/değerlendirmeyen ilk derece mahkemesinin bu tutumu, istinafla birlikte, karşılıksız kalmayacaktır; dolayısıyla artık ilk derece mahkemelerinin hâkimlerinin

<sup>84</sup> Budak/Karaaslan, s.357.

<sup>85</sup> Ankara BAM 17.Hukuk Dairesi'nin 07.03.2017 tarihli, 2017/109 E.-2017/129 K.sayıli kararı (Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>86</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, s.3271.

çok daha fazla dikkatli olmaları gerekmektedir.<sup>87</sup> Aynı şekilde, dosyanın ilk derece mahkemesi ile BAM arasında muhtelif defalar gidip gelmesini engellemek ve tarafların adalet beklentilerini boşa çıkarmamak; ilk derece mahkemelerinin görevinin zamanla BAM'lara yüklenmemesi için, BAM başkan ve üyelerinin de "hiç delil toplanmaması/delillerin hiç değerlendirilmemesi" ile ilgili doğru yorum yapma ve bu hususu geniş çerçevede düşünme konusunda<sup>88</sup> görüş birliğine varmaları ümit vericidir. Delillerin toplanmış ancak yanlış değerlendirilmiş olması, bu başlığın kapsamı dışındadır.<sup>89</sup>

Dikkat edecek olursak, burada görüntüde olsa da, aslında gerçek anlamda esasa ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararının varlığından söz edemeyiz; dolayısıyla BAM bu gibi durumlarda inceleme yapmaz; sadece denetim yapar.<sup>90</sup>

## 2. Davanın Esasıyla İlgili Olarak Duruşmasız İnceleme Yapılacak Haller

Davanın esasıyla ilgili olarak, duruşma açılıp; zaman, emek ve gider yapılmasını gerektirmeyen haller, HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, üç bent halinde sıralanmıştır:

- İncelenen mahkeme kararının, usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğunun anlaşılması: Bu bent kapsamındaki duruşmasız istinaf başvurusunun reddi, istinaf talebinde ileri sürülen sebeplerin haklı görülmemesi, BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulması<sup>91</sup> ve kamu düzenine aykırılık oluşturan istinaf sebeplerinin bulunmaması halinde söz konusu olur. Aslında bu düzenleme, BAM'a, temyiz incelemesi sırasında Yargıtay'a tanınan onama yetkisine benzer bir yetkinin verildiği ihtimalini akla getirmesinden ötürü, istinaf müessesesinin kabul edilmiş amacına aykırılık<sup>92</sup> algısı yaratmaktadır. *Kanaatimizce*, zaman içinde, istinaf sisteminin işleyişinin, BAM'ların kararları ve görev sınırının, BAM-Yargıtay ilişkisinin, layıkıyla, tam olarak anlaşılıp hukuk dünyamıza yerleşmesiyle, istinafla ilgili temel

<sup>87</sup> Özkes, s.64; Albayrak/Arslan, s.153; AB-Eşleştirme Projesi, s.52.

<sup>88</sup> Albayrak/Arslan, s.154.

<sup>89</sup> Bu konuda bkz. Kuru, s.690, dpn: 140.

<sup>90</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.469; Özkes, Pekcanitez Usul, s.2259.

<sup>91</sup> Akil, s.323.

<sup>92</sup> Konuralp, BAM'da Usul, s.261; Albayrak/Arslan, s.151.

kavramların özümsemesiyle, yargılama sürecine dahil olan herkesin üzerine düşeni yapmasıyla, bu aykırılık algısına dair tereddütler de ortadan kalkacaktır.

BAM'ın duruşma yapmadan, istinaf başvurusunun reddine karar verebilmesi için, dosyanın tekemmül etmiş olması yani ilk derece mahkemesi tarafından toplanan delillere göre, istinaf talebinde bulunan tarafın itirazının incelenerek, bir kanaate varılmasının mümkün bulunması zorunludur.

İstinaf başvurusunun reddi kararı, temyiz incelemesindeki onama kararına benzemekle birlikte, aynı tür karar değildir. Dolayısıyla, terminoloji bakımından yanlış ifadelerin yerleşmesinin önüne geçmek için, ilk derece mahkemesinin kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılması halinde verilecek karar, "onama kararı" olarak adlandırılmamalı; "istinaf başvurusunun reddi" kararı olarak nitelendirilmelidir.<sup>93</sup>

- Kanunun olaya uygulanmasında hata edilmesi ve gerekçe hatası:

-Bu bent kapsamında, BAM'ın duruşmasız şekilde, davanın esasıyla ilgili olarak karar verebilmesi için, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada bir yanlışlık bulunmamakla, yargılama usulüne uygun şekilde eksiksiz tamamlanmakla birlikte; kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması ve hatanın düzeltilmesinde, yeniden yargılamaya ihtiyaç duyulmaması gerekmektedir.

-Bu başlık altında, duruşmasız karar verilecek ikinci durum ise, ilk derece mahkemesi kararının doğru olmakla birlikte, gerekçesinde hata edilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda, kararın gerekçesindeki hata, istinaf mahkemesince duruşmasız düzeltilecek; kararsa aynen muhafaza edilecektir.

Bahsedilen iki durumun varlığı halinde, verilecek karar, başvurunun tümünden reddi olamaz; başvuru ya tümüyle ya da kısmen kabul edilmelidir; kararın icrasında karışıklığa sebep olmamak için de ilk derece mahkemesi kararı üzerinde düzeltme yapmak suretiyle hüküm

---

<sup>93</sup> Albayrak/Arslan, s.157.

fıkrası oluşturulması yoluna gidilmeyip, yeniden bir hüküm fıkrası oluşturulması yolu tercih edilmelidir.<sup>94</sup>

- Yargılamada bulunan eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte olması: Bu başlıkta BAM, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada birtakım eksiklikler olduğunu saptamıştır; ancak en önemli husus, hangi eksikliğin, duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte olduğunun doğru tespitidir. Yani bu noktada BAM'ın geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.<sup>95</sup> Örneğin temerrüt tarihinin belirlenebilmesi için, gerekli olan ihtarnamenin tebliğ şerhli örneğinin ilgili noterden istenmesinin mümkün olduğu vb. durumlarda, eksikliğin basit bir yazışma ile tamamlanabileceğinin ve duruşma açılmasına gerek olmadığına kabulü gerekir.<sup>96</sup>

Bu bent kapsamında, istinaf başvurusunun reddi, kabulü, kısmen kabulü şeklinde kararlar verilebilir: Eksikliğin tamamlanmasından sonra da ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa, istinaf başvurusunun esastan reddine; hukuka uygun bulunmazsa, istinaf başvurusunun kısmen ya da tümünden kabulüne ve ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekecektir.<sup>97</sup>

İstinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin karar taraflara tebliğ edilir; bu noktada, ret kararının kesin olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır:<sup>98</sup>

- HMK'nın 362. maddesi uyarınca, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı kesinse, yani karar temyiz edilemiyorsa, ilk derece mahkemesinin davanın reddi veya kabulüne ilişkin kararı şekli anlamda kesinleşir.

- HMK'nın 361. maddesine göre, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı kesin değilse, yani karar temyiz edilebiliyorsa, bu kararın taraflara tebliğinden itibaren iki hafta<sup>99</sup> içinde temyiz olmazsa, ilk

<sup>94</sup> Özkes, s.66; Albayrak/Arslan, s.162.

<sup>95</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s.2261.

<sup>96</sup> Akkaya, s.307; Çiftçi, s.619; Albayrak/Arslan, s.167.

<sup>97</sup> Albayrak/Arslan, s.167.

<sup>98</sup> Kuru, s.691,692; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3273.

<sup>99</sup> 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanununun 31. maddesiyle, HMK'nın 361. maddesinde, "bir ay" olan temyiz edilebilme süresi, "iki hafta" şeklinde değiştirilmiştir.

derece mahkemesinin kararı şekli anlamda kesinleşir. Temyiz olursa, ilk derece mahkemesi kararı kesinleşmez; temyiz aşamasının sonucu beklenir.

*Kanaatimizce*, HMK'nın "hukuki dinlenilme" başlıklı 27. maddesi, T.C.Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi dikkate alınarak; duruşma yapılmasının amacı<sup>100</sup> ve uygulamada, özellikle hakimin önündeki dosya sayısının kapasitesinin üstünde olmadığı ve hakim ile taraf vekillerinin dosyayı iyi incelemiş olduğu durumlarda, ihtilafların çözümünde duruşmanın, dosya üzerinde yapılan incelemelere oranla, doğru çözüme yaklaşımcı rolü olduğu unutulmadan, "duruşma yapmadan, davanın esası ile ilgili karar verilebilecek bu haller", dar şekilde anlaşılmalı ve hak ihlallerinin önüne geçmek için, tereddüt halinde, mutlaka duruşma yapılması tercih edilmelidir.

### C. Duruşma Yapılması

HMK'nın 356. maddesi uyarınca, önceki bölümlerde açıklamasını yaptığımız ve HMK'nın 353. maddesinde sayılan durumlar dışında, istinaf incelemesi, duruşmalı yapılır. Yani kural, istinaf yargılamasının duruşmalı yapılmasıdır. *Yılmaz'a* göre, uygulamada hakimlerin yeterince hazırlanmadan duruşmalara çıkmaları, iş çokluğunun duruşmaların arasını iyice açması, yargılamanın uzama nedenleri arasındadır.<sup>101</sup> İstinaf yargılamasında, bu sıkıntıların devam etmesi, istinaf kanun yolunun sorgulanmasına sebep olur; dolayısıyla bunun önüne geçebilmek için, BAM'ların sayısının yeterli olması ve gerçekten uzman ve çalışkan hakimlerin görev almalarının sağlanması şarttır.<sup>102</sup>

İstinafa başvuran tarafın, dilekçesinde duruşma talep etmiş olup olmamasının önemi yoktur; somut olayın değerlendirilmesi neticesinde, koşulları oluşmuşsa, hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak,

<sup>100</sup> Duruşma yapılmasındaki amacın, tarafların iddia ve savunmalarını, yazılı beyanlar dışında bir kez de sözlü olarak hâkime aktarmalarına imkân tanıyarak, hâkime de bu iddia ve savunmalarda açık olmayan tereddüt oluşturan konularda soru sormasını sağlamak olduğu yönünde bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, C:1, s.888.

<sup>101</sup> Yılmaz, *İstinaf*, s.76.

<sup>102</sup> Yılmaz, *İstinaf*, s.76.

duruşma yapılacaktır.<sup>103</sup> Bu hükme riayet edilmeksizin, koşulları oluşmasına rağmen duruşma yapılmadan karar verilmesi, hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma ilkesinin ihlali olacaktır ve bu ihlal, bozma sebebi yaratacaktır.<sup>104</sup>

### 1. Duruşmaya Davet

HMK'nın 356. maddesinin birinci fıkrasına göre, BAM tarafından duruşma günü verilmesi halinde, duruşma günü, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmiş olma şartının yerine getirilmesi kaydıyla, taraflara bildirilecektir. HMK'nın 358. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemede ise, taraflara çıkartılacak meşruhatlı davetiyede, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde, tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile istinaf yoluna başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca yapılacak tahkikatla ilgili olarak, BAM tarafından belirlenen gideri, duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiğinin açıkça belirtileceği ifade edilmektedir.

### 2. Tarafların Duruşmaya Gelmemesi ve Duruşma

Taraflardan birinin davetiye tebliğine rağmen, duruşmaya gelmemesi halinde, dosya işlemde kaldırılmayacaktır; BAM tahkikata devam edecek, masrafı mevcutsa veya re'sen harcama yapılmasını gerektiren hallerde, tespit ettiği eksiklikleri giderip, kararını verecektir.<sup>105</sup> HMK'nın 358. maddesi gereğince, duruşmaya gelmeyen taraf, kabulü mümkün bir mazerete dayanıyorsa, yeni duruşma günü tayin edilerek, ilgisine tebliğ edilecektir<sup>106</sup>.

### 3. Tahkikatla İlgili Giderlerin Yatırılmaması

HMK'nın 358. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tahkikatla ilgili giderler, süresi içinde yatırılmadığı takdirde, BAM, dosyanın mevcut

<sup>103</sup> Yayla Meraklı, s.64; Kurt Konca/Damar, s.221; Yılmaz, HMK Şerhi, s.3276; Özeker, Pekcanitez Usul, s.2255.

<sup>104</sup> Özeker, s.60; Albayrak/Arslan, s.187.

<sup>105</sup> Özeker, s.61; Akkaya, s.310; Çiftçi, s.713; Albayrak/Arslan, s.189.

<sup>106</sup> Çiftçi, s.708; Kuru, s.693; HMK 358/2'de sadece başvuran tarafın mazeretli olma hali düzenlenmişse de genişletici yorum ile tarafların eşitliği ilkesi de gözetilerek, bu durumun tüm taraflarını kapsadığını düşünmenin isabetli olacağı hakkında bkz. Albayrak/Arslan, s.189 ve Yılmaz, HMK Şerhi, s.3279.

durumuna göre karar verecek; ancak öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine imkan bulunmayan hallerde başvuruyu reddedecektir.

Ön inceleme aşamasında, ihtara rağmen tamamlanmayan harç ve gider eksikliği sonucunda, başvuru şartlarının yerine getirilmesi sebebiyle, istinaf talebinin reddine karar verilmektedir. *Kanaatimizce*, giderlerin yatırılması sorunu, ilk derece yargılamasına benzer ve harcanmayan kısmın kararın kesinleşmesiyle tarafa iade edilmesi prosedürüne uygun şekilde, genel olarak, ön inceleme aşamasında çözümlenmelidir. Esastan inceleme aşamasına geçilmesi halinde, sürecin seri şekilde devamı için gereken giderin dosyada bulunması lüzumu ortaya çıkacaktır. Aslında, ön inceleme aşamasında tamamlanan harç ve giderler, esastan inceleme aşaması için yeterli olmayacaksa ve HMK'nın 358. maddesine uygun davetiyeye rağmen, ilgili tarafça eksiklik giderilmezse, BAM, bu durumu, HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasının g bendi ve HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a(4) bendi uyarınca, "usuli duruşmasız inceleme yapılacak hal" kabul edip, genel dava şartlarına aykırılık nedeniyle, esasa girmeden ilk derece mahkemesi kararını kaldırmalı ve davanın yeniden görülmesi için kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesine usulen, kesin olarak karar vermelidir. İlk derece mahkemesi de (ön inceleme aşamasında, giderlerin yatırılmaması veya eksik bırakılmasına ilişkin uygulamayı ve doktrindeki farklı görüşleri tartıştığımız bölümdeki<sup>107</sup> açıklamalarımıza kıyasen), ön inceleme aşamasındaki uygulamaya benzer şekilde tarafın eksikliği tamamlamasını sağlamaya çalışmalıdır. Ancak HMK'nın 358. maddesinin üçüncü fıkrasının lafzı, bu yoruma açık değildir; ayrıca HMK'nın 353. maddesinin birinci fıkrasının a(4) bendiyle de çelişmektedir. Ön inceleme aşamasında tamamlanan harç ve giderler, esastan inceleme aşaması için yeterli olmayacaksa ve dosyanın usuli bir kararla, kararı veren ilk derece mahkemesine (kararı kaldırılıp) yeniden görülmesi için gönderilmesi mümkün olmayacaksa, o halde taraflara HMK'nın 358. maddesine göre çıkartılacak davetiyenin içeriğinin çok açık, anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Davetiyede, tahkikat için gerekli giderin tutarı, giderin

<sup>107</sup> Çalışmamızın "Başvuru Şartlarının Yerine Getirilip Getirilmediği" başlıklı bölümü ile dpn:33.

verilen sürede yatırılmaması halinde, istinaf başvurusunun dosyanın mevcut durumuna göre reddedilebileceği mutlaka belirtilmelidir. Bu ihtara rağmen, kabul edilebilir bir mazereti olmayan; eksikliği, ihmali, özensizliği, dikkatsizliği sebebiyle tamamlamayan tarafın başvurusu, *Albayrak/Arslan*'ın görüşü doğrultusunda, giderin yatırılmaması, dolayısıyla tahkikatın yapılamaması, iddiaların ispatlanamaması sebebiyle, esastan reddedilecektir.<sup>108</sup>

Bu başlıktaki önemli sorun, giderlerin yatırılması amacıyla, duruşma için belirlenen güne kadar, istinaf yoluna başvurana verilecek sürenin, kesin süre olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasıdır: HMK'nın 94. maddesi birinci fıkrası ile 358. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kanunla gösterilen sürelerin kesin olması ve giderlerin yatırılması ile ilgili sürenin de kanunla kabul edilmiş süre olması sebebiyle, HMK'nın 358. maddesinin birinci fıkrasındaki sürenin kesin süre olduğu rahatlıkla söylenebilir.<sup>109</sup> Bu çerçevede yeni süre verilmesi mümkün olmayacağından, giderlerin yatırılması amacıyla belirlenen sürenin kaçırılmaması için gereken hassasiyet gösterilmelidir.

#### D. İstinaf Mahkemesinde Yapılamayacak İşlemler

BAM'ın istinaf incelemesi neticesinde, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması ile temyiz neticesindeki bozma kararı, birbirinden farklıdır: Bozmada hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararı sadece kaldırılmakta; istinafta ise ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakta, hukuka aykırı görülen hususlar için yeniden tahkikat yapılmakta ve yeni bir karar verilmektedir. İstinaf incelemesinin bu boyutu, yargılamanın daha da uzama tehlikesini yaratması dolayısıyla eleştirilmiştir. Bu tehlikeyle karşı karşıya kalmamak için, ilk derece yargılamasında tarafların ve mahkemenin, yargılamayı sağlıklı yürütmek amacıyla çaba harcaması gerekmektedir.

BAM düzeyinde ise HMK, açıkça ve tahdidi olarak belirttiği bazı sınırlamalarla<sup>110</sup>, tarafların tasarruf ilkesini kısıtlayarak, istinaf yargı-

<sup>108</sup> Albayrak/Arslan, s.190.

<sup>109</sup> Albayrak/Arslan, s.191; Çiftçi, s.718.

<sup>110</sup> İlk derece mahkemesince, usulünce gösterildiği halde, incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilemeyen delillerin BAM'de incelenebileceği hakkında

lamasına amacı itibarıyla bir katkısı olmayacak,<sup>111</sup> HMK'nın 357. maddesinde sayılan bir kısım taraf işlemleri ile mahkemenin yapabileceği usul işlemlerini açıkça yasaklamıştır. İstinaf aşamasında, kural olarak ilk derecedeki yargılama denetlenmekte; denetlenirken de ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamakta, hata ve eksiklik olan noktalarda yargılama ve düzeltme yapılmaktadır.<sup>112</sup> İlk derecede incelenmeyen bir hususun, istinaf aşamasında incelenmesi durumunda, aslında ilk derece mahkemesinin yanlış veya doğru işleminden söz edilemeyeceği için; ilk derecenin denetimi değil, yeni bir yargılama yapılması durumuyla karşılaşılacaktır; ama daha önce de ifade ettiğimiz üzere, istinaf yeni ve farklı bir yargılama değil; ilk derecedeki yargılamanın denetlenmesi ve devamıdır.<sup>113</sup> İstinafta bazı işlemlerin yasaklanmasıdaki bir diğer sebep de yargılamanın uzamasını ve olası taraf suiistimallerini engellemektir.<sup>114</sup>

### 1. Karşı Dava Açma Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü karşısında, BAM'da, istinaf incelemesi sırasında, karşı dava açılması mümkün değildir. İlk derece yargılamasında açılmamış bir karşı dava, istinaf yargılamasında açılırsa, iki davanın birlikte yürümesi gerekecek; bu durum ilk açılan davanın gecikmesine neden olacaktır. İstinaf yargılamasının amacına uygun olarak, bu yargılamaya getirilen, "süreçleri uzatma" eleştirisinin hayat bulmaması, tahkikatın daha kısa sürede bitirilebilmesinin temini için ve ilerideki bölümde bahsedilecek "yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağını" dikkate aldığımızda, dar anlamda istinaf modelinin ruhuna uygun olarak, BAM'da karşı dava açılabilmesinin önu kapatılmıştır.

Öte yandan, BAM, ilk derece mahkemesi tarafından incelenen ve karara bağlanan davalar hakkında denetim görevini gerçekleştirir. İstinafta karşı dava açma yolunun açılması halinde, karşı dava ilk derece mahkemesi yerine BAM tarafından incelenecektir ki, böyle bir durum, istinaf kanun yolunun, bir üst derece mahkemesi olma özelliği ile bağdaşmayacaktır.<sup>115</sup>

<sup>111</sup> bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.596.

<sup>112</sup> Yılmaz, İstinaf, s.69-70; Akkaya, s.293; Yayla Meraklı, s.35.

<sup>113</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s.2246.

<sup>114</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s.2246.

<sup>115</sup> Yayla Meraklı, s.35.

## 2. Müdahale Talebinde Bulunma Yasağı

HMK'nın 65. maddesi, asli müdahale konusunu düzenleyerek, *"bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabileceği ve asli müdahale davası ile asıl yargılamanın birlikte yürütülüp ve karara bağlanacağı"* hususunu hükme bağlamıştır. HMK'nın 66. maddesinde ise fer'i müdahaleyi açıklayarak *"üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabileceğini"* ifade etmiştir. Bu iki maddeye baktığımızda, asli müdahale talebinin hüküm verilinceye kadar; fer'i müdahale talebinin ise, tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceğini söylemek mümkündür. İstinaf incelemesine geçildiğinde artık, tahkikat, hüküm verilme aşamaları tamamlanmıştır. Dolayısıyla HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği üzere, istinaf incelemesinde, müdahale talebinde bulunulamaz.<sup>116</sup>

Bu arada belirtmek gerekir ki, kanun hükmü ile açıkça yasaklanmış olmasa da, müdahale talebinin yasak olması nedeniyle, istinaf incelemesinde, davanın ihbar edilebilme imkânı da yoktur; zira dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı ihbar edenin yanında bulunup ona yardım edemez, hiçbir işlem yapamaz.<sup>117</sup>

## 3. İslah Talebinde Bulunma Yasağı

HMK'nın 176. ve 177. maddelerine göre ıslah, tahkikat sona erinceye kadar, tarafların gerçekleştirmiş oldukları usul işlemlerini, kısmen veya tamamen değiştirmesidir. İslah müessesesi, istinafın mantığına ve ilkelerine ters bir durum olmasından dolayı (ıslahın tarafın yaptığı usul hukuku hatalarını düzelteren bir kurum olması, buna karşılık istinaf kanun yolunun, ilk derece mahkemelerinin usule ve esasa ilişkin hatalarını düzelteren bir yargılama faaliyeti olmasından dolayı) ve yargılamanın gecikmesini önlemek amacıyla,<sup>118</sup> HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasına göre, istinaf yargılaması esnasında yasaklanmıştır. İstinafta ıslahın yasaklanmasının bir başka sebebi de istinafta yeni va-

<sup>116</sup> Asli ve fer'i müdahale yönünden inceleme için bkz. Yayla Meraklı, s.39-44.

<sup>117</sup> Özekes, s.70; Akkaya, s.296,297; Albayrak/ Arslan, s.194; Yayla Meraklı, s.45.

<sup>118</sup> Albayrak/ Arslan, s.194; Yayla Meraklı, s.46; AB-Eşleştirme Projesi, s.56.

kıa ileri sürülememesi, talep sonucunun değiştirilip genişletilememesidir; yeni vakıa ileri sürülemeyen, talep sonucu değiştirilip genişletilemeyen bu hallerde, bunların istisnası olan ıslah yoluna başvurmak da mümkün değildir.

Ancak BAM'ın ilk derece mahkemesinin kararını inceleyip, koşulları oluşmuşsa, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi halinde, ilk derece mahkemesinde, daha önce ıslah yapılmamış olmak kaydıyla ıslah yapılabilir. <sup>119</sup> *Akkaya*, bu noktada ıslah yapılabilirliğinin kabulünün, dava malzemesinin, ilk derece mahkemesinde eksiksiz toplanması ve sonraki istinaf denetiminin daha sağlıklı yapılabilmesi için faydalı olacağı düşüncesindedir. <sup>120</sup> Ayrıca *Akkaya*, *Özekes*'in de iştirak ettiği üzere, istinaf aşamasında, vakıa ve delillerin yeniden incelenip de ilk derece mahkemesinin kararının çok üstünde bir meblağın ortaya çıkması halinde, hem istinafın amacına aykırı olmaması hem de gereksiz yeni davaların açılmasının önlenmesi amacıyla, tarafa ıslah yolunun kapatılmaması gerektiğini ifade etmektedir; yani tarafın bu durumlarda, tüm yargılama boyunca çok daha titiz değerlendirme yapacağı aşikâr olarak, ilk derece mahkemesinde kullanmamış olması şartıyla, ıslah hakkını istinaf aşamasında kullanması kabul edilebilir. <sup>121</sup>

#### 4. Birleştirme Talebinde Bulunma Yasağı

Kural olarak, HMK'nın 357. maddesi birinci fıkrası düzenlemesi uyarınca, istinaf incelemesi sırasında, davaların birleştirilmesi istenemez. HMK'nın 166. maddesinin birinci fıkrası, bu kuralın istisnasıdır. İlgili hüküm gereğince;

- Birleştirilmesi düşünülen davaların aynı yargı çevresinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılmış bulunması,
  - Açılan davalar arasında bağlantı bulunması,
- şartlarıyla, istinaf incelemesi sırasında birleştirme talebi kabul edilebilir veya re'sen birleştirme kararı verilebilir.

Somutlaştırmak gerekirse, Gaziantep BAM'da görülmekte olan bir dava ile Ankara BAM'da görülen bir davanın birleştirilme-

<sup>119</sup> *Akkaya*, s.298; *Albayrak/Arslan*, s.194; *Yayla Meraklı*, s.52.

<sup>120</sup> *Akkaya*, s.298,299.

<sup>121</sup> *Akkaya*, s.298; *Özekes*, *Pekcanitez Usul*, s.2248.

si, birleştirme prosedürünün uzun sürmesi, yargılamanın gecikmesi tehlikesi, fazladan masraf gerektirmesi sebepleriyle, mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, BAM'da görülen bir dava ile aynı BAM'ın yargı çevresinde olsa bile, ilk derece mahkemesinde görülen bir davanın, farklı yargılama aşamalarında bulunulması sebebiyle, birleştirilmesi düşünülemez. Öte yandan Gaziantep BAM'ın bir dairesinde görülen bir dava, aynı dairede görülen bir başka dava ile veya aynı BAM'ın farklı hukuk dairelerinde görülmekte olan davalar, birleştirilebilir. BAM hukuk daireleri, uzmanlık esasına göre çalışmaktadır ve birleştirilmesi talep edilen dosyalara farklı hukuk daireleri tarafından bakılıyorsa, birleştirilen dosyalar, uyuşmazlığı yaratan asıl hukuki ilişkiye ait dosyayı inceleyen daire tarafından ele alınmalıdır.<sup>122</sup>

Birleştirme yasağının sıkıntı yaratabileceği bir konu, özellikle birleştirilerek görülmesinde zorunluluk bulunan pek çok dosya bakımından, ilk derece yargılaması esnasında, birleştirme kararı verilmemiş olmasıdır; bu durumlarda, dosyalardan birinin ilk derece yargılaması sürerken, diğerinde istinaf aşamasına geçilmiş olması veya istinaf yargılamasının farklı yargı çevrelerinde olması sebepleriyle birleştirme kararı verilemeyecek ve dolayısıyla isabetli, sağlıklı kararlar ortaya çıkamayacaktır; böyle problemlerin yaşanmaması için, ilk derece yargılaması esnasında birleştirilmesi gerekip de birleştirilmeyen dosyalar için BAM'a, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, birleştirme kararı verilmesi hususunda yetki verilmesine ilişkin yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.<sup>123</sup>

Bu arada davaların ayrılması konusuna değinecek olursak, istinaf aşamasında davaların ayrılmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. HMK'nın 360. maddesi düzenlemesi nedeniyle, davaların ayrılmasına ilişkin, ilk derece yargılamasına dair kurallar, BAM'de uygulanacak ve HMK'nın 167. maddesi hükmü, BAM'de davaların ayrılması bakımından geçerli olacaktır. Yani BAM ilgili hukuk dairesi, yargılamanın daha sağlıklı şekilde yürüyeceği inancındaysa, davaların ayrılmasına karar verebilecek ve ayrılan davalardan birini başka bir hukuk dairesine göndermeksizin, söz konusu davalara bakmaya devam edecektir.

<sup>122</sup> Özkes, s.70; Akkaya, s.300; AB-Eşleştirme Projesi, s.57.

<sup>123</sup> Albayrak/ Arslan, s.197.

### 5. Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi Yasağı

HMK 357. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, istinaf incelemesinde, taraflar ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri vakıaları gündeme getiremezler. Amaç, tüm iddia ve savunmaların ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesini sağlayarak, ilk derece yargılamasının daha verimli geçirilmesinin temini, tarafların davayı uzatma girişimlerinin önlenmesi ve istinaf incelemesinin kısa sürede bitirilmesidir. İlk derece mahkemesinde ileri sürülseydi incelemeye dâhil olacak olan iddia ve savunmaların, istinaf incelemesinde ileri sürülebileceği kabul edilseydi, herhangi bir hukuki hatası olmadığı halde, ilk derece mahkemesi yargılamasının denetlenmesi gibi anlamsız bir durum ortaya çıkardı.<sup>124</sup>

Belirtmek gerekir ki yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağı, sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından geçerlidir; kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bu yasak yoktur.<sup>125</sup> Ayrıca kamu düzeni ile ilgili hususlar ile ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında olmayıp, sonradan ortaya çıkan ve uyumsuzluğu etkileyen vakıalar ve ilk derecede ileri sürülen vakıaların çerçevesi içinde kalan ve üzerinde fazla durulmamış alt vakıaların incelenmesi bu yasak kapsamında değildir.<sup>126</sup>

Özekes, ilk derecedeki yargılama esnasında mevcut olmakla birlikte, tarafın elinde olmayan sebeplerle bilemediği vakıalar ile ilk derecede mevcut olmamakla birlikte istinaf aşamasında ortaya çıkan vakıaların, HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının lafzı ve 357. maddesinin üçüncü fıkrasının "irade dışında mücbir sebeplerle ileri sürülemeyen delillerin istinafta ileri sürülebilmesine izin veren" düzenlemesi doğrultusunda, istinafta ileri sürülüp değerlendirilebileceği düşüncesindedir ve Kanun'un amacının da aslında tarafın ihmali, özensizliği gibi kendisinden kaynaklanan durumları ile kendisinden kaynaklanmayan irade ve bilgi dışı olma hallerini ayırmak olduğunu belirtmektedir.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> AB-Eşleştirme Projesi, İstinaf Mahkemeleri, s.55.

<sup>125</sup> Özekes, s.69; AB-Eşleştirme Projesi, s.55; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2251.

<sup>126</sup> Özekes, s.69; AB-Eşleştirme Projesi, s.55; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2251.

<sup>127</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s.2252.

## 6. Yeni Delil Gösterme Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, BAM tarafından re'sen gözönünde tutulacaklar dışında, taraflar daha önce ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri yeni delillere dayanamayacaklardır. Re'sen gözönünde tutulacak deliller, kamu düzenini ilgilendiren delillerdir.<sup>128</sup>

Öte yandan HMK'nın 357. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, *“ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine imkan bulunmayan deliller, BAM tarafından incelenebilir”* denilerek, yeni delil gösterme yasağına iki istisna getirilmiştir:

- İlk derece mahkemesinde, usulüne uygun şekilde gösterilmiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesince bu delillerin toplanması talebi, hiç gerekçe gösterilmeden ya da hukuka aykırı gerekçe ile reddedilmişse, BAM, bu delilleri toplayıp değerlendirmeye alabilecektir. Aslında bu istisnada yeni delil gösterilmesi durumu yoktur; ilk derece yargılamasında ileri sürülüp, hukuki dinlenilme hakkının ihlali mahiyetinde, dikkate alınmayan veya hukuka aykırı gerekçeyle reddedilen delil söz konusudur.

- İlk derece mahkemesinde, tarafın elinde olmayan, mücbir sebeple mahkemeye sunamadığı bir delilin, BAM'da ileri sürülmesine imkân verilmiştir. Bu istisnanın, taraflarca kötüye kullanılmaması için, istinaf incelemesinde de mücbir sebep kavramı dar yorumlanmalıdır ve sadece doğal afet (deprem, sel vb.), sosyal patlama (genel grev vb.), hastalık, ambargo, kaza, yangın gibi ciddi olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmelidir.

## 7. Yetki Sözleşmesi Yapma Yasağı

HMK'nın 357. maddesinin ikinci fıkrası, BAM için yetki sözleşmesi yapılamayacağını ifade etmiştir. Yasa, bu hükümle, BAM'ın yetkisini kesin saymışsa da, yetkinin kesin olmadığı hallerde, ilk derece mahkemesinin yetkisinin sözleşme ile belirlenmesi durumunda, zımnen BAM'ın yetkisi de düzenlenmiş olacaktır.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> Albayrak/Arslan, s.202.

<sup>129</sup> Albayrak/Arslan, s.204.

### E. Karar

İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararın içerik ve şekli, HMK'nın 359. maddesinde düzenlenmiştir. İstinafın bir kanun yolu olması sebebiyle, temyize benzeyen yönleri olmakla birlikte; her iki müessese arasında temel farklılıklar da mevcuttur: Temyizde yapılan denetim hukuki nitelik taşımakla birlikte, istinaftaki denetim vakıa ve hukuki denetim niteliğindedir; yani istinafın niteliği gereği, yeniden yargılama yapılması ve duruma göre yeni bir karar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, hem teknik bakımdan hem de karışıklığa sebep olmaması için, BAM kararlarının, Yargıtay kararlarıyla benzeştirilmeye çalışılmamasıdır: Yargıtay, temyiz incelemesi sonunda, temyiz başvurusunu haksız ve temyiz konusu kararı doğru bulursa, temyiz konusu yapılan mahkeme kararının onanmasına; aksi takdirde, kararın bozulmasına hükmetmektedir. BAM'da ise istinaf talebi yerinde görülmezse, onamaya değil, istinaf başvurusunun esastan reddine; istinaf talebi yerinde görülürse de bozmaya değil, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmekte ve kaldırılan kararın yerine yeni bir karar verilmesi söz konusu olabilmektedir.

BAM'ların göreve başladığı döneme kadar, Yargıtay, zaman zaman, içtihat yaratma vazifesini kenara bırakarak, delillerin takdir edilmesine varıncaya kadar, ilk derece mahkemesi kararlarını incelemekteydi.<sup>130</sup> BAM'ların göreve başlamasının ardından, artık Yargıtay, içtihat ve içtihat birliği yaratma görevine odaklanmalı; BAM'lar için tanımlanan yargısal faaliyet alanlarına müdahale etmemelidir. BAM'lar ise Yargıtay'ın içtihat birliği yaratma faaliyetinin zarar görmemesi için özen göstermelidir. Bu hususlara dikkat edilmezse, Yargıtay'ın ve BAM'ın sık sık, birbirlerinin faaliyet alanına girmesiyle, bir süre sonra, istinaftan beklenecek amaca ulaşamayacak; yargılama dünyasında iki başlılık oluşacak ve Yargıtay'ın sadece içtihat birliğini ve hukukun gelişmesini sağlayan üst bir denetim organı haline getirilmesi hedefine erişilemeyecektir.

### 1. Kararın Verilmesi ve İçeriği

HMK'da istinaf incelemesi sonunda, kararın nasıl verileceği hususunda ayrıntılı düzenleme yoktur; sadece Kanun'un 359. madde-

<sup>130</sup> Albayrak/Arslan, s.207; AB-Eşleştirme Projesi, s.59.

sinde kararın neleri içereceği sayılmıştır. HMK'nın 360. maddesinde ise, daha önce ifade ettiğimiz üzere, “*aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır*” denilerek, kararın verilme yöntemi konusunda, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulüne atıf yapılmıştır.

#### **a. İstinaf İncelemesi Sonunda Kararın Verilmesinde Dikkat Edilecek Hususlar**

HMK'nın 360. maddesinin atfı sebebiyle, HMK'nın 294. maddesi çerçevesinde, BAM, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla yargılamayı sona erdirir. Hüküm, yargılamanın sona ermesiyle, duruşmalı inceleme yapılan durumlarda duruşmada verilir ve hazır bulunan taraflara tefhim olunur. Hükümün tefhimi, herhâlde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir. Sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği zorunlu hallerde, yani gerekçeli kararın daha sonra yazılacağı hallerde, kısa karara uygun gerekçeli karar yazılmalı; bu uygunluğun sağlanmasına azami ölçüde dikkat edilmelidir.<sup>131</sup> Duruşmasız işlerde ise, inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır ve kararın tefhimi söz konusu değildir; gerekçeli karar ancak taraflara tebliğ edilmek suretiyle varlık kazanır ve dış dünya ile taraflar bakımından bir anlam ifade eder. Tebliğin neticesi olarak ya karar kesinlik kazanır ya da kararın temyizi kabil ise temyiz süresi, tebliğ ile işlemeye başlar.

HMK'nın 361. maddesine göre, BAM hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kararın kesinleşebilmesi ve temyize başvurulabilmesi için, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun tebliğ şarttır.

HMK'nın 295. madde ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 46. maddesi ise, BAM'ın vereceği hükümün müzakere şeklini açıklamıştır: Hüküm, gizli müzakere edilerek hazırlanır ve alenen tefhim olunur. Hükümü, yargılamanın sona erdiğinin bildiril-

<sup>131</sup> AB-Eşleştirme Projesi, s.61.

diği duruşmada hazır bulunan hâkim veya hâkimler verir. Bu şekilde hüküm verebilecek hâkimlerin tamamı hazır bulunmadıkça, hüküm hakkında görüşme yapılamaz. Hükmün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği duruşmada hazır bulunan hâkim bulunmuyorsa, gerekli görüldüğü takdirde, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hüküm verilir. Heyet tam olarak hazır olmadıkça, müzakerenin ve oylamanın yapılamayacağı konusu önemlidir; zira toplu mahkemelerde, tek hâkimli mahkemelere oranla, karar, serbest tartışma ortamında, özgürce verilir; yargılamaya ilişkin hususlar, iddialar, savunmalar, deliller, farklı bakış açılarıyla tartışılır; yanlış karar verilme ihtimali en aza iner.<sup>132</sup> Nitekim HMK'nın 296. maddesi, müzakerenin ardından, başkanın, müzakereye katılan en kıdemsiz üyeden başlayarak her üyenin ayrı ayrı oyunu alması ve en son kendi oyunu açıklaması yoluyla, serbest ve özgür tartışma ortamının yolunu açmıştır.

BAM'da karar, HMK'nın 296. maddesinin ikinci fıkrası ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 46. maddesi doğrultusunda, oybirliği veya oy çokluğu ile verilir. HMK'nın 298. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre hüküm, hükmü başkan veya hükme katılmış olan hâkimlerden, başkanın seçeceği bir üye tarafından yazılır. Kararın yazılmasında, gerekçenin önemi büyüktür. HMK'nın 297. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekçe, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmeli; hem yargılamanın taraflarına hem de kararı veren önceki yargı organına cevap verecek mahiyette olmalı; içtihat yoluyla hukukun oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamalı; tarafları tatmin etmelidir.<sup>133</sup>

Kararın oy çokluğuyla verilmesi durumunda, çoğunluk yanında yer almayan üyenin görüşüne, HMK'nın 298. maddesinin üçüncü fıkrası işaretiyle, hükümde, gerekçesi ile birlikte yer verilir.

### **b. Kararda Bulunması Gereken Hususlar**

HMK'nın 359. maddesi, istinaf yargılaması sonunda verilecek kararda hangi hususların bulunması gerektiğini açıkça saymıştır. Bu dü-

<sup>132</sup> Akkaya, s.350; AB-Eşleştirme Projesi, s.62.

<sup>133</sup> Özkes, s.78; Akkaya, s.357; AB-Eşleştirme Projesi, s.62.

zenlemeye göre karar, aşağıdaki hususları içerir:

a) Kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ile başkan, üyeler ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları, sicil numaraları,

b) Tarafların ve davaya ilk derece mahkemesinde müdahil olarak katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri,

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özeti,

ç) İlk derece mahkemesi kararının özeti,

d) İleri sürülen istinaf sebepleri,

e) Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep,

f) Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi,

g) Kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile zabıt kâtibinin imzaları,

h) Gerekçeli kararın yazıldığı tarih.

Ayrıca 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.

Açık olmayan BAM kararlarının tavzihi istenebilir.<sup>134</sup> HMK'da tavzih, ilk derece mahkemesi kararları için düzenlenmişse de HMK'nın 360.maddesindeki atıftan dolayı, BAM kararları için de tavzihe gidilebileceği rahatlıkla söylenebilir. Tavzih, BAM'ın kararı veren hukuk dairesinden, HMK'nın 305 ve 306. maddeleri ışığında, talep edilebilir.

## 2. İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Karar Türleri

İstinaf incelemesi duruşmalı olarak yapılmış olsun veya olmasın, BAM, aşağıdaki nihai kararlardan birini vermek durumundadır:

<sup>134</sup> Özkes, s.77.

### a. İstinaf Başvurusunun Haksız Olması Halinde Verilecek Kararlar

Bu durum iki şekilde karşımıza çıkar: Ya daha önceki bölümlerde ayrıntısıyla açıkladığımız gibi<sup>135</sup>, ön inceleme aşamasında başvuru usule aykırı bulunup reddedilebilir veya yapılan asıl incelemede, ilk derece mahkemesi kararı, usul ve esas yönünden doğru bulunur ve istinaf başvurusu reddedilebilir. Ön inceleme aşaması, daha önceki bölümlerde irdelendiğinden, bu bölümde esas yönünden inceleme safhası ele alınacaktır.

BAM, esastan inceleme aşamasında, ilk derece mahkemesi kararını, usul ve esas yönünden doğru bulmuşsa, istinaf başvurusunun reddine karar vermemelidir. Bu karar, hem istinaf iddialarının yanlış veya eksik olduğunu tespit eder; hem de ilk derece mahkemesinin kararını tasvip eder.<sup>136</sup> İstinaf başvurusunun reddi kararı, temyiz edilebilen kararlardan değilse, hüküm, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile kesinlik kazanacaktır.<sup>137</sup>

### b. İstinaf Başvurusunun Haklı Olması Halinde Verilecek Kararlar

İstinaf başvurusunun haklı olması, ilk derece mahkemesi kararında, usul ve esas yönünden aykırılık bulunması durumunda, BAM, öncelikle, yanlış olan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verecektir. Kaldırma kararından sonra, bunun yerine, BAM aşağıdaki şekillerden biri şeklinde hüküm tesis edebilir:

#### aa. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Gönderme Kararı Verilmesi

Daha önce HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendiyle ilgili yaptığımız açıklamalarda, altı bent halinde saydığımız, duruşma ya-

<sup>135</sup> Çalışmamızın "I. Ön İnceleme Yapılması ve Bu Aşamada Görülecek Hususlar" başlıklı bölümü.

<sup>136</sup> Kararın bu yönüyle Yargıtay'ın onama kararını andıracağına; ancak istinaf isteminin reddedilmesinden dolayı, teknik olarak onama kararı olmadığına ilişkin bkz. Konuralp, BAM'ın İşlevi s.92; Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Pekantez/Atalay/Özkes, s.473; Özkes, s.80; Akkaya, s.321.

<sup>137</sup> Yılmaz, İstinaf, s.79; Akkaya, s.322; Akil, s.323; Çiftçi, s.785, 837; Kurt Konca/Damar, s.224.

pılmasını gerektirmeyen, usuli hataların söz konusu olduğu hallerde, BAM, esas incelemeyen, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, yeni bir karar verilmesi için, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir. HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendindeki düzenlemeye göre, gönderilecek mahkeme, duruma göre, kararı veren ilk derece mahkemesi olabileceği gibi (dava, temsil takip ya da dava ehliyetinde yanlışlık yapılmışsa; hatalı şekilde davanın, karşı davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi veya ayrılması kararları verilmişse; ilk derece mahkemesi, gösterilen delilleri hiç toplamamış ya da gösterilen delilleri hiç değerlendirmeden karar vermişse) , BAM'ın kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi (davaya bakmaması gereken hâkimin davaya bakması, yasaklılık ve red durumu dikkate alınarak) ya da görevli ve yetkili mahkeme (ilk derece mahkemesince verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı yanlışsa) olabilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı, usule ilişkin, kesin, nihai bir karardır.<sup>138</sup> Bu karar, dosyanın tekrar ilk derece mahkemesinin önüne gelmesi sebebiyle, teknik anlamda olmasa da, bozma kararını andırmaktadır.<sup>139</sup>

*Yılmaz'a göre, istinaf sisteminin başarılı olabilmesi için, BAM'ların, kendi yetkilerinden olan, "uyuşmazlığı esastan çözen yeni bir karar vermeleri" seçeneğinde yoğunlaşmaları; ilk derece mahkemesine gönderme kararını verirken, HMK'nın 353. maddesi birinci fıkrası a bendindeki düzenlemeyi olması gerekenden geniş yorumlamamaları icap etmektedir; zira aksi takdirde, yargılama süreci gereksiz yere uzayacaktır.*<sup>140</sup>

### **ab. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Kısmen ya da Tamamen Kabulüne Karar Verilmesi**

Genellikle davanın reddine ilişkin, ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun kısmen veya tamamen haklı görülmesi halinde, BAM, davanın esasına girerek, ilk derece mahkemesi kararını kaldırır ve onun yerine geçer ve davanın kısmen ya da tamamen

<sup>138</sup> Yılmaz, İstinaf, s.71; Akkaya, s.324; Akil, s.324; Çiftçi, s.808.

<sup>139</sup> Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Çiftçi, s.808; *Kuru*, bu kararı doğrudan bozma kararı olarak isimlendirmiştir, bkz. *Kuru*, s. 697, dñn: 181.

<sup>140</sup> Yılmaz, İstinaf, s.80.

kabulüne karar verir. Mahiyeti itibarıyla onama veya bozma kararına benzememektedir ve verilecek hüküm, ilk derece yargılamasında ve istinaf başvurusunda ileri sürülmüş taleplere göre, eda hükmü, inşai hüküm ya da tespit hükmü niteliği taşıyabilir.<sup>141</sup>

### **ac. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Reddine Karar Verilmesi**

Bu karar, davanın kısmen ya da tamamen kabulüne ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararına karşı, o davada haksız çıkmış olan davalının yaptığı istinaf talebinin haklı görülmesi halinde, BAM'ın işin esasına girerek verebileceği bir karardır<sup>142</sup>. İlk derece yargılamasında ve istinaf başvurusunda ileri sürülmüş taleplere göre, tespit hükmü niteliğindedir.<sup>143</sup>

### **ad. İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Düzeltmesi**

Özellikle, ilk derece mahkemesi kararının bazı maddi ya da hesap hatalarını içermesi durumunda, yeni bir yargılamaya ve kararın esasını değiştirmeye gerek olmaksızın, kararın düzeltilmesi yeterli olacaktır. Bir yönü ile Yargıtay'ın düzelterek onama kararına benzetilebilir; ancak BAM, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, onama kararı veremez.

### **c. Başvurunun Haklı veya Haksız Olması Dışında Yargılamanın Sona Ermesi**

İstinaf başvurusunun haklılığı veya haksızlığı dışında, taraf işlemleriyle ya da davanın konusuz kalmasıyla, yargılamanın başka şekillerde sona ermesi de mümkündür.<sup>144</sup> Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir ve bu ilke doğrultusunda taraflar, gerek ilk derece yargılaması gerek istinaf yargılaması sırasında, bir uyuşmazlığın konusunu ve sona ermesini belirleyebilirler; yani tarafların devam ettirmek istemediği bir yargılamayı, yargı organları, onlara rağmen sürdüremez.<sup>145</sup> Tasarruf ilkesi ışığında, aşağıdaki hallerde,

<sup>141</sup> Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265.

<sup>142</sup> Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265; Akkaya, s.335; Kurt Konca/Damar, s.226; AB-Eşleştirme Projesi, s.67,68; Özekes, Pekcanitez Usul, s.2275.

<sup>143</sup> Konuralp, BAM'ın İşlevi, s.93; Konuralp, BAM'da Usul, s.265.

<sup>144</sup> Özekes, s.83.

<sup>145</sup> AB-Eşleştirme Projesi, s.68.

ilk derece mahkemesi kararının haklı ya da haksız olması üzerinde durulmadan,<sup>146</sup> yargılama sona erdirilmelidir:

- Davadan feragat: İlk derece mahkemesinin davayı kabulüyle davalı istinaf yoluna başvurur ve davacı istinafta davasından feragat ederse, BAM incelemeyi sona erdirip, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, ileri sürülen istinaf sebeplerinin haklı bulunması sebebiyle değil, feragat nedeniyle davanın reddine karar vermelidir.<sup>147</sup> Davacının talep sonucundan kısmen feragati durumunda ise, feragat edilmeyen kısım hakkında istinaf incelemesi devam ederken, feragat edilen kısım için ilk derece mahkemesinin kaldırılıp, davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir<sup>148</sup>.

Buna karşılık, davası ilk derece mahkemesi tarafından reddedilen ve istinafa başvuran davacı, istinaf aşamasında davasından feragat ederse, ilk derece mahkemesi kararı doğru olduğundan, BAM, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmayıp, haksız olan istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir.<sup>149</sup>

- Davanın kabulü: İlk derece mahkemesinin davanın reddine karar vermesi ve davalının istinaf incelemesi devam ederken davayı kabul etmesi durumunda, BAM, incelemeyi sona erdirerek, istinaf başvurusunun haklı bulunması sebebiyle değil, kabul sebebiyle ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına karar vermelidir; davalı, talep sonucunu kısmen kabul ederse, kabul edilmeyen kısım için istinaf incelemesi devam eder ancak kabul edilen kısım için ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve davanın kabulüne karar verilir.<sup>150</sup>

Öte yandan, ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar verir, davalı da istinaf incelemesi sırasında davayı kabul ederse, ilk derece mahkemesi kararı doğru olduğundan, istinaf başvurusunun haksız olmasından dolayı reddine karar verilmelidir.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Özkes, s.83.

<sup>147</sup> Akkaya, s.338; Ankara BAM 19.Hukuk Dairesi'nin 17.05.2017 tarihli, 2017/772 E.-2017/576 K.sayıli kararında dosyadaki vekâletnamesinde açık yetkisi bulunan alacaklı vekilinin, istinaf yoluna başvurduktan sonra davadan feragat etmesi sebebiyle, taraf vekillerinin istinaf talebi değerlendirilmeden, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp, davanın reddine karar verilmiştir.

<sup>148</sup> Akkaya, s.338.

<sup>149</sup> Akkaya, s.338.

<sup>150</sup> Akkaya, s.337.

<sup>151</sup> Akkaya, s.337.

- Tarafların sulh olmaları halinde: Şarta bağlı sulh yapılmışsa, hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve tarafların talepleri irdelenmeden, şarta bağlı sulh sebebiyle, “karar verilmesine yer olmadığı” na karar verilmelidir.<sup>152</sup>

Sulh şarta bağlanmamışsa, BAM, tarafların taleplerini dikkate almalıdır<sup>153</sup>: Taraflar, sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istemezse, öncelikle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve daha sonra “karar verilmesine yer olmadığı” belirtilerek davaya son verilmelidir. Taraflar, sulh anlaşmasının dikkate alınmasını isterlerse, bu defa, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve sulh anlaşmasının içeriğine göre yeniden hüküm kurulmalıdır.

- Davanın konusuz kalması halinde<sup>154</sup>: Eğer istinaf yargılaması sırasında, dava konusu ortadan kalkarsa (örneğin dava konusu borç ödenirse veya tahliye davasında taşınmaz tahliye edilirse), BAM, ilk derece mahkemesinin kararının haklı ya da haksız olduğunu tartışmadan, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak “*dava konusuz kaldığından esas hakkında karar vermeye gerek bulunmadığına*” karar vermelidir

Davanın konusuz kalmasına neden olan olay, hükümden sonra fakat istinafa başvurulmadan önce gerçekleşirse, davacı taraf istinafa başvurduğu takdirde, istinaf mahkemesi yine ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, “*dava konusuz kaldığından esas hakkında karar vermeye gerek bulunmadığına*” karar vermelidir.

Davanın konusuz kalması halinde BAM, vekalet ücreti ve harçlar gibi yargılama giderleri konusunda, ilk derece yargılamasında geçerli olan kuralları dikkate almalıdır ve yargılamaya devam ederek, davanın açılması sırasında haksız olan tarafı tespit edip, yargılama giderlerini ona tahmil etmelidir.

### 3. BAM Kararlarının Tebliği

20.07.2017 tarihine dek, HMK’da, BAM kararlarının tebliğ usulünü doğrudan düzenleyen bir düzenleme mevcut olmadığından, HMK’nın 360. maddesi vasıtasıyla atıf yapılan hükümlerden biri olan HMK’nın

<sup>152</sup> Akkaya, s.339.

<sup>153</sup> Akkaya, s.340.

<sup>154</sup> Akkaya, s.341; AB-Eşleştirme Projesi, s.69.

301. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinin yol gösterici olacağı ve hükmün yazılıp imza edildikten ve mahkeme mühürü ile mühürlenildikten sonra, nüshaların yazı işleri müdürü tarafından, taraflardan her birine makbuz karşılığında verileceği ve bir nüshanın da gecikmeden diğer tarafa tebliğ edileceği kabul edilmekte idi.

20/7/2017 tarihinde ve 7035 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle, HMK'nın 359. maddesinin "karar" olan başlığı, "karar ve tebliği" şeklinde değiştirilmiş ve BAM kararlarının tebliği, HMK'nın 359. maddesi üçüncü fıkrası ile doğrudan düzenlenmiştir. HMK'nın 359. maddesi üçüncü fıkraya, istinaf incelemesi sonucunda temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise BAM tarafından tebliğe çıkarılır.

#### F. Kötüniyetle İstinaf Başvurusu

Üzerinde önemle durulması gereken bir başlık ise, istinaf başvurusunun kötüniyetle yapılması ihtimalidir. Böyle bir durumda, HMK'nın 351. maddesi uyarınca, BAM tarafından, HMK'nın 329. maddesi uygulanacaktır. HMK'nın 329. maddesi gereğince,

*"Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.*

*Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır."*

İlgili hüküm, dürüstlük kuralının, yargılama hukukundaki yansımalarından biridir.<sup>155</sup> Bu düzenlemeye, işlerlik kazandırılması, kötü niyetli başvuruları engelleyecek, istinaf yargılamasının daha verimli yürütmesini sağlayacaktır. Kötüniyetin ispatı oldukça zor bir husus olmakla birlikte; istinaf başvurusunun kötü niyetli olup olmadığını, dosya kapsamında bulunan delillere göre, BAM belirleyecektir.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.591.

<sup>156</sup> Albayrak/Arslan, s.247.

## SONUÇ

2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la, ülkemizde iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sisteminden, üç dereceli (ilk derece-istinaf-temyiz) yargılama sistemine geçilmiştir. Bu çerçevede, 5236 sayılı kanunla 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmış; daha sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'da kanun yolu olarak bu yeni sistem kabul edilmiştir.

İstinafta öncelikli amaç, ilk derece mahkemesince verilen kararı, hem maddi hem de hukuki yönden denetleyerek, gerekirse yeniden gözden geçirmektir. Türk hukukunda dar anlamda istinaf sistemi kabul edilmiştir: Dar anlamda istinaf sisteminde ise, her şey yenilenmemekte, ilk muhakeme baştan sona aynen tekrarlanmamakta, maddî olay incelemesi yapılmakla birlikte; kural olarak, özellikle ilk derecede ileri sürülmeyen hususlar incelenmemektedir.

İstinafta ön inceleme aşaması, istinaf talebinin, kanuni çerçeveye uygunluğunun değerlendirildiği, karar verilmesini engelleyen usuli bir eksiklik olup olmadığının incelendiği ve işin esasına girilmediği aşamadır. Ön incelemede, incelemeyi yapacak dairenin görev ve yetkisi, inceleme konusu kararın kesin olup olmadığı, inceleme başvurusunun süresinde olup olmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru gerekçelerinin gösterilip gösterilmediği sırasıyla incelenmektedir.

Ön inceleme aşamasının sonunda, bahsedilen eksiklik veya yanlışlıkların bulunmaması halinde, BAM tarafından verilecek kararlar, esastan inceleme aşamasına geçilmektedir. İstinaf kanun yolunda hem maddi vakıa hem de hukukilik denetimi yapılmaktadır; BAM hukuk dairesi, kural olarak kendiliğinden inceleme yapamaz; sadece istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle ve taleplerle sınırlı kalır. Bu kuralın istisnası, kamu düzenine ilişkin hususların incelenmesidir.

Esastan incelemede aslanan, duruşmalı inceleme yapmaktır; ancak HMK'nın 353. maddesinde sayılan istisnai hallerde, duruşmasız da karar verilebilir.

HMK'nın 357. maddesinde sayılan bir kısım işlemler, istinaf yargılamasında yapılamaz: İstinafta karşı dava açılmaz; müdahale, ıslah, birleştirme talebinde bulunulamaz; yeni vakıalar ileri sürülemez; yeni delil gösterilemez; yetki sözleşmesi yapılamaz.

BAM, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla yargılamayı sona erdirir. İstinaf incelemesi sonunda verilecek kararın içerik ve şekli, HMK'nın 359. maddesinde düzenlenmiştir. BAM hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

İstinaf başvurusunun haksız olması halinde, BAM, istinaf başvurusunun reddine karar verir. Haklı olması halinde ise BAM, öncelikle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır; ardından duruşmayı gerektirmeyen usuli hatalar var ise, yeni karar verilmesi için dosyayı ilgili mahkemeye gönderir; istinaf başvurusunu kısmen ya da tamamen haklı görürse, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek, davanın kısmen veya tamamen kabulüne veya reddine karar verir; ilk derece mahkemesinin bazı maddi ya da hesap hatalarını içermesi durumunda, kararı düzeltir; feragat, kabul, sulh, davanın konusuz kalması durumlarında, gerekli kararları verir.

İstinaf kanun yolu, her yenilikte olduğu gibi, karşılaştığı pek çok eleştiriye rağmen, iyi anlatılır, anlaşılır ve uygulanırsa, amacına ulaşacaktır. Bu yolda, başta BAM'lar olmak üzere, ilk derece mahkemelerine, avukatlara çok iş düşmektedir. Çalışmamızda izah ettiğimiz istinaf yargılamasının, ülkemizde hukuk alanında yaşanan sıkıntılar da dikkate alındığında, mesleğine özen gösteren, çalışkan, uzmanlaşmış, ehil hâkimler aracılığıyla ve yeterli altyapı donanımıyla yapılması zorunludur. Diğer hukuk uygulayıcılarının da gerek taleplerini, savunmalarını, delillerini ileri sürerken; gerekse taraflarca ileri sürülenlerin değerlendirmesini yaparken, son derece hassas çalışmaları gerekmektedir. İstinaf incelemesi ve yargılamasının sağlıklı işletilmesiyle, vatandaşın yargılama faaliyetine duyduğu güvensizlik azaltılabilir; Yargıtay, olması gereken şekilde, içtihat birliğini sağlama, hukuk alanını geliştirme faaliyetine odaklanabilir. Bu hususların gerçekleşmemesi halinde ise, sisteme getirilen tüm eleştiriler haklı çıkabilir ve zaten tereddütlü yaklaşılan yargılama süreçleri, gereksiz yere uzayabilir.

### Kaynakça

- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.  
Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.  
Albayrak Adem/Arslan Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2016.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Ermenek İbrahim, İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, <http://www.taa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.10.2016)
- Konuralp Haluk, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (BAM'da Usul), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2003.
- Konuralp Haluk, Medeni Yargılama Hukukunda Bölge Adliye Mahkemelerinin İşlevi (BAM'ın İşlevi), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları:52, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2003.
- Kurt Konca Nesibe/Damar Ceren, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, *TBB Dergisi*, S:125, Ankara 2016, s.187-230.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016.
- Özekes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), TBB Yayınları:134, Şen Matbaası, 1.Baskı, Ankara 2008.
- Özekes Muhammet/Pekcanitez Hakan, Bölge Adliye Mahkemeleri Kurulurken:Medeni Yargılama Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz Sunumu, İzmir Barosu, <http://www.izmirbarosu.org.tr>, (Erişim Tarihi:20.10.2016)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku C:3 (Pekcanitez Usul), On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul 2017.
- Türkiye Adalet Bakanlığı Hollanda Yargı Konseyi İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi AB-Eşleştirme Projesi, [www.abgm.adalet.gov.tr](http://www.abgm.adalet.gov.tr), (Erişim Tarihi:20.10.2016)
- Yayla Meraklı Deniz, İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yılmaz Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Yılmaz Ejder, Medeni Yargıda İstinaf (İstinaf), Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:3 (HMK Şerhi), Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2017.
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)
- [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr)
- [www.mevzuat.tbmm.gov.tr](http://www.mevzuat.tbmm.gov.tr) (HMK ve Kanun Taslağı Gereçesi)