

**ÜST MAHKEMELER TEŞKİLÂTI
VE
TEMYİZ USULÜNDE TADİLÂT LÜZUMU**

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

I

ÜST MAHKEMELER TEŞKİLÂNE NİÇİN LÜZUM VARDIR?

Bir kaç yıldanberi, hükme bağlanmış davaların ikinci defa olarak görülmesi için üst mahkemeler teşkili Hükûmetin programında bulunmaktadır. Büyük Millet Mecisi bu programı tasvip etmiş olduğundan, Adalet Bakanlığı üst mahkemeler teşkilâtına dair bir kanun tasarısı hazırladı.

Bugün medenî dünyada, haksız bir iddianın yürümemesi, haklı bir iddianın eninde sonunda kabulü için davanın iki derecede görülmesi elzem bir teminat sayılmaktadır.

1925 yılında yapılan adli islâhat ile istinaf mahkemelerinin ilgasını pek çok hukukçularımız esefle karşıladılar. Hatırladığıma göre, o vakit bir yevmî gazetenin açtığı ankete İstanbul Barosunun en kıdemli avukatı «istinafı ilga adaleti iclâdır» diye cevap vermişti. Dergilerde yazdığım makalelerde davaların biri aşağı, diğeri üst dereceli iki mahkemede iki defada görülmesi lüzumunda ısrar etmiştim.

İlk yargıçların düştükleri nice hataların daha bilgün, daha yaşlı, daha tecrübeli, daha yüksek dereceli yargıçlar tarafından düzeltildiği az değildir.

1927 yılında, bugünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk tasarısını hazırlamağa memur komisyonda raportörlük vazifesi bana düşmüştü.

Bir usul kanunu her şeyden önce adaletin haksızlığa yer vermeden icra edileceği hususunda halka pek çok teminat vermek gerektiğinden, bu komisyonun raportörü sıfatile istinaf mahkemelerinin ilgasından mütevellit mahzurları karşılamak için Yargıtaya istinaf rolü verilmesini mesai arkadaşlarıma teklif ettim. Onlar da bana hak verdiler. Yargıtayın istinaf mahkemesi rolünü yaparak ilk yargıçların bütün hatalarını tashih edebilmesi için yetkisini genişletmek gerekti. Hayli münakaşalar-

dan sonra, Yargıtayın, yalnız hukukî hataları değil, bir olayın vakî olup olmadığı noktasında ilk yargıçların düştükleri hataları da tashih edebilmesi maksadiyle «*mesaili maddiyenin takdirinde hata*» yi ve ilk mahkemenin her ne suret ve sebeple olursa olsun takdiri kendine ait olan bir noktada hâdisenin icabına uygun karar vermemesini nakız sebeplerinden biri olarak kabulde ittifak ettik.

Koduğumuz bu hükümle Yargıtay artık gerçek anlamında bir istinaf mahkemesi oluyordu. Onun eski istinaf mahkemelerinden farkı, tek ve yetkisi bütün Türkiye'ye şamil olması idi. Temyiz usulüne dair diğer hükümlerin bu esasa uygun olması gerekti. Fakat, o vakitki mesai arkadaşlarım, hususile adını saygıyla andığım komisyonumuza başkanlık eden Temyiz Mahkemesi birinci reisliğinden emekli Şevki Bey merhum Yargıtayın gerçek mânasile bir derece mahkemesi olmasına taraftar değildi. Bu sebeple ısrarlarıma rağmen, temyiz usulüne dair konan hükümler prensip ile ahenkli olmadı. Uzun münakaşalardan sonra, karşılıklı ve zıt fikirler uzlaştırılarak bugünkü meri sistem kabul edildi:

Yargıtaya, temyiz edilen kararı hatalı bulması halinde, iddia ve müdafaaların açıklanması için yeniden soruşturma ve incelemelere ihtiyaç bulunmadığı takdirde davanın esasına hükmetmek salâhiyetini verdik.

Yargıtayın temyizen tetkik ettiği hükmü hatalı bularak bozması halinde davayı ilk mahkemeye havale etmeksizin esasından halledilemek salâhiyetini kullanacağı üzerine hesap etmiştim. Bu şerait dahilinde artık İstinaf mahkemelerine hiç lüzum kalmadığı kanaatine vararak bu görüşü müdafaa ettim. Temyizin yeni rolü iyi tatbik edilirse işleri kısıltacaktı.

Fakat, tatbikat bana hak vermedi. Bilhassa, son zamanların ekonomik ve sosyal icapları dolayısıyla kabul edilen kanunların tatbiki neticesi asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde açılan davalar çoğaldı. Verilen hükümlerin mühim miktarı temyiz olunuyordu. 1948 yılı ilk altı ayında Yargıtaya arzolunan davaların sayısı 53 bini aşmıştır. Yani yılda 100,000 iş. Yüksek mahkemenin iş hacmi üyelerinin hudut aşırı yorulmasına sebep olarak, onların teorik incelemeler için ayırabilecekleri vakti çok daralttı.

Yargıtay tahmin dışı bu durum karşısında, kanunun verdiği salâhiyeti de kullanmıyarak, temyiz edilen hükmü bozduktan sonra davayı esasına girişmeksizin, yeni bir inceleme ile yeni bir karar vermesi için ilk mahkemeye havale etmeği âdet edindi.

Diğer taraftan, Yargıtay «*mesaili maddiyenin takdirinde hayat*» yi bir nakız sebebi olarak kabul eden Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 428 inci maddesinin 5 No.lı fıkrasını «*delillerin taktiri mahkemeye ait*» olduğu gerekçesile nazarı dikkate almamaktadır. Böylece, şahitlerin

şahadetinin, bilirkişilerin mütalâalarının hatalı takdirlerinden şikâyetleri çokluk temyizde bahis konusu etmek kabil olmuyor. İlk yargıçları hataya düşüren sebeplerin yeni bir incelemeye tâbi tutulmaması ve üzerinde durulmaması rasyonel olamaz.

Vakıa, Yargıtay Ticaret Dairesi 1946 yılında taammül haricinde önemli bir karar aldı. Bir Asliye Ticaret mahkemesi mantıksızlığı göze çarpan, hiçbir tetkika dayanmayan bilirkişi raporunu hükmüne esas tutmuştu. Yargıtay derin bir görüşe dayanan kuvvetli bir gerekçe ile bu hükmü bozarak, ilk mahkemenin taktir hatalarını kontrol salâhiyetini belirtti. *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, İspat Teorisi* kitabımızda No. 541, hararetle müdafaa ettiğimiz bu karar, Yüksek mahkemenin iş hacmi itibarile, öyle tahmin ederim ki münferit kaldı. Bununla beraber, Yargıtay bazen ağırlığı kilolar tutan yüzlerce kâğıttan mürekkep kabarık ve karışık dosyaların bütün muhtevasını okumağa mecbur olduğu kanaatle vakit kaybetmektedir. Büyük hacimde dosyanın ne kadar büyük ihtimamla olursa olsun yalnız başına incelenmesi halinde hatalardan kaçınmak mümkün olamaz.

* * *

Yargılama usullerinde islâhata temyiz usullerinden başlamak zarureti vardır. Sayın arkadaşım Ord. Profesör Vasfi Raşit Sevig de Vatanda çıkan bir yazısında bu noktayı tebarüz ettirmektedir. (26/6/1948) Yüksek mahkeme bu sıfatile ilk yargıçlara ders verecek, onlara doğru yolu gösterecektir. Ancak, Yargıtayda tatbiki gereken usul ve hükümlerde tamamı tamamına sayın Sevig'in fikir ve kanaatlerine iştirak edemediğime müteessifim.

Temyiz usullerinde islâhain başında, Yüksek mahkemenin iş hacmini rasyonel hadde indirerek hüküm vermeden önce müdafaa ettikleri nizalı işte, karşılıklı olarak, teorik icaplara dayanmaları menfaatleri icabından olan avukatları dinlemek ve üyelerine etüt yapabilmek için vakit bırakmak gelir.

İyi hâkimler kötü kanunları teorik icaplara uydurarak haklı şikâyetleri önleyebilecekleri muhakkak olduğu gibi, iyi usullerin de hâkimlerin yüzlerini ağırtacağı muhakkaktır. Kanaatim şudur ki, iyi usuller sayesinde Türk Yargıtay kararları da kuvvetli gerekçelere dayanarak hukuk ilminin tekâmülünde önemli bir rol oynayacak, büyük milletlerin Yüksek mahkeme kararları gibi Dünya dergilerinde yer alacaktır.

* * *

Yargıtayın iş hacmini azaltmak için miktar bakımından, önemi fazla olmıyan davaların kat'î neticeye bağlanmasını ayrıca kurulacak üst mahkemelere bırakıp temyizini kabil addetmemek hatıra gelen ilk çaredir. İsviçrede muayyen bir haddi aşmayan davalarda verilen kararlar hakkında Federal Mahkemeye müracaat yolu açılmamıştır.

Üst mahkemelerin yalnız önemli olan davalar hakkında vereceği kararlar bir kere de Yargıtayda temyizen incelenecektir. Bu suretle Yargıtay, üst mahkemelerin kararlarını bozmak yetkisi olan daha yüksek bir mahkeme kalacaktır.

Yargıtay işi hem çabuk neticelendirmek, ve hem de taraflar arasında ihtilâflı olan meselede tam bir kanaat hasıl edebilmek için dosyada bulunan ve ihtilâf konusunu aydınlatma bakımından faydası olmıyan kâğıtları okumakla vakit geçirmemeli, tarafların görüşlerini ehliyetli avukatlar dilinden öğrendikten, üzerinde durdukları *mahdut* vesikaları inceledikten sonra kararını vermelidir.

Fakat, bazan hakikatin açıklanması için şahitlerin ve bilirkişilerin yeniden dinlenmesine, tarafların tekrar sorguya çekilmesine zaruret hasıl olabilir. İlk hâkimlerin şahitleri ve tarafları ve bilirkişiyi sorguya çekerken bitaraflıkla hareket etmiş olmamaları mümkündür.

Ankarada bulunan Yargıtayın memleketin öte ucunda bulunan şahitleri ve tarafları huzuruna celbetmesi çok vaktini alacağından kat'î nazar, bahis konusu menfaatin kaldıramıyacağı masrafa da sebebiyet verir. Bundan başka, Yargıtayın rolü bu derece genişletilirse dairelerinin miktarını da çoğaltmak gerekecek, neticede otoritesi azalacaktır.

Bu sebeplerden ötürü, davaların ikinci derece görülmesi için yetkileri Türkiyenin muhtelif bölgelerine inhisar edecek altı veya yedi üst mahkeme teşkili zarureti vardır. Salâhiyeti bütün Türkiyeye şamil olacak Yargıtay bölge üst mahkemelerinden verilecek önemli kararları temyizen tetkik ederek kanunların tatbik ve tefsirinde içtihat ve anlayış birliğini temin edecektir.

Büyük işlerde Yargıtayın vereceği kararlar onun yüksek otoritesi ve kararlarında ileri süreceği teorik gerekçeler sayesinde üst mahkemelerin temyiz edilemiyen kararlarına da örnek olacaktır.

Yargıçların üzerinde fazla işlemeden verecekleri kararlar kötü âdetlerin ve teamüllerin ilk adımını teşkil eder. Yargıtayın mahdut önemli işlerde vereceği gerekçeli kararlar kötü teamülün ilk adımını atan hâkimleri teyakkuza davet ederek adımlarının geri alınmasında âmil olacaktır. Fakat, Yargıtayın işleri azalmadıkça bu mahkemeden, meselâ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında olduğu gibi, kararlarında teorik münakaşalar, tarafların iddia ve müdafaasına esas tuttıkları

İlmî görüşlerin ince analizleri beklenemez. Yargıtay kararlarının manevî nüfuzları kararlarında yapılan analizlere verilen önemle mütenasıptir.

Kısaca, üst mahkemeler kurulması, incelediği büyük önemdeki işler münasebetile olsun, hukukta tekâmül ve birlik sağlayacak tek bir Yargıtay teşkili lüzumunu bertaraf edemez.

Davaların ilk mahkemede neticelendikten sonra, bir kere istinaf, bir kere de temyiz yolile tekrar görülmesi zaten tahammül edilmez derecede uzayan yargılamaları biraz daha uzatmıyacak mıdır?

Müspet cevap verecek avukatlar, iş sahipleri, yargıçlar pek çok olduğunu tahmin ederim.

Bugünkü temyiz usulü ve şekli olduğu gibi, veya aşağı yukarı muhafaza edilecekse ben de onlar gibi evet demekte hiç tereddüt etmem, Mecliste müzakeresine başlanmış olan projede temyiz incelemelerinde mer'i kanun ve teamül hükümleri hemen olduğu gibi muhafaza edildiği için bu teşkilâtın gerçekten işleri uzatmasından endişe edilir.

Halen az çok karışık bir dava asliye mahkemesinde ortalama iki yılda neticelenmektedir. Hüküm temyiz edilip de bozulursa ilâmın temyize sevki gününden kat'i neticeye kadar çok işlerde iki yıldan daha fazla zaman geçmektedir. Halbuki, pek çok işler Yargıtayda umumiyetle tahmin edildiğinden pek kısa bir zamanda karara bağlanmaktadır. Mahkemelerde Adalet Bakanlığının tensibile yaptığım incelemelerde bazı işlerin Yargıtaya gelmesinden bir kaç gün sonra bile çıktığını gördüm. Fakat, kanunî ve teamülî sistem icabı olarak, iş Yargıtay dairesinden bu kadar çabuk çıktığı halde kat'i neticeye çabuk bağlanamamaktadır.

Hele, istinafta da bugünkü temyiz usulüne yaklaşan usuller kabul edilirse davaların kat'i neticeye bağlanması hiç olmazsa bir yıl daha uzar.

Adalet makinesinin iyi randımanla işleyebilmesi için, temyiz usulünü daha çok basitleştirmek, ve aynı zamanda ciddi tetkikatı temin için bugünkü sisteme nazaran daha pek çok garanti kabul etmek zarureti vardır.

Prof. Sevig yazısında, Yargıtayda mürafaayı kaldırmağa temayül etmekte, Yargıtayda Yargıtay üyeliğinden emekli avukatlardan bir hususî baro kurulmasını ve onların lâyhalarında ileri sürecekleri temyiz sebeplerini üyelerinden birine kontrol ettirdikten sonra neticenin ilâm müsveddesi şeklinde heyete arzedilmesi görüşünü ileri sürüyor. Bu biraz tehlikelidir.

Sevig, Yargıtayın tetkikatını ancak tarafların ileri sürdükleri sebebe hasretmesi zaruretine işaret ediyor. Ben de bu görüşü her vesile ile mü-

dafaa etmişim. Yalnız bu noktada yapılacak tadilâtın bile pek büyük amelî faydası olacaktır.

Adalet Bakanlığına vermiş olduğum projede de bu esası kabul etmişim.

Adalet Bakanı Ş. Devrin, İstinaf ve Temyiz Usulü Kanunu tasarısını hazırlamağa beni memur etmişti. Projemde, İstinaf ve Temyizde geçecek topyekûn zamanın bir taraftan bugün fiilen Temyizden nakız üzerine hüküm kat'iyet kesbedinceye kadar geçmekte olan zamanın yarısından az olmasını, diğer taraftan da halen mevcut olmıyan iyi bir adaleti garanti edecek esaslı prensip tâdillerini temin imkânı hasıl oldu.

Bir kaç makale ile projemin esaslı fikirlerini anlatmağa çalışacağım.

İlgili muhitin ileri süreceği mülâhazalar projenin tamamlanmasını, düzeltilmesini temin edecektir.

II

İSTİNAF

1. İstinaf edilebilen hükümler

I — İstinaf edilebilen hükümleri tahdit etmek zarureti vardır. Yeni bir inceleme masraf ve zahmetine tahammül edemeyecek miktar, veya kıymette olan iddiaların kısa bir zamanda kesin kararla neticelendirilmesi tarafların menfaatine uygun olduğu kadar, umumî menfaatlere de uygundur.

Önemi az davaların istinaf edilmemesi tarafların menfaatine uygundur, çünkü, bu yasaklık onları istinaf ile elde edilecek menfaata nisbet hadden aşırı masraftan ve yorgunluktan, üzüntüden kurtarır. Küçük işlerdeki adli hataların husule getirdiği tesirler tarafların katlanamayacağı derecede ağır değildir, onların ekonomik varlıklarını, sosyal durumlarını tehlikeye düşürmez. Bu davalar uzamak gerekirse vaziyete tahammül edemeyecek olan tarafın iddiasından ya vazgeçmesi veya onu yarıda bırakması ihtimali çoğalır.

Önemi fazla olmıyan iddialarda verilen kararların yeni bir incelemeye tâbi tutulmaması umumî menfaatlere uygundur, çünkü, her davada verilen kararın ikinci bir incelemeye tâbi tutulması üst mahkemelerin işlerini çoğaltacağından, sayılarının arttırılmasını gerektirir. Yargıçların sayısının çoğalması ise o nisbette maaşlarının azaltılması zaruretini do-

ğurur. Bundan başka, yüksek ehliyeti olup yargıçlığı kabul edeceklerin sayısı fazla olmadığından, çok miktarda kurulacak yüksek mahkeme kadrolarını doldurmak ta kabil olmayacaktır.

Nihayet, kıymet itibarile önemli sayılamıyan niza ve ihtilâflarda verilecek hükümlerin istinaf edilmemesi için diğer bir sebep te şudur: Ufak işlerde ihtiraslar fazla olmadığı için taraflar dertlerini Yargıca doğru söylüyor, kaçamaklı cevap vermeden kestirme gidiyorlar. Bu sebeple yargıçların hataları nispeten az oluyor. Tarafların dava karara bağlandıktan sonra kararın isabetsizliğini meydana çıkarmak için gayret sarfederek delil toplamaları istisnaî kalıyor.

Yargıtayın Asliye Hukuk dairelerinden verilen kararları görmeğe yetkili beş dairesi, bütün sulh mahkemelerinden verilen kararları görmeğe yetkili bir tek dairesi vardır. Tahmin ettiğime göre sulh mahkemelerinde açılan davalar sayıca asliye mahkemelerinde açılan davalardan çok fazla olduğu halde tek temyiz dairesi tarafından incelenebilmesi bu mahkemelerden verilen kararların nisbeten pek azı temyiz edilmesinden ileri gelmektedir.

Mer'î Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bu mülâhazalarla 25 liraya kadar olan davalarda verilen hükümleri kesin sayarak temyizini kabil addetmemiştir. Paranın bugünkü kıymeti itibarile bu miktarı projemde 100 liraya çıkardım. Ancak, bir taraftan kıymet taktirindeki zorluğu, diğer taraftan hatalı bir hükmün sebep olabileceği ekonomik sarsıntıları gözönünde tutarak gayrimenkul üzerinde aynı haklara, aile haklarına ve genel olarak kıymeti para ile taktir edilemiyen malî haklara dair davaların istinaf edilebilmesini kabul ettim.

Miktar veya kıymeti önemli olmıyan davalarda verilecek hükümleri kesin addetmekle beraber, yargıçın kanunun bu hükmünden faydalanaarak bir tarafı iltizam ile karar vermesi ihtimallerini önlemek için, istisnaen, adalete yabancı mülâhaza ve sebeplerle verilen hükmün her halde istinafını kabil addettim.

Nihayet, bir bölgede kanuna, sosyal menfaatlerin icaplarına aykırı, işlerin gelişmelerine engel kötü teamüllerin yerleşmesini önlemek zarureti bulunduğunu gözönüne getirerek başsavcıya, gereğinde, istisnasız olarak her kararı kanunun menfaati için temyiz edebilmek yetkisini vermekte tereddüt etmedim.

Projemin istinaf haddini tayin eden maddesi şudur:

Madde 1 — Gayrimenkul aynı haklara, aile haklarına, kıymeti taktir edilemiyen, veya yüz lirayı aşan alacak, menkul mal iddialarına

dair hükümler istinaf olunabilir. İstinaf edilmeyen bir hüküm adalete yabancı mülâhazalarla bir taraf iltizam edilerek verildiği hissedilirse istinaf yolile bozulabilir.

2. İstinaf mercii

Davaların ikinci derecede olarak üst mahkemelerde görülmesi kaidedir. Fakat, bir taraftan, yüksek ilmi otoritesi olan zevatın miktaren mahdüt bulunması itibariyle Türkiyenin her ilinde üst mahkeme teşkiline imkân görülememesi, diğer taraftan da, küçük kasabalarda ve muhitlerde vazife alan yargıçların bazan etraftan gelen manevî tazyik altında adaleti tam bir serbestlik ve bitaraflıkla yapamadıkları medenî milletlerde yapılan tecrübelerle anlaşılması itibariyle üst mahkemelerin büyük merkezlerde teşkili zarureti bulunduğunu gözönünde tutarak hem bu mahkemelerin işleri çoğalmaması hem de, tarafların kıymet itibarile küçük olup mahalli nüfuzun fazla tesir etmediği davalarını uzakta teşkili zarurî olan bölge mahkemelerinde müdafaaya mecbur kalmamaları için sulh mahkemesi kararlarının buldukları ilçe veya il asliye mahkemesinde istinafı usulünü kabul ettim.

Kabul ettiğim madde şudur:

Madde 2 — Sulh mahkemelerinden verilen kararlar bu mahkemelerin buldukları yer asliye mahkemesinde, asliye mahkemelerinden verilen kararlar bölge üst mahkemesinde istinaf olunabilir.

3. Yargıçın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi

Doğrusu, ilk mahkeme yargıçlarının reddinde yürüyen usullerin üst mahkeme yargıçlarının reddinde de tatbik edilmesidir. Fakat, Meclise sunulmuş olan *Hukukta yargılama usul kanun* tasarısında kabul edilen sistem davaların sür'atle yürümesini sağhyamadığı gibi, taraflar için de fazla bir garanti teşkil etmediğinden, davayı istinafen veya temyizen tetkik edecek yargıçların reddinde bazı özel hükümler teklifi zaruretini duydum. Davaları fazlasiyle geciktiren sebeplerden biri de yargıçın reddine dair mer'i usul ve teamüller olduğu şüphesizdir. Hiç olmazsa üst mahkemelerde hâkimin reddi yüzünden işlerin fazla gecikmemesi gerekir. Teklif ettiğim hükümlere Nöşatel kanunu esas tutulmuştur.

Meclise verilen tasarıya göre taraflar davayı takip için tayin ettikleri vekile, onun bulabileceği bir sebeple yargıcı red için salâhiyet verebilirler.

Halbuki yargıcın reddi taleplerinin ciddiyetini temin için, yargıcı reddedecek kimse ileri süreceği sebebin yargıç üzerine yapacağı tesiri bizzat düşünmek lâzımdır. Red talebini doğrudan doğruya tarafın imza etmesi mecburiyeti onun cesaretini kırmağa kâfi gelebilir.

Red doğrudan doğruya tarafın imza edeceği istida ile istenebileceği gibi, red sebebinin ve reddedilecek hâkimi tayin suretile onun vereceği özel salâhiyetle bir avukat tarafından imzalanan istida ile de istenebilir.

Reddedilecek yargıcın taraflardan biri imiş gibi dosyayı tetkikten geçirmesi faydasızdır. Yargıcın tarafın red talebinde istinat ettiği maddi hâdise hakkında derhal müspet veya menfi bir cevap vermesi iktiza eder.

Ciddi olmıyan ve sırf muhakemeyi talik maksadile ileri sürülen red taleplerini önlemek için bu talebin oturum günü değil, daha evvel ileri sürülmesi gerekir, oturum gününe kadar red hakkında karar verilebilirse bu yüzden davanın talikına mahal kalmaz.

Tatbikatta çok kere hak suiistimal edilerek, varit olmadığı açık, veyahut, hiç yoktan icat edilen sebeplerle yargıç reddedilmektedir. Bunun canlı misalini bir İstanbul yargıcından duymuştum. Davacı yalan olduğu pek açık bir sebeple hâkimi reddetmek için birine bir istida yazdırmış, sonra düşünmeden, pek tabii bir tavırla yargıça uzatarak muhakemenin talikini istemiş. Yargıç istidayı okuyunca hayretten kendini alamıyarak müstedinin nazarı dikkatini celbetmiş. Ancak o vakit yaptığıının farkına varan müstedi duyduğu hicap ile özür dilemiş ve istidasını geri almış.

Taraflar yargıcı davanın herhangi bir safhasında reddedebilmek için ona hakaret etmeleri yeterse Adliyenin otoritesi sözde kalır. Medenî Kanun umumî olarak, suiistimal edilen bir hakkı yok farzettığından, davayı uzatmak kötü düşüncesile ileri sürülen yargıcın reddi talepleri nazara alınmadan tahkikata devam edilmek zarureti vardır.

İstinafta yargıçların reddi hakkında kabul ettiğim madde şudur:

Madde 3 — Taraflardan herbiri, istinaf başkan ve âzalarını Hukukta Yargılama Usulü Kanununun 37 inci maddesinde yazılı bir sebeple reddedebilir. 36 ncı maddede yazılı sebep varsa yargıç davaya bakamaz.

Yargıcı reddetmek için ihdas edilen, veya varit olmadığı açık olan sebep nazara alınmaz.

İstinaf eden red sebebinin biliyorsa talebini istinaf arzuhaline bağlayacağı özel bir arzuhal ile ileri sürmek gerekir.

Aleyhine istinaf istenen bildiği red sebebinin cevap lâyihasına bağlayacağı arzuhal ile ileri sürebilir. Arzuhal veya cevap lâyihasına bağlı arzuhal ile ileri sürülmemiş olan red sebebi nazara alınmaz.

Taraf red sebebini kusuru olmaksızın daha sonra öğrenmişse o tarihten 2 gün içinde, ve her halde öğrenmesini müteakip yapacağı ilk usuli muameleye bağhyacağı arzuhal ile ileri sürmek gerekir.

Yargıç bizzat taraf veya tarafın reddedilecek yargıcı ve ne sebeple reddedileceği tayin suretile özel olarak yetki verdiği bir avukat tarafından imzalı istida ile reddedilebilir.

Red talebi 3 nüsha arzuhal ile beyan edilir. Başkâtip arzuhalin bir nüshasını reddedilen yargıca tebliğ eder.

Yargıç 3 gün içinde bu talep hakkında cevabını başkâtibe bildirir. Başkâtip arzuhalin diğer nüshalarını yargıcın cevabı ile beraber hasım tarafa tebliğ eder.

Red talebinin kabulünde taraflar ve yargıç ittifak ederse keyfiyet zapta geçirilir, yargıç davaya bakmaktan istinkâf eder. Reddi istenen yargıç, veya hasım taraf iddiayı kabul etmezse bu hususta mahkeme başkanı karar verir. Başkanın reddi taleplerine reddedilen başkan hariç, bütün istinaf üyeleri karar verir.

Reddi kabul eden kararın hatalı olduğu Yargıtayda iddia edilemez. Reddi kabul etmiyen karar Yargıtayda esas hükümle beraber temyiz olunabilir.

4. Kim istinaf edebilir?

I. İlk mahkemede iddiası reddolunan taraf veya taraflardan birini müdafaa için müdahale etmiş olan kimse verilen hükmü istinaf edebileceği gibi, taraftan dava konusu olan hakkı hükümden evvel veya hükümden sonra temellük eden, veyahut tarafa mirasçı olarak halef olan kimşenin de derkâr olan menfaati itibarile istinaf edebilmesi kabul edilmiştir.

II. Taraflardan biri aleyhine icra takibi yaparak malları bulunmaması sebebiyle hakkında aciz vesikası almış olan alacaklıya da hükmü istinafen islâh ettirebilmek salâhiyeti verilmesi gerekmektedir. Gerçekten, borçlu, muayyen bir alacaklısını korumak için diğerlerinin zararına kasten ona asılsız davayı kendisi açtığı, veyahut borcunu ödeme imkânlarını nasıl olsa kaybetmesi itibariyle lâkayıt kaldığı için verilen hükme karşı kanun yollarına müracaatı ihmal etmesi ihtimalleri vardır. Borçluların vaziyetleri itibarile masraftan kaçınarak, veya hasımlarile gizli veya açık anlaşarak aleyhlerine verilen hükme rızalarını iptal ettirmek zarureti vardır.

III. Kanun veyahut tüzel kişi nizamnamelerinin bazı çeşit sulistimalleri önlemek için dava ikamesini veya müdafaaasını bazı makamların izinine tâbi tuttıkları vakidir. Medenî Kanun bu düşünce ile vasinin

kasır namına dava açmasını, veya müdafaa etmesini sulh yargıcının müsaadesine tâbi tutmuştur.

Dava ikame veya müdafaa edebilmek için yetkili merciden izin almış olan mümessil ilk mahkemede davasını kaybederse verilen hükmün istinafen tetkikini istiyebilmek için yetkili makamdan yeniden izin almak gerekir. Bu makam davada ileri sürülen karşılıklı müdafaaları, ibraz ve istima olunan delilleri, hükmün gerekçesini göz önünde tutarak mümessilin davayı istinafen takip etmesi temsil ettiği menfaatin icabına uygun olup olmadığını araştırmak gerekir. Yoksa, mümessilin aldığı izin ile açtığı dava mutlaka haklı olduğu sabit noktasından yürüyerek, derecat üzere haksız durumda ısrar etmesi için müsaade edilemez. Fiiliyat sahasında, Devlet adına açılan veya müdafaa edilen önemi hiç hükmünde olan davalarda bile, mümessilin mes'uliyet korkusu ile kanaati haricinde verilen hükme karşı açık bütün kanun yollarına müracaat ettiği çoktur. Mes'uliyet korkusu ile sonuna kadar ısrar edilen bu takipler yüzünden hasım taraf zor kaldırabileceği zararlara maruz kalıyor. Muhakemat Müdürlüğü dosyaları gittikçe kâbarıyor.

Bundan ötürü, asliye mahkemesinde ancak bir makamdan alabilecekleri izin ile dava açabilecek kimselerin aleyhlerine verilen hükmü yeniden alacakları izin ile istinaf edebilmelerini kabul ettim. Tabii olarak, izinle dava açmış olan mümessil davayı kazanmışsa yeniden izne muhtaç olmadan diğer tarafın istinaf talebine karşı müdafaa edebilir.

IV. Adli müzaheretten faydalanan kimseler de aleyhlerine verilen kararı istinaf edebilmek için geçen paragrafta yazdığımız sebeplere benzer sebeplerle yetkili merciden yeni bir müzaheret kararı almaları gerekir.

V. Dava vekilinin müvekkili aleyhine verilen hükmü istinaf etmesinde de geçen paragrafta yazdığımız mülâhazalar az çok varittir. Bizzat müvekkilin verilen hüküm üzerinde düşündükten sonra vekiline istinaf için emir vermesi gerekir. Şu var ki davanın istinafı için verilecek vekâletname altındaki imzanın resmen tasdikine lüzum yoktur.

Davayı kazanan vekilin istinafen müvekkilini müdafaa etmesi için ise yeniden salâhiyet almasına lojik bir lüzum yoktur.

VI. Birden ziyade kimseler hakkında verilmiş olan ve her biri hakkında parçalanması kabil olmıyan hüküm onlardan birinin talebi üzerine istinafen islâh olunursa bu islâhtan hepsinin faydalanması tabii ve işlerin icabına uygundur.

Kimlerin istinaf edebileceği hakkında projemin hükümleri şudur:

Madde 4 — Taraflardan her biri diğèrinin muvafakatine lüzum olmadan verilmiş bir hüküm istinaf hakkından vazgeçebilir. İstinaftan vazgeçme hükmün sadir olduğu mahkemeye verilecek bir arzuhal, veyahut, bu mahkeme başkâtibi tarafından zapta geçirilecek bir beyanla olur. Bu halde, ilk mahkemenin hükmü kesinleşir.

Madde 5 — İstinaf, ilk mahkemede ileri sürdüğü iddia ve müdafaa tamamen veya kısmen reddedilen taraf, veyahut davaya dahil olmuş üçüncü şahıs, veyahut bunların bütün haklarını veya hükme konu olan hakkını iktisap eden kimseler tarafından istenebilir.

Madde 6 — Elinde muvakkat, veya kat'i aciz vesikası olan her alacaklı borçlusu aleyhine verilmiş mali haklara dair hükmü borçluya tebliğinden itibaren yürüyen süresi içinde istinaf edebilir. Hüküm istinafen islâh edilirse istinaf eden alacaklı hakkında İcra ve İflâs K. nun borçlunun tasarruflarının ptaline dair hükümleri tatbik olunur.

Madde 7 — Dava ikamesi, veya açılan bir davayı müdafaa için resmî veya hususî bir makamın iznine muhtaç olan mümessiller, veya tüzel kişi uzuvları hükmü istinaf için dahi aynı izni almaya mecburdurlar. Fakat, onların hasım tarafından yapılan istinaf iddiasını müdafaa, veyahut karşılıklı olarak istinaf edebilmek için yeniden izin almaları gerekmez.

Madde 8 — Asliye mahkemesinde davayı takip için tayin edilen vekil müvekkilinin yazılı izni olmadan verilen hükmü istinaf edemez. Dosyada müvekkil tarafından imzalanmış vekâletnamenin aslı varsa istinaf için verilen izin kâğıdı altındaki imzanın resmen tasdiki gerekmez.

Hasım ilk mahkemenin hükmünü istinaf ederse müdafaa veya karşılıklı olarak hükmün aleyhte noktalarını istinaf için vekilin ayrıca müvekkilinden salâhiyet alması gerekmez.

Madde 9 — Birden ziyade kimseler aleyhine verilen ve her biri hakkında parçalanamıyan bir hüküm birinin istinafı üzerine islâh edilirse islâhtan diğèrleri de faydalanır.

Madde 10 — Hüküm müteselsil borçlulardan birinin istinafı üzerine islâh edilirse, islâhtan diğèrleri de faydalanır. Şu kadar ki, islâh eden tarafın şahsına mahsus bir müdafaa istinafen kabul edilmiş bulunursa islâhtan diğèrleri faydalanamaz.

Madde 11 — Hüküm altına alınan mala iştirak halinde malik bulunanlardan herbiri hükmün istinafını isteyebilir. Hüküm islâh olunursa bu islâhtan diğerleri de faydalanır.

Bir varisin hükmü istinaf etmesi mirası kabul etmesini tazammun etmez.

Madde 12 — Adli müzaheretle dava açmış, veya müdafaa etmiş olan taraf, aleyhine verilmiş olan hükmü istinaf etmesi halinde adli müzaheretten faydalanamaz. Adli müzaherete nail olan kimse aleyhine istinaf istenmesi halinde evvelce verilmiş müzaheret kararı istinaf masraf ve harçlarına da şamildir.

M. Reşit BELGESAY