

## **TEK OY FARKIYLA ÇIKABİLEN OLMAYACAK BİR İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI**

*Prof. Dr. Bilge UMAR\**

### **I. KARARIN ÇIKMASINA YOL AÇAN HUKUK SORUNU VE ÇATIŞAN GÖRÜŞLER**

Yargıtayımızın tarihinde, çıkmamış olması gereken kararların, hatta içtihadı birleştirme kararlarının her nasılsa çıkabilmiş bulunduğu örnekleri çoktur. Bu gibi örneklerin başında, öğretiyapıtlarında oybirliğiyle eleştirilen, 25.4.1945 günlü, E. 21 K. 9 sayılı İctBK gelir (RG 28.7.1945, No. 6069). Bu İctBK, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, uyuşmazlığın esası hakkında henüz karar verilmediği ve dâvacının davayı görevli/yetkili mahkemeye taşıyıp orada esası hükme bağlatmak hakkı bulunduğu halde, sanki onun haksızlığı şimdiden tesbit edilmiş gibi, yargılama harç ve giderlerinin (vekâlet ücreti dâhil) ona yükletilmesi gerektiği yolundaydı ve bu çözümü reddeden HMK m. 331 f. II yürürlüğe girinceye kadar, yâni yarım yüzyılı aşkın zaman boyunca, uygulandı. Yargıtayın, HMK yürürlüğe girinceye kadar, yerleşmiş içtihadıyla kabul ettiği “Kısmî dâva açan kişi alacağıının geri kalanını ayrıca talep hakkını saklı tuttuğu açıklamasında bulunmamışsa o geri kalan bölümden feragat etmiş sayılır” içeriğindeki çok haksız ve dayanaksız, ancak mahkemelerin üzerindeki ezici iş yükünü bir miktar hafifletmeye yarayabilecek çözümü benimsemiş içtihadı dahi yeni HMK m. 109 f.III ile tarihe gömülünceye kadar, nice hak kaybına yol açarak, uygulandı.

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Arkamız kalemiz Yargıtay'dan çıkabilen bu gibi hak çiğneyici kararların yeni bir örneği yakın zamanda, üstelik bir İçtihadı Birleştirme Kararı olarak, “zuhur” etmiştir (tarih 21.2.2014, E. 2013/1 K. 2014/1). Karar Hukuk Genel Kurulu'ndan (Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'ndan) çıkmıştır; oysa bizim dalımızdaki akademisyenlerin ve özellikle genç akademisyenlerin çıkardığı “Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi”nde (cilt 10 sayı 27, yıl 2014 sayı 1) s. 69'da, Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Büyük** Genel Kurulu'ndan çıkmış gösteriliyor. Bunu görünce şaşırđım; çünkü karar metninde listelenen “Görüş aykırılığının giderilmesi istemine konu olan kararlar” arasında, Ceza Genel Kurulundan veya o kurula mensup dairelerin herhangi birinden çıkmış bir tek karar bulunmamaktadır ve içtihat uyumsuzluğu, o listeye bakılırsa, sadece Hukuk Dairelerinin kararları arasındadır. Böyle olunca niçin sayın cezacıların da işe karıştığı ve Yargıtay ceza daireleri mensuplarının da katılımıyla “Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Büyük** Genel Kurulu”ndan karar çıktığı anlaşılamiyor. Üstelik, karar metni başında, o konuda bir İçtBK çıkarılması gereğinden söz ederek Birinci Başkanlığa başvuran avukatların dahi dilekçelerinde **daireler** arasında içtihat uyumsuzluğu bulunduğuna değinildiği görülmektedir. Dairelerden herhangi biri ceza dairesi de değildir. Oysa, **yalnız hukuk dairelerinin içtihatları arasında** ortaya çıkan bir çözüm uyumsuzluğunu içtihadı birleştirme kararına bağlamak konusunda görev, Yargıtay Kanunu m. 16 bent 5 karşısında, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na düşmezdi (Yargıtay K., m. 15 bent 2, alt bent b gereğince Hukuk Genel Kurulu'na düşerdi). Dergideki ifadeye anlam veremeyince internet'e girdim, Google arama satırına “İçtihadı Birleştirme Kararı 21.2.2014” yazıp “ara” komutu verdim; karşıma kararın Resmî Gazete'deki metni çıktı ve bu kararın, anladığım üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Hukuk** Genel Kurulu'ndan çıkmış olduğunu gördüm. Dergiyi çıkarma yükünü üstlenmiş genç arkadaşlara uyarı: 1. Benim gördüğüm aksaklığı siz de görmeli ve kararın büyük genel kuruldan çıkmış olamayacağını anlamalı idiniz; 2. Daha dikkatli olmalısınız, hele verdiğiniz yollamalarda, andığınız isim, tarih ve numaralarda.

Şimdi işin özüne ve tek oy farkla, 75'e karşı 76 oyla çıkabilen kararın hakka hukuka aykırı içeriğine gelelim. İçtihadı birleştirme kararı, HMK'nun bugünkü “topal” sisteminde yâni bölge adliye mahkemelerinin istinaf mahkemesi işlevini yerine getirmesini düzenleyen maddelerinin yıllar boyunca

kâğıt üzerinde bırakılması ve adalet bakanlığının tam on yıldan beri (o kuralların daha HUMK yürürlükte iken 2004 yılında HUMK içine konmasından beri) inanılmaz bir rahatlıkla o kuralları kâğıt üzerinde bırakma ve hatta aynı kurallar yeni HMK içine aktarıldıktan sonra dahi “bunlar, ben onları yürürlüğe koyduğumu, bölge adliye mahkemelerinin istinaf mahkemesi olarak çalışmaya başladığını Resmî Gazete’de ilân edinceye kadar kâğıt üzerinde kalacaktır, eski HUMK’daki temyizle ilgili kuralların uygulanması süregidecektir” diyebilmekte olması sebebine karşımıza çıkan birçok hukuksal sorundan birini çözümlenmek çabasıdır. Sorun, HMK’nun **yürürlüğe girmiş** m. 394 kuralında, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi talebinin kabulü yahut reddi konusundaki ilk derece mahkemesi kararının bozulması için doğrudan kanun yoluna başvurulamayacağı, ama kararı veren mahkemenin kendisine dilekçe vererek itirazda bulunulabileceği (HMK m. 394 f. IV) ve **itiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği** kuralını (aynı madde, f. V) içerdiği halde, kâğıt üzerinde kurulmuş bulunan bölge adliye mahkemeleri ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf mahkemesi olmak işlevini yerine getirmeye on yıldan beri hâlâ başlamış olmadığı için, itiraz hakkında verilen kararı bozdurmak üzere kanun yoluna gitmek imkânı yasada açıkça tanındığına ve o hüküm yürürlükte olduğuna göre, bugünkü durumda, hangi kanun yoluna başvurulacağı sorunu olarak kendini gösteriyor.

Doğaldır ki uygulamada önce ilk derece mahkemeleri bu sorunla karşılaşmıştır, çünkü ihtiyatî tedbir kararı verilmesi her hukuk mahkemesinin yahut özel hukuk işlerine bakan diğer mahkemelerin görev alanı kapsamındadır, bunların her birinden ihtiyatî tedbir kararı çıkabilir ve yasa gereğince, çıkan karara itiraz, o mahkemenin kendisine yapılacaktır. Böylece, itiraz üzerine ilk derece mahkemesinden çıkan karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği hükmü yasada açıkça yer aldığına göre, istinaf yolu halen çalışmadığından başvurulabilecek tek kanun yolu temyizdir içeriğindeki kaçınılmaz mantıkla itirazcı kişi temyiz başvurusu yaptığında, itirazı çözümlen karar temyiz edildiğinde dilekçenin verileceği mahkeme de, temyiz edilen kararı vermiş olan, dosyanın hâlen bulunduğu hüküm mahkemesidir ve o da ilk iş olarak kendisine geçerli bir temyiz başvurusu yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır (HUMK m. 432). Fakat bu konuda mahkeme olumsuz karar vermiş olsa bile, bu olumsuz karara karşı kanun yoluna

gidilememesini şimdi gerektiren, eleştirdiğimiz İçtBK çıkıncaya kadar, temyiz dilekçesi vermiş kişinin o red kararına karşı aynı HUMK m. 432'nin özel kuralı (f. V) gereğince ayrı dilekçe sunarak temyiz başvurusu yapmak ve konuyu sonuçta ilgili Yargıtay Dairesinin incelemesini sağlamak olanağı bulunuyor idi. İşte bu suretle, yahut zaten ilk derece mahkemesi temyiz hakkı yoktur deyip dilekçeyi (temyiz başvurusunu) reddetmiş olmadığı için Yargıtayın bir hukuk dairesi önüne gelen sorunun o dairece hükme bağlanmış doğrultusu yönünden Yargıtay özel daire kararlarında tam bir bölünmüşlük vardı. İhtiyati tedbirle ilgili mahkeme kararına yapılmış itirazı çözümlen karara karşı *temyiz yoluna* başvurulabilir mi başvurulamaz mı sorununa değinen, incelediğimiz İçtBK başında listelenmiş özel daire kararlarından, “temyiz yolu yalnız nihaî kararlara karşı açıktır, oysa ihtiyatî tedbire itirazı çözümlenmiş karar bir nihaî karar değildir” gibi gerekçelerle temyiz yolunun cevazını reddeden dairelere (1., 3., 17. HD olmak üzere 3 daire) karşı “yasa, kanun yolunun açık olduğunu söylüyor; bakanlık istinaf yolunu hâlâ çalıştırmıyor diye kanunun çiğnenmesi düşünülemez, var olan tek kanun yolu hâlen temyiz yolu olduğuna göre biz de kanun yolu olarak temyiz yolundan yararlanılabileceğini kabul etmek zorundayız” mantığıyla temyiz yoluna gidilebileceğini kabul kaçınılmazdır görüşünü benimsemiş olanlar (4., 6., 8., 11., 13., 18., 19., 23. HD olmak üzere) 8 daire idi.

Sorunun görüşülmesi için HGK'nun 7.2.2014 günü ve 14.2.2014 günü yaptığı toplantılarda görüşler açıklanmış, konu tartışılmış ise de karar çoğunluğu oluşmadığından, 21.2.2014 günü üçüncü kez toplanılmış ve her nedense, olumsuz çözümü savunan 3 daire karşısında, temyiz yoluna başvurulabileceği doğrultusundaki, 8 dairesinin savunduğu görüş bu kez, 27 oy'a karşı 26 oy alarak tek oy farkla azınlıkta kalmış, karar olumsuz doğrultuda çıkmıştır!

Söz buraya gelince unutulmaz hocam, akademik meslekte yetiştiğim kürsünün (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Kürsüsü) başkanı Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'ndan öğrendiğim bir atasözünün doğruluğunu bir kez daha gördüm: (Bilimde ve mantıkta) **Oylar sayılmaz, tartılır**” Oyları tartmadan saymağa kalkarsanız işte böyle sonuçlar çıkar.

## II. DEĞERLENDİRME

### 1. Kararı bir oy farkla veren Yargıtay çoğunluğunun, MK m. 1 emrine rağmen, sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda öğretilerde söylenenlerden yararlanmak zahmetine katlanmadığı

Kararın kendi metninde, incelenen soruna öğretilerde nasıl yaklaşıldığı, hangi öğreti yapıtlarında ne gerekçe ile hangi sonuca varıldığı konusunda tek kelime yoktur; yâni, öğretilere bakmak zahmetine katlanılmamıştır veya öğreti yapıtlarında söylenenler, üzerinde durmaya değmez sayılmıştır.

Buna karşılık, karar metnine ekli, muhalefet şerhi denmesi adet olmuş eklemelerden yâni azınlık görüşü açıklamalarından 15. HD üyesi Adem Albayrak'ın açıklamasında, üçü de HMK tasarısını hazırlayan bilim kurulu-nun üyeleri (ve hatta lokomotifleri) olan Prof. Dr. Pekcanitez, Prof. Dr. Atalay ve Prof. Dr. Özekes'in ortak eserinde (HMK hükümlerine göre Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi Ankara 2011, s. 722'de) şimdiki İçtBK'nın vardığı sonucun tam karşısı çözümün yâni Bölge Adliye Mahkemesi istinaf mahkemesi olmak işlevini yerine getirmeye başlayınca kadar, ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz üzerine çıkan karara karşı kanunun öngördüğü kanun yolunun temyiz yolu olması gerektiğinin açıkça savunulduğu, keza Prof. Dr. Abdürrahim Karslı'nın Medenî Muhakeme Hukuku kitabında (3. Bsl., s. 758) aynı görüşün kabul edildiği vurgulanmıştır.

Bu çözümü savunduğu belirtilen öğreti yapıtlarına başkaları da eklenmeliydi. Örneğin, benim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi kitabımda (2. Bsl., Ankara 2014, s. 1156-1157'de yâni HMK m. 394'ün şerh edildiği yerde) şöyle açıklama vardır:

Fıkra V kuralına göre, itiraz üzerine verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabilir; fakat yeni HMK düzenlemesinde kanun yolunun ilk aşaması istinaftır, oysa kâğıt üzerinde kurulan bölge adliye mahkemeleri hâlâ (kitabımızın bu ikinci basılışının gerçekleştirildiği 2014'de bile!) çalışmaya başlamadığından, uygulamada, yalnız m. 394 f. V'deki kanun yolu için değil, m. 387'de tek kanun yolu olarak öngörülmüş istinaf başvurusu için de, Yargıtaya başvurma yapıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Konuyu yukarıda m. 341 açıklamaları arasında III'de ve m. 387 açıklamaları sonunda

incelemiş, HMK yürürlüğe girdikten sonra çıkan Yargıtay kararlarının savunduğu görüşleri anlatmıştık. Madde 387'deki başvurunun Yargıtaya yapılabileceği yolunda 4. HD'nin üç kararını andık; buna karşılık diğer bazı daireler, üstüste verdikleri kararlarda, m. 394 f. V'deki başvuru Yargıtaya yapılamaz diye kesip atarak, on yıldır bölge adliye mahkemelerini ve istinaf yolunu çalıştıramayan Adalet Bakanlığının bu ayıbı sebebine, yasanın andığımız kuralda tanıdığı kanun yolunun işlemezliğini kabul ve tescil etmişlerdir. Oysa MK m. 1'deki yorum ilkesi yâni yasanın sözüyle ve özüyle uygulanacağı ilkesi, yalnız medenî hukukta değil, yargılama usulü hukukları dahil bütün hukukta geçerlidir; demek ki yasa koyucunun gütmüş olması gereken amaç, bugünün koşulları ve gerçekleri karşısında ne olmak gerekiyor ise yasanın sözünü o doğrultuda yorumlayıp o uygulamanın yapılması gerektiğinden ve **yasa m. 394 f. V'de bir kanun yolu açmak istediğinden**, bunun tartışması olamayacağından, hâlen işleyen tek kanun yolunun (temyiz yolunun) orada sözü edilen başvuru için açık olduğu yorumunu benimsemek doğru ve zorunlu idi. Eğer Adalet Bakanlığı dürtüklenip ona bir sille atılmak istenmişse, silleyi yiyen Adalet Bakanlığı değil, mahkemeye işi düşen vatan- daşlar, kuruluşlar olmuştur; kanunun tanıdığı başvuru hakkı yok sayılmıştır.

## 2. Sonuç

Şimdi, sayın Yargıtayın çıkardığı İçtBK, gördüğümüz hukuk ayıbının üstüne tüy dikmiş oluyor. **Böyle halleri ve genellikle “Yeni Türkiye”nin hallerini görmüş olmaktan doğan üzüntümü**, “eski Türkiye”nin yetiştir- diği değerli bilim adamlarından, (kurucularından olduğum) İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde akademik mesleğe girip şimdi kendisi de mesleğin en kıdemlilerinden olmuş çok değerli, çok sevgili meslekdaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in de kendisi için Armağan yayın- lanacaklar arasına katıldığını ve hatta eski kürsümüzde benden sonraki kürsü başkanı olunca orada üç Profesör (Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Meral Sungurtekin) yetiştirdiğini görmenin mutluluğu, bir ölçüde, gideriyor. Dilerim o da, yetiştirdiklerinin meslekte en kıdemliler arasına girdiğini ve onlar için de Armağan Kitabı çıkarıldığını görmenin mutluluğunu yaşar.