

## HMK m. 353/1-a ÜZERİNE BİR İNCELEME

Varol KARAASLAN\*

### ÖZ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353'te yer alan “Duruşma yapılmadan verilecek kararlar” başlıklı düzenlemenin 1. fıkrasının a bendi istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesinden sonra çokça başvurulmuş bir hüküm olmuştur. Söz konusu düzenleme bir kısım problemler ihtiva etmektedir. Bu makalede HMK m. 353/1-a hükmü eleştirel bir şekilde ele alınacak ve ortaya çıkarılabileceği problemler konusunda çözüm önerileri sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İstinaf, dava şartları, hukukî yarar, davaların birleştirilmesi, davaların ayrılması.

---

\* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [varol.karaaslan@kocaeli.edu.tr](mailto:varol.karaaslan@kocaeli.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-9139-5786.  
Makalenin Gönderim Tarihi : 27.10.2017.  
Makalenin Kabul Tarihi : 15.11.2017.

## EINE UNTERSUCHUNG ÜBER § 353/1-a tZPO

### ZUSAMMENFASSUNG

Nachdem die Berufungsvorschriften der türkischen Zivilprozessordnung in Kraft getreten sind, wird § 353/1-a der tZPO öfter angewendet. Diese Vorschrift beinhaltet einige Probleme. In diesem Aufsatz wird die genannte Vorschrift kritisch behandelt und versucht, eigene Lösungsansätze vorzuschlagen.

**Stichwörter:** Berufung, Prozessvoraussetzungen, rechtliches Interesse, Prozessverbindung, Prozesstrennung.

### I. GİRİŞ

Bölge adliye mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete başlamalarıyla yürürlüğe giren istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerden en önemlilerinden birisi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353'te yer alan "Duruşma yapılmadan verilecek kararlar" başlıklı düzenlemedir. Bu hüküm kuşkusuz uygulamada da en çok başvurulacak kurallardan biri olacaktır. Bu çalışmada söz konusu hükme ilişkin değerlendirmelerde bulunulacak ve hükmün uygulanmasında problem çıkarabilecek noktalar tespit edilerek bunlara ilişkin çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılacaktır.

Bahse konu HMK m. 353/1-a hükmü şöyledir:

Duruşma yapılmadan verilecek kararlar Madde 353- (1) Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa; a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir: 1) Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması 2) İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması 3) Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması 4) Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması 5) Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar

verilmiş olması 6) Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması b) Aşağıdaki durumlarda davanın esasıyla ilgili olarak; 1) İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine, 2) Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında, 3) Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında, duruşma yapılmadan karar verilir.<sup>1</sup>

Bu düzenlemenin 3 numaralı alt bendinde yer alan “veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması” ibaresi ile 5 numaralı alt bendinde yer alan “merci tayinine” ibaresi 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanunla madde metninden çıkarılmıştır.<sup>2</sup>

HMK m. 356’dan da anlaşılacağı üzere, m. 353’te sayılan haller dışında bölge adliye mahkemesinin incelemesini duruşmalı olarak yapması zorunludur. Nitekim “duruşma yapılmadan verilecek kararlar” olan madde başlığı da bu durumu doğrulamaktadır. Yargılamada kural

<sup>1</sup> Maddenin gerekçesi ise şöyledir: “Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, özellikle bazı önemli ve klâsik usul eksikliklerinin mevcudiyeti hâlinde bölge adliye mahkemesinin dosyayı duruşma yapmadan yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine gönderme kararı verebileceği durumlar düzenlenmiştir.

(a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, dava şartlarının genel olarak eksik bırakılması hâli de ilk derece mahkemesi hükmünün, esası incelemeyen geri çevrilmesi için yeter görülmüş, 5236 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanuna 426/M maddesi olarak eklenen hüküm daha da genişletilmiştir.

Birinci fıkranın (b) bendinde ise yargılamanın süratlendirilmesi düşüncesiyle, ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olması yahut kanuna uymayan hususun duruşma yapılmaksızın giderilmesine olanak bulunması veya karar esas yönünden doğru olmakla birlikte gerekçesinde hata edilmiş olması ya da yargılamadaki eksikliğin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte bulunması hâlinde, bölge adliye mahkemesinin duruşma açmadan gereken kararı vermesi olanağı sağlanmaktadır. Bu haller, şekli sebepler olup dar olarak anlaşılmalı, tereddüt halinde, adil yargılanma hakkı ihlalinin doğmaması için duruşma yapılması tercih edilmelidir.”

<sup>2</sup> Resmî Gazete 05.08.2017, sayı 30145.

olarak duruşma yapılması zorunlu olup duruşmasız yargılama istisnai bir nitelik taşımaktadır.<sup>3</sup> Bölge adliye mahkemelerinde yapılacak yargılamada da asıl olanın duruşma yapmak olduğu, duruşmasız incelemenin istisnai nitelik taşıdığı göz önüne alındığında m. 353'ü istisnai bir düzenleme olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>4</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu maddede sayılan hallere bakıldığında bunlar hiç de istisnai nitelikte değildir ve istinaf incelemesinin önemli bir kısmının dosya üzerinden duruşmasız olarak yapılacağı sonucunu doğurmaktadır.

Esasa ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce maddede sayılan ağır yargılama hatalarının usul hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri olarak isimlendirildiğini belirtmek gerekir.<sup>5</sup> Tıpkı usule ilişkin temyiz sebeplerinde olduğu gibi burada da usul kurallarına aykırılığın mahkeme kararını etkileyip etkilemediği incelenmeyecek, yapılan usul hatalarının ağırlığı göz önüne alınarak bunların gerçekleşmiş olması halinde bölge adliye mahkemesi başka bir inceleme yapmaksızın, bir diğer deyişle esasa ilişkin değerlendirmede bulunmaksızın dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderecektir.

Bu maddede problemlili olarak görünen noktalara ilişkin değerlendirmeler aşağıda ayrıntılı olarak yapılacaktır. Ancak bundan önce Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında hangi durumlarda istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndereceği kısaca ele alınacaktır.

## II. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

### A. Alman Hukukunda Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

Alman hukukunda, Alman Medenî Usul Kanunu m. 538'e göre, ilk derece yargılamasında önemli bir yargılama hatası yapılmış ve bu nedenle geniş kapsamlı delil ikamesi gerekiyorsa istinaf mahkemesi hükmü kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, asıl olan aynı maddenin

<sup>3</sup> Bkz. Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 600.

<sup>4</sup> Karanlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 805.

<sup>5</sup> Akkaya, Tolga, Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 190.

ilk fıkrasına göre istinaf mahkemesinin esas hakkında karar vermesi olup, ikinci fıkra daha ziyade istisnai bir nitelik arz etmektedir.<sup>6</sup> Bu fıkranın uygulanabilmesi için kural olarak taraflardan birinin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini talep etmesi şarttır. Bu ihtimalin gerçekleşebilmesi için “önemli bir yargılama hatası” yapılmış olması gerekmektedir. Hangi yargılama hatalarının önemli olduğu konusunda ise öncelikle mutlak temyiz nedenlerinin sayıldığı AMUK m. 547 yol gösterici olacaktır.<sup>7</sup> Bu hükme göre mahkemenin kanuna uygun biçimde teşekkül etmemiş olması, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması veya ileri sürülen ret talebi kabul edilmiş olmasına rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, taraflardan birisinin yargılamada kanunî hükümlere uygun şekilde temsil edilmemiş olması, aleniyet ilkesinin ihlal edilmiş olması ile kararın gerekçesiz olması mutlak temyiz nedenleridir. Burada sayılan ve istinaf aşamasında ilk derece mahkemesine geri göndermeye neden olabilecek mutlak temyiz sebeplerinin yanı sıra karara etki eden yargılama hataları, bir diğer deyişle nispi usul hataları da önemli bir yargılama hatası olarak kabul edilecektir.<sup>8</sup> Özellikle tarafların vakıa iddialarının ve delillerinin dikkate alınmaması suretiyle hukukî dinlenilme hakkının veya silahların eşitliği ilkesinin dikkate alınmamış olması;<sup>9</sup> mahkemece talepten fazlasına hüküm verilmiş olması,<sup>10</sup> davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemiş olması ve sürpriz karar yasağının ihlal edilmiş olması önemli birer yargılama hatasıdır.<sup>11</sup> Davayı aydınlatma ödevinin ihlali, bu çerçevede yapılan uyarıların genel nitelik taşıması ve somutlaştırılmaması, taraf beyanlarındaki ve delillerdeki eksikliklere hâkim tarafından işaret

<sup>6</sup> Krş. Zöllner / Hessler, Zivilprozessordnung, 30. Bası, Köln 2014, m. 538, kn. 2.

<sup>7</sup> Thomas / Putzo / Reichold, Zivilprozessordnung, 36. Bası, Münih 2015, m. 538, kn. 9; Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Bası, Münih 2010, § 139, kn. 23; Akil, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 325.

<sup>8</sup> Thomas / Putzo / Reichold, m. 538, kn. 9.

<sup>9</sup> Münchener Kommentar zur ZPO / Rimmelspacher, 5. Bası, Münih 2016, m. 538, kn. 39 vd; Thomas / Putzo / Reichold, m. 538, kn. 10.

<sup>10</sup> Zöllner / Hessler, m. 538, kn. 18.

<sup>11</sup> Zöllner / Hessler, m. 538, kn. 20, 21; Thomas / Putzo / Reichold, m. 538, kn. 11; ayrıca bkz. Akil, s. 325. Türk hukuku bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevini ihlal etmiş olmasının istinaf aşamasındaki muhtemel sonuçları hakkında bkz. Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 225 vd.

edilmemiş bulunması gibi sebeplerden kaynaklanabilir.<sup>12</sup> Bunların yanında dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilebilmesi için yeniden yapılması gereken delil ikamesi faaliyetinin kapsamlı ve meşakkatli olması gerekecektir. Birçok tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinin gerekmesi delil ikamesi faaliyetinin kapsamlı, delillerin uzak bir yerde, örneğin yurtdışında olması da meşakkatli olması anlamına gelecektir.<sup>13</sup>

İstinaf mahkemesinin geri gönderme kararı vermesi konusunda bir takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak her iki taraf da dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini talep etmişse bu talebe mahkemece uyulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Taraflardan hiçbiri dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesini talep etmemişse istinaf mahkemesi dosyayı geri gönderemeyecek ve ağır yargılama hatalarını kendisi düzeltmek zorunda kalacaktır.<sup>15</sup> Bir tarafın birden çok dava arkadaşından müteşekkil olması halinde tüm dava arkadaşlarının dosyanın geri gönderilmesini talep etmesi gerekmektedir.<sup>16</sup>

## **B. Avusturya Hukukunda Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi**

Bu konuda Avusturya hukukunda ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu hukuk sisteminde ilk olarak bazı ağır yargılama hataları yokluk sebebi teşkil etmekte ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine sebebiyet vermektedir. Avusturya Medenî Usul Kanunu m. 477'ye göre aşağıdaki durumlarda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermek zorundadır:

1. Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması veya ileri sürülen ret talebi kabul edilmiş olmasına rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması,

2. Mahkemenin kanuna uygun teşekkül etmemiş olması,

---

<sup>12</sup> Münchener Kommentar zur ZPO / Rimmelpacher, m. 538, kn. 38.

<sup>13</sup> Thomas / Putzo / Reichold, m. 538, kn. 13.

<sup>14</sup> Zöllner / Hessler, m. 538, kn. 7.

<sup>15</sup> Rosenberg / Schwab / Gottwald, 139, kn. 19;

<sup>16</sup> Münchener Kommentar zur ZPO / Rimmelpacher, m. 538, kn. 26.

3. Sonradan yetkili duruma gelmiş olması hali müstesna olmak üzere milletlerarası yetkisi olmayan bir mahkemenin karar vermiş olması veya mahkemenin tarafların açık mutabakatı ile görevli ve yetkili hale getirilemeyecek olması,

4. Taraflardan birisinin yargılamaya katılma imkânı gayri kanunî bir şekilde, özellikle tebligatın yapılmaması nedeniyle, elinden alınmış olması,

5. Taraflardan birisinin yargılamada temsil edilmemiş veya kanunî temsilci ile temsil edilmesi gerektiği halde kanunî temsilci ile temsil edilmemiş olması (yapılan usul işlemlerine sonradan muvafakat edilmesi hali müstesna),

6. Yargı yolu konusunda hata yapılmış olması,

7. Aleniyet ilkesinin haksız bir şekilde kısıtlanmış olması,

8. Hangi hususların duruşma tutanağına geçirileceğine ilişkin AvMUK m. 210/2'ye aykırı davranılmış olması,

9. Gerekçenin, kontrolü yapılamayacak ölçüde yetersiz, kararın kendi içinde çelişkiler içeriyor olması veya gerekçe içermemesi ve bu hataların hükmün tashihi yoluyla düzeltilebilecek nitelikte olmaması.

Yokluk sebeplerinin başlangıçta bu maddede sayılanlarla sınırlı olduğu düşünülürken bugün itibariyle Avusturya doktrinindeki çoğunluk görüşüne göre Avusturya Medenî Usul Kanununda başka yerlerde düzenlenmiş bulunan durumların da yokluk sebebi teşkil ettiği kabul edilmektedir. Örneğin tarafları, dava konusu ve talep sonucu aynı olan başka bir davanın derdest veya kesin hükümle sonuçlanmış olması, davacı veya davalının taraf ehliyetinin bulunmaması, davacı ve davalı tarafın aynı kişi olması nedeniyle davada iki taraf bulunması ilkesinin ihlali gibi.<sup>17</sup>

Avusturya Medenî Usul Kanunu md. 496/1'e göre ise diğer bazı hallerde istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilecektir. Maddede temel olarak üç ihtimal üzerinde durulmuştur. Bunlardan ilki ilk derece mahkemesinin tüm talepler hakkında karar vermemiş olması halidir. Bu durumda ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan karar kısmî karar olarak geçerli

---

<sup>17</sup> Rechberger, Walter H / Kodek, Erich, Kommentar zur ZPO, 3. Bası, Viyana-New York 2006, m. 477, kn. 1.

kalacak ve talep edilip de hakkında karar verilmemiş kısım için yargılama yapılmak üzere dosya ilk derece mahkemesine gönderilecektir.<sup>18</sup>

AvMUK m. 496/1 ikinci olarak ilk derece yargılamasında hukukî uyuşmazlıkla ilgili kapsamlı inceleme yapılmasını ve uygun değerlendirmede bulunulmasını engelleyen önemli bir yargılama hatası yapılmış olması halinde istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebileceğini hüküm altına almaktadır. Burada yargılama hatası kavramından anlaşılması gereken usul hukukuna ilişkin kurallara riayet edilmemiş olmasıdır. Örneğin taraflardan birinin tercüman talebinin haksız bir şekilde reddedilmiş olması, hatalı şekilde bir vakianın ikrar edildiğinin kabul edilmiş olması gibi.<sup>19</sup>

Söz konusu madde üçüncü olarak, istinaf mahkemesinin önemli addettiği vakıaların ilk derece yargılamasında yeterince değerlendirilmemiş olması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceğini düzenlemektedir. Bu durum ilk derece yargılamasındaki hatalı hukukî değerlendirmeler sonucu gerekli vakıa tespitlerinin yapılmamış olması halini ifade etmektedir. Örneğin ilk derece mahkemesi hatalı hukukî değerlendirme yaparak tazminat miktarı veya tarafların sözleşme yapma iradesi hakkındaki delilleri ikame etmemişse bunlar istinaf aşamasında dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sonucunu doğurabilecektir.<sup>20</sup>

Belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemesi dosyayı göndermek yerine dosyanın durumuna göre bu konuda kendisi de karar verebilecektir. Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin dosyaya bakmaya devam ederek esas hakkında karar vermesi, eksik işlemlerin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına göre yargılamayı uzatacak veya daha fazla masraf yapılmasına yol açacaksa, dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir (AvMUK m. 496/3).

<sup>18</sup> Rechberger / Kodek, m. 496, kn. 2.

<sup>19</sup> Rechberger / Kodek, m. 496, kn. 3

<sup>20</sup> Rechberger / Kodek, m. 496, kn. 4. Akil, Türk hukuku bakımından Avusturya hukukundaki düzenlemenin örnek alınması gerektiği görüşündedir. Buna göre bu bent “ilk derece mahkemesi önündeki yargılamanın, uyuşmazlık konusunu esaslı (tüketici) bir şekilde değerlendirilmesini engelleyecek önemdeki bir hata ile malul olması” şeklinde düzeltilmelidir, bkz. Akil, s. 321.



### C. İsviçre Hukukunda Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

İsviçre hukukunda dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine ilişkin hüküm İsviçre Federal Usul Kanunu m. 318'dir. Buna göre ilk derece mahkemesi talep sonuçlarından bir kısmı hakkında karar vermediyse veya vakıaların önemli ölçüde tamamlanması gerekiyorsa istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilir. Belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi istisnai bir nitelik arz etmektedir. Aksi halde dava gereksiz yere uzamış olacaktır.<sup>21</sup> Örneğin ilk derece mahkemesi yetkisizlik kararı vermiş ancak istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermişse dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilir. İlk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin gönderme kararı ile bağlıdır.<sup>22</sup> Gönderme kararı üzerine ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucu verilen yeni karar da yine istinafa tabi olacaktır.<sup>23</sup>

## III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

### A. 3 Numaralı Alt Bent Bakımından Değerlendirme

“Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması” şeklindeki düzenlemede sorun çıkarabilecek ilk husus “mahkemenin yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması” ibaresinin nasıl anlaşılacağıdır. İlk bakışta davanın başlangıçta yetkili olmayan bir mahkemece sonuçlandırılmış olması halinin mutlak bir istinaf sebebi teşkil ettiği düşünülebilir. Hâlbuki öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, maddenin sadece kesin yetki kurallarının ihlaline ilişkin bir durumu düzenleyip düzenlemediğidir. Kanaatimce maddede bahsi geçen yetki hali sadece kesin yetki durumuna ilişkin değildir. Öyle olsa idi Kanunda bu konuda açık bir ifade olması beklenirdi. Oysa ne bu

<sup>21</sup> Oberhammer, Paul, Kurz Kommentar ZPO, 2. Bası, Basel 2014, m. 318, kn. 4.

<sup>22</sup> Gasser, Dominik / Rickli, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Bası, Zürih-St. Gallen 2014, m. 318, kn. 2.

<sup>23</sup> Oberhammer, m. 318, kn. 5.

maddede ne de bu düzenlemenin öncülü sayılabilecek HUMK m. 426/M'de bu yönde bir ibare mevcuttur. O halde bu düzenleme kesin yetki halleri ile sınırlı değildir. Bu durumda kesin olmayan yetki durumunda ilk derece mahkemesinde usulüne uygun bir şekilde yetki itirazında bulunulmuş olması ve mahkemenin bu ilk itirazı reddederek davaya bakmaya devam etmiş olması halinde bu durum mutlak bir istinaf sebebi teşkil edecek ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi sonucunu doğuracaktır. Hatırdta tutmak gerekir ki, yetkinin kesin olmadığı hallerde ilk derece mahkemesi ancak davalının süresinde yetki itirazında bulunması ile yetkili olup olmadığı konusunda bir karar verebilir. Süresinde davalı tarafından yapılmış bir yetki itirazı yoksa mahkeme kanun gereği yetkili hale gelecektir (HMK m. 19/4). Bu durumda da artık ilk derece mahkemesinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle işlem yapılamayacaktır. Çünkü mahkeme artık yetkili hale gelmiştir.

Burada bir kez daha ara kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu bulunmamasının ortaya çıkaracağı sakıncalı sonuçlardan biri karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de henüz bu aşamada mahkemenin yetki itirazının reddine ilişkin ara kararı kanun yolu incelemesine tabi tutulmuş olsa idi ilk derece mahkemesi diğer usul işlemlerini yapmayacak ve bölge adliye mahkemesinin kararından sonra dosya yetkili olduğu tespit edilen mahkemeye gönderilecekti. Ancak bugünkü sistemimizde dosya ilk defa esas hakkında verilen kararla birlikte bölge adliye mahkemesince incelemeye tabi tutulacak, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yetkisizliğini tespit etmesinden sonra diğer usulî işlemler yetkili mahkemece tekrarlanmak zorunda kalacaktır. Bu da gereksiz zaman kaybı ve masraf yapılması anlamına gelecek, kanımca daha da önemlisi kişilerin hukuk düzenine olan itimadı sarsılacaktır.

Yetki konusundaki bir diğer problemlili nokta, yapılacak inceleme bakımından bu hususun taraflarca istinaf sebebi olarak ileri sürülmesinin zorunlu olup olmamasıdır. Doktrindeki aksi istikamette bir görüşe<sup>24</sup> rağmen kanaatimce m. 353'te yer alan tüm hususlar mahkemece re'sen dikkate alınmak zorundadır.<sup>25</sup> Madde metninden de bu anlaşılmaktadır. Bu maddede sayılan ağır usul hatalarının varlığının istinaf aşamasında ileri sürülüp sürülmemesi bu hususların bölge adliye mahkemesi tarafından dikkate alınmasını etkilemeyecektir.

<sup>24</sup> Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 1022.

<sup>25</sup> Aynı yönde Akkaya, s. 196.

## B. 4 Numaralı Alt Bent Bakımından Değerlendirme

“Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması” şeklindeki alt bent ilk bakışta son derece yerinde görünmekle birlikte aslında birçok problem çıkarma ihtimali mevcuttur. Burada öncelikle HMK m. 114’te sayılan dava şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunmak gerekecektir. Bölge adliye mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunmadığını, yargı yolunun caiz olmadığını, aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmış olduğunu veya derdest olduğunu tespit ederse doğrudan davanın usulden reddine karar verebilmelidir. Hâlbuki mevcut düzenlemede bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecek, ilk derece mahkemesinin usulden ret kararı vermesi gerekecektir.

Görevsiz bir mahkemenin davaya bakmış olması hali zaten özel olarak m. 353/1-a b. 3’te düzenlenmiştir. Aynı bentte yer alan ve yukarıda içeriği tartışılan yetkiye ilişkin hüküm burada kesin yetki hallerine aykırılık hali ile sınırlı olarak dava şartları bahsinde ele alınabilir. Belirtmek gerekir ki, dava şartlarına aykırılık şeklindeki düzenlemenin muhafaza edilmesi durumunda görev ve kesin yetkiye ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmasına da gerek yoktur.

Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin görevsiz veya yetkisiz olduğuna karar verirse dosyayı HMK m. 20’ye göre işlem yapılabilmesi için görevsiz veya yetkisiz mahkemeye gönderecektir.<sup>26</sup>

Burada hukukî menfaatin bulunmasına ilişkin dava şartı üzerinde ayrıca durulması yerinde olacaktır. Özellikle hangi davaların belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağına ilişkin hukukumuzda güncel bir tartışma bulunmaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüş şartları oluşmadan belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davanın hukukî menfaat yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini savunmaktadır.<sup>27</sup> Yargıtay

<sup>26</sup> Bkz. Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2017, § 22, kn. 78. Bu yönde bir karar için bkz. İstanbul BAM 14. HD E. 2017/32 K. 2017/29 T. 27.01.2017 (MİHDER, 2017/1, C. 13, S. 36, s. 188).

<sup>27</sup> Özeker, Muhammet, *Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1603; Simil, Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013, s. 236; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 300; benzer şekilde Özbay, İbrahim, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 148.

22. Hukuk Dairesinin kararlarında da bu görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Örneğin: “Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak ve tespit davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukukî yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak ve tespit davası açmakta hukukî yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak ve tespit davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukukî yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukukî yarar değildir. Çünkü dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukukî yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukukî yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukukî yararın sağlanması için davacıya ek imkân sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usul bakımından imkân yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılma ile birlikte, belirsiz alacak ve tespit davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmî dava mı olduğu anlaşılamiyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamiyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanunun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmî dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak ve tespit davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak ve tespit davası şartlarını taşıyamıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukukî yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak ve tespit davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmî davanın şartlarını taşıyorsa da kısmî davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir.” Yargıtay 22. HD E. 2013/21949 K. 2014/32355 T. 18.11.2014; benzer şekilde Yargıtay 22. HD E. 2013/15167 K. 2014/17279 T. 16.06.2014 (Hukuktürk); Yargıtay 11. HD E. 2014/9966 K. 2015/8462 T. 18.6.2015 (Lexpera).

Bu görüşün istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesince benimsendiğini varsayarsak, bölge adliye mahkemesi hukukî menfaat yokluğu nedeniyle dosyayı ilk derece mahkemesine kesin olarak geri gönderecek, ilk derece mahkemesi de bölge adliye mahkemesinin kararı kesin olduğu için davayı usulden reddetmek zorunda olacaktır.

Hâlbuki doktrindeki diğer bir görüşe göre şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası hemen reddedilmemeli; davacıya talebini belirli hale getirmesi için süre verilmelidir.<sup>29</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararları da bu yöndedir.<sup>30</sup> Kanaatimce de bu dava bakımından bulunması gereken hukukî menfaat herhangi bir eda davasından farklı değildir. Burada davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün değilse hukukî menfaatinin var olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmiş olması ancak belirsiz alacak davasının koşullarını taşımaması davacının hukukî menfaatinin bulunmadığını göstermez.<sup>31</sup> Söz konusu durumda hukukî menfaat eksikliği söz konusu olmayıp hâkim davacıya talebini belirli hale getirmesi için aydınlatma ödevi gereği süre verilmelidir.<sup>32</sup>

Bu konuda çeşitli bölge adliye mahkemeleri arasında çıkabilecek farklı kararlar ancak Yargıtay Kanunu m. 15/2-a'ya göre (aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında

---

<sup>29</sup> Budak, Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 84; Budak, Ali Cem / Karademir, Dilek, Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?, YÜHFD, 2016, C. XIII, S. 1, s. 140 vd.; Tanrıver, Süha, Medenî Usul Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 587 vd.

<sup>30</sup> Örneğin: “*Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği takdirde, hâkim hemen davayı reddetmemeli, HMK.’nın 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir.*” Yargıtay 9. HD E. 2015/35668 K. 2016/269 T. 11.1.2016; E. 2015/35670 K. 2016/271 T. 11.1.2016; E. 2015/35559 K. 2016/1689 T. 25.1.2016 (Lexpera).

<sup>31</sup> Bkz. Budak / Karaaslan, § 8, kn. 38; Karaaslan, Varol, Belirsiz Alacak Davası / Kısmî Dava-Bir Madalyonun İki Yüzü mü?, YÜHFD, 2016, C. XIII, S. 1, s. 230 vd.

<sup>32</sup> Budak / Karaaslan, § 8, kn. 40.

uyuşmazlık bulunursa) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca görüşülüp karara bağlanabilecek, ancak bu durum da kararlar verildiğinde kesin olduğu için tarafların hukukî durumunu etkilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, tartışmanın bizatihi hukukî menfaat dava şartı üzerinden yapılmasının gerekip gerekmediği münazaalı iken örneğimizde ilk derece mahkemesi esastan hüküm kurduğu bir davayı istinaf incelemesinden sonra, hukukî menfaatin tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı gerekçesiyle reddetmek zorunda kalacaktır. Buradaki temel mesele ilk derece mahkemesinin -diğer dava şartlarının aksine- bazı hallerde son derece tartışmalı bir kavram olan hukukî menfaatin varlığını kabul etmesine rağmen bölge adliye mahkemesinin kararına uyma mecburiyetidir. Hâlbuki bugüne kadarki uygulamamızda ilk derece mahkemeleri tam da bu konuda direnme kararı verebilmekte ve bu kararların bir kısmı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca onanmakta idi.<sup>33</sup> Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı Kanunun 15. maddesi ile eklenen m. 426/M'nin 1. fıkrası 4. altbendi ise HMK m. 353'ten farklı olarak tüm dava şartlarını değil, yalnızca taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olmasını dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sebebi saymıştı. Kanaatimce o düzenleme bugünküne göre daha doğrudu.

HMK m. 353 bağlamında tartışılması gereken bir diğer sorun da bu maddede sayılanların tahdidî bir nitelik arz edip etmediğidir. Doktrindeki bir görüşe göre o zaman yürürlükte olan HUMK m. 426/M düzenlemesinde sayılan mutlak istinaf sebepleri örnek niteliktedir. Bu nedenle başka usul hatalarının da söz konusu maddede sayılmamasına rağmen mutlak istinaf sebepleri olarak kabul edilmesi gerekebilir.<sup>34</sup> Kanaatimce madde bugünkü şekliyle muhafaza edilecekse, yani bölge adliye mahkemesine dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme konusunda herhangi bir takdir hakkı tanınmayacaksa sayımın sınırlı olarak kabul edilmesi hukukî belirlilik ilkesinin bir gereği olacaktır. Ancak bölge adliye mahkemesinin bu konularda takdir hakkı bulunduğu yönünde bir kanun değişikliği yapılacak olursa başka ağır usul hataları bakımından da söz konusu madde geçerli kılınabilir. Elbette bunun için madde metninde açık bir işarete ihtiyaç vardır. Maddenin kaleme alınış

<sup>33</sup> Örneğin HGK E. 2015/22-1156 K. 2015/1598 T. 17.06.2015 (İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, s. 355).

<sup>34</sup> Akkaya, s. 192.

şekli burada sayılan hususların örnek kabilinden olduğu konusunda hiçbir şey söylememekte, tam tersine gerekçe de değerlendirildiğinde buradaki sayımın tahdidî olduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen bazı bölge adliye mahkemesi kararlarında eksik harç alınmış olması gibi nedenlerin bu kapsamda değerlendirildiği,<sup>35</sup> yine ilk derece mahkemesince verilen kısa kararın gerekçeli kararlarla çelişkili olması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verildiği görülmektedir.<sup>36</sup>

Dava şartları bakımından karşılaşılabilecek bir diğer sorun ise ilk derece yargılamasında eksik olan bir dava şartının sonradan tamamlanması halinde bölge adliye mahkemesinin kararının ne olması gerektiğidir. Meseleyi somutlaştırmak gerekirse, dava ehliyeti olmayan birinin açtığı davada ilk derece mahkemesi bu eksikliği fark etmeyerek esas hakkında bir karar vermiş ve bölge adliye mahkemesinin yaptığı istinaf incelemesi sırasında davacının başlangıçta dava ehliyetinin bulunmadığı ancak inceleme yapıldığı sırada bu dava şartı eksikliğinin giderildiği anlaşılırsa durum ne olacaktır? Aynı durum gider avansı yatırılması ve teminat gösterilmesi bakımından da karşımıza çıkabilir. İlk derece mahkemesinin gider avansını eksik hesapladığı veya davacının HMK veya MÖHUK gereğince teminat göstermesi gerektiği halde teminat gösterilmesine karar vermeyip yargılamayı esastan sonuçlandıran bir karar verdiği hallerde bölge adliye mahkemesi bu dava şartı eksikliğini fark ettiğinde esas hakkındaki kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine mi göndermelidir yoksa yargılamaya devam ederek esastan bir karar mı vermelidir? Kanaatimce tamamlanabilir dava şartı eksikliğinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı eksikliği giderilmişse artık dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermenin hiçbir mantıklı izahı yoktur. Bu sadece formalizm olacaktır. Burada bölge adliye mahkemesinin incelemesini esastan yaparak karar vermesi daha doğru olacaktır.

---

<sup>35</sup> Örneğin İstanbul BAM 14. HD E. 2017/24 K. 2017/20 T. 23.01.2017 (MİHDER 2017/1, C. 13, S. 36, s. 184). Bu durum bir dava şartı eksikliği olarak kabul edilse dahi aslında istinaf incelemesi sırasında tamamlanabilecek nitelikte olduğundan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmemesi gerekirdi.

<sup>36</sup> Ankara BAM 8. HD E. 2017/56 K. 2017/199 T. 08.02.2017 (yayımlanmamıştır).

### C. 6 Numaralı Alt Bent Bakımından Değerlendirme

Bu alt bentte kullanılan “mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” şeklindeki ifade söz konusu hükmün çok sınırlı bir biçimde uygulanacağı anlamına gelmektedir. Delil toplanması ve incelenmesi son derece yetersiz bir biçimde yapılmış olsa dahi artık dosya ilk derece mahkemesine gönderilemeyecek, istinaf mahkemesi tarafından esas hakkında karar verilecektir.<sup>37</sup> Hatta böyle bir durumda aslında istinaf incelemesine konu olacak bir ilk derece yargılamasından bahsedilemeyeceği de ifade edilmektedir.<sup>38</sup> Bir görüşe göre, bu durumda ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilmesi hem istinafın niteliğiyle bağdaşmayacak hem de davanın uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olacaktır.<sup>39</sup> Bu görüşe katılmıyorum. Delillerin çok az da olsa bir kısmı toplanmış ise artık kalan delillerin bölge adliye mahkemelerince toplanması arzu ediliyor veya aynı şekilde taraflarca gösterilen delillerin çok küçük de olsa bir kısmının değerlendirilmiş olması bölge adliye mahkemesinin dosyanın esasına girerek karar vermesi için yeterli görülme isteniyorsa buradaki düzenleme doğrudur denebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, hukukumuzda sınırlı istinaf sistemi benimsenmiş ve kural olarak yargılamaya ilişkin yapılması gerekenlerin ilk derece mahkemesince yerine getirilmesi esası kabul edilmiştir. Teorik bu unsurlara bir de yalnızca dokuz ilde bölge adliye mahkemesi kurulmuş olması ve söz konusu mahkemelerin birçok usul işlemini istinabe yoluyla yaptıkları gerçeği de eklenince<sup>40</sup> ortaya çıkan tablo, delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde asıl olanın bu işlemlerin ilk derece mahkemelerince gerçekleştirilmesi gerçeğidir ki, söz konusu kural mevcut haliyle bu gerçekle bağdaşmamaktadır.

Burada karşımıza bir başka sorun çıkmaktadır. O da, bu maddenin kaleme alınış tarzının hâkime herhangi bir takdir hakkı tanınamasıdır. Maddede yapılacak bir değişiklikte bazı hallerde hâkime

<sup>37</sup> Konuralp, Hâluk, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, TBB İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s. 259 vd.; Akkaya, s. 202.

<sup>38</sup> Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, C. 3, s. 2259.

<sup>39</sup> Akkaya, s. 202.

<sup>40</sup> Bkz. Konuralp, s. 261 vd.



takdir hakkının tanınması yerinde olabilir. Örneğin ilk derece mahkemesinin delil ikame faaliyetini önemli ölçüde gerçekleştirmiş olması ve bölge adliye mahkemesinin hukukî kanaatine göre az sayıdaki delile başvurulmasının yeterli olması durumunda bu delillerin doğrudan bölge adliye mahkemesince ikame edilmesine imkân tanınması, daha doğru bir ifadeyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilip gönderilmemesi konusunda bölge adliye mahkemesine takdir hakkı tanınması yerinde olacaktır.

Burada hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereği gibi yerine getirilmemiş olmasına ayrı bir parantez açmak yerinde olacaktır. Tarafların iddia ve savunmalarında yer alan maddî vakıaların somutlaştırılmadığı kanaatinde olan hâkimin, iddia ve savunmalardaki belirsizliklerin giderilmesi ve eksik unsurların tamamlanması için taraflara uyarıda bulunmadan hüküm kurmaması gerekir. Maddî vakıaların somutlaştırılmadığı gerekçesiyle, bu konuda davacıya işarette bulunulmadan davanın reddedilmesi davacının hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelecektir. Burada yapılacak uyarılar tarafların yanlış anlamasına yol açmayacak biçimde açık ve belirli olmalıdır. Vakıaların somutlaştırılmadığı noktada genel bir uyarı yapılması veya paylaşılacak başka bir bilgi olup olmadığının sorulması aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir. Hâkim, somut olarak hangi noktalarda iddia ve savunmaya ilişkin vakıaların somutlaştırılması gerektiğini ilgili tarafa bildirmesi gereklidir. Bunun için en etkili yöntem, hâkimin maddî ve hukukî konuları taraflarla değerlendirerek müzakerede bulunmasıdır. İstinaf aşamasında bölge adliye mahkemesince hâkimin aydınlatma ödevini gereği gibi yerine getirmediği tespit edilirse söz konusu eksiklikler istinaf aşamasında tamamlanabileceği gibi, olması gereken hukuk bakımından bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi konusunda bir takdir hakkı da olmalıdır. Benzer şekilde ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada sürpriz karar yasağının ihlal edilmesi halinde de dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi veya yargılamanın bölge adliye mahkemesince esastan sonuçlandırılması konusunda bölge adliye mahkemesinin karar vermesi yerinde olacaktır. Davayı belirli hukukî sebeplere dayalı olarak yürütmüş, topladığı delillerle yahut yargılamayı yürütürken sergilediği tutum ve verdiği ara kararlar ile belirli hukukî sebeplere ağırlık verdiği anlaşılan hâkimin, tarafları önceden uyarmadan, söz konusu yön ve içerikteki tutumundan dönerek başka hukukî sebeplere

dayanarak ve bu sebepler hakkında ilgililere görüşlerini açıklama fırsatı vermeden karar vermiş olması sürpriz karar olarak kabul edilmektedir.<sup>41</sup> Sürpriz karar verilmiş olması da tarafların hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelmektedir.

Bölge adliye mahkemelerinin verdikleri kararlara bakıldığında söz konusu bendin fazlasıyla geniş yorumlandığı görülmektedir. Örneğin bilirkişi incelemesi talep edilmiş olmasına rağmen ilk derece mahkemesinin bilirkişiye başvurmadığı bir dava sonucu verilen kararın istinaf incelemesinde kaldırılmasına ve yeniden karar verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.<sup>42</sup> Davalının dilekçeler aşamasında tanık deliline dayanmasına ve tanık listesi vermesine rağmen gösterdiği tanıklar dinlenmeden verilen karar da HMK m. 353/1-a-6'ya dayanılarak kaldırılmış ve dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir.<sup>43</sup> Yine, boşanmadan sonra birden çok ziynet eşyasının iadesi talebiyle açılan bir davada sadece nikâh yüzüğü bakımından delillerin toplanmamış olması, bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için yeterli sayılmıştır.<sup>44</sup>

#### IV. SONUÇ

HMK m. 353/1-a hükmü birçok problem ihtiva etmektedir. Bu düzenlemede yapılması gereken en temel değişiklik ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada ortaya çıkan hataların telafi edilebilmesi noktasında bölge adliye mahkemesine takdir hakkı tanınması zorunluluğudur. Böylece bölge adliye mahkemesi giderilebilecek bazı yargılama eksikliklerinin -örneğin bir dava şartı olan teminat ve gider avansının eksikliği halinde- tamamlanmasını sağlayarak yargılamada esas hakkında bir karar verebilecektir. Yine, taraf veya dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın usulden reddi gereken durumlarda ilk

---

<sup>41</sup> Bkz. Karaaslan, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, s. 193 vd.; Özkes, Muhammet, Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 186.

<sup>42</sup> Ankara BAM 21. HD E. 2017/69 K. 2017/69 T. 08.03.2017 (yayımlanmamıştır).

<sup>43</sup> Samsun BAM 7. HD E. 2016/110 K. 2016/105 T. 14.12.2016 (yayımlanmamıştır).

<sup>44</sup> İzmir BAM 2. HD E. 2017/690 K. 2017/538 T. 24.03.2017 (MİHDER, 2017/1, C. 13, S. 36, s. 182).

derece mahkemesine dosyayı göndermek yerine bölge adliye mahkemesi doğrudan kendisi ret kararı verme imkânıyla mücehhez kılınmalıdır. Yukarıda da işaret edildiği üzere, ilk derece yargılamasında eksik olan bir dava şartının sonradan tamamlanması halinde mahkemenin esastan karar vermesi zorunluluğu bulunduğu gibi bölge adliye mahkemesi de böyle bir durumda esastan inceleme yaparak karar vermelidir.

İlk derece yargılamasının önemli bir yargılama hatası ile malûl olması durumunda, bölge adliye mahkemesinin söz konusu yargılama hatasının hangi derecede giderilmesini uygun bulacağına bağlı olarak dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilebilmesine olanak tanımak yerinde olacaktır. Kuşkusuz söz konusu takdir hakkı kullanılırken tarafların talepleri ile bölge adliye mahkemesinin delillere yakınlığı gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır.

Düzenlemenin 4 numaralı alt bendinde yer alan “dava şartlarına aykırılık” ibaresi son derece geniş olup mevcut uygulama da göz önüne alındığında sorunlara yol açabilecek mahiyettedir. Bu nedenle “taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olması” şeklindeki sınırları daha belirgin olan eski düzenlemeye dönülmesi yerinde olacaktır.

Maddenin 5 numaralı alt bendinde yer alan usule aykırı olarak davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmiş olması kaldırılarak mutlak bir istinaf sebebi olmaktan çıkarılmalıdır. Böylece hem Kanundaki diğer düzenlemelerle (m. 168) uyum sağlanmış olacak hem de davaların ayrılması ve birleştirilmesi konularındaki hatalı sayılabilecek hukukî değerlendirmeler karara etki etmediği müddetçe bir istinaf sebebi oluşturmayacaktır. Çünkü usule ilişkin hukuka aykırılıklar kural olarak hükme etki etmiş olmaları halinde kanun yolu mahkemesi tarafından dikkate alınabilir.

Maddenin 6 numaralı alt bendi ise uygulamada oldukça geniş bir şekilde yorumlanmakta ve bölge adliye mahkemeleri çok istisnai olarak delillerin ibraz ve ikamesine izin vermekte, çoğunlukla eksik delillerin toplanması için dosyayı ilk derece mahkemelerine geri göndermektedir. İş yoğunluğu sebebiyle ve dosyaların birikmesi endişesiyle yapıldığı anlaşılan bu uygulamanın kanunî bir temeli bulunmadığı kanaatindeyim.

## KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- AKKAYA, Tolga: Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.
- BUDAK, Ali Cem: Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 82 vd.
- BUDAK, Ali Cem / KARADEMİR, Dilek: Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XIII, S. 1, s. 130 vd.
- GASSER, Dominik / RICKLI, Brigitte: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Bası, Zürih-St. Gallen 2014.
- KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- KARAASLAN, Varol: Belirsiz Alacak Davası / Kısmî Dava-Bir Madalyonun İki Yüzü mü?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XIII, S. 1, s. 213 vd.
- KARSLI, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.
- KONURALP, Halûk: Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, TBB İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s. 247 vd.
- Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Bası, Münih 2016.
- OBERHAMMER, Paul: Kurz Kommentar ZPO, 2. Bası, Basel 2014.
- ÖZBAY, İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Bası, Ankara 2013.
- ÖZEKES, Muhammet: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1589 vd.

Varol KARAASLAN

ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

PEKCANITEZ, Hakan: Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

RECHBERGER, Walter H.: Kommentar zur ZPO, 3. Bası, Viyana-New York 2006.

ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 17. Bası, Münih 2010.

SİMİL, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukuku, C. I, Ankara 2016.

THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 36. Bası, Münih 2015.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

ZÖLLER, Richard: Zivilprozessordnung, 30. Bası, Köln 2013.