

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine

Murat Fatih ÜLKÜ*

* Avukat, İzmir Barosu. mfulku@hotmail.com

GİRİŞ

Bilindiği gibi (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda, "istinaf", ilk derece mahkemesi kararlarının hukuksal denetimi konusunda yeni bir yasa yolu olarak öngörülmüştür.^[1] Her ne kadar HMK 01.11.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, istinaf sisteminin fiziksel altyapısının hazırlanmasının gecikeceği anlaşıldığından, HMK'nın geçici 3.maddesi ile, istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, eski usul yasası Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği hükme bağlanmıştır. İstinaf mahkemelerinin kurulması ve göreve başlaması 20.07.2016 tarihini bulmuş, bu tarihten itibaren de ülkemiz yargı ve hukuk sistemi, istinaf yasa yolunun pratiğini yaşamaya başlamıştır.

Yine bilindiği gibi, istinaf yasa yolunun, yurttaşların yargıya güvenlerinin azalmasında önemli etkenlerden olan yargının yavaş işlemesi sorununa çözüm getireceği yönündeki 1990'ların sonundan itibaren yoğunlaşan söylem önemli bir beklenti yaratmış; istinaf yasa yolu, ülkemizde kangren haline gelmiş davaların uzaması, adaletin gecikmesine önemli bir çözüm olduğu iddiası ile yargı sistemimize getirilmiştir. Ayrıca istinaf yasa yolunun, temyiz aşamasındaki iş yoğunluğunu azaltarak, Yargıtay'ı gerçek işlevi olan "içtihat mahkemesi" konumuna taşımak, gerçek bir temyiz mahkemesi olmasını sağlamak gibi iddialı bir gerekçesi daha vardır.

Ama deyim yerindeyse "evdeki hesap, çarşıya uymamış", aslında uygulamayı bilenlerin beklediği olmuş, istinaf yasa yolu, hukuk yargılamasını hızlandırmak şöyle dursun, daha da uzatan ve yavaşlatan bir sonuç yaratmaya başlamış, hukuk sistemimizde yeni bir sorun yaratmak dışında pek bir işlevi olmamıştır. Bu örnek bir daha gösterdi ki; hukuk ve yargı sistemimizdeki temel sorun fiziksel altyapıdan daha çok, zihinsel altyapının ve bakış açısının değiştirilmesinden ve geliştirilmesinden geçmektedir. Zihinsel altyapının ve bakış açısının değiştirilmesi ise, sadece hukuksal yöntemlerle sağlanamayacak, çok etkenli epeyce karmaşık bir konudur.

[1] Her ne kadar, 26.09.2004 tarihli 5236 sayılı kanunla yapılan değişiklikle eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK) istinaf yasa yolu eklenmiş ise de, HUMK döneminde istinaf yasa yolunun uygulanması mümkün olmamıştır. 5236 sayılı yasa ile getirilen istinaf hakkındaki düzenlemelerin, yeni HMK'daki istinaf yasa yoluna ilişkin hükümlere büyük oranda temel oluşturduğu söylenebilir.

I. İSTİNAF YASA YOLUNUN TEMYİZ YASA YOLUNDAN TEMEL FARKI

İstinaf yasa yolunun, temyiz yasa yolundan temel farkı, hukuka aykırılıklar ve eksiklikler içeren ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasından sonra, hukuka aykırılıkların ve eksikliklerin giderilerek yeniden esas hakkında karar verilebilmesidir. Bu özelliği ile istinaf, “düzeltici yasa yolu” olarak nitelendirilmektedir.^[2] Oysa, bilindiği gibi temyiz yasa yolunda, hukuka aykırılıklar ve eksiklikleri içeren ilk derece mahkemesi kararı (yasada öngörülen ayırık durumlar ve düzelterek onama olasılığı dışında) sadece bozulmakta ve yeniden karar verilmek üzere dosya ilk derece mahkemesine (yerel mahkemeye) gönderilmektedir. Yani, istinaf yasa yolu bir çeşit küçük/minyatür bir temyiz yasa yolu değildir, istinaf mahkemeleri de bir çeşit küçük/minyatür temyiz mahkemeleri değildir.^[3]

HMK'nın istinafi düzenleyen hükümlerine bakıldığında, istinaf başvurusu ile ilgili temel kuralın, “ön inceleme aşamasında verilecek kararlar (usulden red, görevli daireye gönderme vb.” (HMK m. 352) ve “istinaf başvurusunun esastan reddi”, “ilk derece mahkemesine gönderme” (HMK m. 353) kararları dışında, istinaf mahkemelerinin, yeniden esas hakkında karar vermesi olduğu söylenebilir. (HMK m. 353-360) Çalışmamızdaki değerlendirmelerimize

[2] Tolga Akkaya, “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi,” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018), 150; İbrahim Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı,” 1, www.izmirbarosu.org.tr, Erişim tarihi Nisan 2023; Muhammet Özekes ve Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)*, (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 10-11.

[3] İstinaf yasa yolunun, bu farklı niteliğinin işaret ettiği, “düzeltici yasa yolu” niteliği; “somut olay adaletinin sağlanması” amacı; “maddi vakıa denetimi” ve “hukuka uygunluk denetimi” yapması gibi özellikleri ve bu kapsamda temyiz yasa yolundan farkları için konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 1; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 9 vd.; kısmen Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*, 6. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 455-463. Ermenek, makalesinde istinaf yasa yolunun temel olarak “maddi vakıa denetimi” yapması karşısında, bugün için temyiz yasa yolundaki Yargıtay denetiminin sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması gerektiğini, Yargıtay'ın “maddi vakıa denetimi” yapma yetkisinin olmadığını savunmaktadır. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 1-2.

temel oluşturması bakımından; istinaf mahkemelerinin yeniden esas hakkında karar vermeleri gerekliliğinin, istinaf mahkemeleri bakımından takdiren kullanılacak bir hak değil, yasadan ve istinaf yasa yolunun anlam ve amacından kaynaklanan bir görev olduğunun altı çizilmelidir.^[4]

HMK, belki teorik düzlemdeki istinaf yasa yolunun nitelikleri ve özellikleri hakkındaki tartışmaların ve diğer ülkelerdeki uygulamaların etkisiyle; bazı ayıksal durumlarda istinaf mahkemelerince hukuka aykırılık nedeniyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra, yeniden esas hakkında karar vermek yerine, yeniden yargılama yapılmak için ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilebileceğini düzenlemiştir.^[5] (HMK m. 353/1-a'da 6 bent halinde sayılan durumlar)

Bu çalışmamızda, uygulamada istinaf mahkemelerinin esasen bir ayırık durum olarak öngörülen HMK m. 353/1-a/6'daki hükmün arkasına gizlenerek, yeniden esas hakkında karar vermekten kaçınmalarının, küçük/minyatür bir temyiz mahkemesi refleksi ile hareket etmelerinin yarattığı sorunlara dikkat çekmeye çalışacağız.^[6]

III. HMK M. 353/1-A/6'NİN İLK HALİ VE UYGULAMADAKİ YANLIŞ YORUMU

İstinaf mahkemesinin yeniden karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebildiği durumlardan HMK m. 353/1-a maddesinin ilk beş bendinde sayılan;

- bendinde düzenlenen “davaya bakmaya yasaklı yargıcın karar vermesi”
- bendinde düzenlenen “haklı red talebine rağmen reddedilen yargıcın davaya bakması

[4] Benzer yönde: Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 176-7.

[5] Öğretide bu ayırık durumların, ilk derece mahkemesi kararındaki ağır sayılabilecek usul hatalarına ilişkin olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu.”

[6] Uygulamada, istinaf mahkemeleri ile ilk derece mahkemeleri arasında (esasen tamamen aynı statüde olmalarına karşın) çekişmeler yaşanmaya başlamış, istinaf mahkemelerinin kendileri ile aynı binada ilk derece mahkemelerini istememesine kadar varan anlamsız sorunlar yaşanmıştır. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 1-2'de “istinaflarla ilk derece arasında örtülü gerilim” denerek bu soruna kısmen işaret edilmiştir.

- bendinde düzenlenen “ilk derece mahkemesinin görev ve yetkisi ile ilgili konular”
- bendinde düzenlenen “dava şartlarına aykırılık”
- bendinde düzenlenen “usule aykırı açılmamış sayılma, birleştirme, ayrılma, merci tayini kararları”

durumları, somut biçimde öngörülmeleri anlamında uygulamada fazla soruna yol açmadıkları gibi,^[7] ilk derece mahkemesi kararının ağır usul hataları nedeniyle sağlıklı biçimde yargılama yapmadığının varsayımı nedeniyle yasaya kondukları anlaşılmaktadır.^[8]

Ancak, HMK m. 353/1-a/6'nın ilk 5 bentten epeyce farklı olduğunu, uygulamada en çok soruna yol açan bent olduğunu söylememiz gerek. HMK m. 353/1-a/6'nın ilk hali şöyledir:

“6- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması”

Bu hükümde yer alan “delillerin hiçbirinin toplanmaması”na veya “gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi”ne, tahmin edileceği gibi uygulamada

[7] Taraf oluşumu (teşkili) konusunun HMK m. 353/1-a m.si kapsamında ağır usul hatası sayılması olanaklı olmakla, taraf oluşumunun (teşkilinin) ilk derece mahkemesince sağlanmaması durumunda, istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a gereğince “kaldırma” ve “gönderme” kararı verip veremeyeceği konusunda ayrıntılı tartışmalar için;Yargıtay 5 HD E.2018/7443, K.2019/10654, 27.05.2019 tarihli kararı, bu bozma kararı sonrası Bursa Bölge Adliye Mahkemesi E.2019/2311, K.2019/1611 sayılı direnme kararı, bu kararları incelenmesine ilişkin Emine Gökçe Karabel, “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir mi?,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 57-72, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 57 vd.

[8] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu.” Kanımızca Ermenek'in görüşü HMK m. 353/1-a'daki ilk 5 bent için doğru kabul edilebilir.

İlk 5 bentte sayılan bu kararların ilk derece mahkemesince tahkikata başlanmadan verilmesi durumunda, istinaf mahkemesinin “gönderme” kararı bir ölçüye kadar kabul edilebilir nitelikte olmakla birlikte, kanımızca ilk derece mahkemesinin tahkikatı kısmen veya tamamen tamamlamasından sonra bu nitelikte bir karar vermesi durumunda, istinaf mahkemesinin farklı bir hukuksal görüşü varsa, kural olarak yeniden esas hakkında karar vermesi gerekir, usul ekonomisi ilkesi bunu gerektirir.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine

çok seyrek rastlanabilir. Bu hükmün amacının da “delil toplanması” ve “delil değerlendirmesi” aşamasındaki eksiklerin de kural olarak istinaf mahkemesi tarafından tamamlanması olduğu, ancak “hiç delil toplamama” veya “delilleri hiç değerlendirmeme” gibi keyfi bir yargılama durumunda, dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi olduğu söylenebilir.

Ancak, yargı uygulamamızda delil toplanması, değerlendirilmesi, hukuksal nitelendirme aşamalarının iç içe yaşanması, birçok olayda birbirinden ayrılmalarının oldukça zor olması karşısında, hangi olayda “hiç delil toplamama” ve “delilleri hiç değerlendirmeme” olgularının gerçekleştiği oldukça tartışmalı bir hal almıştır.

Bu dönemde, tam da beklendiği gibi, istinaf mahkemeleri kendilerini küçük/minyatür bir temyiz mahkemesi gibi görerek, HMK m. 353/1-a/6’yı içerik ve amacı dışında yorumlayan/yeniden karar vermemek amacıyla kullanan ve “kaldırma” kararını “bozma” kararı gibi kullanan bir yaklaşım sergilemişlerdir.^{[9] [10]} Uygulamada istinaf mahkemesince kolayca tamamlanabilecek/düzeltililebilecek “yeniden keşif yapılması”, “yeniden bilirkişi raporu (hatta) ek rapor alınması”, “delillerden birinin toplanmamış olması” gibi eksiklerde dahi, “kaldırma ve esas hakkında yeniden karar verme” yerine

[9] Benzer yönde değerlendirme Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 81.

[10] İstinaf aşamasında rahatlıkla giderilebilecek bir eksiklik olan “davalı tarafın ticari defterlerinin incelenmemesi”nin HMK m. 353/1-a/6 kapsamında değerlendirilerek, “ilk derece mahkemesine gönderme” kararına konu edildiği örnek için bkz. Taner Emre Yardımcı, “İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 83-91, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 83-91’de incelenen Gaziantep BAM 11 HD E.2017/446 , K.2017/514.

sadece “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararı ile yetinilmiştir.^{[11] [12]}

Yargıtay, bu nitelikteki “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararlarını, karar içeriğinde “kesin” olarak belirtilse de, “temyizi olanaklı” kabul ederek ve “istinaf mahkemesince yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği” gerekçe-siyle bozma kararlarına konu etmiştir.^[13] Yargıtay’ın ilgili dairelerinin bu

[11] Bazı örnekler için, Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 146-148; bazı örnekler için Cenk Akil, “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme,” *TAAD* 11, no. 38 (Nisan 2019): 1-6. Yine Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 156-162 arasında değinilen örneklerdeki, “sözlü yargılama için tarafların davet edilmemesi”, “bilirkişi raporunun tarafa tebliğ edilmemesi”, “tazminat davasında ölenin ortak kusuru nedeniyle indirim yapılmamış olması”, “maddi tazminat hakkında hüküm verildiği halde, manevi tazminat talebi hakkında olumlu-olumsuz bir karar verilmemiş olması”, “bilirkişi raporunun dosya üzerinden hazırlanmış olması”, “keşif yapılmamış olması”, “yetersiz inceleme sonucu karar verilmesi”, bizim görüşümüze göre, istinaf mahkemelerinin “kaldırma-gönderme” kararını “bozma” kararı gibi kullandıklarını ve usul ekonomisi ilkesine zarar verildiğini gösteren tipik örneklerdir.

[12] Uygulamada 6.bendin bölge adliye mahkemesi kararlarında geniş uygulandığı yönünde Dilek Aydemir, “HMK m.353/1-a (6) Gerekçesi ile Dosyanın İlk Derece Mahkemesine İadesi Halinde Daha Önce İstinaf Sebebi Yapılmayan Karar Kısımlarının Hukuki Durumu,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 43-88, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 53.

[13] Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında, taşınmazın değerinin belirlenmesi ile ilgili ek rapor alınması, kamulaştırmadan arta kalan kısımdaki değer kaybı ile ilgili davalı yurttışa değer kaybı ile yetinip yetinmeyeceğinin sorulması, yetinmemesi durumunda davacı idareye kamulaştırmadan arta kalan kısmın bedelini ödeyerek bu kısmın da mülkiyetine hak kazanması prosedürünün işletilmesi vb. konulardaki eksiklerin Bölge Adliye Mahkemesi’nce tamamlanması, ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilemeyeceği hakkında Yargıtay 5 HD 23.05.2019 tarih, E.2017/35797, K.2019/10593; Farklı konularda, ilk derece mahkemesince delillerin eksik toplanmasının Bölge Adliye Mahkemelerince HMK m. 33/1-a/6 kapsamında ilk derece mahkemesine gönderme kararına konu edilemeyeceği yönünde Yargıtay 8 HD E.2017/15483, K.2018/17247, 15.10.2018; Yargıtay 2 HD E.2017/5594, K.2017/13799, 04.12.2017 sayılı kararından: “...*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353. maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tabdidi (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır...*” HMK m. 353/1-a’daki sayılan durumların sınırlayıcı olmadığı yönündeki görüş Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 140

içtihatlarının istinaf yasa yolunun tanım ve amacına ve HMK'daki istinaf ile ilgili düzenlemelerin amaç ve ruhuna uygun olduğunu belirtmeliyiz.

IV. HMK M. 353/1-A/6'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Ortaya çıkan bu farklı uygulamalar, yargı sisteminde sorunlara, öğretide tartışmalara yol açmış, sonunda yasa koyucu 22.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı kanunla HMK m. 353/1-a/6'yı değiştirmiştir. Bu değişikliğe göre HMK m. 353/1-a/6 aşağıdaki biçimi almıştır:

“Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması”

Bölge adliye mahkemelerinin istinaf yasa yolunun anlam ve amacı ile bağdaşmayan ve HMK m. 353/1-a/6'nın ilk haline tamamen aykırı yorumlarını cesaretlendirecek nitelikteki bu değişiklik, öğretide eleştirilmiştir.^[14]

Gerçekten, yasanın ilk halinde, istinafin “düzeltici yasa yolu” niteliğinden hareketle, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra ilkesel olarak esas hakkında yeniden karar verilmesi yaklaşımına uygun bir hüküm dahi, uygulamada bölge adliye mahkemelerince yeniden karar vermektен kaçınmak amaçlı kullanılır iken; bu yasa değişikliğinden sonra, “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde” gibi yoruma açık bir ifadenin, bölge adliye mahkemelerinin istinaf yasa yolunun amacı ile bağdaşmayan yaklaşımlarını daha da artıracakı açıktır.

Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bir dosyada bilirkişi incelemesi yapılmaması ve hatta kök bilirkişi raporunda eksikler bulunması durumunda ek rapor alınmaması, taraflarından birinin bir tanığının dinlenmemesi, eksik bir delilin toplanmaması, toplanan bir delilin hükme etkisinin kararda değerlendirilmemiş olması; bölge adliye mahkemelerince rahatlıkla “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması” olarak değerlendirilebilir ve yeniden esas hakkında karar verilmeyip, dosya ilk derece mahkemesine gönderilebilir. Bu nitelikteki uygulamaların, istinaf yasa yolunun amacıyla bağdaşmadığı

[14] Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 117 vd.

açık olduğu gibi, usul ekonomisi ilkesi bakımından da sakıncalı sonuçlar yaratacağı açıktır.^[15]

Uygulamada gerek yukarıda belirttiğimiz delillerin toplanması aşamasındaki kısmi eksikler bakımından bu durumla karşılaşıldığı gibi; aynı biçimde birden fazla talep barındıran dosyalarda bir talep hakkında karar verilmemesi/ inceleme yapılmaması/yanlış karar verilmesi durumlarında, takas/mahsup gibi davalı savunmalarının incelenmemesi/yetersiz incelenmesi, asıl ve birleşen dosyaların birlikte incelendiği dosyalarda bir dosyada kısmi bir eksiklik durumlarında vb. dahi, yargılama ve incelemeye konu diğer talepler bakımından bir eksiklik olmamasına rağmen, Bölge Adliye Mahkemelerince yeniden esas hakkında karar vermek yerine ne yazık ki gönderme kararı verilmesi tercih edilmektedir.

Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; kamulaştırmasız el atma ve ecrimisil talebi barındıran dosyalarda dosyadaki ana talep olan kamulaştırmasız el atma bedeli ile ilgili bir sorun bulunmamasına karşın, salt ecrimisil hesabında hata yapılması ve kamulaştırmasız el atma bedelinden diğer davalı idarenin sorumlu olması gerektiği gerekçeleri ile, Bölge Adliye Mahkemelerince gönderme kararı verilebilmektedir.^[16]

Yine “ecrimisil talepli dosyada, davalının takas/mahsup savunmasının incelenmemesi” Bölge Adliye Mahkemelerince gönderme kararına konu edilmektedir.^[17]

Yargıtay, bu yasa değişikliğinden sonra verdiği kararlarda da, “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararlarını, karar içeriğinde “kesin” olarak belirtilse de, “temyizi olanaklı” kabul ederek ve “istinaf mahkemesince yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozma kararlarına konu etmeye devam etmiştir.^[18]

[15] Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 117 vd.

[16] İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, E.2020/1719, K.2022/2876, K.T. 12.10.2022.

[17] İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, E.2019/2023, K.2021/1011, 26.05.2021

[18] Kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat ve ecrimisil davalarında; ecrimisile ait yıllara göre ilçe tarım müdürlüğünden verilerin istenmemesi, dosyadaki mevcut veriler

Yalnız, son olarak HGK oyçokluğu ile verdiği yeni tarihli bir kararında ise,^[19] “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının kesin olduğuna karar verilerek, bugüne kadar Yargıtay dairelerinin geliştirdikleri içtihatlar ile istinaf mahkemelerini gerçek işlevine doğru yönlendirme çabalarına ket vurulduğunu, bu karardan cesaret alacak istinaf mahkemelerinin HMK m. 353/1-a/6 hükmünü “kaldırma-gönderme” adı altında “bozma” kararı gerekçesi olarak kullanmak konusunda önlerinin açıldığını söylememiz gerekiyor.^[20]

ile bilirkişi raporundaki uyumsuzluğun giderilmemesi, dava konusu taşınmazların el atma tarihindeki özelliklerinin tespiti bakımından belediye başkanlığındaki bilgilerin istenmemesi vb. konulardaki eksiklerin Bölge Adliye Mahkemesi’nce tamamlanması, ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilemeyeceği hakkında Yargıtay 5 HD, E.2020/1053, K. 2020/10345, 25.11.2020

[19] Yargıtay HGK, E.2020/238, K.2020/1161, 27.09.2022 kararına konu somut olayda, Bölge Adliye Mahkemesi’nin ilk derece mahkemesince giderilmesini istediği eksikliğin, “yeterli ihtisasa sahip bilirkişilerin de yer alacağı bilirkişi heyetinden yapılan açıklamalar doğrultusunda rapor alınması gerektiği” gibi, Bölge Adliye Mahkemesi’nce rahatlıkla tamamlanabilecek bir eksiklik olduğu düşünülürse, ülkemizde istinaf sürecinin bir küçük/minyatür temyiz niteliğine doğru evrilmekte olduğu rahatlıkla söylenebilir.

[20] HMK m. 353/1-a m.si kapsamında istinaf mahkemesi tarafından verilen “gönderme” kararların kesin olması, bu kararın ilk derece mahkemesini bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu “gönderme” kararına karşı direnmek hakkı olmaması ve son HGK kararı kapsamında tek başına temyiz edilememesi anlamına gelmekte olup, bu karardaki değerlendirmelerin uyumsuzluk açısından “kesinlik/kesinleşme” anlamına geldiğini göstermez, yukarıda da belirttiğimiz gibi, istinaf mahkemesinin “gönderme” kararı ilk derece ve istinaf aşamalarını yeniden geçtikten sonra temyiz aşamasında Yargıtay’ın uyumsuzluk hakkında yapacağı değerlendirme bakımından bağlayıcılık taşımaz. Benzer görüşte Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 171-172. Zaten aksi bir görüş, HMK m. 353/1-a kapsamında verilen kararları temyiz yasa yolunun kapsamı dışına çıkarır ki, böyle bir yorumun üç aşamalı sistemi benimsemiş yargı sistemimizde gerçek bir derece kaybına yol açacağı ve istinaf mahkemelerini en üst aşamaya taşıyarak dereceli sistemi tamamen alt üst edeceği açıktır. Farklı görüş için Karabel, “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı,” 70-71.

V. İSTİNAF MAHKEMELERİNİN GÖNDERME KARARI VERMESİ LEHİNDE ORTAYA ATILAN GEREKÇELERİN ELEŞTİRİSİ

Öğretide genel olarak üzere hukukumuzda “dar anlamda istinaf” yolunun benimsendiği kabul edilmektedir.^[21] Bu konuda en önemli yasal dayanak olarak HMK m. 357’deki istinaf aşamasında bazı usul işlemlerinin yapılamaması, kural olarak yeni delillere dayanılmaması; HMK 355’deki istinaf incelemesinin istinaf başvurusundaki belirtilen nedenlerle sınırlı olarak yapılması gösterilmektedir.^[22]

Teorik olarak, istinaf aşamasının ikinci derece bir yargılama olduğu, ilk derece yargılamasında yapılması gereken işlemlerin tamamının istinaf mahkemesince yeniden yapılmasını ilk derece yargılamasının önemini yitirmesine neden olacağı, ilk derecedeki yargılamalarda özensizliğe yol açacağı, istinaf aşamasındaki iş yükünü arttırarak usul ekonomisine aykırılık yaratacağı ve özellikle de tarafları ilk derece yargılamasından yoksun bırakarak derece kaybına (tarafların dereceli yargılanma hakkına zarar vereceği) yol açacağı savlarıyla,^[23] istinaf aşamasında esas hakkında yeniden karar vermek yerine gönderme kararı verilebilmesi savunulmakta,^[24] karşılaştırmalı hukuk kapsamında yapılan incelemeler ile de konu tartışılmaktadır.^[25]

[21] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 4-5; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 14 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, “İstinafa Başvuru Şartları,” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği*, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), (Ankara 2018), 18-19.

[22] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 4-5; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 14 vd.

[23] Bu konuda gönderme kararının “doğrudanlık”, “hukuki dinlenilme hakkı”, “kanuni hakim-tabii hakim” ilkeleriyle olan ilişkisi ve bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 46-65

[24] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 153; kısmen Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 35-45 arası, Ancak Özekes ve Güneysu, bu bölümde haklı olarak istinaf mahkemesinin yeniden esas hakkında karar vermesi gereken bir konuda gönderme kararı vermesinin, tarafları “gerçek bir istinaf aşaması” hakkında yoksun bırakarak, başka bir derece kaybı yaratacağını vurgulamaktadırlar. Yine dereceli yargılama hakkının mutlak bir hak olmadığı yönündeki ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 35-45.

[25] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 116-140.

Akkaya'nın incelemesinde yer verilen karşılaştırmalı hukuk sistemleri olan Alman hukuku, Avusturya hukuku ve İsviçre hukukunda ise kural olarak istinaf aşamasında yeniden esas hakkında karar verilmesinin istendiği, gönderme kararının ayırksal durumlara özgü kılındığı anlaşılmaktadır.^[26] Avusturya hukukunda dahi istinaf mahkemelerinin özellikle delillerin toplanması aşamasından kaçınmak için gönderme kararı vermelerinin yargılamayı zorlaştırıp geciktirmesinin eleştiri konusu yapılması önemli bir örnek olarak göze çarpmaktadır.^[27]

Bölge Adliye Mahkemelerince esas hakkında yeniden karar verilmemesinin, uygulamada yarattığı sorunların ön planda gelenlerini açıklarken anlaşılacağı gibi, yukarıda ortaya atılan, teorik kalan ve ülkemizdeki yargı işleyişi ve pratikleri özelinde de teorik kalmaya mahkum gerekçeler ile, yurttaşların ve uygulayıcıların hukuk sisteminden ve adalet kavramından temel beklentileri olan “hızlı, sonuç alan, etkin yargı ve adalet” beklentisi karşılaştırıldığında, teorik gerekçelerin kolaylıkla ihmal edilebileceğini söylemek gerekir. Bugün için, yargı sistemimizin geldiği noktada, yurttaşın “derece kaybı”na uğramasının (eğer yaratırsa) yaratacağı ufak tefek sakıncalar, –bizim uygulamamızı düşündüğümüzde bir sakıncasının olmadığını da kolaylıkla söyleyebiliriz– yargının hızlı ve etkin çalışması karşısında fazla önem taşımamaktadır.

Ayrıca, kimi olaylarda istinaf aşamasında yeniden karar verilmesinin usul ekonomisine aykırı olabileceği yönündeki yorumun, uygulamada ortaya çıkan sonuçlar ile örtüşmediği görülmektedir.

Gerçekten, kısaca açıklamak gerekirse, istinaf aşamasında bugün yaklaşık 2 yıl bekleyebilen dosya, esas hakkında yeniden karar verilmeyerek ilk derece mahkemesinde gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinde yeni esas almakta, yeni duruşma günü belirlenmekte, her şey yolunda giderse ilk derece mahkemesi yeniden esas hakkında karar vermekte,^[28] dosya

[26] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 121, 123, 130-1; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 83-89, özellikle 88-89.

[27] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 124, dipnot 72.

[28] Yargıcın izinli olması, yargıcın raporlu olması, bilirkişi (ek) raporunun gelmemesi, tarafların/vekillerinin özür (mazeret) vermeleri, talimat yanıtının gelmemesi, kurumlardan yanıt gelmemesi, kurumların istenen iş/işlemleri yapmamaları, Adli Tıp aşamasındaki eksikler vb. Tabi, buradan hukuk yargılamamızda, aşamaların duruşmaya

yeniden istinaf incelemesi için Bölge Adliye Mahkemesi'ne gitmekte, bu kez istinaf aşaması esas hakkında bir hüküm ile geçilebilirse (ne yazık ki şu anki uygulamamızda istinaf mahkemesinin ikinci kez “gönderme” kararı vermesi de mümkündür, örnekleri de yaşanmaktadır.), –temyizi olanaklı kararlar için– temyiz aşaması söz konusu olmaktadır. Böylece tarafları “derece kaybı”na uğratmayalım derken, hukuk yargılamasında en üst derece olan temyiz aşaması, gereksiz yere uzamakta, yargılamaları hızlandırma amacı ile getirildiği söylenen istinaf aşaması, yargılamanın uzamasına neden olan bir işleve bürünmektedir.

Bu çerçevede bakıldığında, istinaf mahkemesinin vereceği “gönderme” kararının kolay kolay usul ekonomisi ilkesine uygun olamayacağı görülmektedir.

Bu sakıncaların önemli bir kısmı, istinaf mahkemelerindeki iş yükü, dosya yoğunluğu, hukuk uygulamamızdaki hüküm vericilerin bakış açısı, duruşma aralarının uzunluğu gibi ülkemizdeki uygulamaya özgü nedenlerden kaynaklandığı, hukuk teorisindeki istinaf kavramından kaynaklanan sakıncalar olmadığı ileri sürülebilir, –ki bu görüş önemli ölçüde haklılık barındırmaktadır– ancak ülkemizde “hukuk”, “yargı”, “adalet” kavramlarında ortaya çıkan aşınma/erime, günümüzde usul hukukunda ülkemiz gerçeklerine uygun çözümler geliştirmemiz gerektiğini göstermektedir.

VI. İSTİNAF MAHKEMELERİNİN YENİDEN ESAS HAKKINDA KARAR VERMEK YERİNE GÖNDERME KARARI VERMELERİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SAKINCALAR

A) USUL EKONOMİSİNE VERDİĞİ ZARARLAR VE YARGILAMAYI UZATAN YÖNÜ

Yukarıda da değindiğimiz gibi, istinaf mahkemelerinin yeniden esas hakkında karar vermekten kaçınmaları, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekle yetinmeleri; yargılamayı uzatan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hükme bağlanmasını geciktiren, istinaf aşamasının yeniden geçilmesini zorunlu kılması anlamında yargı yolunu masraflı ve zahmetli hale getiren yönleriyle usul ekonomisine zarar vermektedir.

Altını çizmek bakımından yeniden zamansal/sayısal bir örnek vermek gerekirse, (en iyimser olasılıkla) 1–2 yılda tamamlanabilen ilk derece mahkemesi

bağlı olarak ilerlemesi kaynaklı başka bir soruna değinmiş oluyoruz. Kanımızca hukuk yargılamasında duruşmaya bağlı yargılamada vazgeçilmeli, duruşmayı zorunlu kılan işlemler dışında, duruşma yapılmadan sonuca gidilmelidir. Bu konuyu “Hukuk Yargılamasında Duruşma Şart mı?” başlıklı diğer bir çalışmamızda inceledik.

aşamasından sonra, istinaf süreci sonunda “gönderme” kararı verilen bir olayda, yaklaşık 2–4 yıl sonra, üç dereceli/aşamalı yargı sistemimizde başa dönmüş ve her şey yolunda giderse en az 3–5 yıl daha sürebilecek bir yargılama süreci kalmış olmaktadır.

Ayrıca, “gönderme” kararı verilen dosyalarda Yargıtay öncesi 2 kez ilk derece mahkemesi kararı, 2 kez de istinaf kararı verildiği, her kararda harca ve yargılama giderine (ayrıca ilk derece mahkemesi kararlarında, duruşma yapılan istinaf kararlarında avukatlık ücretine) hükmedildiği, düşünülürse, –özellikle nispi harca ve avukatlık ücretine bağlı davalarda– harçların, avukatlık ücretlerin ödenmesi, “kaldırma” kararı sonrası geri alınması sorunları gibi, usul ekonomisi ile taban tabana zıt sonuçlar doğmaktadır.

Ayrıca, istinaf mahkemesince verilen “kaldırma” kararı sonrası, dosyanın geldiği ilk derece mahkemesi, yeni esasa kayıt yaptıktan sonra hiçbir işlem yapmadan sadece istinaf kararını taraflara tebliğ ederek yeni duruşma günü vermektedir. Bu süre kimi zaman 4–5 ayı bulabilmekte ve yargılamada bu süre, –ilk duruşmanın da esasa ilişkin olmayan bir nedenle ertelenmesi olasılık dahilindedir– tamamen boşa harcanmaktadır. Uygulamada yaşanan bu tip sorunların, istinafın “gönderme” kararı lehine ileri sürülebilecek “derece kaybı” gibi teorik kalan görüşlere kıyasla daha ağır sonuçlar yarattığını söylememiz gerekiyor.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a/6 kapsamında verdiği kararlarda ortaya koyduğu hukuksal görüş, (temyiz yeteneği bulunan kararlar bakımından) esasen Yargıtay denetimine bağlı olduğu halde, –özellikle yukarıda belirttiğimiz son HGK kararı sonrasında– HMK m. 353/1-a’da öngörülen kararların kesin olarak kabul edilmesi karşısında, Yargıtay denetimine bağlı tutulmadan, önce ilk derece mahkemesine gitmekte, ilk derece mahkemesindeki ve sonrasındaki istinaf mahkemesindeki ikinci dönemde ancak bir hükme bağlanmakta ve ondan sonra –uyuşmazlık hakkında iç hukuktaki son sözü söyleyecek– Yargıtay denetimine bağlı tutulabilmektedir.^[29] Dolayısıyla taraflar arasındaki hukuksal uyuşmazlık hakkında iç hukuktaki son sözü söyleyecek Yargıtay aşaması gereksiz yere geciktirilmekte ve özellikle istinaf mahkemesinin ilk

[29] Belirttiğimiz gibi, ikinci istinaf aşamasında dahi istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a m.si kapsamında “kaldırma-gönderme kararı vermesine bir engel yoktur. İkinci kaldırma-gönderme kararının verilmesi demek, dosyanın Yargıtay-temyiz aşaması öncesi en az 6 aşama (derece) görmesi demek anlamına gelecektir.

verdiği kaldırma–gönderme kararına konu ettiği hukuksal görüş Yargıtay tarafından uygun bulunmazsa, Yargıtay’ın bu görüşünü söyleyebilmesi ve uyuşmazlığın çözümüne yön verebilmesi için en az iki aşama (ilk derece ve istinaf olmak üzere) daha geçmesi gerekmektedir.^[30] Hukuk pratiğimizde bu aşamaların alacağı zamanın en az yıllar olacağını söylemek için işin uzmanı olmaya gerek yoktur.

Önemle değinilmesi gereken bir diğer konu da uygulamada istinaf mahkemelerinde duruşmalı incelemenin hemen hemen sadece Yargıtay bozması sonrası yapılmakta olmasıdır. Yani uygulamada, HMK’daki istinaf aşamasında “ön inceleme” sonrası “duruşmalı istinaf incelemesi” yapılmamakta, istinaf mahkemelerince verilen tüm kararlar HMK m. 353 içine sıkıştırılmaktadır. Bu bağlamda, esasen mevcut HMK sistematğine göre, “ön inceleme” aşaması geçildikten sonra kolaylıkla “duruşmalı istinaf incelemesi” aşamasında giderilebilecek eksiklikler, HMK m. 353/1-a/6 kapsamına sokularak “gönderme–kaldırma kararı”na konu edilmektedir. Böylece bugün itibariyle, istinaf mahkemelerinin yasa koyucunun amacına aykırı olarak birer küçük/minyatür temyiz mahkemesi haline geldiği rahatlıkla söylenebilir.

Burada yeri gelmişken, 7251 sayılı kanunla, HMK m. 356’ya eklenen ikinci fıkra hükmüne de değinmek yerinde olacaktır.^[31] Ön inceleme aşamasından sonra, duruşmalı istinaf incelemesi sırasında da, “istinaf başvurusunun esastan reddi” veya “ilk derece mahkemesinin kaldırılarak yeniden hüküm kurmak” da dahil gerekli kararın verilebileceğine ilişkin bu hüküm de, kanımızca yasa koyucunun esas amacının istinaf aşamasında ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra yeniden esas hakkında karar verilmesi olduğunu göstermektedir. Zira, bu yeni fıkrada duruşmalı istinaf incelemesi

[30] Benzer yönde Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 67. Aşağıda anlatmaya çalışacağımız gibi, Yargıtay aşaması olana kadar, istinaf mahkemelerinin “kaldırma–gönderme” kararlarının, “usuli kazanılmış hak”, aleyhe kaldırma yasağı”, “ilk istinaf başvurusuna konu edilmemiş itirazların ikinci istinaf başvurusuna konu edilip edilemeyeceği”, “istinaf mahkemesinin ikinci istinaf kararını verirken, ilk istinaf kararı ile bağlı olup olmadığı” gibi son derece tartışmalı konularda da taraflar arasındaki uyuşmazlığa önemli etkileri olabilecek ve duruma göre temyiz aşamasının önemini azaltabilecektir.

[31] HMK m. 366’ya eklenen ikinci fıkra hükmü: “*Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verir.*”

sırasında “kaldırma–gönderme” kararı verilebileceği belirtilmemiş olmakla, kanımızca duruşmalı istinaf incelemesi sırasında HMK m. 353/1-a kapsamında kaldırma–gönderme kararı verilemez. Aksi bir yorum HMK m. 353/1-a hükmünü anlamsızlaştıracağı gibi, yasa koyucunun amacına da istinaf yasa yolunun mantığına da ters düşer.^[32]

B) UYUŞMAZLIKTA YARATTIĞI HÜKÜM YOKLUĞU

Öncelikle vurgulayalım ki, istinaf mahkemelerinin yeniden karar vermekten kaçınmaları, taraflar arasındaki uyuşmazlık sürecinde bir hüküm yokluğu dönemine girilmesine neden olmaktadır. Usul hukukumuzda ayrık durumlar dışında temel kuralın, hükümlerin uygulanması/icra edilmesi için kesinleşme zorunluluğu bulunmaması ilkesi (HMK m. 350) çerçevesinde konuyu biraz daha derinlemesine açıklamak gerekirse, taraflar arasındaki uyuşmazlık istinaf mahkemesinin önüne gittiğinde, ilk derece mahkemesince verilmiş, uygulanması kesinleşmesine bağlı hükümler dışında icra edilebilir, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sonlanmasını sağlamaya yönelik bir hüküm bulunmaktadır.

İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin bu hükmünü kaldırdıktan sonra kendisinin geliştirdiği hukuksal yoruma göre bir karar vermek yerine, hukuka aykırı bulduğu ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırma ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi ile, doğal olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandırma iddiasındaki ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik icra edilebilir nitelikteki ilk derece mahkemesi hükmü ortadan kalkmakta, bununla birlikte istinaf mahkemesinin geliştirdiği hukuksal yorum ise bir hükme bağlanmadığı ve hükme bağlanması konusu ilk derece

[32] “İstinaf mahkemesinin, HMK’nın 356. maddesi uyarınca esasa ilişkin incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verdikten sonra geriye dönüp HMK’nın 353/1-a maddesi uyarınca kaldırma kararı veremeyeceği” yönünde İstanbul BAM 14 HD, E.2020/530, K. 2020/1105, 14.10.2020. Bu karar süre nedeniyle istinaf başvurusunun reddi kararının Yargıtay’ca bozulması sonrası duruşma açılarak yürütülen istinaf mahkemesi incelemesi sonucunda verilmiş olup, somut olay bakımından HMK m. 353/1-a/6 gereğince “kaldırma–gönderme” kararı verilebileceği sonucuna varmıştır. Karardaki bu sonuç ve HMK m. 353/1-a/6 uygulaması ise, ilk derece mahkemesi kararındaki eksiklik olan “gider avansının yatırılması konusundaki kesin sürede eksiklik ve sonrasında gerektiğinde bilirkişi incelemesi” yapılmasının istinaf mahkemesinde rahatlıkla giderilebilecek olması karşısında, kanımızca yerinde değildir.

mahkemesine bırakıldığı için, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandırmaya yönelik bir hüküm –istinaf aşamasında– oluşmamaktadır.

Bu durum; uyuşmazlığın en basit, en ucuz ve en hızlı biçimde çözülmesini öngören usul hukukumuzun temel ilkelerinden usul ekonomisine aykırı olduğu gibi; –uygulanması kesinleşmesine bağlı hükümler dışında– ortada –hem de istinaf mahkemesinin kendisinin oluşturduğu hukuksal görüşe göre dahi– icra edilebilir bir hüküm bırakmadığı için, tarafların haklarına kavuşmalarını geciktirirken, arada geçen zamanda oluşacak mahkeme hükmünün uygulanmasını engellemeye yönelik kötüniyetli taraf işlemlerine zemin hazırlayabilmektedir.

Uygulamamızda, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının sadece bir bölümünü hukuka aykırı bulsa bile, kararın tamamını kaldırarak hükmün ortadan kalkmasına neden olmakta ve sonrasında da kendisi yeniden esas hakkında karar vermez ise, dosyanın yeniden esas hakkında karar verilmek üzere, ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Böylece taraflar arasında istinaf aşamasında açık veya istinaf kaldırma kararı kapsamı dışında bırakılarak örtülü biçimde ilk derece mahkemesi kararı ile uyumlu biçimde çözüme kavuşturulan uyuşmazlık kısımları hakkında dahi icra edilebilir nitelikte bir hüküm kalmamaktadır.

Somut bir örnek için yukarıda verdiğimiz örneğin aynısından gidersek, aynı davada hem kamulaştırmасız el atma ve ecrimisil talep edilen bir dosyada; ilk derece mahkemesinin kabul kararı vermesi varsayımında, istinaf mahkemesinin açıkça veya örtülü biçimde kamulaştırmасız el atma tazminatı bölümüne yönelik istinaf taleplerini reddetmesi (veya bu kısımların kaldırma kararının kapsamı dışında kalması), sadece ecrimisil yönünden istinaf talebinin kabul edilmesi durumunda; kararın tamamı kaldırıldığı için, kamulaştırmасız el atma tazminatı yönünden de ilk derece mahkemesi hükmünün esasen istinaf aşamasında da hukuka uygun bulunmuş olan kamulaştırmасız el atma tazminatı bölümü de icra edilebilir olmaktan çıkmaktadır.

Açıklamamızın kapsamını biraz daha genişletirsek, bu örnekte, kamulaştırmасız el atma tazminatı yönünden zaten istinaf incelemesi aşaması tamamlandığı için, –temyiz yeteneği var ise– temyiz aşamasına geçmesi gereken kamulaştırmасız el atma tazminatı bölümü, gereksiz yere yıllarca sürecektir, kimi zaman istinaf mahkemesi ile ilk derece mahkemesi arasında

bir pinpon topu haline gelebilecek bir sürece girmekte,^[33] dosyanın içinde gereksiz yere bekleyip ilgili tarafın hakkına kavuşmasını geciktirmektedir.

Öğretide belirtilen istinaf aşamasındaki kısmi kesinleşme/kısmi kaldırma kararlarına uygulamada rastlanmadığını,^[34] istinaf mahkemelerinin kararın en basit bölümü yönünden bile kararın tamamını kaldırdıklarını görmekteyiz.

C)“KALDIRMA–GÖNDERME” KARARININ USUL HUKUKU BAKIMINDAN UYUŞMAZLIK ÜZERİNDE YARATTIĞI TARTIŞMALI ETKİLER

İstinaf aşamasında, kararın hukuka uygun bulunan yönleri ile ilgili bir esastan red (veya kaldırma kararı kapsamı dışında kalması nedeniyle örtülü red kararı) verilmesi durumunda, kararın hukuka aykırı yönleri bakımından ilk derece mahkemesine gitmesi; hukuka uygun bulunup istinaf talebi reddedilen yönleri açısından ise (kararın temyiz yeteneği varsa) temyiz aşamasına geçmesi gerekmekte olup, böyle bir çözümün uygulamada yaşama geçebilmesi bakımından, dosya üzerinden bir ayırma (tefrik) kararı verilmesi zorunlu görünmektedir. Ayrıca özellikle kaldırma kararı kapsamı dışında kalması nedeniyle örtülü red kararı durumunda, dosyanın hangi kısmının ayrılacağı belirlenmesi de önemli zorluklar içermektedir.

Öğretide ve yargı kararlarında; usuli kazanılmış hak kavramı temel alınarak;

- Gönderme kararı sonrası, ilk derecedeki yeniden yargılama sırasında, ilk kararı istinaf etmeyen taraf aleyhine usuli kazanılmış hak doğup doğmayacağı,^[35] “aleyhe hüküm verme yasağı”nın uygulanıp uygulanmayacağı, (Kamu düzenine ilişkin davalarda, istinafin gönderme

[33] Akkaya yapılan tartışmalarda “pinpon efekt” nitelendirmesini kullanmaktadır Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 191.

[34] Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 15.

[35] Yargıtay, ilk kararı istinaf etmeyen taraf açısından, ilk kararda lehine hükmedilen konuların/hükümlerin bağlayıcılık taşıdığı görüşündedir. Boşanma davasında ilk verilen hükümde lehine tazminat hükmedilen veya tazminat talebi reddedilen ve ilk kararı istinaf etmeyen taraf açısından, daha sonra “istinaf-gönderme” veya “Yargıtay-bozma” kararları sonrası ilk hükümde tazminat ile verilen hükümlerin bağlayıcılık taşıyacağı yönünde bkz. Yargıtay 2 HD, E.2021/7587, K.2021/6855, 05.10.2021; benzer içerikte Yargıtay 2 HD, E.2021/6343, K.2021/7779.

kararı sonrası usuli kazanılmış hak ve aleyhe hüküm verme yasağının uygulanmayacağı belirtilmektedir.^[36] 7251 sayılı kanunla HMK'nin 177 maddesine eklenen ikinci fıkrasında yer alan hükme, dipnot 39'da belirtilen karardaki karşıoy yazısında karara konu kamulaştırma bedel tespit-tescil dosyaları özelinde değinilirken, kararın değerlendirilmesine ilişkin Karabel'in makalesinde ise daha geniş bir yorum yapılmaktadır. Bu yoruma göre; "bozma veya kaldırma-gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesince tahkikat işlemi yapıldığında ıslahın mümkün olması kuralının ayrık durumu olarak sadece 'bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacağı'nın sayılmış olması (istinaf mahkemesinin 'kaldırma/gönderme' kararının sayılmamış olması)" karşısında; istinaf mahkemelerinin 'kaldırma/gönderme kararı' sonrası aleyhe hüküm verme yasağının uygulanmayacağı yönündeki görüşe de işaret etmek gerekir.

- İstinaf kararı kapsamı dışında kalan konular bakımından usuli kazanılmış hak doğup doğmayacağı;
- İlk istinaf başvurusunda dayanılmayan nedenlere ikinci istinaf başvurusunda dayanıp dayanılamayacağı,^[37]
- İstinaf mahkemesinin ikinci istinaf aşamasında ilk verdiği kararlarla bağlı olup olmayacağı
- İstinaf nedeni yapılmayan konu ve vakıaların temyiz nedeni olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği;

[36] Kamulaştırma bedel tespit-tescil davalarında bir örneği için değerlendirmeler için Bursa BAM 8 HD, E.2019/1461, K.2020/1748, 17.12.2020 tarihli kararına yazılan karşıoy yazısı, bu kararın değerlendirilmesi hakkında Elif Gökçe Karabel, "İki Tarafın Da Hükümü İstinaf Etmesi Halinde Aleyhe Hüküm Kurma Yasağı Uygulanır mı?", *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 115-136

[37] Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler ve karar inceleme için Aydemir, "HMK m.353/1-a (6) Gerekçesi," 43-87.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine

- İstinaf kararında hukuka aykırı bulunan kısım dışında kalan ve istinaf kararında değinilmeyen konularda ilk derece mahkemesinde yeniden inceleme yapılıp yapılamayacağı,^[38]

konularında yoğun biçimde tartışmalar yürütüldüğü düşünülürken^[39] de bu başlıkta açıkladığımız, “istinaf başvurusunun kısmen reddi/kısmi kaldırma ve gönderme kararı” vermesinin de, kendi içinde önemli hukuksal sorunlara yol açacağı da kuşkusuzdur.

Görüldüğü gibi istinaf aşamasındaki kaldırma–gönderme kararının uygulamadaki sonuçları, bu tartışmaları sonuçlandırabilecek ve çözüme kavuşturabilecek nitelikte değildir.

Oysa, istinaf mahkemelerinin gerek hukuka uygun buldukları gerekse hukuka aykırı konular bakımından yeniden esas hakkında hüküm tesis etmeleri hem usul ekonomisi açısından kazanımlar yaratacak, hem de kısaca özetlemeye çalıştığımız gibi ortaya çıkabilecek hukuksal tartışmalara zemin hazırlanmaması bakımından son derece yararlı olacaktır.

[38] İstinafin gönderme kararı sonrası, iddia ve savunmanın genişletilmesi olanakları çerçevesinde yargılamanın genişleyebileceği ve hatta ilk derece mahkemesinin inceleme konusu yapmaması gereken hususları gereksiz yere incelemek gibi yargılamayı uzatan bir yol izleyebileceği yönünde Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 22-23

[39] Aydemir, “HMK m.353/1-a (6) Gereğesi,” 67-84.

SONUÇ

Çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız üzere; gelinen noktada istinaf yasa yolu ve istinaf mahkemeleri uygulaması, getirilme amaçlarının tam aksine yargılamaların uzamasına neden olmuş durumdadır.

Bu somut gerçeğin nedenlerinden biri de, istinaf mahkemelerinin, istinaf yasa yolunun anlam ve özelliklerine ters biçimde ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra kural olarak yeniden esas hakkında karar vermek yerine, HMK m.353/1-a/6'yı kullanarak ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermeleridir.

Kanımızca olması gerekeni net biçimde ve altını çizerek söylemek zorunludur. İstinaf mahkemeleri önlerine gelen dosyada ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra –çok ayrıkسال durumlar dışında– kural olarak yeniden esas hakkında karar vermelidirler. Aksi bir yorum ve özellikle yeniden esas hakkında karar vermek konusunu istinaf mahkemesinin takdirine bırakan bir yorum, bugün uygulamada yaşadığımız sıkıntıları yoğunlaştırmaktan başka bir işe yaramamaktadır, yaramayacaktır.^[40]

İlk derece mahkemesinin ‘tahkikat’ yapmadan yargılamanın hemen başında usul ile ilgili verdiği ‘görevsizlik/yetkisizlik’, ‘dava şartı/yokluğu/husumet’, ‘hak düşürücü süre/zamanaşımı’ vb. kararları ile ilgili,^[41] istinaf aşamasında kaldırma kararından sonra tahkikatın yapılması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi bir dereceye kadar anlaşılabilir ise de; bunun dışında tahkikatın kısmen veya tamamen yapıldığı durumlarda eksiklerin tamamlanması veya istinaf mahkemesince benimsenen hukuksal görüşün uyuşmazlığı çözen karara yansımaları için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yargılamayı uzatmak ve çalışmamızda açıkladığımız üzere yeni hukuksal sorunlar yaratmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

[40] Farklı görüş Akil, Bir İstinaf Sebebi,” 14; Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 151.

[41] Dosyanın bir işlem yapmadan beklemesini gerektiren ‘başka bir dosyanın/aşamanın bekletici sorun yapılması’ ya da ‘taraf teşkili aşamasına ilişkin yurtdışı tebligat’ gibi bir işlemin sonucunun uzun zaman alması gibi durumlarda, dosyanın istinaf aşamasında beklemesi anlamlı olmayacağından, dosya yine ilk derece mahkemesine gönderilebilir.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine

Bu bağlamda özellikle son dönemde verilen ve HMK m.353/1- a/6 kapsamındaki 'kaldırma/gönderme' kararlarını kesin kabul eden HGK sonrasında, en doğru yaklaşım HMK HMK m.353/1-a nın ilk 5 bendinde tahkikat yapılmadan verilen kararlar ile ilgili istinaf mahkemelerine kaldırma/gönderme kararı vermek konusunda takdir hakkı tanıyan, bunun dışında şu andaki HMK 35/1-a/6 da dahil olmak üzere diğer tüm durumlarda istinaf mahkemelerinin kaldırma kararından sonra yeniden esas hakkında karar vermelerini zorunlu kılan bir yasa değişikliği yapmak olacaktır.^[42]

[42] İronik bir yaklaşım olarak ifade edilmiş olsa da istinaf mahkemeleri birer küçük temyiz mahkemesine dönüşecekse, Yargıtay'da daire sayısının artırılmasının daha anlamlı olacağı yönündeki bizim de katıldığımız görüş için Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 125.

KAYNAKLAR

- Akil, Cenk. “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme.” *TAAD* 11, no. 38 (Nisan 2019): 1-17.
- Akkaya, Tolga. “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi.” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018), 115-181.
- Aydemir, Dilek. “HMK m.353/1-a(6) Gerekçesi İle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine İadesi Halinde Daha Önce İstinaf Sebebi Yapılmayan Karar Kısımlarının Hukuki Durumu.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 43-88. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafa Başvuru Şartları.” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018).
- Ermenek, İbrahim. “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı.” www.izmirbarosu.org.tr, Erişim tarihi Nisan 2023
- Karabel, Emine Gökçe. “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir mi?.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 57-72. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Karabel, Elif Gökçe. “İki Tarafın Da Hükmü İstinaf Etmesi Halinde Aleyhe Hüküm Kurma Yasağı Uygulanır mı?.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 115-136. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özekes, Muhammet ve Nilüfer Boran Güneysu. *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)*. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*. 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının
Yarattığı Sorunlar Üzerine

Yardımcı, Taner Emre. “İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan. 83-91. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.