

# TEMYİZİN NAKZINDAN SONRAKİ HUKUKİ DURUM

Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ

I — Vaka mahkemelerinde (Tatsacheninstanz) müzakere edilmiş olan dâva malzemesinin müşterek bir yerde toplanarak, bu mahkemelerce hukuk kaidelerinin doğru tatbik edilmiş olup olmadığına kontrol edilmesi zarureti Temyiz Mahkemesi (Revisionsgericht; Revisionsinstanz) adı verilen mercilerin ihdasına önyak olmuştur. Bizim hukukumuzda vaka mahkemeleri Alman hukukunda olduğu gibi iki dereceli olmayıp, tek derecelidir<sup>1</sup>. Bu sebeple alt mahkeme dediğimiz mahalli mahkemelerin vermiş olduğu kararların

[1] Alman Hukukunda, bir yandan Landgericht (LG) ve diğer yandan da Oberlandesgericht (OLG) olmak üzere iki vaka mahkemesi vardır. LG, mahalli mahkemeler olup, bunların nihai hükümlerine karşı İstinaf mercii olarak OLG.e müracaat edilebileceği gibi, ayrıca bu mahkemelerin diğer kararlarına karşı OLG'e şikâyet yoluna başvurulabilecektir (GVG. § 119 (123)). İşte bu bakımdan gerek LG. ve gerekse OLG. vakalarıyla meşgul olan mahkemeler olup, OLG.'in istinaf mercii olarak faaliyet göstermesi neticesinde verdiği nihai kararlar aleyhine temyize başvurulabilecektir (ZPO. § 545, I). Yalnız OLG.'in her hükmüne karşı temyiz yolu açılmamıştır. Şöyle ki, alelihlâk olmayıp, sadece mamelek hukukuna müteallik talep haklarında hukuki ihtilâfın değerinin 6000 Marka aşmış olması halinde, temyiz yolu açılmıştır (ZPO. § 546, II). Bu da tabiidir. Zira mevcut ihtilâf temyiz mercii gelinceye kadar iki mahkemenin kontrolünden geçmiş olmaktadır. Bu bakımdan muayyen kıymetin altında olan dâvalarda temyiz yolunun esirgenmesi makul görülebilir. Fakat bunun altındaki değerde olan dâvalarda da OLG. verdiği hükümde, bu kararlara karşı da temyiz yolunu tanıyabilir (ZPO. 546/I). Fakat OLG. bu salâhiyetini hukuki ihtilâfın prensip itibarıyla öneme haliz olduğu hallerde kullanabilecektir (ZPO. § 546/II, 1). Bununla beraber OLG., hallettiği ihtilâf hakkında verdiği kararı ile, temyiz mahkemesinin bir kararının çözüm şekliinden ayrılıyorsa, bu kararına temyiz yolunu mutlaka açmak zorundadır (ZPO. 546/II, 2). Böylece temyize gitmeksizin kesinleşen kararlara, temyiz mahkemesinin kararları arasında doğması mümkün ziddiyetin önlenmesi hedef tutulmuştur. Mamelek hukukuna müteallik olmayan ihtilâflarda ise temyiz, OLG.'nin mutlaka kabulüne bağlıdır (Wieczorek, § 546, A.I, a2, b).

müteaddit defalar üst merci olan Temyiz Mahkemesinde kontrol ettirilmesi imkânı tanınması zarureti doğduğu gibi, meselâ, önce Temyiz dairesine, sonra ise ısrar üzerine Hukuk Genel Kuruluna başvurulması, ayrıca da mahallî mahkemelerin kararları üzerinde Temyiz Mahkemesinin tetkik ve kontrol salâhiyetinin daha da geniş bir şekil almasını tevlit etmektedir. Halbuki bu iki kaza mercii arasında mevcut olacak diğer bir vaka mahkemesinin bulunması, hem temyize gidecek dosya adedinin tahdidini haklı gösterecek ve hem de işlerin daha gelişmiş ve incelenmiş olarak temyiz mahkemesine gelmesini sağlayacak ve bu suretle de üst merciin tetkik sahasını aşması bahis mevzuu olmayacaktı. Bu konudaki misalleri daha ileride anlatacağız.

Temyiz Mahkemesinin tesisindeki gaye, hukuk kaidelerinin tabikindeki ayrılıkları ortadan kaldırarak, hukukun tatbikinde birliği ve hukukî güvenliği sağlamaktır. Hukukun tatbikinde bir vahdetin tesis edilebilmesi de temyize konu teşkil edecek olan bütün mahkeme kararlarının bir tek mercide toplanmasını gerekli kılar. İşte bu tek mercide, alt mahkemelerin kararları hukukî bakımdan tetkike tâbi tutularak, bu suretle aynı hukuk kaidesinin birbirinden ayrı şekilde vâki olabilecek olan tatbik şekli giderilerek, içtihatlarda, yani mahallî mahkemelerin kararlarında bir birlik tesisi mümkün olacaktır<sup>2</sup>.

Araştırmamızın esasına geçmeden önce, temyiz sebepleri (Revisiongründe) üzerinde de kısaca durmamız gerekir. Usul Kanununun 428. maddesine göre, bu maddede gösterilmiş olan sebeplerden birisi mevcut ise, temyiz mahkemesi mahallî mahkemenin hükmünü nakzedecektir.

II — Bu maddede sayılan temyiz sebeplerini iki kısma ayırarak incelemek gerekir. Bunlardan birincisi, maddî hukuka ilişkin olan temyiz sebepleri; diğeri ise, usul hukukuna ilişkin olan temyiz sebepleridir.

1) Maddî hukuka ilişkin olan temyiz sebepleri 428. maddenin birinci bendi ile beşinci bendi arasında yer almış bulunmaktadır. Bu maddenin birinci bendine göre, kanunun ve iki taraf arasındaki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması, mahallî mahkemenin hükmünün nakzı için bir sebep teşkil eder. Bu maddedeki kanun

[2] Bkz. Schönke-Schröder-Niese, § 87, I, 1.

deyiminden dar mânada, devletin yetkili organı tarafından hukuk sùjeleri arasındaki hukukî münasebetleri tanzim etmek üzere kabul edilmiş olan hukuk kaideleri anlaşılmayıp, meselâ, örf ve âdet hukuku da bu kavramın içine girer. Ayrıca Usul Kanunumuz, taraflar arasındaki mukavelenin de kanun kuvvetine sahip olduğunu kabul ile, tıpkı kanuna aykırılık gibi, mukavelenin de yanlış tatbikini bir bozma sebebi saymıştır. Bu esasa Alman Usul Kanununda sarahaten rastlanmamaktadır (bkz. § 549 ve 550). Usul Kanunumuz 428. maddesinin birinci bendi ile, mahallî mahkemelerin hükümleri hakkında üst mahkeme olan Temyiz merciince yapılacak kontrolün sınırını çizmiş bulunmaktadır. Bu sınıra göre, üst mahkeme alt mahkeme kararlarının maddî yönü (Tatfrage) ile meşgul olmayıp, bilâkis hukukî yönünün (Rechtfrage) doğru olup olmadığını araştıracaktır. Alt mahkemece verilen kararların maddî yönü, onun tarafından tesbit edilmiş olan münferit, müşahhas vakalara dayanır. Bu vaka tesbitlerine temyiz mahkemesi asla girişemez. Ve bunların gerçekten vukubulmuş olup olmadığı veya alt mahkemece tesbit edilen şekilde gerçekleşmiş bulunup bulunmadığını araştıramaz. Demek oluyor ki, temyiz mahkemesi, alt mahkemenin fiili vaka tesbitleriyle artık bağılıdır. Ancak Alman hukukunda, bu tesbitlerin hatalı olduğu açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülürse, üst mahkemenin bu vaka tesbitlerine olan bağılılığı artık zail olur (ZPO, § 561/II). Mahallî kararların hukukî veçhesi hukuk normlarına dayanılarak meydana getirilmiş olduğundan, üst mahkemenin artık bu noktalarda kontrol hakkının mevcut bulunması gerekecektir. Hâdiseye uygulanan normların unsurlarını ve bunların hukukî neticelerini tesbit etmek, bu hukuk normlarını usulün bir safhasından sonra alt mahkemeye de hâkim olacak şekilde yorumlamak doğru-  
dan doğruya temyiz mahkemesinin vazifesi çevresine ait bulunmaktadır<sup>3</sup>. İşte HUMK. 428 bend bir açıkça temyiz mahkemesinin bu fonksiyonuna temas etmekte ve alt mahkemece bu konuda yapılmış olan işlemin yanlış olması halinde hükmün nakzı gerekeceğini belirtmektedir. Üst mahkemenin bu kontrolü sayesinde aynı hukuk normunun unsurları, hukukî neticeleri ve tefsiri mevzuunda bir

[3] Wiczeorek, § 550, A II, a1, a2: Bu faraziyede, hukuk normunun mücerret kanunî unsurları veya tatbik edilen normun zaman veya yer itibariyle sınırları doğru olarak mütalâa edilmemişse ve bu bakımdan da dâva malzemesi, yani hâkimin önüne taşınan hâdis, onun için uygun olmayan bir hukuk kaidesinin altına konulmuşsa, bu bir bozma sebebi teşkil edecektir. Zira bu faraziyede hukuk kaidesi yanlış tatbik edilmiştir (Rosenberg, § 140, III, 2a, \*).

birlik sağlamak mümkün olabilecektir. Bundan başka sadece, bir hukuk normunun veya mukavele hükmünün yanlış tatbik edilmesi bir temyiz sebebi olmayıp, aynı zamanda tatbiki gereken kanun veya mukavele hükmünün hiç tatbik edilmemesi de bir kanun ihlâli sayılmalıdır. Nitekim ZPO. § 550 açıkça bu durumu da bozmayı tevlit eden bir kanun ihlâli (Gesetzesverletzung) saymıştır. Bu ikinci faraziye, birincinin aksine olarak hâdise ile ilgili kanun hükmü meskût geçilmekte veya doğrudan doğruya uygulanacak olan hukukî norm yerine başka bir hukuk kaidesi tatbik edilmektedir. Temyiz mahkemesinin bir de ikinci bir noktadan tetkik yetkisi bulunmaktadır. Alt mahkeme münhasıran kendi salâhiyeti dahilinde olan vaka tesbitlerini yaptıktan sonra, tesbit ettiği bu vakaları, bunlara uyan ve doğru olarak seçtiği ve unsurlarını doğru olarak tesbit edip, yorumladığı hukuk kaidesinin altına koymak zorundadır. Acaba tesbit edilmiş olan vakalar, bir ahlâka aykırılık teşkil ediyor mu? Bu vakalara göre ortada bir muhik sebep mevcut mudur? Bu şekilde müşahhas bir ameliyeye girişen ve neticede mevcut vakalara göre, sorulara müsbet veya menfi cevap veren mahkemenin bu takdirlerinin doğru olup olmadığını da temyiz mahkemesi araştırıp, kontrol edebilecektir<sup>4</sup>. Yani bu ikinci ameliyede, mahkemece tesbit edilmiş olan vakalar, hâdiseye uyan mücerret hukuk normunun, mücerret unsurları altına konulmaktadır (Subsumtion). Mahkemenin bu faaliyeti birincisine nazaran daha müşahhasdır. Bu faraziyede o, tesbit ettiği vakaların müşahhas hukukî mütalâasına girişmekte ve bunların tatbik için seçilen hukuk normunun unsurlarını doldurup doldurmadığını araştırmaktadır. Tabii bu vakalar, hukuk normunun mücerret unsurlarını doldurmadığı halde, doldurmuşçasına; doldurduğu hallerde de doldurmamışçasına; mütalâa yürütülmüşse, yani kısaca, bu vakaların hukukî takdiri yanlış, hatalı yapılırsa temyiz mahkemesi alt mahkemenin hükmünü nakzedecektir. Alman hukukunda, bu müşahhas safhadaki hataların da, hukukun tatbikinde bir hata, eksiklik olduğu mülâhazası ile, temyiz mahkemesinin kontrolüne tâbi olduğu kabul edilmesine rağmen<sup>5</sup>, Usul Kanunumuz açık bir hükmü ile (HUMK. 428, bend 5) maddi vakaların hukukî takdirinde hata edilmesini (Subsumtion) hükmün nakzı sebebi saymıştır. O halde hâdiseye uygulanmak üzere alt

[4] Schönke-Schröder-Niese, § 88, III, 1b.

[5] Wlęczorek, § 550, A II, a2; Schönke-Schröder-Niese, § 88, III, 1b. Buradaki hataya, — unrichtige Subsumtion — denilmektedir.

mahkemece seçilen hukuk normunun unsurları doğru olarak tayin edilmiş ve yorumu da doğru olarak yapılmış olmasına rağmen, mahkemeye taşınmış olan hâdisede, seçilmiş olan hukuk kaidesinin bu unsurları mevcut olmadığı halde hatalı olarak mevcut, var olduğu hallerde de hatalı olarak mevcut olmadığı kabul edilmişse, bu bir bozma sebebi teşkil edecektir. Bu durumlarda dâva malzemesinin hukukî tavsifi veya başka deyişle, hukuki bakımdan müşahhas olarak mütalâa edilmesi eksik veya hatalı yapılmıştır<sup>6</sup>. Bu durumlarda temyiz mahkemesi hattâ bizzat hukukî tavsife de başvurabilecektir. Yani bozma ilâmında, alt mahkemece toplanmış olan dâva vakalarının hukukî tavsifine bizzat girişilecektir. Yahutta o, dâva dosyasında yer alan ve alt mahkemece vakaların hukukî tavsifine girişilirken önem verilmeyen bazı dâva vakalarına dikkati çekecektir. İşte alt mahkeme, artık bu vakalara gereken önemi vererek onları tesbit edip, bozma ilâmında gösterilen hukuk normunun altına koyacaktır<sup>7</sup>. Bu son durumda temyiz mahkemesi yine de işin hukukî takdirine bizzat girişmeyip, onu bazı vakaların tesbitine göre, alt mahkemeye bırakmaktadır. Bu faraziyelerle ilgili olmak üzere şu misâller verilebilir. Meselâ, acaba taraflardan birinin herhangi bir davranışı, hile midir? yoksa iyiniyet kaidelerine aykırılık mıdır? veya ahlâk kaidelerini ihlâl midir? Bu davranış bir kusur mu teşkil etmektedir? yoksa ağır ihmal midir? Dâvacının dâva konusu olan şey ile münasebeti bir mülkiyet münasebeti midir? yoksa başka bir münasebet midir? Acaba olayda illiyet bağı mevcut mudur? yoksa mevcut değil midir? Bütün bu faraziyelerde dâvanın dayandığı vakalardan (dâvanın fiili temeli = tatsächliche Grundlage) hukukî neticeler çıkarılmaktadır ki, işte bu netice istidlâlleri bir hukukî mütalâa olup, bu sebeple de hukukun tatbikinden başka bir şey değildir. Bu yüzden de temyiz mahkemesinin kontrolü altında bulunacaktır<sup>8</sup>. Alman Usul Kanunu temyiz sebeplerinin, federal hukukun bir hükmünün ihlâli halinde mevcut olacağını bildirirken (ZPO. § 549), 550. paragrafında ise, hangi hallerde bir kanun hükmünün ihlâl edilmiş sayılabileceğini açıkça tasrih etmiştir. Buna göre, eğer bir hukuk normu hiç tatbik edilmemiş veya yanlış tatbik edilmişse, ortada kanunun ihlâli bahis konusudur. Usul Kanunumuz 428. maddesinde kanunun hiç tatbik edilmemesi

[6] Rosenberg, § 140, III, 2a, β.

[7] Gaupp-Stein-Jonas, § 565, II, 2, s. 3.

[8] Bkz. Rosenberg, § 140, III, 2a, β'daki izahat.

faraziyesine yer vermemiş olmakla beraber, yanlış tatbik faraziyesini Alman hukukundakine uygun olarak hem mücerret ve hem de müşahhas bakımdan (HUMK. 428/bend 5) ayrı ayrı tanzim etmiştir. Halbuki bu son faraziyeyi Alman kanunu sarahaten tanzim etmemiş ise de doktrin bu neticeye varmıştır.

2) Kanunumuzun usul hukukuna ilişkin olmak üzere düzenlediği temyiz sebeplerine gelince: Usul Kanunumuzun 428. maddesinin 4. bendi, «usulü muhakemeye muhalefet edilmesini» bir temyiz sebebi saymakla beraber, bunun yanında, bir takım usulî kaidelere riayetsizliği ise, ayrıca tasrih etmek lüzumunu duymuştur (HUMK. 428, bend 2, 3, 6). Bu durum karşısında, usulî temyiz sebeplerini iki kısma ayırarak incelemek gerekir. Birinci grup usulî temyiz sebepleri, mutlak temyiz sebepleridir (absolute Revisiongründe). Yani, bu usulî esaslara riayetsizlik dâvanın esasına müessir olmuş mudur? Yoksa olmamış mıdır? asla nazarı itibare alınmaksızın, bir bozma sebebi teşkil eder. Başka bir deyişle, acaba bu usulî kaideye ademi riayet, mahallî mahkemenin esas hakkındaki kararına müessir olmuş ve bu bakımdan da onu tağyir edecek kuvvette bulunmakta mıdır? araştırılmaksızın, bir bozma sebebi teşkil eder<sup>9</sup>. Kanun koyucu, bu kaidelerin bizatihi ihlâl edilmiş olmasını, esas hükme müessir olarak farz ve kabul etmiştir. Kanun koyucunun bir bozma sebebi olarak açıkça zikretmiş olduğu kaidelere riayetsizlik halinde, temyiz mahkemesi bu usulî kaidenin ihlâl edilmiş olduğunu tesbit eder etmez, artık bu usulî hükümlere riayetsizlik dâvanın esasına müessir olmuş mudur? yoksa olmamış mıdır? meselesini araştırmaksızın bozma kararı verecektir. Mutlak temyiz sebeplerinden birini tesbit eden temyiz mahkemesi, hükmü bu sebeple ve başkaca araştırma yapmaksızın geriye gönderecektir. İkinci guruba dahil olan usule aykırılık hallerinde ise, herhangi bir usul kaidesinin ihlâl edilmiş olması alelittâk bir bozma sebebi teşkil etmez. Bunun yanında yer alan munzam bazı şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. Şöyle ki, her şeyden önce, ihlâl edilmiş olan usulî kaideyi, mahkemenin re'sen nazarı itibare almak zorunda bulunması ve ayrıca da bunun nazarı itibare alınmaması, yani bu mahiyetteki usul kaidesine riayetsizliğin hükmü tağyir edebilecek mahiyette olması zarureti vardır (HUMK. 428, bend 6 altındaki ilk fıkra). Demek oluyor ki, kanun koyucu, önemli olmayan usulî kaidelere riayetsizlik edilmiş

[9] Wiczeorek, § 551, AL.

olmasını alt mahkemenin hükmünün nakzedilmesini mucip olan bir sebep olarak saymamıştır. Kısaca durumu ifade edecek olursak, HUMK. 428, bend 2, 3, 6'da zikredilen usule ait hükümlerin ihlâli halinde, temyizce, hükmün nakzı için başkaca herhangi bir araştırma yapılmasına lüzum olmadığı halde, diğer usuli kaidelere uyulmamış olması halinde ise, hükmün nakzı için munzam iki şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan birisi, riayet edilmemiş olan usuli hükmün emredici mahiyette olması, ikicisi ise, bu riayetsizliğin alt mahkemenin hükmüne müessir bulunmasıdır. İşte bu son meselenin tesbitindeki güçlükler, kanun koyucuları bazı hallerde mutlak temyiz sebepleri tanımağa zorlamıştır<sup>10</sup>.

Fakat Usul Kanunumuz usuli hükümlere riayetsizlik faraziyelerinde ayrıca şu sistemi de benimsemiştir. Her ne kadar usuli kaideye riayetsizlik 428. maddenin sondan bir evvelki fıkrasının aradığı şartlara sahip değilse de dâvanın seyri esnasında dâvacı veya dâvalı tarafından usule aykırı hareket edildiği ileri sürülmüş olmasına rağmen, mahkemece bu iddia reddedilmişse, acaba aynı iddiayı temyiz mahkemesinde tetkik ettirebilmek imkânı var mıdır? Bu husustaki cevaz hükmüne HUMK. 428 son fıkrada rastlamaktayız. Bu hükme göre, dâvacı veya dâvalı, usule ait bir hükmün ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmüş olmasına rağmen mahkeme gerek, araştırma yaparak ve gerekse araştırma yapmaksızın bu iddiayı reddetmişse, bu usule aykırılık halleri de temyizce bir bozma sebebi sayılacaktır. Yalnız burada sorulması gereken bir husus şudur? Bu şekildeki bir temyiz sebebi, mutlak bir temyiz sebebi midir? Yoksa, ayrıca bu usule aykırılığın esas karara müessir olup olmadığı araştırılmak gerekecek midir? Maddenin yazılış tarzı bunun alelittlak bir temyiz sebebi sayılacağı merkezindedir. Bu bakımdan, taraflardan birince itiraz edilip kabul edilmemiş olan usule aykırılık iddiası, temyiz mahkemesince vârit görülmüşse, artık bunun esasa tesir eden mahiyette olup olmadığı nazara alınmaksızın dâvadaki hükmün nakzedilmesi gerekecektir. Ayrıca maddenin ifade tarzından ortaya çıkan diğer bir husus da, diğer bilcümle temyiz sebeplerinin aksine olarak, bu sebeple hükmün nakzedilebilmesi için, açıkça temyiz sebebi yapılmış olması gerekir. Zira, dâvalının veya dâvacının itiraz etmesi halinde nazara alınacak usuli ihlâllerden taraflar usulün sonraki safhalarında dahi vazgeçebilmelidirler. Olabilir ki, yetki itirazı ileri sürülüp te reddedilmiş olan

[10] Rosenberg, § 140, III, 3b, c.

dâvalı, lehine hüküm almışsa bu hükmü temyiz dahi etmiyeceğinden, diğer tarafın temyizi üzerine eskiden yapılan yetki itirazına artık re'sen dönülememelidir. Halbuki diğer temyiz sebeplerinden dolayı hükmün nakzedilebilmesi için, bunların taraflardan birince açıkça temyiz sebebi yapılmış olması şart değildir. Temyiz mahkemesi bunları re'sen tetkik edecektir. Böylece şu noktayı belirtmek gerekiyor ki, bir kararın temyiz edilmesi halinde, temyiz mahkemesi temyiz dilekçesinde veya ondan ayrı olarak verilebilecek olan temyiz lâyihasında (Revisionsbegründung) zikredilen temyiz sebepleri ile (HUMK. 435) mukayyet değildir (HUMK. 439/I ve II). Bu sebeple temyiz mahkemesi, taraflarca temas edilmemiş olan temyiz sebeplerini de re'sen araştırabilecektir. Alman Usul Kanununda da 559. paragraf buna benzer esasları tanzim etmektedir. Buna göre, temyiz tetkikatının çevresi iki kısma ayrılarak mütalâa edilmektedir. Temyiz mahkemesi maddî hukuka müteallik temyiz sebeplerinde tarafların (veya temyiz edenin) temyiz lâyihasında ileri sürmüş oldukları temyiz sebepleriyle mukayyet olmaksızın araştırma yapabileceği halde (ZPO. § 559, fıkra son), usulî temyiz sebeplerinde ise, ancak temyiz lâyihasında yer alan sebeplerle mukayyettir (ZPO. § 559, fıkra II). Fakat bu hükme rağmen Alman Temyiz Mahkemesi, bir çok kararlarında usule aykırılık itirazı yapılmayan hallerde dahi, bazı usule aykırılık hallerini önemli bularak, hükmün bu sebeplerle nakzedilmesine karar vermiştir<sup>11</sup>. Bizim hukukumuzda alman hukukunda olduğu gibi, temyiz edenin bir temyiz lâhiyası vermesi mecburiyeti yoktur (bkz. ZPO.554/I). Nitekim bu hususu 435 maddenin II. ve III fıkрасından da çıkarabiliriz. Halbuki alman hukukunda bu temyiz şartı yerine getirilmemişse, temyiz talebi, işin esası hakkında araştırma yapılmaksızın kabule şayan olmadığından dolayı reddolunur (ZPO. §554, a/I). Bizim hukukumuzda temyiz talebi, temyiz dilekçesinin verilmesi (Revisionschrift) ile ve hattâ bu dilekçenin tanzimi için kanunun derpiş edilen şartlar (HUMK. 435/I) yerine getirilmemiş olsa bile, reddedilmeyip temyiz tetkikatı için esas alınır (HUMK. 435/III). Bundan başka Usul Kanunumuz, temyiz mahkemesinin temyiz sebeplerini resen araştırması bakımından, maddî hukukun ihlâli faraziyeleriyle, usul hukuku kaidelerinin ihlâli faraziyelerini birbirinden ayırmamıştır (HUMK. 439 son fıkra). Bundan başka daha evvelce de belirttiğimiz gibi, bizim hukuk sistemimizde ikinci bir vaka mahkemesinin mevcut olma-

[11] Rosenberg, 143, II, 2'de zikredilen Alman Temyiz Mahkemesi kararları.



ması sebebiyle, temyiz mahkemesi temyiz sebebi olarak 428. maddede zikredilen sebeplerden başka sebeplerle de kararları kontrol etmektedir<sup>12</sup>. Bu suretle de temyiz mahkemesi, Kassation'dan farklı olarak<sup>12a</sup> hem hukuki birliği tesis eden ve hem de ikinci derece mahkemesi gibi hareket eden bir merci sıfatını kazanmaktadır (hattâ bkz. HUMK. 438, fıkra 7).

III — Temyiz Mahkemesinin mahalli mahkemenin kararları hakkında üç türlü yetki ve kontrolü mevcuttur. O, alt mahkemenin kararlarını ya nakzeder, yahut ta tâdilen tasdik eder (HUMK. 429 ve 438). Bundan başka alt mahkemenin kararının hukuki bakımdan doğru bulunması halinde ise, onun kararını tasdik eder. Tasdik edilen karar, artık bir takım yeni dâva vakalarına rağmen dahi sarsılamaz. Fakat aleyhine HUMK. 440'da sayılan sebepler varsa, tashihi karara başvurulabilir. Tashihi karar sonucunda hüküm, bu sebepler vârit görülerek bozulursa, alt mahkeme ya bu bozmaya uyar, ya da ısrar edebilir. Mücerret bozma kararı üzerine, alt mahkeme kararı lehlerine verilmiş olduğundan dolayı temyize başvurmamış olan taraf dahi, tashihi karara başvurabilir. Bu bakımdan bozma üzerine, 429. maddenin II. fıkrası gereğince verilecek olan ısrar veya uyma kararı, tashihi karar yolunun kesin olarak kapanmasından sonra olmalıdır. Bu yüzden lehlerine verilen hüküm için temyiz yoluna başvurmayanlar hakkında, hüküm kesinleşmesine rağmen, hasmın temyize müracaat etmesi neticesi, alt mahkemenin hükmü nakzedilmişse, nakzedilen hüküm lehlerine verilmiş olan taraflar da tashihi karara başvurabileceklerdir. Zira bozma ilâmi

[12] Meselâ Temyiz Mahkememiz, delillerin takdirini, aslında bu husus mahalli mahkemenin münhasır salâhiyeti içinde olmasına rağmen ve bu konunun tahkiki işi kanunen kendisine verilmemesine rağmen, acaba delillerin takdirinde mahalli mahkemece isabet edilmiş midir? edilmemiş midir? araştırmaktadır (bkz. 2HD. 9.1.1954, E. 7048, K. 111, Tat. Y. K., Sayı 62, s. 1576 vd.). Aslında bu iş HUMK. 240 gereğince hâkimin serbest takdirine bırakılmıştır.

[12a] Kassation ile Revision (Temyiz) şu noktalarda ayrılır: Kassation mahkemesi, yalnız temyiz talebinde ileri sürülen hukuki düşünceyi kontrole tâbi tuttuğu halde, Temyiz Mahkemesi hükmü bütün olarak kontrole tâbi tutar. Kassation yalnız talik edici bir tesire sahiptir. Bundan başka kassation mahalli mahkemelerce verilen hükmü yalnız kaldırabilir. Yoksa Temyizde olduğu gibi, ihtilâf hakkında bizzat karar veremez. Kassation'da kendisine nakzedilen hüküm geri gönderilen mahkeme kassation mahkemesinin hükmü ile bağlanmamıştır. Halbuki revision = Temyizde durum farklıdır. Meselâ, İtalyada kassation temyize yaklaştırılmasına rağmen ara- larında yine de bazı farklar vardır (bkz. Schönke-Schröder-Niese, § 87, I. 3).

onların aleyhinedir. Fakat onlar bu yola da gitmemişler ve alt mahkeme de bozma ilâmına karşı ısrar etmişse, lehine bozma kararı verilenin ısrar kararına karşı Hukuk Genel Kuruluna müracaati halinde, dâvacılar, aleyhine hiç bir temyiz yoluna müracaat etmedikleri ve binnetice kendileri bakımından kesinleşen hususlar hakkında, artık Hukuk Genel Kurulunda yeni temyiz itirazları ileri süremeyeceklerdir<sup>13</sup>. Artık bu safhada sadece Hukuk Genel Kuruluna başvuran hasmın itirazları mesmu olacaktır. Demek oluyor ki, tasdik edilen kararlara karşı dahi, bu tasdik aleyhine olan tarafın, o kararı tasdik eden temyiz dairesine veya Hukuk Genel Kuruluna başvurarak bazı sebeplerden dolayı bu kararın tashihi istemek hakları vardır. Bu kademeli imkânlar İstinaf mahkemesini kabul etmiş olan Alman Usul Kanununda mevcut değildir. Bizim hukukumuzda vaka mahkemelerinin sadece mahalli mahkemeler olması, bunlar tarafından verilmiş olan kararların müteaddit defalar temyiz mercilerinden geçirilmesi ve hattâ temyiz kurullarının bizatihi yetkilerini aşarak bazen bir vaka mahkemesi imiş gibi, hareket ederek, kararları o mahkemelerin yetkili bulunduğu noktalar bakımından da kontrole tâbi tuttukları görülmektedir. Fakat temyize müteaddit defalar gidip gelmelerin doğuracağı mahzurları gidermek üzere de bazı tedbirler alınmak istenmiştir. Şöyle ki, artık, tashihi karar yolunda, hüküm her cihetten değil sadece, ileri sürülen tashihi karar sebepleri ile mukayyet olarak tetkike tâbi tutulacaktır (HUMK. 440 son fıkra: karşı. madde 439 son fıkra). Ayrıca aynı ilâm aleyhine ancak bir defa tashihi karar istenebileceği gibi (HUMK. 442/I), tashihi karar sonunda verilen karara karşı da artık tashihi karar caiz değildir (HUMK. 442/II). Bundan başka tashihi karara taraflardan biri müracaat etmişse, diğer taraf da hükmün tashihi isteyecekse, gerek hususi olarak vereceği bir arzuhal ile ve gerekse, hasmın tashihi karar arzuhaline vereceği cevap lâyihasında bunu ileri sürebilecektir (HUMK. 442 son fıkra). Ayrıca bu da hasmın arzuhalinin tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde yapılmak gerekecektir. Bundan başka, tashihi karar talebi kabul edilmeyen talepçinin, para cezasına çarptırılması da kanun tarafından derpiş edilmiştir (bkz. HUMK. 442/III). İşte bu tedbirlerle Usul Kanunumuz bu olağan üstü yolun kötüye kullanılmasını önlemeğe çalışırken, diğer taraftan da tahkik çevresini oldukça daraltmak istemiştir. Bu suretle kanun yoluna başvurulması ile, hükmün bütün

[13] HGK. 30.11.1949, E. 4/16-4, K. 70, Ad. D. 1950, Sayı 4, s. 536-538.

çevresinde durdurulmuş olan kesinleşmesi keyfiyetinin (kesinleşmenin geciktirilmesi) uzaması istenmemektedir.

Demek oluyor ki, kısaca belirtmek gerekirse, bizim hukukumuzda ikinci bir vaka mahkemesinin ihdas edilmemiş olması, bir yandan alt mahkemenin hemen hemen her türlü kararlarına karşı temyiz yolunun açılmasını gerekli kıldığı gibi (HUMK. 427), diğer yandan da bu üst merciin temyiz edilen kararlar üzerinde hukuki olması gereken kontrolünü aşarak, hattâ maddi bakımdan da tahkike girişilmesini gerekli kılmaktadır. İşte bu sebeplerle de daire adedinin arttırılarak temyiz mahkemesinin yükü azaltılmak istenmesine rağmen, hâlâ temyiz mahkemesine giden dosya adedi azaltılarak, vasyonel bir çalışma imkânı tesis edilememiştir. Bundan başka, temyiz mahkemesince nakzedilen kararın geriye gönderilmesi halinde de, bu kararın yine müteaddit defalar bu üst merciye gidip tekrar geriye döndürülebilmesine uygun olan bir durum yaratılmıştır. Zira, umumî olarak bir karar hakkında bir kanun yoluna başvurulması imkânı verilen hallerde, alt mahkemenin nihai mahiyette olan bu kararları mutlaka yüksek merci tarafından tasdik edilmek şartı altında bulunuyor demektir. Bu kararın yüksek merci tarafından tasdikinin sağlanacağı ana kadar, verilen karar aleyhinde olan kimsenin müteaddit defalar temyize başvurabilmesi mümkündür. Karar yüksek merci (temyiz mahkemesi) tarafından ilk merhalede tasdik edilebileceği gibi, edilmeyebilir de. Eğer alt mahkemenin kararı, bu üst mahkemece doğru bulunmayarak nakzedilmişse, bu, ihtilâf hakkında mahalli mahkemelerin işinin hakikatte henüz bitirilmemiş olduğunu ifade eder. Alt mahkemenin, kat'i olarak verdiği ve artık geriye alamayacağı bu kararının, nakz neticesinde artık zannedildiği gibi bu vasfa (kesinlik) sahip olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan karara iktiran etmiş olan aynı ihtilâf hakkında, eski usulün bir devamı olan (bkz. RG. 149, 160), yeni bir usul açılacaktır. Başka bir deyişle, eski tahkikat usulü yeniden açılacaktır. Zira üst merci tarafından kararın nakzedilmiş olması, eski usulün devamının emredilmesi demektir. Bu suretle, mevcut olan ihtilâfın, mahalli mahkemeler için dahi henüz onların düşüncelerinin aksine olarak bitirilmemiş olduğu kabul edilmektedir (RG. 158, 196). Bizim Usul Kanunumuzda, kanun yoluna konu teşkil eden mahalli mahkemenin kararının temyizce tasdikine kadar, müteaddit defalar aynı merciye götürülebilmesine müsait bir zemin hazırlanmıştır. Bu sebeple tatbikatta, temyize müteaddit defalar gidip gelmelerin varlığının doğuracağı mahzurları bir dereceye kadar gidermek için,

her gelişte kararın her bakımdan yeniden kontrole tâbi tutulması istenmemekte ve nakz ilâmına bağlılık Alman hukukuna nazaran çok daha fazla bulunmaktadır. Böylece nakz ilâmındaki mütalâalara bağlılığın sınırı çok geniş tutularak, dâvaların sonunun alınması imkân dahiline sokulmaktadır. Bu suretle de kararın, üst mahkemece tasdikinin çabuklaştırılmasını sağlayacak bir zemin hazırlamak istenmektedir.

Temyiz Mahkemesi mahallî mahkemenin kararını tamamen doğru bularak tasdik edebileceği gibi, bazı hallerde bu merci, kararları tâdilen tasdik edebilmek imkânına da sahiptir (HUMK. 438, fıkra 7). Bu imkân iki halde tanınmıştır. Bunlardan ilki şudur: Olabilir ki, alt mahkemenin kararında bir kanuna aykırılık mevcut olduğu halde, buna rağmen mahallî mahkemenin kararı esas bakımından doğrudur. İşte bu faraziyede kanunun yanlış tatbik edilmesi dâvayı halleden kararın esasına tesir etmediğinden, basit bir ameliye olan doğru kanun hükmünü göstererek, kararı tasdike temyiz mahkemesi mezun kılınmıştır. Nasıl olsa kanunu doğru tatbik etmiş olsaydık bile, netice değişmeyecek idi. Bu basit ameliyenin ifası için dahi, hükmün nakzedilerek alt mahkemeye gönderilmesi, lüzumsuz zaman israfını tazammun edecektir. Buna meydan vermek istenmemektedir. Böylece diyebiliriz ki, bir hükmün nakzedilebilmesi için, yalnız, herhangi bir kanun hükmünün mücerret ihlâl edilmesi kâfi gelmeyip, ayrıca da bu doğru tatbik edilmiş olsaydı, esas hakkındaki hükmün başka türlü olabileceği hallerin (illi münasebet) mevcut olması gerekir. O halde, illi olmayan kanun ihlallerinde, basit ameliyeye temyiz mahkemesi girişecektir. Alman hukukunda da 563. paragrafta göre, esas hakkında verilmiş olan kararın gerekçelerinde, filhakika bir kanun hükmünün ihlâli bahis mevzuu olmasına rağmen, mevcut karar başka sebeplerden dolayı doğru olarak görünüyorsa, temyiz talebinin reddedilmesi gerekmektedir.

Temyiz Mahkemesine tâdilen tasdik imkânı verilen ikinci faraziyede ise durum şöyledir: Bu faraziyede alt mahkemece verilen hüküm kanuna uymamakla beraber, bu kısımlar hakkında yeniden tahkikat ve muhakeme yapılmasına lüzum görülmemişse, yani hâdiseye uygulanması gereken kanun hükmü için dahi, ihtilâflı iş olgun halde bulunuyorsa, artık temyiz mahkemesi kararın kanuna uygun olmayan kısımlarını tâdil ederek, kararı tasdik edecektir. Bu faraziyede, temyiz merciince esas hakkında verilecek karar, alt

mahkemece verilmiş olan karardan farklı olacaktır<sup>[13a]</sup>. Çünkü yanlış kanuni hükmün tatbiki ile dâvanın esası hakkında da yanlış karar verilmiştir. Bu faraziyelerin her ikisinde de kanuna aykırılıktan maksat sadece maddi hukukun hükümleri olmayıp, aynı zamanda usul hukukuna ilişkin hükümlerdir de<sup>[14]</sup>. Fakat Usul Kanunumuzun 438. maddesinin 7. fıkrasında yer alan ikinci faraziye, Alman Usul Kanununda yer alan buna benzer faraziyeye nazaran biraz daha dar ifade edilmiştir. Şöyle ki, bizim kanuna göre, esas hakkında verilecek karar, mahalli mahkemenin verdiği kararın bir bakıma tādil edilmiş olan şeklini ifade edeceği halde, ZPO. § 565 de ifade edilen hallerde, bu yetki daha da şümulüdür. Ve bu bakımdan yepyeni bir karar verilebilmesine de cevaz verir mahiyettedir.

Bu istisnalar da göstermektedir ki, nakz ile hükmün geriye gönderilmesi, yeniden açılan usulde yeniden bazı noktaların araştırılması zaruretindedir ve temyiz mahkemeleri vaka mahkemeleri olmadığından ki, bu araştırmaları bizzat yapabilmek yetkisine sahip değildirler. Bu sebeple işin tekrar vaka mahkemelerine gönderilmesi gerekmektedir. Temyiz mercii, iş için yeniden bir tahkikata lüzum olup olmadığını serbest olarak takdir edecektir. Tādilen tasdik faraziyesi içinde mütalâa edilebilecek hallerde, yüksek mahkemenin karar vermek mecburiyeti vardır (Ayrıca bkz. aynı mânada ZPO. § 565/III). Bizim hukukumuzda bu husustaki yetki ve mecburiyet hem özel daireye ve hem de Hukuk Genel Kuruluna ait bulunacaktır. Bu istisnanın tanınması sebebi de, usulün uzamasına engel olmaktır. İşte bu istisnalar dışında, temyiz özel dairesi, incelenmek üzere önüne gelmiş olan kararda hukukî hatalar görürse, bu hükmü, başka türlü müzakere ve karar verilmek üzere nakzeder ve dosyayı ya, hükmü veren mahkemeye ya da, münasip göreceği diğer bir mahkemeye gönderir (HUMK. 429/I) (bkz. ZPO. § 565/I son cümle). Bu durumda, Alman hukuku ile bizim Usul Kanunumuz sistemi arasında derin ve esaslî farklar mevcuttur. Esas itibarıyla, Alman Usul Kanununun 565. paragrafının II. fıkrasına göre, kendisine nakzedilen hüküm geri gönderilen mahkeme (İstinaf mahkemesi) artık bozmaya ve binnetice kendi kararının kaldırılmasına esas teşkil eden ve bozma ilâmında yer alan üst mahkemenin hukukî

[13a] Bkz. TTD. 22.5.1953, 953/3488-2724, Tat. Y. K., Sayı 55, s. 1385; Ad. D. 1961, Sayı 7-8, s. 769.

[14] Schönke-Schröder-Niese, § 88, V. Alman hukukunda benzer hüküm için, bkz. § 565/III.

mütalâası, mülâhazası, daha doğru bir deyişle hukukî düşüncesi ile (rechtliche Beurteilung, Rechtsauffassung) bağlanmıştır. Bu bağlılık kanundan doğmaktadır. Binaenaleyh alt mahkeme bundan sonra vereceği ikinci hükmüne, bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâayı esas almak zorundadır. Bu bakımdan da dosyanın alt mahkemeye tekrar geri gönderilmesi ile eski usul otomatikman yeniden tekrar açılır. Öyle ki, temyize konu teşkil eden karar henüz verilmeden önce usul hangi safhada idiye, işte o haliyle eski usul açılmış olmaktadır. Yani sanki bu konuda evvelce bir karar verilmemiş gibi. Bu yeni safhayı açıp açmamak alt mahkemenin iktidarına bırakılmamıştır (bkz. RG. 129, 224-225). Halbuki bizim Usul Kanunumuz sisteminde durum farklıdır. Hükmün nakzından sonra hemen eski usulün açılması mecburiyeti yoktur. Dosyanın tekrar alt mahkemeye gelmesi halinde, alt mahkeme temyiz mahkemesinin bu nakz kararına uyulup uyulmayacağı hakkında karar verebilmek imkânına sahiptir. Bu konuda tamamen alt mahkemeye ait olan bir takdir yetkisi mevcuttur. Halbuki Alman hukukunda alt mahkemenin eski usulü yeniden açıp açmamak hususunda bir serbestisi yoktur. O, bu usulü yeniden açmak zorundadır. Alt mahkeme uyma veya ısrar kararı vermeden önce tarafları celp ve istisma etmek zorundadır. Bu suretle eski usul yeniden açılmış olmamaktadır. Sadece bu usulün açılıp açılmamasına müessir olabilecek bir ön tetkikat bahismevzuudur (bkz. HUMK. 429/II). Bu ön tetkikat nakzedilen karar hakkında tashihi karar imkânının da kapanmasından sonra yapılmalıdır. Bu ön araştırma neticesinde alt mahkeme ya, ısrar kararı verir. Bu karar artık nihaidir ve bunun aleyhine Hukuk Genel Kuruluna müracaat olunabilir (HUMK. 429/III). İsrar kararı dâvanın esasına hiç bir surette girişilmeksizin verilir. Bu suretle alt mahkeme kendi kararını, nakzedilmesine rağmen doğru bulmakta ve onda ısrar etmektedir. Fakat alt mahkeme tarafları da dinledikten sonra zuhur eden durum ve kanaatine göre, eski kararında ısrar etmenin doğru olmayacağını ve binnetice kendi kararının hatalı olduğu neticesine varırsa, artık eski kararında ısrar etmeyip, bozma ilâmına uymağa karar verir. Tatbikatta uyma iki şekilde gerçekleşmektedir. Ya açıkça uyma kararı verilmektedir (HUMK. 429/II gereğince), ya da, bozma ilâmına fiilen uyulmakta ve bir uyma kararı ayrıca verilmemektedir. Bu son halde dahi sarih bir uyma kararının verilmemiş olması hükmün sonraki bir temyizinde başbaşa bir bozma sebebi sayılmaz<sup>15</sup>. Fakat kanunumuzun 429. mad-

[15] 5. HD. 10.11.1952, 7148/3858, Tat. Y. K., 15 Şubat 1953, s. 1164-1165.

desinin son fıkrasında, Hukuk Genel Kurulu Özel dairesinin kararını doğru bulmuşsa ve bu esaslar gereğince muamele icrası için işi tekrar alt mahkemeye gönderirse, artık alt mahkeme bu merciin kararına karşı ısrar hakkına sahip olmayıp, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, artık kanundan ötürü bozma ilâmı uyarınca tahkikat yapıp, hüküm vermek zorundadır. Uyma kararı nihai bir karar olmadığı halde, kabili rücu da değildir. Bu bakımdan temyiz tetkikatı aleyhine sonuçlanan taraf, mahkemenin bu kararına karşı kanun yoluna başvuramaz. Uyma kararı ile artık eski usul tekrar açılmış olur. Bu bakımdan da artık bu usulde câri olan normlar uyarınca yeniden tahkikat yapılabilecektir ve taraflar tekrar başlayan usulde yeni bir takım iddia ve müdafaa sebepleri ve yeni deliller, hattâ yeni netice talepleri ileri sürebileceklerdir<sup>16</sup>. Bu bakımdan da uyma hakkında karar verilip ve yeniden, eski usul açılarak taraflara ne diyecekleri sorulmadan hem uyma kararı ve hem de esas hakkında karar ittihaz edilmesi yolsuz olup, hükmün bu sebeple yeniden nakzını tevliit eder<sup>17</sup>. Zira, gerçi ileride görüleceği üzere, açılan yeni usulde bazı hususlar dışında (bazı kısımlar hariç) dâva malzemesinin yeniden ele alınarak tahkike tâbi tutturulması imkânı, taraflara tanınmış bulunmaktadır. Gerçi Usul Kanunumuz, temyiz bozma ilâmına uyulmasından sonra ne yapılacağı hakkında bilhassa iradî uyma halinde açık hiç bir hüküm ihtiva etmemekle beraber, burada da 429. maddenin son fıkrasındaki esaslar kıyasen uygulanmak gerekecektir. Fakat bizatihi 429. maddenin son fıkrası dahi, çok aydınlık bir hüküm olarak görülemez. Zira, meselâ, bozma ilâmına hangi ölçüde bağlanma bahis mevzuu olacaktır? Ve yeniden açılan usulde hâkim olacak olan usulî esaslar neler olmak gerekecektir? Bundan başka tarafların bu usulde sahip olabilecekleri imkânlar nelerdir? Bu meselelerde bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu bakımdan da bu konuda yapılacak araştırmalarda tatbikattaki çözüm tarzının dikkatle gözönünde tutulması ile; ve bu hâl tarzlarının kanunun diğer hükümleri ve diğer hukuk çevrelerinin de hâl tarzları gözönünde tutularak değerlendirilerek, bir neticeye ulaşılması zarureti kendiliğinden hissedilir. İşte araştırmamız bu istikametler çerçevesinde olacaktır.

[16] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C II, a, a1, a2, b1, b2'ye bkz.

[17] 3. HD. 12.9.1958, E. 4905, K. 4533, Hukuk Postası, Aralık 1958, s. 328. Varılan bu sonuç doğrudur. Zira aksine hareket Usul Kanununun 429. maddesine aykırıdır.

IV — Bu meselelerde her şeyden önce, aydınlatıcı bir takım esaslar vazeden 9.5.1960 tarihli Tevhidi İçtihat Büyük Heyetinin 21/9 sayılı kararının zikredilmesi gerekir (Resmî G. 28 Haz. 1960, sayı 10537). Bu karara göre, bir mahkemenin temyiz dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için, o kararda (bozma ilâmında) gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen *hukukî esaslar gereğince karar vermek* mükellefiyeti meydana gelir. Mahkemenin bozma kararına uyması ile meydana gelen, bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur. Ve buna usulî müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunumuza bu şekildeki usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, temyizcinin bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadiyle kabul edilmiş olması yanında, hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi, Usul Kanununun dayandığı ana esaslardandır ve âmme intizamı ile de ilgilidir. Aynı karara göre, gerçekten, mahkemenin doğru bularak uyduğu veyahut kanun gereğince uymak zorunda olduğu (bkz. HUMK. 429/son fıkra) bozma kararı ile dâva, usul ve kanuna uygun bir çığıra sokulmuş demektir. Diğer kısımlarından sırası gelince tekrar bahsedeceğimiz bu tevhidi içtihat kararının buraya kadar olan kısmı da göstermektedir ki, temyiz mahkemesi yukarıda vazettiğimiz ve cevabının kanunda açık olarak bulunmadığını belirttiğimiz bir takım meselelerin bazıları hakkında bir takım çözüm şekilleri getirmektedir. Fakat bunları yaparken, acaba pek aydınlık ve doğru neticelere varılabiliş midir? İşte bu husus da araştırmamızın konularından biri olacaktır. Bu karar temyizcinin bozma ilâmına uyulmasıyla, artık uyma gereğince karar verme mükellefiyetinin doğacağını haklı olarak belirtmektedir. Aynı esaslar hattâ işin bu safhasında kanuni bir mecburiyet olarak ZPO. § 565/II 'de zikredilmiştir. Fakat uyma gereğince hüküm verilmesi mecburiyetini, kanunumuz ilk safhada kanuni bir mükellefiyet olarak tanzim etmemiş olduğundan, işte iradî uyma halindeki durumun ne olması gerekeceği meselesi tatbikatı meşgul etmiştir. Bu sebeple de bahis konusu edilen karar bu meseleyi (iradî uyma faraziyesini) doğru olarak, tıpkı kanuni uyma hallerindeki faraziyelere uygun ve benzer şekilde çözmüştür. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanuni



uyma mükellefiyetinin bulunduğu hallerde de (HUMK. 429/son fıkra), müteaddit meseleler bakımından sarıh hükümler mevcut bulunmadığındandır ki, iradi uyma faraziyesi esas alınarak bu meseleler için verilen izahların, kanuni uyma hallerinde de câri olacağı açıkça aynı kararın çeşitli yerlerinde ifadesini bulmuştur.

Bu kararda eksik olan hususlardan biri şudur: Acaba uyma halinde uyma gereğince muamele yapılması zorunluluğunu doğuran ilâmın, bazı vasıflara sahip olması gerekir mi? Yoksa her çeşit bozma ilâmına bağlılık var mıdır? Meselâ, her bozma ilâmına Alman hukukunda bağlılık mevcut değildir. Kanunen bağlı olunan bozma ilâmının bazı vasıflara sahip olması gerekmektedir<sup>18</sup>. Şöyle ki, bozma ilâmı bir hukukî mütalâayı ihtiva etmeli ve bu hukukî mütalâa sebebiyle alt mahkemenin hükmünün nakzedilmiş olması gerekir. Bu vasfı olmayan bozma ilâmlarına bağlılık yoktur. Aynı tevhide içtihat kararında açık kalan ve önemli olan diğer bir mesele de bozma ilâmının hangi kısımlarına yani, bütününe mi? Yoksa bazı kısımlarına mı bağlılığın mevcut olacağıdır? Bu mesele de Alman hukukunda 565. paragrafın II. fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Yukarıdan beri temas ettiğimiz tevhide içtihat kararı bir ayırım yapmaksızın bozma ilâmına uyulmasıyla, uyma gereğince tahkikat icrası mecburiyetini usulî müktesep hak fikri ile izah etmek istemektedir. Dedik ki, Alman hukukunda bu hususu açık kanun hükmü sağlamaktadır. Fakat bu açık kanun hükmünün hangi hukukî esasa dayandığı da Alman Temyiz Mahkemesi kararlarında ifade edilmektedir. Bunlara göre, esas olan temyiz mercii'nin bir ihtilâflı iş hakkında bizzat karar verebilmesidir. Fakat bu ihtilâflı iş hakkında bir karar verilebilmesi için vaka mahkemelerinin salâhiyeti içinde olan bazı tahkikata ihtiyaç bulunduğu hallerde, bunlara bizzat girişemeyecek olan temyiz mercii işi bu noktalarda araştırma yapmak üzere alt mahkemeye havale eder. Bu halde artık alt mahkeme bu havalenin sınırları içinde hareket etmek zorundadır. Fakat bu gerekçenin doktrinde tasvip edildiği de ileri sürülemez. Zira bu şekildeki bir telâkki tarzının yeniden açılan usulde yapılacak tahkikatın sınırını çok fazla daralttığı beyan edilmektedir. Bu konuda daha ileride bilgi verilecektir. Tevhidi İctihadın yaptığı gibi, usulî müktesep hak fikrini daha da ileriye götürerek âmme intizamına dayandırmak hayli aşırı olan bir davranıştır.

[18] Rosenberg, § 143, III, 1b, s. 716.

Gerçi bu fikri savunan temyiz mahkememiz, uyma gereğince muamele icrası mecburiyetinin kuvvetini belirtmek bakımından bu kadar ileriye gitmiştir. Fakat görülecektir ki, bazı hallerde bu mecburiyetin çözülebilmesi mümkün olup, bozma ilâmına uyulmasına rağmen bozmaya uymayan yani bozma ilâmındaki düşünceden ayrılan şekilde karar verebilmek mümkündür. Halbuki âmme intizamı fikrine bağlı kalınmış olsaydı, buna asla cevaz verilmemek gerekecekti. Fakat yalnız mahkemenin bağlılığının sertliğini izah bakımından bu kadar ileriye gidebiliriz ve bu halde tevhide içtihadın bunu âmme intizamına dayandırarak izahı haklı görülebilir. Aynı zamanda temyiz mahkememizin bu kararında, bozma ilâmına bağlılığın izahı için verilen gerekçeler de tatminkârdır. Gerçekten esas olarak üst mahkemenin hukuku daha iyi anlayıp tatbik edeceği şüpheden vareste bulunmaktadır. Alt mahkeme, bozma ilâmına uymakla, artık bu anlayış ve tatbik şekline iltifat etmiş olmaktadır. Ve bu suretle alt mahkeme mecburen değil (Alman hukukunda farklı) iradî olarak kendi anlayışını terketmektedir. Aynı tevhide içtihat kararı, temyizcinin bozma ilâmına uyulmasıyla, ona vâki olan bağlılığın hukukî istikrarı da sağlaması bakımından zarurî olduğuna temas etmektedir. Gerçekten, uymadan sonraki safhada dahi alt mahkemeye, bozma ilâmındaki hukukî mütalâadan farklı olan bir mütalâaya dayanarak karar verebilmesi imkânının tanınması, hukuk tatbikatına olan itimadı sarsar. Zira içtihatlarla olan itimat ve binnetice hukukî istikrar, hukuk kaidelelerinin o ihtilâflı iş bakımından aynı kalacak şekilde tatbik edilmesiyle ancak sağlanabilecektir<sup>10</sup>. Zaten bizim hukukumuz sisteminde, hukuk tatbikatına itimadı oldukça sarsabilecek durumlar ihdas edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, alt mahkemenin kararını, o kararda temsil edilmiş olan hukukî düşünceden farklı bir düşünceye dayanarak nakzeden temyiz bozma ilâmına karşı vaka mahkemesine tanınmış olan ısrar hakkı, iki adalet merciinin aynı konuda farklı şekilde düşündüğünü ve hattâ bunda ısrar dahi edilebildiğini göstermesi bakımından hak arayanlarda hukuk tatbikatına olan itimadı zaten sarsıcı mahiyette bulunmaktadır. Bu arada da temyiz dairelerinin prestiji, Hukuk Genel Kurulunun ısrar üzerine temsil ettiği fikir, mahalli mahkemelerin ilâmlarında temsil etmiş oldukları fikirlere uygun bulunuyorsa, önemli şekilde sarsılmaktadır. Zira Hukuk Genel Kurulu dairesinin bozma ilâmı hilâfına, alt mahkemenin kararını doğru bulmaktadır. Alman hukukunda ise, alt mah-

[19] Wiczorek, § 565, C III, b5.

kemenin dairenin bozma kararına karşı hiç bir şekilde ısrar hakkı mevcut olmadığından, daire ile mahalli mahkeme arasındaki bu son şekildeki ayrılık tezahür etmeyecektir. Orada mahalli mahkemenin arzusu hilâfına olarak, bozma ilâmındaki esaslara bağlılık tesis edilmektedir. Bizim sistemimizde mahalli mahkemeye özel dairenin bozma ilâmına karşı ısrar hakkının tanınması, belki onun arzusu hilâfına dairenin bu kararına bağlanması zaruretinin doğuracağı mahzurlara sebebiyet vermemek içindir. Bu yüzden de mahalli mahkemeye de temyiz kararına karşı koyabilmek imkânı tanınmaktadır. Fakat bu, hukuk tabikatına olan güveni sarsma mahzurunu daima ve hem de kanunî hüküm yolu ile kendinde taşıyacaktır.

V — Bu konulardaki düşünceleri kısaca gördükten sonra, artık bozma ilâmının hususiyetleri ve bozma ilâmına bağlılığın derecesi hakkındaki araştırmalara girebiliriz.

1) Bozma ilâmında temyiz mahkemesi çeşitli şekillerde hukuki mütalâa beyan edebilir. Esas itibariyle, mahkemenin önüne taşınmış olan işe, tatbik edilmiş olan veya tatbik edilmesi gereken hukuk normu hakkında, bozma ilâmında verilmiş olan bütün izahatlar, tafsilâtlar, bunların doğru olup olmadığı artık araştırılmaksızın (bizim hukukumuzda uyma halinde) alt mahkemeyi bağlayacaktır<sup>20</sup>. Bundan başka bir maddî hukuk veya usul hukuku normunun zaman veya yer itibariyle mer'iyet çevresi, muteberiyeti ve muhtevası hakkında bozma hükmünde yer alan mütalâalar da alt mahkemeyi bağlar<sup>21</sup>. Hattâ temyiz mahkemesi daha müşahhas bir ameliye olan, maddî vakaların hukukî tavsifine de bozma ilâmında girişmişse, bu subsumtion da alt mahkemeyi bağlar<sup>22</sup>. Bundan başka maddî hukuka, usul hukukuna, müteallik olan veya başka çeşitte olan irade beyanlarının yorumu hakkında bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâalar dahi alt mahkemeyi bağlar<sup>23</sup>. Artık mahalli mahkeme bu irade beyanlarını, bozma ilâmındakinden farklı şekilde yorumlayamaz. Temyiz mahkemesinin resen araştırdığı ve binnetice bizzat karar verdiği, temyiz şartları hakkındaki izahatlar da alt mahkeme bakımından bağlayıcıdır<sup>24</sup>. Meselâ, Temyiz merciinin

[20] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C III.

[21] Rosenberg, § 143, III, 1b.

[22] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C III, b3; RG. 90, 23/25.

[23] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C III, b2.

[24] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C II, b2.

bizzat vaka tesbitlerine giriştiği hallerde (kanuni imkânlar ölçüsünde) bu tesbitler artık alt mahkemeyi bağlayacaktır. Bu bakımdan meselâ, alt mahkeme temyiz merciince kabul edilmiş olan eski hale getirme talebinin haksız olarak tesis edilmiş olduğunu ileri sürerek, temyiz süresi geçtikten sonra meydana getirilen bozma ilâmının kabule şayan olmadığına karar veremeyecektir<sup>25</sup>. Eski hale getirme talebinin kabulü için ileri sürülmesi gereken vak'aları (HUMK. 167) bizzat nazarı itibare alan temyiz mahkemesinin bu vaka tesbitlerine artık karşı konulamamak gerekir. Aynı esaslar, Alman hukukunda ZPO. § 565/III gereğince temyiz mahkemesinin, artık kendi önünde bulunan işin, ihtilâflı olmaktan çıktığı hallerde, bizzat vereceği hüküm hakkında da kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Bizim hukukumuz sisteminde temyiz mahkemesinin tâdilen tasdik kararı verdiği hallerde, bunun alt mahkemeyi alelilâk mı? Yoksa ısrar hakkı mevcut olarak mı bağlayacağı konusunda açık bir hüküm yoktur<sup>27</sup>. Alman hukukunda bozma ilâmında bulunan ve yukarıdan beri izah etmiş olduğumuz hukukî mütalâaların alt mahkemeyi bağlayabilmesi için, bu mütalâaların alt mahkemenin hükmünün nakzedilerek kaldırılmasına doğrudan doğruya veya dolayısıyla müessir olması gerekmektedir<sup>28</sup>. Bozma ilâmında yer alıpta bu mahiyette olmayan diğer kısımlar (bozma ilâmının diğer kısımları) bakımından alt mahkeme için tamamen bir serbesti mevcut bulunacaktır. Bu konuda Alman Temyiz Mahkemesinin prensip mahiyetinde olan bir kararını zikretmek gerekir (RG. 94, 13). Bu karara göre, alt mahkemenin kararının nakzı ile, esas olarak eski usul sanki ihtilâflı olan mesele hakkında hiçbir hüküm verilmemişçesine tekrar açılır. Bozma ile alt mahkemenin kararı kaldırılmış ve ona ayrıca istikamet dahi verilmiştir. Taraflar yeniden açılan bu usulde tekrar o usulün icaplarına uygun olarak yeni iddia ve müdafaa sebepleri ileri sürebileceklerdir. Ve hattâ yeni deliller dahi ikame edebileceklerdir. Alt mahkemenin, vermiş olupta doğru bulunmamış olan ilk kararının temyizi esnasında, ona karşı ileri sürülmüş olupta temyiz mahkemesinin reddetmiş olduğu temyiz itirazları (Revisionsangriffe) hakkında olduğu gibi, hattâ bizzat temyiz mahkemesinin bozma ilâmında, alt mahkemenin kararının

[25] Wleczorek, § 565, C II, b2.

[26] Wleczorek, § 565, C II, b2.

[27] Bkz. Aziz Şenkan, Ad. D., Yıl 1961, Sayı 7-8, s. 764 vd.

[28] Rosenberg, § 143, III, 1b. Karş. Zöllner, § 565, 2.

bozmanın dışında kalan kısımlarında herhangi bir hukukî hatanın mevcut olmadığını ifade etmiş olduğu hallerde dahi, tamamen serbest olarak yeniden karar verebilmek imkânı mevcuttur<sup>2b</sup>. Meselâ, alt

[29] Misâl olarak su Reichsgericht kararındaki hâdise zikredilebilir. Bu Reichsgericht kararının çözdüğü hâdisede (RG. 94. 14 vd.) durum su İdî Dâvacı Landgericht'e verdiği dilekçe ile demiryolunun geçtiği sahaya girerek çiğnenmiş olmasından dolayı maruz kalmış olduğu zarar dolayısıyla ilgili İdare aleyhine dâva açmıştı. Kendisinin oraya içki içmiş olması sebebiyle, şuuru selbedilmiş bir halde girmiş olduğunu, bu bakımdan da kendisinin zararın doğumunda kusuru bulunmadığını ileri sürdü. Landgericht, demiryolu sahasına girişin iradî olmadığı iddiasını çürütülebilir bularak bu bakımdan dâvacıyı kusurlu bularak (demiryoluna girişte), kendisinin çiğlenme tehlikesine ağır ihmali sebebiyle maruz kalmış olduğunu kabul ederek, dâvacının dâvasını reddetti. Dâvacının İstinaf mahkemesine müracaatı üzerine, bu mahkeme, dâvacının ağır kusurunu açıkça göstermiş olan bu durumu, tertaraf etmek için dâvacı tarafından ileri sürülen vakalar hakkında İsbat yükünü dâvacıya tevcih ile, kendisinin demiryoluna girişinde kusuru bulunmadığını inanılabilir kabul ederek ve ayrıca «demiryoluna kasdî olarak ve suuruna sahip bir şekilde girmediğine dair» kendisine yemin de teklif ederek dâvacının bunu dahi eda etmesi üzerine onu kusursuz buldu. Bu kere dâvalı müdafaa olarak mücbir sebebi ileri sürdü. Çünkü, ona göre, dâvacı iradesi dışında demiryoluna girmisti. Bu sebeple, vukubulan kazaya dikkatin gösterilmesi halinde dahi engel olunamayacağını ileri sürdü. İstinaf mahkemesi bu defiyi reddetti. Dâvalının Temyiz Mahkemesine müracaatı üzerine; Temyiz Mahkemesi, İstinaf Mahkemesi kararının dâvacının kusuru olmadığı hakkındaki kısmını hukukî herhangi bir hatadan salim buldu. Fakat dâvalının mücbir sebep müdafaaasının vârit olup olmadığını tâyin bakımından, gösterdiği bazı esasların da araştırılması için hükmü nakzetti. Bu nakz üzerine İstinaf mahkemesi dâvalının mücbir sebep defini daha yakından tetkik etmedi. Fakat önceki Landgericht'in kararına katılarak dâvayı dâvacının kusurundan dolayı reddetti. Aslında ileri sürülen delillere göre dâvacının iradesi dışında demiryoluna girdiği iddiasını vârit görmedi. İstinaf mahkemesinin bu kararna karşı dâvacı tarafından başvuru kanun yolunda su mesele ortaya çıkıyordu. 3 Juli 1916 tarihli Temyiz mahkemesi kararındaki «dâvacının kusuru olmadığını tesbiti hakkındaki İstinaf mahkemesi kararının hukukî hatadan âri olduğu» hakkındaki ibare ve ifadeler İstinaf merciini bağlar mı, bağlamaz mı? Temyiz mahkemesine göre ZPO. § 565/II gereğince, bağlilik ancak, alt mahkeme kararının kaldırılmasına hangi hukukî düşünce temel teşkil etmişse, o noktadır. Bunun yanında kararın kaldırılmasına = bozulmasına müessir olmayan ifadelerin bağlayıcı kuvveti yoktur. Alt mahkeme bu noktalarda sonraki müzakerelerde öyle fiilî vakia tesbitlerine varılabilir ki, bu yeni tesbitler Temyiz mahkemesinin hukukî mütalâası için evvelce mevcut olan fiilî temelleri değiştirebilir. İşte hâdisede de alt mahkeme yeni kararı için, mücbir sebep definin temyiz kararında gösterilen tarzda yeniden araştırılması keyfiyeti ile bağlı sayılır. Zira hükmün nakzını bizzat bu mütalâa tesis ediyor. Fakat dâvacının şahsî kusuru meselesi bakımından alt mahkeme bağlı değildir. Bu kararın dayandığı fiilî unsurlar Temyiz mahkemesinin tetkikatı dışında kalmaktadır. Alt mahkeme onun önceki fiilî zati takdirine de bağlı değildir. Bu bakımdan hattâ, ilk temyiz kararında dâvacının kusuru meselesi temyizce kat'î olarak karara bağlan-

mahkeme iddia edilen bir hususu, ilk kararındaki fiili tesbitlerinde reddetmiş ve bu noktaya matuf temyiz itirazları da reddedilmişse, alt mahkemenin kararı, başka bir sebepten dolayı nakzedilmiş olan hallerde, onun yeniden vereceği hükümde duruma göre, önceden reddetmiş olduğu hususu resen tasvip edebilmesine imkân verilmiştir. İlk hüküm hangi mütalâa ile kaldırılmış ise, ancak buna bağlılık mevcut olup, alt mahkemenin hükmünün kaldırılmasına müessir olmayan ve temyizın bozma ilâmında yer alan başka ifadeler bağlayıcı değildir (s. 14). Bu noktalar hakkında temyizın bozma kararında yer alan mütalâalara rağmen, alt mahkemeye bizzat eski hükmünde yer alan fiili vaka tesbitlerini değiştirebilmek imkânı tanınmaktadır. Böylece ilk hükmün nakzedilmesi ile, artık İstinaf mahkemesi, onun önceki hukukî mütalâasına ve önceki fiili vaka tesbitlerine bağlı sayılmamaktadır<sup>30</sup>. Hattâ onlar temyiz bozma ilâmında doğru bulunmuş olsa bile<sup>31</sup>. O halde yeniden açılan usulde, evvelce ileri sürülmüş olup da reddedilmiş olan temyiz itirazları hakkında dahi bir bağlayıcılık mevcut değildir. Zira reddedilen temyiz itirazları ile objektif dâva malzemesinin herhangi bir kısmı halledilmemiştir. Bu itirazlar bozma dışında kalan hususlar (bir hükmün unsurları = Urteils-elemente) hakkında olsa bile, bu konulardaki temyiz bozma ilâmında yer alan mütalâalar, ki bu mütalâalar tabii, itirazların reddi şeklinde olacaktı, bağlayıcı herhangi bir kuvvete sahip değildir<sup>32</sup>. Bu bakımdan da 565. paragrafın II. fıkrası dışında kalan hallerde, kaldırılmış olan hükmün herhangi bir nisbi kesin hüküm (relative Rechtskraft) kuvveti artık tanınmamaktadır<sup>33</sup>. Bu sebeple yeniden açılan usulün yegâne tahdidini 565. paragrafın II. fıkrası teşkil eder. Fakat bu tahdid dahi, kesin olmayıp sınırlıdır. Bu sebeple de bu tahdidten, kesin bir kaziye tesiri olmayan fakat sınırlı bir kesin kuvveti olan kaziye olarak bahsedilmektedir. Zira, bozma ilâmında yer alan bu hukukî mütalâaya rağmen, bazı durumların gerçekleşmesi halinde, hattâ temyiz lehine sonuç-

mamıştır ki, bu husus hakkında bir bağlayıcılıktan bahsedilsin (s. 17). Kaldırmaya esas teşkil etmeyen bu noktalar bağlayıcılığın dışında kalır. Ve temyizın kusur meselesindeki hukukî mütalâasının fiili temelleri sonraki müzakerede dinlenen şahitler ve deliller ile alt mahkeme tarafından değiştirilmiştir. Buna rağmen hâlâ eski fiili tesbitlere bağlılığın ileri sürülmesi kanuna aykırı olacaktır (bkz. s. 14-15).

[30] Zöllner, § 565, 2.

[31] Zöllner, § 565, 2.

[32] Gaupp-Stein-Jonas, § 565, II, 3.

[33] Gaupp-Stein-Jonas, § 565, II, 3.

lanan şahsın aleyhine dahi, hüküm verilebilecektir<sup>34</sup>. Halbuki bu bağlayıcılık mutlak kazıye teşkil etmiş olsa idi, bu neticeye varılmamak gerekirdi.

2) Temyiz mahkemesi olabilir ki, hükmü daha müşahhas bir ameliyeden yani maddi vakaların hukuki tavsifindeki hatadan dolayı bozmuştur. Bu halde dahi temyiz mahkemesinin tavsifi alt mahkemeyi bağlayacaktır. Fakat acaba bu bağlılık kat'î midir? Yoksa, bu tavsife rağmen tekrar açılan usulde aynı konuda tahkikat yaparak (yeni iddia ve müdafaalar karşısında) farklı olan bir tavsif şekline ulaşılabilecek midir? Alman hukukunda bu mesele doktrin ile bazı Reichsgericht kararları arasında münakaşalıdır. Alman hukukunda bazı mahkeme içtihatlarında savunulan bir fikre göre; gerçi ZPO. § 565/II, sadece, temyiz mahkemesinin bozmaya müessir olan ve bozma ilâmında yer alan hukuki mütalâasına bağlılığı tesis etmektedir. Bunun yanında eğer üst mahkeme muayyen bir hukuki mesele hakkında İstinaf mahkemesinin düşüncesinin aksine olarak kesin şekilde karar vermişse, bu muayyen mesele hakkında müzakere ve tahkikat artık kapanmıştır. Alt mahkeme o muayyen mesele hakkındaki temyiz mahkemesinin hukuki mütalâasını artık ikinci kararına temel olarak almak zorundadır. O, yeni vakalara binaen dahi mevzubahs meselede farklı bir düşünceye varamaz. Aksi halde, yani aynı muayyen mesele hakkında, bozma ilâmında bu mesele temyiz mahkemesince kesin olarak karara bağlanmış olmasına rağmen, alt mahkemenin aynı mesele hakkında yeni iddia ve müdafaâ sebeplerine dayanarak mukabil mütalâalar ileri sürmesine cevaz vermek; evvelce tamamiyle ve kesin olarak halledilmiş olan ihtilâflı noktaların (Streitpunkte) müzakeresinin tahditsiz ve gözün alamıyacağı kadar nisbetsiz olacak şekilde tekrarlanmasını kolaylaştırmış olacaktır. Bu durum ise ZPO. § 565/II ile, bozmadan sonra yeniden açılan usulde İstinaf mahkemesi için çizilmiş olan sınırı yalnız ihlâl etmekle kalmayıp aynı zamanda, genel olarak sıhhatli bir dâva idaresinin gerekleri ile de kabili telif olmayacak ve bu bakımdan da mevcut usulün kabili tahammül olmayacak derecede uzaması, sürüncemede kalması neticesini doğuracaktı. Gerçi ZPO. § 565/II, tekrar açılan usulde bir takım yeni dâva vakalarının usule sokulabilmesi imkânını kapamamaktadır. Fakat görülmekte olan dâvadaki fiili temellerin (vaka tesbitleri) yeniden

[34] Wlczorek, § 565, C III, a.

açılan usulde tekrar müzakere edilebilmesine ne dereceye kadar imkân ve yer bulunduğu sorusuna, münferit hallerde temyiz mahkemesinin bozma hükmü gözönünde tutularak karar verilmelidir. ZPO. § 565/II'ye göre bozma ilâmına bağlılık, onda yer alan yalnız, hukuk normlarına ve hukuk prensiplerine değil, bunların ihtilâflı işe (Sachverhalt) tatbikine dahi şâmindir. Temyiz mahkemesi bozma ilâmında bu müşahhas tatbik bizzat teşebbüs etmişse, bu konudaki netice dahi alt mahkeme için bağlayıcıdır. Meğer ki, alt mahkemede yeni müzakere neticesi işin mahiyeti değişmiş olarak temyiz mahkemesi önüne gelmiş olsun. Temyiz mahkemesi bozma ilâmı ile artık işin halli için ne derecede tahkikat icrasına lüzum olduğunu bildirerek, bunun icrasını alt mahkemeye havale etmiştir. İşte alt mahkeme artık bu havale ile bağlanmış olup, temyiz bozma ilâmında ihtilâflı işin muayyen bazı noktaları hakkında kesin olarak karar verilmişse, artık alt mahkemenin bu konularda yeniden tahkikata girişebilmek imkânı kapanmış olup, artık o, üst mahkemenin bu muayyen meselelerdeki kararını yeni dâva vakalarına binaen dahi şüpheli göremeyecektir<sup>55</sup>.

[35] RG. 90, 23 vd.; 91, 136. Bu sonuncu kararında Reichsgericht'in hallettiği olayda durum şöyle idi. Dâvacı kadın, yaptığı bir seyahatte ruhi bir çöküntüye düşer olmuştu. Bu yüzden kocasının arzusu ile şimdilik, dâvalı olan şehir belediyesinin hastahanesine yatırıldı. Ve hasta, oradaki hastalarla birlikte olduğu bir zamanda binanın ikinci kat penceresinden aşağıya atlamış ve binnetice ağır şekilde yaralanmıştı. Bu sebeple bizzat kadın, mukaveleye binaen ve haksız fiilden dolayı tazminat dâva etti. Landgericht bu iddiayı reddetti. Ve İstinaf mercii de bu kararı tasdik etti. Temyiz üzerine bu üst merci red kararını nakzederek kaldırdı ve dosyayı İstinaf mahkemesine geri gönderdi. Zira Temyiz mahkemesi başhemsirenin bu hâdisenin doğumunda kesin olarak kusurlu olduğunu tesbit etmişti. Acaba bu kusur BGB. § 278'e göre dâvalı belediyeye kaabili izafe midir, yoksa değil midir? mes'elesinin araştırılması için hüküm nakzedilmişti. İstinaf mahkemesi yeniden açılan usulde de eski kararını verdi. Reichsgericht'e göre, ikinci müzakerede İstinaf mahkemesi kusur ve illiyet mes'elesini artık yeni vakalara binaen dahi araştıramazdı (s. 135). Zira yukarıda söylenen esaslar buna mâni idi. İkinci müzakerede alt mahkeme temyiz kararı ile sabit olan noktalarda araştırma yapmayıp bilâkis sabit olan kusurun dâvalıya kaabili izafe olup olmadığı, yani zarar gören ile dâva açılan arasında bir mukavelevi münasebet var mıdır, yoksa yok mudur? Bu mes'elenin araştırılması gerekirdi. Zira ancak bir mukavelevi münasebetin varlığı halinde başhemsirenin kusuru yardımcı şahsın kusuru sebebiyle dâva edilen belediyeye izafe edilebilecekti. Temyiz mahkemesinin ikinci kontrolü de ancak bu konuda yapılmış olan tahkikata inhisar edecektir (s. 136). Evvelce kat'i olarak halledilmiş olan ihtilâflı noktalar hakkında artık yeniden müzakere açılması imkânı kapanmaktadır. Aynı mahiyette tatbikata Temyiz mahkememiz içtihatlarında da rastlanabilmektedir.



Diğer yandan bu konuda Alman hukuk doktrininde olduğu gibi tatbikatında da farklı olan bir başka düşünce hâkim bulunmaktadır. Bu düşünceye göre, temyiz mahkemesi muayyen bir meselede İstinaf mahkemesinin düşüncesinin aksine olarak ve kesin şekilde karar vermiş olsa bile, her karar mahkemeye arzedilen vakıalara dayanacağına göre ve yeni vakıaların da dermeyanı imkânını ancak bir kesin hüküm kapayabileceğinden dolayı yeniden açılan usulde alt mahkeme yeni vakıalara binaen ilk bozma ilâmında temyiz mahkemesinin kesin olarak karar verdiği meselelerde de farklı neticelere varabilecektir. Bu şekilde bir bozmaya rağmen o meselenin yeniden tahkikat konusu yapılabilmesine hiç bir engel yoktur. Bu bakımdan temyiz mahkemesinin muayyen bir meselede kat'i olarak karar tesis ettiği hallerde bu mütalâalara bağlılığın kesin olarak mevcut olacağı fikri asla tasvip edilemez<sup>36</sup>. Ve kaldı ki aksi fikrin savunulması ZPO. § 565/II'deki esaslara da uygun değildir. Zira önceki temyiz mütalâası ihtilâflı işin mahiyetinin hiç bir şekilde değişmemiş olması haline inhisar eder. Halbuki işin yeniden müzakeresinde, aynı iş hakkında bir takım değişiklikler meydana gelmiş bulunmaktadır. Bu durumda dahi alt mahkemenin, yeni durumları dikkate almaksızın hâlâ o muayyen mesele hakkında temyiz bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâaya bağlılığını ileri sürmesi, önceki mütalâanın değişen ihtilâfa tatbikinin zorla kabul ettirilmesi demektir. Halbuki ilk bozma ilâmında yer alan ve bozmayı tevliid eden bu mütalâa yeni şekil almış olan ihtilâflı durumu artık kapsayamamaktadır<sup>37</sup>.

[36] Baumbach-Lauterbach, § 565, 2B; hattâ bkz. Wiczorek, § 565, C III, b3; RG. 94, 14; 129, 225-227.

[37] RG. 129, 226. Alman Temyiz mahkemesinin bu kararı ile çözdüğü hâdisede, dâvalı D'nin işletmesinde çalışan bir işçi, aynı yerde çalışan diğer işçilerle birlikte olarak ağır bir direği bir makaralı palanga kullanmaksızın dikmeğe çalışırken, direğin üzerine düşmesi ile yaralanmıştı. Bu sebeple sendika, D'den işletmenin sahibi olmak bakımından maddî tazminat; B'den de bu işleri idare eden kimse olarak tazminat dâva etti. İstinaf mahkemesi bu dâvayı reddetti. Temyiz talebi üzerine bu merci alt mahkemenin hükmünü kaldırdı ve işin başka türlü müzakeresi ve karara bağlanması için dosyayı tekrar İstinaf mahkemesine gönderdi. Bu halde İstinaf mahkemesi her iki şahsı da mahkûm etti. Dâvalı D'nin Temyize başvurusu bu kere önemli olmayan sebeplerden reddedildi. B'nin Temyiz talebi halinde ise, onun hakkında verilmiş olan hüküm kaldırıldı. Ve dosya tekrar İstinaf mahkemesine geri gönderildi. Gerçi Temyiz mahkemesinin birincel hükmüne göre B, bu iş görülürken gereken emirleri vermemesi ve makaralı palanganın kullanılmasına işaret eden emrin kullanılışı hakkında da gereken bilgiyi yeteri kadar açıklıkta vermemesi

Bu son görüş evvelce de belirttiğimiz gibi, doktrinde ve sonraki tarihli Alman Temyiz Mahkemesi kararlarında tasvibe mazhar olmakta ve aksi düşüncüyü savunan (RG. 90, 23; 91, 137 vd.) temyiz kararlarının ZPO. § 565/II'de, bozma ilâmına olan bağlılık için çizilmiş olan sınırı aşmak suretiyle tekrar açılan usulde tahkikatın alanını tahdit etmek temayülü güttüğü ileri sürülmektedir. Bu sebeple de ZPO. § 565/II hükmünün gaye ve muhtevasının ise, bu yorumu haklı gösteremeyeceğine işaret edilmektedir<sup>\*\*</sup>. Bu suretle alt mahkemeye, bozmanın dışında kalan noktalarda tamamen bir serbesti tanındığı gibi, hattâ temyiz mahkemesinin hükmün bir unsuru olan muayyen bir meselede kesin olarak karar vermiş olduğu ve bu sebeple de temyiz edilen alt mahkeme hükmünü bozduğu hallerde de yeni vaka ve delillere nazaran bundan ayrılabilme imkânı da saklı tutulmaktadır. Böylece yeniden açılan usulde, yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin ileri sürülebilmesini önleyen yeni ve bozma müessesesinin bünyesinden çıkan bir tahdit tesis edilmek istenmemekte, yeni vakalar ve delillerin yeniden açılan usulde de ancak, bu usul için câri olan usul hukuku normlarından bir yasak çıkarılabilen hallerde, ileri sürülebilmesinin önlenebileceği kabul edilmektedir.

VI — Acaba, bozmadan sonraki usul safhası hakkında yukarıda izah ettiğimiz esasları ihtiva eden Alman hukuk sistemine nazaran, bizim usul hukukumuzda varılması gereken neticeler ne olmak gerekir?

Bizim kanunumuz ZPO. § 565/II'deki mânada açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu bakımdan meseleyi temyiz kararlarını

---

sebebiyle işin zarurî kaldığı özeni göstermemiştir. Bu bakımdan da zararın doğumunda kusurlu idi. Fakat işin yeniden müzakeresinde ise onun, bu kusurunu tevliid eden vakıaların çürütülmesi için dâvâh tarafından ileri sürülen mukabil deliller artık İstinaf merciiince dinlenmemiştir. Zira bu mercele göre dâvalının kazaya sebebiyet veren ihmali Temyiz mahkemesi bozma ilâmında açıkça ifade etmiş bulunmakta idi. İşte ZPO. § 565/II'ye göre İstinaf mahkemesi yeni kararında artık bu hukukî mütalâayı vereceği hükmüne temel olarak almak zorundadır (s. 225). Halbuki Temyiz mahkemesi ikinci bozmada bozma ilâmına bağlılığın bu kadar kesin bir seklini tanımamış ve yeni delillere göre temyiz ilk kararındaki hukukî mütalâaya zıd olabilecek olan bir karar verilebileceğini tasrih etmiştir. Yeni müzakerede eski fiilî temeller değişmemiş olarak kaldığı takdirde ki, birinci hükümde yer alan hukukî mütalâaya göre karar verilmek gerekecektir (s. 227. Aksi fikir için bkz. RG. 90, 23; 91, 136).

[38] Bkz. Rosenberg, § 143, III, 1b; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2B.

nazara alarak ve Alman hukuk doktrinini de gözönünde tutarak bazı neticelere bağlamamız gerekecektir. Şurası muhakkaktır ki, ZPO. § 565/II'deki düşünceler bizim hukukumuz bakımından da esastır. Zira bizde de bozmayı tevlid eden hukukî mütalâaya bağlılık tabiidir. Fakat acaba bu asgari mi, yoksa azamî bir bağlayıcılık sınırı mıdır? İşte buna yapacağımız araştırma neticesi ancak cevap verebileceğiz. Evvelce zikrettiğimiz Tevhidi İçtihat Büyük Heyetinin kararı (R. Gazete, sayı 10537) 1 no.lı mütalâasında alt mahkemenin, bozma kararına uyması ile kendisi için artık *o bozma ilâmında gösterilen şekilde* inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukukî esaslar gereğince karar verme mükellefiyetinin doğacağına temas etmektedir. Fakat bu ifade ZPO. § 565/II'dekinden daha geniş bir tahdidi ihtiva etmektedir. Zira bir kere tıpkı ZPO. § 565/II'deki gibi, bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâalardan sadece, alt mahkeme kararının nakzını tevlid eden hukukî mütalâaya değil, aynı zamanda, bozma ilâmında yer alan ve bu tesire sahip olmayan hukukî esaslara da bağlılığı tesis etmektedir. Halbuki Alman hukukunda bozmayı tevlit eden hukukî mütalâa yanında yer alan tali mütalâalar temyiz edilen hükmün nakzını tevlid etmedikleri müddetçe bağlayıcı değildirler (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2B; Rosenberg, § 143, III, 1 b, s. 717). Meselâ, nakzın dışında kalan hususların hukukî hatadan salim olduğu beyan edilmiş olsa bile, temyiz bozma ilâmında yer alan bu tali mütalâaya rağmen alt mahkeme gerek yeni vakıalara, gerekse mevcut vakıaların yeniden ve eski hükümden başka türlü takdiri ile (fiili takdir) farklı neticeye vasıl olabilecektir. Halbuki temyiz bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâaların bağlayıcı kuvveti bakımından Türk hukuk tatbikatında bir tefrik yapılmamıştır. Zaten 429 uncu maddenin son fıkrası Hukuk Genel Kurulunun «kararına ittiba mecburidir» diyerek bir yandan bu kararlara karşı ısrar hakkı bulunmadığını ifade ederken, diğer yandan da bozma ilâmındaki esaslara alelittlak bağlılığı tesis eder bir ifade kullanmaktadır. Bu bakımdan da bozma ilâmında yer alan çeşitli mütalâalar arasında onların bağlayıcılık kuvveti bakımından Alman hukukunun aksine olarak herhangi bir fark gözetilmiş bulunmamaktadır. Bu bakımdan gerek nakzı tevlid eden ve gerekse onun yanında yer alan tali temyiz mütalâalarının alt mahkeme için bağlayıcı bir kuvvete sahip olduğu ileri sürülebilecektir. Ve alt mahkeme uyma ile bu esasları da artık benimsemiş sayılabilir. Bu şekilde düşünmeyi gerekli kılan sebepler de mevcuttur. Zira Alman

hukukundan farklı olarak alt mahkeme, nakz halinde eski kararında hiç bir değişiklik yapmaksızın ısrar edebilmek hakkına sahiptir. Bu suretle meselenin daha üst bir kurulda gözden geçirilebilmesi imkânı mevcuttur. Ayrıca, nakz neticesi, lehine hüküm verilmiş olup da temyize başvurmamış olan taraf bile süresi içinde (HUMK. 438/8) aynı mercie, yani bozmayı ifade eden daireye başvurarak nakz hükmünün hukuk kaidelerine uygun olmadığını ileri sürebilecektir. Bu suretle işin her iki tarafça bir daha gözden geçirilebilmesi imkânı yanında, bu imkânların müsbet sonuç vermemesi halinde mahali mahkemenin ihtilâflı iş hakkındaki eski kararında bizzat ısrar etmesi de mümkündür. Bu ısrar kararı karşısında nakz lehine tecelli etmiş olan taraf Hukuk Genel Kuruluna başvurabilecektir. Böylece artık çeşitli safhalardan geçmiş olan karar hakkında varılan neticelerden ancak bir kısmının (ZPO. § 565/II'deki gibi) bağlayıcı olduğunu kabul etmek dâvaların sonsuza doğru uzaması neticesini doğurabilecektir. Kaldı ki nakz ile alt mahkemenin muayyen mes'elede hatalı hareket ettiği tesbit edilmekte ve diğer konular doğru bulunmaktadır. Bu bakımdan onun eski hükmünde doğru bulunan kısımlarla bağlı olması tabii sayılabilir. Böylece nakz halinde onun hükmünün duruma göre tamamı ortadan kaldırılmış olmamaktadır ki, doğru bulunan kısımlara da bağlılığı ortadan kaldırılmış olsun.

Bu sebeple Alman Usul Kanununun çözüm tarzı, bizim kanun yolları sistemimize pek uygun sayılamaz. Nitekim Alman hukukunda alt mahkeme bozma ilâmındaki hukuki mütaâa ile, ısrar hakkına sahip olmaksızın iradesi hilâfına bağlanmıştır. Bu bakımdan bağlayıcı kısmın daha dar bir çevreye inhisarı zaruridir; halbuki bizim hukuk sistemimizde alt mahkemenin arzusuna bir dereceye kadar önem verilmiştir. O, eski kararındaki mütalâasında ısrar edebilecektir. İsrar neticesi Hukuk Genel Kurulunca da mahalli mahkemenin kararı ve bunun hakkındaki özel dairenin bozma ilâmı, her bakımdan tetkik edilecek ve ikisinden birisi doğru bulunacaktır<sup>38a</sup>. Eğer özel dairenin bozma kararı doğru bulunmuş ise, artık bunun tüm olarak bağlayıcı olduğu düşünülebilecektir. Gerçi yeni bir takım müdafaaların dermeyanı halinde yeni fiili temellerin tesbiti ile farklı bazı neticelere varılabileceği düşünülebilir ise de, bu imkân Alman hukukundaki kadar geniş değildir. Zira Alman hukukunda

[38a] Hukuk Genel Kurulunun salâhiyetinin bundan ibaret olduğu hakkında bkz. HGK. 26.4.1961, E. 8/49, K. 4, İlimi ve Kazaî İçt. Dergisi Sayı 13, s. 984.

müdafaanın değiştirilmesi ve genişletilmesi HUMK. 202/II'nin aksine olarak hemen hemen her zaman için caizdir (ZPO. § 278/I). Bu bakımdan temyiz bozma ilâmındaki temyiz mütalâasının dayandığı fiili tesbitlerin değişmesi imkânı Alman hukukunda oldukça geniş şekilde mümkündür. Bunun yanında şifahi dâva usulünün yazılı dâva usulüne nazaran yeni bir takım vakaların mevcut usule sokulabilmesine verdiği geniş cevaz da, bizim hukukumuzda ZPO. § 565/II'nin sisteminden ayrılmağı gerektirecek kudrettedir. Bizde çoğu zaman temyiz mahkemesine giden dosya muhtevası, ile, nakz neticesi açılan usulde muameleye tâbi tutulan dosya muhtevası arasında çok büyük ayrılıklar ve değişmeler meydana gelebilecektir. Bu yüzden çoğu hallerde yeni müzakere safhasında ihtilâflı olan iş hakkında yeni vakaların tahditsiz ileri sürülememesi, işin ciddi değişikliklere uğramasına engel olacağından dolayı, bozma ilâmına olan bağlılık da daha kuvvetli olacaktır. Kaldı ki, Alman hukukunda da ZPO. § 565/II'nin açık ifadesine rağmen, Alman Temyiz Mahkemesinin (RG. 90, 23 ve 91, 134) deki kararlarında, bazı usuli sebeplerle yeniden açılan usuldeki tahkikatın sınırlı olmasının tesisine çalışılmıştır. Öyle ki, meselâ, bozma ilâmında muayyen bir mesele hakkında kesin karar verilen hallerde, artık bu kararın yeni vakıalara binaen (yeni fiili tesbitler) dahi şüpheli görülebilmesi imkânı kapatılmak istenerek, yeniden açılan usulün tahkikat çevresi daraltılmak istenmiştir. Gerçi bu düşünce tasvip edilmemesine rağmen Alman Temyiz Mahkemesini bu şekilde karar vermeğe sevkeden sebepler boşuna değildir. Bu bakımdan biz bu sebepler yüzünden farklı neticelere varmak imkânına sahip bulunmaktayız. Yeniden açılan usulde tahkikatın hangi çevrede tekrar açılabileceği konusunda öyle ölçüler bulmalıyız ki, bunlar sıhhatli bir dâva idaresinin gerekleri ile kaabili telif olsun; mevcut usulü sürüncemede bırakmasın ve artık, aynı konuda tahkikat ve müzakerelerin hudutsuz şekilde tekrarlanmasını önlesin.

Bu sebeple işi yeniden ele almak gerekir. Bu suretle en kesin şekilde bozma ile daha dar bir çevreye inhisar eden bozma durumlarının karşılıklı olarak tetkiki bizi sıhhatli sonuçlara götürecektir.

VII — İlk merhalede olabilir ki, alt mahkeme, önüne taşınmış olan hâdisede uygulanması gereken hukuk prensibini hiç uygulamamış veya yanlış uygulamıştır. Bu durumda alt mahkemenin hükmü hukuken hatalı bulunmuş ve verilen karar bu sebeple kaldırılmıştır. Bu yüzden uyma neticesi artık, temyiz bozma ilâmında

uygulanması gereken hukuki prensip ve norm hakkında yer alan bütün izahatlar bunların doğru olup olmadığı nazarı itibare alınmaksızın artık bağlayıcıdır. Zira bu hukuki prensip veya norm mevzu bahis hâdiseye uygulanmış olmak gerekirdi. Bu hukuk prensibi genel bir hukuk prensibi veya onun olaya uygulanması gereken bir kısmı olabilir. Yahut da mahkeme tatbik edilecek usule veya maddî hukuka müteallik (geniş mânada) hukuk normunun muhtevası, muteberiyeti veya yer ve zaman itibariyle tatbik çevresinde (mer'iyet sahasında) hata yapmış olup, bozma ilâmı bu konularda malûmat (hukuki bilgi) ihtiva ediyorsa artık bunlar ile alt mahkeme tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi bağlanmıştır. Artık alt mahkeme yeniden vereceği hükmüne, bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâaları esas almak zorundadır. Fakat bu zaruret nisbî olup, işin yeniden müzakeresinde, hâdisenin mahiyetinin değişmesine bağlıdır. Buna, mukavelelerin hiç tatbik edilmemesi veya yanlış tatbik edilmiş olması faraziyesi de dahildir (HUMK. 428/bend I). Bu çeşit bir bozma ilâmı kesin bir bozma şekli olup, işin hemen yeni baştan müzakereye konu teşkil etmesini tevlit edecektir. Bu bakımdan uyma ile bozma ilâmına bağlı olarak ihtilâflı iş her bakımdan yeniden açılan müzakerelerin konusunu teşkil edecektir. Bu bozma şeklinde hemen hemen bozmanın dışında da bir şey kalmamıştır. Çünkü bu şekildeki bir bozma, müşahhas olmaktan ziyade mücerret olup, alt mahkemece tesbit edilmiş vakaların hukukî tavsifine henüz girilmemiştir. Bu bakımdan alt mahkemenin yeni hukukî esaslara göre, eski vaka tesbitlerini değiştirmesi ve aynı vakaları ve aynı delilleri birinci usulde olandan farklı şekilde takdir ile farklı vaka tesbitlerine varması mümkün görülmelidir. Yeni hukukî düşüncelerin ışığı altında yeni vaka tesbitlerine (fiili tesbitlere) girişebilmelidir. Eski vakaları yeni hukukî görüş altında yeniden tesbit ve takdire tâbi tutabilmelidir. Fakat bu arada meselâ ikrarlar hükmünü muhafaza edeceklerdir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 C). Hattâ taraflar dahi yeniden açılan usulde cârî olan normlara göre, yeni vakalar ileri sürerlerse, artık mahkeme eski fiili tesbitlerinde ısrar etmek hakkını kaybeder ve hükmünde bu yeni fiili temellere yer vermek zorundadır. Görülüyor ki bu safhada bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâa dışında mahkemeye oldukça geniş bir serbesti tanımak mahzurlu da olmayacaktır. Zira bozma ilâmı fiili vaka tesbitlerine kadar inerek henüz karar vermiş değildir ki, alt mahkemeyi kendi eski vaka tesbitleriyle bağlayalım. Bu

safhada tekrar açılan usul oldukça az sınırlı olarak cereyan edecektir.

Temyiz mahkemesinin bozma ilâmı bu hukukî mütalâaları ihtiva edipte, alt mahkeme, bozma ilâmındaki esasları gerek doğru bularak uyduğu, gerekse kanun gereğince uymak zorunda kaldığı takdirde, bozma ilâmı ile temyiz mahkemesi yazılı veya yazısız olan hukukun bir prensibini gözden kaçırmış olsa bile, bu durum, temyiz dairesinin bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâasının, mevcut olan hukukî ihtilâfta tarafları, alt mahkemeyi ve bizzat temyiz dairesini bağlaması gerektiği esasında bir değişiklik yapmaz<sup>39</sup>. Tabii bizim hukuk sistemimizde Usul Kanunumuzun 440. maddesinin üçüncü bendine dayanarak tashihi karar yoluna başvurabilmek imkânı saklıdır. Bu yola da gidilmiş ve netice alınamamışsa, artık yukarıdaki esasların aynen uygulanması gerekecektir.

VIII — İkinci safhada ise hâdiseye uygulanması gereken norm mahalli mahkemece doğru bulunmuş ve doğru olarak yorumlanmış ve tatbik çevresi doğru şekilde çizilmiş olmasına rağmen, toplanan ve tesbit edilen dâva vakalarının müşahhas hukukî tavsifi (mücerret değil) (Subsumtion), vakaların hukuk normunun unsurları arasına konulması hatalı yapılmıştır. Bu halde olabilir ki, temyiz bozma ilâmı; ya maddi bakımdan verilecek karar için önemli olan hukuk kaidesini göstererek bilhassa bir vakayı önemli olarak açıklamışsa; artık alt mahkeme ancak bu önemli sayılan vakayı tesbit ile onu temyiz mahkemesince gösterilen hukuk normunun altına koyacaktır. Ya da mahkemenin vaka tesbitlerine göre, bu hukukî tavsife bizzat girişmiş ve hükmü bu bakımdan nakzetmiştir. Meselâ, açılmış olan tazminat dâvasında, alt mahkeme toplanan vakalara nazaran dâvalının kusurunun olmadığı neticesine vardığı halde, temyiz mahkemesi mevcut vakalara göre kusurun varlığı neticesine ulaşmış ve böylece bu muayyen meselede kat'i şekilde cevap vermiş ve mütebaki hususların araştırılarak hüküm verilmesi için işi alt mahkemeye göndermiştir. Acaba bu durumda, temyiz kat'i olarak karar verdiği konularda (Alt mahkemenin düşüncesi hilâfına) yeniden açılan usulde yeniden araştırmaya girişilebilecek midir? Yoksa bu hususun artık kesin olarak halledildiğinden bahisle yeni vakalara binaen dahi değiştirilemeyecek midir? Biz Alman

[39] RG. 58, 289; 74, 220; 76, 191; Gaupp-Stein-Jonas, I 565, II, 2; Baumbach-Lauterbach, I 565, 2A; Wicczorek, § 565, C III, b1.

hukukundaki hâkim düşüncenin hilâfına bu noktaların artık araştırmanın dışında kalması taraftarıyız. Çünkü sarîh olarak bu konularda karar verilmiştir. Ayrıca ihtilâflı işin bu noktaları hakkında yeniden araştırma yapılabilmesi, işin müzakere ve tahkikatının oldukça uzamasını ve sürüncemede kalmasını tevliid edecekti ki, biz bunu kabul etmiyoruz. Kaldı ki, ZPO. § 565/II'ye benzer bir hükümden yoksun olan Usul Kanunumuzda bu düşüncenin savunulabilmesi mümkün olacaktır. Ve mahkeme yeniden açılan usulde, kat'i olarak halledilen konulara müteallik ileri sürülen yeni vakıaları, artık o hususların temyizın kat'i kararına müncer olduğu ve binnetice aksi halin kanunî hükümleri ihlâl edeceği gerekçesi ile reddedecektir<sup>40</sup>. Kaldı ki, bu şekilde bozulmuş olan alt mahkeme kararına karşı girişilen tashihi karar yolu da neticesiz yani bu yola başvuran aleyhine sonuçlanmış veya bu yola başvurmak için kanunen derpiş edilen süre geçirilerek o konular artık kesin bir mahiyet kazanmıştır. Buna rağmen aynı konulara, yeniden açılan usulde tekrar dönülebilmesi imkânı, zaten usulün gecikmesi için gereken müesseseleri ihdas etmiş olan Usul Kanunumuz karşısında tecviz edilmeyecektir<sup>40a</sup>. Nitekim 13.5.1959 t. E. 4/24, K. 4/31 sayılı

[40] Alman Temyiz Mahkemesinin de yukarıda belirttiğimiz gibi, bu mânada kararlarına rastlanmaktadır. Gerçi bu kararlar doktrinde tasvibe mazhar olmakla beraber (bkz. Rosenberg, § 143, III, 1b) bizim Temyiz mahkememizin düşünce tarzına uygun bir yolu takip etmiş olmaları bakımından önemlidirler. Bu temyiz kararlarından birine göre (RG. 90, 23-26), nakz neticesi dosyanın geri gönderilmesi, mevcut ihtilâflı işin hâli için daha tahkikata lüzum bulunduğu hallerde mevzu-bahs olacaktır. Temyiz mahkemesi bir ihtilâflı iş hakkında kat'i karar vermişse, bu karar alt mahkemelerce yani vakıalara dayanarak dahi şüpheli görülemez. Aksi halde yani, Temyiz mahkemesi kararına rağmen, oradaki hukukî mütalâaya karşı olan bir takım mütalâaları dahi alt mahkemeye tanımak, evveliden tamamiyle ve kat'i şekilde halledilmiş olan ihtilâfın müzakeresinin gözün alamıyacağı kadar ve hudutsuz şekilde tekrarlanmasını tevliid edecekti. Bu da ZPO. § 565/II'deki bozma sonrası tahkikatın sınırlarını ihlâl de edecektir. Meselâ, ihtilâfta esasen kusurlu akdın ihlâli bahis mevzuu görülmüş ve hüküm sırf tazminatın yüksekliğini tayin için alt mahkemeye gönderilmişse, artık Temyiz mahkemesi, müzakereleri, sırf tazminatın yüksekliğini tayine matuf olmak üzere tahdid etmiştir. Bu bakımdan dâvanın esasının tekrar müzakere konusu yapılması imkânı kapanmıştır. Çünkü alacağın esası mes'elesi temyiz kararı ile halledilmiştir (RG. 90, 26).

[40a] Temyiz mahkemesinin, çözdüğü bir hâdisede, dâvacı vekili, müvekkiline satılan çuval ve parçaların teslim edilmediğinden bahs ile bedelleri olarak yatırılan bin beş yüz lira ile teminat akcesinin diğer fer'i alacaklarla birlikte hüküm altına alınmasını talep etmişti. Alt mahkeme teslimin bulunmadığından bahs ile dâvacı vekilinin bu talebini tasvip etti. Özel daire ise, bu malların M. Gürcü adlı



Hukuk Umumi Heyeti kararı, mahkemenin, uymuş olduğu bozma kararında gösterilen fiili ve hukuki esaslara bağlı olduğunu belirterek ZPO. §565/II hükmünün, bizim hukuk tatbikatında ne kadar kifayetsiz olduğunu da göstermektedir. Maamafih bazı temyiz kararlarında en kesin şekilde bir bozma üzerine dahi tarafların iddia ve müdafaayı değiştirmeleri ve hasmın da iddianın veya müdafaanın değiştirildiği itirazını ileri sürmemesi halinde, mahkemenin bozma üzerine vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm vermesinin daima mümkün olduğuna temas edilmektedir<sup>41</sup>. Fakat bu gerekçeyi Temyiz Mahkememiz, mahkemenin uyma kararı verip bunu taraflara bildirdikten sonra, onlara ne diyecekleri sorulmaksızın hem uyma kararı ve hem de esas hakkında karar ittihazının yolsuz olduğunu belirtmek için vermiştir (Tat. Y. K., s. 2475-2476; 3.HD. 12.9.1958, E. 4905, K. 4533, Hukuk Postası, Aralık 1958, s. 328). Acaba yüksek mahkeme mutlak ifade tarzı ile yukarıda tartıştığımız şekilde bozma hallerinde de kat'i olarak karar verilmiş olan muayyen mes'ele hakkında da tekrar açılan usulde yeni müdafaascebeplerinin ileri sürülerek, bu konudaki kesin kararın sarsılabilmesini tecviz etmekte midir? Zikredilen kararlarda bu hususa cevap verilmemiştir. Bizce, artık bu gibi özel hallerde tahkikatın seyri (ikinci usuldeki) başka noktalara müteveccih olmalıdır (karş. Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 B). Biz yukarıdaki temyiz karar-

sahsa teslim edildiğini sabit görerek hükmü bu sebeple bozdu ve bu şahsın dâvacının vekili olup olmadığının araştırılması için hükmü nakzederek geriye gönderdi. Bozulan bu hükme karşı ne taşihli karara gidildi ve ne de alt mahkeme bozma ilâmına karşı ısrar etti. Bu bakımdan da artık uyma ile bu hususların kesinleştiği kabul edilmiştir. Şimdi bozma ilâmı uyarınca muamele yapılmak gerekecektir. Bu da şu mes'elenin araştırılmasıdır. Acaba M. Gürcü dâvacının vekili midir? Yoksa değil midir? İşte bu hususta yeni iddia ve müdafaaların durumuna göre karar verilecektir. Kesinleşen hususlara müteallik itirazların ise artık dinlenmemesi gerekir (TTD. 3.2.1959, E. 2812, K. 339, Huk. Postası, Şubat 1959, s. 466-467). Bu karar haklı olarak artık M. Gürcü'ye teslim yapılmış mıdır? Yapılmamış mıdır? mes'elesinin tekrar münakasa edilmesini kapiyorsa da; diğer temyiz mahkemesi tatbikatı gibi, yeni iddia ve müdafaaların dermeyanını bozma sonrası yapılacak tahkikat sınırı içinde tanıyarak, bozma dışında evvelce bir mütalâa (sarih veya zimni) beyan edilen konularda ise asla yeni vakıa ve delillerin ikamesi ile bu hususların yeniden müzakere alanına getirilmesine imkân vermek istememektedir. İşte bu türlü her tatbikat bu son sebeple tecviz edilemeyecektir.

[41] TTD. 21.11.1954, E. 953/6969, K. 8204, Tat. Y. K. 1957, Sayı 95-96, s. 2475-2476. Açıkça Zöller, § 565, 2'de sonradan açılan usulün önceki ile bir birlik teskil ettiğini söyledikten sonra bu usulde de dâva değiştirmenin caiz olduğuna temas etmektedir. Hattâ Gaupp-Stein-Jonas, § 565, II, 1.

larının çözüm şeklini ihtilâfın başka noktalarına münhasır sayıyoruz. Kaldı ki, bozma ile yeniden açılacak usulde, taraflara ne diyecekleri sorulmaksızın esas hakkında hüküm verilebilecek bir durum mevcut olsaydı, temyiz mahkemesi hükmü nakzedecek yerde, bu işe bizzat teşebbüs ederdi (HUMK. 438 fıkra 7). Temyiz mahkemesinin hâdise hakkında bizzat hukukî tavsiflerde (Subsumtion) bulunarak karar verdiği ve fakat başka noktaların araştırılması için bu bakımdan hükmü nakzettiği hallerde, artık özel dairece kesin olarak karar verilen konular, kısımlar hakkında yeni vakıalara binaen dahi, tahkikata girişilebilmesi imkânı kapatılmalıdır. İşin sonuçlandırılmasındaki menfaatler bunu zarurî kılar. Fakat mahalli mahkemenin hükmünün nakzını mucip olmayan bir noktada temyiz mahkemesi, ileri sürülen temyiz itirazlarını reddetmiş ve alt mahkeme hükmünün bu kısma ait hukukî fikri doğru bulunmuşsa biz aynı neticeye varılmaması düşüncesindeyiz. Gerçi artık bu konularda mahkeme bağı ise de yeni vakıalara dayanarak bu tekrar müzakere edilebilmelidir, çünkü nakza müessir olmayan temyiz itirazının reddi, fazla araştırma yapılmaksızın verilmiş olabilir.

VIIIa — Diğer bir faraziyede şudur; acaba bozma ilâmında yer alıp da, bizzat bozmayı tevliid etmeyen tali hukukî mütalâalar, bizim hukukumuzda, mahkeme için bağlayıcı mıdır? Yani bu tali mütalâaların da nisbî bir kesin kuvveti mevcut mudur? Bozma ilâmında yer alan bu tali mütalâalar daha önce izah ettiğimiz faraziyelerin aksine olarak, hükmün nakzına asla müessir olmamaktadırlar. Alman hukukunda buna menfi cevap verildiğini tebarüz ettirmiştik. Temyiz tatbikatına göre, bozmanın dışında, çeşitli şekillerde kalan<sup>42</sup>

[42] Olabilir ki, temyiz edenin bu noktalar hakkındaki temyiz itirazları hattâ alt mahkemenin bu noktalar hakkındaki gerekçelerinden başka gerekçelerle açıkca reddedilmiştir. Yani bunların hukukî bir noksan ile muallel olduğu iddiası vârit görülmemiştir (bkz. Ad. D., Eylül 1959, s. 408 vd' da yayınlanan tev. içt. kararı). Yahut ta temyiz itirazlarına cevap verilmemiştir. Bu da çeşitli şekilde olabilir. Ya bu itirazlar temyiz dairesince naazra hiç alınmamıştır. Yani meskût geçilmiştir. Bu halde dahi bozma ilâmının bağlayıcılığı vardır (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2B). Ya da dosyada bulunan yazılardan bunun bir temyiz sebebi sayılması mümkün olduğu halde, o cihet dairece bozma sebebi sayılmamıştır (bkz. Ad. D., Eylül 1959, s. 408 vd' da yayınlanan tev. içt. kararı). Birinci halde HUMK. 400, bent 1'e göre tashihi karara başvurup bu itirazlar hakkında temyiz dairesinden sarîh karar almak mümkündür. Bu yapılmamışsa artık bozma ilâmının bağlayıcılığı dışında tutulmaması tabiidir. Yani yeniden açılan usulde bu temyiz sebebinin tahkiki imkânı artık kapanmıştır. Ve yahutta bu temyiz itirazları vârit görülmesine rağmen esaslı bir

ihtilâf kısımları, hükmün unsurları (Urteilselemente) artık kesinleşmiş olup bir müktesep hak meydana getirmektedir. Bu sebeple artık bu kısımlar hakkındaki hukuki mütalâalar da alt mahkeme için bağlayıcı olup, o, hattâ eski hükmündeki fiili tesbitleri re'sen değiştirerek yani vakıaları yeniden fiili bakımdan takdir ederek, farklı hukuki neticeye varamıyacaktır. O halde yeniden açılan usulde, kaldırılmış, yani nakzedilmiş olan eski hükmün bazı sıhhatli görülen kısımları artık mahkeme için bağlayıcı olup bu ikinci usulün bir tahdidini teşkil edecektir (R. Gazete, sayı 10537 deki tevhibi içtihad kararının III no.lu mütalâasına bakınız). Meselâ, bir husus temyiz itirazı olarak ileri sürülmüş fakat temyiz mahkemesince reddedilmiş ve hüküm başka noktalardan nakzedilmişse, artık serdedilen itirazın taallük ettiği kısımların dahi alt mahkemeyi kesin olarak bağladığı kabul edilmelidir. Nitekim temyiz mahkemesi bu çözüm şekline, HUMK. nun 7. maddesinin mutlak ifade tarzı sebebiyle vazife mes'elesinde istisna getirirken, eğer temyizde vazife itirazı ileri sürülmüş olup ta reddedilmiş ise artık 7. maddenin mutlak ifadesine rağmen, bozmadan sonra açılan ikinci usulde mahkemece re'sen vazifesizlik kararı verilebilmesi imkânını kapamıştır. (bkz. 4.2.1959, 13/5 sayılı tevhibi içtihad kararı, Ad. D., Eylül 1959, s. 408 vd). Böylece bozma ilâmında yer alıp da bozmaya müessir olmayan tali hukuki mütalâalardan sarih olanları, yani bir husus hakkında kesin çözümü ihtiva edenleriyle zımnî olanları arasında da bağlayıcılık bakımından bir fark tesis edilmiş ve meselâ, vazife mes'elesinde temyiz mahkemesi açıkça karar vermişse zımnî'nin aksine olarak alt mahkemenin re'sen vazifesizlik kararı artık veremeyeceği neticesine varılmıştır. Fakat temyiz mahkemesinin vazife mes'elesi hariç diğer konularda zımnî dahi olsa, bozmanın dışında kalan konularda hep aynı neticelere vardığı tabiidir. Bu sistemi ile temyiz mahkememiz nakza rağmen eski usulden geride, alt mahkemeyi bağlayıcı kuvvette bir şeyin kaldırdığını kabul etmektedir. Ve bu suretle açılan ikinci usulün çevresini daraltmaktadır. Bu

temyiz sebebi olmadığı beyan edilmiş veya bozma dışında kalan alt mahkeme kararının hukuki hatadan salim olduğu açıkça ifade edilmiştir (Rosenberg, § 143, III, 1b), Alman hukukunda bu mütalâaların bozmaya sebebiyet vermediğinden dolayı bağlayıcı vasfı olmadığı kabul edilmektedir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2B; Rosenberg, § 143, III, 1b). Demek oluyor ki, Alman hukukunda bozma ilâmında tali derecede ifade edilen ve fakat alt mahkeme hükmünün kaldırılmasına sebebiyet vermeyen hukuki düşünceler alt mahkemeyi bağlamamaktadır (Schönke-Schröder-Niese, § 88, IV, 3a).

neticeye dâvaların uzamasını önlemek maksadiyle varılmaktadır (4.2.1959 tarihli tevhidî içtihad kararı). Şimdi bu konulardaki tatbikatın çözüm şeklini doktrin yönünden tahlile tâbi tutalım. Fakat şu hususu burada bilhassa belirtmeliyiz ki, gerek bozmaya bağlılığı ve gerekse bozma dışı konuların kesinleşmesini müktesep hak fikri ile izah gayreti içinde bulunan Temyiz mahkememiz, bu prensibin kendisini pek doğru neticelere götürmediğini farketmiş olacak ki, bu yüzden gittikçe artacağa benzeyen şekilde; bu müktesep hak fikrine istisnalar tanımak zorunda kalmıştır. Halbuki, bozma sonrası durum hakkında gerçek prensiplere varılabilmiş olsaydı böyle indî hal şekillerine iltifat edilmeyecekti.

IX — Temyiz Mahkememiz bu konuda (bozmanın dışında kalan) iki hususu birbirinden ayırmaktadır. İlk olarak, olabilir ki bozmanın dışında kalan hususlar (kısımlar) ya müstakil usulî talep haklarıdır. Ya da bir usulî talep hakkında verilmiş olan hüküm, bazı noktalardan nakzı mucip görülmesine rağmen, bazı noktalardan ise, açıkça veya zımnen doğru bulunmuştur. Bilhassa bu ikinci faraziyede bozmanın dışında kalan ihtilâf kısımlarının usulî müktesep hak fikrinden faydalanılarak artık kesinleşmiş olduğu kabul edilmektedir. İhtilâflı olan işde, bazı kısımların sarîh veya zımnî olarak doğru bulunması, yani nakzın dışında kalması çeşitli şekillerde tecelli edebilir. İhtilâfın bu kısımları hakkında da yapılan temyiz itirazları olabilir ki, açıkça reddedilmişlerdir. Veyahut ta, bu itirazlar bozma ilâmında meskût geçilmiştir. Bu son faraziyede cevapsız bırakılan temyiz itirazları hakkında açık bir cevap, tashihi karar yoluna başvurarak alınabilmek imkânı mevcut bulunmaktadır (HUMK. 440, bend 1). İşte bu veya buna benzer sebeplerle ihtilâflı iş hakkında verilmiş olan hükmün bir kısmı doğru bulunarak bozmanın dışında tutulmuş ve nakz neticesi yeniden açılan usulde bu hususlara da ilişkin olan yeni vakalar ileri sürülmemişse, artık mahkeme bu hususlardaki tesbitlere göre, hüküm vermek zorundadır. Mahkeme bizzat bu kısımlara re'sen el sürerek, o hukukî mütalâalara esas teşkil eden fiilî vaka tesbitlerindeki takdirlerini değiştirerek re'sen bu konulardaki mütalâalardan uzaklaşamayacaktır. Fakat taraflar yeni iddia ve müdafaa sebepleri ve deliller ikame ederek bu ihtilâf kısımlarını yeniden tahkikatın mevzuu haline getirebileceklerdir. Zaten bir hükmü nakz için bir veya birden fazla sebep bulan temyiz mahkemesi çoğu zaman diğer temyiz itirazları hakkında derin inceleme yapmaksızın red kararı verir veya o itiraz-

ları görmemezlikten gelir. İşte bu durumlarda yani, bozmanın dışında kalan konularda artık hiç yeni iddia veya müdafaa sebeplerinin ileri sürülemeyeceğini kabul etmek doğru olmaz. Bu bakımdan da açılan ikinci usulde tahkikatın yine tarafların arzusuna göre, uzatılabilmesi ve genişletilebilmesi imkânı sağlanmaktadır. Bu suretle de nakz ile alt mahkemenin eski hükmünün bütün neticeleriyle ortadan kalkmadığı kabul edilmiş olacaktır. Hatalı bulunan kısım nisbetinde ilk hüküm bertaraf edilmiş olmaktadır. Fakat bu kısımların tarafların arzusuna uygun olarak yeniden münakaşa alanına getirilmesi halinde ise, artık alt mahkeme hâlâ eski tesbitleriyle bağlılığını ileri süremeyecek ve duruma göre, yeni vaka tesbitleri karşısında, bozmanın dışında kalmış olan kısımlar hakkında da eski hükümden ayrılabilir şekilde hüküm verebilecektir. Böylece bir yandan tarafların arzuları dışında dâvanın uzaması imkânı bertaraf edildiği gibi, diğer yandan da taraflara nakzdan sonraki safhada da yine geniş hareket sahası tanınmış olmaktadır. Alman hukukundan şu noktada ayrılıyoruz. O hukuk çevresinde, nakzın dışında kalan hususlar hâkimi takyit etmediği halde, bizim hukukumuzda prensip olarak hâkimi tıpkı bozmada yer alan mütalâalar gibi bağlamaktadır. Bu bakımdan bozma ilâmında yer alan tali hukukî mütalâalara dahi Türk hukukunda tatbikatın da belirttiği gibi, bağlılık mevcuttur (bkz. Rosenberg, § 143, III, 1 b). Zira temyizün bozma ilâmındaki sırf bozmayı tevlid eden hukukî mütalâaya bağlılığı tesis eden bir hüküm (ZPO. § 565/II gibi) Türk hukukunda mevcut değildir. Fakat yeni vakıaların dermeyanı ile, bu noktalardaki temyiz dairelerinin hukukî mütalâasının fiili temelini değiştirilmesi ve binnetice eski fiili temele dayanan temyizün tali mütalâasının izale edilebilmesi mümkün olmalıdır. Zira yeni iddia ve müdafaa sebepleri veya yeni deliller yeni bir takım fiili temeller olup artık hükme bunların hukukî takdir ve mülâhazası esas olacaktır. Fakat mahkeme re'sen bu müktesep durumu bertaraf edemeyecektir. Zira, tarafların temyiz isteği ile yalnız onların ileri sürdüğü temyiz itirazları değil, bilâkis hükmün bütün kısımları hukukî bakımdan kontrole tâbi tutulmuş ve bozma dışındaki hususlar hukuken doğru bulunduğundan nakzedilmemişlerdir. Temyiz mahkemesine ikinci defa gelen dosya, ilk nakzın dışında kalan noktalar bakımından açılmış olan yeni usulde hiç bir değişikliğe uğramamış ise, daire dahi bu hususlarda, ilk kararındaki tali hukukî mütalâalarla artık bağlıdır. Bu bakımdan da uyma gereğince araştırma yapıp hüküm verilen hallerde bu hükmü temyiz edenin, evvelce bozma dışında kalarak nisbî bir kesinliğe

kavuşmuş olan kısımlar hakkındaki temyiz itirazları da artık nazarı itibare alınmayacaktır (5.HD. 30.11.1950, E. 593, K. 1554, Ad. D. 1951, s. 1347-1348). Bozmanın dışında kalan hususlarda Alman hukunun aksine olarak alt mahkeme bağlı ise de yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin dermeyanı ile bağlılığın izalesi mümkündür. Mahkemenin bozmanın dışında olan hususlar hakkındaki temyiz mütalâalarıyla da bağlı kalmasını haklı gösteren diğer bir sebep de şu olabilir. Bu konularda bizzat mahkemenin nakzedilen hükümde temsil ettiği hukukî mütalâalar doğru bulunmuştur. O halde o, tek taraflı olarak bu konulardaki hukukî mütalâasından vazgeçmemelidir. Zaten eski hüküm nakız çerçevesinde kaldırılmıştır (bkz. ZPO. § 564/I).

X — Fakat eğer bozmanın dışında kalan konu müstakil bir talep hakkına taallük ediyorsa aynı esaslar mı uygulanacaktır? Olabilir ki, dâvacı müteaddit talep haklarını bir arada dâva etmiş olup da (objektive Klagenhäufung), verilen hüküm bu talep haklarından biri veya bir kısmı hakkında doğru bulunmayarak nakzedilmiş fakat diğer bazıları hakkındaki temyiz itirazları reddedilmişse, yeniden açılacak olan usulde ilk hükmün temas edilmemiş olan bu kısımları hakkında da yeni araştırmalara, yeni vakıalar veya isbat vasıtaları karşısında girişilebilecek midir? Yoksa bu kısımların artık, kesin olarak halledilmiş olduğu kabul edilebilecek midir? Temyiz mahkememizin tatbikatı incelenirse şu durum müşahade edilir. Bir hükümde karara bağlanan müteaddit müstakil talep haklarının konusu olan alt mahkeme kararı, çeşitli sebeplerle aleyhine hüküm verilmiş olan tarafından temyiz edilmişse, temyiz mahkemesi bazı talep hakları ile ilgili olarak verilen hükmü doğru bularak, bunlar hakkındaki temyiz itirazlarını reddetmişse; temyiz edenin tashihi karar istemek hakkı bâki kalarak hükmün doğru bulunduğu kısımlarını diğerlerinden tefrik ederek açıkça tasdik edebilir. Ve bu şekilde hareket ederek hükümde yer alan müteaddit talep hakkından bir kısmı hakkında verilen hükmü doğru bularak tasdik etmiş ve diğer kısımlar hakkındaki hükmü nakzetmişse, artık yeniden açılacak olan usulde sırf nakza konu olan talep hakları müzakerenin ve tahkikatın konusu olacaklardır. Diğer talep hakları ise artık kesin olarak halledilmiştir. Ve bunlar müstakilen bir kaziyeyi mahkemenin (mutlak mânada) unsurlarına da sahip olduklarından artık, tekrar açılan usulde ileri sürülen yeni vaka ve delillere nazaran sarsılamıyacakları gibi, hiç bir suretle ortadan kaldı-

rilamiyacaktırlardır. Kaldı ki zaten kesin bir hükmün doğmuş olması yeni vakaların dermeyanı imkânının artık kapanmasını tevhit edecektir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 B). Nitekim temyiz mahkememiz de bozmadan sonra açılan usulde, evvelce tasdiğe iktiran etmiş olan kısımlar hakkında yeniden araştırma yapılarak hüküm verilebilmesi imkânını kapamıştır (6.HD. 26.10.1956, E. 8468, K. 5871, Son İct. 1 Haz. 1957, s. 3154-3155). Aynı şekilde temyiz edilmiş olupta, tasdik edilmiş olan kısım hakkında, temyiz eden taraf tashihi karar süresinin geçirilmesinden sonra bu kanun yoluna başvurmuş ve sürenin geçmesine rağmen temyiz edenin bu talebi özel dairece kabul edilerek hüküm, tashihi karar sebeplerinin doğru bulunmasından dolayı bozulmuşsa, ve bozma kararına karşı alt mahkeme ısrar etmişse Hukuk Genel Kuruluna gelen bu hükmü, mevzuubahs kurul sadece tashihi karar sebepleri bakımından değil, aynı zamanda tashihi kararın süresi içinde yapılıp yapılmadığını da bizzat araştırabilecektir. Bu meseleyi çözen Hukuk Genel Kurulu kararına göre; bozmaya müntehi olan karar tashihi karar müddetinin geçmesinden sonra verilmiştir. Bunun müddetin geçmesinden sonra verilmesi kesinleşmiş kısımların yani muhkem kaziyenin (şekli bakımından kesin hüküm) değiştirilmesine müncer olmuştur ki, buna hiç bir merci yetkili değildir (HGK. 14.10.1953, E. 4/92, K. 106, Ömerbaş-Çetintaş, 1953-1955, s. 299-301). Bununla beraber çok hatalı olarak, 9.5.1960 tarihli Tevhidi İctihat Büyük Heyeti kararı, III no.lı mütalâasında, bazı konuların, Temyiz Dairesinin bozma kararının şumulü dışında kalarak kesinleşmesi halinde dahi, aynı kararda ileri sürülen gerekçeler sebebiyle sonradan çıkan içtihatı birleştirme kararı ile kabul edilen hukukî esasların, bu şekil kesin durumlarda da tatbikinin ileri sürülebileceğine karar vermiştir (R. Gazete, sayı 10537, mütalâa III). Bu suretle bir üst kurulun kesinleşen bir durumu bozabilmesine cevaz tanınmıştır. Halbuki buna imkân tanınması vahim neticeler tevhit edeceği gibi, hukukun ana prensiplerine de aykırıdır. Bu kararın III no.lı mütalâasının bozma dışında kalan konularda hiç bir tefrik yapmaksızın aleliltlak ifade olunması, bozmanın dışında kalan kısmın müstakil bir muhkem kaziyeye tevhit etmesinin dahi önemli olmadığını gösterir mahiyette ise de; biz, bu mütalâanın derpiş ettiği faraziyenin, hiç olmazsa, bozma dışında kalan fakat muhkem kaziyenin unsurlarına sahip olmadığından dolayı kesin bir kaziyeye teşkil etmeyen hüküm kısımları hakkında (meselâ bir talep hakkının bazı unsurları hakkında alt mahkemece varılan neticeler doğru bulunarak, bozma

dışında tutulmuşsa) câri olacak şekilde yorumlanması taraftarıyız. Fakat bize göre, sonradan çıkan içtihadı birleştirme kararının mevcut dâvaya bu safhadan sonra dahi hiç bir tesirinin bulunmadığı ifade olunmalıydı.

İkinci faraziyede ise bozmanın dışında kalan noktalar yine bir kesin hükmün unsurlarına sahip olmalarına ve bu kısımlar doğru bulunmalarına rağmen temyiz mahkemesi bu talep hakları için açıkça bir tasdik kararı vermez. Fakat aynı hükmü diğer talep hakları bakımından doğru bulmayarak nakzederse, acaba zımnen bozma dışında kalan bu konular bakımından da yeni usulde ileri sürülen yeni dâva malzemelerine göre araştırmalar yapılabilecek midir? Temyiz mahkemesinin tatbikatında yeniden açılan usulde artık tahkikatın sınırı daraltılmakta ve bu suretle zımnen kesin olarak halledilmiş olan konularda da yeniden tahkikat icrasına artık cevaz verilmemektedir (TTD. 28.2.1958, E. 958/542, K. 558, Tat. Y. K., sayı 107-108, s. 2764-2765). Zira bu kısım artık taraflar için kesinleşmiş bulunmaktadır. Fakat temyiz mahkememize göre bozma ilâmı ile, alt mahkemenin hükmünün hukuken doğru bulunan kısmı doğru bulunmayan kısımlarından açıkça tefrik edilmiş olmayan bu hallerde, doğru bulunan kısmın müstakilen icra edilebilmesine imkân bulunmadığından, bozmadan sonra bozma gereğince tahkikat yapılarak verilecek ikinci hükümde de yine, zımnen bozma dışında kalarak kesin hal alan kısımlara temas edilmelidir. Bu kısımların ikinci hükümde meskût bırakılmış olması, bu kısımlar lehine olan şahsın temyiz isteği halinde hükmün tekrar nakzını mucip olacaktır (Tat. Y. K., sayı 107-108, s. 2764-2765). Bundan da anlaşılıyor ki, doğru bulunan kısım, doğru bulunmayandan tefrik edilerek tasdik edilmişse bu kısım dâvanın diğer kısmı sonuçlanmadan da icraya konu teşkil edebilecektir. Çünkü talepler arasında bir illiyet mevcut değildir. Fakat bu bağın mevcut olduğu hallerde tabii ki, durum farklı olmak gerekir. Görülüyor ki temyiz mahkememiz, alt mahkemenin kararının şimdiye kadar hiç el sürülmemiş olan kısmı hakkında ikinci usulde yeniden o noktalara rücu edilerek bunların tahkikat konusu yapılabilmeleri imkânını (yeni neticeî talepler, yeni vakıalar ve deliller karşısında) Alman hukukunun aksine olarak (bkz. Wiczorek, § 565, C II, a 1) kapamak istemekte ve böylece bozma üzerine yeniden açılan usulün sınırlı olmasına temayül göstermektedir.

Bundan başka ZPO. § 565/II'nin açık hükmü karşısında Alman hukuk doktrininde eğer temyiz mahkemesi bozma



ilâmında işin müzakere ve tahkikatının mütebaki seyri hakkında bazı hareket tarzı veya istikametler vermiş bulunsa bile, tahkikat sırasında bunların takip edilmemesinin hiç bir müeyyidesi olmadığı belirtilmekte ve bu mütalâalara bağlılık kabul edilmemektedir<sup>43</sup>. Bu durumlarda dahi vaka mahkemesinin işi her bakımdan yeniden tahkike tâbi tutmasına imkân verilmektedir. Zira bu şekildedeki bozma ilâmının bağlayıcı kuvvete sahip olan temyiz bozma ilâmında bulunması gereken vasıflardan eksik olduğu (ZPO. § 565/II deki) mülâhaza edilmektedir (Wieczorek, § 565, C III, b 3). Halbuki bizde temyiz mahkemesi yalnız hukukî esaslar değil fiili esaslar bakımından da iş hakkında mütalâa beyan etmişse bunlara bağlılık kabul edilmektedir (bkz. R. Gazete, sayı 10537 de zikredilen Hukuk Genel Kurulu kararı). O bakımdan tahkikatın bozma ilâmında gösterilen istikametten (hiç olmazsa o muayyen mes'elenin araştırılmasında) farklı bir istikamette araştırma yapılması caiz görülmemekte (bkz. TD. 15.12.1949, E. 5375, K. 5297, Atasayan, s. 562) ve aksi halin, bozma kararına aykırı sayılması fikri hâkim bulunmaktadır<sup>44</sup>. Kaldı ki, ihtilâfı bir an önce sonuçlandırmaktaki menfaatler de alt mahkemece re'sen bozma ilâmının gösterdiği istikamet dışına artık taşılmasını gerekli kılacaktır.

XI — Bizim hukukumuzda ZPO. § 565/II 'ye benzer bir hüküm mevcut olmadığından Alman hukukunda sırf mütebaki tahkikat istikametinin seyrini gösteren bir bozma ilâmı kanununun bu hükmü karşısında bağlayıcı olan bir temyiz ilâmı vasfına (Revisionsurteil)

[43] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wieczorek, § 565, C III, c3; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2A.

[44] Dâvaci vekili, sigorta poliçesinde yapılan tahrifat dolayısıyla müvekkil şirket tarafından dâvalılara ödenmiş olan 53.200 liranın iadesini mutazammın talepte bulunmuştur. Mahkeme dâvalıların ileri sürdüğü müruruzaman defini nazara alarak dâvayı reddetmişti. Temyiz mahkemesi, bozma kararında soruşturmanın 22.5.1947 tarihinde ikmal edildiği dosyada mevcut fezlekeden anlaşılmıştır. Zarar ve failerin bu fezleke ile tesbit olunduğu ve dâvaci vekilinin mezkûr fezlekenin Ziraat Bankasının 16.9.1947 tarihli ve 59 no.lu mektubuyla şirkete tevdi olunduğunu iddia ettiği halde bu hususta gerekli inceleme yapılmadığı işaret edilmiştir. Mahkeme bozma kararına uymuştur. Nakz dairesinde tahkikat yapılması gerekli iken dâvalıların; zarar ve failine fezleke tarihinden evvel ittıla kesbeylediği yolundaki iddiaları hakkında şahit istima edilerek ve bu iddianın sübut bulduğundan bahsile müruruzaman noktasından dâvanın reddine karar verilmiş olması bozma kararına aykırıdır (TTD. 28.1.1958, E. 957/3630, K. 958/234, Tat. Y. K. 1958, Sayı 106, s. 2719-2720; ayrıca bkz. TTD. 3.2.1959, E. 2812, K. 339, Hukuk Post. Subat 1959, s. 466-467).

sahip değildir (Wieczorek, § 565, C III, c 3). Halbuki Usul Kanunumuz, alt mahkemeyi bağlayıcı kuvvette olan bir bozma ilâmının muayyen bazı vasıfları ihtiva etmesini şart kılmamıştır. Ve Alman hukukunda gerçi bu vasıfları ihtiva etmeyen bozma ilâmları da verilebilecektir ama, bunlara bağlılık zorunluluğu mevcut olmayacaktır. Bizim hukukumuzda ise tahkikatın seyri hakkında istikamet veren bozma ilâmları olduğu kadar bozma ilâmında yer alan tali mütalâalara dahi vaka mahkemelerinin bağlılığı mevcut olacaktır. Hattâ bozma maddi esaslara istinat etmiş olsa bile bu bozma ilâmı bağlayıcı kuvvete sahip olacaktır (HGK. 6.3.1957, E. T/8, K. 32, Kazai İct. 1957, sayı 7, s. 672). Kaldı ki 429. maddenin son fıkrasındaki «Heyeti Umumiyeden sadır olan karara ittiba mecburidir» hükmü ile ZPO. § 565/II'deki, «alt mahkemenin (istinaf mahkemesi) hükmünün kaldırılmasına (nakz neticesi) esas teşkil eden temyiz mahkemesinin hukuki mütalâasını, İstinaf mahkemesi dahi onun kararına esas almak mecburiyetindedir» şeklindeki hüküm arasında çok büyük farkların bulunacağı gayet tabiidir. Bu bakımdan diğer bazı sebeplerle de (tashihi karar yolu; ısrar hakkı) artık bozma ilâmına tam bir bağlılık mevcut olmalıdır. Mahkeme temyiz mahkemesinin bozma ilâmına gerek sarahaten ve gerekse fiilen (5.HD. 10.11.1952, 7148/3858, Tat. Y.K. 15 Şubat 1953, s. 1164-1165) uyma ile artık onun, önceki hükmünde ileri sürdüğü maddi veya hukuki esaslardan feragat etmiştir. Onun önceki mütalâasına bağlılığı artık zail olur (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 A). Zira o Türk hukuk sisteminde ısrar hakkına işin tekrar esasına girmeden önce sahip idi. Bu bakımdan uyma gereğince işlem yapılarak karar verilecek yerde, evvelki hükümde işin mahiyetinde hiç bir değişiklik olmamasına rağmen ısrar kararı vermesi bu hükmün Hukuk Genel Kurulunca nakzını mucip olur. Zira artık uyma gereğince muamele icrası zarurîdir (HGK. 17.1.1953, E. 3/135-4, K. 1, İct. Kül. 1953, C. I, No. 554). Fakat alt mahkeme, onun bazı tesbitleri, noksan vaka dermeyanı veya delil kifayetsizliği ile kaldırılmışsa, bunların ikinci defaki müzakerede telâfisi ile birinci hükümdeki aynı fiili tesbit ve neticelere varabilir ve bu eski kararında ısrarı ifade etmez (bkz. Wieczorek, § 565, C II, b 1; Rosenberg, § 143, III, 1b).

Nitekim temyiz mahkememize göre, bozmaya uyulduktan sonra, işin esasına girilip kısmen ısrara dair karar verilmişse hükmün temyizen tetkiki HGK. 'a değil, hususî daireye aittir (HGK. 18.4.1951, E. 4/107-51, K. 29, Tat. Y.K., sayı 32, s. 839). Kısaca denilebilir ki, bozma ilâmının gösterdiği çevrede yapılan tahkikat

ve müzakere neticesinde mahkeme eski fiili ve hukuki neticeye tekrar vasıl olabilir. İşte bu durumlarda nakzedilmiş hükümde ısrar değil, yeni bir karar verilmiş olduğundan bu ikinci hükmün de temyizi halinde işin özel dairece incelenmesi gerekecektir (HGK. 11.6. 1952, 100/102, Son İçt. 1 Ocak 1953, s. 1461-1462). Yoksa Hukuk Genel Kurulunca değil. Bilhassa eski hükmün çözüm tarzına, evvelki hükümde mevcut olan eksik tahkikatın tamamlanması halinde vasıl olunabilecektir (Wieczorek, § 565, C II, b 1 ve c).

XII — Hükmün nakzı ile temyiz usulünden (Revisionsinstanz) (HUMK. 438) tekrar vaka usulüne (Tatsacheninstanz) geçilir. Bunun tabii neticesi de şudur ki, açılan yeni usulün icapları uyarınca, yeni iddiaların ileri sürülebilmesi caiz olduğu gibi, yani yeni netice taleplerin; ve hattâ yeni iddia ve müdafaa sebepleri de ileri sürülebilecektir<sup>45</sup>. Halbuki iddia veya müdafaaanın genişletilmesini veya değiştirmesini ifade eden bu imkânlarla temyiz usulünde cevaz yoktur (bkz. Baumbach-Lauterbach, § 561, 2C). Bu durumlarda uyma gereğince doğmuş olan bağılıktan bahsetmek tecviz olunamaz. Zira uyma gereğince doğan duruma mahkemenin ve özel dairenin bağıllığı temyiz tatbikatında istikrarı sağlamak ve bu tatbikata olan umumî güveni zedelememek idi. Halbuki bu faraziyede taraflar karşılıklı olarak yeni iddia ve müdafaaların usule sokulabilmesine cevaz verdiklerine göre (HUMK. 185/bend II, HUMK. 202/II), hâlâ bu şahıslar indinde, mahkeme içtihatlarının otoritesini sarsmamaktan bahsedilemeyecektir. Zira, eski temyiz mütalâasından ayrılmağı gerektiren şartları bizzat kendileri hazırlamışlardır. O halde işin hiç değişmeksizin kalması halinde mahkeme ve özel daire bozma ilâmındaki esaslara bağlı ise de; işin değişmesi halinde bu esaslara olan bağıllık konusuz hale gelir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2C). Temyiz mahkememizin bu bakımdan uymadan sonraki safhayı âmme intizamı ile alâkalı bir müktesep hak fikri ile izah etmesi (R. Gazete sayı 10537, I. mütalâa) tecviz edilemez. Zira bu durumun âmme intizamı ile alâkalı görülmesi tarafların dahi uyma sonrası doğan durumu bertaraf edebilmeleri imkânını kapamak olur ki, usul hukuku doktrininde bozma ilâmına bağıllığın bu derecedeki kuvveti tanınmamaktadır (Wieczorek, § 565, C III, c altında verilen izahat). Alman hukukunda hattâ daha ileri gidilerek dâva malzemesi deyiş-

[45] Rosenberg, § 143, III, 1b; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2C; Wieczorek, § 565, C II, a ve b altındaki şıklar.

memiş olarak kalmasına rağmen yani, aynı dâva vakaları ve aynı delillere rağmen alt mahkemenin bunları birinci hükmündekinden başka türlü fiili takdirlere tâbi tutabilmesine de cevaz verilmektedir (Wieczorek, § 565, C II, b 1). Biz bu kadar ileri gitmemekle beraber, alt mahkemenin meselâ, yeni vaka tesbitleri, yeni netice talepler karşısında yeni bir karar vermek mecburiyeti mevcut olan hallerde temyiz mahkemesinin dahi onun önceki bozma ilâmında temsil ettiği hukuki mütalâaya olan bağlılığından artık kurtulduğu düşüncesindeyiz (Wieczorek, § 565, C III, d 3). Yeni vakalar karşısında alt mahkeme artık bu yeni vakalardan yeni hukuki neticeler çıkarmak zorundadır. Yeni vakalarla temyiz mahkemesinin hukuki mütalâasının dayandığı fiili temeller de değiştirilebilecek ise de (Wieczorek, § 565, C II, b), bizce bu kayıtlı olmak ve eğer temyiz mahkemesi muayyen bir meselede kat'i olarak karar vermişse artık Alman hukuk doktrininin aksine olarak, bu kararın dayandığı fiili temellerin ne mahkemece ve ne de taraflarca değiştirilmesi imkânı bulunmamak gerekir. Bu durum dâvaların sürüncemede kalmasını önleyici olması bakımından zaruridir. Mücerret, kanunun hiç tatbik edilmemesi veya yanlış tatbik edilmesi faraziyesinde, dâva malzemesinin her noktası hakkında ve hiç bir kayıda bağlı olmaksızın yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin dermeyanına imkân verilmesi işin sonuçlanmasını geciktirmez. Zira zaten, bozma ile ihtilâflı işe dâva vakaları bakımından müşahhas olarak eğilinmemiş ve mahkemenin fiili vaka tesbitleri hakkında hususi olarak mütalâa yürütülmemiştir. Halbuki alt mahkemece hukuk normu doğru bulunmuş ve doğru yorumlanmış olmasına rağmen vakaların hukuki tavsifinde yanılma mevcut ise, artık ihtilâflı iş hakkında oldukça uzun bir mesafe katedilmiş demektir. Bu sebeple, mevcut iş hakkında yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin dermeyanı imkânını bazı hallere inhisar ettirerek, bazı durumların artık yeniden açılan usulde yeniden tahkikat konusu yapılabilmesi imkânı kapalı olmalıdır. İş hakkında bu kadar ileri safhalarda da her bakımdan serbest olan bir usulün açılmasının kabul edilmesi oldukça büyük mahzurlar tevhit edecektir. Bu sebeple biz, şu ayrımlara göre meseleyi kazuistik olarak halletmek temayülündeyiz. Esas kaide şudur ki, mahalli mahkemenin verdiği hüküm temyiz dairesince tasdik edilmişse (tashihi karardan da geçmiş) artık yeniden doğan veya evvelce doğmuş olup ta ileri sürülmemiş olan dâva vakalarına dayanarak dahi kesin hükmün bozulabilmesi mümkün değildir. Aynı esaslar müteaddit talep haklarının dâvaya konu teşkil edipte, bu taleplerden bir kısmı hakkında verilen kararın

temyiz mahkemesinin sarahaten veya zımnen tasdikine mazhar olup ta, diğer talep hakları bakımından esasa veya usule ait bir sebepten dolayı hüküm nakzolunursa, tekrar açılacak usulün konusunu ancak hakkında bozma vâki olan talep teşkil edecektir. Diğer konular kesinleşmiş sayılacaktır. Ve bu suretle yeniden açılan usulün sınırı oldukça daraltılmıştır. Fakat dâvanın konusu tek bir talep hakkı olup ta, nakz ile, temyiz mahkemesi alt mahkemenin düşüncesi hilâfına muayyen bir meselede kesin olarak karar vermişse artık bu mesele hem taraflar ve hem de alt mahkeme için bağlayıcı olmalıdır. Ve yeniden açılan usulde ihtilâflı işin bu kısmına artık ne sebeple olursa olsun avdet edilememek gerekir. Biz bu konuda Alman temyiz mahkemesinin bazı kararlarının çözüm şekline katılırken, doktrinin hâl tarzından ayrılıyoruz. İş hangi esaslarla bozulmuşsa artık mahkeme o konuda araştırma yapacaktır. Fakat bozmanın dışında kalan hususlar da gerçi mahkemeyi bağlamasına rağmen, taraflar bu kısımlar hakkında tıpkı bozmanın içinde kalan kısımlar hakkında olduğu gibi, yeni iddia ve müdafaalara girişebileceklerdir. Bu kısımlara müteveccih temyiz itirazlarının reddedilmesi veya bu kısımların hukuken hatalı olmadığı şeklindeki talî mütalâalar Alman hukukunun aksine olarak alt mahkemeyi bağlayacak ise de; bu bağlılık yeni vakalara binaen tarafların bu konuları tekrar müzakere mevzuu yaptırabilmelerine engel olmayacaktır. Fakat alt mahkeme buna bizzat başvuramayacaktır. Meselâ, Alman temyiz mahkemesi bir kararında, ihtilâflı işin hukukî tavsifine girişerek (Subsumtion) alt mahkemenin kararı hilâfına, dâvacının maddî tazminat dâvasında dâvalıyı kusurlu bulmuştu. Alt mahkeme temyiz mahkemesinin bozma ilâmındaki bu tesbiti ile bağlı olarak açılan yeni usulde, yeni durumlar karşısında haklı olarak illiyet bağıını araştırmış ve bunun eksik olmasından dolayı dâvayı reddetmiştir (RG. 123, 29). Fakat diğer bir kararında bu yüksek mahkeme, istinaf mahkemesinin kararını, hâdisedeki hizmet akdinin feshi ihbarı için ilgili merciin (Hauptfürsorgestelle) muvafakatine ihtiyaç olduğu mülâhazasıyla nakzetti. Böylece ZPO. § 565/II ye göre, temyiz mahkemesinin bu hukukî mütalâası ile mahallî mahkeme bağlanmış idi. Fakat temyiz mahkemesine göre, bozma ilâmı ile ilk istinaf mahkemesi kararı bütün çevrede kaldırılmıştır. Bu yüzden bu iş ile yeniden meşgul olacak olan istinaf mahkemesi, birinci istinaf mahkemesi kararına esas teşkil eden tesbitlerden farklı olan diğer bir takım fiili tesbitlere girişebilecektir. Temyiz mahkemesinin ilk bozma ilâmı akdin feshi ihbarı için muvafakati zarurî görmüştü.

İstinaf mahkemesi gerçi bunun ile bağılı idi ama, yeniden açılan usulde yeni iddialara binaen yeni vakıa tesbitlerine girişerek hizmet mukavelesinin muayyen bir zaman için akdedilmiş olduğunu tesbit etti. Muayyen bir zaman için aktedilen hizmet mukavelesinde ise bu akdin sona erdirilebilmesi için bir feshi ihbara ihtiyaç olmadığına karar verdi (RG. 130, 285). Bu kararı ile Alman Temyiz mahkemesinin bozmayı tevliid eden yeni hukukî tavsifi dahi tekrar açılan vak'a usulünde tartışma konusu yapılabilmektedir. Demek oluyor ki, Alman hukukunda bozmaya dahil olan veya bozma dışında kalan konularda tarafların yeni iddialar ileri sürebilmesi imkânı kapanmamaktadır. Fakat biz Alman hukukundan şu noktada ayrılıyoruz ki bozma ilâmı ile tamamen serbest bir usul (gerek taraflar ve gerekse mahkeme için) açılmayıp bazı mes'elelerde artık yeniden tahkikat icrası imkânı kapanmalıdır. Alman hukukunda ise, bizzat mahkeme dahi önceki fiili tesbitlerinden ayrılabilmek imkânına sahip sayılmakta ve nakz ile hükmün bütün çevresi ile kaldırılmış olduğu fikri hâkim bulunmaktadır. Bu bakımdan oldukça serbesti tanıyan bir sistem mevcut bulunmakta ve tahkikatın sonraki seyri dahi sınırlı bir çevrede vukubulmamaktadır. Bizde durum farklı olup, fakat taraflar aynı zamanda talebin tamamına şâmil iddiaları da sonradan bozma ilâmının gösterdiği yolun dışına çıkılmış olmasına rağmen, dermeyan edebileceklerdir. Meselâ müruruzaman defi gibi (4.HD., 12.1.1953, E. 221, K. 95, İçt. Kül. 1953, Cilt I, no. 508). Temyiz mahkemesi de en kesin şekildeki bir bozma üzerine dahi tarafların iddia ve müdafaayı değiştirmelerinin (HUMK. 185/2 ve 202/2) ve hasmında iddia ve müdafaanın değiştirildiği itirazını ileri sürmeyip yeni iddia ve müdafaanın esaslarına cevap vererek iddia ve müdafaanın değiştirilmesine zımni olarak muvafakat etmesi ve böylece mahkemenin bozma üzerine vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm verebilmesi imkânını tanıırken (Tat. Y. K., 1957, sayı 95-96, s. 2475-2476; Hukuk Postası, Aralık 1958, s. 328 de zikredilen kararlar), bir yandan işin mahiyeti değişen hallerde uyma ile, doğduğu hukuk tatbikatında (R. Gazete, sayı 10537, mülâhaza I) söylenen ve âmme intizamı ile alâkalı bulunan müktesep hakkın pek kesin olmadığını belirtip, uymaya rağmen uymadan farklı karar verilebileceğini hüküm altına alırken, diğer yandan da zımnen, mahkemelerin re'sen böyle bir imkâna sahip olmadıklarını da göstermektedir. Nitekim bu son esas Temyiz Mahkememiz açıkça

belirtmektedir<sup>46</sup>. Fakat bazı tesbit ettiğimiz sabit esaslar dışında taraflara, bozma ilâmının gösterdiği yolun dışına çıkmak imkânı — vakıa usulünün icapları yerine getirilmiş olmak kaydı ile — daima mümkündür. Ve bu hallerde artık bozma ilâmının bağlayıcılığı da dolayısıyla zail olacaktır. Müktesep hak fikri ile izah edilmiş olsa bile, tarafların tahkikatı; bozma ilâmının gösterdiği yolun dışına çıkarılabilmesi mümkündür. Demek oluyor ki, yeni maddi vakıalar ve delillerin ikamesi halinde, artık bozma ilâmına uymuş olan mahkeme onun yeni hükmünü yeni hukukî ve fiilî temeller üzerine bina edebilecektir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 C).

XIII — Alt mahkemenin kararı bir usul hukuku hükmüne muhalefetten dolayı nakzedilmişse, artık alt mahkeme, hâdisenin esası bakımından da serbest olup, onun nakzedilen önceki hükmündeki hukukî mütalâa ile bile bağlı değildir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 A). Çünkü bu usulî noksan esasa da müessir olacak kuvvettedir (bkz. 428/son fıkra). Kaldı ki usule aykırılıktan dolayı bir hükmün nakzı halinde, bozulan karar ile ilgili olan yani nakzın şümul sahası içine giren muameleler ve kararlar da gayrı muteber addolunur. Yani onlar da kaldırılır (HUMK. 430; ZPO. § 564/II). Bunların artık yeni baştan yapılması gerekecektir. Bu bakımdan usule aykırılıktan dolayı nakz'da alt mahkemenin maddî hukuka müteallik bir bağlılığı mevcut değildir (Zöllner, § 565, 2). Ancak alt mahkeme yeni hükmünde o usulî esas bakımından temyiz mahkemesinin hukukî mütalâasına bağlıdır (Gaupp-Stein-Jonas, § 565, II, 2).

XIV — Bu izahatlardan çıkaracağımız netice şudur: Temyizin bozma ilâmına bağlılık artık yeniden açılmış olan usule hiç bir surette yeni iddia, müdafaa sebeplerinin (bozma içinde ve dışında kalan noktalar hakkında) ileri sürülememesi demek değildir. Bu usulde dahi ihtilâfla ilgili dâva vakalarının sonradan usule sokulabilmesini ancak iddia ve müdafaaanın genişletilmesi yasağı önler. Bunun dışında başka bir tahdit yoktur. Bu bakımdan, bozmadan sonra da dâvanın tarafları, bozma ilâmının bazı noktaları hariç (muayyen meselede kesin karar verilen haller ile; kesin hükmün unsurlarına sahip

[46] R. Gazete 10537 deki karar, I. no.lu mütalâa. Yani bizzat alt mahkeme bozma ilâmının esasları dışına çıkamayacaktır (4. HD. 23.3.1951, E. 396, K. 2247, Son İct. 1 Ekim 1961, s. 1412-1413).

olan kısımlar hakkında) yeni netice talepleri, yeni vakalar ileri sürülebileceklerine göre, bu maddî vakalar bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâaların fiili temellerini değiştireceğinden, alt mahkeme hâlâ eski mütalâalara bağlılığını ileri süremiyecektir. Ve artık değişen fiili temellere (maddî vakalara) uyan hukukî tavsiflerde bulunarak hüküm vermek zorunda kalacaktır. Bu suretle görüyoruz ki, gerçi alt mahkeme, bozma ilâmında yer alan hukukî mütalâalardan resen ayrılabilme imkânına sahip değilse de; taraflarca bu düşüncelerden ayrılmağa gerekli kılan vakaların usule sokulması halinde ise bozma ilâmına bağlılıktan söz edebilmesi de mümkün değildir. Bozma ilâmına bağlılık işin mahiyetinin ikinci usulde hiç bir değişmeye uğramamış olarak kalmış bulunması halinde mevcuttur (Wieczorek, § 565, C III, b 3). Bu izahatımızdan şu netice çıkıyor ki, alt mahkeme ve ilgili temyiz dairesi sadece nakzı tevhit eden değil, etmeyen hukukî mütalâalardan da herhangi bir değişme olmayan hallerde, asla ayrılamıyacaklardır. Fakat temyiz mahkemesi kararlarında, yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin uymadan sonraki safhada dahi ileri sürülebileceği kabul edilmiş olmasına rağmen, bu yeni vakaların ihtilâfın hangi kısımları hakkında ileri sürülebileceğine dair açık bir bilgi yoktur. Bu vakalar sırf tahkik edilecek olan noktalar hakkında mı olacaktır? Yoksa bozma ilâmında tahkikat dışı bırakılan noktalar hakkında da mı? Biz bazı kayıtlarla ikinci hâl tarzını benimsedik.

Burada münakaşa edilmesi gereken diğer bir mesele de şudur: acaba temyiz mahkemesi de, alt mahkemenin iradi veya kanun gereğince uyduğu bozma kararındaki hukukî esaslarla aynı işin yeniden önüne gelmesi halinde bağlı mıdır? Yoksa ikinci seferde de farklı hukukî esaslarla bozmaya uygun verilen hükmü nakzedebilecek midir? Alman hukukunda da bu mes'ele vazedilerek istisnasız müsbet cevap verilmektedir<sup>47</sup>. Demek oluyor ki, temyiz mahkemesi şayet iş ile yeniden meşgul olmak zorunda kalırsa (ikinci bir temyiz neticesi), kendisinin ilk bozma hükmünde açıkladığı esaslarla tıpkı alt mahkeme gibi ve o ölçüde bağlanmıştır (RG. 72, 212; 74, 22). Binaenaleyh o dahi ikinci temyiz hükmüne bozma ilâmındaki esasları temel almak zorundadır<sup>48</sup>. Aksi halde yani, «alt mahkemenin bozma kararına uygun hüküm tesis etmesine rağmen temyiz daire-

[47] Wieczorek, § 565, C III, d; Rosenberg, § 143, III, 1b; Zöllner, § 565, 2; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2D.

[48] RG. sayı 10537 de zikredilen tevhitli içtihad kararındaki 1 no.lu mütalâa.



sinin ilk bozmasıyla benimsenmiş olan kanuna veya usule ait hükümlere aykırı şekilde ikinci bir bozma kararı vermesi, usul hükümleriyle hedef tutulan istikrarı zedeler ve hattâ kararlara karşı umumî güveni dahi sarsar» (I no. 11 mülâhazadan; RG. 94, 13). Diğer bir mes'ele de şudur: Uyma kararına uygun karar verilmiş midir? Verilmemiş midir? bu hususu temyiz mercii re'sen mi? yoksa bu konuda bir temyiz itirazının varlığı halinde mi araştıracaktır? Alman mahkeme kararları, doktrine de uygun olarak bozma ilâmına uygun karar verilmiş midir? verilmemiş midir? meselenin hattâ ZPO. § 554 ve 559 hükümleri nazara alınmaksızın re'sen araştırılması gerektiğini karar altına almışlardır<sup>49</sup>. Artık bozma ilâmındaki hukukî mütalâalar dâva şartlarına (temyiz şartlarına) ait olmaktadır (RG. 94, 13 vd.). Bizim hukukumuzda usule aykırılık sebebiyle temyize başvurmada da tıpkı maddi hukukta olduğu gibi, temyiz mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleriyle bağlı olmadığında, bozmadaki esaslara uygun hüküm verilmiş olup olmadığını temyiz mahkemesi bu konuda bir temyiz itirazı bulunmasa bile, resen araştırabilecektir. Yeni usulde, gerek alt mahkemeye ve gerekse temyiz mahkemesine uymadan sonra artık her iki mahkemenin mutabık hale gelmiş olan düşüncelerinden ayrılmak imkânının verilmesi, adalet esaslarını ihlâl eder. Zira böyle tesadüfî durumlar ile hukuk tatbikatına olan güven ve hukukî emniyet ihlâl edilmiş olacaktır. Bu emniyet ve güven ancak hukuk tatbikatının artık değişmeyen şekilde uygulanması ile sağlanabilecektir (Wieczorek, § 565, C III, b 5). Bu bakımdan uyma ile meydana gelen düşünce birliğini alt mahkeme bozarsa, bozmada gösterilen esaslara aykırı olarak verdiği hüküm, usule aykırı sayılarak yeniden özel dairece bozulacaktır. Meğer ki, bu aykırılık sadece bozma kararında gösterilen bir usul kaidesine ilişkin bulunsun ve son kararın neticesini değiştirecek mahiyet arzetmesin (R. Gazete, 10537, I no.11 mütalâa). Eğer alt mahkeme bozmaya uygun hüküm vermesine rağmen temyiz mahkemesi ilk bozma ilâmındaki düşüncesinden ayrılarak hükmü yeniden bozmuşsa, alt mahkemenin ısrarı ile Hukuk Genel Kuruluna dosyanın gitmesi halinde de uymaya uygun verilen hüküm doğru bulunarak tasdik edilecektir. Hukuk Genel Kurulu dahi alt mahkemenin uyduğu bozma ilâmındaki hukukî düşünceler ile bağlıdır. O yeni bir düşünce ileri süremeyecektir (bkz. HUMK. 429).

[49] RG. 94, 13 vd.; Rosenberg, § 143, III, 1b, s. 718; Wieczorek, § 565, C. III, d, ikinci cümle; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2D.

Artık dâvalıların uyulan bozma kararının yanlış olduğunu göstermeyi hedef tutan tashihi karar istekleri de, HUMK. 440. maddede sayılan sebeplerden hiç birisine dayanmadığından reddedilecektir. Zaten uymadan sonra verilen uymaya uygun hükme karşı başvurulacak tashihi karar yolu artık alelittlak olmayıp sadece ikinci usuldeki tahkikatın sıhhati yönünden olmak gerekir. Bu bakımdan ilk bozma ilâmında yer alıp da bağlı olunan noktalar artık tashihi karar ile dahi kaldırılamıyacaktır (bkz. TD. 14.7.1954, E. 954/5560, K. 5250, Tat. Y. K., sayı 69, s. 1752). Fakat uymadan sonra işin mahiyeti yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin dermeyanı ile oldukça değişmiş olup da, alt mahkeme bu esasları göz önünde tutarak uyduğu bozma ilâmından farklı olan bir hüküm vermişse, artık bozma ilâmındaki hukuki düşüncelerden nasıl alt mahkeme kurtuluyorsa temyiz mahkemesinin dahi eski hukuki mütalâasına olan bağlılığı bundan böyle düşecektir (Baumbach-Lauterbach, § 565, 2 D, s. 882; Wieczorek, § 565, C III, d 4).

Alt mahkeme, aynı çeşit olan diğer bir hukuki ihtilâfta bu arada temyiz mahkemesi tarafından bozma ilâmındaki düşüncesinden farklı bir şekilde karar verilmesi halinde dahi ilk müktesep durumdan ayrılamaz ve yüksek mahkemenin başka bir sebeple vermiş olduğu bu ikinci dâvadaki hukukî mütalâaya bağlı değildir (Zöller, § 565, 2). Yani bozma ilâmına bağlılık sadece o hususî ihtilâf durumu içindir. Bu bakımdan da sonraki içtihad değişikliklerinden evvelce doğmuş olan müktesep hakkın masun olması gerekecektir.

XV — Burada tartışılması gereken diğer bir mes'ele de şudur; alt mahkemenin gerek doğru bularak uyduğu, gerekse kanun gereğince uymak zorunda olduğu bozma kararı ile, temyiz mahkememizin tatbikatına göre, meydana gelmiş olan usulî müktesep hakkın acaba istisnaları mevcut mudur? Yani başka bir deyişle bu usulî müktesep hakkın ihlâlini zarurî kılacak olan durumlar düşünülebilir mi? Aslında yeniden açılan usulde yeni iddia ve müdafaalar dermeyan edilmemişse, bozma uyarınca ortaya çıkan bu yeni duruma göre karar verecek olan alt mahkeme, bozma çoğu zaman temyize müracaat etmiş olanın lehine olacağından, verilecek ikinci hüküm onun lehine tecelli edecektir. Nitekim tevhidî içtihad kararı da pek mutlak olması bakımından belki tenkide maruz kalabilecek şekilde bu durumu şu sözlerle ifade etmektedir: «Mahkemenin bozma kararına uyması ile meydana gelen bozma gereğince muamele yapmak ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine

hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müktesep hak denilmektedir». Gerçekten tevhidî içtihad kararının bu mutlak ibaresi isabetsizdir. Zira yeniden açılan usulde, tekrar usule sokulabilecek olan ya eskiden doğmuş fakat ileri sürülmemiş veya sonradan doğmuş olan ihtilâf malzemesi işin mahiyetini değiştirirse bu suretle pekâlâ temyiz eden aleyhine bir ikinci hükmün verilebilmesi de mümkün olabilecektir. Nitekim bir çok temyiz kararlarında bozma lehine olanın aleyhine hüküm verildiği müşahede edilebilmektedir. Gerçi uyma ile alt mahkeme, bozmaya maruz kalmış olan önceki hükmündeki mütalâalardan artık ayrılmıştır. Bu bakımdan tabiidir ki, bu önceki hüküm temyiz eden aleyhine olduğundan, nakz ile artık işin prensip olarak lehine çevrilmesi mevzubahstir. Fakat bu mutlak değildir. Ve işin gösterilen çevrede yapılacak yeniden araştırılmasında netice ender de olsa farklı olabileceği gibi, yeni vakaların ve delillerin dermeyanı halinde de mutlak olarak tekrar aleyhte olan bir hükmün ısdarı da daima mümkündür. Bu bakımdan Alman hukukunda, ZPO. § 565/II'nin ihdas ettiği, bozma ilâmındaki hukukî mütalâaya bağlılığın (rechtliche Beurteilung) ancak, sınırlı bir kesin hüküm tesirine (Rechtskraftwirkung) sahip olduğu kabul edilmekte ve bunun nihai neticede temyiz edenin aleyhine bir karar verilebilmesi ihtimal ve imkânını kapamadığına açıkça temas edilmektedir (Wieczorek, § 565, C III, a). Bu bakımdan açılan yeni usuldeki tahkikat neticesinde sadır olan hükmün temyiz eden için, eski hükümden daha elverişsiz olması mümkün bulunmaktadır<sup>50</sup>. Halbuki Tevhidî İchtihad kararının ifadesi fazla mutlaktır. Eğer böyle olsa idi, yeni bir tahkikatın açılmasına lüzum olmaksızın temyiz mahkemesi Usul Kanunumuzun 438. maddesinin 7. fıkrasındaki bizzat hüküm verme yetkisini kullanarak işi hemen temyiz edenin lehine sonuçlandırır. Tahkikatın seyrinin neticesinin ne olacağı başlangıçta eğer işin esasını halleden mahalli mahkeme kararı tasvip edilmekle beraber sırf tali noktalarda araştırma icrası için hüküm nakzedilmemişse, bu kadar kesin olarak tayin edilemez. Fakat tevhidî içtihad kararı işin bu cephesini çözmekten ziyade, tamamen, uyma sonrası durumun tevlit edeceği bağlılığın kuvvetini izah etmek için bu kadar kesin sayılacak ifadeleri kullanmakta mahzur görmemiştir. Kaldı ki, bizim hukukumuzda alt mahkeme onun eski fiili tesbitlerini Alman hukukunun aksine re'sen bozama-

[50] Baumbach-Lauterbach, § 565, 2D; Rosenberg, § 143, III, 1b; Zöllner, § 565, 2.

yacağından bizde, bozmanın temyiz edenin lehine olduğu biraz daha kesin söylenebilecektir.

Bundan başka usulî müktesep hak fikri de sun'idir. İradî uymaya bağlılığı; Usul Kanunumuzun 429. maddesindeki son fıkraya uygun bir durumun meydana gelmiş olduğunu kabul ederek te tesis edebilirdik. Mademki alt mahkeme arzusu ile ısrar hakkından vazgeçmektedir. O halde artık ısrar etmiş ve kendi kararı Hukuk Genel Kurulunda haksız bulunarak nakzedilmişçesine muamele yapılmalı ve 429. maddenin son fıkrası bu durumda da kıyasen uygulanmalıdır. Kaldı ki, ısrar hakkı taraflara tanınmış bir imkân olmayıp tamamen alt mahkemeye ve onun serbest takdirine bırakılmıştır. Bu bakımdan da tashihi karar yolundan da geçmiş olan hüküm hakkında artık taraflara bu kararı bir üst mercide tekrar kontrol ettirebilmek imkânının verilmemesi de tabiidir. Bu sebeplerle iradî uyma ile kanunî uyma bakımından tam bir paralellik tesis edersek, uymadan sonra doğan hukukî durumu izah için sun'î bir müessese aramağa da lüzum kalmıyacaktır. Nitekim, Tevhidi içtihat kararı zaman zaman iradî uyma ile kanunî uyma (429/son) arasındaki paralelliğe açıkça yer vererek onları haklı olarak aynı esaslara tâbi tutmaktadır (Mülâhaza I). Fakat bazen bu bakımdan da bazı hatalara düşmektedir. Nitekim, gerek kanunî ve gerek iradî olarak uyulan bozma kararına aykırı karar verilmesini haklı olarak teviz etmemekle beraber, gerekçe olarak sıraladığı esaslara ayrıca hiç olmazsa kanunî uyma halinde, alt mahkemenin uyduğu esaslara aykırı karar vermesinin, Usul Kanununun 429. maddesinin son fıkrasındaki usulî esaslara aykırı olacağından dolayı, tekrar bozma sebebi teşkil edeceğine açıkça temas etmemektedir. Ve Temyiz dairesinin dahi uyma ile doğan esaslara aykırı karar verememesi onun dahi 429/son fıkra hükmüne bağlı olduğu fikri ile gayet tabii bir şekilde izah edilebilecektir. Böylece tevhidi içtihat kararında yer alan ve çok haklı olan umumî gerekçelere daha kuvvetli olan hususî bir gerekçenin de eklenmesi mümkün olacaktır. Kaldı ki usulî müktesep hak fikri ile izah bazı mahzurlar da tevlit edebilecektir. Hele tevhidi içtihat kararının açıkça söylediği gibi bu hakkın âmme intizamı ile alâkalı olduğuna temas edilirse (Mütalâa I). Âmme intizamına dayanan, bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumunu tevlid eden, usulî müktesep hak fikri kabul edilirse, çoğu zaman tarafların iradeleriyle dahi, yani yeni iddia ve müdafaa vasıtaları ve sebeplerinin usule sokularak uymadan ayrılan bir hüküm elde edilebilmesi imkânını

da kapamak gerekecektir. Bu ise çok serttir. Ve modern doktrine uymaz. Zira bilhassa vakıaların müşahhas hukukî tavsifindeki hatalar sebebiyle verilmiş olan bozma kararlarında bile bağlılık, işin yeniden müzakeresinde, yeni iddialar, müdafaalar ve deliller ileri sürülmeksizin yani hâdisenin değişmemiş olması halinde mevcuttur ve aksi halde bağlılık zail olur. Alt mahkeme bu hallerde bozma kararındaki temyiz mütalâasından ayrılacak şekilde hüküm verebilecektir (bkz. en açık şekilde Rosenberg, § 143, III, 1 b). Demek oluyor ki, bu bağlılığın zail olup olmamasında tarafların davranışlarının da önemi inkâr edilemez (Müktesep hakkı âmme intizamı ile ilgili gören görüşü fazla ileri giden bir düşünce olarak tavsif için Belgesay, s. 819. Temyiz mahkemesinin, usulî müktesep hakkın tanınmasını âmme intizamı düşüncesine bağlaması, tevhidî içtihad kararlarında yaygın görüştür, ayrıca bkz. 4.2.1959 t., 13/5 sayılı tevhidî içtihad kararı). Uymadan sonra artık gerek mahkemeye ve gerekse<sup>1</sup> temyiz dairesine ve hattâ Hukuk Genel Kuruluna bozma ilâmında yer alan esaslara aykırı yeni bir bozma kararı verilebilmesi imkânını kapamamızın sebebi, daha çok tarafların hukukunu korumak ve daha ileri giderek onların hukuk tatbikatına (içtihatlar) olan güvenini sarsmamaktır. O halde taraflara bu doğmuş olan müktesep durumun dışına çıkabilmek imkânı da tanınmalıdır. Bu halde taraflar, içtihadların otoritesini kendileri yeni bir takım deliller ve vakıalar ileri sürerek ancak sarsabildiklerini idrak edeceklerinden, artık bağlılığın zail olması bir mahzur tevliid etmeyecektir. Mühim olan dâva malzemesi aynı kalmasına rağmen mahkemenin veya temyiz kurullarının önceki içtihatlarından ayrılan şekilde tekrar bozma kararı verebilmeleri durumudur. İşte ancak bu son faraziye içtihatların otoritesine olan güveni sarsar.

XVI — Tevhidî içtihad kararları üstte izah ettiğimiz faraziye ve istisnayı ifade etmemesine rağmen, bu müktesep hakka bazı istisnalar tesis ederek, bu durumlarda usulî müktesep hakkın ihlâline cevaz vermektedirler. Bunlardan biri, bozma dışında kalarak zımnen kesinleşmiş olan hususlarla ilgili olan usulî müktesep hakka istisna teşkil (4.2.1959 t., 13/5 sayılı Tev. İçt. Büyük Hey'eti kararı, Ad. D. Eylül 1959, s. 408 vd.) etmektedir (bkz. HUMK. 7/2).

İkincisi ise hem bozma içinde kalan ve hem de bozma dışında bulunan usulî müktesep hakka istisna teşkil etmektedir (R. Gazete, 10537, Mütalâa II ve III). Mes'ele şudur: acaba bozma kararına gerek iradî ve gerekse kanunî olarak uyulduktan sonra, yani temyiz

mahkemesinin deyişi ile, usuli müktesep hak teşekkül ettikten sonra, aynı konuda bir yeni içtihadı birleştirme kararı çıkarsa, bu tevhidî içtihat kararı bozma ile teşekkül eden müktesep hakka rağmen mevcut işe uygulanabilir mi? Yoksa mevcut iş bu yeni içtihadı birleştirme kararına rağmen yine eski esaslar uyarınca (bozma ilâmındaki) araştırılıp hükme bağlanmalı mıdır? Alman hukukunda ZPO. § 565/II 'ye göre kanun icabı alt mahkemeyi bağlayan temyiz bozma ilâmındaki hukuki mütalâa artık sarsılamaz. Bu bozma ilâmını vermiş olan temyiz dairesi, aynı çeşit hukukî ihtilâftaki sonraki bir kararında, mevcut olan hukukî ihtilâfta temsil etmiş olduğu düşünceden, ayrılarak farklı bir mütalâa beyan etmiş olsa bile, bozma ilâmındaki hukukî mütalâalara bağlılık devam eder, zail olmaz<sup>51</sup>. Hattâ aynı esaslar Büyük Senatonun, bu arada, aynı mahiyetteki başka bir işte, bozma ilâmındaki hukukî mütalâalardan ayrılarak karar vermiş olduğu hallerde de câridir (Wieczorek, § 565, C III, b). Bazı şartlar altında (bkz. GVG. § 136) daireler ya büyük senato veya birleşik büyük senatodan, müzakere edilen mes'ele hakkında karar verilmesini isterler. İşte bu hallerde bu mercilerin verdiği kararlar GVG. § 138, III gereğince, mevcut olan işte karar verecek olan senatoyu artık bağlar. Bu bağlılığın sınırı da tıpkı ZPO. § 565/II deki gibidir (Wieczorek, § 565, A II, c). Alman hukukunda bu bağlılık sadece o usulde câri olup, bu usulün dışında mevcut değildir. Böylece kanun koyucu düşünce değişikliğine mâni olmak istememiştir (Wieczorek, § 136, A). Temyiz Teşkilât Kanununun 6082 sayılı kanun ile değiştirilmiş olan 8. maddesinin 5. fıkrası «İçtihadların birleştirilmesi suretiyle verilen kararlar, emsali hâdiselerde mahkemeleri bağlar» hükmünü ihtiva etmektedir. Bu bakımdan 8. maddenin 5. fıkrası Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanununun (GVG.) 138. maddesinin üçüncü fıkrasına göre daha şümüllü olup, sadece mevcut olan iş hakkında karar veren daireyi bağlamakta fakat, daha da ileri giderek artık emsali hâdiselerde bu içtihadı birleştirme kararının bağlayıcılığını tesis etmektir. Ta ki, bu içtihadı birleştirme kararı değiştirilene kadar. Böyle bir hükmün Türk Hukuk sisteminde vaz'ı zaruridir (bkz. Üstündağ, İçtihadı Birleştirme Müessesesi Kaldırılabilir mi, Dünya Gazetesi, 18 Ocak 1961). Şimdi acaba 8. maddenin 5. fıkrası hükmü sadece istikbale muzaf mıdır? Yoksa yeni içtihat kararının çıktığı anda, aynı mahi-

[51] Baumbach-Lauterbach, § 565, 2A; Wieczorek, § 565, C III, b; Rosenberg, § 143, III, 1b; Zöller, § 565, 2.

yette olan bir ihtilâf hangi safhada olursa olsun onun hakkında da uygulama alanı bulacak mıdır? Temyiz mahkemesi bir tevhidî içtihad kararı ile (R. Gazete, sayı 10537) bu 8. maddenin 5. fıkrasını yorumlayarak, hükmün çok şümüllü olduğunu ve görülmekte olan usul hangi safhada olursa olsun, yeni çıkan kararın tesiri altında bulunduğunu hüküm altına almıştır. Bunun neticesi olarak kararın açıkça belirttiği gibi, yeni içtihadı birleştirme kararı, mahkemelerin elinde bulunan bütün işlere uygulanacaktır. Hattâ gerek iradî uyma neticesi ve gerekse kanunî uyma neticesi (karar bunu açıkça söylememesine rağmen yukarıdan beri verdiği izahattan bu faraziyeyi dahî aynı esaslara tâbi tuttuğu anlaşılır) meydana gelen müstesap haklara rağmen; bu iş ister alt mahkemede isterse temyiz tetkikatında bulunsun, yeni içtihad uygulanacaktır. Böylece daire ile veya Hukuk Genel Kurulu ile mahalli mahkeme arasında tesis edilen düşünce birliği, yeni içtihadı birleştirme kararının düşüncesi farklı olan hallerde, zail olacaktır. Tevhidî içtihad kararı (R. Gazete, sayı 10537) çeşitli gerekçelerle bu neticeye varmaktadır. Her şeyden önce 8. maddenin 5. fıkrasının istisna kabul etmeyen lâfzının bu yorumu haklı gösterdiğine işaret edilmekte ise de, gai yorum metodları bu lâfza bazı istisnalar getirilebilmesine imkân verir. Diğer gerekçe olarak da, içtihadı birleştirme kararının, daire kararlarından daha doğru bir içtihadı varmak için verilmiş bir karar oldukları cihetle onun, *mümkün olan her dāvaya tatbiki* usul kaideleriyle güdülen hakka varma gayesine dahî uygun olacağı ileri sürülmektedir. Tevhidî içtihadın bu gerekçesi her zaman doğru olmadığı gibi aynı zamanda bu karar, yeni içtihadın mümkün olan her dāvaya uygulanacağını söylemekle, mümkün olmayanlar içine, her halde tasdik ile kesinleşmiş ve artık hiç bir merci tarafından bozulamayacak olan dāvaları sokmaktadır. Fakat yeni çıkan içtihadı birleştirme kararının uygulanması mümkün olan hallerde dahî, usulün bazı safhalarında istisnalar tesisi zarurî ve hattâ faydalıdır. Zira müşahhas hallerde, hakka varacağız diye hukuk tatbikatına olan güveni sarsmamız daha vahim sonuçlar meydana getirecek ve hukukî güvenlik ve adalete olan itimat sarsılacaktır. Bu bakımdan bazı safhalarda artık hukukî tatbikatın ne olursa olsun değişmezliğini tesis etmek zorundayız. Nitekim Alman hukukunda haklı olarak aynı konuyu tanzim eden bir kanun değişikliği halinde, bunun bozmadan sonra verilecek hükümden önce çıkması ve makable şâmil kaabiliyete sahip olması halinde, temyizî hukukî mütalâasına olan bağlılığın

sona ereceğine temas edilmektedir<sup>52</sup>. Bunun dışında hiç bir kuvvetin bağılılığı dışarıdan izale edebilmesine imkân tanınmamaktadır. Halbuki mevcut tevhide içtihad kararı, tamamen aksi mütalâada olup, sayısı belli hâdiselerde; hukuki istikrarı sağlamak prensibinin feda edilmesinde, bir yolsuzluk şöyle dursun bilâkis bu suretle adalete güvenin kuvvetleneceğinden garip bir şekilde bahsetmektedir (Bu gerekçenin tenkidi için hattâ bkz. Belgesay, s. 821). Böylece müktesep hak esasının içtihadı birleştirme kararı karşısında göz-önünde tutulmaması fikri tercih edilmektedir (mütalâa III). Biz aksi düşüncededeyiz. Şöyle ki, yeni içtihadı birleştirme kararı; henüz iş hakkında bir müktesep durum doğmadan önce, gerek alt mahkemede iken gerekse tetkik için temyizde beklediği hallerde, uygulama alanı bulabilir ve bu hal bir mahzur tevliid etmez. Zira, henüz temyizce bir mütalâa ısdar edilmemiştir. Hattâ ısdar edilse bile, buna Alman hukukunda olduğu gibi, hemen bağılılık mevcut olmadığına göre, nakzedilerek geriye gelen bozma ilâmı karşısında alt mahkeme eğer henüz uyma kararı vermeden önce tevhide içtihad kararı çıkmışsa, o ya dairenin hukuki mütalâasını teyid etmektedir. Bu halde artık onun ısrar hakkı yoktur. Zira ısrar etse bile Hukuk Genel Kurulu tevhide içtihadın çözüm tarzına kanuni mecburiyet olarak uyararak daire kararını haklı bulacak ve bu bakımdan alt mahkemenin kararını nakzedecektir. Ya da henüz bu safhada çıkan içtihadı birleştirme kararı dairenin kararını değil bilâkis alt mahkemenin haksız nakzedilen kararını doğru bulmaktadır. İşte bu durumda haklı bir ısrar hakkı doğmuş olacak ve Hukuk Genel Kurulu ısrar üzerine, yeni içtihadı birleştirmeye uyan alt mahkeme kararını tasdik edecektir. Fakat biz uyma ile müktesep durum doğduktan sonra artık bu esaslara göre başlamış olan tahkikatı ve zaman kaybını da hiçe sayarak yeni içtihadın bu faraziyelerde de uygulanmasını caiz bulmuyoruz. Kaldı ki, tevhide içtihad kararının makable şâmil olarak emsali hâdiselerde mahkemeleri bağılyacağı da Teşkilât Kanununun 8. maddesinin 5. fıkrasında ifade edilmemiştir. Aksi hal aynı zamanda bir çok suiistimallere müsait durumlar tevliid edecektir (bkz. hattâ Belgesay, Ad. D. Ekim 1960, s. 821). Bu sebeplerle biz, yukarıda zikrettiğimiz tevhide içtihad kararının II no.lu mütalâasında ileri sürülen gerekçelerin tamamen karşındayız ve sırf özel durumdaki maddi hakkı elde etmek ama-

[52] Rosenberg, § 143, III, 1b; Wleczorek, § 565, C III, c, c 1; Baumbach-Lauterbach, § 565, 2A, s. 881.



ciyle hukuk tatbikatına (içtihatlar) olan güvenin sarsılmasına imkân tanınmasına asla cevaz verilmemesi kanaatindeyiz. Bu bakımdan mevcut usulün muayyen safhasından sonra yani, alt mahkeme ile temyiz dairesi veya Hukuk Genel Kurulu arasında meydana gelen düşünce birliğinin tesisi safhasından sonra (müktesep hakkın doğumundan sonra) artık sonraki bir içtihadı birleştirme kararının tesirlerinin bu özel durumları ihlâline Alman hukukunda olduğu gibi artık cevaz verilmemelidir. Halbuki mevcut tevhide içtihad kararı (R. Gazete, sayı 10537), bu usulî müktesep hakka aykırı içtihadı birleştirme kararı çıkınca temyiz daireleri yeni içtihadı birleştirme kararına aykırı ve fakat usulî müktesep hakka uygun (bozma ilâmındaki esaslara uygun) kararları, şimdiye kadarki kararlara karşı olan umumî güveni sarsmasına ve usul hükümleriyle hedef tutulan istikrarın zedelenmesine rağmen, yeniçen bozabileceklerdir. Demek oluyor ki, yeni tevhide içtihad kararının bu aradâ çıkmış olması, yeniden bir bozma sebebi tesis etmiş olacaktır. Hattâ bozma uyarınca tahkikata devam eden mahkemeler de yeni içtihadı birleştirme kararını kesin olarak öğrenince bozma ilâmında gösterilen yolu terkederek artık içtihadı birleştirme kararı gereğince (yani bu çoğu zaman, alt mahkemenin bozmadan önceki hükmüne esas aldığı hukukî mütalâaları ihtiva eder) tekrar inceleme yapmağa başlayacak ve artık o karar gereğince hüküm verecektir.

Temyiz mahkememiz aynı kararının (R. Gazete, sayı 10537) III no.lu mülâhazasında daha da ileri giderek kesinleşmiş ve artık hiç bir mercice değiştirilemeyecek olan noktalara da yeni tevhide içtihad kararının uygulanmasını mümkün görmüştür. Nerede ise bu suretle mümkün olsa kesinleşmiş ve sona erdirilmiş çok önceki ihtilâflarda da aynı esasların uygulanması tecviz edilecekti. Biliyoruz ki, temyiz tetkikatının neticesinde bozma dışında kalan bazı konular artık kesinleşmiştir. Bu bakımdan aynı usulün tekrar açılmasında bu konular yeniden tahkikatın ve müzakerenin konusunu teşkil edemeyeceklerdir. Kaldı ki, bu konuları da içine alacak şekilde başvuru yolu ile bu konular tamamen kesin kaziyenin kuvvetini kazanmışlardır. Buna rağmen yeni çıkan içtihadı birleştirme kararının kesin kaziyeyi dahi bertaraf edebileceğini düşünmek çok hatalıdır. Bu davranışı ile temyiz mahkememiz mevcut meselede ilmi düşüncelerle izahı çok güç ve objektif hareketten tamamen uzaklaşarak, içtihad tesis etmek gayreti içinde görülmektedir. Bu konudaki izahat açık olmamakla beraber, meselâ,

müteaddit talep haklarını hüküm altına almış olan bir mahkeme kararının temyizi halinde, bu talep haklarından bir kısmı için verilmiş olan hüküm doğru bulunmuş ve tasdik edilmiş, fakat diğer talep hakları için verilen karar bozulmuşsa, aynı kararın alt mahkemeye gönderilmesi ile tasdikle kesinleşmiş olan kısımlar hakkında çıkan kararın artık hiç bir mercice değiştirilememesi gerekirken, yeni çıkan içtihadı birleştirme kararının bu kesinlikleri izale ederek, aynı konuların tekrar müzakere alanına getirilmesine cevaz vermesi, hiç bir hukuki esas ile izah edilemez. Gerçi, karar bu faraziyeye açıkça temas etmiyorsa da kullanılan ifade bu neticeyi istihraca müsaittir. Ayrıca zımnen bozma dışında kalarak kesinleşmiş olan talep haklarında da yeni çıkan tevhidî içtihad kararı uygulanacaktır. Nitekim bahis mevzuu tevhidî içtihad kararı «bazı konuların» bozmanın şümulü dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen usulî müktesep hak şeklinde de aynı gerekçelerle, yeni çıkan içtihadı birleştirme kararının uygulanacağına temas ederken sarih veya zımnî şekilde bozma dışında kalarak kesinleşen ve bir kesin kaziyenin unsurlarına sahip olan konular (müstakil talep hakları) kastedilmiş ve sonraki, bir üst kurulun bu konulara uygulanabilecek mütalâasının, bunlara vâki müesseriyeti bakımından ölçüsüz neticelere varılmıştır. Böylece üst kurul salâhiyetleri bakımından kendisine herhangi bir sınır tanımamakta ve daha alttaki kurul veya kaza mercilerinin üstünde ve onların tasarruflarını hükümsüz dahi bırakabilecek yetkileri kendinde tereddütsüz şekilde görmektedir. Halbuki Temyiz Teşkilât Kanununun 8. maddesinin beşinci fıkrası böyle bir yetkiyi tanıyarak ifade edilmemiştir. Bu maddenin vaz gayesi, birbirine zıt olup ta, bu sebeple birleştirilmiş olan içtihadı birleştirme kararının hal şeklinin artık mer'iyetini temin etmekten ibarettir. Fakat bunu yaparken de önceden kazanılmış olan hakların hiç dikkate alınmaması neticesi doğru olamaz. Ve bu bakımdan arada çıkmış olan içtihadı birleştirme kararına rağmen, bazı faraziyelerde bunun tatbikinden kaçınmak daha faydalı olacaktır. Çünkü, bu suretle yeni içtihadı birleştirme kararı tatbik edilmemekle, mahkeme kararlarının otoritesi, muayyen hâdise bakımından hiç olmazsa muhafaza edilmiş olacaktır. Biz bu sebeplerle Hukuk Umumi Heyetinin 13.5.1959 tarihli ve E. 4/24, K. 4/31 sayılı kararındaki çözüm şeklinin çok isabetli ve hukuk doktrinine uygun olduğu fikrindeyiz<sup>51</sup>. Böylece alt mahkeme ve temyiz dairesi,

[53] Bu kararın özeti için bkz. RG. sayı 10537'de yayımlanan tevhidî içtihad kararının giriş kısmı.

temyizın bozma kararına uyulmasıyle teşekkül eden müktesep hakka, sonradan çıkan bir yeni içtihadı birleştirme kararına dayanarak dahi aykırı karar veremeyecektir. Aksi halde varlığı ihlâl edilen müktesep hak kuvvetli herhangi bir gerekçe olmaksızın ve hattâ hukuki bir zaruret dahi olmaksızın çığnenmiş olacaktır. Doğan müktesep durum velev ki, hukuki bakımdan yanlış bulunsa bile, onun icaplarının yerine getirilmesi artık bir zarurettir. Zira böylece, kaza mercilerinin kararlarının otoritesi kuvvetlendirilmiş olacaktır. Kaza mercilerinin aynı konuda müteaddit defalar birbirinden farklı kararlar verebilmesine imkân tanındığı takdirde, dâvanın tarafları olan şahıslarda bu içtihadlara ve binnetice adalete olan inanç sarsılır. İşte başlıbaşına bu gerekçe dahi, uyma ile doğan müktesep duruma, alt mahkemenin ve temyiz kurullarının (Özel daire; Hukuk Genel Kurulu; İctihadı Birleştirme Kurulu) aykırı olacak şekilde içtihat tesisi ile müdahale edebilmeleri imkânını kapamaya kâfi gelecektir. Teşkilât Kanununun 8. maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün ruhi tefsiri de bizi vardığımız sonuca kolaylıkla götürebilecektir.

Bu çalışmamızı kısaca özetlemek gerekirse; Bozma ilâmında yer alan hukuki mütalâalara bağılılık, Türk hukukunda Alman hukuk sisteminden farklı olarak daha geniş çevrededir. Bozma ilâmında yer alan ve bozmayı tevlid eden veya etmeyen sarıh veya zımnî hukukî mütalâalar, alt mahkemeyi ve özel daireyi artık bağlar. Bu bağılılık mahkeme içtihatlarına olan güveni tesis gayesiyle izah edilebilir. Fakat bu bağılılık, tarafların bozmadan sonra dahi dâvanın esaslı unsurlarında (dâvanın sebebi; neticeî talep; yeni müdafaa sebeplerinin ileri sürülmesi gibi) değişikliklere girişebilmelerine engel teşkil etmez. Bu tevsî veya tebdil bozmayı tevlit eden noktalar hakkında olabileceği gibi, bunların dışında kalan noktalar hakkında da olabilecektir. Fakat ihtilâflı işin halli için oldukça mesafe katedilmiş olup ta, çok dar olan bir çevrede tahkikat icra edilerek, bundan sonra karar verilmesi için hüküm nakzedilmişse, artık nakız hükmünün muayyen bir hukukî mesele hakkında verdiği kararı taraflar dahi yeni vakalarla sarsamamalıdır. Fakat dâvanın temelinden değiştirildiği hallerde ise, artık bu muayyen meseleye bağılılıktan da bahsedilemeyecektir. Zira bu değişiklik ile olabilir ki, evvelce bozma ilâmında kesin olarak karara bağlanmış olan muayyen mesele artık hukukî değerini kaybetmiştir. Yani bu muayyen husus değiştirilmiş olan dâvada bir unsur olabilmek vasfını kaybetmiştir. Fakat aynı ihtilâf faraziyesinde kalındığı müd-

detçe, bu muayyen mesele hakkında tekrar tahkikat açılması imkânının kapanması, tahkikatın seyrinin daha değişik noktalara ve bilhassa bozma ilâmında gösterilen noktalara tevcih edilmesine sebep olacaktır. Görülüyor ki, hukukumuz sisteminde bozmadan sonraki safhada taraflar, hâkime nazaran daha çok serbestiye sahiptirler. Hâkim re'sen bozma ilâmının gösterdiği istikametın dışındaki noktalar hakkında bir tahkikata girişemeyecektir. Onun bozma ilâmına muhalefeti ancak ısrar hakkını kullanması ile kendini gösterecektir. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, bazı âmme intizamı mülâhazası ile vaz edilmiş olan hükümlere uyulmamış olunması halinde, bozmadan sonra işe el koyan hâkime resen dahi tahkikatın çevresini aşarak, bu usulî hükümlerin icaplarının yerine getirilmiş olup olmadığının araştırılmasına imkân verilmektedir (bkz. 4.2.1959 tarihli, 13/5 sayılı Tevhidi İctihad Kararı, Ad. D. Eylül 1959, s. 408 vd.). Ayrıca bazı temyiz mahkemesi kararlarında bozma ilâmının gösterdiği sınırın dışına çıkılmasına, tarafların ses çıkarmamalarına rağmen cevaz verilmemektedir (bkz. Atasayan, s. 562 de zikredilen Ticaret Dairesi kararı). Alman hukukunda alt mahkemenin bozma ilâmı karşısında ısrar hakkının bulunmaması sebebiyle ZPO. § 565/II'deki hükmün dar olarak tanzim edilmiş bulunması haklı görülebilecektir. Öyle ki, orada hâkim, bozmaya rağmen, yeniden açılan usulde oldukça geniş serbestiye sahip olmaktadır.

Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ

## FAYDALANILAN ESERLER

- Atasayan, T.: Hukuk Muhakemeleri Usulü İctihatlar Külliyyatı, 1954.  
 Baumbach-Lauterbach: Zivilprozessordnung (Kommentar) 24. Auflage, München und Berlin 1956.  
 Belgesay, M. R.: Mahkeme İctihatlarının derdest dâvalara tesiri, Ad. D., Ekim 1960, s. 820 vd.  
 Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen 1934 (zweiter Band).  
 Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin, 1960.  
 Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.  
 Wleczorek: Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (Kommentar), Berlin 1960.  
 Zöllner: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Auflage, München 1958 (Çalışılmış, Karl-scherübl).