



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTİNAF KANUN YOLUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

MUHAMMET BURAK KULABEROĞLU

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

PROF. DR. SERDAR KALE

İSTANBUL- 2022

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarında etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynakçaya aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Muhammet Burak KULABEROĞLU



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
ÖZET.....	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
İSTİNAF KANUN YOLU	4
1. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU	4
A. AMAÇ VE TANIM.....	4
B. HUKUKİ NİTELİĞİ	5
2. İSTİNAF KURUMUNUN TARİHÇESİ.....	8
A. TANZİMAT DÖNEMİNDE YAŞANAN GELİŞMELER.....	8
B. CUMHURİYET DÖNEMİNDE YAŞANAN GELİŞMELER.....	9
a. 8.4.1924 Tarih ve 469 Sayılı Kanun Kapsamında İstinaf.....	9
b. 2004 Yılında Yürürlüğe Giren 5235 ve 5236 sayılı Kanun Uyarınca İstinaf. 10	
C. 20.7.2016 TARİHİ İTİBARIYLA BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ.....	11
3. İSTİNAF KANUN YOLUNDA YARGILAMA USULÜ	13
A. GENEL OLARAK.....	13
B. İSTİNAF YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME	13
a. İncelemenin Başka Bir Dairece veya BAM'ca Yapılmasının Gerekli Olması 15	
b. Kararın Kesin Olması	16
c. Başvurunun Süresi İçinde Yapılmaması	17
d. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilmemiş Olması.....	18
aa. İstinaf Kanun Yoluna Başvurmak İçin Gerekli Harçların Yatırılmamış Olması	18
bb. İstinaf Dilekçesinin Asgari Şartları Taşımaması.....	19
cc. Hukuki Yarar	20
dd. Diğer Sebepler.....	20
e. Başvuru Gerekçesi veya Sebebinin Hiç Gösterilmemiş Olması.....	21
C. İSTİNAF YARGILAMASINDA ESASTAN İNCELEME	21

D. HMK MAD. 353 BAĞLAMINDA DURUŞMA YAPILACAK VE YAPILAMAYACAK HALLER	23
E. İNCELEME NETİCESİNDE VERİLEBİLECEK KARARLAR	23
4. UYGULAMADAKİ YERİ	25
A. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLAR	25
B. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURMA SÜRESİ	26
C. İSTİNAF DİLEKÇESİNİN VERİLMESİ VE HARÇLAR	28
D. İSTİNAF SEBEPLERİ VE SEBEP GÖSTERİLMEMESİ HALİ	28
5. HUKUKUMUZDA İSTİNAF SİSTEMİ.....	30
A. GENEL OLARAK	30
B. DAR ANLAMDA İSTİNAF SİSTEMİ.....	30
C. GENİŞ ANLAMDA İSTİNAF SİSTEMİ	33
C. HUKUKUMUZDA KABUL EDİLEN İSTİNAF SİSTEMİ	33
6. MUKAYESELİ HUKUKTA İSTİNAF MAHKEMELERİ	35
A. ALMAN HUKUKU	35
B. FRANSIZ HUKUKU	37
C. İSVİÇRE HUKUKU	38
İKİNCİ BÖLÜM.....	40
KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE HUKUKUMUZDAKİ YERİ.....	40
1. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ TARİHÇESİ.....	40
A. ÖZEL HUKUKTAKİ TARİHÇESİ	40
B. KAMU HUKUKUNDAKİ TARİHÇESİ	45
2. KAVRAMIN TANIMI VE USUL HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ.....	50
A. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ TANIMLANMASI.....	50
B. MEDENİ USUL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ	55
3. KAVRAMIN DEĞİŞKENLİĞİ.....	57
A. GENEL OLARAK	57
B. ZAMAN BAKIMINDAN	60
C. MEKAN BAKIMINDAN	61
D. KONU BAKIMINDAN	63
4. KAMU DÜZENİ PERSPEKTİFİNDEN TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ	66
A. İLKENİN GENEL OLARAK TANIMI VE SONUÇLARI	66

a. Talep Edilmeyene Karar Verme Yasağı	69
b. Başka Bir Şeye Karar Verme Yasağı.....	70
c. Fazlaya Karar Verme Yasağı	71
d. Daha Azına Karar Verebilme	71
B. İSTİNAF KANUN YOLUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ VE KAMU DÜZENİ KAVRAMI İLE İLİŐKİŐİ.....	72
a. Genel Olarak	72
b. İstinaf İncelemede Taleple Bağlılık İlkesinin İstinası.....	73
c. HMK Mad. 355 Bakımından İstinaf Sebep ve Gerekçeleri	74
5. RESEN İNCELEMENİN KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE KAMU DÜZENİ ÖLÇÜTÜ.....	77
A. RESEN İNCELEME KAVRAMININ TANIMI.....	77
B. RESEN İNCELEME KAVRAMININ KAMU DÜZENİ İLE İLİŐKİŐİ.....	80
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	84
İSTİNAF KANUN YOLUNDA HAKİMİN KAMU DÜZENİ ÖLÇÜTÜNÜ SOMUTLAŞTIRMASI.....	84
1. MEDENİ USUL HUKUKU BAğLAMINDA KAMU DÜZENİ SINIRI	84
A. DAVA ŞARTLARI BAKIMINDAN	84
a. Türk Mahkemelerinin Yargı Hakkının Bulunması	84
b. Yargı Yolunun Caiz Olması	86
c. Mahkemenin Görevli Olması.....	88
d. Yetkinin Kesin Olduğu Haller	90
e. Taraf ve Dava Ehliyeti	92
f. Dava Takip Yetkisi.....	94
g. Gider Avansı	96
h. Hukuki Yarar	97
1. Kesin Hüküm	99
j. Özel Dava Şartları.....	101
B. HAKİMİN YASAKLILIğI VE REDDİ BAKIMINDAN	103
a. Genel Olarak	103
b. Hakimin Yasaklılık Hali	103
c. Hakimin Reddi Hali	105
C. YARGILAMAYA HAKİM İLKELER BAKIMINDAN.....	107

2. MADDİ HUKUK BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI	109
A. Türk Medeni Kanunu Bağlamında Kamu Düzeni	109
B. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kamu Düzeni	111
C. İcra ve İflas Hukukunda Kamu Düzeni	113
D. Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı	115
3. RESEN İNCELEMENİN YALNIZCA MEDENİ USUL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK HALİNDE UYGULANMASI	116
4. MADDİ HUKUK- USUL HUKUKU AYRIMI YAPILMAKSIZIN TEMELİNDE KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI DÜŞÜNCESİ YATAN TÜM HUKUK KURALLARI BAKIMINDAN RESEN İNCELEME YAPILMASI.....	119
SONUÇ	122
KAYNAKÇA.....	125

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
aşa.	: aşağıda
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
Bl	: Bölüm
C	: Cilt
dn.	: dipnot
E	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
K	: Karar
mad	: madde
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: sayfa
T	: Tarih
T. C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
v.d.	: ve diğerleri
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yuk.	: yukarıda

ÖZET

Benimsenen istinaf sistemi uyarınca bölge adliye mahkemeleri nezdinde gerçekleştirilen yargılama, ilk derece mahkemelerine nazaran dar kapsamlı olarak icra edilir. Bu doğrultuda istinaf kanun yoluna başvuran tarafın başvuru dilekçesinde yer alan sebep ve gerekçeler, aynı zamanda istinaf yargılamasının sınırını çizmektedir. Başka bir deyişle bölge adliye mahkemesi hâkiminin tetkik edeceği hususlar başvuru dilekçesinde yer alan sebeplerle sınırlı olarak icra edilir. Ancak kamu düzenini ilgilendiren hususlarda hâkimin resen harekete geçmesi, incelemenin sebep ve gerekçelerle bağlı olma kuralının istisnasını teşkil etmektedir. Bu doğrultuda kamu düzeni kavramının doğru anlaşılması ve yorumlanması özel hukuk yargılamalarına hakim ilkeler bakımından önem arz etmektedir. Zira kavramın geniş yorumlanması benimsenen dar anlamda istinaf sistemine sakatlık getirebilecekken dar yorumlanması kamu düzenine aykırı durumların bertaraf edilmesini engelleyebilecektir. Kamu düzeni kavramının güncel ve soyut içeriği sabit bir tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır. Kavram ruhuna uygun bir şekilde somutlaştırıldığı takdirde resen harekete geçmenin de ölçütü belirlenmiş olacaktır. Bu kapsamda kamu düzenine aykırılık halinde bu aykırılığın bertaraf edilmesi için taraf iradelerine ihtiyaç duyulmaksızın otoritenin kendiliğinden harekete geçmesi elzemdir. Dolayısıyla yargılama faaliyeti içerisinde otoriteyi temsil eden hâkimin, kamu düzenine aykırılığı tespit etmesi halinde resen harekete geçmesi bir zorunluluk olarak ifade edilebilir. Uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendiren kısmı tespit edildikten sonra maddi hukuk-usul hukuku ayrımı yapılmaksızın temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından tarafların talepleriyle bağlı kalınmaksızın resen harekete geçilmesi istinaf yargılamasının anlam ve amacına aykırı düşmeyeceği gibi kamu adına yararlı bir sonuç meydana getirecektir.

Anahtar Sözcükler: bölge adliye mahkemeleri, kamu düzeni, dar anlamda istinaf sistemi, resen harekete geçme

ABSTRACT

In accordance with the adopted appeal system, proceedings that are examined by the regional courts of appeal, are carried out in a narrow scope in contrast with the courts of first instance. In this regard, the reasons included in the application petition of the party who applies to the appeal remedy, draw the line at appeal proceeding. That is to say, the points to be examined by the judge of the regional court of appeal are carried out limited to the reasons included in the application petition. Nevertheless, *ex officio* action of the judge in matters with respect to public order is exception to the rule of being bound by demands. In this regard, correct understanding and interpretation of the concept of public order have importance in terms of the prevalent principles in private law proceedings. Because, while the broad interpretation of the concept may become the problem in the adopted appeal system, its narrow interpretation may prevent the elimination of the situations inconsistent with public order. The actual and abstract content of the concept of public order makes it difficult to make a stable definition. In the case that the concept is embodied according to its essence, the criterion for taking *ex officio* action will be determined. Within this framework, in case of breach of public order, it is necessary for the authority to take action by itself to prevent the breach, without the need of the will of the parties. Therefore, it can be said that the judge who represents the authority in judicial activity, to act *ex officio* in case of determination of the breach of public order is necessity. After the part of the dispute relating to the public order has been determined, taking *ex officio* action in terms of all legal rules which is based on the protection of public order idea, without making a distinction between substantive law and procedural law and without being bound by the demands of the parties, will not contradict the meaning and the aim of the appeal proceedings, and will bring beneficial results for the public.

Key Words: Courts of appeal, public order, appeal system in the narrow sense, *ex officio* action

GİRİŞ

Her hukukçunun aşına olduğu ancak net bir tanımı yapılamayan kamu düzeni kavramı; öğretide, kanun metinlerinde, uluslararası belgelerde ve yargı kararlarında sıkça karşımıza çıkmaktadır. Kavramın belirsizliği ve soyut içeriği kendini medeni usul hukukunda da göstermektedir. Kanun yolları prosedürü içerisinde yer alan istinaf yargılamalarında, kamu düzenine aykırı durumların tespiti halinde kavramın anlaşılması ve yorumlanması aynı zamanda resen incelemenin sınırını çizmektedir. Bu doğrultuda kavrama yüklenen anlam özel hukuk yargılamalarının dayandığı temel prensipler bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızda kavramın istinaf yargılamasındaki yorumunun nasıl olması gerektiği kaleme alınmıştır.

Kamu düzeni kavramının mütemadiyen kendini yenileyen güncel içeriği, kavramın zamandan, mekândan ve toplumdan mücerret bir şekilde evrimleşmesi özel hukuk yargılamalarında hâkimin somut uyuşmazlığa kendiliğinden dâhil olması bakımından önem arz etmektedir. Kavramın geniş yorumlanması özel hukuk yargılamalarına hâkim ilkelerden taleple bağlılık ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesine sakatlık getirebilecekken dar yorumlanması ise kamu düzenine aykırılığın bertaraf edilmesini önleyecektir. Bu noktada kavramın doğru anlaşılması uyuşmazlığın sağlıklı çözümü bakımından önem arz etmektedir. Kavramın ruhu anlaşıldıktan sonra bölge adliye mahkemesi hâkimi temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından mı yoksa yalnızca usul hukukunda kamu düzenini ilgilendiren hususlarda mı resen inceleme yapacağı hususu çalışmanın bir başka konusunu oluşturmaktadır. Bu noktada öğretisi ve yargı kararlarından faydalanmak suretiyle çelişki aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın temelini teşkil eden iki unsur vardır. Bunlar, bölge adliye mahkemeleri ve kamu düzeni kavramıdır. Kamu düzeni kavramının her hukuk dalını ilgilendiren farklı bir görünümü olduğundan konunun bağlamından kopmamak amacıyla idare hukuku ve ceza hukuku bakımından detaylı bir inceleme yapılmamıştır. İstinaf yargılamaları bakımından ise özel hukukta bölge adliye mahkemeleri nezdinde gerçekleşen yargılama usulü ve konuyla yakından ilgili olduğu için benimsenen istinaf

sistemi üzerine bir inceleme yapılmıştır. Mukayeseli hukukta bölge adliye mahkemelerinin karşılığı olan ikinci derece mahkemeler bakımından istinaf sistemleri üzerinden bir değerlendirme yapılarak bu kanun yoluna ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Kamu düzeni kavramının daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla kavramın özel hukuk ve kamu hukukundaki tarihçesine inilerek kavramın anlaşılması kolaylaştırılmaya çalışılmıştır.

Kavram özelinde tanımdan doğan farklılık, sadece kamu- özel hukuk ayrımında değil aynı zamanda özel hukukun kendi alt dallarında da söz konusudur. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, mukayeseli hukuk ve öğretilerde bu kavram farklı şekilde tanımlanmıştır. Ancak kavramın tanımı yapılırken belli başlı noktalarda ortak bir paydada buluşmak mümkündür. Bu doğrultuda “toplum”, “ortak menfaat” ve “nizam” kavramları yol gösterici olmaktadır. Bu üç kavram; doktrin ve uygulamadaki tanımların ortak noktası olup kamu düzeninin temel üç unsuru olarak ifade edilebilir. Başka bir deyişle “toplum”, “ortak menfaat” ve “nizam” unsurlarının kamu düzeni kavramının temel üç unsuru olduğu, kavramın bu üç unsur üzerine inşa edildiği söylenebilir. Söz konusu unsurlardan hareketle soyut ve canlı bir yapıya sahip olan bu kavram, toplumun ortak menfaatinin düzenini ifade eder.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; bölge adliye mahkemelerindeki yargılama usulü, benimsenen istinaf sistemi, bölge adliye mahkemelerinin tarihçesi ve bu mahkemelerin mukayeseli hukuktaki karşılığı kaleme alınmıştır. İkinci bölümde; kamu düzeni kavramının özel hukuk ve kamu hukukundaki tarihçesine değinilerek zaman içerisindeki değişimi irdelenmiş olup devam eden bölümlerde kavram öğretisi ve yargı kararlarından destek alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte kavramın taleple bağıllık ilkesi ve resen inceleme kavramları ile yakın ilişkisi değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde kavramın istinaf yargılamasında nasıl somutlaştırılması gerektiği maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılarak incelenmiştir. Neticede kamu düzeni kavramını ilgilendiren her kural bakımından bölge adliye mahkemesi hâkiminin resen inceleme yapıp yapmaması hususu farklı görüşlere yer vermek suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Temelinde kamu düzeninin muhafazası fikri yatan tüm özel hukuk kurallarının tetkiki hem taleple bağıllık ilkesinin hem de istinaf yargılamasının sebep ve gerekçelerle bağılı olma kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Ne var ki bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçmeden önce kamu düzeni kavramının ruhunu iyi kavramalıdır. Aksi durumda istinaf yargılamalarının temelini teşkil eden anlayışta noksanlık söz konusu olabilecektir. Örneğin, hâkimin her emredici kuralı kamu düzeninden kabul edip bu doğrultuda resen harekete geçmesi özel hukuk yargılamasının anlam ve amacına aykırılık teşkil edecektir. Başka bir deyişle kamu düzeni kavramının doğru anlaşılması resen harekete geçmenin sınırı bakımından önem arz eder. Her somut olay özelinde uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği ayrıca tetkik edilmelidir. Bu doğrultuda uyuşmazlığı ilgilendiren hukuk kurallarının yorumu kamu düzeni penceresinden ayrıca değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLU

1. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU

A. AMAÇ VE TANIM

İstinaf kelimesi anlam itibariyle Arapça kökenli bir sözcük olup bir işi yeniden ele alma, gözden geçirme manasına gelmektedir¹. Kavramın hukuk literatüründeki karşılığı; ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu nihai kararlara karşı başvuru olan bir kanun yolu olmasıdır². İstinaf kanun yolunun³ amacı; ilk derece mahkemelerince verilen kararların maddi hukuk, usul hukuku ve vakıa denetimi yapmak suretiyle doğruluğunu temin etmek ayrıca hukukun gelişmesine katkı sağlamaktır⁴.

Hukukumuzda, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden önce temyiz mahkemesi olan Yargıtay, ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı hem vakıa hem de hukuka uygunluk denetimi yapmaktaydı⁵. Bu nedenle Yargıtay, mukayeseli hukuktaki karşılığı ile tam olarak bir içtihat mahkemesi sıfatıyla görevini

¹ **ÖZEKES, Muhammet**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, C III, İstanbul, Mart 2017, s. 2202; Türk Dil Kurumuna göre “İstinaf” sözcüğünün anlamı için bkz. (<https://sozluk.gov.tr>) ET 10.01.2021.

² **ŞAHİN, Çağatay Serdar**, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşamaları*”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C 21, Özel S, 2019, s. 8.

³ *KURU*’ya göre kanun yolu, taraflarca yanlış olduğu iddia edilen kararların düzeltilmesi ve değiştirilmesi amacıyla başvuru olan hukuki bir yoldur, ayrıca bkz. **KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Beta Basım Yayınevi, C 5, İstanbul, Mayıs 2001, s. 4483; Kanun yollarının temeli Roma Hukuku’na kadar uzanmakta olup bir hâkimden alınan kararın başka bir hakim tarafından incelenmesine “appellatio” denilmiştir. Avrupa hukuk sistemi de bu Latince kökenli kelimedenden etkilenmiş ve “appeal” “d’appel” “die appellation” olarak çeşitli dillerde yerini almıştır, ayrıca bkz. **AYDINOĞLU, Zeynep Nihal**, “*İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 9, S 34, Nisan 2018, s. 388; **KARSLI, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul, Ekim 2020, s. 754.

⁴ **KARSLI, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, s. 707.

⁵ İstinaf mahkemelerinin fiili olarak göreve başlamasıyla birlikte artık temyizden farklı olarak hem hukuki hem de maddi denetim yapılmak suretiyle bir inceleme yapılmaktadır, ayrıca bkz. **NUHOĞLU, Ayşe**, “*İstinaf Kanun Yoluna Giriş*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 12, S 159, Kasım 2017, s. 3.

sürdürememekteydi⁶. Olması gereken hukuk bakımından, Yargıtay bir içtihat mahkemesi olarak görevini sürdürmeli, bölge adliye mahkemeleri ise bir süzgeç görevi görerek ilk derece mahkemelerince verilen kararları maddi ve usule ilişkin nedenlerle denetlemelidir⁷.

İlk derece mahkemelerince verilen kararların farklı şekillerde, vakıa, maddi hukuk ve usul hukukuna uygunluğunu denetlemek ile görevli üst derece mahkemeleri, bazı hukuk sistemlerinde iki dereceli bazılarında ise üç derecelidir⁸. Hukukumuzda kabul edilen üç dereceli yargılama sistemine göre kural olarak, ilk derece mahkemelerince verilmiş nihai⁹ kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilebilir¹⁰. Başka bir ifade ile, ilk derece mahkemesince verilen karardan memnun olmayan taraflar istinaf kanun yoluna başvurmak suretiyle kararın denetiminin sağlanmasını talep edebilirler¹¹.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Yargılama, insanlar tarafından gerçekleştirilen ve yine insan faktörünün önem arz ettiği, gerektiğinde duygu, düşünce ve vicdani yorumların söz konusu olduğu bir faaliyettir¹². Bu faaliyetin içerisinde insan faktörü esas olduğu için hataların

⁶ Mukayeseli hukuka bakıldığında Fransa, Almanya, İtalya ve Belçika'da Yargıtay'ın karşılığı yüksek mahkemelerin temel amacı ülke içerisindeki hukuk ve içtihat birliğinin sağlanmasıdır, ayrıca bkz. **ÖZTEK, Selçuk**, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018, s. 171.

⁷ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2203.

⁸ Belçika hukuk düzeninde istinaf mahkemeleri ve temyiz karşılağı yüksek mahkeme mevcuttur. Ancak yüksek mahkeme sadece kesin kararları incelemekle görevli olduğundan Belçika'da iki dereceli bir kanun yolu sistemi mevcuttur, ayrıca bkz. **BALLAUX, Pascale**, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018, s. 284.

⁹ Hakim tarafından verilen karar neticesinde uyuşmazlık devam etmiyor ve hakim o uyuşmazlıktan elini çekiyorsa bu karar nihai karardır, bkz. **ATALI, Murat**, Pekcanitez Usul 3, s. 1970.

¹⁰ **BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol**, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, Eylül 2021, s. 356.

¹¹ Kanun yollarına başvurmak hak arama hürriyetinin bir unsuru olup ancak kanun ile sınırlandırılabilir. Bu doğrultuda tarafın kanun yoluna başvurmaya ilişkin olarak bir açıklık bulunmaması halinde Anayasa mad. 36 hükmü uyarınca hak arama hürriyetinden faydalanacak taraf lehine yorum yapılmalıdır, bkz. **KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 4505; **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 357.

¹² **TEPE, Harun**, "Yargı Etiği Ya Da Yargıda Etik Nasıl Olunur", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 7, S 1, 2017, 94.

gerçekleşme olasılığı çok yüksektir¹³. Bu kapsamda hâkim ile aynı kanaatte olmayan tarafların verilen hükmün hukuki denetimini sağlamak amacıyla bir üst mercie başvurması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Yargı sistemleri içerisinde verilen kararların hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla denetim mekanizmaları oluşturulmuştur. Başka bir ifade ile hukukun uygulanmasında yeknesaklığı sağlamak, içtihat birliği oluşturmak ve yurttaşların adalete güven duygusunu pekiştirmek için kanun yollarına müracaat hukuk devleti ilkesi bakımından hayati önem taşımaktadır¹⁴.

Hukuk devleti işleyişinin varlık kazabilmesi için yurttaşların hak arama özgürlüğünün etkin bir biçimde işletilmesi gerekir¹⁵. Bu kapsamda kamu gücü tarafından hakkının ihlal edildiğini düşünen, bu ihlale karşı hukuki çarelere başvurabilmelidir. Yargılama faaliyeti, kamu adına gerçekleştirilen ve devletin hükümranlık niteliğinin en belirgin yansımasıdır. Bu doğrultuda kamu adına yargılama faaliyeti icra eden mahkemelerin hatalı veya öyle olduğu düşünülen kararlarına karşı hukuki çareler, kanun yolu olarak nitelendirilir¹⁶. İstinaf ve temyiz müesseseleri kanun yolları içerisinde yer alıp yargılamanın denetim mekanizmalarıdır¹⁷.

Mahkemelerce verilen nihai kararların hem usuli hem hukuki hem de maddi bakımdan doğruluğunu temin etmek amacıyla başvuru istinaf, olağan bir kanun yoludur¹⁸. İstinaf, bu özelliği itibarıyla nihai kararların kesinleşmesini erteler ve verilen hükmü üst derece mahkemesine aktarıcı bir etkiye sahiptir¹⁹. Bu kapsamda

¹³ **ÖZTEK, Selçuk**, İstinaf Reformu, s. 175.

¹⁴ **ÖZEKES**, Pekcanıtez Usul 3, s. 2150.

¹⁵ Son derece karışık olan yargı sistemi içerisinde, hakkının ihlal edildiğini düşünen bireylerin, bu hakların basit ve kolay bir şekilde korunması maksadıyla, kanun yoluna başvuru süreleri hakkında bilgilendirilmesi zorunlu olup bu husus hak arama hürriyetiyle doğrudan ilgilidir, bkz. RG, T 12.4.2017, S30036, AYM, Başvuru No: 2017/23, T 9.2.2017.

¹⁶ “Mahkemelerin henüz katiyet kesbetmemiş olan karar ve hükümlerini, bazı kayıt ve şartlar altında, tekrar tetkik ettirmek maksadı ile, daha yüksek derecedeki mahkemeler huzuruna şevki müstelzim hukukî yollar vardır; bunlara kanun yolları denir” **ŞENSOY, Naci**, “İstinaf” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 12, S 4, 1946, s. 1058.

¹⁷ **GÖSSEL, Karl Heinz / çvr. YENİSEY, Feridun**, “İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistematik Açıklama”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 12, S 159-160, 2017, s. 57.

¹⁸ **ÖZBEK, Veli Özer**, “Olağan Kanun Yolu Olarak İstinafın (CMK m. 272-285) Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, C 11, S 30, Nisan 2016, s. 7; **KURT KONCA, Nesibe / DAMAR, Ceren**, “İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu”, TBB Dergisi, C 29, S 125, Temmuz 2016, s. 190.

¹⁹ **KORKMAZ, Fırat**, “İstinaf’ın Diğer Kanun Yollarıyla Karşılaştırılması”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1, Ocak 2016, s. 200; **SARI, Mehmet**, “Kanun Yoluna Başvurunun Süre Yönünden Reddi Halinde Kesinleşme Sorunu”, THD, S 38, Ekim 2009, s. 94.

istinaf kanun yolu, taraflarca hatalı olduğu düşünölen kararlara karşı başvuru olan bir hukuki çaredir²⁰. Aleyhine istinaf kanun yoluna başvuru labilecek kararlar için öncelikle bir ilk derece mahkemesi kararı olmalı, bu karar nihai olmalı ve belli bir parasal sınırı geçmesi gerekir. Bu şartlara havi bir istinaf talebiyle birlikte hükmün kesinleşmesi engellenir ve verilen kararın denetimi sağlanır²¹.

Kanun yolları kendi içerisinde olağan ve olağanüstü kanun yolu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan kanun yolları ile maddi anlamda henüz kesinleşmemiş nihai kararların bir üst derece mahkemesine aktarılması suretiyle kesinleşmesini engelleyerek kararın denetimi sağlanmaktadır²². Olağanüstü kanun yolu ise maddi anlamda kesinleşmiş kararların yeniden yargı denetimine tabi tutarak eksikliklerin giderilmesi ve kararın düzeltilmesi isteminden ibarettir²³.

Hukukumuzda, olağan kanun yolları içerisinde istinaf ve temyiz müesseseleri işletilmektedir. Bu doğrultuda, bölge adliye mahkemeleri yerel mahkemelerce verilen nihai kararların denetimini sağlamak üzere örgütlenmiş olağan kanun yolu mahkemeleridir. Bu mahkemelerce yapılan incelemeler aşığıda ayrıntılı değinileceği üzere temyiz incelemesine göre farklılık arz eder. Bölge adliye mahkemelerinin ölkemizde aktif bir şekilde rol almaya başladığı tarihten itibaren yerel mahkemelerce verilen nihai kararlar şartları haizse doğrudan temyiz incelemesine değil istinaf incelemesine tabi olmaktadır²⁴.

²⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, dn. 3.

²¹ **ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema v.d.**, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Ekim 2021, s. 584.

²² **YILMAZ, Ejder**, “*Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 1, S 1, Ocak 1988, 131.

²³ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 349.

²⁴ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2202.

2. İSTİNAF KURUMUNUN TARİHÇESİ

A. TANZİMAT DÖNEMİNDE YAŞANAN GELİŞMELER

Cumhuriyet dönemindeki modern yargı teşkilatının temelleri tanzimat döneminde atılmıştır. Tanzimat dönemiyle birlikte devletin siyasi, idari ve hukuki yapısında meydana gelen bozuklukların düzeltilmesi amaçlanmıştır²⁵. Tanzimat fermanının ilanı ve bunu takip eden kararlar, hukuk ve yargı sistemi üzerinde etkisini göstermiş ve 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile nizamiye mahkemeleri kurulmuştur²⁶. Nizamiye mahkemeleri²⁷ şer'i, ceza ve konsolosluk mahkemeleri dışında kalan tüm uyuşmazlıklarda görevli yetkili olup hem ilk derece hem de istinaf mahkemesi olarak varlığını sürdürmüştür²⁸. Böylelikle hukukumuzda istinaf kavramı ilk olarak 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile kendine yer bulmuştur²⁹.

Tanzimat döneminden önce şer'iyeye mahkemeleri klasik dönemde iyi işleyen bir kurumdu ancak devletin bütün unsurlarındaki bozulmayla birlikte yeni koşulların meydana getirdiği problemleri karşılamada yetersiz kalmıştır³⁰. Nizamiye mahkemelerinin kuruluşuyla birlikte şer'iyeye mahkemeleri ilga edilmemiş ve bu mahkemeler birlikte görevlerini sürdürmeye devam etmişlerdir³¹. Şer'iyeye

²⁵ **KARAASLAN, Mehmet**, “Tanzimat ve Şurayı Devlet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 54, S 3, 2005, s. 344.

²⁶ **VATANSEVER ÖZTÜRK, Merve**, “Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 13, S 171-172, 2018, s. 156.

²⁷ 1870 yılında çıkartılan “Divan-ı Ahkamı Adliyenin Nizamname-i Dahilisi” nizamiye mahkemelerini dörde ayırmaktadır. Bu doğrultuda nizamiye mahkemeleri hem ilk derece hem de istinaf mahkemesi olarak uyuşmazlıklara bakıyorlardı bununla birlikte vilayet merkezi olan her kazada hukuk ve ceza dairesi olmak üzere istinaf mahkemeleri örgütlenmiştir, ayrıca bkz. **YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.1477.

²⁸ **AYDIN, M. Akif**, Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021, s. 422., **VATANSEVER ÖZTÜRK**, a.g.m., s. 156.

²⁹ İstinaf mahkemelerinin fiili olarak yargı hayatına başlaması 1876 yılında kabul edilen Mecelle'nin 1838. maddesi ile fiili olarak yargı hayatına girmiştir. İstinaf mahkemeleri kuruluş amacına göre ilk derece mahkemelerin üstü, Yargıtay'ın altı olarak örgütlenmesi öngörülmüştür. Bu sayede Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olarak faaliyette bulunması amaçlanmıştır, ayrıca bkz. (www.yargitay.gov.tr/tarihce) ET 12.08.2021; **ŞENSOY**, a.g.m., s. 1065.

³⁰ Şer'i (dinsel) mahkemelerin mevcudiyeti batıdan esinlenen yeni nizamları uygulamaya elverişli değildi, ayrıca bkz. **YILMAZ**, HMK Şerhi, s. 1476; **BİNGÖL, Sedat**, “Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-yi Mahakim'deki Üst Mahkeme Kararları”, Tarih İncelemeleri Dergisi, C 20, S 1, Temmuz 2005, s. 20.

³¹ **BİNGÖL**, a.g.m., s. 20.

mahkemeleri ve nizamiye mahkemelerinin aynı anda yargılama faaliyetinde bulunması sebebiyle hukuk birliği ve yargı örgütlenmesinde karışıklıklar söz konusu olmuş, nizamiye mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte tam olarak yargı sorunu çözüme kavuşturulmamıştır.³² Ayrıca Cumhuriyet dönemi ve günümüz modern yargı teşkilatının temeli bu dönemde atılmıştır.

B. CUMHURİYET DÖNEMİNDE YAŞANAN GELİŞMELER

a. 8.4.1924 Tarih ve 469 Sayılı Kanun Kapsamında İstinaf

Cumhuriyetin ilk yıllarında, inkılap hareketleri kapsamında çağdaş hukuk sistemine ulaşmak aynı zamanda yurt içinde adaletin hızlı işleyişine katkı sağlamak için her alanda olduğu gibi hukuk ve yargı teşkilatında da birtakım yeniliklere imza atılmıştır³³. İstinaf ile tanzimat döneminde tanışan hukuk sistemimiz bu birlikteliğini cumhuriyetin ilk yıllarına kadar devam ettirmiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında, onlarca yıl süren savaşlar neticesinde, nitelikli hâkim yetiştirme konusunda yetersiz kalınmıştır³⁴. Bu nedenle personel eksikliği ve adalet sistemini hızlandırmak amacıyla 8 Nisan 1924 tarihli 469 sayılı Kanununun mad. 9 hükmü uyarınca “*istinaf mehakimi ve vezai fi mülgadır*” denilmek suretiyle istinaf mahkemelerinin varlığına son verilmiştir³⁵. Böylelikle tanzimat dönemi ile hukuk hayatımıza giren istinaf mahkemeleri cumhuriyetin kuruluşundan hemen sonra ilga edilmiştir. Bu kanun ile birlikte uzun bir süre hukukumuzda iki dereceli yargılama sistemi varlığını sürdürmüştür. Aynı kanun ile birlikte şer’iyye mahkemelerinin de faaliyetine son

³² Şer’i mahkemelerin ıslahı yerine yeni mahkemelerin kurulması adli teşkilatta ikili bir yapıya sebebiyet vermiştir. Bu durum cumhuriyet dönemine kadar devam etmiştir, ayrıca bkz. **DOĞANGÜZEL, Betül**, “*Tanzimat Döneminde Şer’iye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi*”, Adalet Dergisi, C 1-2, S 62-63, 2019, s. 65.

³³ Genç Cumhuriyet’in kurucuları çağdaş uygar dünyaya yetişmek bir an önce bu açığı kapatmak amacıyla imparatorluk geleneklerinden sıyrılarak hukuk devrimi gerçekleştirmişlerdir, bkz. **AKAD, Mehmet**, “*Türk Hukuk Tarihi Üzerine*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 5, S 1, 2006, s. 13.

³⁴ **AYDINOĞLU**, a.g.m., s. 389.

³⁵ Ayrıca yeni yetişen hakimlerin yerel mahkemelerde görevlendirilmesi ve Osmanlı hukukundan yetişen daha tecrübeli eski hakimlerin istinaf mahkemelerinde görevlendirilmesiyle yargıda içtihad birliği noktasında çelişkili bir durum meydana gelmiştir. Böylelikle istinaf mahkemelerinin kaldırılması hususunda bu durum ayrı bir gerekçe olarak karşımıza çıkmıştır, bkz. **ÖZEKES, Muhammet**, Sorularla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. Baskı, TBB Yayınları, Ekim 2011, s. 39.

verilmiş ve Tanzimat döneminde ortaya çıkan çift başlı yargı sistemi yerini tek tip yargı sistemine bırakmıştır.

b. 2004 Yılında Yürürlüğe Giren 5235 ve 5236 sayılı Kanun Uyarınca İstinaf

Cumhuriyetin ilk yıllarında kabul edilen 469 sayılı kanun ile birlikte istinaf mahkemelerinin faaliyetine son verilmiştir. İki binli yılların başında gerçekleşen kodifikasyon hareketleri ile birlikte 2004 yılında yürürlüğe giren 5235 ve 5236 sayılı Kanunlar ile birlikte istinaf mahkemeleri yaklaşık doksan yıl sonra yeniden hukuk hayatımıza girmiştir. Ancak ilk aşamada alt yapı ve personel yetersizliği nedeniyle bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlayamamış, dolayısıyla yargılama fiili olarak bir süre daha iki dereceli olarak devam etmiştir³⁶. HMK'nın geçici üçüncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayacağı tarihe kadar mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun³⁷ temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam etmiştir³⁸.

Bölge adliye mahkemelerinin kurulması konusu 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un geçici 2. maddesinde yer alan Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulacağı, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazetede ilân edileceği düzenlenmiştir. Buna göre Adalet Bakanlığı tarafından 05.06.2007 tarihli ve 26643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan karar ile ülkenin çeşitli yerlerinde bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur³⁹. Bu doğrultuda, bölge adliye mahkemelerinin 5235 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.03.2005

³⁶ ATAY COŞKUN, Ayşegül, "İstinaf Yargılaması", TBB Dergisi, C 30, S 135, Mart 2018, s. 261; KURT KONCA / DAMAR, a.g.m., s. 218.

³⁷ RG, T 18.6.1927, S 622.

³⁸ KIYAK, Emre, "Türk Hukuk Usulünde İstinaf", Terazi Hukuk Dergisi, C 11, S 123, Kasım 2016, s. 70.

³⁹ "5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre; İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur." RG, T 05.06.2007, S 26643.

tarihinden itibaren en geç iki yıl içerisinde kurulacağı öngörülmesine rağmen, bu kanun yolunun fiilen uygulanmaya başlamasının uzun zaman aldığı görülmektedir⁴⁰.

C. 20.7.2016 TARİHİ İTİBARIYLA BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ

Adalet Bakanlığı'nın 7.11.2015 tarihli kararıyla⁴¹, bölge adliye mahkemelerinin 20.7.2016 tarihi itibarıyla tüm yurttan göreve başlayacağı ilan edilmiştir. Böylelikle, anılan tarihten itibaren ilk derece mahkemelerince verilen kararların denetimi ilk olarak bölge adliye mahkemelerince sağlanacaktır⁴². Bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasıyla, uygulama üç dereceli olarak teşekkül etmiş⁴³, Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olarak görevini icra etmesi amaçlanmıştır⁴⁴. Yeni kanun yolu sistemiyle, ilk derece mahkemelerince verilen kesin olmayan nihai kararlar, maddi, usuli ve vakıa denetimi yapılmak suretiyle bölge adliye mahkemelerince incelenecektir⁴⁵.

Yargılamada üç dereceli sisteme geçilmesi, hukukumuza getirmiş olduğu faydaların yanında birtakım olumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Bu sistemin faydalarını; yargılamada hata yapma olasılığı azaltmak, ilk derece mahkemelerince verilen kararların vakıa incelenmesi de yapılması suretiyle tekrardan gözden geçirmek⁴⁶ ve Yargıtay'ın tam anlamıyla bir içtihat mahkemesi olarak görevini sürdürmesi olarak sıralayabiliriz⁴⁷. Ancak süregelen zaman içinde bölge adliye mahkemelerinin de iş yükü ciddi oranda artmış ve bölge adliye mahkemeleri daha ağır çalışır hale gelmiştir. Günümüzde bölge adliye mahkemelerindeki bir yargılama neredeyse ilk derece

⁴⁰ PEKCANITEZ / ERİŞİR, "Medeni Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerim Zaman İtibarıyla Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 65, S 4, 2016, s. 3618.

⁴¹ RG, T 7.11.2015, S 29525.

⁴² PEKCANITEZ / ERİŞİR, a.g.m., s. 3620; ATAY COŞKUN, a.g.m. s. 261; KURT KONCA / DAMAR, a.g.m., s. 218.

⁴³ AKİL, Cenk, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 11, S 38, Nisan 2019, s. 1.

⁴⁴ AKİL, İstinaf Kavramı, s. 204; KORKMAZ, a.g.m., 204.

⁴⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 30, S 134, Ocak 2018, s. 318.

⁴⁶ KARSLI, a.g.e., s. 767.

⁴⁷ Yargılamanın en önemli özelliği adil ve doğru bir karar vermektir. Bu doğrultuda iyi bir istinaf uygulamasıyla yerel mahkemelerin vereceği kararlar daha iyi denetlenecektir. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı açısından istinaf mahkemelerinin iyi işlemesi büyük önem arz etmektedir, bkz. ÖZEKES, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 41.

yargılaması kadar uzun sürmekte ve bu durum da makul sürede yargılanma ile adalete erişim hakkına engel teşkil etmektedir⁴⁸. Uygulayıcılar açısından bölge adliye mahkemelerinin hantallaşması, sonuca ulaşmada ciddi zaman kayıplarına neden olmaktadır⁴⁹. Bu problemin önüne geçilmesi amacıyla yurdun çeşitli yerlerinde yeni bölgeler oluşturulmuş ve bu bölgelerde yeni yargı çevreleri ihdas edilmiştir⁵⁰. Ancak mevcut iş yükü ve personel sayısı göze alındığında ne yazık ki bu husus da tam anlamıyla soruna çözüm bulamamıştır. Kanaatimizce gün geçtikçe uygulayıcılar açısından daha da sorun haline gelecek bu durum, ağır olan adalet sisteminin daha da hantallaşmasına sebebiyet verecek netice itibariyle makul sürede yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Bununla birlikte istinaf kanun yolu ile birlikte yargılamanın daha pahalı hale gelmesi söz konusu olup birden fazla üst mahkeme kurulması da içtihad birliği bakımından tehlike arz etmektedir⁵¹.

Günümüzde, adli yargı teşkilatı içerisinde on beş bölge adliye mahkemesi fiili olarak varlığını sürdürmektedir⁵². Bu mahkemeler kendi bölgeleri içerisinde yer alan ilk derece mahkemelerinden gelen dosyaları inceleyerek karara bağlamaktadır. Bölge adliye mahkemeleri fiilen çalışmaya başladığı tarihte yedi adet yargı çevresiyle görevlendirilmiştir⁵³. Ne var ki yeni artan ihtiyaçlar doğrultusunda örgütlenme noktasında değişikliklere gidilmiş ve yeni yargı çevreleri kurularak mevcut bölge adliye mahkemelerinin iş yükü azaltılmaya çalışılmıştır.

⁴⁸ AYDINOĞLU, a.g.m., s. 391.

⁴⁹ KARSLI, a.g.e., s. 707.

⁵⁰ "Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun Bölge Adliye Mahkemeleri, 20/7/2016, Adana ve Bursa Bölge Adliye Mahkemeleri 5/9/2017, Konya ve Sakarya Bölge Adliye Mahkemeleri 3/9/2018 tarihinde faaliyete geçirilmiş olup, mezkur bölge adliye mahkemelerine yıllık gelen iş miktarı ve bu mahkemelerin derdest dosya sayıları dikkate alınarak, Diyarbakır, Kayseri, Trabzon ve Van Bölge Adliye Mahkemelerinin 2/9/2019 tarihinde faaliyete geçirilmesi planlandığından, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin yeniden belirlenmesi gerektiği anlaşılmıştır." HSK Genel Kurul Kararı T 26.6.2019, K 230 (www.hsk.gov.tr) ET 16.8.2021.

⁵¹ ÖZEKES, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 41.

⁵² Başlangıçta yedi bölgede kurulan istinaf mahkemelerinin sayısı, doğan ihtiyaçlar doğrultusunda, 2017, 2018 ve 2019'da yapılan değişikliklerle on beşe yükseltildi (www.hsk.gov.tr) ET 16.8.2021.

⁵³ Ülkemizde, istinaf mahkemeleri fiilen göreve başladığından 7 adet istinaf mahkemesi faaldi. Ancak dosya yoğunluğu göze alındığında bu sayının yetersiz olduğu kısa süre içerisinde anlaşılmıştır, ayrıca bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2203.

3. İSTİNAF KANUN YOLUNDA YARGILAMA USULÜ

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde 20. y.y. ortalarında itibaren Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında hukuk ve yargı teşkilatında köklü reformlar gerçekleştirilmiştir. Bu doğrultuda maddi hukuk ve usul hukuku alanında çeşitli kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır⁵⁴. Maddi hukuk bakımından İsviçre, Fransa ve İtalya Medeni Hukuk Kanunları esas alınmıştır⁵⁵. Yine usul hukuku bakımından da mehz İsviçre Medeni Usul Kanunu yol gösterici olmuştur⁵⁶. Bu gelişmelerle, Cumhuriyet döneminde, istinaf kurumu ile hukukumuz 26.9.2004 tarihinde kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la⁵⁷ tanışmıştır. Ancak personel ve altyapı eksikliği ile fiziki şartların yeterli olmamasından ötürü uzun bir süre fiili olarak uygulamaya geçilememiştir⁵⁸. Nihayet, bölge adliye mahkemeleri 07.11.2015'te Resmî Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı kararı⁵⁹ ile birlikte 20.07.2016 tarihinden itibaren tüm yurttaki fiili olarak faaliyete başlamışlardır. Hukukumuzda henüz çok yeni olan bu müessesenin yargılama usulü bakımından üzerinde durulmasında fayda görüyoruz.

B. İSTİNAF YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME

İlk derece mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf başvurusunda bulunulması ve dilekçelerin karşılıklı tamamlanmasıyla birlikte dosya yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesince yapılacak olan yargılama

⁵⁴ **KAYAK, Sevgi**, “*Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu*”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul, 2012, s. 62.

⁵⁵ Medeni Kanun hazırlanırken, Kanun'un genel gerekçesinde İsviçre Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu ve kısmen de İtalyan Medeni Kanununun mehz gösterildiği açıklanmıştır, ayrıca bkz. **KAYAK**, a.g.m., 62.

⁵⁶ “*Kanunumuzun mehz olan Neuchatel Medeni Usul Kanunu için hazırlanan tasarı ile birlikte tarihi bir tesadüf olarak İsviçre de ve Türkiye de yeni Hukuk Muhakemeleri Usul Kanun ve tasarıları gündemde bulunmaktadır.*” **YÜKSEL, Kemalettin**, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler*”, Bankacılar Dergisi, S 67, Aralık 2008, s. 95.

⁵⁷ RG, T 26.09.2004, S 5235.

⁵⁸ **ATAY COŞKUN**, a.g.m., s. 239.

⁵⁹ RG, T 7.11.2015, S 29525.

faaliyeti, ön inceleme ve esaslan inceleme olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁰. Bölge adliye mahkemelerinde yargılama, tam anlamıyla ön inceleme aşamasıyla birlikte başlamaktadır. Çünkü HMK mad. 343 hükmü uyarınca dilekçelerin teatisi aşaması yerel mahkemeler nezdinde gerçekleştirilip, akabinde dosya dizin listesi ile ilk derece mahkemesinin yargı çevresindeki bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir⁶¹.

Ön inceleme aşaması, en genel tanımıyla, yargılamanın esasına girmeden önce incelenmesi gereken şekli hususları ifade etmektedir. Bu doğrultuda, anayasal olarak teminat altına alınmış hak arama özgürlüğünün bir yansıması olan kanun yollarına başvuru hakkının her hukuk sisteminde olduğu gibi belli şartlarda sınırlandırılması mümkündür⁶². Bu sınırlamalar davanın mahiyeti veya kanun yoluna başvurmanın belli süreye bağlanmış olması şeklinde vücut bulmaktadır. İstinafta ön inceleme aşamasında, işin esasına girilmeden istinaf talebinin kanuni bakımdan uygunluğu denetlenmektedir⁶³. Bu kapsamda istinaftaki ön inceleme aşaması ile ilk derece mahkemelerince gerçekleştirilen ön inceleme aşaması birbirinden farklıdır⁶⁴.

İstinaf yargılamasında ön inceleme aşamasında tetkik edilecek hususlar HMK mad. 352 hükmünde sayılmıştır. Madde metninde ilgili hüküm; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği, tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir şeklinde düzenlenmiştir⁶⁵. Bu hüküm uyarınca sayılan ön inceleme halleri tahdidi (numerus clausus) biçiminde öngörüldüğü için bu hallerin dışında kalan hususların bölge adliye mahkemelerince ön inceleme konusu yapılmaması

⁶⁰ ŞAHİN, a.g.m., s. 2671; KONURALP, Haluk, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 135.

⁶¹ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 263; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2240.

⁶² KONURALP, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI*, s. 135.

⁶³ AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Mayıs 2009, s. 240; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2239.

⁶⁴ İstinaf aşamasındaki ön inceleme kurumu Yarg. Kan. Mad. 40/3-4 hükmü ile büyük oranda benzerlik gösterir. Bu müessese ile esas olarak istinaf başvurusunun usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetimi sağlanır, ayrıca bkz. BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 365; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2239; ŞAHİN, a.g.m., s. 2671; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 599; KIYAK, a.g.m., s. 75; ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 263.

⁶⁵ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2238., ŞAHİN, a.g.m., s. 2671.

gerekmektedir⁶⁶. Böylelikle gereksiz emek ve zaman kaybı önlenerek, usul ekonomisine daha uygun bir inceleme yapılmak suretiyle bölge adliye mahkemelerinin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir⁶⁷.

Doktrinde, HMK mad. 352 hükmü uyarınca ön inceleme aşamasında sınırlı sayıda öngörülen beş hususun madde metninde sayılan sıra ile tetkik edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁸. Zira incelemenin başka dairenin iş bölümüne girdiğinin tespit edilmesi halinde diğer hususların incelenmesine gerek kalmayacaktır⁶⁹. Ön inceleme aşamasında; başvuru sebep ve gerekçelerinin gösterilmemiş olması halinde bölge adliye mahkemesi hâkiminin nasıl bir yol izleyeceği hususu aynı zamanda hâkimin resen inceleme yapması bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda HMK mad. 352’de tahdidi olarak öngörülen ve bölge adliye mahkemesi hâkiminin sırasıyla tetkik etmesi gereken beş aşamaya çalışmamızın konusunu yakından ilgilendirmesi sebebiyle değinilmesinde yarar vardır.

a. İncelemenin Başka Bir Dairece veya BAM’ca Yapılmasının Gerekli Olması

Bölge adliye mahkemelerinde daireler, kendi içlerinde belli ihtisas alanlarına göre ayrılmaktadır⁷⁰. Örneğin bölge adliye mahkemesinde bir daire, aile hukuku alanında uzmanlaşmış ise bu dairenin önüne aile hukuku kaynaklı uyuşmazlıklar gelmektedir. Bu şekilde bölge adliye mahkemelerinde daireler arasındaki iş bölümü ihtisas alanlarına göre ayrılmaktadır⁷¹.

⁶⁶ ŞAHİN, a.g.m., s. 2671.

⁶⁷ KURT KONCA / DAMAR, a.g.m., s. 218; ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 264.

⁶⁸ ALBAYRAK, Adem, Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Haziran 2016, s. 142; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2239; ÖZEKES, Sorularla HMK, s. 79.

⁶⁹ ŞAHİN, a.g.m., s. 2671.

⁷⁰ İstinaf mahkemeleri bünyesinde en az 3 daire bulundurulması zorunlu olduğundan hangi dairenin ne tür uyuşmazlıklara bakacağına Hakimler Savcılar Kurulu tarafından karar verilir, ayrıca bkz. ŞAHİN, a.g.m., s. 2673.

⁷¹ “Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin 01/09/2021 tarihinden itibaren geçerli, 02/06/2021 tarih ve 431 sayılı sayılı iş bölümüne ilişkin kararının, 1.Hukuk Dairesi iş bölümününün 23. maddesinde "Karz (ödünç) ipoteklerinin kaldırılması ile ilgili davalar sonucu verilen hüküm ve kararlar" şeklindeki düzenleme yer almıştır. Bu düzenleme karşısında istinaf talebini inceleme görevi Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi'ne aittir. Dairemizce yapılan ön inceleme sonucunda; Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin 01/09/2021 tarihinden itibaren geçerli, 02/06/2021 tarih ve 431 sayılı sayılı iş bölümüne ilişkin kararının, 1.Hukuk Dairesi iş bölümününün, 23.Maddesinde belirtilen düzenleme nedeniyle davanın niteliğine göre, istinaf incelemesine bakma görevi 1.Hukuk Dairesi'ne ait olduğundan dosyanın söz konusu daireye gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

Tarafların istinaf kanun yoluna başvurusu üzerine, dava dosyası kendisine gönderilen bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, incelemenin başka dairenin ihtisas alanına girdiğinden bahisle dosyayı ilgili daireye resen gönderir⁷². Bu aşamada dosyayı gönderen dairenin başkaca bir inceleme yapmasına lüzum bulunmamaktadır. Dosya kendisine tevzi edilen daire de uyuşmazlığın kendi iş bölümü içerisine girmediğini, görevsiz olduğunu düşünüp dosyayı kendisine gönderen daireye iade edebilir. Bu noktada 5235 sayılı Kanun'un mad. 35/1(1) hükmü uyarınca, Başkanlar Kurulu, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlar⁷³. Başkanlar Kurulunca verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin olarak kanunda açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar aksi kanun ile sınırlandırılmadığı sürece kanun yoluna başvurma hakkı engellenemese de; buradaki durum mahkemelerin kendi iç işleyişi ile ilgili olduğundan kanun yoluna başvurmada tarafların hukuki yararı bulunmamaktadır⁷⁴. Bu nedenle Başkanlar Kurulunun vermiş olduğu bu kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır.

b. Kararın Kesin Olması

Yerel mahkemelerce verilen nihai kararlara karşı taraflar, kararın hatalı olduğunu düşünüyorsa istinaf kanun yoluna başvurabilir⁷⁵. Ancak hukukumuzda her nihai karara karşı kanun yoluna gidilememektedir⁷⁶. Bu doğrultuda, bazı hallerde ilk

Davanın niteliğine göre istinaf inceleme görevi Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'ne ait olduğundan, dairemizin GÖREVSİZLİĞİNE, Dosyanın görevli Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi Başkanlığı'na GÖNDERİLMESİNE, Dair, dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonucunda oybirliği ile kesin olmak üzere tarihinde karar verildi” Adana BAM 4. HD, E 2021/2066, K 2021/1310, T 13.10.2021, yayınlanmamış karar.

⁷² “...Uyuşmazlık finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanmıştır. İstinafa konu dosyanın UYAP üzerinden gönderildiği tarih itibariyle istinaf başvurusuna konu ilk derece mahkeme kararını inceleme görevinin dairemiz görevine giren işlerden sayılmadığı, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesinin (Finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan her türlü davalar sonucu verilen hüküm ve kararlar) şeklinde sayılan işlerden olduğundan bu daire tarafından bakılmak üzere HMK 352. maddesine göre dosyanın görevli daireye gönderilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.” İstanbul BAM 35. HD, E 2018/1791, K 2018/1160, T 4.7.2018 (www.kazanci.com) ET 23.3.2021.

⁷³ ŞAHİN, a.g.m., s. 2674., KIYAK, a.g.m., s. 75.

⁷⁴ ÇİFTÇİ, Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2016, s. 453; ŞAHİN, a.g.m., s. 2674.

⁷⁵ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 591.

⁷⁶ Bu yönde, İİK mad. 363 hükmü gereği 103 üncü maddenin uygulanma biçimi ve bu maddede düzenlenen davetiyenin içeriği, yediemin ücreti, yediemin değiştirilmesi, hacizli taşınır malların muhafaza şekli, kıymet takdirine ilişkin şikâyet, ihaleye katılabilmek için teminat yatırılması ve teminatın miktarı, satışın durdurulması, satış ilânının iptali, süresinde satış istenmemesi nedeniyle satışın düşürülmesi, 263 üncü maddenin uygulanma biçimi, iflâs idaresinin oluşturulması, icra

derece mahkemelerince tesis edilen nihai kararlar doğrudan kesin olarak verilir. Örneğin; icra hukuk mahkemelerinde görülen kıymet takdirine itiraz yargılamalarında yerel mahkemece verilen nihai karar ile hüküm kesinleşmektedir⁷⁷. Mahkemece verilen kesin karara rağmen taraflardan biri istinaf kanun yoluna başvurursa öncelikle HMK mad. 346 hükmü uyarınca bu husus, kararı veren mahkemece reddedilir. Ancak reddedilmeden gözden kaçan bir sebeple dosya bölge adliye mahkemesine gönderilirse bu takdirde bölge adliye mahkemesi ön inceleme aşamasında kararın kesin olduğundan bahisle istinaf talebini esasa girmeden reddedecektir⁷⁸.

c. Başvurunun Süresi İçinde Yapılmaması

İstinaf kanun yoluna başvurmanın süresi HMK mad. 345 hükmü gereği kararın taraflara tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak icra hukuk mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurma süresi tefhim⁷⁹ veya tebliğden itibaren on gündür. Taraflar uyuşmazlığı kanun yoluna taşımak istiyorlarsa öngörülen süre içerisinde istinaf dilekçelerini kararı veren mahkemeye sunmak mecburiyetinde olup tek başına kanun yoluna başvurma harcının yatırılmış olması yeterli değildir. Aksi takdirde, süre kaçırılırsa yerel mahkemece istinaf talebinin reddine karar verilecektir. Sürenin kaçırılmış olmasına rağmen yerel mahkemece istinaf dilekçesinin reddi kararı verilmeyip dosya bölge adliye mahkemesine gönderilirse, bölge adliye mahkemesi ön inceleme aşamasında başvurunun süresi içinde yapılmamış olması sebebiyle istinaf başvurusunu reddedecektir⁸⁰.

mahkemesinin iflâs idaresinin işlemleri hakkında şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı, iflâs idare memurunun ücret ve masrafları hakkındaki hesap pusulası ve 36 ncı maddeye göre icranın geri bırakılmasına ilişkin kararları dışındaki kararlarda yerel mahkemede kesin olarak karar verilir. İcra ve İflâs Kanunu RG, T 19.6.1932, S 2128. (www.mevzuat.gov.tr) ET 4.4.2021.

⁷⁷ “...kıymet takdirine itiraz davalarında davanın niteliği gereği 2004 sayılı kanunun 363/1 maddesi gereğince kesin olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.” Büyükçekmece 2. İcra Hukuk Mahkemesi E 2020/164, T 30.03.2021.

⁷⁸ ŞAHİN, a.g.m., s. 2675.

⁷⁹ Tefhimden kasıt karara ilişkin tüm hususların gerekçeli olarak tarafların yüzüne karşı bildirilmesi olup, aksi durumda gerekçeli bir karar olmadığı için kanun yolu süresinin işlemesi söz konusu olmayacaktır, bkz. Yargıtay 23. HD, E 2015/962, K 2015/3934, T 26.05.2015 (www.kazanci.com) ET 23.3.2021.

⁸⁰ “...İstinaf talebine konu karar 19/04/2018 Perşembe günü davacı vekiline usulüne uygun olarak bizzat kendisine tebliğ edilmiştir. Bu durumda İki haftalık süre 03/05/2018 Perşembe günü bitiminde dolmuştur. İstinaf dilekçesi UYAP sistemi üzerinden 04/05/2018 Cuma günü saat 01:30'da verilmiştir. İstinaf harcının süresinde yatırılmış olması sonuca etkili değildir. HMK. m. 343 f.3 yollamasıyla Aynı Kanun'un 118. madde uyarınca, istinaf başvurusunun yapıldığı tarihin tespitinde, harcın yatırıldığı

d. Başvuru Şartlarının Yerine Getirilmemiş Olması

İstinaf kanun yolunda ön inceleme aşamasında yukarıda sayılan üç hal yoruma açık olmayıp kesin ve net bir dille ifade edilmiştir⁸¹. Ancak, “başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması” ifadesiyle anlatılmak istenenin ne olduğu ve sınırlarını çizilmesi gerekmektedir⁸². Çünkü bu ifade haliyle yoruma açık olup hangi şartların bu kavramın içerisine girdiğinin tespit edilmesi ve bölge adliye mahkemesi hâkiminin de bu hususları tetkik ederek hareket etmesi gerekir. Bu doğrultuda kavramın içerisinin doldurulması uygulayıcılar açısından büyük önem arz etmektedir.

Başvuru şartları; istinaf için gerekli harçların ihtara rağmen yatırılmamış olması, istinaf dilekçesinin gerekli şartları taşımaması, istinaf kanun yoluna başvurmada hukuki yararın bulunmaması, istinaf kanun yolundan feragat edilmiş olması ve benzeri nedenlerde noksanlık bulunması olarak sayılabilir⁸³. Bölge adliye mahkemesi hâkimi asgari başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle ön inceleme aşamasında gerekli kararı verecektir. Ancak buradaki başvuru şartları ile dava açılırken ki dava şartlarını karıştırmamak gerekir. Zira dava şartlarında bir eksiklik bulunması halinde bölge adliye mahkemesi hâkimi bu hususu ön inceleme aşamasını tamamladıktan sonra HMK mad. 353/1-a hükmü gereği inceleyip karara bağlamak durumundadır⁸⁴. Bu husus uygulayıcılar arasında karışıklığa sebebiyet verdiği için üzerinde daha ayrıntılı durulmasında fayda vardır.

aa. İstinaf Kanun Yoluna Başvurmak İçin Gerekli Harçların Yatırılmamış Olması

Kanun yoluna başvuran tarafın gerekli harç ve masrafları yatırmış olması gerekmektedir. Aksi durumda harç yatırmayan tarafın hukuki himayeden yararlanması

tarihin değil, istinaf dilekçesinin verildiği tarihin esas alınması gerekir. Bu açıklamalara göre, davacı vekilinin istinaf başvurusu süresinde değildir. Açıklanan bu gerekçelerle HMK. m. 346 ve 352 uyarınca dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonucunda, istinaf dilekçesinin reddine dair aşağıdaki karar verilmiştir.” İstanbul BAM 14. HD, E 2018/1012, K 2018/722, T 10.7.2018 (www.kazanci.com) ET 1.4.2021.

⁸¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2236.

⁸² ŞAHİN, a.g.m., s. 2679; ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 269.

⁸³ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 269; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2237.

⁸⁴ ŞAHİN, a.g.m., s. 2675.

mümkün olmayacaktır⁸⁵. Gerekli harç ve giderler tamamlanmadan kanun yoluna başvurulması halinde giderilebilir bir eksiklik⁸⁶ söz konusu olacağından, merci, tarafa harcın yatırılması için süre tayin edecektir⁸⁷. Ancak uygulamada istinaf kanun yoluna başvurmak için gerekli harç ve masraflar eksik yatırıldığında bölge adliye mahkemesi süre vermeyip dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekte ve ilk derece mahkemesi de eksikliğin giderilmesi için kanun yoluna başvuran tarafa süre vermektedir⁸⁸. *BUDAK'a* göre bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden eksikliğin giderilmesi için doğrudan kanun yoluna başvuran tarafa süre vermesi, usul ekonomisi ilkesine daha uygun olacaktır⁸⁹. Bu açıklamalar ışığında uygulamadaki prosedürde, takdir edilen süreye rağmen gerekli harç ve masrafların yatırılmamış olması halinde ilk derece mahkemesi hâkimi istinaf talebini reddederek başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermektedir⁹⁰.

bb. İstinaf Dilekçesinin Asgari Şartları Taşımaması

İstinaf dilekçesinde bulunması gereken asgari unsurlar, HMK mad. 342 hükmü uyarınca; tarafların varsa kanuni temsilci veya vekillerinin ad soyad ve adresleri ile tarafların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarını, kararı veren mahkemenin adı ile kararın sayısı ve tebliğ tarihi ile özetini, talep sonucu ve başvuranın ya da kanuni temsilci ve vekilinin imzasını, başvuru sebep ve gerekçeleridir.⁹¹ İstinaf dilekçesinin asgari şartları taşımaması halinde doktrinde görüş birliği bulunmadığından; bir kısım

⁸⁵ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 165.

⁸⁶ Harç ve giderlerin yatırılmamış olması dava şartı eksikliğidir. Aynı zamanda bu eksiklik giderilebilir bir eksikliktir. Hâkim tarafa süre vererek bu eksikliğin giderilmesini isteyebilir, ayrıca bkz. **PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 249.

⁸⁷ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 367.

⁸⁸ Bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinde yapılacak istinaf kanun yolu başvurularında alınması gereken nispi karar ve ilam harcının yatırılmaması nedeniyle eksikliğin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi hakkında karar verilmiştir, bkz. Ankara BAM 22. HD, E 2016/863, K 2017/523, T 25.4.2017 (www.kazanci.com) ET 1.4.2021., İstanbul BAM 20. HD E 2017/165, K 2017/268, T 1.3.2017 (www.kazanci.com) ET 1.4.2021; **ÇİFTÇİ**, a.g.e., s. 578; **KURU**, HMK Ciltli 5, s.4634.

⁸⁹ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 367.

⁹⁰ **ATAY COŞKUN**, a.g.m., s. 269; **ÇİFTÇİ**, a.g.e., s. 578.

⁹¹ “...bu asgari unsurdan yoksun ise veya dilekçe sıfır gerekçe ve sebebe sahip ise bu durumda istinaf dilekçesi görülebilirlik şartından yoksun demektir. Böyle bir dilekçe dinlenemez. İçeriğinin dikkate alınıp değerlendirilmesi talebi asla görülemez.” İstanbul BAM 22. HD, E 2017/1350, K 2017/1402, T 20.9.2017 (www.kazanci.com) ET 1.9.2021.

yazara göre eksikliğin giderilmesi için süre verilmeden başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmeli⁹², bir kısım yazara göre ise süre verilerek eksiklik tamamlanmalıdır⁹³. Kanaatimizce de istinaf dilekçesinin asgari şartları taşımaması halinde HMK mad. 360 hükmünün atfı ile HMK mad. 119 hükmü gereği giderilebilir bir eksiklik söz konusu olacağından hâkim eksikliğin giderilmesi için başvuran tarafa süre vermelidir.

cc. Hukuki Yarar

Hukuki yarar; hukuken korunması gereken maddi veya manevi bir menfaattir⁹⁴. Hukuki yarar kavramının diğer dava şartları gibi kamu düzenine ilişkin olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁹⁵. Davacının dava açmakta menfaatinin bulunması, kamu yararı düşüncesiyle öngörölmüş olup “menfaat yoksa dava yoktur” prensibi gereği hukuki yararın incelenmesinde hâkimin resen harekete geçmesi bir zorunluluktur. Bu nedenle yerel mahkemedeki talepleri doğrultusunda lehine karar alan tarafın istinaf kanun yoluna başvurusundaki hukuki yarar şartı hâkim tarafından resen değerlendirilir⁹⁶. Başka bir ifadeyle, mevcut kararın kaldırılması veya değiştirilmesinde istinaf kanun yoluna başvuran tarafın hukuki yararı bulunmalıdır. Aksi takdirde hukuki yarar eksikliğinden hâkim tarafından bu husus resen değerlendirilip, gerekli karar verilir. Ayrıca, hukuki yarar, eksikliği giderilemeyen bir dava şartı olduğundan bu hususa ilişkin süre de verilmemektedir.

dd. Diğer Sebepler

Yukarıda değinilen hususlara ek olarak, benzer bazı sebeplerin varlığı halinde bölge adliye mahkemesi hâkimi her somut olaya göre ayrıca inceleme yapmalıdır. Örneğin istinaf kanun yolundan feragat edilmesi, istinaf kanun yoluna hiç başvurulmaması vb. hallerde bölge adliye mahkemesi hâkimi ön inceleme aşamasında

⁹² AKKAYA, a.g.e., s. 249.

⁹³ ALBAYRAK, Hukukta İstinaf Uygulaması, s. 121.

⁹⁴ TUTUMLU, Mehmet Akif, “Davanın Yenilenmesinde Hukuki Yarar”, Terazi Hukuk Dergisi, C 2, S 14, Ekim 2007, s. 105.

⁹⁵ HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara, Ocak 2009, s. 297.

⁹⁶ ALBAYRAK, Adem / GÜNGÖR, Devrim, İstinaf, Ankara Barosu Yayınları, Ekim 2016, s. 63.

başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebiyle HMK mad. 352 hükmü uyarınca gerekli kararı vermelidir⁹⁷.

Ön inceleme aşamasında nasıl karar verileceği hususunu kanun koyucu “...*gerekli karar verilir*” şeklinde öngörmüştür. Bu sebepler her durumda ayrıca bir değerlendirme yapılarak somut olayın özelliklerine göre karar verilmelidir. Örneğin kesin bir karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulursa talebin reddine karar verilecek veyahut uygulamadaki şekliyle eksik harç yatırılması suretiyle istinaf kanun yoluna başvurulursa bu halde dosyanın geri gönderilmesine karar verilecektir⁹⁸.

e. Başvuru Gerekçesi veya Sebebinin Hiç Gösterilmemiş Olması

Kanun koyucu, başvuru sebep veya gerekçelerinin gösterilmemiş olması halini özel bir düzenleme ile istisna tutmuştur⁹⁹. İstinaf dilekçesi, istinaf kanun yoluna başvurma sebep ve gerekçelerini içermiyorsa HMK mad. 355 kapsamında yalnızca kamu düzeni bakımından bir inceleme yapılır¹⁰⁰. Çalışmamızın konusunu teşkil eden bu hususa aşağıda çok daha ayrıntılı olarak değinilecek olup bununla birlikte kamu düzeni kavramının içerisi doldurulmaya çalışılacaktır.

C. İSTİNAF YARGILAMASINDA ESASTAN İNCELEME

İstinaf yargılamasında, ön inceleme aşamasında eksiklik bulunmaması halinde HMK mad. 352 son cümle hükmü gereği dosyada esastan incelemeye geçilir. Bir derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesinin yapmış olduğu inceleme ilk derece mahkemelerine oranla önemli ölçüde sınırlandırılmıştır¹⁰¹. Burada gerçekleşen yargılama faaliyeti, dava malzemelerinin toplanması, tahkikat ve sözlü yargılama

⁹⁷ ARSLAN / YILMAZ / AYVAZ TAŞPINAR, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 598.

⁹⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2239.

⁹⁹ “Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir.” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), T 16.04.2008, s. 103, (www.kgm.adalet.gov.tr), ET 14.4.2021

¹⁰⁰ AKKAYA, a.g.e., s. 319.

¹⁰¹ İstinaf incelemesinin ilk derece mahkemesine nazaran sınırlandırılmış olmasının sebebi yargılamanın uzamasına sebebiyet vermemek içindir. Bu kapsamda davanın uzaması engellenerek zaman kaybı yaşanmasının önüne geçilecektir, ayrıca bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2237.

bakımından ilk derece mahkemelerine kıyasla büyük farklılık arz etmektedir¹⁰². Yapılan inceleme ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen yargılamanın baştan sona tekrarı şeklinde değildir¹⁰³. Aksi takdirde bölge adliye mahkemelerinin iş yükü ciddi oranda artarak gereksiz zaman ve emek kaybına neden olacaktır¹⁰⁴. Kaldı ki hukukumuzda kabul gören istinaf sistemine göre de istinaf yargılaması daha dar kapsamlı gerçekleşmektedir¹⁰⁵.

Bölge adliye mahkemelerinde gerçekleştirilecek olan incelemenin sınırlarını HMK mad. 355 hükmü belirlemektedir. Bu hüküm; “*İnceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir*” biçiminde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki incelemenin sınırını çizen bu hüküm oldukça geniş yorumlanmakta ve uygulamada sorunlara sebebiyet vermektedir. İstinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır¹⁰⁶. Kamu düzeni ve resen inceleme hususu ayırık olmak üzere bölge adliye mahkemesi hâkiminin öncelikle istinaf sebeplerini tespit etmesi ve bu doğrultuda yargılama faaliyetini icra etmesi gerekmektedir¹⁰⁷.

Sınırlı olarak gerçekleştirilen istinaf incelemesinde, HMK mad. 357 hükmü gereği; ilk derece mahkemelerinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmez, yeni delillere dayanılmaz, karşı dava açılmaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz ve davanın ıslahı istenemez¹⁰⁸. Bu düzenlemeyle birlikte kanun koyucu mümkün olduğunca ilk derece mahkemesinde gerçekleşen yargılamanın dışına

¹⁰² **AKKAYA**, a.g.e., s. 298.

¹⁰³ **KARSLI**, a.g.e., s. 706.

¹⁰⁴ İstinaf kanun yoluna getirilen en büyük eleştiri, yargılamada zaman kaybı ve davaların uzamasına sebebiyet vermesidir. Hukukumuzda yargının içinde bulunduğu mevcut şartlar göz önüne alındığında bu eleştirinin bir nebze haklı olduğu kabul edilebilir. Ancak öbür yandan yargılamada hata yapılması ve hukuk güvenliği ilkesi bakımından istinaf kanun yolu kabul edilebilir bir sistemdir, ayrıca bkz. **YILMAZ**, HMK Şerhi, s.1481.

¹⁰⁵ Dar anlamda istinaf sistemi için ayrıca bkz. aşa. dn. 144.

¹⁰⁶ Literatürde gelişmiş istinaf sistemleri ve Türk hukukunda kabul edilen istinaf sistemi için ayrıca bkz. aşa. dn. 144.

¹⁰⁷ **AKTEPE ARTIK, Sezin**, “*İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 30, S 134, Ocak 2018, s. 258.

¹⁰⁸ Günümüz istinaf anlayışında, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar, gerektiği ölçüde yeniden incelenir, ayrıca bkz. **YILMAZ**, HMK Şerhi, s.1481.

çıkmadan onu denetlemeyi ve dar kapsamda bir yargılama yapmayı hedeflemektedir¹⁰⁹.

D. HMK MAD. 353 BAĞLAMINDA DURUŞMA YAPILACAK VE YAPILAMAYACAK HALLER

İstinaf kanun yolunda duruşma yapılmadan verilecek kararları iki grup halinde sınıflandırılmıştır. İlk olarak davanın esasına girmeden duruşmasız olarak dosya üzerinden karar verilmesi, ikincil olarak ise davanın esasına girilerek dosya üzerinden duruşmasız karar verilmesidir¹¹⁰. Bölge adliye mahkemesi hâkimi HMK mad. 353 hükmü kapsamındaki eksikliklerin varlığı halinde duruşma yapmaksızın dosya üzerinden karar verecektir. Bu doğrultuda yargılamanın gereksiz yere uzaması ve sürüncemede bırakılması engellenecektir. Bu aşamada bölge adliye mahkemesi hâkiminin izleyeceği iki yol bulunmaktadır. Öncelikle HMK mad. 353/1-a'da altı bent halinde sayılan ağır usuli hataların tespiti eğer böyle bir eksiklik bulunmuyorsa HMK mad. 353/1-b'de sayılan esasa ilişkin nedenlerin değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹¹. Bu bentlerde sayılan hususların varlığı halinde bölge adliye mahkemesi hâkimi dosya üzerinden duruşma açmaksızın karar vermelidir.

HMK mad. 353/1-a-b'de sayılan hallerde bir noksanlık bulunmaması halinde yargılama duruşmalı bir şekilde yapılmak zorundadır¹¹². Başka bir deyişle istinaf yargılamasında esas olan yargılamanın duruşmalı yapılması olup yukarıda iki bent halinde belirtilen hususlar istisna teşkil etmektedir¹¹³.

E. İNCELEME NETİCESİNDE VERİLEBİLECEK KARARLAR

İstinaf yargılamasında hem denetim hem de gerektiğinde yeniden bir tahkikat söz konusu olduğundan, gerçekleştirilen yargılama ne tam ilk derece mahkemesine

¹⁰⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2246.

¹¹⁰ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 277.

¹¹¹ AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2010, s. 321.

¹¹² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 604.

¹¹³ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 277.

benzer ne de temyiz yargılamasına benzemektedir¹¹⁴. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerinde verilen kararlar da ilk derece mahkemeleri ve temyiz mahkemelerinden farklıdır¹¹⁵. Başka bir deyişle bölge adliye mahkemeleri, hem denetim hem de hüküm mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. Bölge adliye mahkemeleri hem vakıa hem de hukuki denetim yaptığı için bir temyiz organı değildir¹¹⁷. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemelerince verilen kararlar ile Yargıtay'ın verdiği kararlar nitelik itibariyle birbirinden farklıdır¹¹⁸. Zira bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı yanlış bulursa “bozma” değil “ilk derece mahkemesinin kararını kaldırılmasına” yahut ilk derece mahkemesini kararını doğru bulursa “onama” değil, “istinaf başvurusunun reddine” karar verir¹¹⁹. Uygulamada, kavramların kullanımı noktasında dikkat edilmesi ve özen gösterilmesi gerekmekte aksi takdirde bir süre sonra kanun yollarının birbirine karışması söz konusu olacak ve kanun yollarından beklenen faydadan çok zarar söz konusu olacaktır¹²⁰. Bu kapsamda kavramların doğru kullanılmaması nedeniyle yargılama sisteminde ciddi bir karmaşıklığın olması muhtemeldir¹²¹.

İstinaf incelemesinde verilecek kararlar bakımından istinaf kanun yoluna başvuran tarafın, istinaf dilekçesinde belirtmiş olduğu talep ve sebepler önem arz etmektedir. İstinaf dilekçesi kanunda belirtilen asgari unsurları taşıyorsa ve herhangi bir sebep gösterilmemişse inceleme salt kamu düzeni yönünden yapılır¹²². Bu doğrultuda istinaf dilekçesinde kullanılan ifadeler hak kaybına sebebiyet vermemek adına dikkatle ve özenle seçilmelidir¹²³.

¹¹⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, a.g.m., s. 319.

¹¹⁵ Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Kasım 2016, s. 59.

¹¹⁶ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, a.g.m., s.318.

¹¹⁷ Yargıtay'da temyiz edilen karar, yalnızca hukuka uygunluk bakımından değerlendirilir, ayrıca bkz. KURU, HMK Ciltli 5, s. 4634.

¹¹⁸ ÖZEKES, Sorularla HMK, s. 93.

¹¹⁹ El Kitabı, s. 63.

¹²⁰ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 346

¹²¹ ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Nisan 2016, s. 100.

¹²² Hukukumuzdaki düzenlemenin aksine Alman Usul Kanunu mad. 520/3 hükmü uyarınca kanun yoluna başvuran tarafın sebep ve gerekçeleri zorunlu tutulmuş aksi durumda başvurunun usulden reddedileceği öngörülmüştür (Zivilprozessordnung Ang. 520/3), BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 346.

¹²³ “Davalının, süresinde vermiş olduğu istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerini bildirmediği görülmektedir. Bu durumda incelemenin, kamu düzenine aykırılık nedenleriyle sınırlı olarak yapılması

4. UYGULAMADAKİ YERİ

Bölge adliye mahkemeleri nezdinde gerçekleştirilen yargılamada; kanun yoluna başvurma süresi, hangi kararların istinaf incelemesine tabi olacağı, istinaf başvuru dilekçesinde yer alan sebep ve gerekçeler, istinaf başvuru dilekçesinde sebep ve gerekçeler gösterilmemişse bölge adliye mahkemesi hâkiminin nasıl bir yol izleyeceği hususu önem arz etmektedir. Bu kapsamda bölge adliye mahkemelerinin işleyişine değinmek gerekir.

A. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLAR

İlk derece mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmanın parasal sınırı her yıl 4.1.1961 tarihli 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu¹²⁴ uyarınca yayımlanan yeniden değerlendirme oranına göre belirlenir¹²⁵. Yeniden değerlendirme oranı esas alınarak 1.1.2022 ile 31.12.2022 tarihleri arasında istinaf kanun yoluna başvurmanın parasal sınırı; icra hukuk mahkemeleri için 18.710,00 TL ve üzeri, diğer genel ve özel mahkemeler için 8.000,00 TL ve üzeridir. Alacağın bir kısmının talep edilmiş olması halinde istinaf kanun yoluna başvurmanın parasal sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu mad. 341/4 hükmü uyarınca ilk derece mahkemelerince görülen uyuşmazlıklarda alacağın tamamının talep edilmiş olması halinde, 1.1.2022 tarihi itibarıyla, kabul edilmeyen kısım icra hukuk mahkemeleri için 18.710,00 TL ve üzeri veya diğer özel hukuk mahkemeleri için 8.000,00 TL ve üzeri ise istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. Nihayet miktar ve değerine bakılmaksızın manevi tazminat davalarında verilen nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilebilmektedir.

gereklidir. Açıklanan nedenlerle, davaya konu olayda, davalıLtd.Şti yönünden kamu düzenine aykırılık nedenleriyle sınırlı olarak yapılan istinaf incelemesi sonucunda; tüm dosya kapsamına göre, mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde, resen gözetilecek kamu düzenine aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla, adı geçen davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerekmiştir.” Ankara BAM, E 2017/26, K 2017/947, T 5.7.2017, (www.kazanci.com) ET 1.8.2021.

¹²⁴ RG, 10.1.1961, S 10703.

¹²⁵ “...yeniden değerlendirme oranı 2021 yılı için %36,20 otuz altı virgül yirmi) olarak tespit edilmiştir.” RG. Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No:533), T 27.11.2021, S 31672, (www.resmigazete.gov.tr) ET 24.01.2022.

İstinaf sınırı belirlenirken, asıl alacak ile birlikte; faiz, icra inkâr tazminatı, yargılama masrafları vs. kalemlerin parasal sınır hesabına katılması hususunda açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu husustaki görüşü sadece asıl alacağın istinaf kesinlik sınırına esas alınması şeklindedir¹²⁶. Ancak bizim de iştirak ettiğimiz görüş, alacağın fer'ileri ile yargılama masraflarının istinaf kesinlik sınırı hesabına katılması gerektiğidir. Kanun yollarına başvurma hakkı, hak arama hürriyeti ile doğrudan ilişkili olduğundan bu hususta kanunda açıklık bulunmaması halinde taraf lehine yorum yapılmalıdır. Bu kapsamda kanun yoluna başvurma parasal sınırı değerlendirilirken asıl alacak ile birlikte fer'iler ve masraflarda hesaba katılmalıdır¹²⁷.

B. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURMA SÜRESİ

İstinaf kanun yoluna başvurmak için süreler HMK mad. 345 ile diğer özel kanunlarda düzenlenmiştir. Bu süreler hak düşürücü nitelikte olup sürenin kaçırılmasıyla kanun yoluna başvurulması mümkün olmamakta, sürenin kaçıp kaçmadığı hususu hâkim tarafından resen değerlendirilmektedir¹²⁸. Bu süreler HMK ve diğer özel kanunlar nezdinde genel ve özel görevli mahkemeler bakımından farklılık göstermektedir¹²⁹. Genel kural olarak HMK mad. 345 hükmü uyarınca istinaf kanun yoluna başvuru süresi ilamın usulüne uygun olarak taraflara tebliğinden itibaren iki haftadır¹³⁰. Ayrıca istinaf kanun yoluna başvuruda HMK mad. 345 hükmüne istisna olarak özel kanunlara ilişkin hükümler saklıdır.

¹²⁶ Kesinlik sınırı belirlenirken yalnızca dava konusu alacağın veya malın değerinin esas alınacağına ilişkin karar için. bkz. Yarg. 9. HD, E 2015/6602, K 2015/14362, T 14.4.2015 (www.legalbank.net) ET 24.01.2021.

¹²⁷ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 358.

¹²⁸ **KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, Ağustos 2016, s. 676.

¹²⁹ **ERSÖZ, Oğuz**, “İstinaf Kanun Yoluna Başvuru Süreleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C 91, S 5, Eylül 2017, s 76.

¹³⁰ Her ne kadar hükümet tasarısında istinaf kanun yoluna başvurma süresi on beş gün olarak belirtilmişse de, Adalet Komisyonu tarafından uygulamadaki karışıklığı gidermek ve hesabın basitleştirilmesini sağlamak amacıyla süre iki hafta olarak öngörülüp kanunlaşmıştır ayrıca bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), T 16.04.2008, s. 138, (www.kgm.adalet.gov.tr), ET 23.8.2021.

Kanun yolu başvurularında uygulamada yer edinmiş ve hukuken herhangi bir karşılığı bulunmayan süre tutum dilekçesine değinmekte fayda vardır¹³¹. Uygulamada; kararın taraflara tefhimi ile birlikte taraflar, süre tutum dilekçesi vermek suretiyle gerekçeli kararın kendilerine tebliğini beklemekte ve böylelikle istinaf başvuru haklarını saklı tutmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun yoluna başvuru süresi hak düşürücü nitelikte olup kamu düzenine ilişkindir bu nedenle sürenin durdurulması mümkün değildir¹³². Ancak tam olarak bir mahkeme ilamından bahsedebilmek için kararın gerekçesinin olması gerekmektedir. Bu doğrultuda gerekçesiz bir karara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı, istinaf kanun yoluna başvurma hakkının henüz bu aşamada doğmamış olduğu ve bu nedenle süre tutum dilekçesi altında herhangi bir karşılığı olmayan ancak uygulamada kendine yer bulmuş bir müessese ile bir karışıklık söz konusu olmaktadır¹³³. Bu açıklamalar kapsamında kanun yoluna başvuru hakkında süre, gerekçeli kararın taraflara usulüne uygun olarak tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

Özel Kanunlarda istinaf kanun yoluna başvurmak için kendi içerisinde belli süreler öngörülmüştür. Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu uyarınca mad. 363/1-son cümle hükmüm uyarınca icra hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı 10 gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır. Bu süreler kendi özel kanunları uyarınca düzenlenmiş olduğundan bu mahkemelerin vermiş olduğu kararlara karşı bu süreler uygulanır. Kanaatimizce; hak kayıpları, karışıklığın önlenmesi ve hukukta yeknesaklığı sağlamak için kanun yoluna başvuru sürelerinin tek tip olmasında fayda vardır.

¹³¹ Hukuk yargılamalarında süre tutum dilekçesi altında bir müessese bulunmamakla birlikte hak düşürücü süreler durdurulamaz. RG, T 16.04.2015, S 29328, AYM, Başvuru No: 2013/3954, T 26.2.2015.

¹³² İcra mahkemelerinde sürenin tefhimden itibaren başladığı hükmünü doğru anlayıp doğru yorumlamak gerekir. Öncelikle bir kararın varlık kazandığı an ile kanun yoluna başvurma hakkının başladığı an aynı değildir. Kanun yolu bir denetim mekanizmasıdır. Bu nedenle verilen kararın hangi gerekçelerle verildiğinin anlaşılması gerekir. Bu kapsamda karar tefhimle varlık kazansa da hangi gerekçelerle ortaya çıktığı anlaşılmadığından kanun yolu süresi işlemeye başlamaz, ayrıca bkz. **ÖZEKES, Muhammet**, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2009, s. 395.

¹³³ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2203.

C. İSTİNAF DİLEKÇESİNİN VERİLMESİ VE HARÇLAR

İstinaf dilekçesinin içeriği ve dilekçede bulunması gereken unsurlara yukarıda ayrıntılı şekilde değinmiştik. Bu doğrultuda istinaf dilekçesinde bulunması gereken asgari unsurlar, HMK mad. 342 düzenlenmiştir. İstinaf dilekçesinin asgari şartları taşımaması halinde doktrinde görüş birliği bulunmadığından; bir kısım yazara göre eksikliğin giderilmesi için süre verilmeden başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmeli¹³⁴, bir kısım yazara göre ise süre verilerek eksiklik tamamlanmalıdır¹³⁵. Yukarıda detaylıca izah edildiği üzere istinaf dilekçesinin asgari şartları taşımaması halinde HMK mad. 360 hükmünün atfı ile HMK mad. 119 hükmü gereği giderilebilir bir eksiklik söz konusu olacağından hâkim eksikliğin giderilmesi için başvuran tarafa süre vermelidir¹³⁶.

D. İSTİNAF SEBEPLERİ VE SEBEP GÖSTERİLMEMESİ HALİ

İstinaf kanun yoluna başvuran tarafın dilekçesi, asgari unsurları taşıyıp hiç sebep gösterilmemişse hâkim kamu düzeni bakımından bir inceleme yapacaktır¹³⁷. Bu noktada özel hukuk yargılamamızın temelini teşkil eden teksif ilkesine değinmekte fayda görüyoruz¹³⁸. Bu ilke, kural itibarıyla ilk derece mahkemesi önünde taraflarca getirilmiş iddia ve vakıaların belli süreye bağlanması ve buradan hareketle hâkimin bu talepler ışığında karar vermesidir¹³⁹. Teksif ilkesi, hukukumuzda kabul edilen istinaf sistemi kapsamında, istinaf kanun yolunda da varlığını katı bir şekilde sürdürmektedir¹⁴⁰. Zira taraflar istinaf talebinde belirtmiş olduğu sebeplerle

¹³⁴ AKKAYA, a.g.e., s. 249.

¹³⁵ ALBAYRAK, Hukukta İstinaf Uygulaması, s. 121; KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Değiştirilmiş 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2009, s. 644.

¹³⁷ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2224.

¹³⁸ Hukuk yargılamasında hâkim pasif konumda olup tarafların getirmiş olduğu delillerle bağlıdır, ayrıca bkz. İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 106, Mayıs 2013, s. 157.

¹³⁹ Teksif ilkesi yargılamanın gereksiz yere uzaması ve kötü niyetli tarafın yargılamayı sürüncemede bırakma amacının bertaraf edilmesi için benimsenmiş temel bir usul hukuku ilkesidir, ayrıca bkz. MAZLUM, Nagihan, "Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 70, S 1, 2021, s. 138.

¹⁴⁰ Bkz. aşa. Bölüm I, dn. 136.

bağlıdır¹⁴¹. Bu kapsamda sebep gösterilmişse taleple bağlılık ilkesi gereği dilekçede yer alan sebepler çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır¹⁴². Aksi durumda bölge adliye mahkemesi hâkimi kamu düzeni bakımından bir inceleme yapacak ve yapacağı incelemenin kapsamının belirlenebilmesi için bu kavramın içinin doldurulması gerekmektedir.

Herhangi bir gerekçe gösterilmeden yapılan istinaf başvurusunda uygulama ve öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Öğretide sebep gösterilmeden salt asgari unsurları taşıyan bir istinaf dilekçesinin işleme alınması, yargılamanın ruhuna aykırı olduğu, özel hukukta hâkimin pasif rolünü etkisiz kıldığı, taraflarca getirilme ilkesini bertaraf ettiği ve bu durumun sebepsiz dava açmayla eşdeğer olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁴³. Ancak uygulamada, istinaf dilekçesi asgari unsurları ihtiva ediyorsa, bölge adliye mahkemeleri HMK mad.355 kapsamında kamu düzeni yönünden inceleme yapmaktadır¹⁴⁴. Bu nedenle bölge adliye mahkemeleri hâkimleri önlerine gelen her uyuşmazlıkta öncelikle kamu düzeni yönünden bir incelemede bulunmalı bu yönde bir karar vermeli ve başvuru sebep ve gerekçelerini ikincil olarak incelemelidir¹⁴⁵. Başka bir deyişle, somut uyuşmazlıkta kamu düzeni bakımından bir

¹⁴¹ **DEREN YILDIRIM, Nevhis**, “İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri”, Prof. Dr. Özer Seçili’ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2006, s. 697.

¹⁴² **KATAYIFÇI, Derya Ece**, Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, s. 189.

¹⁴³ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2214; **AKKAYA**, a.g.e., s. 319.

¹⁴⁴ “İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355. madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır” düzenlemesine; HMK’nın 355. maddesinde ise; “İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re’sen gözetir.” düzenlemesine yer verilmiş ve 352/1. maddesinde de başvuru şartlarının yerine getirilmemesi ya da başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi halinde gerekli kararın verileceği belirtilmiştir. Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesince yapılacak iş, HMK’nın 342/2/e 342/3. maddesinde belirtildiği üzere, istinaf dilekçesini reddetmeden, HMK’nın 352ve 355. maddesi uyarınca kamu düzeni ile sınırlı olmak üzere istinaf isteminin incelenip sonucuna göre karar verilmesidir (Yargıtay 12.HD’nin2019/16662 Karar sayılı kararı)Dosya kapsamından, davacı vekilinin istinaf dilekçesinde istinaf nedenlerinin açıklanmadığı, ilk derece mahkeme kararında kamu düzenine aykırılıkta bulunmadığından, HMK’nın 353/1-b-1. maddesi gereği, davacı vekilinin istinaf isteminin esaslan reddine karar verilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur. İstanbul BAM 17. HD, E 2021/828, K 2021/729, T 10.6.2021 (www.kazanci.com) ET 1.9.2021.

¹⁴⁵ “Öncelikle, davaya konu ihalenin HMK’nın 355. maddesi kapsamında kamu düzeni yönünden incelenmesi gerekmektedir. İhalenin 04.03.2019 tarihinde yapıldığı, ihalenin feshi davasının süresinde açıldığı, dava konusu taşınmazın satış ilanının elektronik ortamda da yapıldığı, taşınmazın kıymetinin 07.06.2018 tarihinde tespit edildiği, kıymet taktiri ile ihale arısında iki yıldan az bir süre bulunduğu, satış ilanının 28.12.2018 tarihinde satış kararına uygun olarak yerel gazetede yayınlandığı, satış ilanının gazetede yayınlanması ile ihale arasında 1 aydan fazla bir zaman bulunduğu, davaya konu

hukuka aykırılık varsa başvuru sebep ve gerekçeleri için ayrıca bir tespitle bulunulmasına gerek kalmadan karar verilmelidir. Bu noktada genel kuralın taleple bağıllık ilkesi ışığında vücut bulduğu ve kamu düzeni ölçütünün her uyuşmazlık için ayrıca tespit edilmesi gerektiği söylenebilir.

5. HUKUKUMUZDA İSTİNAF SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

Kabul edilen istinaf sistemleri ile kamu düzeni kavramı arasında yakın bir ilişki mevcuttur. İstinaf sistemleri dar ve geniş (klasik) anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın temelini teşkil eden en karakteristik unsur yargılama usulüdür. Başka bir ifade ile gerçekleştirilen inceleme ilk derece mahkemesi kararının baştan sona tekrarı ise geniş anlamda istinaf sisteminden, inceleme yalnızca istinaf kanun yoluna başvuran tarafın talepleriyle sınırlıysa dar anlamda istinaf sisteminden bahsedilir. Bu noktada dar anlamda istinaf sistemiyle kamu düzeni kavramı birbiriyle yakın ilişkiindedir. Genel kural olan istinaf sebep ve gerekçeleriyle bağıllık ilkesinin istisnasını kamu düzeni kavramı oluşturur. Ayrımın daha iyi anlaşılması için kamu düzeni kavramı ile kabul edilen istinaf sistemleri üzerine kısa bir değerlendirme yapmak gerekir.

B. DAR ANLAMDA İSTİNAF SİSTEMİ

İlk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen yargılama, talebe bağıllık ilkesi uyarınca toplanan dava malzemeleri kapsamında sınırlı bir çerçevede yapılır¹⁴⁶. Bu

taşınmazın muhammen bedelinin 54.672,10 TL olarak belirlendiği, 31.050 TL'ye ihale edildiği, böylelikle ihale bedelinin muhammen bedelin yarısı ile satış masraflarından fazla olduğu anlaşılmış olup, kamu düzeni yönünden yapılan incelemede ihalenin feshini gerektirir bir yön olmadığı görülmüştür” Samsun BAM 4. HD, E 2019/2261, K 2019/3454, T 29.11.2019 (www.kazanci.com) ET 04.04.2022.

¹⁴⁶ “Taleple bağıllık ilkesinin taşıdığı ilk anlam, tarafın talep etmediği husus hakkında mahkemenin karar veremeyeceğidir. Buna göre hâkim, tarafların dilekçelerinde talep edilen hususları karşılar. Hâkimin, tarafların talep etmediği bir hususta karar vermesi mümkün değildir. Tarafın neyi talep edip etmediği ve hâkimin ne hakkında karar verip veremeyeceği dava dilekçesine bakılarak tespit edilir. Bu tespit konusunu, istenilen hukuki sonuç oluşturur. Bu itibarla hâkimin karar verme sınırı dava dilekçesi ile belirlenmiş olur. Taleple bağıllık ilkesinin taşıdığı ikinci anlam ise tarafın talebinden

sınırlı incelemede hâkim, tarafların talebi ile bağlı kalmak zorundadır¹⁴⁷. İlk derece yargılamasında maddi vakıanın doğru tespiti, delillerin tam ve eksiksiz toplanıp değerlendirilmesi halinde yargılama sağlıklı bir şekilde işleyebilecektir. Yerel mahkeme nezdinde gerçekleşen yargılama faaliyetinde dava malzemelerin toplanması keyfiyeti önlemek ve yargılamanın makul sürede tamamlanması amacıyla belli sürelerle bağlanmıştır. Yargılamaya elverişli ve tüm malzemeleri toplanmış bir uyuşmazlık, ilk derece mahkemesi tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bölge adliye mahkemesinde ise tekrardan delil sunulup sunulmayacağı veya yerel mahkemede sunulmamış delillerin bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebileceğine ilişkin uygulamada gelişmiş iki sistem mevcuttur. Bunlar klasik (geniş) anlamda istinaf ve dar anlamda istinaftır.

Dar anlamda istinafta ilk muhakeme baştan sona tekrarlanmaz¹⁴⁸. Başka bir ifadeyle ilk derece mahkemesi tarafından incelenen hususlar ayrı ve bağımsız bir şekilde bölge adliye mahkemesinde incelemeye konu olamaz¹⁴⁹. Dar anlamda istinaf incelemesinde, istinaf sebepleri ile sınırlı olarak bir inceleme gerçekleştirilmektedir¹⁵⁰. Bu kapsamda bölge adliye mahkemelerinin temel gayesi ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın bir üst mahkemece denetime tabi tutulması ve gerektiğinde sınırlı olarak yeniden dar kapsamlı bir maddi inceleme yapılmasıdır¹⁵¹. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından gerçekleştirilen maddi

fazlasına mahkemece karar verilememesidir. Tarafın maddî hukuktan kaynaklanan bir hakkının, bazı istisnâî durumlar hariç olmak üzere sadece bir kısmını ileri sürmesine bir engel yoktur. Bu durumda mahkemece, talep edilenden fazlasına karar verilemez. Taleple bağlılık ilkesine yüklenen bu anlam aynı zamanda 24'üncü maddede ifade edilen "tasarruf ilkesi" ve 25. maddesinde yer alan "taraflarca getirilme ilkesi" ile de bağlantılıdır." Yarg. İBGK, E 2017/8, K 2019/3, T 24.5.2019 (www.kazanci.com) ET 16.8.2021.

¹⁴⁷ "Taleple bağlılık ilkesi uyarınca, dava konusunu (müddeabihi) davacı belirler. Mahkeme ancak davacı tarafından belirlenen konuda karar verebilir. Davacının talep etmediği bir şey hakkında karar verilemez. Mahkemece talepten daha azına karar verilebilir ise de dava sonucunda kurulacak hükmün sınırını, tarafların karara bağlanmasını istediği talep sonucu belirler. Bu nedenle talep sonucu yeterince açık değilse hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) kapsamında açık olmayan talep sonucunu açıklaması gerekir." Yarg. HGK, E 2017/(7)9-432, K 184, T 2.3.2021 (www.e-uyar.com.tr) ET 23.8.2021.

¹⁴⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 590.

¹⁴⁹ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s.263.

¹⁵⁰ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 270.

¹⁵¹ AYDINOĞLU, a.g.m., s. 390.

vakıya ilişkin değerlendirmeleri ve elde edilmiş dava malzemeleriyle bağlıdır¹⁵². Aynı zamanda dar anlamda istinaf anlayışının iki temel rolü bulunmaktadır. Bunlar erteleyici etki ve aktarıcı etkidir¹⁵³. Erteleyici etki ile kararın icrası ve hükmün kesinleşmesi ertelenir. Aktarıcı etki ise uyuşmazlığı bir üst derece mahkemesine taşıyarak ilk derece mahkemesinin kararı daha nitelikli hakimler tarafından dar kapsamlı olarak incelenir¹⁵⁴.

Bölge adliye mahkemesinde maddi vakıanın tespiti öğrenme muhakemesi ile gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda tereddütlü, çelişkili ve istinafi istenen unsurlar üzerinden bir inceleme yapılır¹⁵⁵. Ayrıca ilk derece mahkemesi nezdinde ileri sürülemeyen deliller bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların elinde olmayan sebeplerle ilk derece mahkemesi nezdinde sunulamayan deliller, bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilmektedir¹⁵⁶.

Netice itibariyle dar anlamda istinaf sisteminde yargılama baştan sona tekrarlanmaz, öğrenme muhakemesi yoluyla ilk derece mahkemesi hakiminin hukuki, maddi ve usuli tespitleri denetlenir¹⁵⁷. Günümüz çağdaş hukuk sistemlerinde de genel eğilimin usul ekonomisi ve yargılamanın daha fazla uzamaması amacıyla dar anlamda istinaf sisteminden yana olduğu söylenebilir¹⁵⁸.

¹⁵² Yerel mahkeme nezdinde gerçekleşen yargılamada gerçekleştirilen birtakım işlemler istinaf yargılamasında sınırlandırılmıştır. Bu düşüncenin temelinde yatan unsur istinaf yargılamasını hızlı ve makul sürede bitirilmesidir, bkz. **YILMAZ**, HMK Şerhi, s.1479.

¹⁵³ **KORKMAZ**, a.g.m., 204.

¹⁵⁴ **ÖZEKES**, Sorularla HMK, s. 3.

¹⁵⁵ **COŞKUN, Mahmut**, Hukuk Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2020, s. 187.

¹⁵⁶ **ATAY COŞKUN**, a.g.m., s. 262.

¹⁵⁷ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 382.

¹⁵⁸ “Maddi sorunun incelenmesinin kapsamına göre "istinaf", "geniş anlamda istinaf" ve "dar anlamda istinaf" olarak ikiye ayrılmaktadır. Klasik istinaf da denilen geniş anlamda istinaf incelemesinde, muhakeme baştan sona tekrarlanmakta iken dar anlamda istinafta muhakeme baştan sona tekrarlanmaz, yalnızca gerekli görülen hususlarda öğrenme muhakemesi yapılmak suretiyle ilk derece mahkemesi tarafından yapılan tespitler kontrol edilir. Günümüzde genel eğilimin dar anlamda istinaftan yana olduğu görülmektedir.” Yarg. CGK, E 2019/16-493, K 2021/25, T 4.2.2021. (www.kazanci.com) ET 16.8.2021.

C. GENİŞ ANLAMDA İSTİNAF SİSTEMİ

Geniş (klasik) anlamda istinaf yargılamasında, ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen yargılamadan tamamen bağımsız ve tekrarı niteliğinde bir muhakeme icra edilmektedir¹⁵⁹. İlk derece mahkemesinin incelemeleri veya toplamış olduğu delillerin tekrardan bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi, yeni delil veya iddia öne sürme imkânı bu istinaf sisteminde mümkündür¹⁶⁰. Bu muhakemede kontrolden ziyade yeniden inceleme yapılmaktadır¹⁶¹. Zaman içerisinde bu sistemin yargılamayı uzattığı ve adaletin hızlı tecelli etmesine engel teşkil ettiği anlaşılmıştır. Başka bir deyişle herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın bölge adliye mahkemelerinde yeniden yargılama yapılması muhakemenin uzamasına sebebiyet vermekte dolayısıyla bu sistemde kontrol mekanizmasıyla beklenen fayda amacından uzaklaşarak yerini kötü niyetli başvurucuların lehine bir duruma çevirmektedir¹⁶². Bu doğrultuda hem denetimin sağlanması hem de yargılamanın etkin ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi için dar anlamda istinaf sistemi doğmuş ve bu sayede istinaf kanun yolunda yargılamanın belli kural ve sınırlar dahilinde gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır¹⁶³.

C. HUKUKUMUZDA KABUL EDİLEN İSTİNAF SİSTEMİ

Fiili olarak 20.7.2016 tarihinden itibaren, hukuk hayatımızda uzun bir aradan sonra tekrardan yer edinen bölge adliye mahkemelerinin ilke olarak yapacağı inceleme HMK'da belirlenmiştir¹⁶⁴. Genel kural itibariyle HMK mad. 355 kapsamında bölge adliye mahkemesi hâkimi tarafların öne sürdüğü istinaf sebepleri ile bağlı kalmak zorundadır¹⁶⁵. Ayrıca HMK mad. 357 hükmü uyarınca istinaf yargılamasında yeni delil ileri sürülemeyeceği gibi karşı dava açmak, müdahil talebinde bulunmak ve iddia

¹⁵⁹ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 262.

¹⁶⁰ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s. 263.

¹⁶¹ YILMAZ, HMK Şerhi, s.1479; AYDINOĞLU, a.g.m., s. 390.

¹⁶² KARSLI, a.g.e., s. 786.

¹⁶³ 18. yy'da itibaren yargılamanın sözlülüğü ve delillerin doğrudanlığı ilkeleri yargılamada temel ilke haline gelmeye başlayınca bütün delillerin tekrardan ikinci bir hakim tarafından değerlendirilmesi aradan geçen zamanda delillerin karamasına ihtimal verebileceğinden bu klasik görüşten vazgeçilmiştir ayrıca bkz. YILMAZ, HMK Şerhi, s.1479.

¹⁶⁴ YAYLA MERAĞLI, Deniz, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara, Mart 2014, s. 133.

¹⁶⁵ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 358; COŞKUN, a.g.e., s. 187.

ve savunmanın genişletilmesi yasaklanmıştır¹⁶⁶. Bu doğrultuda hukukumuzda hangi istinaf sisteminin benimsendiği bu kurallar ışığında ortaya çıkmaktadır¹⁶⁷. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerinde kontrol muhakemesi ve gerektiğinde yeniden vakıa denetimi yapılması, esasında hukukumuzda kabul edilen sistemin dar anlamda istinaf sistemi olduğunu göstermektedir¹⁶⁸.

Bu noktada bölge adliye hâkiminin yapacağı muhakemede taleple bağıllık ilkesinin istinasını teşkil eden, HMK mad. 355 hükmüne değinmekte fayda görüyoruz. Kanunda açıkça düzenlendiği üzere, istinaf dilekçesi asgari unsurları taşıyor ve herhangi bir istinaf sebebi belirtilmemişse hâkim kamu düzeni yönünden bir inceleme yapabilmektedir. Öğretide, bu hükmün istinafin anlam ve amacına aykırı bir durum oluşturacağını ve istinaf yargılamasında beklenen faydanın azalmasına sebebiyet vereceği endişesine değinilmiştir¹⁶⁹. Kamu düzeni kavramının geniş yorumlanması halinde bölge adliye mahkemesi hâkiminin takdir yetkisi genişlemektedir. Bu doğrultuda asgari unsurları barındıran bir dilekçenin istinaf incelemesine konu olması, taleple bağıllık ilkesinin önemini yitirmesi hususunu gündeme getirecektir. Bu maddeyle birlikte kabul edilen (dar anlamda) istinaf sisteminin anlamını yitirdiği ve bu hususunda yargılamada gereksiz zaman ve emek kaybına neden olması muhtemeldir.

Bu açıklamalar kapsamında her ne kadar uygulamada istinaf sebebi ve gerekçesi belirtilmeyip kamu düzeni kapsamında yargılama yapılacağı öngörülmüşse de bu hüküm tek başına istinaf sisteminin geniş (klasik) anlamda kabul edildiği anlamına gelmez¹⁷⁰. Genel kural istinafta taleple bağıllıktır¹⁷¹. Kanaatimizce, kamu düzenini ilgilendiren hususlar genel itibarıyla maddi hukuk-usul hukuku ayrımı yapılmaksızın emredici kurallara ve temel ilkelere aykırı olduğundan, hâkimin bu

¹⁶⁶ **AKKAYA**, a.g.e., s. 185.

¹⁶⁷ **MAZLUM**, a.g.m., s. 137.

¹⁶⁸ **ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d.**, Medeni Usul Hukuku, s. 590.

¹⁶⁹ İstinaf sebebi belirtilmemiş olsa dahi, kamu düzeni bakımından yapılan inceleme istinafin ruhuyla bağdaşmamaktadır. İstinafta herhangi bir gerekçe göstermeden yargılama yapılması gerekçesiz dava açmayla eş değerdir, ayrıca bkz. **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2203; **AKKAYA**, a.g.e., s. 263.

¹⁷⁰ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s. 290.

¹⁷¹ İstinaf yargılamasında kamu düzenine aykırılık sebebe bağıllığın istisnasını teşkil eder, ayrıca bkz. **KONURALP**, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 135.

yönde inceleme yapması adaletin tesisi ve hukuka güven noktasında önemlidir. Hukuk mantığı içerisinde de kamu düzenine aykırılık söz konusu olduğunda hâkimin öncelikle bu hususta bir tespitte bulunması usul ekonomisi ilkesi bakımından daha uygun olacaktır. Kamu düzenine bir aykırılık bulunmadığı takdirde bölge adliye mahkemesi hâkimi dilekçe üzerinde istinaf sebeplerini tespit edip yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda bir muhakeme gerçekleştirecektir. Kanunun ruhu, öğretisi ve uygulama dikkate alındığında hukukumuzda kabul edilen sistemin dar anlamda istinaf sistemi olduğu ancak kamu düzenine aykırılık halinde bu hususun istisna teşkil ettiği şüphesizdir¹⁷². Kamu düzeni noktasında hâkim, temelinde kamu düzeni düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından bir değerlendirme yapmalıdır. Bu değerlendirmenin sağlıklı olabilmesi için de mutlaka kamu düzeni kavramının iyi anlaşılması ve yorumlanması gerekmektedir¹⁷³.

6. MUKAYESELİ HUKUKTA İSTİNAF MAHKEMELERİ

A. ALMAN HUKUKU

Alman medeni yargılama hukukunda, 1877 yılında kabul edilen usul kanunu oldukça şekli bir biçimde kaleme alınmış ve dolayısıyla kanun yolları da sınırlı sayıda öngörülmüştür¹⁷⁴. Alman hukukunda istinaf, temyiz ve şikâyet olmak üzere üç kanun yolu işletilmektedir¹⁷⁵. Bunların yanı sıra hem nihai olan hem de nihai olmayan kararlara karşı gidilebilen hukuki çareler öngörülmüştür¹⁷⁶. Kanun koyucu bu hukuki çareleri tahdidi bir şekilde saymaya çalışmıştır. Bununla birlikte anılan tarihte kabul edilen medeni usul kanununda Alman literatürüne giren istinaf mahkemelerindeki yargılama, o zamana kadar ki bilinen kanun yollarından daha farklı bir sistematığe sahipti¹⁷⁷. Böylelikle bu kanun yolu sistematığında tekrardan bir tahkikat yapılması

¹⁷² KONURALP, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.141.

¹⁷³ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s. 290.

¹⁷⁴ GILLES, Peter / HAŞHAŞ, Abdulkadir, “Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşrutiyyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C 16, Özel S 2014, s. 128.

¹⁷⁵ PRÜTTİNG, Hanns / AKİL, Cenk, “Alman Yasa Yollarının Gelişim Çizgisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 62, S 1, 2013, s. 253.

¹⁷⁶ PRÜTTİNG / AKİL, a.g.m., s. 253.

¹⁷⁷ AKİL, *İstinaf Kavramı*, s. 50.

söz konusu olacaktı. Zira bu sistemde hâkim hukuki meselenin tüm yönlerini maddi ve hukuki açıdan ilk derece mahkemesinden bağımsız bir şekilde yeniden ele almaktaydı¹⁷⁸. Bu kapsamda 1877 tarihinde kabul edilen Alman Medeni Usul Kanunu'nda geniş anlamda istinaf sisteminin benimsendiği söylenebilir.

Almanya'da iki binli yılların başından gerçekleştirilen kodifikasyon hareketleri kapsamında Gottwald Reform Kanunu olarak bilinen kanun ile istinaf mahkemelerinin muhakeme kuralları üzerinde köklü değişikliklere gidilmiştir¹⁷⁹. Bu Kanun ile Alman istinaf mahkemeleri, ileri sürülen istinaf sebeplerine bağlı kalmak şartıyla bir denetim muhakemesi gerçekleştirecektir¹⁸⁰. Böylelikle Alman istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin toplamış olduğu delillerle bağlı kalmak zorundadır. Başka bir ifade ile ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen davayı haklılığının ispatı değil denetimi istenen ilk derece mahkemesi kararının hukuki olarak doğru olup olmadığının kontrolü sağlanacaktır¹⁸¹. Nihayet son tahlilde, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren usul kanunu uyarınca, Alman ekolünde geniş anlamda istinaf sisteminden vazgeçildiği, dar anlamda istinaf sistemi ve kanun yolunda taleple bağlılık ilkesinin tercih edildiği anlaşılmaktadır¹⁸².

¹⁷⁸ "Alman hukukunda klasik görüşe göre birinci ve ikinci derece yargılaması bir bütündür. Bu anlamda medeni usul hukukunun amacı istinaf içinde yine amaç olarak ortaya konulabilir" **YILDIRIM, Kamil**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003, s. 72.

¹⁷⁹ "İstinafın eski hukuk sistemine göre ne anlama geldiği Alması Medeni Yargılama Usulü Kanunu'nun eski şeklinin 525. paragrafında açıkça tanımlanmıştı: "İstinaf mahkemesi davayı tarafların başvurusunda belirtilen sınırlar içinde tekrar ele alır". Dolayısıyla anlaşmazlık konusu istinaf mahkemesinde her açıdan tekrar görülmekteydi. Yani ikinci ve yeni bir yaka mahkemesi söz konusu olmaktaydı. Her iki dava tarafı da yeni olguları, yani birinci derecedeki mahkemede sunmamış oldukları hukuki vakaları sunabilmekteydi. Bunun yanı sıra birinci derecedeki mahkemeye getirmemiş oldukları yeni deliller getirebilmekteydiler. Buna karşılık mahkeme de daha önce sunulmuş olan delilleri tekrar talep edebilmekte, örneğin ilk derecedeki mahkemede dinlenmiş olan bir tanığı tekrar dinleyebilmekteydi. Kısacası ilk derecedeki yargı süreci yeniden başlatılabiliyordu" **BECKER-EBERHARD, Ekkehard**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003, s. 29.

¹⁸⁰ Reformun ana gayesi, istinaf mahkemelerince gerçekleştirilecek muhakemenin asgari düzeyde kısıtlanmasıdır, ayrıca bkz. **BECKER- EBERHARD**, a.g.e., s. 34.

¹⁸¹ El Kitabı, s. 18.

¹⁸² **DEREN YILDIRIM, Nevhis**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003, s. 95.

B. FRANSIZ HUKUKU

Fransız hukukunda istinaf anlayışı senyörlerin kararlarının imparatorluğun gücü tarafından sorgulanmasıyla doğmuştur¹⁸³. Feodal dönemde Fransa’da yargı yetkisi kral tarafından senyörlere, senyörlerden ise bölge hakimlerine bırakılmıştır. Böylelikle bölge hakimleri ilk derece, senyörler istinaf, kral ise en yüksek mahkeme olarak adlandırılabilir¹⁸⁴. Bu dönemde feodal yapıdaki beyliklerin sayıca çok olması benzer vakıalarda farklı hükümlerin tesisi edilmesine neden oluyordu¹⁸⁵. Böylelikle imparatorluk toprakları içerisinde hukuk birliği tehlikeye düşmüş, çareyi Kralın adaletine başvurarak giderilmek istenmesi kralın adli anlayışının güçlenmesine neden olmuştur¹⁸⁶. Bu durum zamanla feodal beylerin aleyhine gelişmiş ve bu gelişmeler neticesinde kanuni düzenlemelere gidilmiştir. Kanuni düzenlemelerle birlikte Fransız hukuk sisteminde istinaf anlayışı yerleşmeye başlamıştır.

Günümüz Fransız hukuk anlayışında aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe ilk derece mahkemeleri tarafından verilen tüm kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir¹⁸⁷. Fransız hukukunda istinaf incelemesinin temel amacı, daha kıdemli ve tecrübeli hakimler tarafından mükemmel bir karara ulaşılmasıdır¹⁸⁸. Böylelikle uyuşmazlığın ikincil olarak heyet halinde teşekkül etmiş hakimler tarafından daha iyi incelenmesi ve denetiminin daha sağlıklı olması öngörülmüştür¹⁸⁹. Ancak Fransız yargısında artan dava sayısı mevcut sistemin tek hakimli dönüştürülmesine imkân vermektedir. Fransız istinaf sisteminde yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesi hususunda ilke olarak katı bir yasak öngörülmemiştir¹⁹⁰. Bu

¹⁸³ **BAERISWYL, Georges**, Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht, Saeckingen 1922, s. 97.

¹⁸⁴ **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 95.

¹⁸⁵ Feodal beyliklerin benzer vakıalara farklı hüküm tesis etmesi hukuka güven ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanmasına engel teşkil eden bir durumun ortaya çıkmasına neden oldu, ayrıca bkz. **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 95.

¹⁸⁶ **KONURALP, Haluk**, “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri (Hukuk Davaları Açısından)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 50, S 1, Mart 2001, s. 28.

¹⁸⁷ El Kitabı, s. 19.

¹⁸⁸ **KONURALP, Haluk / HANAĞASI Emel**, “Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu”, Legal Hukuk Dergisi, S 54, Haziran 2007, s. 1796.

¹⁸⁹ **KONURALP**, Fransız Hukukunda İstinaf, s. 28.

¹⁹⁰ **TURCEY, Valery**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003, s. 142.

doğrultuda Fransız istinaf sisteminde geniş anlamda istinaf anlayışının¹⁹¹ benimsendiği söylenebilir¹⁹².

C. İSVİÇRE HUKUKU

Bilindiği üzere İsviçre kantonlardan oluşan bir konfederasyon olup her kantonun kendine özgü yargılama kuralları vardır¹⁹³. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin¹⁹⁴ de ayrı bir federal yargılama kanunu bulunmaktadır. Federal mahkemenin yegâne amacı hukukun yeknesaklaştırılması ve kantonlar arasında benzer olaylara ilişkin federal yasalara aykırı kararlar verilmesini önlemektir¹⁹⁵. Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesi'nin tam anlamıyla istinaf mahkemelerine benzediği söylenemez.

İsviçre Konfederasyonu'nda Kantonlar içinde dereceli mahkemeler mevcuttur. İsviçre Federal Mahkemesi'ne ancak kantonun içinde yer alan son derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı başvurulabilir¹⁹⁶. Kantonal istinaf

¹⁹¹ “Fransız istinaf mahkemelerinin hukuki niteliği bakımından cevap oldukça basittir: istinaf mahkemesi, birinci derece mahkemesinin kararından memnun olmayan tarafa, davayı yeniden inceletme olanağı sağlamaktadır. Bu ikinci derece mahkemesinin amacı, karardan tatmin olmayan tarafa, ilk hakimlerin yanlış karar vermiş olabilecekları şüphesiyle, ikinci bir şans tanımaktır. Yani Fransa’da istinaf aslında bir yeniden inceleme yoludur, şöyle ki bu başvuru sonucunda istinaf mahkemesi birinci kararı onaylayabileceği gibi yeni bir karara da imza atabilir. Tabii ki istinaf mahkemelerinin görevi istinaf başvurusunda bulunanların istemleri kapsamında bir inceleme yapmak ile sınırlıdır. Örneğin, istinaf başvurusu sahibinin itirazı sözleşmesinin feshine değil yalnızca tazminat konusuna yönelik ise, istinaf mahkemesi ancak tazminat konusunu ele alabilir. Sözleşmenin feshi artık kesin hükümdür. Ama bunun dışında, istinaf mahkemesi birinci derece mahkemesi ile aynı incelemeyi yapmaktadır. Görevi temel olarak aynıdır: tarafları ilgilendiren ihtilafa ilişkin bir hüküm vermek. Bu Fransa’da öyle geçerlidir ki, taraflar istinaf mahkemesine istem ve savunmalarına dayanak oluşturan yeni iddialar, yeni tezler ve yeni açıklamalar sunabilirler. Bunu birinci derece mahkemesinin önünde yapabilecekleri gibi yapabilirler... Türk hukukçuların ifade ettiği üzere, Fransa’da istinafın kapsamı oldukça geniştir.” **BARS, Thierry Le**, Fransız Hukukunda Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Başvuruları Fransız Yargıtayı'nın Denetiminin Sınırları, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018, s. 309.

¹⁹² El Kitabı, s. 19.

¹⁹³ **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 103.

¹⁹⁴ “İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Konfederasyonu'nun özel hukuk, ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanlarındaki en yüksek yargı kurumudur.” **KOLLY, Gilbert**, “Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun”, Anayasa Yargısı Dergisi, C 28, S 1, Haziran 2021, 247.

¹⁹⁵ **KARAYALÇIN, Yaşar**, İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Kaza Mercileri, Günay Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, 115.

¹⁹⁶ **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 103.

mahkemelerinde ise yargılama usulü farklıdır. İsviçre'nin birçok kantonunda istinaf kanun yolu aşamasında yeni vakıa ileri sürme yasağı söz konusudur. Neuchatel kantonunun 1925 tarihli usul kanununda öngörülen taleple bağlılık ilkesi doğrultusunda, istinaf derecesinde yeni bir vakıa getirme yasağı öngörülmüştür¹⁹⁷. Yeni vakıa ve deliller gecikmeden ileri sürülmeli veya ilk derece mahkemesi nezdinde tarafın kusuru olmaksızın delil ileri sürülememesi halinde bu vakıa ve deliller dikkate alınacaktır¹⁹⁸. Böylelikle bazı kantonlarda dar anlamda istinaf sisteminin benimsendiği söylenebilir¹⁹⁹. Neuchatel'de, kanton içerisinde, adli teşkilat iki dereceli olarak teşekkül etmiş olup ilk derece mahkemesinde sunulmayan deliller, benimsenen dar anlamda istinaf sistemi gereği ikinci derece mahkemesinde sunulmamaktadır²⁰⁰. Bu açıklamalar kapsamında, federe yapıya sahip olan İsviçre'de, yargılama hukukuna ilişkin düzenlemeler kantonlar arasında farklılık arz etmektedir.

¹⁹⁷ **DEREN YILDIRIM**, Uluslararası Toplantı, s. 100.

¹⁹⁸ **ÖZTEK, Selçuk / NAMLI, Mert**, “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 154, Mayıs 2021, s. 222.

¹⁹⁹ “İsviçre'nin Lozan, Solothurri, Appenzell- Ausserrhoden ve Thurgau kantonlarında ikinci derece mahkemelerde yeni vakıa getirme hakkı sınırsızdır. Taraflar yasağa tabi olmaksızın istinaf derecesinde yeni vakıa ve deliller getirebilmektedirler.” **DEREN YILDIRIM**, Uluslararası Toplantı, s. 276.

²⁰⁰ **BOLAYIR, Nur**, “Nöşatel Medeni Usul Kanunu'nda İstinaf”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 4, S 1, Temmuz 2005, 269.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE HUKUKUMUZDAKİ YERİ

1. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ TARİHÇESİ

A. ÖZEL HUKUKTAKİ TARİHÇESİ

Kamu düzeni kavramının özel hukuktaki tarihçesini kaleme almadan önce kamu hukuku- özel hukuk ayırımı genel hatlarıyla ele almakta fayda vardır. Esasında kamu hukuku- özel hukuk ayırımı, kıta Avrupası hukuk sistemi ekolündeki hukukçular tarafından yapılan bir ayırım olup kökeni Roma İmparatorluğu'na kadar uzanmaktadır²⁰¹. Bu ayırımın daha sağlıklı yapılabilmesi için “hukuk” kavramına değinmek gerekir. Bu doğrultuda “Hukuk”, birey- birey, birey- eşya veya birey- devlet arasında meydana gelen ilişkileri düzenleyen bir disiplindir²⁰². Bireylerin kendi aralarında veya eşya ile kurdukları ve temelinde irade serbestisi düşüncesi yatan ilişkiler, özel hukukun kapsamı içerisinde değerlendirilir²⁰³. Başka bir ifadeyle bireyi temel alan kişisel nitelikte ilişkileri düzenleyen ve irade serbestisine dayanan bu hukuk dalı, literatürde özel hukuk olarak adlandırılır²⁰⁴.

Modern hukuk sistemlerinde, irade özgürlüğünün sınırlandırılması, keyfiyeti ve toplumun bütününe ilgilendiren kurallara aykırılığı önlemek için kaçınılmazdır²⁰⁵. Bu kapsamda, bireylerin iradesi, makul sebepler çerçevesinde sınırlandırılabilir²⁰⁶. Bu

²⁰¹ **KOSCHAER, Paul / AYİTER, Kudret**, Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, s. 20; **ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat**, Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk, Genişletilmiş 4. Baskı, C I, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2021, s. 11.

²⁰² **CEYLAN, Şule Şahin**, H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2014, s. 8.

²⁰³ Özel hukukun konusunu oluşturan haklar münhasıran bireylerin şahsi menfaatleriyle ilgilidir, ayrıca bkz. **BOYAR, Oya**, Anayasa ve Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2019, s. 11.

²⁰⁴ Özel hukuk bireylerin kendi veya eşya arasındaki yatay ilişkiyi düzenleyen bir disiplindir, ayrıca bkz. **ANTALYA / TOPUZ**, a.g.e., s. 11.

²⁰⁵ Hukukumuzda bu yönde düzenlemenin en belirgin hali TBK mad. 27 hükmüdür. Bu hüküm sözleşme özgürlüğünün sınırının çizilmesi bakımından gerekli unsurları ihtiva eder ve kamu düzenine aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz kılar, ayrıca bkz. **ATASOY, Kemal**, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2020, s. 129.

²⁰⁶ **ATASOY**, a.g.e., s. 28.

sınırın en temel ölçütlerinden biri de kamu düzeni kavramıdır²⁰⁷. Bu kavram insanların bir arada yaşama ihtiyacı doğrultusunda ve zaman içerisinde toplumun genel nizamına karşılık olarak değişkenlik göstermektedir²⁰⁸. Eski devirlerde bu kavram terminolojik olarak “kamu düzeni” olarak bilinmese de anlayış olarak antik Yunan’dan beri varlığını korumaktadır²⁰⁹. Kavramın zaman içinde, özel hukuk bağlamında, nasıl yorumlandığı ve modern anlayışta nasıl yer bulduğu önemlidir.

Batı hukukunun tarihsel süreci incelendiğinde kamu düzeni kavramının ilk başta kavramsal olarak yer almadığı ancak anlayış olarak mevcut olduğu kabul edilmektedir²¹⁰. Bu kavram batıda “*bonnes moeurs*”²¹¹ ile birlikte anlaşılmıştır. Başka bir ifadeyle genel ahlak kavramı temelinde toplum düzeni oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu hususta zengin bir kaynak olan Roma Hukuku yol gösterici olmuştur²¹². Roma Hukukuna göre genel ahlak kurallarına aykırı sözleşmeler akdedilemez, aksi takdirde bu sözleşmeler geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır²¹³. Böylelikle toplumun genel ilke ve esaslarına aykırılık teşkil eden ilişkilerin hükümsüz kılınması, anlayış olarak günümüz kamu düzeni kavramıyla eşdeğer öneme sahiptir. Bu prensip özellikle kendini sözleşmeler hukuku alanında göstermiştir.

²⁰⁷ İradeyi sınırlandıran makul sebeplerin başında gelen kamu düzeni kavramının Fransız hukukundaki en güncel tanımlarından biri “*Kamu Düzeni tarafların gerçekleştirdikleri hukuki işlemlerin hükümleri yoluyla ihlal edemeyecekleri toplumun temel değerleridir.*” şeklindedir, ayrıca bkz. **CABRILLAC, Remy**, *Ordre Public*, 8. Baskı, Lexis Nexis, Paris 2017, s. 397.

²⁰⁸ İngiliz hukukunda bu kavram toplumun genel ihtiyaçlarına cevap veren bir ilke olarak tanımlanmıştır, ayrıca bkz. **WINFIELD, Percy**, *Public Policy in the English Common Law*, *Harvard Law Review*, Vol 42, No 1, November 1928, s. 92.

²⁰⁹ **OKAY TEKİNSOY, Özge**, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2011, s. 7.

²¹⁰ Eski Yunan’da, günümüz anlayışıyla bir kamu düzeni olmasa bile site içerisinde nasıl bir toplum düzeni olması hususunda farklı düşünceler ileri sürülmüştür, ayrıca bkz. **ŞİMŞEK, Aslı**, *Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni Kavramı*, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2012, s. 10.

²¹¹ Bu kavramın karşılığı töre anlamına gelmekte ise de hukuk terminolojisinde ahlak olarak kullanılmaktadır, ayrıca bkz. **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 7.

²¹² M.Ö. 753 yılında Roma Krallığının kurulmasıyla *Corpus Iuris Civilis* olarak bilinen kanunlaştırma hareketiyle Roma hukukunun doğduğu kabul edilmekte ve insan zekasının en büyük hukuk metni olarak bilinen bu eser günümüz Avrupa hukukuna kaynaklık etmektedir, ayrıca bkz. **SÖĞÜTLÜ, Özlem**, *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2020, s. 34.

²¹³ Roma’nın ilk dönemlerinde krallığın ortaya çıkması ve devlet anlayışının güçlenmesiyle tüm toplumun ortak paydada bulunduğu kuralların ihlal edilmesi veya buna aykırı sözleşme akdedilmesi geçersiz kabul edilmiştir. Böylelikle bireylerin iradelerine dayanan hukuki ilişkiler ancak toplumun menfaatlerine aykırı olmadığı ölçüde geçerlidir, ayrıca bkz. **SÖĞÜTLÜ**, a.g.e., s. 549.

Orta çağ dönemine gelindiğinde “*bonnes moeurs*” anlayışı devam etmiş, bu dönemde tabii hukuk ile yasalardan gelen kurallar arasında bir ayrıma gidilmiştir. Kamu düzeni felsefesi bu dönemde tabii hukukun temeli olan genel ahlak ve ilahi kurallar üzerine oturtulmuştur²¹⁴. Devam eden süreçte monarşinin güçlenmesi ve temelinde kralın yasalarının hüküm sürdüğü krallık kamu düzeni kavramı meydana çıkmıştır²¹⁵. Bu dönemde ünlü Fransız hukukçu *DOMAT*, ilk defa kamu düzeni kavramının teorisini oluşturmuştur. *DOMAT'a* göre herkes toplumun genel nizamını bozmamak kadar, elinden geldiği ölçüde toplum düzenine fayda sağlamalıdır²¹⁶. Böylelikle bireyler arasındaki tüm anlaşmalar ancak toplum düzenine uygun düştüğü ölçüde geçerliliğini koruyacak aksi durumda sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir.

Kamu düzeni kavramının günümüz yaklaşımındaki temelleri 18. yy sonlarına doğru atılmıştır. Bu dönemde gelişen sanayi, insan hakları, işçi sınıfı ve toplumsal hareketler kamu gücünü elinde bulunduran iradeye karşı bir sınır çizmiştir. Bu gelişmeleri takiben Fransa’da ihtilal gerçekleşmiş ve ayaklanma kısa sürede tüm ülkeye yayılmış akabinde 28.8.1789 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi deklare edilmiştir²¹⁷. Bu bildirgenin dördüncü maddesi kişi özgürlüğünün ancak toplum menfaatlerine aykırı olması neticesinde sınırlandırılabilmesi ilan edilmiş ve kamu düzeni unsurunun modern hukuktaki temelleri atılmıştır²¹⁸. İlerleyen zamanda Napoleon döneminde, *Code civil*²¹⁹ oluşturulmuş ve kamu düzeni kavramı ilk defa özel hukuk içerisinde kavramsal olarak kendine yer bulmuştur²²⁰. Bu doğrultuda *Code Civil’in* 6. maddesi uyarınca “*On ne peut derogar par des*

²¹⁴ Bu dönemde kanonist hukukçular için birincil amaç kilisenin hukukunun üstünlüğünün sağlanmasıydı, ayrıca bkz. **KÜTÜKÇÜ, Doğan**, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017, s. 437.

²¹⁵ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 8.

²¹⁶ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 7.

²¹⁷ **ŞİMŞEK**, a.g.e., s. 15.

²¹⁸ Fransız ihtilali neticesinde deklare edilen 28.8.1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ne göre bireylerin özgürlüğünün toplum nezdinde sınırı çizilmiş böylelikle kamu düzeni kavramının modern anlamda temelleri atılmıştır, ayrıca bkz. **AKYILMAZ, Gül**, Siyasi Tarih, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2019, s. 72.

²¹⁹ Napoleon’un emirnamesi doğrultusunda meydana getirilen bu kanun Avrupa’daki ilk medeni kanun olma özelliğini taşımaktadır, ayrıca bkz. **GAUDUMET, Eugene / GÜRSOY, Kemal**, “1804’tenberi Fransız Medeni Kanununun Fransa’da Yorumlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 2, S 1, 1944, s. 292.

²²⁰ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 8.

conventions particulieres, aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs” kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı sözleşmelerin akdedilemeyeceği, aksi durumda kamu düzenine aykırı akitlerin geçersizliği öngörülmüştür²²¹. O dönemde Fransız toplumunun mevcut durumu, ekonomik ve siyasal yapısı nazara alındığında bu kuralın getirilme amacı daha iyi anlaşılacaktır²²². Başka bir ifadeyle, ihtilalden önceki dönemde mevcut durum ve şartlar nazara alındığında tüm toplum düzenini bozan, ahlaka aykırı durumların varlığından ve düzensizlikten yakınan ihtilal yanlısı köylüler ve burjuvazi bu kanun ile özel hukuk ilişkileri bakımından kamu düzeninin ölçütünü çizmişlerdir²²³. Bu açıklamalar kapsamında kamu düzeni kavramının zamandan zamana hatta toplumdan topluma değişiklik göstereceği, zamanın ihtiyaçları ve toplum yapısı ışığından kamu düzeni anlayışının şekillendiği, farklı devirlerde hatta aynı devirlerde farklı toplumlarda kamu düzeni kavramının farklı yorumlandığı sonucuna ulaşılabilmektedir²²⁴. Bu doğrultuda Fransız ihtilalinden sonraki dönemde de işbu kavram zamansal ve mekânsal olarak farklı yorumlanmıştır.

Hukuk sistemimiz cumhuriyetin ilanıyla değişmiş ve batı hukuku yol gösterici olmuştur²²⁵. Bu doğrultuda kamu düzeni anlayışımız da batı hukuku çehresinde şekillenmiştir. Roma Hukuku ve sonrası devirlerde Kıta Avrupası hukuk sisteminde yaşanan gelişmeler hukukumuzu ilgilendirmektedir. Bu nedenle özel hukuk- kamu hukuku ayrımı benimsenen hukuk sisteminden ötürü yapılmaktadır.

Özel hukuk; devlet otoritesinin pek müdahil olmadığı yoruma açık ve tarafların serbest iradelerine dayalı bir alan olduğundan kamu gücünün özel hukuk ilişkilerine müdahalesi ancak kanunla olur. Bu hususta bize yol gösterici kaynak Fransız İnsan ve

²²¹ Code Civil Des Français, De L'imprimerie De La Republicia, An. 16, Paris 1804, s. 2.

²²² Code Civil Français, Fransız devriminin genel prensiplerine bağlı kalınarak hazırlanmış bir kanundur, ayrıca bkz. **DURAL, Mustafa / SARI, Suat**, Türk Özel Hukuku, C 1, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 22.

²²³ İhtilalin nedenleri olarak; sosyal sınıflar arasındaki farklar, saray masraflarının lüks ve pahalı olması, halkın açlık ve sefillik içinde olması gösterilebilir. İhtilalden sonraki hukuk düzeni ise çürümüş bu sistemin bertaraf edilmesi için geliştirilmiştir, ayrıca bkz. **ÇAMOĞLU, Ersin**, “*Akilyeci Tabii Hukuk Açısından Büyük Fransız İhtilali*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 29, S 1-2, 1963, s. 304.

²²⁴ **ŞEŞEN ÇELİK, Hülya**, Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2018, s. 18.

²²⁵ **OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 11.

Yurttaş Hakları Bildirgesi'dir. Böylelikle özgürlüklere, ki bunun içine sözleşme yapma özgürlüğü de girer, ancak kanunda yazılı olan hallerde müdahil olunabileceği öngörülmüştür. Sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bu hallerden biri de bu açıklamalar kapsamında kamu düzeni unsurudur. Bu düşüncenin temelinde yatan ana etken, bireyler, kendi aralarında veya eşya ile kurmuş oldukları ilişkilerde ancak kendi hak ve yükümlülükleri noktasında karara varabilmekte, toplumun genelini ilgilendiren kural ve teamüllere aykırı hareket etmeleri kamu gücü tarafından sınırlandırılmaktadır²²⁶. Aksi durumda kamu düzeninin bozulması gündeme gelecektir.

Hukukumuzda özel hukukun konusunu yine bireylerin serbest iradeleri oluşturur. Özel hukuk- kamu hukuku ayrımının literatürümüze cumhuriyet dönemi ile girdiği söylenebilir²²⁷. Cumhuriyetten önce İslam Hukuku etkisinde şekillenen Osmanlı Hukukunda ilahi ve örfi kurallar günümüz kamu düzeni anlayışıyla benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda taraflar açıkça örfi kurallara aykırı işlem tesis edememekte aksi durumda bu husus geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıya kalmaktaydı. Cumhuriyetin ilanından sonraki süreçte kamu düzeni kavramı özel hukukun birçok alanında kendini göstermiştir. Günümüzde kamu düzeni kavramı özel hukukta aile hukuku başta olmak üzere birçok alanda yer edinmiştir²²⁸. Aile hukukunda kamu düzeni kavramının baskın olmasının sebebi ailenin toplumun temeli olması ve toplum düzeninin aile düzeninden geçtiği anlayışıdır²²⁹. Zira bu nedenle aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda kamu düzeni kavramının etkisini daha fazla görmekteyiz²³⁰. Bu değerler toplumdan topluma farklılık göstereceğinden kamu düzeninin yer ve zaman anlamında uluslararası alanda ortak paydada buluşulacak bir noktası bulunmamaktadır. Diri bir yapıya sahip olan bu kavramın sabit ve genel geçer bir tanımının yapılması mümkün değildir.

²²⁶ **ŞENOL ERCOŞKUN, Kübra**, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: *TBK M. 27*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 74, S 2, 2016, s. 729.

²²⁷ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 23.

²²⁸ Aile toplumun temeli olduğundan kamu otoritesi bu yapıyı kontrol etmeye çalışmıştır, ayrıca bkz. **DURAL, Mustafa / SARI, Suat / GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, C 3, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 4.

²²⁹ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s. 267.

²³⁰ Hukukumuzda anayasal anlamda güvence altına alınan aile yapısına ilişkin olarak devlete aile yapısının korunması için sorumluluk yüklemektedir, ayrıca bkz. **DURAL / SARI / GÜMÜŞ**, a.g.e., s. 2.

B. KAMU HUKUKUNDAKİ TARİHÇESİ

Kamu hukukunun felsefik olarak doğuşu, insanların bir arada yaşama iradesi doğrultusunda, toplum düzeninin sağlanması ve otoriter yetkilerin; kişi, zümre veya kuruma bırakılmasıyla ortaya çıkmıştır²³¹. Bu kapsamda bireylerin ortak iradesi tabii olarak toplum düzenini de beraberinde getirmiştir²³². Bu noktada kamu hukukunun konusunu otorite ile birey arasındaki dikey ilişki oluşturur²³³. Başka bir ifade ile devlet olarak adlandırılan hakim güç ile bu güce tabi bireyler arasındaki kuralları belirleyen disiplin kamu hukukunun konusunu oluşturmaktadır²³⁴.

Bir araya gelerek örgütlenmiş insanların, müşterek ihtiyaç ve menfaatleri doğrultusunda vücut bulan kamu düzeni kavramı, kamu hukukunda kolektif saikler için karşılık bulmaktadır²³⁵. Kamu hukukunda bu kavramın ne zaman ortaya çıktığı kesin ve net olarak bilinmemekle beraber insanların bir arada yaşama ihtiyaçları ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir²³⁶. Klasik anlamda devlet modelinin antik Yunan ile birlikte ortaya çıktığı kabul edilirse, o dönemden itibaren anlayış olarak kamu düzeni kavramının var olduğu kabul edilebilir²³⁷.

²³¹ “Bilindiği üzere, ortak yararlar ve karşılıklı ilişkileri nedeniyle bir topluluk halinde yaşamayı seçen insanlar, toplumu meydana getirirler. İşte bu toplumda, sebep ve saiki her ne olursa olsun, bireylerin tümünün itaatini sağlayan üstün bir otorite belirir ve mevcudiyetini kabul ettirirse, o andan itibaren Devlet ortaya çıkmış demektir.” ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara, Temmuz 1973, s. 35.

²³² PLATON / çvr. EYYÜBOĞLU, Sabahattin, Devlet, 31. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021, s. 55.

²³³ Otorite sahibi ile bu otoriteye tabi bireyler arasındaki ilişki kamu hukukunun konusunu oluşturur, ayrıca bkz. OĞUZMAN / BARLAS, a.g.e., s. 4.

²³⁴ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara, Temmuz 1973, s. 28.

²³⁵ OKAY TEKİNSOY, a.g.e., s. 15.

²³⁶ Bu kavram klasik dönemden beri anlayış olarak varlığını sürdürmektedir. Nitekim topluluk halinde yaşayan insanların sosyal, dini ve ahlaki değerlerini yansıtır, ayrıca bkz. OKAY TEKİNSOY, a.g.e., s. 11.

²³⁷ “Bir topluluk halinde yaşama ihtiyacı, devletli yaşamdan daha eskilere dayanmaktadır. Toplum halinde yaşamın sonucu, toplumda bir düzenin egemen olması isteğidir. Çünkü insan, her günü bir önceki günün devamı niteliğinde görür ve aynı yeknesaklık içinde yaşamını devam ettirmek ister. Eski Yunan’da modern anlamda bir kamu düzeninden söz edilemese de dönemin düşünürlerinin görüşlerinden hareketle poliste nasıl bir toplum düzeninin olduğu ya da bu düzenin nasıl olması gerektiği üzerinde tartışılmıştır. Polisin, toplum düzeni korunurken yurttaşlar üzeninde ne gibi yetkileri olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.” ŞİMŞEK, a.g.e., s. 6.

Kamu düzeni, anlayış olarak kamu hukukunun doğuşuyla birlikte ortaya çıkmış, kamu hukukunun gelişimine paralel bir şekilde gelişmiştir²³⁸. Zira bu kavram ancak 19.y.y.'dan itibaren hukuk literatüründe kendine yer bulmuş, toplumların değişen ve gelişen ihtiyaçları doğrultusunda evrimleşmiştir²³⁹. Antik Yunan ve daha sonra gelişen modern devlet anlayışıyla farklı yorumlanmış, hukukumuzda ise Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde kamu düzeni kavramına yüklenen anlam farklı olmuştur. Kavramın kamu hukukundaki karşılığının daha iyi anlaşılması ve yorumlanması için tarihsel süreç içerisindeki gelişmelere dikkat çekmek gerekir.

Antik Yunan'da site içerisinde bir arada yaşayan insanlar, tanrılara ve yasalara itaat etmek zorunda ve siteye iktidar kişi veya zümrelerin tanrılar tarafından seçilmiş olduğuna inanırlardı²⁴⁰. İktidar sahipleri ise polisin ideasına ulaşması için yasaların üstünlüğünü, sitenin gelişimini, adaleti ve eşitliği sağlamak zorundaydı²⁴¹. Esasında kişi özgürlükleri bu dönemde arka planda kalıp sitenin menfaatleri geri kalan her türlü menfaatin önünde tutulmaktaydı²⁴². Bu dönemde bireyin toplumun geneline göre herhangi bir değeri bulunmamaktadır²⁴³. Yine bu bireylerin toplumun düzenine aykırı hareketlerinde ağır yaptırımlar söz konusu olmakta ve tabii olarak bu yaptırımları uygulama hak ve yetkisi egemen gücün elindeydi²⁴⁴. Bu durum bize site içerisinde kolektif anlamda kamu düzeni anlayışının antik Yunan döneminde ne kadar belirgin olduğunu gözler önüne sermektedir²⁴⁵.

²³⁸ Bu kavramın kökleri aydınlanma çağından çok daha gerilere uzanmakta devlet anlayışının ortaya çıkmasıyla varlık kazandığı söylenebilir, ayrıca bkz. **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 15.

²³⁹ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 13.

²⁴⁰ Bireyin hayatına sağlıklı bir şekilde devam etmesi ancak onun siteye itaat etmesine bağlıydı, ayrıca bkz. **DEĞİRMENİ, Rıdvan**, Meşrutiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kavramı, Astana Yayınları, 2021, s. 16.

²⁴¹ **KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergis**, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, On İki Levha Yayınevi, Temmuz 2021, s. 14.

²⁴² **AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat**, Genel Kamu Hukuku, 17. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 8.

²⁴³ Sokrates ekolünde polis, öncelikli gözetilmesi gereken ayrıcalıklı ve organik bir yapı olup polisin menfaatleri bireyin menfaatlerinden üstündür, ayrıca bkz. **AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali**, Sokrates'ten Jakobenler'e Batıda Siyasal Düşünceler, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 86.

²⁴⁴ Pozitivist anlayışa göre; egemen güç tarafından koyulan ve yine egemen gücün hakimiyeti altındaki insanların davranışlarını belirleyen yaptırıma bağlanmış kurallar beşerî yasaları oluşturur, ayrıca bkz. **KULAKSIZOĞLU MERCAN**, a.g.e., s. 85.

²⁴⁵ Eski çağlardan beri toplum için gerekli düzen ve disiplin temelini oluşturan tüm fikir, öğreti ve yasalar esasına günümüz kamu düzeni anlayışıyla yakından ilgilidir, ayrıca bkz. **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 11.

Döneme damga vurmuş filozoflar, devlet teorisi üzerine fikirler öne sürmüş ve toplumun genel menfaatlerine ilişkin kuralları bir adım önde tutmuşlardır²⁴⁶. Böylelikle klasik dönemde ortaya çıkan bu düşünceler aslında kamu düzeni felsefesinin temelini ortaya çıkarmıştır²⁴⁷. Başka bir ifadeyle bu kavram insanların bir arada yaşama ihtiyacı doğrultusunda gayri ihtiyari olarak ortaya çıkmış ve bu doğrultuda gelişim göstermiştir.

Orta çağ döneminde feodalitenin ortaya çıkmasıyla merkeziyetçi yönetim anlayışı zayıflamış ve krallık içindeki düzen feodal beylikler tarafından sağlanmaya çalışılmıştır²⁴⁸. Kıta Avrupası'nın bu döneminde, feodal yapıdaki beyliklerin sistemi günümüz modern devlet anlayışından oldukça uzaktır²⁴⁹. Bu dönemde kişisel anlamda bireylerin menfaatleri toprak sahibi feodal beylerin menfaatlerine nazaran ikinci planda kalmaktadır. Ayrıca feodal yapıdaki beyliklerin sayıca çok olması kral üzerinde de bir otorite eksikliği yarattığından krallık sınırları içerisinde yeknesak ve makul bir kamu düzeni anlayışından bahsetmek mümkün değildir²⁵⁰.

Aydınlanma çağında; Rönesans ve reform hareketleri, bilime duyulan önemin farkındalığı, nüfusun artması ve üretimin çeşitliliğiyle feodal yapı zayıflamış ve merkeziyetçi yapı güç kazanmaya başlamıştır²⁵¹. Ancak kuvvetlenen merkezi otoritenin güç zehirlenmesi yaşaması da doğal olarak kaçınılmazdır. Nihayet 19. y.y. sonlarına doğru gerçekleşen sivil ihtilaller neticesinde aşırı güçlenen merkeziyetçi otoriteye karşı bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması gerekmiş ve bu güvencenin kamu düzeni kavramıyla kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır²⁵². Böylelikle kamusal anlamda kamu düzeni kavramının dikey olarak birey- devlet ilişkisi makul çerçevede şekillenmeye başlamıştır. Bu doğrultuda toplumun genelini ilgilendiren

²⁴⁶ Platona göre, insanların ait oldukları topluma ayak uydurmaları ve toplum nizamını bozacak her türlü davranıştan kaçınmaları gerekmekte aksi durumda devlet nizamı bozulacaktır, ayrıca bkz. **DEĞİRMENCİ**, a.g.e., s. 18.

²⁴⁷ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 13.

²⁴⁸ Feodal beylerin kendi yargı, vergilendirme ve askeri güçleri vardı. İnsanlar merkezi bir otoriteye değil toprak sahiplerine bağlıydı, ayrıca bkz. **AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT**, a.g.e., 46.

²⁴⁹ **AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT**, a.g.e., 46.

²⁵⁰ **ÖKSÜZ, Enis**, "Feodal Düzen ve Sosyal Değişmeler", Istanbul Journal of Sociological Studies, C 0, S 18, Eylül 2011, s. 82.

²⁵¹ **AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT**, a.g.e., 90.

²⁵² **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 14.

menfaatler karşısından bireysel nitelikteki menfaatlerin sınırı kamu düzeni kavramı olmuştur²⁵³.

Devlet kuramlarında yer alan ve bireylerin devletsiz ancak çatışma ve kaos halinde yaşayacakları varsayımında, devlet kuramının temelinde de kamu düzeni anlayışının yattığı söylenebilir²⁵⁴. Kamusal anlamda kamu düzeni düşüncesinin klasik anlamda ortaya çıkmasındaki temel anlayış kolektif güvenliğin sağlanması noktasında toplanmaktadır²⁵⁵. Ancak zamanla toplumların ortak ihtiyaçları doğrultusunda bu kavram kamusal anlamda da evrimleşmiştir²⁵⁶.

Hukukumuzda baktığımızda; esasında kamu hukuku- özel hukuk ayrımının Cumhuriyet dönemiyle birlikte benimsenen Kıta Avrupası hukuk sistemiyle hukuk hayatımıza girmiş olduğu bu nedenle iki ayrı hukuk dalı üzerinden yapılan ayrımın hukukumuzda yeni olduğu söylenebilir²⁵⁷. Cumhuriyet öncesi hukuk sisteminde İslam Hukuku etkisinde şekillenen bir devlet yapısı mevcuttu²⁵⁸.

İslam hukukunda kamu- özel hukuk ayrımı söz konusu değildi. İslam Hukuku, dini esaslara dayanan, ilahi ve beşerî yasalardan doğan bir hukuk sistemidir²⁵⁹. İslam Hukukunda kamu düzeni kavramsal olarak değil ancak anlayış olarak yer almaktaydı. Bu kapsamda ilahi kuralların daha çok kamu düzeni anlayışına yaklaştığı söylenebilir. Bu kurallar devletin ve toplumun genel nizamına yöneliktir. Başka bir ifade ile İslam Hukuku anlayışında “nizam” Allah tarafından konulmuştur. İlahi güç vasıtasıyla getirilen bu kuralların amacı nizam-ı alemi sağlamaktır. Nizam-ı aleme aykırı veya bunu bertaraf edecek her türlü eylem kabul edilemez. Bu noktada “nizam” anlayışı

²⁵³ J.J. Rousseau, Toplumsal Sözleşme eserinin birinci bölümünde, toplumsal düzenin kutsallığına vurgu yaparken şöyle bir giriş ifadesi kullanır: İnsan özgür doğar, ama her yerde zincire vurulmuştur. Kendisini başkalarının efendisi sanan biri bulunabilir ancak böyle sanması bu kişinin onlardan daha çok köle olmasına engel değildir. Ne var ki toplum düzeni kutsal bir hakır ve tüm öteki hakların temelidir, bkz. **ROUSSEAU, Jean Jacques / çvr. YERGUZ, İsmail**, Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2012, 57.

²⁵⁴ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 13.

²⁵⁵ Klasik anlayışta toplumsal güvenliğin sağlanması kamu düzeni kavramının temel unsurlarından birini ihtiva eder, ayrıca bkz. **TURAN, Burcu**, “Kamu Düzeninde İnsan Onuru ve Bireyin Kendine Karşı Korunması”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 5, S 1, Ocak 2020, s. 2.

²⁵⁶ **ŞEŞEN ÇELİK**, a.g.e., s. 18.

²⁵⁷ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 23.

²⁵⁸ **AYDIN**, a.g.e., s. 65.

²⁵⁹ **OĞUZMAN / BARLAS**, a.g.e., s. 11.

Osmanlı Devleti bakımından referans kaynağı olup devlet otoritesinin iradesine etki etmektedir²⁶⁰. Nitekim Osmanlı’da yenileme olarak kabul edilen Tanzimat döneminde “Tanzimat” ibaresi nizam verme anlamına gelmektedir²⁶¹. Bu açıklamalar ışığında kamu düzeni anlayışının kamusal anlamda Osmanlı Devleti’nin temelini teşkil eden önemli bir unsur olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır²⁶².

Cumhuriyet dönemi ile benimsenen yeni hukuk sistemiyle kamu- özel hukuk ayrımı artık hukukumuzda da tartışılır hale gelmiştir²⁶³. Bu doğrultuda kamu düzeni kavramı literatürde kendine daha çok yer bulmuş ve bu kavrama Cumhuriyetin farklı dönemlerinde ayrı anlamlar yüklenmiştir. Genel itibariyle güvenlik, sağlık, ahlak ve insan onuru etrafından temellendirilen bu kavram diri bir yapıya sahip olduğu için genel geçer bir tanımı yapılamamaktadır²⁶⁴. Kamusal kamu düzeni kavramını dikey ilişkide vatandaşların özen göstermesi gereken ve toplumun bütünü için önem arz eden kurallar silsilesi olarak kabul edebiliriz.

Kavramın tarihçesi yukarıda bahsedildiği üzere anlayış olarak oldukça eskilere dayanmaktadır. Modern hukukta bu kavramın tanımlanması ve hukukun farklı dallarında kendisine yüklenen anlama değinmekte fayda vardır. Görüleceği üzere bu kavram toplumsal, zamansal hatta aynı ülke hukukunda farklı dallarda dahi çeşitlilik arz etmektedir. Modern hukuk sistemlerinde bu kavramın anlaşılmasında yerli ve yabancı yargı kararları yol gösterici olabilir. Biz de çalışmamızda bu kavramı, yerli ve yabancı yargı kararlarına atıf yapmak suretiyle açıklamaya çalışacağız.

²⁶⁰ OKAY TEKİNSOY, a.g.e., s. 11.

²⁶¹ KARAASLAN, a.g.m., s. 344.

²⁶² OKAY TEKİNSOY, a.g.e., s. 12.

²⁶³ Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra 1926 yılında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun İsviçre’den alınmasıyla hukukumuz Roma ve Germen hukuk sisteminin etkisine girmiş oldu, ayrıca bkz. OĞUZMAN / BARLAS, a.g.e., s. 11.

²⁶⁴ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2021, s. 650.

2. KAVRAMIN TANIMI VE USUL HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ TANIMLANMASI

Kamu düzeni kavramı, esasında her hukukçunun aşına olduğu ancak soyut içeriği sebebiyle tanımının tam olarak yapılmasında zorlanılan bir kavramdır²⁶⁵. Bunun nedeni ise söz konusu kavramın değişkenlik ve görecelilik gibi özellikleriyle dikkat çekmesidir²⁶⁶. Kavramın tanımındaki farklılık, sadece kamu– özel hukuk ayrımında değil aynı zamanda özel hukukun kendi alt dallarında da söz konusudur²⁶⁷. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, mukayeseli hukuk ve öğretide bu kavram farklı şekilde tanımlanmıştır.

Türk hukuk lügatına göre kamu düzeni kavramı; “*Bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamasıyla oluşan düzen*” biçiminde tanımlanmıştır²⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi 1964 tarihli bir kararında; “*Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*” ifadelerine yer vererek kamu düzeni kavramının belirsizliğinden bahsedip bu kavramın içeriğini doldurmaya çalışmıştır²⁶⁹.

²⁶⁵ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “TCK'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 52, S 1, Mart 2003, s. 38.

²⁶⁶ ERDEM, a.g.m., s. 38.

²⁶⁷ ATAKAN, Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 13, S 1-2, 2007, s. 59.

²⁶⁸ (www.sozluk.adalet.gov.tr) ET 28.9.2021.

²⁶⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, T 28.01.1964, E 1963/128, K 1964/8 (RG T 17.04.1964, S 11685), (www.resmigazete.gov.tr) ET 28.9.2021.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; “*Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yarguların, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır*” şeklinde tanımlamıştır²⁷⁰. Bu doğrultuda yüksek mahkeme tarafından kamu düzeni kavramı; ahlak, dürüstlük ve Anayasa’daki temel hak ve özgürlükler üzerine bina edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1962 yılında vermiş olduğu bir kararında ise kamu düzeni kavramını; “*ihlal edilmeleri İsviçre Hukuk düzeninin esaslı bir ilkesine saldırı kabul edilen veya İsviçre’de genellikle hakim olan hukuk hissini göz yumulamayacak derecede yaralanmış olduğu sonucunu meydana getiren hükümler*” şeklinde tanımlamıştır²⁷¹.

DAYINLARLI’ya göre kamu düzeni kavramı; “*Kamu düzeni, bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini, bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinde huzuru ve ahlâk kurallarına uygunluğu temine yarayan müessese ve kuralların bütünüdür*” şeklinde tanımlanmış olup yazara göre bu kavram kamu hizmetlerinin eşit ve iyi yapılması üzerine temellendirilmiştir²⁷².

EDİS’e göre tanımı; “*bir kuralın uygulanmasında kamunun büyük ölçüde yararı varsa bu takdirde kamu düzeni kavramından bahsetmek mümkündür*” şeklinde tanımlanmış olup bu tanımdan hareketle toplumun genel menfaatini ilgilendiren kanunlara aykırı eylemler aynı zamanda kamu düzenine de aykırılık teşkil edecektir.²⁷³

EREN’e göre kamu düzeni kavramı; “*uyulmasında ve korunmasında toplumun genel menfaati söz konusu olan hukuk kurallarının tümüne verilen addır*” şeklinde tanımlanmıştır²⁷⁴.

²⁷⁰ Yarg. HGK, E 1998/12-287, K 1998/325, T 06.05.1998 (www.kazanci.com.tr) ET 28.9.2021.

²⁷¹ **DAYINLARLI, Kemal**, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, 2. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Temmuz 2011, s. 8.

²⁷² **DAYINLARLI**, a.g.e., s. 111.

²⁷³ **EDİS, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1993, s. 157.

²⁷⁴ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, Ekim 2021, s. 288.

ÖZ'e göre kamu düzeni kavramı; “toplumun tüm menfaatlerini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin tümü kamu düzeni olarak ifade edilebilir. Aynı zamanda bu kavram zamansal ve mekânsal anlamda farklılık göstermektedir” şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁵.

NOMER'e göre bu kavram; “kamu düzeni kavramının mahiyeti ve esasları üzerinde ittifak edilememiştir. Sosyal düzenin temel meselelerini ilgilendiren hususlar kamu düzenine vücut vermektedir.” Sosyal düzeninin temel meseleleri toplumdan topluma değişiklik arz edeceğinden kamu düzeninin tanımı da toplumdan topluma değişiklik arz etmektedir²⁷⁶.

HATEMİ kamu düzeni kavramını; “Örgütlenerek bir araya gelen toplumun temel menfaat ve çıkarlarını gözetken kanun kurallarının tümüdür” şeklinde tanımlamıştır²⁷⁷.

GÖZLER kamu düzeni kavramını; “toplumun güveli, huzurlu ve sağlıklı yaşaması durumunu ifade eder” biçiminde tanımlamış ve bu kavram üzerinde güvenlik, mutluluk ve sağlık unsurlarına vurgu yapmıştır²⁷⁸.

Common law'da²⁷⁹, bir taraftan genel ahlaka, terbiyeye, kamusal huzura veya menfaate aykırı sözleşmeleri kamu düzenine aykırılıktan dolayı geçersiz olduğuna karar verirken, diğer yandan kamu düzeni kavramının belirsiz ve soyut olduğunu kabul

²⁷⁵ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2015, s. 83.

²⁷⁶ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2017, s. 161.

²⁷⁷ HATEMİ, Hüseyin, “Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 43.

²⁷⁸ Kamu düzeni kavramına idare hukuku alanındaki genel anlayışa uygun olarak ve özellikle Fransız idare hukuku bakışıyla yaklaşan Kemal Gözler, kavramı klasik ve modern olmak üzere iki açıdan değerlendirmiştir. Buna göre, klasik anlayış, maddi ve dış düzen olarak kamu düzeni kavramını, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan geleneksel üçlü ile tanımlar. Modern sayılan kamu düzeni anlayışı ise genel ahlakı da kamu düzeninin unsurlarından sayar, ayrıca bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C II, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2003, s. 418.

²⁷⁹ “En yaygın anlamda (Common Law) terimi her hangi bir ülkenin mahalli tatbikin teamül ve kanunlarının zıddı olmak üzere ülkenin bütününe müşterek hukuk olarak kullanılır“ KING, Edward / HAWLEY, Joseph / çvr. LÜTEM İlhan, “İngiliz Common Law'unun Gelişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 16, S 4, 1959, s. 180.

eder²⁸⁰. Kamu düzeni kavramını asi bir ata benzeten ve Anglo- Amerikan hukukunda sıklıkla atıf yapılan bir kararda Lord Burrough; “*Sözleşme hukuka aykırı olacaksa hem kamu düzenine hem de belirli bir yasaya aykırı olduğu için bu sonuca varılmalıdır. Kamu düzeni bindiğinizde sizi nereye götüreceği belli olmayan hırçın bir at gibidir. Bu pek tartışılmıyor ancak kamu düzeni lehine argümanlar işe yaramadığında kavramın kullanımı sizi yasal alandan saptırabilir.*” şeklinde kavramı ifade etmiştir²⁸¹.

Yukarıda görüldüğü üzere kamu düzeni kavramının uygulama ve doktrinde farklı şekillerde tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Yine bu kapsamda bu kavramın kesin ve net bir tanımı yapılması mümkün olmayıp soyut bir içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kavramın tanımı yapılırken belli başlı noktalarda ortak bir paydada buluşmak mümkündür. Bu doğrultuda “toplum”, “ortak menfaat” ve “nizam” kavramları yol gösterici olmaktadır. Bu üç kavram; doktrin ve uygulamadaki tanımların ortak noktası olup tanımlardan da anlaşılacağı üzere kamu düzeninin temel üç unsuru olduğu kabul edilebilir. Başka bir ifade ile “toplum” “ortak menfaat” ve “nizam” kamu düzeni kavramının temel üç unsuru olduğu, kavramın bu üç unsur üzerine inşa edildiği söylenebilir. Netice itibarıyla tüm tanımlardan hareketle soyut ve canlı bir yapıya sahip olan bu kavram, toplumun ortak menfaatinin düzenini ifade eder²⁸².

Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıklarda resen inceleme yetkisinin sınırını tespit edebilmesi amacıyla kamu düzeni kavramını somutlaştırması gerekmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, özel hukuk hâkimi ilgili özel hukuk alanına göre kamu düzeni kavramını belirlemelidir. Bilindiği üzere özel hukukun kendi alt dallarında dahi bu kavram farklı tanımlanmaktadır²⁸³. Toplumlar nezdinde farklı zaman dilimlerinde farklı bir biçimde algılanan bu kavramın canlı bir yapıya sahip olması aynı zamanda genel geçer bir tanımının olmaması anlamına gelmektedir. Konuyu somutlaştırmak gerekirse ülkemizde şu zamanda aynı cinsten evlilik yok

²⁸⁰ ATASOY, a.g.e., s. 14.

²⁸¹ “I, for one, protest, as my Lord has done, against arguing too strongly upoxi public policy ;--it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you” Richardson v. Mellish (1824) davası için ayrıca <http://www.uniset.ca/other/css/pdf/130ER294.pdf>, s. 303.

²⁸² ATAY, a.g.e., s. 651.

²⁸³ ATASOY, a.g.e., s. 82.

hükümünde olup bu evlilikler kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir²⁸⁴. Ancak ilerleyen zamanlarda eşcinsel evliliklere yasal olarak cevaz verilirse artık bu tarz evlilikler kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte Hollanda’da yasal olarak mümkün olan bu durum Hollanda toplumunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu nedendir ki bu kavram toplumdaki topluma değişiklik arz etmekte hatta zaman ve mekân açısından değişiklik göstermektedir.

Kamu düzeninin kapsamı belirlenirken; temel hukuk ve ahlak ilkeleri, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler bu kavramın genel itibariyle içeriğini oluşturmaktadır²⁸⁵. Kamu düzeninin içeriğini oluşturan bu tipteki unsurlar yazılı hukuk kurallarının esin kaynağını oluşturmaktadır. Hâkim emredici bir düzenlemenin aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olup olmadığını belirlerken bu unsurlardan faydalanır²⁸⁶.

Hâkim her somut olayın özelliklerine göre Türk hukukunda hangi emredici kuralların aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduğunu ve hangi kuralların kamu düzenine ilişkin olmadığını konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁸⁷. Bu yetkiyi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁸⁸ madde 4’e²⁸⁹ uygun olarak kullanılmalıdır²⁹⁰. Belirtmekte fayda vardır ki yazılı olmayan hukuk kuralları için de (hukukun genel ilkeleri vs.) kamu düzeni kavramı söz konusu olup, hâkimin yalnızca yazılı olan kurallar çerçevesinde değerlendirme yapmaması gerekir.

Kamu düzeni kavramının bizim de iştirak ettiğimiz tanımına göre, bu kavram üç boyutta ele alınmalıdır. Birinci boyut kavramın tanımlanmasıdır. Uygulama ve doktrinde bu kavrama ilişkin farklı tanımlamalar yapılmış olup bu kavram daha önce

²⁸⁴ DURAL / SARI / GÜMÜŞ, a.g.e., s. 69.

²⁸⁵ ERDEM, a.g.m., s. 38.

²⁸⁶ ATAKAN, a.g.m., s. 92.

²⁸⁷ “Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir” Yarg. İBGK, E 2010/1, K 2012/1, T 10.2.2012 (www.e-uyar.com.tr) ET 3.11.2021.

²⁸⁸ RG T 8.12.2001, S 24607.

²⁸⁹ “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir” (TMK m. 4).

²⁹⁰ ATAKAN, a.g.m. s. 88.

açıklanmıştır. Ancak tüm tanımlardan hareketle en kısa ve öz tanım, toplumun temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olmasıdır²⁹¹. Buradan hareketle toplum için büyük öneme sahip kaidelerin emredici nitelikteki hukuk kurallarıyla korunması kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Kavramın ikinci boyutu kapsam meselesidir. Kamu düzeni kavramının kapsamı belirlenirken kamu- özel hukuk ayrımına girmeden genel kaideler üzerinden bir sınır belirlenebilir. Bunlar; hukukun dayandığı temel adalet anlayışı, kanunların dayandığı genel politika, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler, milletler arası arenada teminat altına alınmış temel hak ve özgürlükler, dürüstlük ilkesine dayanan kurallar, medeni toplumun genel ahlak anlayışı, siyasi ve iktisadi düzene ilişkin genel ilkeler, kamu güvenliği ve kamu sağlığına ilişkin kurallar olarak sıralanabilir²⁹². Bu hususlar gözetilerek dahi kamu- özel hukuku ayrımına gidilmeden kamu düzeninin kapsamı belirlenebilir. Tabii olarak her hukuk dalının da bu kavrama yüklediği anlam farklıdır. Kavramın son boyutu somut içeriğidir. Somut içerik ise kanunlar ile ortaya konur ve kanun hükümleriyle somutlaşır. Böylelikle kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen durum yasalastığı takdirde kamu düzeni kavramı cisimleşir.

B. MEDENİ USUL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

Medeni usul hukuku emredici ve şekli bir hukuk dalıdır. Yargılamanın yürütülmesi ve gerçekleştirilen işlemler, tarafların iradesine bırakılamaz. Bu nedenle yargılama ve yargı örgütüne ilişkin kurallar kamu düzeninden kabul edilir²⁹³. Dolayısıyla HMK’da düzenlenmiş şekli kurallara aykırılıkların pek çoğu istinaf mahkemelerince resen dikkate alınmaktadır²⁹⁴. Yargılamaya ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olduğu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen bir kararda şu

²⁹¹ **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.148; **ERDEM**, a.g.m., s. 38.

²⁹² “Her yasanın, günlük yaşam olaylarına bir yaklaşımı, bir bakış açısı vardır. Yasalar, olayları çözüme kavuştururken, karşılıklı çıkar çatışmalarını ortadan kaldırmaya çalışırken, belirli ölçütleri göz önünde tutarak, çatışan çıkarlardan hangisini daha çok korumak gerektiğini gözetir. Bunun için de temelde bir takım ilkelere dayanır. Bu temel ilkeler, yalnızca, bir olay, bir ilişki ya da bir kurum için değil, tüm olaylara bakış açısından geçerlidir. Bu anlamda örnek olarak, Medeni Kanunumuz’un benimsediği temel ilkeler, devrimcilik, laiklik, çağdaşlık, demokratiklik, eşitlikçilik, birey çıkarı ile toplum çıkarını akılcı biçimde dengelemiş olmak, gösterilebilir” **ZEVKLİLER**, Aydın / **ACABEY**, Mehmet Beşir / **GÖKYAYLA**, K. Emre, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020, s. 54.

²⁹³ **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.145.

²⁹⁴ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s. 270.

şekilde yer almaktadır;²⁹⁵

“Hemen belirtilmelidir ki, usul hukuku alanında geçerli temel ilke, yargılamaya dair kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesidir. Bu ilkenin benimsenmesinin nedeni ise, bu kanun hükümlerinin kamu düzeni ile yakından ilgili olduğu, daima eskisinden daha iyi ve amaca en uygun olduğu fikri ile kanun koyucunun, fertlere ait olan hakların yeni usul hükümleri ile daha önce yürürlükte olan kanundan daha iyi ve daha adil bir şekilde korunacağına dair inancıdır”.

Medeni yargılama hukukunda şekilciliğin temelinde kamu düzeninin korunması yatmakta olup bu husus *POSTACIOĞLU* tarafından şu şekilde açıklanmıştır; “...eğer şekilde maksat, muameleyi yapan şahsı düşünmeye sevk etmek, mahkemenin otoritesini tahtı emniyete almak gibi mülahazalar ise, bu takdirde mevzu bahis şeklin amme intizamından madut olduğu kabul edilebilir.”

Medeni yargılama kapsamında yukarıda açıklanan hususlar birlikte değerlendirildiğinde mahkemelerin otoritesine ilişkin şekil kurallarının kamu düzeninden olduğu sonucuna varılabilmektedir. Örneğin dava şartları bakımından değerlendirme yapılacak olunursa; Türk mahkemelerinin yargı yetkisi, yargı yoluna ilişkin düzenlemeler, görev kuralları, kesin yetki, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti, dava takip yetkisi, gider avansı, derdestlik, hukuki yarar, kesin hüküm bulunması gibi hususlar şüpheye yer bırakmayacak derecede kamu düzenine ilişkin olup bu durumlarda mahkemelerin resen inceleme yetkisi mevcuttur²⁹⁶.

Şekil kurallarının dışında medeni yargılama hukukuna hâkim ilkeler çerçevesinde bir inceleme yapmak gerekirse ilgili ilkeler bu hukuk dalının temelini teşkil etmektedir. Söz konusu ilkelere aykırılık halinde hâkimin resen inceleme yetkisinin sınırları kamu düzeni ölçütü bakımından burada da geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, taleple bağlılık ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı ve usul ekonomisi ilkesine aykırılık halinde bu durum aynı zamanda kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden mahkemelerce resen değerlendirilmesi

²⁹⁵ Yarg. HGK, E 2014/19-1087, K 2016/606, T 11.05.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 24.10.2021.

²⁹⁶ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s. 274.

gerekmektedir. Nitekim adil yargılanma hakkı ilkesi bakımından ilk derece mahkemelerince yapılan bir ihlal söz konusuysa bölge adliye mahkemeleri bu ihlali resen değerlendirip karar vermek durumundadır²⁹⁷. Adil yargılanma hakkı gerek yerel mevzuatımızca gerekse uluslararası metinlerde yer alan temel bir hak olup aynı zamanda yargılama hukukunun güvencesidir. Adil yargılanma hakkı yargılamanın tüm aşamasında kendiliğinden gözetilmeli ve incelenmelidir²⁹⁸.

Yargılamaya ilişkin kuralların resen dikkate alınması ve ilgili usul kuralının yargılamanın esasını doğrudan etkilemesi halinde bu husus istinaf hâkimi tarafından resen değerlendirilmelidir. Bu ağır usuli hataların tespiti halinde istinaf hâkimi HMK 353/1-a hükmü uyarınca uyuşmazlığın esasına girmeden ve dosyayı ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesi hususunda kesin olarak karar vermelidir²⁹⁹.

3. KAVRAMIN DEĞİŞKENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Toplumunu oluşturan bireylerin birlikte huzur ve barış içinde yaşaması ancak kamu düzeninin sağlanmasıyla ortaya çıkar. Bu kavramın sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde işletilmesi bireylerin menfaatine olduğu kadar devlet kurum ve kuruluşlarının da menfaatindedir. Nitekim kamu düzeninin bozulması bireylerin devlete olan güvenlerinin sarsılmasına neden olabilir ve bu sayede kaotik bir ortamın oluşması kaçınılmazdır³⁰⁰. Günümüzde dünyanın en refah ülkelerini; suç oranlarının en düşük olduğu, ekonomisinin güçlü olduğu ve sosyolojik çatışmaların olmadığı ülkeler olarak

²⁹⁷ “...Aynı kural 6100 Sayılı Kanun’un 294. maddesinde de tekrarlanmış; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 297. maddesinde ise “kararın tefhimi hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur.” 6100 Sayılı Kanun’un 298/2 maddesinde de “gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar meydana getirir. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar ve hükmün hedefine ulaşması engellenir. Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz.” Yarg. 22. HD, E 2015/12519, K 2016/17549, T 13.06.2016 (www.kazanci.com.tr), ET 24.10.2021.

²⁹⁸ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s. 275.

²⁹⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2258.

³⁰⁰ TURAN, a.g.m., s. 3.

sıralayabiliriz. Sayılan bu unsurların egemen güç tarafından vatandaşlara sağlanmasıyla aynı zamanda kamu düzeni sağlanmış olacaktır.

Kamu düzenini oluşturan unsurlar öğretilerde klasik ve modern unsurlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır³⁰¹. Kavramın klasik unsurları; kamu güvenliği, kamu huzuru³⁰² ve kamu sağlığı olup modern unsurları ise; genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ve bireyin kendisine karşı korunması olarak sayılabilir³⁰³. Tarih boyunca bu kavramın öncelikle kamu güvenliğinin sağlanması yönünde ortaya çıktığı şüphesizdir³⁰⁴. Nitekim kolektif güvenliğin sağlanmadığı bir yerde kamu düzeninin diğer unsurlarından bahsetmek anlamsız hale gelecektir. Başka bir ifadeyle bireylerin kolektif yaşama iradesindeki en temel amaç güvenliğin sağlanması çehresinde şekillenmektedir. Günümüz hukuk devleti anlayışıyla bu kavramın unsurları zamanın ihtiyaçları doğrultusunda evrimleşmiş ve insan hakları ile devletin hükümlerlik yetkisi arasında bir kontrol mekanizması gelişmiştir³⁰⁵.

Doktrinde kavramın tanımlanması hususunda yukarıda değinildiği üzere klasik ve modern unsur olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Klasik unsurların en temelinde kamu güvenliği yatmaktadır. Hobbes'a göre sosyal bir varlık olan ve birbirine muhtaç olan insanların bir arada yaşama iradesi; insanların güvenliğini sağlamak, belirsiz ve güvensiz ortamdan kurtulmak amacıyla günümüz modern devlet anlayışına benzer modeli ifade etmektedir³⁰⁶. Başka bir ifadeyle devlet kuramı, doğal yaşam halindeki güvensizlik ortamından insanların bir araya gelerek anlaşmaları ve güvenliği sağlamak üzere egemen bir gücün belirlenmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu egemen gücün yegâne amacı örgütlenen bireyleri, dışarıdan veya birbirleri arasında gerçekleşecek tehditlere karşı korumaktır. Böylelikle kavramsal olarak yer alamasa da anlayış olarak kamu

³⁰¹ **BOZ, Selman Sacit / ÖZDEMİR, Yücel / NACAĞ, Mehmet / BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan / vd.** İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2020, s. 47; **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 39; **ŞEŞEN ÇELİK**, a.g.e., s. 19; **TURAN**, a.g.m., s. 1.

³⁰² **DÜĞER, Sırrı**, “Koronavirüs Salgını Sebebiyle Alınan İdari Kolluk Tedbirlerinin Hukuka Uygunluğu ve Farklı Ülkelerdeki Durum ile İlgili Bir Değerlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 20, S 1, Ocak 2021, s. 121.

³⁰³ **BOZ / ÖZDEMİR / NACAĞ / BÖLÜKBAŞI / vd.** a.g.e., s. 47.

³⁰⁴ **OKAY TEKİNSOY**, a.g.e., s. 54.

³⁰⁵ **ERDEM**, a.g.m., s. 38.

³⁰⁶ **BAYRA, Adem Ersin**, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırılan Kavramların Tasnifi ve Derecelendirilmesi – I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni İle İlgili Kavramlar”, İstanbul Medipol Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi, C 7, S 2, Güz 2020, s. 46.

düzeni kavramı insanların bir arada yaşama iradesi doğrultusunda ortaya çıkmıştır³⁰⁷. Zamanın ihtiyaçları doğrultusunda kamu güvenliği unsuru kamu düzeninin sağlanması için tek başına yeterli olmamış ve kamu huzurunun sağlanması kamu düzenini bakımından temel unsurlardan biri haline gelmiştir³⁰⁸.

Klasik unsurlardan sonuncusu ise kamu sağlığı olarak kabul edilmektedir. Kamu sağlığı noktasında özellikle son yıllarda tüm dünyanın maruz kaldığı ve aslında kamu sağlığının kamu düzeni için ne kadar önemli bir unsur olduğu hususu acı gerçeklerle ortaya konmuştur³⁰⁹. Tüm dünyada 2020 yılının ilkbaharında etkisini hissettirmeye başlayan ve pandemiye dönüşen küresel ölçekteki koronavirüs salgını, devletlerin ekonomik anlamda dar boğaza düşmesini, çeşitli kısıtlamalara ve kamu hizmetlerinin görülmesinde aksamalara neden olmuştur. Kamu sağlığına karşı ciddi bir tehdit arz eden bu salgına karşı, kamu düzeninin bozulmaması amacıyla belli önlemlerin alınması gerekmiştir. Tüm dünyayı etkisi altına alan bu salgın hastalık ülkemizde görülmeye başladıktan sonra kamu düzeninin korunması için birçok alanda önlemler alınmaya başlanmış ve bu önlemler kapsamında hukukumuzda da birtakım geçici değişiklikler yapılmıştır³¹⁰. Netice itibarıyla kamu düzeni kavramının klasik unsurlarını oluşturan bu unsurların yanında modern unsurları olarak kabul edilen unsurlar da zamanla kavramın içerisinde kendine yer bulmuştur ve böylelikle kamu düzenini ifade etmekte klasik unsurlar yetersiz kalınca modern unsurlara ihtiyaç duyulmuştur³¹¹.

Modern devlet anlayışıyla birlikte, kamu düzeninin klasik unsurları tek başına kamu düzeninin sağlanması noktasında yeterli olmamış ve genel ahlak, kamusal

³⁰⁷ ŞİMŞEK, a.g.e., s. 10.

³⁰⁸ BOZ / ÖZDEMİR / NACAĞ / BÖLÜKBAŞI / vd. a.g.e., s. 48.

³⁰⁹ DÜĞER, a.g.m., s. 124.

³¹⁰ Salgın hastalığın etkilerini azaltmak ve sosyal izolasyonu sağlamak amacıyla alınan önlemler kapsamında 7226 sayılı Kanun geçici mad. 1; "Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri... 30.04.2020 (bu tarih dahil) durdurulmuştur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabilir. Bu kararlar Resmi Gazete' de yayımlanır." RG, S 31080 (Mükerrer), T 25.03.2020 (www.resmigazete.gov.tr) ET 31.10.2021.

³¹¹ BOZ / ÖZDEMİR / NACAĞ / BÖLÜKBAŞI / vd. a.g.e., s. 50.

estetik, insan onuru ve bireyin kendine karşı korunması kamu düzeni kavramının içerisinde yer edinmiştir. Başka bir ifadeyle kamu düzeni kavramında klasik unsurların varlığı tek başına yeterli olmayıp, klasik ve modern unsurların bir arada bulunması gerekmektedir³¹².

Kavramın modern unsurları arasında yer alan, insanın kendine karşı korunması hususu özel hukukumuzda TMK mad. 23 hükmü ile somutlaşmaktadır. Bu madde uyarınca kimse hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemez³¹³. Modern yaklaşımda bireyin kendine karşı korunması kişilik hakkına ilişkin olup anayasal olarak da güvence altına alınmıştır³¹⁴. Bu doğrultuda bireyin vazgeçemeyeceği kişisel hakları noktasında bir anlaşma yapması yasaklanmış aksi durumda bu anlaşma kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır³¹⁵.

B. ZAMAN BAKIMINDAN

Kavramın iç hukuk ve milletlerarası hukuk bağlamında değişken bir yapıya sahip olduğu, devletlerin genel siyasetiyle birlikte zaman içerisinde farklılığa uğradığı söylenebilir³¹⁶. Örnek üzerinden gitmek gerekirse, 743 sayılı Eski Medeni Kanunu'nun³¹⁷ yürürlüğü girmesiyle birlikte eski rejimden kalma bazı anlayışlarda köklü değişikliklere gidilmiş ve bu değişiklikler kamu düzeni kavramının bir unsuru olarak kabul edilmiştir³¹⁸. Bu doğrultuda yeni kanun kapsamında mirasçılar arasında eşitlik, tek eşle evlilik gibi hususlar aile hukuku bağlamında kamu düzeni kavramının içinde kabul edilmiştir³¹⁹. Böylelikle zaman bakımından kavramın anlamının

³¹² BOZ / ÖZDEMİR / NACAĞ / BÖLÜKBAŞI / vd. a.g.e., s. 51.

³¹³ YILMAZ, Oğuz Gökhan, "Kişilik Hakkı Kavramı ve Medeni Kanun Kapsamında Kişiliğin Korunması", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C 7, S 1, Mayıs 2020, s. 145.

³¹⁴ AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2016, s. 89.

³¹⁵ HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 9. Baskı, Legal Kitabevi, Eylül 2021, s. 101; ATASOY, a.g.e., s. 94; KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 131.

³¹⁶ ATASOY, a.g.e., s. 82.

³¹⁷ RG T 4.4.1926, S 339.

³¹⁸ ÖKÇÜN, A. Gündüz, Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 152.

³¹⁹ DURAL / SARI / GÜMÜŞ, a.g.e., s. 70.

değişkenlik gösterdiği hususunda şüphe bulunmamaktadır³²⁰. Zira burada devletlerin genel siyasi ve ekonomik politikaları da önemli rol oynamaktadır. Başka bir ifadeyle kamu düzeni düşüncesi sadece kanunlaştırma hareketleriyle değil, aynı zamanda; genel hukuk ilkeleri, toplumun ahlak anlayışı veya devletlerin genel siyasetinin değişmesi neticesinde evrimleşmiştir³²¹.

C. MEKAN BAKIMINDAN

Kamu düzeni kavramının mekânsal anlamda farklılığı kendini en çok milletlerarası özel hukukta hissettirmektedir. Bu hukuk dalında ülkeler, kendi iç hukuk sistemlerinde kamu düzeni kavramını farklı yorumlaması aynı zamanda kavramın mekânsal anlamda farklı anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Örnek üzerinden gidilecek olursa, İran aile hukukundaki kamu düzeni anlayışıyla Türk aile hukukundaki kamu düzeni anlayışı farklılık gösterdiğinden kavram, mekânsal anlamda farklılık arz etmektedir. Zira bu durumun ortaya çıkmasında devletlerin kültürel yapısından siyasal politikalarına kadar birçok unsur rol oynamaktadır³²². Milletlerin maddi ve manevi değerleri yine bu kavramın anlamlandırılmasında büyük rol oynamıştır³²³. Bu kapsamda devletlerin kamu düzeni kavramına yüklemiş olduğu anlamın farklılık göstermesi açıklanan sebeplerle doğal bir durumdur³²⁴.

Milletlerarası özel hukukta, ülkenin iç hukuk düzeninin dokunulmaz kısmını ifade eden hususlar kamu düzeniyle ilgili olup bu alanlarda yabancı hukukun uygulanması söz konusu olamaz. Misalen, evli bir İran vatandaşı, evliyken birden fazla

³²⁰ “Kamu düzeni niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir” Yarg. İBGK, T 10.2.2012, E 2010/1, K 2012/1 (www.e-uyar.com.tr) ET 3.11.2021.

³²¹ ATAY, a.g.e., s. 651.

³²² “...iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.” Yarg. İBGK, E 2010/1, K 2012/1, T 10.2.2012 (www.kazanci.com.tr), ET 8.11.2021.

³²³ BAYRA, a.g.e., s. 51.

³²⁴ ATAY, a.g.e., s. 651.

evlilik yapması İran Medeni Hukuku bağlamında hukuka uygun olup bu doğrultuda ikinci, üçüncü veya dördüncü evliliğini yapılabilmekte, ancak buna mukabil Türk Medeni Kanunu uyarınca bu evlilikleri Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilmesi kamu düzeniyle ilgili olduğundan birden fazla evlilik mümkün olmamaktadır³²⁵. Başka bir ifade ile evli olan İran vatandaşı poligamiyi kabul eden kendi mahalli kanununa göre Türkiye’de evlenmek isterse bu evliliğe Türkiye’de izin verilmemekte çünkü Türk Hukuku evlilikte monogami prensibini kabul etmiştir. Poligami sistemi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Görüldüğü üzere iki ülke hukuk sisteminin mahalli kanunlarında kamu düzeni anlayışının farklılık arz ettiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Yine bu örnek üzerinden gidecek olursak, İran hukukunda dört eşe kadar evliliğe izin veren bir sistem mevcut olup bu husus İran hukuku bakımından kamu düzenine aykırı bir sonucu ortaya çıkarmamaktadır. Ancak cumhuriyetin ilanı ile batı hukuk sistemi çehresinde gelişen hukukumuzda ise evli kişilerin tekrardan evlenmesi açıkça kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Yine mahalli hukukuna göre evlenmeye ehil on iki yaşındaki İspanyol kızı, Türk evlendirme memuru önünde kendi yerel hukukuna göre evlenmeye ehil olduğu gerekçesiyle evlenmek istediğinde, bu noktada kamu düzeni düşüncesiyle bu evliliğe izin verilmemektedir³²⁶.

Türk mahkemelerinde aksi bir düzenleme olmadığı sürece hâkim Türk hukukunu re’sen uygulamak zorunda olup somut özel hukuk ilişkilerinde yabancılık unsuru söz konusuysa bu durumda yabancı hukukun uygulanması gündeme gelebilir³²⁷. Hâkim yabancı hukuk kuralını uyguladığında bu husus yerel kamu düzeni anlayışına açıkça aykırılık oluşturuyorsa bu durumda mahalli kanunları olaya uygulanması söz konusu olacaktır³²⁸. Nitekim bu husus Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un³²⁹ 5. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli*

³²⁵ NÖMER, a.g.e., s. 167.

³²⁶ NÖMER, a.g.e., s. 172.

³²⁷ YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, Public and Private International Law Bulletin”, C 33, S 2, Mart 2016, s. 76.

³²⁸ SAATÇIOĞLU, Onur Can, “Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında Kamu Düzeni Müdahalesi” Public and Private International Law Bulletin, C 38, S 1, Haziran 2018, s. 150.

³²⁹ RG T 27.12.2007, S 26728.

görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır” biçiminde düzenlenmiştir. Dolayısıyla birçok hukuk sisteminde kabul edildiği gibi bizim hukuk sistemimizde de kamu düzenine aykırı durumlarda yabancı hukuk uygulanmamaktadır³³⁰.

Kamu düzeninin mekânsal anlamda farklılığı bu açıklamalar ışığında kendini milletlerarası özel hukuk dalında hissettirmektedir. Ülkelerin bu kavrama yüklemiş olduğu anlamlar farklı olduğundan hukuku da ona göre şekillenmektedir. Kamu düzeni kavramının mekânsal anlamda bu kadar farklılık arz etmesi aynı zamanda bu kavramın genel geçer bir tanımını yapmaya engel bir durum oluşturmaktadır³³¹. Kavramın tanımı veya herhangi bir uyumsuzlukta bu kavramın somutlaştırılması gerekiyorsa zamanın ve mekânın koşulları büyük önem arz etmektedir³³². Hâkimin güncel ve günün koşullarına göre kavramı yorumlaması gerekmektedir. Zira toplumların bu kavrama yüklemiş olduğu anlam zamandan zamana değişmekte ve Türk hâkiminin de bu gelişmeyi yakından takip etmesi yerinde bir duruş olacaktır³³³.

D. KONU BAKIMINDAN

Kavramın konu bakımından zamanla değişime uğradığı hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Nitekim bir topluluğun hukuk anlayışı veya kanunlarının dayanmış olduğu temel adalet prensibi zamanın getirdiği ihtiyaçlar doğrultusunda değişime uğramaktadır. Bu sayede kavramın da bu değişim içerisinde kendine yer bulması kaçınılmaz bir husustur. Hukuk tarihimizde Osmanlı İmparatorluğu döneminde aile hukuku anlayışı ile şimdiki aile hukuku anlayışını bir tutmak mümkün değildir. Kamu düzeni kavramının konusunu da zaman içerisinde değişen bu unsurlar oluşturmaktadır.

³³⁰ “Kamu düzeninin müdahale edebilmesi yabancı hukukun tatbikini kamu düzenini ihlal etmesine bağlıdır. Yoksa yabancı hukukun bizim düzenlememize uygun olmaması kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Şu halde bizim kanuni düzenlememize uygun olmayan yabancı kanunun tatbiki mümkündür.” **NOMER**, a.g.e., s. 171.

³³¹ **ATAY**, a.g.e., s. 650.

³³² **NOMER**, a.g.e., s. 161.

³³³ “Öte yandan, kamu düzeni kavramının zaman ve mekana göre değişen, izafi niteliği düşünüldüğünde geçici nitelikteki bir hükmün genel kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilmesi de söz konusu olmamalıdır. Bu durumda, yabancı kararda yer alan hükmün icra edilmesi ile ortaya çıkacak sonuç hukukun genel prensiplerine, toplumun genel örf adet ve ahlak telakkilerine aykırı düşmedikçe ve anayasanın temel ilkelerine aykırı bulunmadıkça yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırılığından söz edilemez.” Yarg. 11. HD, E 2020/7965, K 2021/4008, T 26.4.2021. (www.kazanci.com.tr), ET 8.11.2021.

Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında³³⁴ “ Öte yandan, kamu düzeni kavramının zaman ve mekâna göre değişen, izafi niteliği düşünüldüğünde geçici nitelikteki bir hükmün genel kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilmesi de söz konusu olmamalıdır” kavramın zaman ve mekan bakımından değişen ve geçici nitelikte bir yapısının olduğu sonucuna varmıştır.

Kamu düzeninin içeriğini oluşturan unsurları sınırlı şekilde saymak mümkün değildir³³⁵. Bu doğrultuda liberal anayasalarda kamu düzeninin konusu oldukça çeşitlilik arz etmektedir³³⁶. Bu kavramın içerisine toplumun genel nizamı, kamu güvenliği, genel ahlak, toplum sağlığı, ekonomik düzen, insan onuru, insanın kendisine karşı korunması, ailenin korunması, evlilik birliği ve evlenme şartları gibi unsurlar girebilir. Otoritenin bu alanlara müdahalesinin temelinde; bu kavramı oluşturan unsurların bireylerin iradesine bırakılmaması ve bu unsurlarda verilen tavizlerin toplum veya devlet düzenini bozacağı endişesi yatmaktadır. Özel hukuk bağlamında kamu düzeni kavramının tespiti hususunda, ihlal edilen kuralın genel hukuk kaidelerini de bertaraf ettiği düşüncesi söz konusu oluyorsa bu doğrultuda kamu düzenine aykırı bir durumun varlığından söz edilebilir³³⁷.

³³⁴ Yarg. HGK, E 2020/7965, K 2021/4008, T 26.4.2021 (www.kazanci.com.tr), ET 9.11.2021.

³³⁵ ATAY, a.g.e., s. 650.

³³⁶ BAYRA, a.g.e., s. 56.

³³⁷ “Federal Mahkeme: 2. Hukuk D. 8.3.1962 tarihli bir kararında kamu düzeninin anlam ve kapsamı bakımından tarafların bir yana bırakmayacakları toplumsal siyaset ve ahlak düşüncelerine dayanmalarından ötürü bütün hal ve şartlarda uyulması zorunluğu olan kuralların kamu düzenine ilişkin olduklarını belirtmişti, daha sonra kesinlikle tanımlamaktan kaçındığı kamu düzeni kavramını darlaştırmak eğilimini göstermiştir. En son içtihadı göre bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın; Memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunlu olduğunu kararlaştırmıştır. Bankalar Kanunu'nun 50. maddesindeki yasağa rağmen bir banka tarafından ön teminat alınmadan munzam teminat olarak gayrimenkul ipotegi alınmış olması federal mahkeme 2. Hukuk Dairesinin bu kararında belirtildiği gibi memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemiş olur mu? Banka sorumlularının uymak zorunda oldukları bir kanun hükmünün yerine getirilmemiş olması kanımıza göre memleketin genel hukuk duygusunu ağır, hatta ne de hafif şekilde zedeleyeceğini sanmıyoruz. O halde Bankalar Kanunu'nun bu yasağı bir kamu düzeni hükmü sayılmaz. Bir an için Bankalar Kanunu'nun 50. maddesindeki bu yasağın bir kamu düzeni kuralı olduğu farz olursa bile, federal mahkeme 1. Hukuk Dairesinin 30.9.1958 tarihli bir kararına göre; "Kamu hukukuna aykırı bir sözleşmenin batıl olması o konuda bu müeyyidenin açıkça belirtilmiş olmasına ya da ihlal edilen kuralın anlam ve amacından bu sonucun çıkmasına bağlıdır" Yarg. İBGK, 1969/6, K 1969/7, T 5.11.1969 (www.kazanci.com.tr), ET 9.11.2021.

Tüm bu açıklamalar kapsamında kamu düzeni kavramının konusunu ve iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, hukukumuzun temel değerlerine, toplumun genel adap ve ahlak anlayışına, kanunlarımızın dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa’ımızda yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni ve çağdaş toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik iradesine, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kural ve uygulamalar şeklinde çizilebilir³³⁸. Bu kapsamda iç hukukumuzda kamu düzeni kavramı, tarafların veya ilgililerin uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak ifade edilebilir.

Fransız düşünür Truchet’in görüşüne göre “*Hiç kimse kamu düzeninin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğreti ise başaramamıştır*” kamu düzeni kavramının belirsizliği çarpıcı bir şekilde ortaya konmuştur³³⁹. Kanaatimizce kavramın içinin doldurulması aynı zamanda otoritenin takdir yetkisini kısıtlayan bir unsur olarak karşımıza çıkabilir. Kanunlarda, anayasada, mahkeme kararlarında veya uluslararası belgelerde bu kavramın sadece bir ibare olarak yer alması otoritenin lehine bir durumdur³⁴⁰. Hatta kavramın somutlaştırılması egemen güç tarafından pek de istenmeyecek bir durumdur. Böylelikle otoritenin kamu düzeni bahanesiyle mevcut duruma müdahale şansı kısıtlanmayacaktır. Bu doğrultuda kamu düzeninin her alanda somutlaştırılması idare ve mahkemelerin takdir yetkisini kısıtlamaktadır. Yargı kararların sıkça karşımıza çıkan kamu düzeni ibaresinin her kararda olaya ilişkin somutlaştırılması daha hukuki olmayacak mıdır? Yukarıda sayfalarca tanım yapılmaya çalışılan bu kavramın her somut olaya göre somutlaştırılması ve gerekçelendirilmesi hukuk güvenliği

³³⁸ Yarg. İBGK, E 2010/1, K 2012/1, T 10.2.2012 (www.e-uyar.com.tr) ET 9.11.2021.

³³⁹ **ULER, Yıldırım**, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı S 15, Ankara 1998, s. 252.

³⁴⁰ “Oysa “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır” AYM, E 1973/41, K 1974/13, T 25.4.1974 (www.lexpera.com.tr) ET 10.11.2021.

bakımından daha adil bir sonuç doğuracaktır. Tüm bu açıklamalar kapsamında Fransız düşünürün de ifade ettiği gibi belki de kamu düzeni kavramının tartışmasız tanımının yapılmaması yargının ve otoritenin hakimiyeti bakımından uygun değildir. Bölge adliye mahkemesi kararlarında da çok sık gördüğümüz kamu düzeni kavramının her kararda uyuşmazlığın hangi noktası neden kamu düzenini ilgilendirdiği hususu irdelenmeli, verilecek karar salt “*kamu düzeni yönüyle inceleme yapıldı*” ibaresi ile geçiştirilmemelidir. Nitekim Alman Medeni Kanunu’nda kamu düzeni ibaresi çok muğlak olması ve bu nedenle yasal tartışmalara neden olabileceği endişesiyle yer almamıştır³⁴¹. Bu noktada bölge adliye mahkemesi hâkiminin bu noktada daha detaylı bir inceleme yapması yerinde bir muhakeme olacak olup her somut olay için de kavram daha belirginleşecektir.

4. KAMU DÜZENİ PERSPEKTİFİNDEN TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

A. İLKENİN GENEL OLARAK TANIMI VE SONUÇLARI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu mad. 24-33 hükümleri arasında yargılamaya ilişkin temel ilkeler saptanmıştır³⁴². Bu kurallar, soyut bir içeriğe sahip olup medeni usul hukukunda boşluk oluşması halinde bu boşlukların doğru yorumlanabilmesi için yol gösterici olmakta ve yargılama kurallarının referans noktası olarak kabul edilir³⁴³. Bu kapsamda konunun bağlamından sapmamak adına çalışmamızda sadece taleple bağlılık ilkesi üzerinde duracağız.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu mad. 26 hükmü; “(1) *Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.* (2) *Hâkimin, tarafların talebiyle*

³⁴¹ ATASOY, a.g.e., s. 14.

³⁴² Yargılama hukukuna ilişkin temel prensiplerin öngörüldüğü bu alan HMK’nın ikinci bölümünde “*Yargılamaya Hâkim İlkeler*” başlığıyla yer almaktadır.

³⁴³ DURAN, Osman, Medeni Usül Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020, s. 36; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 219.

bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.” biçiminde düzenlenmiştir³⁴⁴. Bu hükümden hareketle, kanunda öngörülen istisnalar dışında, ki bunun içerisine kamu düzeni, resen harekete geçme, vs. unsurları girer³⁴⁵, hâkim taraflarca ileri sürülmemiş iddia, vakıa ve delilleri kendiliğinden dikkate alamaz³⁴⁶. Başka bir ifadeyle özel hukuk hâkimi bir şekilde bilgi sahibi olduğu ancak talep edilmemiş sübjektif hakları istisnai durumlar ayırık olmak üzere hüküm altına alamaz³⁴⁷. Hâkim sadece davacı, davalı veya ilgililerce talep edilen hususlar bakımından inceleme yapmaya yetkilidir³⁴⁸. Özel hukuk uyuşmazlıklarında hâkim pasif konumdadır³⁴⁹. Bu doğrultuda hâkim mevcut talepler üzerinden somutlaşmış iddia ve delilleri incelemek suretiyle gerekli kararı verir³⁵⁰.

Maddi hukukun taraflara sağlamış olduğu sübjektif hakkın korunmasına hizmet eden medeni usul hukuku şekli bir alandır ve yargılamanın bütününe hâkim

³⁴⁴ “Maddeyle, hâkimin bir davaya ancak, taraflardan birinin talebi üzerine bakabileceği, tarafın da bir davayı açmak, takip etmek ve sona erdirmekte serbest olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu husus medeni usul hukukunda “tasarruf ilkesi” olarak bilinmektedir” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), T 16.04.2008, s. 18 (www.kgm.adalet.gov.tr) ET 23.11.2021.

³⁴⁵ Anonim ortaklığın feshi davasında taleple bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil etmek üzere hâkim, uyuşmazlığı gidermeye yönelik ve şirketi ayakta tutmak için pay sahibine payının gerçek değerinin ödenerek pay sahipliğinden çıkarılmasına karar verebilir. Hâkim bu davada kanunun kendisine verdiği yetkiye istinaden tarafların talepleriyle bağlı değildir, ayrıca bkz. **HANAĞASI, Emel**, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C 32, S 1, Mart 2016, s. 202.

³⁴⁶ **PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, vd.** Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, C I, İstanbul 2017, s. 796.

³⁴⁷ “...yargı organının sorumluluk taşınması, sübjektif menfaatinin korunması için bir taraf talebi varsa (HMK m. 24 f.1) ancak söz konusu olabilecektir” **MERICİ, Nedim**, “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, *SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı*, C 4, S 2, 2014, s. 30.

³⁴⁸ “Davacı taraf dava dilekçesinde açıkça davalı işyerinde 16.00-24.00 saatleri arasında çalıştığını belirterek fazla mesai ücret alacağı isteminde bulunmuştur. Hükme esas bilirkişi raporunda davacının bağlayıcı olan bu maddi vakıası dışına çıkılarak, davacının haftanın 6 günü 07.30-21.00 arası çalıştığı ve haftada 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai ücret alacağı hesaplanmıştır. Mahkemece davacının maddi vakıa olarak bildirdiği 16.00-24.00 saatleri arasındaki çalışma saatleri esas alınarak var ise davacının fazla mesai ücret alacağının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” Yarg. 9. HD, E 2011/14807, K 2013/19259, T 24.6.2013 (www.kazanci.com.tr) ET 17.11.2021; **ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYYAZ, v.d.** Medeni Usul Hukuku, s. 155.

³⁴⁹ Hukuk yargılamasında hâkim pasif konumda olup tarafların getirmiş olduğu delillerle bağlıdır, ayrıca bkz. **İYİLİKLİ, a.g.m.**, s. 157.

³⁵⁰ “Taleple bağlılık ilkesi, Medenî Usul Hukuku’nda yer alan yargılamaya hâkim olan ilkelere bir tanesidir ve hâkimin, tarafların talepleriyle bağlı olduğunu, talepten fazlasına veya talepten başka bir şeye karar veremeyeceğini; ancak duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebileceğini ifade eder. Belirtmek gerekir ki, hâkim bazı durumlarda taleple bağlı değildir. Bu durumlar Kanunda açıkça belirtilmiştir” **OĞUZ, Habip**, “Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay’ın Bir Kararının İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C 0, S 8, Ocak 2017, s. 301.

tasarruf ilkesinin bir sonucu olan taleple bağıllık ilkesi, esasında özel hukuk yargılamasının temel mantığını oluşturmaktadır³⁵¹. Aynı zamanda maddi hukuk ile usul hukuku arasındaki yakın ilişki nazara alındığında, maddi hukuktaki irade serbestisi ilkesinin usul hukukundaki yansıması tasarruf ilkesi olarak kabul edilebilir³⁵². Zira kişiler, yargı mercileri önünde, hak ve ehliyetleri üzerinde istisnai durumlar ayrık olmak üzere dilediği gibi tasarruf hakkına sahiptirler³⁵³. Başka bir ifadeyle hukuki himayeden yararlanmak isteyen kişinin, hakları üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisine istinaden bu hakların mahkeme huzurunda talep edilmesi kendi takdirindedir³⁵⁴. Buradan hareketle taleple bağıllık ilkesi HMK mad. 24'te düzenlenen tasarruf ilkesinden ayrı ve bağımsız düşünülemez³⁵⁵. Nitekim tasarruf ilkesi gereği kimse dava açmaya zorlanamayacağı gibi dilerse açmış olduğu davayı da takip etmekten vazgeçebilir³⁵⁶. İstem sahibinin nasıl bir hukuki korumadan yararlanacağı hususu taleple bağıllık ilkesi ile somutlaştığından bu iki ilkeyi birlikte değerlendirmekte fayda vardır³⁵⁷.

Taleple bağıllık ilkesinin uygulamada somutlaşmış hali dava dilekçesinde karşımıza çıkmaktadır³⁵⁸. Nitekim bu husus, dava dilekçesinin içeriği başlıklı HMK mad. 119 hükmü uyarınca; dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunun bulunması zorunlu olduğu, bu unsurun eksik olması halinde hâkimin bir haftalık kesin süre vermesi gerektiği, bu süreye rağmen eksiklik tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilebileceği şeklinde öngörülmüştür³⁵⁹. Bu doğrultuda istem sahibi nasıl bir hukuki himayeden yararlanmak istediği noktasında mahkemeye

³⁵¹ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 77; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 219.

³⁵² **ERDÖNMEZ**, Pekcanitez Usul 1, s. 800; **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 77; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 219.

³⁵³ **ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ**, vd. Medeni Usul Hukuku, s. 155.

³⁵⁴ **ÖZÇELİK, Volkan**, Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2020, s. 108; **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 77.

³⁵⁵ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 222.

³⁵⁶ İstem sahibinin talep konusu üzerinde yargısal koruma istemesi, bundan feragat etmesi veya kanun yoluna başvurması tasarruf ilkesini ifade eder niteliktedir, ayrıca bkz. **MERİÇ**, a.g.m., s. 29.

³⁵⁷ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 78

³⁵⁸ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 222.

³⁵⁹ **YILMAZ**, HMK Şerhi, s. 795; **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 175.

açık ve net bir beyanda bulunmalıdır³⁶⁰. Aksi halde genel geçer ifadeler üzerinden veya net olarak anlaşılmayan bir talebe istinaden hâkimden karar vermesi beklenemez³⁶¹.

Uygulamada dilekçede bulunması zorunlu bir unsur olan netice ve talep hususu aynı zamanda davanın türünün belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir³⁶². İstemde bulunan bir şeyin yapılmasını, yapılmamasını veya verilmesini talep ediyorsa HMK mad. 105 gereği bu dava türü eda davası, bir hakkın veya hukuki ilişkinin tespiti talep ediliyorsa HMK mad. 106/1 uyarınca tespit davası, yeni bir hukuki ilişkinin ortaya çıkması veya mevcut hukuki ilişkide bir değişiklik söz konusu ise HMK mad. 108 hükmü gereği inşai dava gündeme gelecektir³⁶³. Bu açıklamalar kapsamında ilkenin yargılama hukukundaki somutlaşmış hali kendini dava dilekçesinde talep sonucunun gösterilmesi olarak karşımıza çıkmakta ve aynı zamanda taleple birlikte sonucun gösterilmiş olması yani hâkimin nasıl bir karar vermesi gerektiği dilekçede mutlaka yer alması uygulayıcılar açısından önem arz etmektedir.

Taleple bağlılık ilkesi ve bu ilkenin uygulamada yaratmış olduğu sonuçlar bakımından ortaya dört farklı durum çıkmaktadır³⁶⁴. Bunlar hâkimin hüküm kurarken ve uyuşmazlığın sınırını belirlerken dikkat etmesi gereken önemli unsurlardır. Bu unsurlara ilkenin daha iyi anlaşılabilmesi ve yorumlanabilmesi bakımından değinmekte fayda vardır.

a. Talep Edilmeyene Karar Verme Yasağı

Bu ilkenin uygulamada doğurduğu ilk sonuç ve en karakteristik özelliği hâkimin tarafların talep etmediği bir şey hakkında karar vermesi yasağıdır³⁶⁵. Hakimlerin özen göstermesi gereken bu ilkede talep edilmeyen şeye karar verilmemesi

³⁶⁰ Davacının talepleri açık ve net olmalı eğer talep sonucunda bir tereddüt, belirsizlik veya çelişki varsa bu husus hâkimin davayı aydınlatma görevi ile giderilmelidir, ayrıca bkz. **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 174.

³⁶¹ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 222; **DURAN**, a.g.e., 114; **HANAĞASI**, Anonim Ortaklık, s. 241.

³⁶² **PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, vd.** Medeni Usul Hukuku, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, C II, İstanbul 2017, s. 960.

³⁶³ Kısmi dava ve belirsiz alacak davası için ayrıca bkz. **DURAN**, a.g.e., s. 109.

³⁶⁴ **MERİÇ**, a.g.m., s. 37.

³⁶⁵ **HANAĞASI**, Anonim Ortaklık, s. 242.

ve talep edilenin ne olduğuna ilişkin tespitin sağlıklı yapılabilmesi için dava dilekçesinin dikkatli bir şekilde tetkik edilip uyuşmazlığın sınırı belirlenmelidir³⁶⁶. Örnek üzerinde gidilecek olunursa, hâkim, asıl talebin yanında talep edilmemiş faize karar veremez veyahut boşanma talep eden eşe boşanma kararı yerine manevi tazminata hükmedemez³⁶⁷. Bu doğrultuda hâkim, dava dilekçesinde yer alan netice-i talep kısmını anlaması, açık ve anlaşılır olmayan bir husus varsa bu durumda HMK mad. 31 hükmünde düzenlenen davayı aydınlatma ödevi kapsamında istem sahibinin taleplerini daha detaylı izah etmesini isteyebilir³⁶⁸.

b. Başka Bir Şeye Karar Verme Yasağı

Talep edilmeyene karar verme yasağı ile başka bir şeye karar verme yasağının ilk bakışta birbirine yakın ve benzer anlamları olduğu sonucu ortaya çıkabilir³⁶⁹. Ancak talep edilmeyene karar verme yasağı talepten ayrı bağımsız bir şeye karar verme olarak anlaşılmakta iken başka bir şeye karar verme yasağı ise taleple yakın ancak talep edilmeyen bir şeye karar verme yasağı olarak ifade edilir³⁷⁰. Örneğin davacı, hâkimden ayıplı malın iadesini talep etmişse hâkim uyuşmazlığa konu eşyanın iadesi yerine değerinin tespitine karar veremez. Görüldüğü üzere istem konusu şeye yakın veya onla bağlantılı ancak talep edilmeyen hususların hâkim tarafından tetkik edilmesi yasak kapsamına girmektedir. Ne var ki bu durumun talep edilenden daha azına karar verebilme ile karıştırmaması gerekir.

³⁶⁶ “Taleple bağlılık ilkesinin taşıdığı ilk anlam, tarafın talep etmediği husus hakkında mahkemenin karar veremeyeceğidir. Buna göre hâkim, tarafların dilekçelerinde talep edilen hususları karşılar. Hâkimin, tarafların talep etmediği bir hususta karar vermesi mümkün değildir. Tarafın neyi talep edip etmediği ve hâkimin ne hakkında karar verip veremeyeceği dava dilekçesine bakılarak tespit edilir. Bu tespitin konusunu, istenilen hukukî sonuç oluşturur. Bu itibarla hâkimin karar verme sınırı dava dilekçesi ile belirlenmiş olur” Yarg. İBGK, E 2017/8, K 2019/3, T 24.5.2019 (www.kazanci.com.tr) ET 24.11.2021.

³⁶⁷ KURU, HMK Ciltli 5, s. 3128.

³⁶⁸ “...hâkimin davayı aydınlatması ödevi, hâkimin iddia ve savunma ile sınırlı olarak belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesi için öngörülmüş ve doğruya ulaşmak noktasında hâkime yüklenmiş bir görevdir” Yarg. İBGK, E 2015/2, K 2017/1, T 3.3.2017 (www.kazanci.com.tr) ET 24.11.2021; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 318.

³⁶⁹ DURAN, a.g.e., s. 188.

³⁷⁰ Hâkim talep edilen yerine onunla bağlantılı bir şeye karar veriyorsa bu noktada talepten başka bir şeye karar verme durumu söz konusu olacaktır, ayrıca bkz. DURAN, a.g.e., s. 188.

c. Fazlaya Karar Verme Yasağı

Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların talepleri ile bağlıdır. Bu doğrultuda hâkim talep edilen şeyin fazlasına hükmedemez³⁷¹. Talep edilenden fazlasına karar verilmemesinin en önemli sonucu karşımıza kısmi davalarda çıkmakta, bu dava türünde hâkim talep edilmeyen kısım için karar verememektedir³⁷². Bu kapsamda hak bölünebilir olduğunda istem sahibinin kısmi dava açmakta hukuki yararı vardır ve hâkim yalnızca talep edilen kısım bakımından bir inceleme yapacaktır³⁷³. Talep edilmeyen kısım için bir hüküm verilmediğinden bu kısım tekrardan yargılama konusu yapılabilir³⁷⁴. Bu kapsamda taleple bağlılık ilkesi aynı zamanda hakimlerin de dikkat etmesi gereken bir ilke olup hâkimin yargılamadaki rolünü belirlemede önemli bir enstrümandır.

d. Daha Azına Karar Verebilme

Hâkim talep edilen şeyin daha azına hükmedebileceği gibi yargılama giderlerini de red ve kabul miktarları üzerinden belirler³⁷⁵. Davacı taraf elli bin türk lirası manevi tazminat isteminde bulunmuşsa; hâkim somut olayın durum, koşul ve mevcut delil durumuna göre kırk bin Türk Lirası'na hükmedebilir ancak yukarıda izah edildiği üzere elli bin Türk Lirası'ndan daha fazlasına hükmedemez³⁷⁶. Bu doğrultuda daha azına karar verebilme yetkisi “çokta azlık saklıdır” esasına dayanmaktadır³⁷⁷.

³⁷¹ ... mahkeme, dava dilekçesinde talep edilen miktarlarla bağlıdır. Ondan fazlasına hükmedemez (HUMK madde 74). Bu husus nazara alınmadan davacı-karşı davalı (kadın) yararına talepten fazla maddi ve manevi tazminata hükmolunması doğru bulunmamıştır” Yarg. 2. HD, E 2012/21537, K 2013/7785, T 21.3.2013 (www.kazanci.com.tr) ET 24.11.2021.

³⁷² ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul 1, s. 791.

³⁷³ “Bu yasak, sadece kısmi davada talep edilmeyen diğer alacak kalemine mahkemenin hüküm veremeyeceği şeklinde anlaşılmalı, kısmi dava olmayan diğer davalarda da şüphesiz talep edilenden fazlasına karar verememe yasağı söz konusu olacaktır” MERİÇ, a.g.m., s. 38.

³⁷⁴ Hâkim istem sahibinin talep ettiği tutar hakkında kabul veya red kararı vermeli, fazlaya ilişkin red veya kabul kararı hakkında karar veremez, verse dahi bu husus tekrardan yargılama konusu yapılabilir, ayrıca bkz. DURAN, a.g.e., s. 194.

³⁷⁵ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d, Medeni Usul Hukuku, s. 155.

³⁷⁶ “...hâkimin talepten fazlasına hüküm vermesi yasak olduğu gibi talepten başka bir şeye hüküm vermesi de yasaktır. Hüküm kısmında, davacı vekilince 9.790,83 TL talep edilmesine rağmen 14.453,88 TL'ye hükmedilmesi doğru olmamıştır bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 23. HD, E 2019/1102, K 2020/2002, T 10.6.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 24.11.2021.

³⁷⁷ MERİÇ, a.g.m., s. 39.

B. İSTİNAF KANUN YOLUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ VE KAMU DÜZENİ KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

a. Genel Olarak

Taleple bağıllık ilkesinin istinaf kanun yolundaki görünümü; istinaf kanun yoluna başvuran tarafın istinaf dilekçesinde sebep ve gerekçelerini göstermesi olarak ortaya çıkmaktadır³⁷⁸. Başka bir ifadeyle istinafta yargılamasında taleple bağıllık ilkesinin yansması bölge adliye mahkemesi hâkiminin istinaf sebepleri üzerinden inceleme yapması olarak ifade edilir³⁷⁹. HMK mad. 342 hükmünde sekiz bent halinde istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurlar sayılmıştır³⁸⁰. Bu unsurlardan biri HMK mad. 342/2-e’de yer alan istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilmiş olması hali olup taleple bağıllık ilkesinin istinaf yargılamasındaki somutlaşmış hali olarak kabul edilebilir³⁸¹.

Yerel mahkeme kararının hatalı olduğunu düşünen taraf gerekçeli kararın kendisine usulüne uygun olarak tebliğinden itibaren kanuni süre içerisinde istinaf kanun yoluna başvurabilir³⁸². Kanun yoluna başvuran taraf hangi gerekçe ile kanun yoluna başvurduğunu istinaf dilekçesinde göstermesiyle HMK mad. 26 hükmünde düzenlenen taleple bağıllık ilkesinin istinaf kanun yolundaki somutlaşmış hali meydana çıkmaktadır³⁸³. Bölge adliye mahkemesi hâkimi esasında tarafların istinaf sebepleri ile bağlı olup bu sebeplerin dışına çıkarak yargılama icra edemez³⁸⁴. Bu

³⁷⁸ DURAN, a.g.e., s. 288.

³⁷⁹ “... icra takibinde yasal faiz talep edilmesine rağmen mahkemece emredici nitelikte resen nazaran alınması gereken HMK 26. maddesinde düzenlenen taleple bağıllık ilkesi (talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedilememesi) göz ardı edilerek talebi aşacak şekilde avans faizine hükmedilmesi doğru olmamıştır” İstanbul BAM 12. HD, E 2018/1053, K 2020/143, T 6.2.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 27.11.2021.

³⁸⁰ “a) Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve adresleri. b) Varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri. c) Kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı. ç) Kararın başvurana tebliğ edildiği tarih. d) Kararın özeti. e) Başvuru sebepleri ve gerekçesi. f) Talep sonucu. g) Başvuranın veya varsa kanuni temsilci yahut vekilinin imzası” HMK mad. 342/2 hükmü uyarınca istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurlar bu şekilde sekiz bent halinde sayılır.

³⁸¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 524.

³⁸² ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2150.

³⁸³ DURAN, a.g.e., s. 238.

³⁸⁴ DEREN YILDIRIM, İstinafın Gerekçelendirilmesi, s. 697.

doğrultuda hakiminin istinaf başvuru dilekçesini dikkatli bir şekilde analiz etmesi ve hangi hususların istinaf edildiğini tespit etmesi gerekir. Ancak asgari unsurları ihtiva eden bir istinaf dilekçesi³⁸⁵ ile hiç gerekçe gösterilmeden kanun yoluna başvurulması halinde, taleple bağıllık ilkesinin istisna halini teşkil eden farklı bir durum ortaya çıkacaktır³⁸⁶. Bu kapsamda HMK mad. 343/3 hükmünün atfıyla HMK mad. 355 hükmü gereği istinaf hâkimi, yapılan başvuruyu, yalnızca kamu düzenine aykırılık yönünden sınırlı bir şekilde inceleyecektir³⁸⁷.

b. İstinaf İncelemede Taleple Bağıllık İlkesinin İstinası

İstinaf incelemesinin taleple bağıllık ilkesine istinaden yalnızca istinaf dilekçesinde belirtilen sebep ve gerekçelerle yapılacağı ancak bu durumun istisnasını ise HMK mad. 355 hükmü teşkil ettiği anlaşılmaktadır³⁸⁸. İstisna teşkil eden durum kamu düzeni kavramıdır. İstinaf hâkimi sebep gösterilmemiş olsa dahi kamu düzeniyle sınırlı olarak yerel mahkeme kararını inceleme yetkisine sahiptir³⁸⁹. Nasıl ki taleple

³⁸⁵ İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp HMK mad. 355 kapsamında kamu düzeni yönünden inceleme yapılır, ayrıca bkz. **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 524.

³⁸⁶ “Davacı vekilinin 31/05/2017 tarihli istinaf başvuru dilekçesinin, HMK 342/2.d,e,f fıkralarını içermediği anlaşılmakla, HMK 355. maddesi uyarınca kamu düzenine aykırılık olup olmadığı yönüyle dosya değerlendirilmiştir... Anayasamızda yer alan hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi ancak yargılamanın her iki tarafına da iddia ve savunma haklarını yeterince ve tam olarak kullanmalarına imkan tanınması halinde mümkündür. Asıl olan tarafların huzurunda yargılamanın yürütülmesi olmakla birlikte, hukuk mahkemelerinde, taraflar yargılamaya katılmasalar bile, mutlaka dava ve duruşmadan haberdar edilmelidirler. Duruşmaya gelinirse dahi, ilgilinin yokluğunda davaya devam edilip karar verilmesine usulün olanak tanıdığı hallerde, açıklanan biçimdeki uyarıyı taşıyan davetiyenin tebliğ edilmesinden sonra karar verilmesi gereklidir... İlk derece mahkemesince davalı şirket merkezinin bulunduğu binanın kentsel dönüşüm nedeniyle yıkılıp yıkılmadığı hususunda gerekirse kolluk dahil gerekli araştırma yapılarak, bina yıkılmış ise davalı şirketin yeni adresinin tespit edilmesi, yeni adresinin tespit edilememesi halinde ise ilan tebligat yapılarak karar verilmesi gerektiğinden davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüyle ilk derece mahkemesi kararının 6100 Sayılı HMK'nın 353/1.a.6 ve 355. maddesi gereğince kaldırılmasına, dairemizin kararına uygun şekilde yargılama yapıldıktan sonra yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesine dair aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.” İstanbul BAM 45. HD, E 2020/74, 2020/362, T 23.12.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 27.11.2021.

³⁸⁷ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 524.

³⁸⁸ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s.263.

³⁸⁹ “Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir.” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), T 16.04.2008, s. 103, (www.kgm.adalet.gov.tr), ET 27.11.2021

bağlılık ilkesinin yerel mahkemeler nezdinde bir istisnası varsa, istinaf kanun yolundaki istisnası da kamu düzeni kavramıdır.

Kamu düzeni kavramına yönelik bir ihlal mevcut ise hâkim resen gerekli incelemeyi yapmak durumundadır. Doktrinde bir kısım yazara göre HMK mad. 355 hükmünün geniş yorumlanması istinafin anlam ve amacına aykırı düşeceği, istinaf yargılamasının salt ileri sürülen talepler çerçevesinde yapılması gerektiği, hukukumuzun kabul ettiği dar anlamda istinaf sisteminin ruhuna aykırı olduğunu kabul ederek bu hükmü istinafin ruhuna aykırı olduğu düşünmektedir³⁹⁰.

Kanaatimizce; nasıl ki yerel mahkemeler nezdinde kamu düzenine aykırı durumların varlığı halinde hâkim kendiliğinden harekete geçiyorsa, istinaf hâkimi de yerel mahkemeden önüne intikal etmiş uyuşmazlıkta eğer kamu düzenine aykırı bir durum söz konusu ise resen harekete geçmelidir. Bu durum istinafin anlam ve amacına aykırılık oluşturmadığı gibi kamu düzenini aykırılık oluşturan mevcut düzeninin bertaraf edilmesi için bir zorunluluktur. Ne var ki burada dikkat edilmesi gereken husus kamu düzeni kavramının soyut içeriğidir. Bu nedenle hâkimin her somut olay özelinde kamu düzeni kavramını tetkik etmesi gerekir. Başka bir ifadeyle kamu düzeni kavramı her somut uyuşmazlık bakımından ayrıca tanımlanmalı, somut olay özelinde kavramın içinin doldurulması ve gerekçeli kararlarda bu kavramın uyuşmazlık özelinde açıklanması yerinde olacaktır.

c. HMK Mad. 355 Bakımından İstinaf Sebep ve Gerekçeleri

HMK mad. 355 hükmü, istinaf incelemesinin başvuru dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olduğu, istinaf sebebi olarak ileri sürülmeyen hususların dikkate alınamayacağı, ancak kamu düzenine aykırılık görüldüğü takdirde bu durumun resen gözetileceği, istinaf yoluna başvurmak isteyen tarafları istinaf sebeplerini göstermekle yükümlü kılmıştır. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esas hakkındaki kararı değiştirebilmesi için bunu gerekli kılan hata ve

³⁹⁰ AKKAYA, a.g.e., s. 319; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2214; ÜNAL KAYA, Hilal, “Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C 78, S 4, 2021, s. 1906.

eksikliklerin istinaf sebepleri arasında gösterilmesi gerekir³⁹¹. Zira bu zorunluluk yukarıda da ifade edildiği üzere kamu düzenine ilişkin olanlar hariç tüm istinaf sebep ve gerekçeleri bakımından geçerlidir.

İstinaf kanun yoluna başvuran tarafın, istinaf sebeplerini yeterince somutlaştırması gerekmekte, istinaf sebeplerini sadece şekli bir koşulu yerine getirmek amacıyla genel ifadeler kullanılarak yerine getirilmesi yeterli değildir³⁹². İlk derece yargılaması ve kararıyla ilgili somut hatalar veya eksiklikler belirtilmelidir. Kararın sadece usul ve yasaya aykırı olduğu ya da sadece delillerin yanlış ve eksik değerlendirildiğini ileri sürmek somutlaştırma açısından yetersiz kalacaktır³⁹³.

HMK mad. 355 hükmünde istinaf incelemesinin kapsamı ileri sürülen sebeplerle sınırlı tutulmuş ise de kanun koyucu, kamu düzenine aykırılık teşkil eden halleri, istinaf sebepleri ile bağlılık ilkesinin istisnası olarak öngörmüştür. Diğer bir deyişle istinaf yargılamasında resen inceleme yetkisinin sınırı, kamu düzeni kavramı ile ifade edilmiştir³⁹⁴. Bu doğrultuda kamu düzeni kavramına yüklenecek anlama göre istinaf mahkemesinin resen inceleme yetkisi dar ve geniş anlamda belirlenecektir³⁹⁵. Bu kapsamda istinaf hâkimi, önüne intikal etmiş her uyuşmazlığı istinafin anlam ve amacına aykırı düşmeyecek şekilde kamu düzeni filtresinden geçirmelidir.

Kavramın geniş yorumlanması, istinafta sınırlı yargılama prensibine aykırılık teşkil edebilir. Buna karşın HMK ve diğer özel kanunlarda, kamu düzeni kavramının açık bir tanımı ortaya konmamıştır. Kavramın soyut ve genel geçer içeriği gereği herkesçe kabul edilecek ve her zaman geçerliliğini koruyacak bir tanımını yapmak

³⁹¹ ÜNAL KAYA, a.g.m., s. 1905.

³⁹² Örneğin; hukuka aykırı ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını, haklı davamızın kabulünü gibi genel ifadeler yerine istinaf sebeplerinin somutlaştırılması gerekmektedir, ayrıca bkz. AKİL, İstinaf Kavramı, s. 374.

³⁹³ AKKAYA, a.g.e., s. 214.

³⁹⁴ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s. 290.

³⁹⁵ “İnceleme konusu olayda, icra mahkemesince verilen karara karşı şikayetçiler vekilinin İİK'nin 363. maddesi uyarınca süresi içinde, HMK'nın 342/3. maddesine uygun olacak şekilde "istinaf talebinde bulunuyoruz" beyanını da içerir istinaf dilekçesini verdiği halde, bölge adliye mahkemesince kamu düzeni yönünden inceleme dahi yapılmadan istinaf talebinin süreden reddedildiği görülmektedir” Yarg. 12. HD, E 2021/86, K 2021/1101, T 4.2.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 27.11.2021.

mümkün değildir³⁹⁶. Öğretide ve yargısal içtihatlarda da yapılan tanımlar farklılık arz etmekte, zamana ve mekâna göre kavrama verilen anlamda değişimler yaşanmaktadır. Kamu düzeni kavramı, doğrudan devlet düzeni ve toplumsal yapı ile ilgili olduğundan, devlet düzeni ve toplumsal yapıdaki evrimleşmeyle birlikte değişmesi ve genel anlamda da farklılık arz etmesi doğal olmakla birlikte, hukukumuzdaki tartışması çok daha ileri boyuttadır. Genel bir tanım yapmak mümkün ise de kapsamını çizmek oldukça güçtür. Zira her hukuk dalının kendi konusu ve amacına göre yorumlanmakta ve o hukuk dalının ihtiyaçlarına göre sınırları belirlenmektedir. Kamu hukuku ve özel hukukun kamu düzeni kavramını tanımlaması farklılık arz ettiği gibi özel hukukun alt dalları arasında dahi kamu düzeni kavramına dair farklılıklar söz konusudur³⁹⁷. Zira Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni kavramını, esas itibarıyla Anayasanın 13. maddesi hükmü uyarınca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını değerlendirirken ele almış, bir kararında kamu düzeni kavramını, *“toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasına hedef tutan her şeyi ifa ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelinin teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır”* biçiminde tanımlamıştır³⁹⁸.

HMK mad. 355 hükmünde kamu düzenine aykırılıkların maddi ya da usul hukuku dalına ilişkin olması yönünden herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Kamu düzenine ilişkin hükümler maddi hukukta olabileceği gibi usul hukukunda da bulunmaktadır. Yargılama hukuku şekli bir alan olması nedeni ile Kanunda doğrudan ve açıkça kamu düzeni kavramını zikreden veya bu ölçütü kullanan kurallar az ise de birçok usul kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğu öğretide ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Hangi usul kuralının kamu düzeninden olduğu hususunda çeşitli ölçütler konulabilir ise de özellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri,

³⁹⁶ *“Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek hâller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali hâlinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali hâlinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir”* İstanbul BAM 16. HD, E 2017/5933, K 2020/1765, T 22.10.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 22.12.2021.

³⁹⁷ ATAKAN, a.g.m., s. 92.

³⁹⁸ DAYINLARLI, a.g.e., s. 8.

uygulanmasından feragat edemeyecekleri, davanın yürütülmesi ve yargı örgütüyle ilgili kuralların genel olarak kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir³⁹⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi HMK'da istinaf sebepleri tek tek belirtilmemiştir⁴⁰⁰. Bu durumda istinaf sebepleri, maddi hukuk kurallarına aykırılık (hukuki sorunun yanlış çözülmesi), usul kurallarına aykırılık (hatalı veya eksik yargılama yapılması) ve maddi sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerindeki hatalar) olmak üzere üç grupta değerlendirilebilir. İstinaf mahkemesi maddi hukuk kurallarına aykırılık itirazları ile bağlı olmayıp resen somut olaya ilişkin hukuk kuralarını uygular. Usul kurallarına aykırılık bakımından ise mutlak istinaf nedenleri resen dikkate alınması gereken önemli ve ağır usul hatalarıdır olup bunun dışında kalan nispi nitelikteki usul kurallarına aykırılık, maddi sorun hakkında yanlış sonuca varılması ancak istinaf dilekçesinde taraflarca ileri sürülmeleri halinde incelenebilecektir⁴⁰¹.

5. RESEN İNCELEMENİN KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE KAMU DÜZENİ ÖLÇÜTÜ

A. RESEN İNCELEME KAVRAMININ TANIMI

Özel hukuk yargılamasında genel kural; taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması, hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olması, teksif ilkesi gereği iddia ve savunmanın bir usul kesintisine kadar ileri sürülmesi olarak sayılabilir⁴⁰². Bu ilkelerin istisnasını kamu düzenini ilgilendiren davalar teşkil etmektedir⁴⁰³. Başka bir ifadeyle

³⁹⁹ **KONURALP**, *Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI*, s. 135.

⁴⁰⁰ “İstinaf yargılamasının temelini istinaf dilekçesi, bu dilekçenin temelini ise, istinaf sebep ve gerekçeleri oluşturur. İstinaf dilekçesi adı altında sunulan bir dilekçe, içinde istinaf iradesini taşısa da bu sadece istinaf başvurusunun yapılmış olmasını sonuçlar. İstinaf yargılamasının yönünü çizen esaslı unsur istinaf dilekçesi içindeki sebep ve gerekçelerdir” Ankara BAM 22. HD, E 2020/826, K 2020/1121, T 2.10.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 27.11.2021.

⁴⁰¹ **ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin**, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Ekim 2021, s. 262.

⁴⁰² **KURU Baki**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, Beta Basım Yayınevi, C 2, İstanbul, Mayıs 2001, s. 1923.

⁴⁰³ **KURU**, *HMK Ciltli 2*, s. 1923.

kamu düzenini ilgilendiren davalarda hâkim bu ilkelerle bağlı olmayıp kendiliğinden harekete geçmektedir⁴⁰⁴.

Kendiliğinden harekete geçmenin hukuk terminolojisindeki karşılığı resen harekete geçme olarak bilinir⁴⁰⁵. Esasında resen harekete geçme ilkesi kendini daha çok ceza yargılaması, idari yargı ve çocuklarla ilgili davalarda göstermektedir⁴⁰⁶. Bu alanların aksine resen incelemenin özel hukuk yargılamalarındaki etki alanı daha dardır⁴⁰⁷. Resen incelemenin uygulandığı davalarda hâkim tarafların talepleri ile bağlı olmayıp yargılamayı taraflardan bağımsız olarak sürdürür ve bu doğrultuda neticelendirir⁴⁰⁸.

Resen incelemenin geçerli olduğu uyuşmazlıklar aynı zamanda kamu düzeni kavramı ile birlikte anılır⁴⁰⁹. Başka bir ifade ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği, yargılamanın seyrinin tarafların iradesine bırakılmayacağı, tarafların menfaatlerinden çok toplum menfaatlerinin ön olana çıktığı yargılamalarda hâkim aktif bir rolde olup gerekirse delil araştırması yapmak suretiyle uyuşmazlığı neticelendirir⁴¹⁰. Zira özel hukuk hâkimi, kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarda tarafların yanında delil toplama hak ve yetkisine sahiptir⁴¹¹. Kamu düzenini ilgilendiren babalık davası, soy bağının reddi davası veya Sosyal Sigortalar Kanunu⁴¹² uyarınca ikame edilen hizmet tespiti davaları kamu düzeninden kabul edilip resen incelemenin uygulanacağı kabul edilmiştir⁴¹³.

⁴⁰⁴ **ÖZMUMCU, Seda**, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C 4, S 2, 2014, s. 146.

⁴⁰⁵ **ÖZMUMCU**, Resen Araştırma İlkesi, s 146.

⁴⁰⁶ **TOPUZ, Gökçen**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 150; **ERDÖNMEZ**, Pekcanitez Usul 1, s. 805.

⁴⁰⁷ **KARTAL, Ümit**, “Boşanma Davasında Resen Araştırma İlkesi ve İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı”, Terazi Hukuk Dergisi, C 9, S 95, Temmuz 2014, s. 15.

⁴⁰⁸ **ERDÖNMEZ**, Pekcanitez Usul 1, s. 805.

⁴⁰⁹ **ÖZMUMCU**, Resen Araştırma İlkesi, s 146.

⁴¹⁰ **KURU**, HMK Ciltli 2, s. 1923.

⁴¹¹ **ERDÖNMEZ**, Pekcanitez Usul 1, s. 805.

⁴¹² RG, T 17.7.1964, S 506.

⁴¹³ “Usul Hukukunda taraflarca hazırlama ilkesi hakimdir. Kendiliğinden (resen) araştırma ilkesi ise bunun istisnasını oluşturur. Diğer deyişle, yasada öngörülen ayırık haller hariç davanın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin (dava malzemesinin) taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekir” Yarg. İBGK, E 1990/4, K 1991/3, T 8.11.1991 (www.kazanci.com.tr) ET 20.12.2021.

Çekişmesiz yargı işlerinde de kural olarak HMK mad. 385/2 hükmü; “Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir” biçiminde düzenlenmiştir. ERDÖNMEZ’e göre çekişmesiz yargıda taraf değil ilgiliden söz edileceği için çelişen taraf menfaatleri söz konusu değildir⁴¹⁴. Bu doğrultuda çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme tarafların talepleri ile bağlı olmayıp kendiliğinden araştırma yapabilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çekişmesiz yargı işlerinde resen inceleme ilkesinin uygulanması gerektiğini ve hâkimin kendiliğinden vakıa ve delil araştırması yapabileceğini ifade etmiştir⁴¹⁵.

Çekişmeli yargıda dava malzemesi HMK mad. 24-26 hükümleri gereği taraflarca hâkim huzuruna sunulur. Genel kural olarak taraflarca getirilme ilkesi, tasarruf ilkesi ve taleple bağlılık ilkesi gereği özel hukuk yargılamalarında hâkim pasif konumda yer almaktadır. Bu ilkelerin ışığında özel hukuk hâkimi önüne gelen uyuşmazlıklarda dava malzemeleriyle bağlı olup kendisinin delil veya vakıa toplamak suretiyle herhangi bir işlem yapması yasaklanmıştır⁴¹⁶. Bu düşüncenin temelinde yatan ana sebep; mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkların tarihsel sürecini en iyi bilenlerin taraflar olduğu, tarafların kendi lehlerine veya birbirleri aleyhine olabilecek vakıa ve delilleri tam ve eksiz bir şekilde mahkemeye sunma çabası içinde olmaları⁴¹⁷, hâkimin mevcut iş yükü nazara alındığında önüne gelen uyuşmazlıktaki maddi vakıalara taraflara nazaran daha az vakıf olacağı sebebiyle tarafların üzerine bırakılan dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi ilkesi gerçeğe ulaşmada daha yüksek bir ihtimal olarak kabul edilir⁴¹⁸.

⁴¹⁴ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul 1, s. 807.

⁴¹⁵ “Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki en belirgin farkı belirten ölçü "ihtilaf" çekişme yolu kıstasıdır. Çekişmeli yargıda, taraflarca ihzar prensibi geçerli olduğu halde çekişmesiz yargıda re'sen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma prensibinin cari olması, bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Burada da taraflarca ihzar prensibi cari olsa idi, o zaman çekişmesiz yargı hakimi, talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ki, bu durum gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Diğer taraftan kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğu için davayı değiştirme yasağı bu uyuşmazlıklarda uygulanmaz.” Yarg. HGK E, 1997/11-313, K 1997/569, T 25.6.1997 (www.kazanci.com.tr) ET 20.12.2021.

⁴¹⁶ ÖZMUMCU, Resen Araştırma İlkesi, s 147.

⁴¹⁷ YILDIRIM, Kâmil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım Yayın, Ağustos 2019, s. 31.

⁴¹⁸ ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Deliller, 1. Baskı, İstanbul, 1979, s. 3.

SEROZAN'a göre maddi özel hukukun temel prensiplerinden kabul edilen irade özerkliğinin usul hukukundaki izdüşümü tasarruf ilkesi olarak kabul edilmiş olup tarafların iddiasını destekleyecek her türlü vakıa ve delilleri mahkemeye sunması tarafların iradesine bırakılmıştır⁴¹⁹. Çekişmesiz yargıda ise esasında bir ihtilaf olmadığı için işi sonuçlandırmak ve sonuçlandırılacak işin tüm malzemelerini mahkemeye getirme yükünde hâkim taraflarla birlikte yetkilidir. Bu doğrultuda resen inceleme yetkisi genel kural itibarıyla çekişmesiz yargıda söz konusu olmaktadır⁴²⁰. Çekişmeli yargıda resen inceleme istisnai olarak uygulanmaktadır. Çalışmamızın temelini teşkil eden kamu düzeni kavramı ile bu ilke yakından ilgilidir. Kamu düzeni kavramının yorumlanması aynı zamanda hâkimin resen inceleme yetkisinin sınırlarını belirleyecektir. Kavramın geniş ve amacından uzak yorumlanması yargılama hukukunun dayanmış olduğu temel prensiplere aykırılık teşkil edebilecektir.

Resen inceleme HMK'da açıkça yer almış bir kavram olmayıp yukarıda izah edilen ilkelerin istisnasını teşkil etmektedir. Özel hukuk ilişkilerinde menfaat sahiplerinin kendi haklarını en iyi şekilde koruyabileceği kabul edilmiştir⁴²¹. Buna karşılık yine özel hukuk bağlamında taraflar arasındaki menfaat çatışması kamu düzenini ilgilendiriyorsa bu durumda hâkim mevcut uyuşmazlıkta tarafların getirmiş olduğu malzemelerle bağlı olmayıp kamu yararı düşüncesi gereği yargılamaya müdahil olmaktadır⁴²².

B. RESEN İNCELEME KAVRAMININ KAMU DÜZENİ İLE İLİŞKİSİ

Hukukumuzda bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasıyla birlikte yargılama prosedürümüzde köklü bir değişiklik yaşanmıştır⁴²³. Benimsenen dar anlamda istinaf sistemiyle ilk derece mahkemesi kararı sınırlı bir şekilde denetlenecek ve bu denetimin sınırını istinaf kanun yoluna başvuran taraf belirleyecektir⁴²⁴. Dar

⁴¹⁹ **SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2013, s. 301.

⁴²⁰ **KARTAL**, a.g.m., s. 15.

⁴²¹ **ALANGOYA**, Usulde Vakıa ve Deliler, s. 297.

⁴²² **ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, vd.** Medeni Usul Hukuku, s. 155.

⁴²³ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2202.

⁴²⁴ **DEREN YILDIRIM**, İstinafın Gerekçelenendirilmesi, s. 697.

anlamda istinaf sisteminin benimsenmesiyle bölge adliye mahkemeleri baştan sona bir yargılama icra etmeyeceklerdir⁴²⁵. Tabii olarak hukukun birçok alanında olduğu gibi burada da istisna söz konusudur⁴²⁶. Bölge adliye mahkemesi hâkiminin önüne gelen uyuşmazlık taraf menfaatlerini aşan nitelikteyse hâkimin takınacağı tavır da farklılık arz edecektir⁴²⁷. Bu durumda genel kuralın aksine bölge adliye mahkemesi hâkimi taraflarca ileri sürülmüş istinaf sebepleri ile bağlı kalmayarak başkaca hususları tetkik etme hak ve yetkisine haiz olacaktır⁴²⁸. Hâkimin tarafların talepleriyle bağlı kalmayıp başka hususları irdelemesi literatürde resen inceleme olarak adlandırılmaktadır⁴²⁹.

Hukukumuzda kabul gören dar anlamda istinaf sistemiyle birlikte; istinaf dilekçesinin asgari unsurları taşıyıp hemen reddedilmemesi, HMK mad. 355 hükmü uyarınca istinaf sebebi gösterilmeyen başvuruların kamu düzeni yönüyle resen inceleme yapılması, kamu düzeni kavramı ile resen inceleme kavramlarının birbirleriyle bağlı olduğu sonucunu ortaya çıkmaktadır⁴³⁰. Bu doğrultuda resen inceleme hak ve yetkisinin sınırının kamu düzeni kavramı olduğu ifade edilebilir⁴³¹.

Kamu düzeni kavramının soyut içeriği, belirli bir tanımının olmaması, kavramın zamandan ve mekândan mücerret olarak evrimleşmesi, toplumların bu kavrama yüklemiş olduğu anlamın farklılaşması ve kavramın belirsizliği resen

⁴²⁵ “İstinaf incelemesinde temel amaç hukuka aykırı olarak verildiği iddia edilen ilk derece mahkemesi kararının denetimini sağlamaktır. Hukukumuzda yeniden yargılama yapma ilkesini benimsemiş geniş anlamda istinaf ilkesi değil, dar anlamda istinaf ilkesi benimsenmiştir. Dar anlamda istinaf incelemesinde; ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların sadece denetlenmesi söz konusu olup, temyiz incelemesinden farklı olarak sadece hukuki denetim değil, maddi vaka denetimi de yapılmaktadır. Maddi olay denetiminin yapılması davanın yeniden görülmesi anlamında olmayıp, ilk derece mahkemesinin maddi olayı usul ve yasaya uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediği konusu ile sınırlıdır. Bu bağlamda istinaf mahkemesinde yapılan denetim sonucunda ilk derece mahkemesi kararında yanlışlık görülmesi halinde usul ve esas yönünden hatalı bulunan kararın kaldırılarak yerine usul ve yasaya uygun hükmün kurulması yargılamayı hızlandırmaya yönelik düzenlemedir. Yapılan denetim sonunda, hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak istinaf mahkemelerinin gerekli kararı vermesi istinaf mahkemelerinin, ilk derece mahkemesi gibi talep ve hüküm mahkemesi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda, istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın temyiz edilerek bozulması ve bozulan karara istinaf mahkemesince uyulması halinde de, kanun yolu içerisinde yer alan istinaf mahkemelerinin denetim mahkemesi sıfatı değişmeyecektir” İstanbul BAM 13. HD E 2021/1300, K 2021/1214, T 16.9.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 24.12.2021.

⁴²⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 590.

⁴²⁷ AKKAYA, a.g.e., s. 319.

⁴²⁸ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s.263.

⁴²⁹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul 1, s. 805.

⁴³⁰ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 270; KATAYIFÇI, a.g.e., s. 190.

⁴³¹ ÖZMUMCU, Resen Araştırma İlkesi, s 146.

inceleme noktasında hâkimin takdir yetkisini genişletmektedir⁴³². Nitekim kavramın geniş yorumlanması istinaf yargılamalarının uzamasına sebebiyet verebilir hatta benimsenen istinaf sistemine sakatlık getirebilir⁴³³. Başka bir ifade ile kavramın kendine has özelliği hasebiyle geniş yorumlanması yargılama hukukunun temel dayanağını teşkil eden prensiplere aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Mukayeseli hukuka bakıldığında Alman uygulama ve doktrininde bu kavramın kullanılmasından zaman içerisinde ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle kaçınılmıştır⁴³⁴.

Bölge adliye mahkemesi hâkimine geniş takdir hakkı bırakan bu kavramın sınırını yine hâkimin kavramı yorumlaması belirlemektedir. İstinaf hâkimi özel hukukta kamu müdahalesini ilgilendiren hususları özenle tetkik etmeli ve bu doğrultuda resen inceleme yetkisinin sınırlarını belirlemelidir. Örneğin Aile hukuku, sosyal sigortalar hukuku, iş hukuku, vb. alanlarda toplum menfaatlerini korumak amacıyla kamu müdahalesi daha belirgin bir şekilde hissedilmektedir⁴³⁵. Tabii olarak özel hukukun farklı alanlarında da kamu düzenini ilgilendiren hususların varlığı söz konusudur⁴³⁶. Bunlar birlikte yargılama hukukunda da kamu düzenini ilgilendiren noktalarda hâkimin resen harekete geçmesi gerektiğinde tartışma bulunmamaktadır⁴³⁷. Medeni yargılamaya ilişkin kuralların tarafların iradesine bırakılmaması düşüncesiyle hâkimin bu hukuk dalındaki kamu düzeni kavramını somutlaştırması maddi hukuka nazaran daha kolaydır⁴³⁸.

Aşağıda detaylı tartışılacağı üzere kanaatimizce maddi hukuk-usul hukuku ayrımı yapılmaksızın temelinde kamu düzeni düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları için

⁴³² **ULER**, a.g.m, s. 252.

⁴³³ “Kamu düzeni kavramının sınırlarının geniş tutulması görüşünün kabulü ile istinaf aşamasının uzayacağı, bu sonucun ise usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı ile çelişeceği eleştirisi ile karşılaşmak olasıdır. Hatta bu eleştirinin bir ölçüde haklı olduğunu da kabul etmek gerekir” **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s.268.

⁴³⁴ **ATASOY**, a.g.e., s. 14.

⁴³⁵ **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.141.

⁴³⁶ **KAR, Bektaş**, “İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 15, Özel S, 2013

⁴³⁷ Yarg. HGK, E 2014/19-1087, K 2016/606, T 11.05.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 24.10.2021.

⁴³⁸ “...eğer şekilde maksat, muameleyi yapan şahsı düşünmeye sevk etmek, mahkemenin otoritesini tahtı emniyete almak gibi mülahazalar ise, bu takdirde mevzu bahis şeklin amme intizamından madut olduğu kabul edilebilir” **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s. 146.

hâkim resen inceleme hak ve yetkisine haizdir⁴³⁹. Yargılamanın her aşamasında kanun yolu dâhil olmak üzere kamu düzenini ilgilendiren hususlar resen değerlendirilmelidir. Bu kapsamda hâkim, HMK mad. 355 hükmünü uygularken maddi hukuk-usul hukuku ayrımı yapmadan resen harekete geçmek suretiyle tarafların talepleri ve getirmiş olduğu dava malzemeleriyle bağlı kalmaksızın uyuşmazlığı neticelendirmelidir⁴⁴⁰. Zira kamu düzenine aykırılığın bertaraf edilmesi yine kamu otoritesinin müdahalesiyle söz konusu olacaktır.



⁴³⁹ “Velayet kamu düzeni ile ilgili bulunup, çocuğun üstün yararı da dikkate alınarak değişen şartlara göre her zaman yeniden değerlendirilmesi ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülen hususların nazara alınması mümkündür. Müşterek çocuğun karar tarihinden sonra, hüküm henüz kesinleşmeden davacı babasıyla birlikte yaşama iradesini açıklayıp onunla yaşamaya başladığı iddia edildiğine göre, bu hususların araştırılıp, idrak çağındaki müşterek çocuk Uğur’un mahkemece beyanı da tespit edilerek, gerek görüldüğü taktirde bu hususta yeniden uzman görüşü alınarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir” Yarg. 2. HD, E 2015/5319, K 2015/22109, T 24.11.2015 (www.kazanci.com.tr) ET 24.10.2021.

⁴⁴⁰ KURU, HMK Ciltli 2, s. 1923.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİNAF KANUN YOLUNDA HAKİMİN KAMU DÜZENİ ÖLÇÜTÜNÜ SOMUTLAŞTIRMASI

1. MEDENİ USUL HUKUKU BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ SINIRI

A. DAVA ŞARTLARI BAKIMINDAN

a. Türk Mahkemelerinin Yargı Hakkının Bulunması

Medeni usul hukukunda, temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan kuralların tespiti söz konusu olduğunda ilk akla gelen unsurlar dava şartlarıdır. Dava şartları HMK mad. 114 hükmünde düzenlenmiş olup bu kurallara aykırı durumların varlığı halinde HMK mad. 115/1 hükmü ile hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴⁴¹. Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta esastan yargılamaya geçebilmesi için dava şartlarında noksanlık bulunmamalıdır⁴⁴². Ayrıca dava şartlarına ilişkin bir noksanlık bulunması halinde yargılamanın her aşamasında bu husus resen dikkate alınır⁴⁴³. Dava şartları; emredici bir şekilde düzenlenmesi, yargılamada yeknesaklığı sağlamak ve yargı bütünlüğü ile istikrarı bakımından önemli olduğu için kamu düzeninden kabul edilir⁴⁴⁴.

Dava şartları her uyuşmazlık için hâkimin öncelikli değerlendirmesi gereken hususlar olup HMK mad. 114 hükmünde öngörülen sırasıyla tetkik edilmelidir. HMK mad. 114/1-a hükmü uyarınca dava şartlarından ilki “*Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması*” şeklinde düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin yargı hakkının

⁴⁴¹ ÖZMUMCU, Seda, “*Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmaması Sayılması Halinde Değerlendirilmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 70, S 2, 2013, s. 186.

⁴⁴² ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden, “*Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 16, S 1-2, 2010, s. 236.

⁴⁴³ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 153.

⁴⁴⁴ ÖZMUMCU, Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçlar, s. 202.

bulunması hususu dava şartları bakımından öncelikli değerlendirilmesi gerekmekte ve tüm özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından önem arz etmektedir. Mahkemelerin yargı hakkı devletin egemenlik sınırlarıyla bağlantılı olarak meydana çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle ülkemizin egemenlik hakkının bulunduğu sınırlar içerisinde vuku bulan tüm özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından Türk mahkemeleri münhasıran yetkilidir⁴⁴⁵. Ancak yabancı devletlerin egemenlik işlerine ilişkin iş ve işlemlerinde milletlerarası hukuktan kaynaklı yargı muafiyeti söz konusu olup bu noktada Türk mahkemelerinin yargı hakkı bulunmamaktadır⁴⁴⁶. Özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından yabancı her gerçek veya tüzel kişiler Türk mahkemelerine başvurabilir. Egemenlik sınırları içerisinde doğacak uyuşmazlıklarda da herhangi bir düzenlemeye veya anlaşmaya gerek kalmaksızın Türk mahkemeleri yetkilidir. Taraflar dilerse Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu⁴⁴⁷ mad. 47/1 hükmü uyarınca, aralarındaki

⁴⁴⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 244.

⁴⁴⁶ “Uyuşmazlık; Almanya Devleti ile Türkiye devleti arasında imzalanan “Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akdi Çerçevesinde İstihdamına Dair Sözleşme”ye göre Almanya Cumhuriyeti İzmir Başkonsolosluğuna yapılan vize başvurusuna Konsolosluğun olumlu ya da olumsuz cevap vermemesi biçimindeki işlem ve eylem nedeniyle Türkiye mahkemelerinde Almanya devletinin yargılanıp yargılanamayacağı, eylem ve işlemin egemenlik hakkının kullanımı kapsamında mı yoksa 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun (MÖHUK) 49. maddesine göre özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlık kapsamında mı kaldığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Vize, aralarındaki politik anlaşmalara göre, bir ülkeden diğerine geçişte gösterilmesi gereken, ilgili ülkelerin Konsolosluklarınca kişinin pasaportuna ya da ona benzer bir başka belgeye yapılandırılan bir izin belgesidir. Vize işlemi, devletlerin egemenlik tasarrufu kapsamında yaptığı işlemlerden olup gerek uluslararası hukuk ve gerekse iç hukukumuzda bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda vize başvurusunun reddine karar vermek ya da vize talebine olumlu ya da olumsuz cevap vermemek biçimindeki eylem ya da işlem egemenlik tasarrufu kapsamında değerlendirilmelidir. Almanya Devleti ile Türkiye Devleti arasında imzalanan “Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akdi Çerçevesinde İstihdamına Dair Sözleşme” halen yürürlükte olup her iki devlet yönünden kanun hükmündedir. (TC 1982 Anayasası madde 90) Her iki devlet arasında akdedilen bu sözleşmede istisna akdi çerçevesinde çalıştırılacak işçiler için verilecek vize ile ilgili bir takım düzenlemelerin yapılmış olması ve bu düzenlemeye aykırı hareket edilmiş olması davaya konu edilen uyuşmazlığın özel hukuk işlemi olarak değerlendirilmesine imkan tanımaz. Davacı ile davalı Almanya Devleti arasındaki ilişki, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 49. maddesine göre özel hukuk ilişkisi olmayıp yargı muafiyeti kapsamında kalan ve egemenlik tasarrufu bağlamında gerçekleştirilen vize işlemidir. Öte yandan, 6100 sayılı HMK'nın “dava şartları” başlıklı 114/1-a maddesinde; “Türk Mahkemelerinin yargı hakkının bulunması” dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre hakim, yargılamanın her aşamasında kendiliğinden (resen) ve diğer hususlardan önce bu şartların var olup olmadığını değerlendirmelidir. Açıklanan gerekçelerle davalıya atfedilen eylemin egemenlik hakkına ilişkin olduğu gözetildiğinde davanın HMK 115/2 maddesine uygun şekilde usulden reddine karar verilmesi gerekirken davanın nitelendirilmesinde hata yapılarak yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir” Yarg. 4. HD, E 2013/10023, K 2013/13933, T 10.9.2013 (www.kazanci.com.tr) ET 24.12.2021.

⁴⁴⁷ RG, T 12.12.2007, S 26728.

doğacak uyuşmazlıkları gidermeye yönelik olarak yabancı ülke mahkemelerini de yetkili kılabilir⁴⁴⁸.

Bölge adliye mahkemesi hâkimi ilk derece mahkemesinden önüne intikal etmiş dava veya iş için HMK mad. 352 hükmü gereği istinafta ön inceleme aşamasını tamamladıktan sonra kamu düzeni yönüyle resen ilk tespit etmesi gereken hususlar dava şartlarıdır. Dava şartları da yargılamaya ilişkin vazgeçilemez kuralları ifade ettiği için kamu düzeninden kabul edilir. Nitekim yargılama ilişkin usul ve esaslar tarafların iradesine bırakılmayacağı gibi hukuk devleti ilkesi gereği ve ülkede faaliyet gösteren mahkemelerin aynı usule göre yargılama icra etmesi kamu düzenindedir⁴⁴⁹. Görüldüğü üzere yargılamaya ilişkin kurallar objektif olarak değerlendirildiğinde taraf menfaatlerini aşan niteliktedir. Bu kapsamda toplumun genel menfaati gereği bu kurallara aykırılığın bertaraf edilmesi için hâkimin talep veya dava malzemesine bağlı kalmaksızın harekete geçmesi gerekmektedir. Nihayet bölge adliye mahkemesi hâkimi her uyuşmazlık için dava şartlarından ilkinin ifade eden Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunup bulunmadığı hususunda resen inceleme yapmak suretiyle gerekli kararı vermelidir.

b. Yargı Yolunun Caiz Olması

Hâkimin Türk mahkemelerinin yargı hakkının olup olmadığını tespit ettikten sonra ikinci sırada incelemesi gereken husus yargı yolunun caiz olup olmaması hususudur. HMK mad. 114/1-b’de “*Yargı yolunun caiz olması*” biçiminde düzenlenen bu husus uyuşmazlığın hangi yargı koluna ait olduğu ile ilgilidir⁴⁵⁰. Başka bir ifadeyle somut uyuşmazlığın adli veya idari yargının alanına girip girmediğinin tespiti HMK mad. 115/1 hükmü gereği resen yapılır⁴⁵¹. Kural olarak bir davanın adli yargı hukuk mahkemelerinde görülebilmesi için uyuşmazlığın özel hukuk kaynaklı olması

⁴⁴⁸ SÜRAL, Ceyda, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 100, 2012, s. 196.

⁴⁴⁹ KURU, HMK Ciltli 2, s. 1923.

⁴⁵⁰ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, vd. Medeni Usul Hukuku, s. 155.

⁴⁵¹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul 2, s. 928.

gerekmektedir⁴⁵². İdari yargının alanına giren uyuşmazlıklara adli yargı mahkemeleri bakamayacağı gibi bu husus aynı zamanda kamu düzenindedir⁴⁵³.

Bölge adliye mahkemesi hâkimi yerel mahkemeden önüne intikal eden davada, somut uyuşmazlığın adli yargı alanında olup olmadığını değerlendirmeli ve bu hususta istinaf kanun yoluna başvuranlarca bir talep olmasa dahi dosya üzerinden resen inceleme yapmak suretiyle gerekli kararı vermelidir⁴⁵⁴. Ayrıca bir uyuşmazlığın adli veya idari anlamda hangi yargı koluna ait olduğu konusunda çelişki varsa uyuşmazlık mahkemeleri bu sorunu çözmekle yetkilidir⁴⁵⁵. Bu doğrultuda Uyuşmazlık Mahkemesi Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun⁴⁵⁶ mad. 1/1 hükmü “*Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli ve idari yargı mercileri*

⁴⁵² PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 245.

⁴⁵³ “Mahkemece, davalı İvedik Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunun 15.06.2017 tarihli 2017/22 Sayılı kararının, davacı iş yerinin yönetmelikte belirtilen kurulamayacak tesislerden olması nedeni ile davacının iş yeri açma ve çalışma ruhsatının iptaline ilişkin olduğundan idare hukuku ilke ve kurallarına göre kamu yetkisi kullanılarak tesis edilmiş olan bir idari işlem niteliğinde bulunduğu gerekçesi ile yargı yolunun caiz olmaması nedeni ile davanın usulden reddine karar verilmiş ise de, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/a ve b fıkralarında idari dava türleri sayılmıştır. Buna göre; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ve idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları olarak sınırlandırılmıştır. 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgesi Kanununun 5. maddesinde Organize Sanayi Bölgesinin özel hukuk tüzel kişiliğinin olduğu açıkça düzenlenmiş olduğundan, mahkemece açık yasa hükmü gereği davalı İvedik Organize Sanayi Bölgesinin özel hukuk tüzel kişisi olduğu da gözetilerek, taraflar arasındaki uyuşmazlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekli olup, davaya bakma görevi Adli Yargı Mahkemesine aittir. Bu durumda davanın Adli Yargı yerinde görülmesi gerektiğinden HMK'nun 353/1-a-3 maddesi uyarınca yerel mahkeme kararının kaldırılmasına, ihtiyati tedbir talebinin davaya bakan mahkemece değerlendirilmesi gerektiğinden kararın kaldırılma sebebine göre davacı vekilinin sair istinaf sebeplerinin incelenmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur” Ankara BAM 26. HD, E 2017/1936, K 2018/174, T 5.2.2018 (www.kazanci.com.tr) ET 26.12.2021.

⁴⁵⁴ “Somut olayda, davalı kamu kurumunun bir plan ve proje kapsamında yürüttüğü iş nedeniyle davacı şirkete zarar verildiği iddia edildiğine göre davanın adli yargıda görülemeyeceği, bu nitelikteki bir davanın 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun belirtilen 2. maddesine göre idari yargı yerinde tam yargı davası olarak açılması gerektiği açık olup ilk derece mahkemesince davanın yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken davanın esasına girilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan davacı vekilinin istinaf başvurusunun bu yönden kabulüne karar verilmesi gerekmiştir” Ankara BAM 25. HD, E 2019/2602, K 2021/396, T 3.3.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 26.12.2021.

⁴⁵⁵ “Davacının idareyle arasında bir hizmet ilişkisi kurulduğu, talep edilen kıdem tazminatının İş Kanunundan kaynaklanan haklardan olduğu dikkate alındığında, uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Belirtilen nedenlerle, Kahramanmaraş İdare Mahkemesi'nin başvurusunun kabulü ile, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin 27.09.2018 gün, E:2018/1387, K:2018/1700 Sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir” Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2019/766, K 2019/894, T 23.12.2019 (www.kazanci.com.tr) ET 26.12.2021.

⁴⁵⁶ RG, T 22.6.1979, S 16674.

arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir” biçiminde düzenlenmiştir.

Yukarıda yer alan açıklamalar doğrultusunda istinaf kanun yoluna başvuran tarafın bu yönde bir talebi bulunmasa veya ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen yargılamada yargı yolunun caiz olup olmadığına ilişkin herhangi bir tartışma zemini olmasa dahi bölge adliye mahkemesi hâkimi her uyumsuzluğu bu dava şartı bakımından incelemelidir⁴⁵⁷. Nitekim bu hususun kamu düzeninden olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamakta ve HMK mad. 355 hükmü uyarınca gerekli inceleme yapılmalıdır.

c. Mahkemenin Görevli Olması

Hukukumuzda özel hukuktan kaynaklı işlere hangi mahkemenin bakacağı konusu görev kavramı ile ifade edilir⁴⁵⁸. Medeni yargı teşkilatı içerisinde uyumsuzluğu incelemeye hangi mahkemenin görevli olduğu hususu yukarıda izah edilen yargı yolu konusundan farklıdır. HMK mad. 114/1-c hükmü gereği mahkemenin görevli olması dava şartlarından sayılmıştır. Hâkimin yukarıda sayılan dava şartlarını inceledikten sonra üçüncü sırada tetkik etmesi gereken konu mahkemenin görevidir⁴⁵⁹.

Türk hukukunda adli yargı teşkilatı içerisinde görevli mahkemeler bakımından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe miktar ve değerine bakılmaksızın malvarlığı veya şahıs varlığına ilişkin meselelerde asliye hukuk mahkemeleri HMK mad. 2 hükmü uyarınca genel görevli mahkemeler olarak kabul edilmiştir. Genel görevli mahkemelerin yanında uyumsuzluğun konusuna göre tayin olunan özel görevli mahkemeler vardır. Mesela iş hukuku kaynaklı uyumsuzluklarda iş mahkemeleri⁴⁶⁰, ticari nitelikteki uyumsuzluklarda ticaret

⁴⁵⁷ KONURALP, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 135.

⁴⁵⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 98.

⁴⁵⁹ KOCA, Geylani, “Hukuk Yargılamasında Görev ve Yetki Sorununun Çözümüne İlişkin Bir Öneri”, Terazi Hukuk Dergisi, C 7, S 68, Nisan 2012, s. 30.

⁴⁶⁰ “5521 Sayılı kanunda “İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu’ndan doğan uyumsuzluklara iş mahkemelerinde görüleceği açıkça

mahkemeleri⁴⁶¹ veya kira ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemeleri özel görevli mahkemelerdir⁴⁶². Bu kapsamda somut uyuşmazlığın konusu aynı zamanda hangi mahkemenin görevli olduğunu tayin eder⁴⁶³.

Genel görevli mahkemelerle özel görevli mahkemeler arasında veya özel görevli mahkemelerin kendi arasında HMK mad. 1/1 hükmü uyarınca görev ayrımı vardır⁴⁶⁴. Göreve ilişkin düzenleme HMK mad. 1/1 gereği “*Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir*” biçiminde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun metninde ve yerleşik içtihatlarda görev kurallarının kamu düzeninden olduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir⁴⁶⁵. BUDAK’a göre kanun metninin bu şekilde kaleme alınması doğru olmamış kamu düzeni kavramının zaman içerisinde değişime uğraması ve bir kuralın kamu düzeninden sayılıp sayılmayacağı hususunun öğretisi ve içtihatlar ortaya konması gerektiğinden bahisle eleştirilmiştir⁴⁶⁶.

belirtilmiştir. Buna göre uyuşmazlık açıkça davalı işçilerin iş sözleşmesinin yüklediği sır saklama yükümlülüğünün ihlalden kaynaklandığından 5521 Sayılı Kanuna göre davaya bakma görevi iş mahkemelerine aittir” İstanbul BAM 13. HD, E 2019/2540, K 2020/672, T 25.6.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 27.12.2021.

⁴⁶¹ “Bilindiği üzere, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 6335 Sayılı Kanun ile değişik 4. maddesinde ticari davalar tanımlanmıştır. Buna göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile maddenin devamı fıkralarında belirtilen davalar ticari dava olarak nitelendirilmiştir. Yine aynı Kanun’un 5/3. maddesinde “Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Anılan yasal düzenlemeler karşısında, Asliye Ticaret Mahkemelerinin özel mahkeme niteliğinde bulunduğu, bu niteliği gereği görev alanının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre belirleneceği ve genel mahkemeler ile arasındaki ilişkinin önceki kanunun aksine görev ilişkisi olduğu açıktır” İstanbul BAM 1. HD, E 2018/1025, K 2019/560, T 9.4.2019 (www.kazanci.com.tr) ET 27.12.2021.

⁴⁶² “Hukuki uyuşmazlıklarda Asliye Hukuk mahkemelerinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesi’nin görevi ise istisna olup, özel bir kanun hükmü ile açıkça Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler Asliye Hukuk Mahkemesinde genel hükümlere göre görüleceği, görev kamu düzenine ilişkin olduğu ve resen inceleneceği, Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kira sözleşmesinden kaynaklandığı, görevli mahkemenin Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu anlaşılmıştır” İstanbul BAM 35. HD, E 2020/281, K 2020/367, T 18.2.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 27.12.2021.

⁴⁶³ **ORTAN, Ali Necip**, “Medeni Yargılama Hukukunda Görev Bağlamında Kamu Düzeni Mevzuatçılığının Uygulanmasındaki Kayıtsızlık”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 2, S 3, Ocak 2016, s. 61.

⁴⁶⁴ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 98.

⁴⁶⁵ “Bilindiği üzere, ilk derece mahkemeleri genel mahkemeler ve özel mahkemeler olarak ikiye ayrılmışlardır. Hangi davalara özel mahkemelerde, hangi davalara genel mahkemelerde bakılacağı ve genel mahkemelerde bakılacak davalardan hangilerine asliye hukuk mahkemesinde, hangilerine sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı hususuna görev, bunu düzenleyen kurallara da görev kuralları denir” Yarg. HGK, E 2017/6-979, K 2021/759, T 15.6.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 27.12.2021.

⁴⁶⁶ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 43.

Görev kuralının kamu düzeninden sayılmasının temelinde yatan düşünceyi, adalet hizmetlerinin görülmesinde yargı teşkilatının düzenli ve ihtisaslaşan mahkemeler üzerinde daha hızlı ve pratik bir biçimde faaliyetlerini sürdürmesi olarak ifade edebiliriz⁴⁶⁷. Bu doğrultuda istinaf hâkiminin görev kuralına ilişkin değerlendirmeleri mutlak surette her uyuşmazlık için gözden geçirilmelidir⁴⁶⁸. Görev kurallarının kamu düzeninden olması nedeniyle göreve ilişkin herhangi bir itiraz vaki olmasa dahi bu husus resen incelenerek bu doğrultuda karar verilmelidir⁴⁶⁹. Bölge adliye mahkemesi hâkimi ilk derece mahkemesinin görevsiz olduğuna kanaat getirirse HMK mad. 353/1-a-3 hükmü gereği dosya üzerinden inceleme yapmak suretiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verir. Bölge adliye mahkemesi tarafından bu karar kesin olarak verilir.

d. Yetkinin Kesin Olduğu Haller

Yetki, bir uyuşmazlığa hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağını ifade eder⁴⁷⁰. Yetki kuralları esas itibariyle kamu düzeninden kabul edilmez ve taraflarca ilk itiraz olarak ileri sürülmediği müddetçe hâkim tarafından dikkate alınmaz⁴⁷¹. Başka bir ifadeyle yetkiye ilişkin hususlarda mahkeme resen inceleme yapamaz. Yetki kuralı HMK mad. 6/1 hükmü uyarınca “*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*” biçiminde düzenlenmiştir.

⁴⁶⁷ Mahkeme her şeyden önce görevli olmalı, görevsiz mahkemede görülen uyuşmazlığın dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerekir, ayrıca bkz. **ERDÖNMEZ**, Pekcanitez Usul 2, s. 930.

⁴⁶⁸ **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s. 146.

⁴⁶⁹ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s.268.

⁴⁷⁰ **ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM**, Usul Hukuku, s. 93.

⁴⁷¹ “*Yetki kuralları; kural olarak kamu düzeninden değildir. Kanun bazı hallerde kesin yetki kuralları öngörmüştür. Bu durumda, dava sadece kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılabilir. Kanunun ifadesinden, kanunda belirtilen yer veya yerler dışında başka bir yerde açılmayacağı anlaşılan davalarda yetki kuralı kesin yetki kuralıdır. Kesin yetkili olarak tek bir mahkeme öngörülmüş olabileceği gibi birden fazla mahkeme de öngörülmüş olabilir. HMK' da düzenlenen kesin yetki kurallarının başında taşınmazın aynından doğan davalara ilişkin yetki kuralı gelir. Taşınmazın aynına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yerde açılır (m.12). HMK. m. 14 /2, m.11/ 1-a ve 11/1-b, m.15/2 'de düzenlenen yetki kuralları da kesin yetki kuralıdır. Kural olarak yetki, dava şartı olmayıp ilk itirazdır. Bu sebeple mahkeme yetkiyi kendiliğinden dikkate alamaz. Ancak kesin yetki hallerinde, davanın mutlaka kesin yetkili mahkemede açılması gerekir. HMK 114/1-ç maddesine göre, yetkinin kesin olduğu hallerde, mahkemenin yetkili bulunması dava şartıdır*” Yarg. HGK, E 2014/3-98, 2015/1714, 196.2015 (www.kazanci.com.tr) ET 28.12.2021.

Davalının yerleşim yeri mahkemesi özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça genel yetkilidir⁴⁷². Yetki kuralları kendi içerisinde genel ve özel yetkili mahkemeler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir⁴⁷³. Özel yetkili mahkemeler ile davacıya genel mahkemelerin yanında davasını açması için seçimlik hak tanınmış olup davacı dilerse davasını özel yetkili mahkemelerde açabilir⁴⁷⁴. Bazı durumlarda ise mahkemenin yetkisinin kesin olduğu haller öngörülmüş olup bu husus görev kuralı gibi kamu düzeninden sayılmıştır⁴⁷⁵.

Yetkinin kesin olduğu haller HMK mad. 114/1-ç hükmü uyarınca dava şartı olarak öngörülmüş ve bu durumda hâkime resen inceleme hak ve yetkisi tanınmıştır⁴⁷⁶. Bu doğrultuda yetkinin kesin olması kamu düzeninden olup yargılamanın her safhasında resen değerlendirilir⁴⁷⁷.

Kesin yetki gündeme geldiğinde ilk akla gelen husus taşınmazın aynına ilişkin davalardır. Bu kapsamda uyuşmazlığa konu taşınmaz üzerinde aynı hakkın terkinine veya aynı hakta değişikliğe sebep olacak davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir⁴⁷⁸. Burada da istinaf hâkimi kesin yetkiye ilişkin hususları resen tetkik ederek gerekli kararı verecektir⁴⁷⁹.

Kesin yetki kuralının kamu düzeninden kabul edilmesine bir örnek verecek olursak; taşınmazın aynına ilişkin davalarda uyuşmazlığa konu taşınmaz üzerinde

⁴⁷² ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul 2, s. 960

⁴⁷³ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 44.

⁴⁷⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 100.

⁴⁷⁵ “Kanun’da açıkça “kesin” yetkiden söz edilmeyen hükümlerdeki yetki kurallarının kesin yetki olarak değerlendirilmesi mümkün değildir” İstanbul BAM 13. HD, E 2017/188, K 2017/138, T 5.4.2017 (www.kazanci.com.tr) ET 28.12.2021.

⁴⁷⁶ TANRIVER, Süha, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 16, Özel Sayı, 2014, s. 467.

⁴⁷⁷ AŞIK, İbrahim, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 97, 2011, s. 28.

⁴⁷⁸ “... somut olayda ipoteğin terkin talebinin, aynı hak kullanımına dair bulunduğu, aynı haklarla ilgili davalar yönünden HMK 12. maddesi gereği kesin yetkinin söz konusu olduğu...” İstanbul BAM 16. HD, E 2017/6819, K 2018/165, T 5.2.2018 (www.kazanci.com.tr) ET 28.12.2021.

⁴⁷⁹ YILMAZ, Mehmet, Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2007, s. 113.

keşif, bilirkişi incelemesi, vs. yapılacaksa o yerdeki görevli mahkemenin bu işi görmesi usul ekonomisi ilkesine uygun düşmesi ve dolayısıyla usul ilkelerine uygun yargılama icra edilmesi kamunun menfaatine olduğu düşüncesi yatmaktadır⁴⁸⁰. Zira gereksiz emek ve zaman kaybını önlemek için getirilmiş kesin yetki kuralları yargılamanın sağlıklı yürütülmesi için önem taşımaktadır⁴⁸¹.

Nihayet yetkinin kesin olduğu hallerde davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde bölge adliye mahkemesi hâkimi HMK mad. 353/1-a-3 hükmü uyarınca resen ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi hususunda kesin olarak karar verir⁴⁸².

e. Taraf ve Dava Ehliyeti

Medeni hukukta hak ehliyetinin usul hukukundaki yansıması taraf ehliyeti olarak adlandırılır⁴⁸³. Başka bir ifade ile taraf ehliyeti yargılama hukukunda süje olma ehliyetidir⁴⁸⁴. Bu doğrultuda ilgililer taraf ehliyetine haizse, yargılamada davacı veya davalı olarak yer alabilirler⁴⁸⁵. HMK mad. 50 hükmünde taraf ehliyeti “*Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*” biçiminde düzenlenmiştir. Aynı zamanda taraf ehliyeti HMK mad. 114/1-d hükmünde dava şartlarından sayılmıştır.

⁴⁸⁰ **YILMAZ, Ejder**, “*Usul Ekonomisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 57, S 1, 2008, s. 265; **YILMAZ**, a.g.e., s. 113.

⁴⁸¹ **YILMAZ**, Usul Ekonomisi, s. 265.

⁴⁸² “*İİK gereği takip hangi icra dairesinde başlamış ise, bu takiple ilgili itiraz ve şikayetler, takibin yapıldığı yer icra müdürlüğünün bağlı bulunduğu icra mahkemesinde çözümlenir. Bu husus, kamu düzenine ilişkin kesin yetki niteliğinde olup, meskeniyet şikayetine konu işlemin Gaziantep 13. İcra Müdürlüğüne yapıldığı, meskeniyet şikayetinde Gaziantep İcra Hukuk Mahkemelerinin yetkili olduğu anlaşılmakla. İstinaf talebinin kısmen kabulüyle ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılmasına, 353/1-a-3. maddelerine göre meskeniyet şikayetine ilişkin talep tefrik edilerek Gaziantep İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir*” Gaziantep BAM 12. HD, E 2019/1687, K 2020/1047, T 16.7.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 28.12.2021.

⁴⁸³ “*Taraf ehliyeti, davada taraf olabilme yeteneğidir. Taraf ehliyeti, medeni (maddi) hukuktaki hak ehliyetini medeni usul hukukunda büründüğü şekildedir*” İstanbul BAM 40. HD, E 2020/2240, K 2020/4267, T 1.12.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 1.1.2022.

⁴⁸⁴ **KALE, Serdar**, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010, s. 13.

⁴⁸⁵ **KARSLI**, a.g.e., s. 285.

Gerçek kişiler bakımından medeni hukuk bağlamında hak ehliyetine sahip olan herkes aynı zamanda taraf ehliyetine de sahiptir⁴⁸⁶. Tüzel kişiler bakımından ise kendi mevzuatları uyarınca kişilik kazandıkları andan itibaren yargılamanın süjesi olabilirler. Taraf ehliyetine noksanlık yargılamanın her safhasında resen değerlendirilmekle birlikte davacı veya davalı yanlar yargılamanın her aşamasında buna ilişkin itirazları öne sürebilirler⁴⁸⁷.

Taraf ehliyeti şartlarını sağlayan kişinin yargılamada, davacı veya davalı olarak yer alabilmesi için aynı zamanda dava ehliyetine de sahip olması gerekir. Dava ehliyetinin HMK mad. 51 hükmünde medeni hakları kullanabilme ehliyetine göre belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda fiil ehliyetine sahip kişi aynı zamanda dava ehliyetine de sahiptir⁴⁸⁸.

Fiil ehliyetinin belirlenebilmesi noktasında tüzel kişiler ile gerçek kişiler ayırarak değerlendirmek gerekir. Tüzel kişiler özel kanunları uyarınca kuruluş şartlarını yerine getirdiği takdirde fiil ehliyeti kazanmış olur ve dolayısıyla dava ehliyetine de sahip olur⁴⁸⁹. Gerçek kişiler bakımından ise fiil ehliyetini dört gruba ayırarak incelemekte fayda vardır. Bunlar; tam ehliyetliler⁴⁹⁰, tam ehliyetsizler⁴⁹¹, sınırlı ehliyetsizler⁴⁹² ve sınırlı ehliyetlilerdir⁴⁹³. Tam ehliyetliler aynı zamanda dava ehliyetine de haiz olduğundan kendileri adına dava açabilir veya açacağı dava için vekil tayin edebilirler. Tam ehliyetsizlerin dava ehliyeti bulunmadığından ancak kanuni temsilcileri ile yargılamada taraf olabilmekte, sınırlı ehliyetsizlerin doğrudan dava ehliyeti bulunmamakta şahsi haklarını ilgilendiren davalar haricinde kanuni

⁴⁸⁶ PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 559.

⁴⁸⁷ PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 571.

⁴⁸⁸ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 100.

⁴⁸⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 185.

⁴⁹⁰ “Tam ehliyetliler ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olmayan ergin kişilerdir” HELVACI, a.g.e., s. 67.

⁴⁹¹ “Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsizdir” DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C 2, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 69.

⁴⁹² “Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlılardır. Sınırlı ehliyetsizlerin karşılıksız kazanmaları, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yönünden ve ika ettikleri haksız fiilden sorumlu olma bakımından tam fiil ehliyetine sahiptirler” DURAL / ÖĞÜZ, a.g.e., s. 85.

⁴⁹³ “Sınırlı ehliyetliler kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetleri sınırlanmış ve kendilerine yasal danışman atanmış kişilerdir. Bu kişiler kural olarak fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte bunların ehliyetleri bazı işlemler açısından sınırlanmıştır. Sınırlı ehliyetlilerin bu işlemleri yapabilmek için yasal danışmana ihtiyaçları vardır” HELVACI, a.g.e., s. 67.

temsilcileri ile davacı veya davalı olabilmekte ve sınırlı ehliyetliler yasal danışmanının görev alanına giren konular haricinde dava ehliyetine haizdir⁴⁹⁴.

Dava ehliyetine ilişkin noksanlık bulunması halinde bu husus yargılamanın her safhasında resen dikkate alınabileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilir. Dava ehliyeti dava şartı olduğundan kamu düzeninden kabul edilir ve bölge adliye mahkemesi hâkimi her uyuşmazlık özelinde talep olmasa dahi dava ehliyeti bakımından bir inceleme yaparak işi yürütmelidir⁴⁹⁵.

f. Dava Takip Yetkisi

Dava takip yetkisi HMK mad. 114/1-e hükmü uyarınca dava şartlarından sayılmıştır. Öğretide bu husus uyuşmazlığı kendi adına yürütebilme ve hüküm alabilme şeklinde tanımlanmıştır⁴⁹⁶. Dava takip yetkisi uyuşmazlığın konusuyla yakından ilgilidir⁴⁹⁷. Başka bir ifade ile bir kimsenin dava açabilmesi veya kendisine açılan davayı takip edebilmesi için talep konusu şey üzerinde dava takip yetkisine sahip olması gerekir⁴⁹⁸.

Maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin yargılama hukukunda büründüğü hal dava takip yetkisidir⁴⁹⁹. Tasarruf yetkisi maddi hukuk bağlamında bu yetkiye sahip kişinin iradesine bağlı olup yine onun iradesine göre şekillenmektedir. Bu kapsamda dava takip yetkisi de dava konusu şey üzerinde tasarruf hakkı sahibi olan kimseye aittir⁵⁰⁰. Örneğin iki taraflı bir borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın giderilmesine yönelik talepler bizzat borç ilişkisinin tarafları veya yetkilendirdikleri kişilerce dava konusu yapılabilir. Bu ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin

⁴⁹⁴ PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 587.

⁴⁹⁵ “HMK'nin 114/1-d maddesi uyarınca, tarafların dava ehliyetine (HMK. m. 51) sahip olmaları dava şartlarından olup; mahkemece bu husus, HMK'nin 115/1 maddesi gereği re'sen araştırılmalıdır” Yarg. 6. HD, E 2021/863, K 2021/1063, T 21.10.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 1.1.2022.

⁴⁹⁶ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, Usul Hukuku, s. 117.

⁴⁹⁷ PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 593.

⁴⁹⁸ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, Usul Hukuku, s. 117; BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 102; PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 593; KALE, a.g.e., s. 24.

⁴⁹⁹ PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul 1, s. 594.

⁵⁰⁰ AKİL, Cenk, “Dava Yetkinliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 9, S 36, Ekim 2018, s. 2.

mahkemeye başvurusu veya hüküm alabilmesi mümkün değildir. Zira bu ilişkide üçüncü kişilerin herhangi bir tasarruf hakkı söz konusu olmadığından dava takip yetkisi de bulunmamaktadır⁵⁰¹.

Dava takip yetkisi maddi hukuka ilişkin bir kavram olmayıp yargılama hukukunun alanına giren bir kavramdır⁵⁰². Yukarıda ifade edildiği üzere dava şartlarından sayılmış ve HMK mad. 115 hükmü uyarınca hâkimin resen değerlendirmesi gereken hususlar arasında yer alır. Ayrıca taraflar yargılamanın her safhasında dava takip yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin itirazları ileri sürebilir.

Bölge adliye mahkemesi hâkimi, dava şartları içinde yer alan ve aynı zamanda kamu düzeninden kabul edilen dava takip yetkisine ilişkin değerlendirmelerini talep olmasa dahi HMK mad. 355 hükmü uyarınca inceleyip karara bağlamalıdır. Dava takip yetkisine ilişkin bir noksanlık bulunması halinde HMK mad. 353/1-a-4 hükmü uyarınca yerel mahkeme kararını kaldırarak dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar verilir⁵⁰³. Başka bir ifade ile dava şartlarına aykırılığı teşkil eden dava takip yetkisindeki noksanlık hali ağır usuli hata olarak ifade edildiğinden dosya incelenmek üzere yerel mahkemeye geri gönderilir⁵⁰⁴. Netice itibarıyla dava konusu şeyi talep etme yetkisi olarak kabul edilen dava takip yetkisi usuli bir kavram olup dava şartları arasında kendine yer bulmuştur⁵⁰⁵. Eksikliği halinde kamu düzenine ve dolayısıyla yargılama düzenine aykırılık meydana geleceğinden bu aykırılığın bertaraf edilmesi için taraf taleplerine ihtiyaç bulunmamaktadır⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ “Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir” Yarg. 7. HD, E 2021/613, K 2021/696, T 15.9.202 (www.kazanci.com.tr) ET 1.1.2022.

⁵⁰² **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 102.

⁵⁰³ **AKİL**, Dava Yetkinliği, s. 13.

⁵⁰⁴ **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 321.

⁵⁰⁵ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 246.

⁵⁰⁶ “2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 191. maddesi gereğince, borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür. Belirtilen hükümler gereğince; iflasın açılmasıyla taraf sıfatı ve dava takip yetkisi artık müflise değil, iflas idaresine ait olup, adi tasfiyede İİK'nin 226-229. maddeleri gereği iflas masasını temsil yetkisi iflas idare memurlarına, şayet basit tasfiye (İİK'nin m. 218) usulü benimsenmişse, bu temsil yetkisi İflas Dairesine aittir. Müflisin, iflâsın açılması ile hak ehliyetini kaybetmediği gibi, dava ehliyetini de kaybettiği söylenemese de, müflisin masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlandığından, masa ile ilgili davalar hakkındaki dava takip yetkisi artık müflise değil, iflâs idaresine ait olacağından Mahkemece, iflas idaresinin oluşup oluşmadığı sorularak ve iflas idaresinin oluşması beklenerek, tespit edilen iflas

g. Gider Avansı

Dava şartları arasında sayılan gider avansı yargılamada önceden yapılacak masrafların peşinen taraflardan alınması olarak ifade edilir⁵⁰⁷. Peşin alınan gider avansının eksik olduğu anlaşılırsa hâkim gider avansını tamamlamak üzere ilgiliye kesin süre verir ve bu süre içerisinde eksik gider avansının tamamlanmasını aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtar edilir⁵⁰⁸. Yargılamada her masraf için ilgiliden gider avansı talep edilmesi yerine bu masrafların peşinen alınması yargılamayı hızlandıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰⁹.

Dava şartları arasında yer alan ve eksikliği halinde yargılamanın her safhasında resen değerlendirilmesi gereken gider avansı bölge adliye mahkemesi hâkiminin HMK mad. 355 hükmü uyarınca yapacağı incelemede de dikkate alınması gerekir⁵¹⁰. Nitekim eksik gider avansı davanın esasına girmeye engel teşkil ettiği halde, buna rağmen ilk derece mahkemesi nezdinde yargılama icra edilmişse bu husus resen değerlendirilir ve ağır usuli hata olarak kabul edilir⁵¹¹. Ağır usuli hatanın tespiti halinde bölge adliye mahkemesi hâkimi, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı kararı veren mahkemeye geri gönderilmesine kesin olarak karar verir. HMK

idare memurlarına Yargıtay ilamının tebliğ edilmesi ve davalının karar düzeltme süresi beklendikten sonra inceleme yapılmak üzere gönderilmesi için dosyanın mahalline” Yarg. 3. HD, E 2020/9183, K 2021/6110, T 7.6.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 1.1.2022.

⁵⁰⁷ **ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan**, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 20, S 2, 2012, s. 178.

⁵⁰⁸ Harç ve giderlerin yatırılmaması dava şartı eksikliğidir. Aynı zamanda bu eksiklik giderilebilir bir eksikliktir. Hâkim tarafa süre vererek bu eksikliğin giderilmesini isteyebilir, ayrıca bkz. **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 249.

⁵⁰⁹ **KILIÇOĞLU, Evren**, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeleri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 8, 2012, s. 60.

⁵¹⁰ “...davanın her aşamasında aranan gider avansı dava şartının HMK 114/g, 115/2 ve 120 maddeleri gereği gözetilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Davanın açıldığı tarihte eksik veya hiç gider alınmamış olsa bile gider avansı dava şartı olmakla hüküm verilinceye kadar ikmal ettirilebilir. İster gider avansı isterse tamamlama avansı olarak tanımlansın, ikmal edilmesi gereken paranın hukuk yargılamasındaki nitelemesi veya şartı olarak gösterilen gider avansıdır. Gider avansının yatırılmaması veya ikmal edilmemesi halinde dava usulden reddedilecektir. Somut uyuşmazlıkta; mahkemenin 19/12/2018 tarihli celsede davacı vekiline eksik gider avansının yatırılması için 2 hafta kesin süre verildiği ve kesin sürenin hüküm ve sonuçlarının HMK’nun 94. maddesine göre ihtar edildiği, ancak davacı vekilince verilen kesin süreye rağmen gider avansını 2 haftalık kesin süre içerisinde yatırılmadığı, mahkemece tesis edilen kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılacakla istinaf başvurusunun reddine karar vermek gerekmiştir” İstanbul BAM 17. HD, E 2019/3940, K 2020/961, T 2.6.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 1.1.2022.

⁵¹¹ **AKİL**, İstinaf Kavramı, s. 321.

mad. 353/1-a-4 hükmü gereği verilen bu karara karşı kanun yolu kapalı olup bölge adliye mahkemesi hâkiminin usule ilişkin verdiği bu karar kesindir.

h. Hukuki Yarar

HMK mad. 114/1-h hükmü uyarınca davacının dava açarken hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Bu hüküm dava şartları arasında “*davacının, dava açarken hukuki yararının bulunması*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda dava şartları arasında sayılan hukuki yarar şartının dava açılırken mevcut olması gerekmektedir⁵¹². Hukuki yarar noksanlığı halinde bu husus tamamlanabilir bir eksiklik olmadığından hâkim, derhal usulden red kararı vermek suretiyle uyuşmazlığı neticelendirmelidir⁵¹³. Hukuk düzenimizde herkes mahkemeye başvurmak suretiyle hukuki korumadan yararlanabilir. Ancak hukuki korumaya ihtiyacı olmayan kişinin mahkemeye başvurmasında hukuki yararı bulunmamaktadır⁵¹⁴. Bu doğrultuda mahkemeye yönelik her talepte başvuruçunun hukuki yararının bulunması gerekmektedir.

Hukuki yararın dava şartları arasında sayılmasındaki amaç; yargı düzeninin gereksiz taleplerle meşgul edilmesinin engellenmesi, emek ve zaman kaybını bertaraf edilmesi ve usul ekonomisi ilkesi gereğince yargılamada lüzumsuz masraf yapılmasının önlenmesi olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda davacı farklı bir yolla mahkemeden talep ettiği şeye ulaşabiliyorsa dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile davacı meşru düzende elde edemediği taleplerini mahkemeden isteyebilir ve bu istem de hukuki yarar vardır⁵¹⁵.

Anayasal bağlamda dava hakkı herkese tanınmış bir haktır. Ancak esasa ilişkin bir sonuç elde etme yetkisi hukuki yarar ile bağlantılı olduğundan herkese tanınmamıştır. Bir davada esastan inceleme yapılabilmesi için ilgili kişinin hukuki yararının varlığı gerekir. Bu husus dava şartı olduğundan kamu düzeninden kabul

⁵¹² ÖZMUMCU, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar, s. 202.

⁵¹³ AKİL, Dava Yetkinliği, s. 13.

⁵¹⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 248.

⁵¹⁵ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 158.

edilir ve buna ilişkin bir talep olmasa dahi hâkim tarafınsan resen değerlendirilir⁵¹⁶. Bu doğrultuda menfaat yoksa dava yoktur prensibinden hareketle hukuki yararın noksanlığı halinde bu durum davanın esasına girmeye engel teşkil edeceğinden usulden red kararı söz konusu olacaktır.

Hukuki yararın dava şartlarından ve dolayısıyla kamu düzeninden kabul edilmesinin nedenini usul ekonomisi ilkesi ile açıklayabiliriz. Bu ilkenin; gereksiz emek, zaman ve masraf kaybını önlemek ve aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü azaltmaya hizmet ettiği kabul edilir⁵¹⁷. Dolayısıyla hukuki yararı bulunmayan kimselerin mahkemeleri meşgul etmesi adalet hizmetlerinin aksamasına neden olabilir⁵¹⁸. Kişinin sübjektif hakkına ulaşması ancak mahkeme kararı ile mümkün olacaksa bu noktada hukuki yarar kavramının varlığından bahsedilir⁵¹⁹.

Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında istinaf yargılamasında dava şartlarını sırasıyla tetkik eden bölge adliye mahkemesi hâkimi hukuki yarar şartına ilişkin bir noksanlık tespit ettiği takdirde bunu kamu düzeninden kabul etmeli ve resen harekete geçmek suretiyle HMK mad. 353/1-a-4 hükmü uyarınca gerekli kararı vermelidir⁵²⁰.

⁵¹⁶ “Menfaat kavramının, tüm dava şartları gibi kamu düzenine ilişkin olduğunda kuşku yoktur. Gerçekte, bu şartın varlık nedeni, “kamu düzenin sağlanması” ve “adaletin iyi işlermesidir” ve davacının dava açmakta menfaatinin bulunması gereği, kamu yararı düşüncesiyle öngörülmüştür. Bu çerçevede, daha önce söylendiği gibi, “menfaat yoksa dava yoktur” kuralı bir kamu hukuku kuralıdır. Bunun bir sonucu olarak, dava şartlarının ve dolayısıyla menfaatin varlığının incelenmesinde taraflarca hazırlama ilkesinin aynen uygulanması düşünülemez” HANAĞASI, Davada Menfaat, s. 202.

⁵¹⁷ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 265.

⁵¹⁸ HANAĞASI, Davada Menfaat, s. 348.

⁵¹⁹ “Medeni usul hukukunda hukuki yarar, mahkemeden hukuksal korunma istemi ile bir davanın açılabilmesi için, davacının bu davayı açmakta (veya mahkemeden hukuksal korunma istemekte) bir çıkarının bulunması gerektiğine dair ilke anlamına gelir. Davacının dava açmakta hukuk kuralları tarafından haklı bulunan (korunan) bir yararı olmalı, hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı bulunmalıdır. Öte yandan bu yararın “hukuki ve meşru”, “doğrudan ve kişisel”, “doğmuş ve güncel” olması da gerekir. Hukuki yarar dava şartlarından olup (HMK m. 114), davacının dava açmakta hukuken korunmaya değer bir yararının bulunması gerekir. Bu şart, dava konusuna dair genel dava şartlarından biri olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için varlığı gerekli olduğundan olumlu dava şartları arasında sayılmaktadır. Bu sebeple menfaate, davanın dinlenebilmesi (mesmu olması, kabule şayan olması) şartı da denilmektedir” Yarg. HGK, E 2017/13-658, K 2018/10-91, T 16.5.2018 (www.kazanci.com.tr) ET 16.1.2022.

⁵²⁰ “Davacı-alacaklının kesinleşmiş icra takibine devam ederek alacağının tahsili için gerekli icra işlemlerine devam etmesi mümkün olup, iş bu itirazın iptali davasını açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Buna göre İlk derece Mahkemesince, davanın HMK'nın 114/1-h ve 115/2 maddeleri uyarınca hukuki yarara ilişkin dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esasını incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. Bu durumda

Bölge adliye mahkemesi hâkiminin bu kararı HMK mad. 353/1-a hükmü gereği kesin olup yargı yolu kapalıdır.

1. Kesin Hüküm

Dava şartları arasında sayılan kesin hüküm HMK mad. 114/1-i hükmünde “aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmış olması” biçiminde düzenlenmiştir. Mahkemenin vermiş olduğu nihai karar aynı zamanda kesin hüküm anlamına gelmemektedir. Taraflar, nihai kararın usulüne uygun tebliğinden sonra yasal süre içerisinde kanun yoluna başvurarak ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş kararın kesinleşmesini ertelemekte ve bu sayede ilk derece mahkemesince verilen karar kanun yolu prosedürü içerisinde tekrardan incelenmektedir⁵²¹. Ancak bazı durumlarda davanın niteliği gereği ilk derece mahkemesi tarafından doğrudan kesin kararlar da verilebilmektedir.

Kanun yollarının tüketilmesi, kanun yollarına hiç başvurulmaması veya davanın niteliği gereği kanun yolu kapalı olarak verilen kararlar kesin hüküm teşkil ederler. Kesin hükümle birlikte söz konusu uyuşmazlık tekrardan inceleme konusu yapılamaz. Öğretide kesin hüküm ikili bir ayırım yapılarak irdelenmiş, bunlar şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hükümdür⁵²². Şekli anlamda kesin hüküm tamamlanmış yargılamaya son verir ve devamına engel olur⁵²³. Şekli anlamda kesinleşen mahkeme kararı bazı durumlarda tekrardan yargılama konusu yapılabilir. Örneğin görevsiz mahkemede açılan bir davada hâkimin görevsizlik kararı vermesi üzerine süresinde kanun yoluna başvurulmamışsa ya da dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için herhangi bir talepte bulunulmamışsa bu karar kesinleşir ve dosya kapanır. Ancak davacı dilerse görevli mahkemede yeniden dava açmak suretiyle taleplerinin yerine getirilmesini isteyebilir. Bu doğrultuda şekli anlamda kesin hüküm

Dairemizce, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, HMK'nın 353/1-a.4. maddesi uyarınca esası incelemeden İlk derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına” Ankara BAM 23. HD, E 2018/1203, K 2021/1720, T 17.11.2021 (www.kazanci.com.tr) ET 16.1.2022.

⁵²¹ KORKMAZ, a.g.m., 204.

⁵²² BLOOMEYER, Arvved / çvr. YAZMAN, İrfan, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 25, S 3, Mayıs 1968, s. 225.

⁵²³ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 293.

aynı uyuşmazlığın başka bir mahkeme önüne getirilemeyeceği anlamına gelmez yalnızca aynı yargılamanın daha fazla uzatılamayacağını ifade eder.

Maddi anlamda kesin hüküm ise kesin olarak hükme bağlanmış bir uyuşmazlığın başka mahkeme önüne getirilmesini engeller. Başka bir ifade ile maddi anlamda kesin hüküm, verilen kararın hem kararı veren mahkemede hem de başka mahkemede görülmesini engeller. Maddi anlamda kesin hükmün tespiti için; tarafların, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir⁵²⁴. Böylelikle davanın tarafı, sebebi ve konusu üzerinde maddi anlamda kesin olarak bir karar verilmişse yeni bir durum ortaya çıkmadığı müddetçe aynı konu tekrardan dava konusu yapılamaz. Bunlara ek olarak maddi anlamda kesinleşmiş bir hükümden bahsedebilmek için aynı zamanda bu hükmün şekli anlamda da kesinleşmiş olması gerekmektedir⁵²⁵.

Kesin hükmün dava şartlarından sayılması hukuk güvenliği bakımından önemlidir ki bu yüzden kamu düzeninden kabul edilmiştir⁵²⁶. Esasa ilişkin kesin hükmün varlığı başka mahkemeleri de bağlamaktadır. Bu nedenle verilen karar tekrardan yargılama konusu yapılamaz. Aksi durumda aynı taraf, sebep ve konu hakkında farklı kararların ortaya çıkması söz konusu olabilir ki bu durum hukuk güvenliğine aykırı bir durum oluşturacaktır⁵²⁷. Bölge adliye mahkemesi hâkimi kesin hükmün varlığı halinde bu hususu HMK mad. 355 hükmü uyarınca talep olmasa dahi kamu düzeni yönüyle resen incelemeli ve gerekli kararı vermelidir. Kesin hüküm halinde hâkim, dava şartlarına aykırılıktan ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verir⁵²⁸. Bölge adliye mahkemesi hâkiminin vereceği bu karar kesin olup yargı yolu kapalıdır. Ancak kesinleşmiş ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuşsa,

⁵²⁴ **AKKAN, Mine**, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 11, Özel S, 2009, s. 4.

⁵²⁵ **GÖZLER, Kemal**, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 56, S 2, 2007, s. 51.

⁵²⁶ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, a.g.e., s. 498.

⁵²⁷ “...kesin hükmün menfi etkisiyle, davalarının tekrarlanması (ne bis in idem); müspet etkisiyle de, birbiriyle çelişen kararların verilmesi engellenmektedir. Bu iki işlev ancak beraberce, kesin hükmün amacını yerine getirebilmektedir” **ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden**, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2009, s. 267.

⁵²⁸ **ŞAHİN**, a.g.m., s. 2675.

bölge adliye mahkemesi hâkimi ön inceleme aşamasında istinaf talebinin reddine karar verecektir. Burada istinaf hâkimi HMK mad. 353/1-a hükmü kapsamında bir inceleme yapmaksızın ön inceleme aşamasında sorunu çözmelidir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar daha önce kesinleşmiş bir karara istinaden verilmişse bu durumda HMK mad. 353/1-a-4 hükmü uyarınca karar verilmelidir.

j. Özel Dava Şartları

Yukarıda sayılan dava şartları HMK mad. 114 hükmü gereği tüm uyuşmazlıklar bakımından irdelenmesi gereken yargılama kurallarıdır. Genel dava şartları olarak kabul edilen bu hususların yanında özel kanunlarla düzenlenmiş bir takım özel dava şartları da mevcuttur. Bazı nitelikli uyuşmazlıklar bakımından kanun koyucu genel dava şartlarının yanında özel dava şartlarını da hâkimin resen dikkate alması gerektiğini öngörmüştür. Ayrıca özel dava şartlarının noksanlığı halinde usuli bir eksiklik söz konusu olacağından tabii olarak usulden ret kararı gündeme gelecektir.

Özel dava şartları söz konusu olduğunda ilk akla gelen husus zorunlu arabuluculuk müessesesidir. İş, tüketici veya ticari ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıklarda dava yoluna başvurulmadan önce arabuluculuk müessesesinin işletilmesi zorunlu kabul edilmiş ve bu husus özel dava şartı olarak öngörülmüştür⁵²⁹. Keza icra ve iflas hukukunda da tasarrufun iptali davası için alacaklının elinde kesin aciz vesikasının bulunması özel dava şartı olarak kabul edilmiştir⁵³⁰. Bu kapsamda

⁵²⁹ “Ülkemizde ilk olarak, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ihtiyari (isteğe bağlı) olarak uygulanan arabuluculuk yöntemi, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilerek dava şartı haline gelmiştir. 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk uygulamasının sağladığı başarı nazara alınarak diğer uyuşmazlıklarda da bu yöntemin uygulanmasının fayda sağlayacağı düşüncesiyle 7155 Sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilerek, bu uyuşmazlıkların temelinden çok daha kısa süre içinde daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi amaçlanmıştır” Yarg. 23. HD, E 2020/1943, K 2020/4052, T 4.12.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 18.1.2022.

⁵³⁰ “Dava, İİK 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Anılan Yasanın 277. maddesi uyarınca alacaklının bu davayı açabilmesi için, elinde geçici veya kesin aciz vesikası bulunması gerekir. Bu husus dava koşulu olduğundan mahkemece re`sen gözetilmelidir. Aciz belgesinin yargılama aşamasında ibrazı halinde de dava şartı oluşur ise de; temyiz incelemesine kadar geçici ya da kesin aciz belgesi alındığı da iddia ve ispat edilmediğinden dava şartının gerçekleşmemesi

genel dava şartlarının yanında uyuşmazlığın niteliği gereği özel dava şartlarının da yargılamanın her aşamasında değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi hâkimi, uyuşmazlığın niteliği özel dava şartını gerekli kıldığında resen inceleme yapmak suretiyle gerekli kararı vermelidir. Özel dava şartları da genel dava şartları gibi yargılamaya ilişkin kuralları ifade ettiğinden ve emredici olarak öngörüldüğünden kamu düzeninden kabul edilir. Bu husus yargılamanın sağlıklı, hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla adalet hizmetlerinde kamu düzeninin sağlanması noktasında önem arz etmektedir⁵³¹.

Genel dava şartları ve özel dava şartları; usul hukukunu ilgilendiren, emredici olarak düzenlenen ve temelinde yargı düzeninin korunması düşüncesi yatan kurallar bütünüdür. Bu noktada bu kuralların kamu düzenini ilgilendirdiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kurallara yönelik aykırılığın bertaraf edilmesi için hâkimin resen harekete geçmesi elzemdir.

Yargılama faaliyeti bir kamu hizmetidir. Yine bu kamu hizmeti kapsamında özel hukuk yargılamaları taraf iradelerini esas alır. Ancak yukarıda detaylı izah edildiği üzere taraf iradeleri kamu düzenine aykırı olmamalıdır⁵³². Bununla birlikte yargılama kurallarını ilgilendiren aksaklıkların düzeltilmesi için taraf iradesine ihtiyaç yoktur. Böylelikle kamu adına hareket eden kişiler tarafından bozulan düzen eski haline getirilmelidir. Hakimler kamu adına yargılama icra eder ve yargılamanın düzenine aykırı durumların varlığı halinde tabii olarak kendiliğinden harekete geçmek suretiyle durumu kontrol altına almaları gerekir. Yargılamanın diğer sacayağı olan taraf vekillerine de bu noktada büyük sorumluluk düşmektedir.

Bölge adliye mahkemesi hâkimi özel dava şartlarına aykırı bir durum tespit ettiği takdirde bu hususta talep olmasa dahi HMK mad. 355 hükmünün kendisine verdiği yetkiye dayanarak harekete geçmelidir. Özel dava şartı eksikliği HMK mad. 353/1-a-4 hükmü uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasıyla dosyanın

nedeniyle davanın reddi yerine işin esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir” Yarg. 15. HD, E 1995/3116, K 1995/5501, T 12.10.1995 (www.kazanci.com.tr) ET 18.1.2022.

⁵³¹ KONURALP, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.145.

⁵³² ATASOY, a.g.e., s. 28.

görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi sonucunu doğurur⁵³³. Bölge adliye mahkemesi hâkimi tarafından verilecek bu karar kesin olup yargı yolu kapalıdır⁵³⁴.

B. HAKİMİN YASAKLILIĞI VE REDDİ BAKIMINDAN

a. Genel Olarak

Hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumu; adil yargılanma hakkı ile Anayasa mad. 9'da düzenlenen bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma kuralıyla yakından ilgilidir. Nitekim herkes iddia ve savunmalarının bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde dinlenilmesini talep etme hakkına sahiptir. Modern hukuk sistemlerinde yargı erkinin tarafsızlığı hukuk devleti ilkesinin temelini teşkil eder. Aynı zamanda adalet kavramı içerisinde yer alan tarafsızlık unsuru, hukukun üstün olduğu demokratik rejimler için vazgeçilmezdir.

Özel hukuk yargılamalarında hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda bir tereddüt oluştuğunda HMK mad. 34 hükmü gereği hâkimin yasaklılığı veya HMK mad. 34 hükmü uyarınca hâkimin reddi kurumu söz konusu olmaktadır. Bahsi geçen yasaklılık ve ret kurumlarının kamu düzeni kavramı ile ilişkisini incelemek için her iki kuruma da ayrı ayrı değinmek gerekir.

b. Hakimin Yasaklılık Hali

Hâkimin tarafsız olması, kendisinin veya tarafların çıkarlarına göre hareket etmemesi, dünya görüşü ve önyargılarının tesiri altında kalmadan bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar vermesi adaletin tam ve eksiksiz bir şekilde tesisi bakımından önem arz etmektedir⁵³⁵. Hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı birçok uluslararası metinde,

⁵³³ "...dava şartı arabuluculuğunun gereğinin yerine getirilmemiş olması özel bir dava şartı konumunda bulunup, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği için, taraflarca dilekçelerinde ileri sürülmemiş olsa bile, bu aykırılığı resen gözetip ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı usulden red kararı verilmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmesin ekesin olarak karar verir" **TANRIVER, Süha**, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 147, 2020, s. 120.

⁵³⁴ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul 3, s. 2258.

⁵³⁵ **BUDAK / KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, s. 31.

anayasamızda ve kanunlarımızda vurgulanmıştır. Buradan hareketle kanun koyucu bazı durumların varlığı halinde hâkimin bağımsız ve tarafsız olmasının mümkün olmayacağını düşünmüş ve bu halleri HMK mad. 34 hükmünde hâkimin yasaklılığı olarak düzenlenmiştir⁵³⁶.

Hâkiminin yasaklılığı hali HMK mad. 34 hükmünde yedi bent halinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu bentlerde sayılı durumların varlığı halinde hâkim davadan elini çekerek usule ilişkin nihai kararını vermelidir. Bu haller HMK mad. 34 hükmünde;

“Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekilmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.*
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.*
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.*
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.*
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.*
- e) Nişanlısının davasında.*
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.”*

biçiminde sınırlı sayıda düzenlenmiş olup kamu düzenine ilişkindir. Hâkimin yasaklılık halini kamu düzeni bakımından inceleyecek olursak; yargılama hukukunda temel kaidenin adaletli sonuç almak olduğu ve adaletli sonuç için bağımsız ve tarafsız hâkimlerin varlığının yargılama güvenliği ve kamu düzeni bakımından önemli olduğu şüphesizdir⁵³⁷. Hâkimin yasaklılık halinin varlığı adaletli sonucun ortaya çıkmasına engel teşkil edebilir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı gibi temel yargılama prensipleri zarar görebilir. Bu unsurların zarar görmesi yargılama düzenine ve dolayısıyla kamu düzenine hâlel getirebilir. Yasaklılığa rağmen karar verilmişse bu husus kanun yollarında da resen değerlendirilir. İstinaf yargılamasında bu husus HMK mad. 355

⁵³⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, vd. Medeni Usul Hukuku, s. 121.

⁵³⁷ AKKAN, Pekcanitez Usul 1, s. 378.

hükmü gereği talep olmasa dahi resen incelenir ve yasaklılık hali varsa HMK mad. 353/1-a-1 hükmü gereği kesin olarak karara bağlanır⁵³⁸.

c. Hakimin Reddi Hali

Hâkimin yasaklılığı dışında yer alan ve kanun metninde tahdidi olarak sayılmayan hâkimin reddi sebepleri yine hâkimin tarafsızlığında şüpheyeye düşülmesi halinde söz konusu olmaktadır. Esasında hâkimin reddi sebepleri, hâkimin yasaklığı sebeplerinin tamamlayıcısı olarak ifade edilebilir. Kanun'da yasaklılık hallerini öngören düzenlemeler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu yasaklılık hallerinin varlığı halinde başkaca bir inceleme yapılmaksızın hâkimin davadan çekilmesi icap eder. Hâkimin reddi sebepleri ise sınırlı olarak sayılmamış olup ilgili hüküm örnekleme yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu doğrultuda hâkimin tarafsızlığına şüphe düşürecek her olgu hâkimin reddi sebebinin teşkil edebilir. Kanun metninde ilgili hüküm;

“(1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.*
- b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması.*
- c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış bulunması*
- ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.*
- d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması.”*

biçiminde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hâkimin reddini gerektirecek ve hâkimin tarafsızlığına ilişkin olarak şüphey ihtiva eden hususlar

⁵³⁸ TANRIVER, Süha, Medeni Usül Hukuku, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, C I, Ankara, Ekim 2020, s. 280.

örnekleme üzerinden hâkimin reddi halleri olarak kabul edilmiştir⁵³⁹. Yasaklılık ve ret hallerini birbirini tamamlayıcı unsurlar olarak ifade edebiliriz. Başka bir ifade ile yasaklılık dışında kalan ve hâkimin tarafsızlığına şüphe getirebilecek her türlü eylem ve davranış hâkimin reddine sebebiyet verebilir.

Davaya bakan hâkimin tarafsızlığı, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup aynı zamanda adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur⁵⁴⁰. Bu doğrultuda, hâkimin tarafsızlığına aykırı durumlar kamu düzenini yakından ilgilendirir. Hâkimin reddi sebepleri, yasaklılık halleri gibi taraf menfaatlerini aşan niteliktedir. Nitekim hâkimin reddi talep edildiğinde bu talebin geri alınması HMK mad. 38/4 hükmü gereği geri alınması mümkün değildir. Bir kere hâkimin reddi talep edildiğinde bu husus hâkimin tarafsızlığına ilişkin bir belirsizliğin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu belirsiz ve güvensiz ortamda hâkimden yargılamaya devam etmesi beklenemez ki bu durumda kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Başka bir ifade ile hâkimin reddedilmesi şüphe ve tereddütte yol açabileceği gibi onun kişiliğini ve çevresini de olumsuz etkiler.

İstinaf yargılamasında, bölge adliye mahkemesi hâkimi, haklı ret talebine rağmen davadan çekilmeyen hâkimin davaya bakmış olması halini kamu düzeninden kabul edecektir. İstinaf başvuru dilekçesinde ilk derece mahkemesi hâkiminin reddine ilişkin bir açıklama olmasa dahi, hâkimin reddi talebinin haklı bir zeminde olup olmadığı resen araştırılarak karara bağlanmalıdır. Haklı ret talebine rağmen ilk derece mahkemesi hâkiminin davadan çekilmemesi ve buna rağmen karar vermesi halinde

⁵³⁹ HMK'nın 36. maddesinde ret sebepleri tahdidi öngörülmemiştir. Zira, maddenin ilk cümlesinden bu açıkça anlaşılmaktadır. Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli herhangi bir sebep ret nedeni olabilir. Davanın konusu ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından verilen ara karar incelendiğinde "geriye doğru 5 yıl alacaklar istenebileceğinden bu hususa da dikkat ederek davasını bilirkişi raporuna göre ıslah edip etmeyeceği hususunda beyanda bulunması için iki haftalık kesin süre verilmesine" şeklinde verilen ara kararda davacı tarafa açılan davada ıslah edeceği miktar yönünden zamanaşımı hususuna dikkat etmesi yönünde ara karar kurduğu, bu kararın HMK 36/-a maddesinde belirtilen "a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması." hükmündeki yol gösterme niteliğinde olduğu görülmüştür. Açıklanan nedenlerle; HMK 36. maddesinde öngörülen sebepler mevcut olmasına rağmen talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu itibarla merci kararının kaldırılmasına ve reddi hâkim talebinin kabulüne karar verilmesi gerekmiş, ilgili hâkimin görev yerinin tayinen değiştiğinden duruşmaların devamı için adalet komisyonuna yazı yazılması gerek olmadığına karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir. Erzurum BAM 1. HD, E 2019/1648, K 2019/1087, T 14.10.2019 (www.kazanci.com) ET 25.4.2022.

⁵⁴⁰ AKCAN, Recep / KAYA, Cemil, "Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 68, S 1-2, 2010, s. 171.

HMK mad. 353/1-a-2 hüküm uyarınca ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak dosyanın ilgili görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir.

C. YARGILAMAYA HAKİM İLKELER BAKIMINDAN

Medeni yargılama hukukunda bazı şekil kurallarına ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Şekil kurallarının dışında medeni yargılama hukukuna hakim ilkeler çerçevesinde bir inceleme yapmak gerekirse ilgili ilkeler bu hukuk dalının temelini teşkil etmektedir. Söz konusu ilkelere aykırılık halinde hâkimin resen inceleme yetkisinin sınırları kamu düzeni ölçütü bakımından burada da geçerli olacaktır⁵⁴¹. Başka bir ifade ile yargılama hukukuna hakim ilkelere aykırılık halinde bu durum aynı zamanda kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden mahkemelerce resen değerlendirilmesi gerekmektedir.

Örneğin adil yargılanma hakkı ilkesi bakımından ilk derece mahkemelerince yapılan bir ihlal söz konusuysa bölge adliye mahkemeleri bu ihlali resen değerlendirip karar vermek durumundadır⁵⁴². Adil yargılanma hakkı gerek yerel mevzuatımızca gerekse uluslararası metinlerde yer alan temel bir hak olup aynı zamanda yargılama hukukunun güvencesidir. Adil yargılanma hakkı yargılamanın tüm aşamasında

⁵⁴¹ “Kamu düzeni yönünden yapılan incelemede ise; Dava konusu bağımsız bölümün tapu kayıtlarından taşınmaz üzerinde davalı bankadan başka alacaklılara ait haciz şerhi konulduğu, ancak haciz alacaklısı kurumların davada taraf olmadıkları, yerel mahkemece taraf teşkili sağlanmadan taşınmazdaki tüm takyidatların kaldırılması hakkında karar verildiği görülmüştür. Yerel mahkemece, yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda öncelikle tapuda bulunan takyidat alacaklıları yönünden taraf teşkili üzerinde durulması ve daha sonra işin esası hakkında HMK 297. madde gözetilerek tarafların her bir taleplerini karşılayacak biçimde olumlu olumsuz bir karar verilmesi gerekirken anılan biçimde karar verilmesi kamu düzeni yönünden yapılan inceleme ile yerinde görülmemiştir. Bu nedenle dava konusu bağımsız bölüm üzerinde lehine haciz ve kısıtlama şerhi konulan kurumlar tespit edilip bu kişilerin davaya katılması veya hakkında dava açmak üzere uygun bir süre verilip taraf teşkili yerine getirildikten sonra davacının talep ettiği bağımsız bölüm üzerindeki tüm takyitlerin kaldırılması talebiyle ilgili olarak HMK'nun 26. maddesine uyarınca inceleme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” İstanbul BAM 7. HD, E 2020/1863, K 2020/1788, T 03.12.2020 (yayınlanmadı)

⁵⁴² “...Aynı kural 6100 Sayılı Kanun'un 294. maddesinde de tekrarlanmıştır; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde ise “kararın tefhimi hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur.” 6100 Sayılı Kanun'un 298/2 maddesinde de “gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar meydana getirir. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar ve hükmün hedefine ulaşması engellenir. Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz.” Yarg. 22. HD, E 2015/12519, K 2016/17549, T 13.6.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 4.12.2021.

kendiliğinde gözetilmeli ve incelenmelidir.⁵⁴³.

Yine yukarıda ifade edilen taleple bağıllık ilkesi, tasarruf ilkesi ve teksif ilkelerine aykırı haller kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.⁵⁴⁴. Bu ilkeler yargılamanın ruhunu ve amacını yansıtır. Bununla birlikte yargılamaya hâkim bu ilkeler kamusal niteliktedir. Yargılama faaliyeti kamu adına icra edilen hayati bir amme hizmetidir. Bu hizmetin temel prensiplerine aykırılık gayet tabi olarak kamu düzenine de aykırı olacaktır. Uygulamada HMK mad. 24-36 hükümler arasında düzenlenen temel ilkeler; ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk bağlamında gerçekleştirilen yargılamalarda da referans alınır. Bu nedenle bu kuralların kamu düzeninden olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Medeni yargılama hukuku bakımından istinaf kanun yoluna başvuran tarafın dilekçesi yukarıda belirtildiği üzere asgari koşulları sağlıyorsa bölge adliye mahkemeleri hem usul hukuku hem de maddi hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin olarak bir inceleme yapmalıdırlar. Belirtmekte fayda vardır ki kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen istinaf sebeplerinin istinaf dilekçesinde açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Kural olarak istinaf incelemesi istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır⁵⁴⁵. İstinaf dilekçesinde sebep ve gerekçeler gösterilmemişse bu

⁵⁴³ **AKTEPE ARTIK**, a.g.m., s. 275.

⁵⁴⁴ “6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 26. maddesinde yargılamaya hakim olan ilkelerden “taleple bağıllık ilkesi” düzenlenmiş olup buna göre Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Yine aynı kanunun 297. maddesi uyarınca mahkeme tarafından hükmü fıkрасında asil ve yardımcı taleplerin hepsi hakkında açık ve tereddüte yol açmayacak şekilde karar verilmesi gerekir. Mahkemece taleplerden biri hakkında olumlu veya olumsuz hiçbir karar verilmemiş olması durumunda hakkında karar verilmemiş olan talep, zımnen reddedilmiş sayılmaz. Zira, bu talep hakkında ortada olumlu veya olumsuz bir mahkeme kararı yoktur. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup, istinaf incelemesi aşamasında re'sen nazara alınması gerekir. Somut olayda; davacı tarafça dava dilekçesinde davanın kabulüyle haksız rekabetin önlenmesi ve maddi manevi tazminata hükmedilmesi istenilmiştir. Mahkemece, gerekçeli kararda bu hususa değinilmemiş, hüküm fıkрасında da bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiştir. Hal böyle olunca, mahkemece; HMK'nın 297. maddesi hükmüne uygun biçimde tüm talepler hakkında ayrı ayrı hüküm tesisi zorunluluğu doğrultusunda, davacının haksız rekabetin önlenmesi talebi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeksizin yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın kaldırılması gerektirmiştir. Açıklanan tüm bu gerekçelerle; davacı vekilinin istinaf başvurusunun kamu düzenine ilişkin nedenlerle kabulüne; kamu düzeni gereğince aşağıdaki şekilde hüküm kurulmasına, diğer istinaf nedenlerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, kararın açıklanan gerekçeler doğrultusunda kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için 6100 Sayılı HMK'nın 353-(1)-a)-6)-3) maddesi gereğince; dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir” Sakarya BAM 7. HD, E 2020/1926, K 2021/1572, T 28.9.2021 (www.kazanci.com) ET 13.4.2022

⁵⁴⁵ **KURU**, İstinaf Sistemine Göre. s. 675.

durumda bazı yazarlara göre hiç inceleme yapılmadan usulden red kararı verilmeli,⁵⁴⁶ aksi görüşe göre yalnız kamu düzeni bakımından bir inceleme yapılması gerektiğidir⁵⁴⁷. Aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere sebep gösterilmemişse bölge adliye mahkemesi hâkimi kamu düzeni yönüyle resen inceleme yapmalıdır.

2. MADDİ HUKUK BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

A. Türk Medeni Kanunu Bağlamında Kamu Düzeni

Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu; başlangıç, kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku ve borçlar hukukundan oluşmaktadır. Bu dalların kendi içerisinde kamu düzenine ilişkin birçok kural mevcuttur. Yine bu dallar içerisinde yer alan kamu düzenine ilişkin tüm unsurların tek tek sayılması mümkün olmamakla birlikte örnekleme üzerinden kaleme alınmasında fayda vardır.

Kişiler hukuku bağlamında cinsiyet değiştirilmesine ilişkin davalar kamu düzenine ilişkindir⁵⁴⁸. TMK mad. 40 hükmünde sayılan şartların varlığı halinde hâkim cinsiyet değiştirilmesi hususunda karar verecektir⁵⁴⁹. Bu şartlardan biri, başvuran tarafın evli olmamasıdır⁵⁵⁰. Nitekim evli bir kişinin cinsiyet değiştirmek için başvurması halinde bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca Türk toplumunun genel ahlak anlayışı bakımından aynı cinsten iki kişinin evli olması

⁵⁴⁶ AKKAYA, a.g.e., s. 319; ÖZEKES, Pekcanitez Usul 3, s. 2214; ÜNAL KAYA, a.g.m., s. 1906.

⁵⁴⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, a.g.m., s. 329.

⁵⁴⁸ TURAN BAŞARA, Gamze, “Türk Medenî Kanunu’nun 40’uncü Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 103, Y 2012, s. 257.

⁵⁴⁹ Hâkim tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için Türk Medeni Kanunu madde 40/1 hükmünde sayılan şartların varlığı gerekir. Bu şartlar istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır, ayrıca bkz, SERT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 118, 2015, s. 357.

⁵⁵⁰ “Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin 18 yaşından büyük olması, bekar olması, transseksüel yapıda olması amaç ve tıbbi gerekliliklere uygun bir ameliyatı geçirmiş olması gerekir. Bu şartlardan hiçbiri seçimlik değildir; yani başvuru bu şartların hepsini dava sonuçlanıncaya kadar yerine getirmekle yükümlüdür ve ancak bu şekilde hakim başvuruçunun nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinin değiştirilmesine karar verebilir.” HUN, Sinem, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde Bekletmelerin Trans Özelliklere Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, S 4, Y 2015, s. 313.

kamusal ahlaka aykırılık teşkil edeceğinden bu husus kamu düzenine aykırıdır⁵⁵¹. Zira yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere genel ahlak kamu düzeninin en önemli unsurlarında birinin ihtiva eder⁵⁵². Keza toplumun genel ahlak anlayışı zaman içerisinde evrime uğradığından kamusal ahlakta evrimleşecektir. Böylelikle kamu düzenine yüklenen anlam da farklılaşacaktır. Belki de zamanımızda kamu ahlakına aykırı olan hususlar bir zaman sonra normal karşılanacaktır.

Aile hukukunda kamu düzeni kavramı daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Toplumun genel menfaatlerini ilgilendiren hususlar ile aile hukuku arasında yakın bir ilişki mevcuttur⁵⁵³. Aile müessesesi toplumun temel yapı taşı olarak kabul edildiğinden bu alanda kamu müdahalesini daha çok görmekteyiz. Zira toplumun genel menfaatleri ve ahlaki yapısının korunması ailenin korunmasından geçmektedir. Bu doğrultuda evlilik, boşanma, nişanlanma, velayet vb. alanları, kanun koyucu tarafından kazuistik bir şekilde düzenlenmiş ve sıkı şekil şartlarına tabi olduğu görülmektedir. Örnek üzerinde gidilecek olunursa velayet davalarında çocuğun üstün yararı söz konusu olduğundan bu husus kamu düzenine ilişkindir⁵⁵⁴. Yine evlilik kurumunun şekli bir alan olduğu ve kamu düzenini yakından ilgilendirdiği şüphesizdir. Boşanmanın ancak mahkeme kararıyla gerçekleşeceği ve boşanmaya ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğu görülmektedir. Görüldüğü üzere aile hukukunda kamunun üstün yararının koruma düşüncesi daha çok hissedilmektedir.

Eşya hukuku, kişilerin eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyetinden doğan meseleleri düzenlemektedir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı ve bu hakkın korunması hususunda kamu müdahalesini görmekteyiz. Nitekim tapu kaydının düzeltilmesine

⁵⁵¹ “Geçerli bir evlilik için aranan şartlar, evlilik sürecinde de aranmalıdır. Kanunun öngördüğü şartlardan birinin sonradan ortadan kalkması, evliliğin sona ermesi anlamına gelir. Diğer taraftan, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinden sonra, evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında devam etmesi kamu düzenine aykırıdır.” **TURAN BAŞARA**, a.g.m., s. 258.

⁵⁵² Bkz. yuk. Bölüm II, dn. 75.

⁵⁵³ **KONURALP**, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.141.

⁵⁵⁴ “Velayet kamu düzeni ile ilgili olup, çocuğun üstün yararı zorunlu kılmadığı müddetçe tarafların bu konuda anlaşmaları ya da davalının davayı kabulü tek başına hukuki sonuç doğurmaz.” Yarg. 2. HD, E 2016/4037, K 2016/7656, T 14.4.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 13.10.2021.

ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin olması mülkiyet hakkının doğrudan korunmasına hizmet etmektedir⁵⁵⁵.

Borçlar hukukunda da kamu düzeni unsurunu, sözleşme özgürlüğünün sınırının çizilmesi noktasında görmekteyiz. TBK madde 27 hükmü uyarınca taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımını söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle irade serbestisinin hâkim olduğu sözleşmeler hukukunda bu irade serbestisinin sınırını kamu düzeni kavramı çizmektedir.

B. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kamu Düzeni

İş ve sosyal güvenlik hukuku; işçi ile işveren arasındaki ilişkide, işverenin sosyal ve ekonomik bakımdan işçiye nazaran daha güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri nedeniyle sözleşme hukukundan ayrılmıştır⁵⁵⁶. Nitekim Yargıtay'ın 1958 tarihli içtihadı birleştirme genel kurulunda vermiş olduğu kararında zayıf olan işçiyi güçlü işverene karşı korunması iş hukukunun ana kaidesi olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁷. Bu doğrultuda emredici ve kamu düzenine ilişkin hükümler dâhil olmak üzere, kural açık, anlamlı ise 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca öncelikle kuralın yorumlanması amacına uygun olarak uygulanması gerekir⁵⁵⁸. Bu yorumda, normun getiriliş amacı ön plana çıkar. Bu amaç işverenin lehine de olabilir. Kural kapalı anlam taşıyor ve emredici, kamu düzenine ilişkin değilse amaçsal yoruma tabi

⁵⁵⁵ “Kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, 14. Hukuk Dairesi’nce: Davanın, Türk Medeni Kanunu’nun 1027. maddesine göre tapu kaydında yazılı ismin nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesi istemine dair olduğu, bu tür davaların tapu sicilinin düzenli tutulmasını amaçladığından kamu düzeni ile ilgili bulunduğu, tapu kayıtlarının nüfus siciline uygun hale getirilmesi için her zaman yeni bir dava açılacağından davanın kesin hüküm sebebiyle reddinin doğru olmadığı, gerekçesiyle bozulmuş; mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, iddianın ispatlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Yarg. 1. HD, E 2014/18139, K 2016/6897, T 6.6. (www.kazanci.com.tr) ET 13.10.2021.

⁵⁵⁶ KAR, a.g.m., s. 879.

⁵⁵⁷ “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır” Yarg. İBGK, E 1957/15, K 1958/5, T 27.5.1958 (www.kazanci.com.tr) ET 18.10.2021.

⁵⁵⁸ Yarg. İBGK, E 2017/1, K 2018/2, T 23.2.2018 (www.kazanci.com.tr) ET 18.10.2021.

tutulmalı, daraltan, sınırlandırıcı niteliği var ise dar yorum yöntemine başvurulmalı ve kamu düzenine ilişkin olduğu tespit edilen kurallar bakımından da resen inceleme gerçekleştirilmelidir⁵⁵⁹. Elbette burada amaçsal veya dar yorum yöntemine başvurulurken, işçinin korunması ilkesi de dikkate alınmalıdır. Kıdem tazminatı noktasında Yargıtay istikrarlı kararları doğrultusunda kıdem tazminatını kamu düzeninden kabul etmiş olup kıdem tazminatı noktasında hâkim resen inceleme yapmak suretiyle işçinin kıdem tazminatı hak edip etmediği noktasında karar verecektir⁵⁶⁰.

Bu hukuk dalında, yüksek mahkemenin istikrarlı kararlarında görüldüğü üzere sosyal devlet ilkesinin gereği olarak pozitif anlamda bir yükümlülük bulunmakta olup kamu düzeni unsurunun bu hukuk dalında biraz daha belirginleştiğini görüyoruz⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ “Davacının davalı iş yerinde 25/11/2014-19/03/2018 tarihleri arasında çalıştığı, işveren tarafından iş akdi feshedilerek 04 kod ile ayrılışının bildirildiği, yazılı fesih bulunmadığı bu nedenle feshin geçersiz olmakla davanın kabulüne dair mahkeme kararının yerinde olduğu ancak dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 7036 Sayılı Kanununun 12. maddesiyle değişik 4857 Sayılı Kanununun 21. maddesi gereğince davacının kıdemi ve fesih nedeni nazara alınarak 4 aylık brüt ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ve en çok 4 aya kadar boşa geçen süre ücreti ve diğer sosyal haklarının dava tarihindeki brüt ücreti nazara alınarak parasal değerlerin belirlenerek hükmolunması gerektiği, bu konuda istinaf olmamakla birlikte kanunun uygulanmasında hata yapıldığından kamu düzeni açısından resen nazara alınması gerektiği anlaşılmıştır. Dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında; dava tarihi itibarıyla 7036 Sayılı Kanununun 12. maddesiyle değişen ve yürürlükte bulunan 4857 Sayılı Kanununun 21. maddesi gereğince parasal değerlerin belirlenmesi gerektiği, mahkemeye dava tarihindeki brüt ücretinin tespit edilmesine rağmen 4+4 tespit hükmüne karar verildiği, işe başlatmama ve boşa geçen süre ücretinin parasal değerlerinin belirlenmediği anlaşıldığından kanunun uygulanmasında hata yapılmakla kamu düzeni açısından davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüyle HMK'nun 353/1-b.2 maddesi gereğince düzeltme yapılmak üzere kararın kaldırılmasına dair aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.” Ankara BAM 5. HD, E 2019/106, K 2019/1388, T 29.05.2019 (www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

⁵⁶⁰ “Kıdem tazminatı ile ilgili hususlar kamu düzeni ile ilgili olup hak etmeyen kimseye işverenin rızası ile de olsa kıdem tazminatı ödenemez. Davacının talep ettiği ilk hizmet dönemi kanunsuz grev yapmak suçundan dolayı feshedilmiş olup bu durumda kıdem tazminatına hak kazandığından söz edilemez” Yarg. 9. HD, E 2003/19197, K 2004/8296, T 12.4.2004 (www.kazanci.com.tr) ET 10.11.2021.

⁵⁶¹ “Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanun'un 86/9.ncu maddesi olup Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip gerek görüldüğünde kendiliğinden araştırma yapılarak delil toplanabileceği açıktır” İzmir BAM 10. HD, E 2016/88, K 2016/69, T 23.11.2016(www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

Hukukumuzda, işçi sağlığına ilişkin uyuşmazlıklar⁵⁶², kıdem tazminatı⁵⁶³, sigortalılığın tespiti⁵⁶⁴, vb. uyuşmazlıklar kamu düzenine ilişkin olup hâkimin bu prensipler çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir⁵⁶⁵.

C. İcra ve İflas Hukukunda Kamu Düzeni

Bu hukuk dalının konusunu, alacağına ulaşmak isteyen alacaklının cebri icra enstrümanlarını kullanarak alacağa ilişkin hakkını talep etmesi oluşturmaktadır. Yine yukarıda izah edildiği üzere bu hukuk dalının kamu düzeni kavramına yüklediği anlam farklıdır. Devletin hükümlerlik yetkisinin en belirgin olduğu bu alanda alacağa konu talep egemen güç vasıtasıyla borçludan alacaklıya geçmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nda kamu düzenine ilişkin birkaç hususa örnek vermek gerekirse; İ.İ.K. mad. 45 hükmü uyarınca rehinle temin edilmiş alacaklar bakımından yalnızca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin istisnasını alacağın kambiyo senedine bağlanmış olması hali teşkil etmektedir. Bu doğrultuda rehinle temin edilmiş alacağa rağmen genel haciz yoluyla takip başlatan alacaklıya karşı takip borçlusunu icra hukuk mahkemesinde takibin iptalini talep edebilir. İcra hukuk mahkemesi hâkimi, İ.İ.K. mad. 45 hükmü kamu düzenine ilişkin olduğundan resen harekete geçerek gerekli incelemeyi yapar⁵⁶⁶. Yine bu hukuk dalında kamu düzenini ilgilendiren bir başka husus takip talebi ve ödeme emrinde

⁵⁶² “Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık koşullarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak önlemleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir” Yarg. 10. HD, E 2016/455, K 2016/6630, T 25.4.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 18.10.2021.

⁵⁶³ “kıdem tazminatı kamu düzeni ile ilgili olup dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre Türk Lirası olarak hüküm altına alınması gerekmektedir” Yarg. 22. HD, E 2014/35767, K 2016/8605, T 17.3.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 18.10.2021.

⁵⁶⁴ “Bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına dair davalar kamu düzeni ile ilgili olup, ispatı için özel bir usul öngörülmemiştir. Resmî belge veya yazılı delil esas ise de; somut bilgilere dayanması ve inandırıcı olmaları koşuluyla tanık beyanları ile de ispatı mümkündür” Yarg. 10. HD, E 2016/4106, K 2016/5424, T 12.4.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 18.01.2022.

⁵⁶⁵ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s. 286.

⁵⁶⁶ “İİK'nin 45. maddesinde; “Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflasa tâbi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehnin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme kamu düzenine dair olup, İİK'nin 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabidir” Yarg. 12. HD, E 2015/32415, K 2016/9597, T 31.3.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 20.10.2021.

yabancı paranın Türk parası olarak gösterilmesi zorunluluğu kamu düzenine ilişkindir⁵⁶⁷. Asıl borçlu için herhangi bir takip yapılmadan sadece borç için teminat vermiş üçüncü kişiye karşı takip yapılması resen dikkate alınması gereken zorunlu bir eksiklikler ve hâkimin bu eksikliği resen değerlendirmesi gerekmektedir⁵⁶⁸. İİK'da haczi mümkün olmayan malların haczedilmesi süresiz şikâyete tabi olup kamu düzenini ilgilendirmektedir⁵⁶⁹. Son tahlilde süresiz şikâyete tabi icra memuru muameleleri kamu düzenine ilişkin olup hâkim tarafından resen değerlendirilir⁵⁷⁰.

Bu açıklamalar kapsamında İcra ve İflas Hukuku'nda kamu düzeni kavramı, takip prosedürünün sağlıklı işlemesi ve hem alacaklının hem de borçlunun menfaat dengesinin sağlanması üzerinde vücut bulmuştur. Bölge adliye mahkemesi hâkiminin bu ve benzeri temelinde kamu düzeni düşüncesi yatan maddi hukuk kurallarına aykırılık halinde resen harekete geçerek gerekli kararı vermelidir. Bu doğrultuda HMK mad. 352 hükmün gereği ön inceleme aşamasını tamamlayan bölge adliye mahkemesi hâkimi maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapmaksızın somut uyuşmazlığı kamu

⁵⁶⁷ “İİK'nın 58/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip taleplerinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, İİK'nın 60/1. maddesi gereğince ödeme emri için de geçerlidir. Somut olayda ödeme emrinde yabancı para alacağının Türk Parası karşılığı gösterilmiş olmakla birlikte takip taleplerinde söz konusu yasa hükmünün yerine getirilmediği görülmüştür. Bu noksanlık kamu düzeni ve devletin hükümler hakları ile ilgili olup, süresiz şikâyet nedeni olduğu gibi, takibin her safhasında doğrudan doğruya göz önünde tutulmalıdır” Yarg. 12. HD, E 2015/31737, K 2016/8674, T 23.3.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 20.10.2021.

⁵⁶⁸ “...lehine rehin veren 3. şahıslar hakkında birlikte takip yapılmalıdır. Somut olayda asıl borçlu... hakkında takip yapılmadığı tespit edilmiştir. Bu eksiklik sonradan tamamlanamayacağı gibi kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan takibin her aşamasında ve süresiz olarak ileri sürülebilecek nitelikte olup mahkemece kendiliğinden de göz önüne alınması gereken hususlardandır” Yarg. 12. HD, E 2016/3730, K 2016/7050, T 10.3.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 18.01.2022.

⁵⁶⁹ “442 sayılı Köy Kanunu'nun 8. maddesinde, köyün orta mallarının, devlet malı gibi korunacağı hüküm altına alınmış olduğundan, köy orta malları haczedilemez. Köy orta malı, köy tüzel kişiliğinin taşınır ve taşınmaz tüm mallarını kapsayan bir kavramdır.... Somut olayda, şikâyete konu taşınmazların, borçlu köy tüzel kişiliği adına çayır vasfı ile kayıtlı olduğu görülmektedir. Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere, köy orta malı kavramı, köy tüzel kişiliğinin fark gözetilmeksizin bütün taşınmaz mallarını içine aldığından mahcuz taşınmazlar da, köyün orta malı olup; haczi mümkün değildir. Bu kapsamda yapılan şikâyet ise kamu düzeni ile ilgili olduğundan İİK'nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz olacaktır.” Yarg. 12. HD, E 2015/33089, K 2016/9111, T 29.3.2016 (www.kazanci.com.tr) ET 18.01.2022.

⁵⁷⁰ “İcra memuru işleminin yasaya veya olaya uygun bulunmaması nedeniyle icra mahkemesine başvurularak şikâyet yolu ile kaldırılmasının istenmesi, İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 16. maddesinin 1. fıkrası gereğince şikâyete konu işlemin öğrenildiği günden itibaren kural olarak 7 günlük süreye tabidir. Bu kuralın iki önemli istisnası vardır: İİK'nın 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu hükmün amacı, ilgilileri icra memurunun bir hakkı yerine getirmekten kaçınmasına karşı korumaktır. Kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı da süresiz şikâyet yoluna gidilebilir. Anılan ilke doktrinde benimsenmiş ve Yargıtay uygulamalarında da kabul edilmiştir” Yarg. HGK, E 2017/8-2833, K 2020/855, T 10.11.2020 (www.kazanci.com.tr) ET 25.4.2022.

düzeni yönüyle incelemelidir⁵⁷¹. Kamu düzenine aykırılık varsa yukarıda ifade edildiği üzere HMK mad. 355 hükmü gereği sebep ve gerekçelerden bağımsız bir şekilde kararını vermelidir.

Maddi hukuk kuralları için kamu düzeni kavramının ölçütü belirlenirken düzenlemenin emredici olup olmadığı, emredici bir düzenlemeyle toplumun genel menfaatine yönelik bir kural olup olmadığı irdelenmelidir. Nitekim her emredici düzenleme kamu düzenine ilişkin olmayıp ayrıca kuralın kamusal menfaat taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Bölge adliye mahkemesi hâkimi, maddi hukuk bağlamında kamu düzeni kavramını dikkatli yorumlaması gerekmektedir. Aksi durumda istinafin anlam ve amacına aykırı bir durum söz konusu olacaktır.

D. Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı

Özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıkların yabancılık unsurunu ihtiva etmesi halinde hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususu milletlerarası özel hukukun ilgi alanına girmektedir. Yabancılık unsuru, somut uyuşmazlığa yerel hukukun dışından başka bir ülke hukukunun uygulanmasını gündeme getirmektedir. Örneğin merkezi Türkiye’de bulunan bir şirketin yurtdışı şubelerinde işçi çalıştırması ve işveren şirket ile işçi arasında doğacak ihtilaflarda hangi ülke hukukunun uygulanacağı milletlerarası özel hukuk mevzuatına göre çözüm bulmaktadır. Yine Türkiye’de bulunan yabancı uyruklu bir kişi ile Türk vatandaşının TMK’ya göre evlilik birlikteliği kurması milletlerarası özel hukukun alanına girmektedir.

Bu hukuk dalında kamu düzeni kavramı daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yabancılık unsuru ihtiva eden özel hukuk uyuşmazlıklarında yabancı hukukun uygulanması ancak türk kamu düzenine aykırı olamamak koşuluyla işlerlik kazanabilir⁵⁷². Bu doğrultuda kurulacak özel hukuk ilişkisi yerel kamu düzeni

⁵⁷¹ **EROĞLU, Orhan**, Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020, s. 276.

⁵⁷² “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesi; “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır.” hükmünü içermektedir. Gerçekten de yabancı hukukun uygulanması tahammül edilmez derecede Türk kamu

standartları çerçevesinde geçerliliğini koruyacak aksi takdirde geçersizlik veya kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır.

Yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturuyorsa bu husus yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da resen değerlendirilmek suretiyle gerekli karar verilmelidir⁵⁷³. Uygulanan hukukun emredici düzenlemelere aykırı olması yabancı hukukun uygulanmaması için tek başına yeterli değildir. Başka bir ifade ile yabancı hukuk kurallarının Türk kamu düzeni prensiplerine açıkça aykırılık oluşturması halinde bu kuralların hükümsüzlüğü gündeme gelecektir. Bu noktada hâkimin kamu düzeni kavramını iyi tanımlaması ve yorumlaması hayati önem taşımaktadır.

3. RESEN İNCELEMENİN YALNIZCA MEDENİ USUL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK HALİNDE UYGULANMASI

Hukukumuzda bölge adliye mahkemelerinde gerçekleştirilen inceleme, benimsenen istinaf sistemi ile dar kapsamlı olarak icra edilir⁵⁷⁴. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşen yargılama baştan sona tekrar edilmez⁵⁷⁵. Bu inceleme yalnızca tarafların istinaf başvuru dilekçesindeki nedenlerle sınırlı olarak yapılır⁵⁷⁶. Bu doğrultuda HMK mad. 355 hükmünde, incelemenin yalnızca istinaf

düzenini açıkça ihlal etmekte ise, ilgili hukuk kuralı olayda uygulanamaz” Yarg. 2. HD, E 2021/5783, K 2022/2231, T 9.3.2022 (www.kazanci.com) ET 9.5.2022.

⁵⁷³ “Sözü edilen ilamda belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar verilirken yabancı kararın Türkiye’de infaz edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk Hukuku’nun emredici kurallarına aykırı olması gibi sebeplerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok Kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk Hukuku’nun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adap anlayışına, Türk Kanunları’nın dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır” Yarg. 15. HD, E 2016/895, 2016/2050, T 31.3.2016 (www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

⁵⁷⁴ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 590.

⁵⁷⁵ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 270.

⁵⁷⁶ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 358.

sebepleriyle sınırlı olarak yapılacağı ancak kamu düzenine aykırılık hallerinin resen gözetileceği hususu öngörülmüştür⁵⁷⁷. Anılan maddede her ne kadar istinaf başvurusunun dilekçede belirtilen hususlarla birlikte yapılacağı öngörülmüşse de kamu düzenini ilgilendiren hallerde talep olmasa dahi hâkimin resen harekete geçmesi gerektiği düzenlenmiştir⁵⁷⁸. Ancak buradaki sorun hangi kamu düzeni kuralı için resen harekete geçileceği hususuna ilişkidir. Bölge adliye mahkemesi hâkimi temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından resen inceleme yapmalı mıdır? Bu kapsamda temelinde kamu düzeninin korunması yatan tüm kurallar bakımından bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçerek karar verirse bu durumun istinafin anlam ve amacına hatta benimsenen istinaf sistemine sakatlık getireceği düşünülmektedir⁵⁷⁹. Bu görüşe göre bölge adliye mahkemesi hâkimi maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yaparak yalnızca usul hukuku bakımından kamu düzenini ilgilendiren hususlarda resen harekete geçmelidir. Aksi durumda bu ayırım yapılmaksızın kamu düzenine aykırılığı teşkil eden her halde resen harekete geçilir. Görüşe göre bu durum aynı zamanda dar anlamda istinaf sistemine sakatlık getirebilir. Böylelikle istinaf yargılamasında beklenen fayda azalabilir ve yargılamalar uzun sürerek makul sürede yargılanma hakkının zedelenmesi sonucu ortaya çıkabilir.

Maddi hukukta temelinde kamu düzenini korunması düşüncesi yatan kuralların tespiti usul hukukuna nazaran daha zordur. Bu hukuk dalında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar genelde kamu düzenini ifade eder⁵⁸⁰. Ancak

⁵⁷⁷ AKKAYA, a.g.e., s. 319; KONURALP, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, s.148

⁵⁷⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, a.g.e., s. 524.

⁵⁷⁹ TANRIVER, Süha, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, Medeni Usül Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medeni Usül ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 149.

⁵⁸⁰ “Bu bağlamda eşitlik ilkesinin, silahlarının eşitliği ilkesinin, yazılı yargılanmaya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesinin, kanuni dinlenme hakkının, tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkının, hukuki (kanuni) dinlenme hakkının, Adil Yargılanma hakkının, Anayasa, Kanun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alması kamu düzeni düşüncesiyle gerçekleşmiştir. Somut olay da hakimnin zamanaşımı definin re'sen nazara alması kamu düzeni düşüncesi ile düzenlenmiş olan yukarıdaki hükümlere aykırılık teşkil ettiğinden ve hakimnin yukarıdaki ilkeleri ve hakları düzenleyen hükümlere aykırı davranmasının tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği konulardan da olmaması dikkate alınarak somut olaydaki usul hatasının istinaf nedeni olarak taraflarca ileri sürülmesi de re'sen istinaf da dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmış ve mahkemenin bononun zamanaşımına uğramış olduğunu re'sen kabulü, kamu düzeni düşüncesiyle hukuk sistemiz de yer alan yazılı normlara aykırı olduğundan istinaf da bu usul hatası re'sen nazara alınması gerektiği dikkate alınarak kararın gerekçesi düzeltilmek suretiyle senedin bono vasfını kaybetmediğinin belirlenerek istinaf nedenlerini yönünden karar incelendiğinde, zamanaşımının define konu edilmeyen unsurlarını taşıyan bonoya dayalı takibe karşı yapılan itiraz da ve istinaf dilekçesinde teminat iddiasında

bu tespitin yapılması her zaman kolay olmayabilir ve hâkimin kavramı geniş yorumlaması yargılamanın amacından sapmasına neden olabilir. Buna mukabil usul hukuku şekli bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan kuralların tespiti maddi hukuka nazaran daha kolaydır. Bölge adliye mahkemesi hâkiminin usul hukuku penceresinde kamu düzenine aykırı durumların varlığı halinde resen harekete geçmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna mukabil uyuşmazlığın kendisi kamu düzenini ilgilendiriyorsa, bölge adliye mahkemesi hâkimi, bu görüşe göre kamu düzenine aykırılığı bertaraf etmek için bu hususta bir talebe ihtiyaç duymalı ve resen harekete geçmemelidir⁵⁸¹. Bu düşüncenin temelinde; istinaf yargılamasının zamanla geniş (klasik) anlamda istinaf sistemine benzemesinin muhtemel olacağı endişesi yatmaktadır.

Bazı noktalardan bu görüşe iştirak etsek de yargılama prensiplerine uygun olmadığını düşünüyoruz. Ülkemizde, hantal olan yargı sistemi ne yazık ki bölge adliye mahkemelerinin kurulmasıyla biraz daha ağırlaşmıştır. İlk derece mahkemelerindeki yargılama neredeyse ortalama bir-bir buçuk yıl sürmekte ve bölge adliye mahkemelerinde de zaman içerisinde iş yükünün artmasıyla bu süre ilk derece mahkemelerindeki süreye yaklaşmıştır. Makul sürede yargılama prensibi nazara alındığında bölge adliye mahkemesi hâkiminin özel hukuk bağlamında talep olmadan inceleme yapması yargılama sürecini uzattığından bahisle eleştirilebilir. Neticede adalet hizmetlerinin hızlı ve etkili bir şekilde tecelli etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak madalyonun diğer yüzü ise kamu düzenidir. Kamu düzeninin bozulmasını engellemek egemen gücün en büyük gayelerinden biridir. Kamu düzenine aykırılık halinde bölge adliye mahkemesi hâkiminin talep olmadan resen harekete geçmesi, yargılamanın uzaması ile birlikte değerlendirildiğinde önceliğin kamu düzenine aykırılığın bertaraf edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. İşbu nedenle maddi hukuk-usul hukuk ayrımı yapılarak bölge adliye mahkemesi hâkiminin yalnızca usul hukukuna ilişkin ve temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan kurallar bakımından HMK mad. 355 hükmü gereği inceleme yapması gerektiği görüşüne iştirak etmiyoruz.

bulunmuş ise de bu iddianın yazılı delil ile ispatlanamadığı...” İzmir BAM 17. HD, E 2016/26, K 2016/80, T 31.12.2016 (www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

⁵⁸¹ **TANRIVER**, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, s. 149.

4. MADDİ HUKUK- USUL HUKUKU AYRIMI YAPILMAKSIZIN TEMELİNDE KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI DÜŞÜNCESİ YATAN TÜM HUKUK KURALLARI BAKIMINDAN RESEN İNCELEME YAPILMASI

Hukukumuzda benimsenen istinaf sistemi ile bölge adliye mahkemeleri nezdinde icra edilen yargılama dar kapsamlı olarak görülmektedir⁵⁸². Bu doğrultuda ilk derece mahkemesi önünde gerçekleşen yargılamadaki taraf ve mahkemeye ilişkin usuli işlemlerin birçoğu bölge adliye mahkemelerinde sınırlandırılmıştır⁵⁸³. Benimsenen dar anlamda istinaf sisteminin bir sonucu da istinaf yargılamasının, başvuru sebep ve gerekçeleriyle bağlı olmasıdır⁵⁸⁴. Bölge adliye mahkemesi hâkimi ancak istinaf başvuru dilekçesinden yer alan sebep ve gerekçelerle bir yargılama gerçekleştirebilir⁵⁸⁵. Bu kuralın istisnası ise HMK mad. 355 hükmü uyarınca kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarda hâkimin resen inceleme yapması gerektiğidir⁵⁸⁶. Esasında HMK mad. 355 hükmü maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın kaleme alınmıştır. Düzenlemenin temelinde de kamu menfaatini bozan durumlarda hâkimin resen harekete geçmesi gerektiği yatmaktadır⁵⁸⁷.

Öğretide bir kısım yazarlarca, yalnızca usul hukukunda temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan kurallar için hâkimin resen harekete geçmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak bu görüşe göre ise maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçmelidir⁵⁸⁸. Bu kapsamda resen harekete geçmenin sınırı ve ölçütü kamu düzeni kavramı ile belirlenecektir⁵⁸⁹. Temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm özel hukuk kurallarının tetkiki hem taleple bağlılık ilkesinin hem de istinaf

⁵⁸² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, v.d Medeni Usul Hukuku, s. 590.

⁵⁸³ ATAY COŞKUN, a.g.m., s. 270; KARSLI, a.g.e., s. 706.

⁵⁸⁴ BUDAK / KARAASLAN, Medeni Usul Hukuku, s. 358.

⁵⁸⁵ BECKER- EBERHARD, a.g.e., s. 34.

⁵⁸⁶ AKKAYA, a.g.e., s. 319.

⁵⁸⁷ AKTEPE ARTIK, a.g.m., s.263.

⁵⁸⁸ KONURALP, *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, s.141; YAYLA MERAĞLI, a.g.e., s. 73; AKTEPE ARTIK, a.g.m., s.269.

⁵⁸⁹ ATASOY, a.g.e., s. 82.

yargılamasının sebep ve gerekçelerle bağı olma kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Ne var ki bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçmeden önce kamu düzeni kavramının ruhunu iyi kavramalıdır. Aksi durumda istinaf yargılamasının temelini teşkil eden anlayışta noksanlık söz konusu olabilecektir. Örneğin, hâkimin her emredici kuralı kamu düzeninden kabul edip bu doğrultuda resen harekete geçmesi özel hukuk yargılamasının anlam ve amacına aykırılık teşkil edecektir. Başka bir ifade ile kamu düzeni kavramının doğru anlaşılması resen harekete geçmenin sınırı bakımından önem arz eder. Her somut olay özelinde uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda uyuşmazlığı ilgilendiren hukuk kurallarının yorumu kamu düzeni penceresinden ayrıca değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçmek suretiyle kamu düzenine aykırılığı bertaraf etmelidir. Nitekim yargılama her şeyden önce bir kamu faaliyetidir. Kamu faaliyetinin görülmesi sırasında; toplumun genel menfaati, anayasal ilkeler, Türk hukuk kurallarının dayandığı temel prensipler, hukukun ve yargılamanın ilkeleri, genel ahlak, milli güvenlik ve insan onuruna aykırı durumların varlığı halinde yine bu aykırılıkların bertaraf edilmesi için taraf taleplerini beklemek hukuk ve yargılama mantığına yaraşmaz. Bu doğrultuda kamu düzenine aykırılığını ilgilendiren durum her ne olursa olsun maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın hukuka ve adalet anlayışına aykırılığı ifade eder⁵⁹⁰. Kamu düzeni kavramının hukuk üstü niteliği gereği yargılamanın her aşamasında karar merciince resen değerlendirilmelidir⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ “HMK'nin 355. maddesinde kamu düzenine aykırılıkların maddi ya da usul hukuku alına ilişkin olması yönünden her hangi bir ayırım yapılmamıştır. Kamu düzenine ilişkin hükümler maddi hukukta olabileceği gibi usul hukukunda da bulunmaktadır. Yargılama usulü şekli bir hukuk alanı olması nedeni ile Kanunda doğrudan ve açıkça kamu düzeni kavramını zikreden veya bu ölçütü kullanan kurallar az ise de, bir çok usul kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğu öğretisi ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Hangi usul kuralının kamu düzeninden olduğu hususunda çeşitli ölçütler kullanılabilir ise de, özellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve uygulanmasından feragat edemeyecekleri, davanın yürütülmesi ve yargı örgütüyle ilgili kuralların genel olarak kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir” Ankara BAM 22. HD, E 2018/1681, K 2021/746, T 29.4.2021 (www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

⁵⁹¹ “HMK'nin 355. maddesinde kamu düzenine aykırılıkların maddi ya da usul hukuku alına ilişkin olması yönünden herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Kamu düzenine ilişkin hükümler maddi hukukta olabileceği gibi usul hukukunda da bulunmaktadır” Ankara BAM 22. HD, E 2018/2177, K 2021/1743, T 2.11.2021 (www.kazanci.com) ET 09.05.2022.

Özel hukukun dayanağını teşkil eden irade serbestisinin istisnası kamu düzeni kavramı olup yine bu irade serbestisinin usul hukukundaki görünümü HMK mad. 24-26 arasında düzenlenen ilkelerdir. Söz konusu ilkeler ile bu ilkelerin istisnasını teşkil eden kamu düzeni kavramı madalyonun iki yüzü olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda her uyuşmazlık özelinde hâkim, kamu düzeni kavramını doğru yorumlayarak davanın kamu düzenini ilgilendiren kısımları bakımından resen harekete geçmek suretiyle gerekli kararı vermelidir. Bu doğrultuda kavram taraf iradelerine nazaran öncelikli değerlendirilmesi gereken bir husus olup bu kavrama aykırılığın giderilmesi için de taraf iradelerine ihtiyaç duyulmaz. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere kavramın belirsiz, soyut ve değişken içeriği kavramın anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu doğrultuda kavramın anlaşılması ve yorumlanması oldukça hassas bir terazide olup geniş yorumlanması yargılamanın dayandığı temel prensiplere sakatlık getirebilecekken dar yorumlanması kamu düzenine aykırı durumların varlığını gideremeyecektir.

Yargılamanın sağlıklı işleyebilmesi için taraf vekillerine de bu noktada büyük bir görev düşmektedir. Bu noktada hâkimin tespit edemediği kamu düzenine aykırı hususlarda taraf vekillerinin mahkemeye yardımcı olması gerekir. Hukukumuzdaki yoğun iş yükü sebebiyle hâkimlerin her dosyaya aynı derecede vakıf olabilmesi oldukça zordur. Bu doğrultuda taraf vekillerinin hâkimlere yardımcı olmak suretiyle yargılamaya katkı sağlamaları uyuşmazlığın hızlı ve etkin giderilmesi için oldukça önemlidir. Zira yargılamada karar merci hâkim olduğu gibi yargılamanın etkin ve sağlıklı işleyebilmesi için hâkimlere yardımcı olması gereken en önemli süjenin de taraf vekilleri olduğu unutulmamalıdır.

SONUÇ

Hukukumuzda 20.7.2016 tarihinden itibaren fiilen çalışmaya başlayan bölge adliye mahkemeleri ile üç dereceli yargı sistemi benimsenmiştir. İlk derece mahkemelerince verilen kararların farklı şekillerde; vakıa, maddi hukuk ve usul hukukuna uygunluğunu denetlemekle görevli bölge adliye mahkemeleri kanun yolu prosedürü içerisinde kendine yer bulmuştur. Bölge adliye mahkemeleri nezdinde gerçekleşen yargılama usulü ilk derece mahkemelerine kıyasla farklılık arz etmektedir. Kanun koyucu tarafından sınırı çizilen bu husus ön inceleme ve esastan inceleme olmak üzere ikiye ayrılmakta olup bölge adliye mahkemesi hâkiminin izleyeceği yol haritası olarak betimlenebilir.

Benimsenen dar anlamda istinaf sistemi ile birlikte hâkimin yargılamadaki rolü de belirlenmiş olacaktır. Dar anlamda istinaf sisteminin getirdiği sonuçlardan biri de istinaf başvurularının sebep ve gerekçelerle bağlı olması kaidesidir. Ancak birçok hukuk kuralının istisnası olduğu gibi bu kuralında istisnası çalışmanın temelini teşkil eden kamu düzeni kavramıdır.

Kamu düzeni kavramının tanımına geçmeden önce tarihsel süreç içerisinde nasıl varlık kazandığının tetkik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Esasında insanların bir arada yaşama ihtiyaç ve iradesi doğrultusunda bu kavram meydana gelmiş ve zaman içerisinde evrimleşerek günümüz modern hukuk sistemleri içerisinde kendine yer bulmuştur. Başka bir deyişle kavramın doğuşu insanların bir arada yaşama iradesinden doğan müşterek ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, gelişen toplumlarla birlikte kavrama yüklenen anlam da farklılık arz etmiştir. Nihayet modern hukuk sistemlerinde kavramın anlaşılması ve yorumlanması günün ihtiyaç ve koşullarına göre şekillenmektedir. Dolayısıyla kavramın bu değişken özelliği üzerinde sabit bir tanım yapılma imkânını bulunmamaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde özel hukukun temelini teşkil eden prensibin irade serbestisi olduğu kabul edilmektedir. Buradan hareketle, genel kural itibarıyla egemen gücün taraf iradelerine müdahalesi istisnadır. Ancak taraf iradesi kamu

menfaatine aykırılık teşkil ediyorsa bu noktada kamu adına hareket eden otoritenin mevcut ilişkiye müdahale imkânı doğar. Kamu düzenine aykırılığın bertaraf edilmesi için otoriteye ayrıca bir başvuruda bulunulmasına gerek olmamakla birlikte, otoritenin de kamu düzenine aykırı mevcut durumu bertaraf etmesi için kendiliğinden harekete geçmesi icap eder. Bu kapsamda yargılama hukukunda otoriteyi temsil eden, otorite adına ve dolayısıyla kamu adına yargılama icra eden mahkemelerin kamu düzenine aykırı bir durumun varlığı halinde kendiliğinden harekete geçmesi elzemdir. Taraf iradelerini esas alan özel hukuk ve özel hukuktan kaynaklı uyuşmazlıklarda, kamu düzenine aykırılığın bertaraf edilmesi için taraf iradelerine ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm kurallar bakımından hâkimin resen harekete geçmesi bir zorunluluktur. Zira kamu menfaatine aykırı durumların varlığı halinde taraf iradelerini beklemek hukukun anlam ve amacına yaraşmaz.

Maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın temelinde kamu düzeninin korunması düşüncesi yatan tüm hukuk kuralları bakımından bölge adliye mahkemesi hâkimi resen harekete geçmek suretiyle kamu düzenine aykırılığı bertaraf etmelidir. Nitekim yargılama her şeyden önce bir kamu faaliyetidir. Söz konusu kamu faaliyetinin görülmesi sırasında; toplumun genel menfaati, anayasal ilkeler, Türk hukuk kurallarının dayandığı temel prensipler, hukukun ve yargılamanın ilkeleri, genel ahlak, milli güvenlik ve insan onuruna aykırı durumların varlığı halinde yine bu aykırılıkların bertaraf edilmesi için taraf taleplerini beklemek hukuk ve yargılama mantığına uygun değildir. Bu doğrultuda kamu düzenine aykırılığı ilgilendiren durum her ne olursa olsun maddi hukuk- usul hukuku ayrımı yapılmaksızın hukuka ve adalet anlayışına aykırılığı ifade eder. Kamu düzeni kavramının hukuk üstü niteliği gereği yargılamanın her aşamasında ilgili karar merciince resen değerlendirilmelidir.

İç hukukumuzda kamu düzeni kavramı, tarafların veya ilgililerin uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak ifade edilebilir. Fransız düşünür Truchet'in görüşüne göre "*Hiç kimse kamu düzeninin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğretti*

ise başaramamıştır” kamu düzeni kavramının belirsizliği çarpıcı bir şekilde ortaya konmuştur. Kanaatimizce kavramının içinin doldurulması aynı zamanda otoritenin takdir yetkisini kısıtlayan bir unsur olarak karşımıza çıkabilir. Kanunlarda, anayasada, mahkeme kararlarında veya uluslararası belgelerde bu kavramın sadece bir ibare olarak yer alması otoritenin lehine bir durumdur. Hatta kavramın somutlaştırılması egemen güç tarafından pekte istenmeyecek bir durumdur. Böylelikle otoritenin kamu düzeni bahanesiyle mevcut duruma müdahale şansı artacaktır. Buna mukabil kamu düzeni kavramının her alanda somutlaştırılması idare ve mahkemelerin takdir yetkisini kısıtlayacaktır. Yargı kararlarında sıkça karşımıza çıkan kamu düzeni ibaresinin her kararda olaya ilişkin somutlaştırılması daha hukuki olmayacak mıdır? Yukarıda sayfalarca tanımı yapılmaya çalışılan bu kavramın her somut olaya göre somutlaştırılması ve gerekçelendirilmesi hukuk güvenliği bakımından daha adil bir sonuç doğuracağı kanaatindeyiz.

Bölge adliye mahkemelerince; kamu düzenini ilgilendiren her uyuşmazlık bakımından, uyuşmazlığın neden kamu düzenini ilgilendirdiği gerekçelendirilmeli ve kurulacak hüküm salt “*kamu düzeni yönüyle inceleme yapıldı*” ibaresi ile geçiştirilmemelidir. Nitekim Alman Medeni Kanunu’nda, kamu düzeni kavramı çok muğlak olması ve bu nedenle yasal tartışmalara neden olabileceği endişesiyle yer almamıştır. Bu noktada bölge adliye mahkemesi hâkiminin kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarda bu kavramı uyuşmazlık özelinde somutlaştırması hukuk güvenliği ilkesi bakımından yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, Sokrates'ten Jakobenler'e Batıda Siyasal Düşünceler, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

AKAD, Mehmet, “*Türk Hukuk Tarihi Üzerine*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 5, S 1, 2006.

AKAD, Mehmet / DİNÇKOL VURAL, Bihterin / BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 17. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.

AKCAN, Recep / KAYA, Cemil, “*Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 68, S 1-2, 2010.

AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, 1. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2010. (İstinaf Kavramı)

AKİL, Cenk, “*Dava Yetkinliği*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 9, S 36, Ekim 2018. (Dava Yetkinliği)

AKİL, Cenk, “*Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 11, S 38, Nisan 2019.

AKKAN, Mine, “*Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 11, Özel S, 2009.

AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Mayıs 2009.

AKTEPE ARTIK, Sezin, “*İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 30, S 134, Ocak 2018.

AKYILMAZ, Gül, Siyasi Tarih, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2019.

ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kâmil / YILDIRIM DEREN, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, Ekim 2011. (Usul Hukuku)

ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usül Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Deliller, 1. Baskı, İstanbul, 1979. (Usulde Vakıa ve Deliler)

ALBAYRAK, Âdem, Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Haziran 2016. (Hukukta İstinaf Uygulaması)

ALBAYRAK, Âdem / GÜNGÖR, Devrim, İstinaf, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ekim 2016.

ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat, Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk, Genişletilmiş 4. Baskı, C I, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2021.

ARSLAN, Ramazan, / YILMAZ, Ejder, / AYVAZ TAŞPINAR, Sema, / HANAĞASI, Emel, Medeni Usül Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Ekim 2021. (Medeni Usul Hukuku)

AŞIK, İbrahim, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 97, 2011.

ATAKAN, Arda, “*Kamu Düzeni Kavramı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 13, S 1-2, 2007.

ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Ekim 2021.

ATASOY, Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2020.

ATAY COŞKUN, Ayşegül, “*İstinaf Yargılaması*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 30, S 135, Mart 2018.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2021.

AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2020.

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021.

AYDINOĞLU, Zeynep Nihal, “*İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y 9, S 34, Nisan 2018.

BAERİSWYL, Georges, Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht, Saeckingen 1922.

BALLAUX, Pascale, Temyiz İncelemede Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018.

BARS, Thierry Le, Fransız Hukukunda Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Başvuruları Fransız Yargıtayı'nın Denetiminin Sınırları, Temyiz İncelemede Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018.

BAŞARA, Gamze, “*Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 103, Y 2012.

BAYRA, Adem Ersin, “*Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırılan Kavramların Tasnifi ve Derecelendirilmesi – I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni İle İlgili Kavramlar*”, İstanbul Medipol Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi, C 7, S 2, Güz 2020.

BECKER- EBERHARD, Ekkehard, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003.

BİNGÖL, Sedat, “*Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-yi Mahakim'deki Üst Mahkeme Kararları*”, Tarih İncelemeleri Dergisi, C 20, S 1, Temmuz 2005.

BLOOMEYER, Arvved / çvr. YAZMAN, İrfan, “*Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 25, S 3, Mayıs 1968.

BOLAYIR, Nur, “*Nöşateli Medeni Usul Kanunu'nda İstinaf*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 4, S 1, Temmuz 2005.

BOYAR, Oya, Anayasa ve Özel Hukuk, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2019.

BOZ, Selman Sacit / ÖZDEMİR, Yücel / NACAĞ, Mehmet / BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan / vd. İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2020.

BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, Ankara, Eylül 2021.

CABRILLAC, Remy, Ordre Public, 8. Baskı, Lexis Nexis, Paris 2017.

CEYLAN, Şule Şahin, H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2014.

Code Civil Des Français, De L'imprimerie De La Republicia, An. 16, Paris 1804.

COŞKUN, Mahmut, Hukuk Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2020.

ÇAMOĞLU, Ersin, “*Akliyeci Tabii Hukuk Açısından Büyük Fransız İhtilali*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 29, S 1-2, 1963.

ÇİFTÇİ, Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2016.

DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, 2. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Temmuz 2011.

DEĞİRMENİ, Rıdvan, Meşrutiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kavramı, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2021.

DEREN YILDIRIM, Nevhis, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003. (Uluslararası Toplantı)

DEREN YILDIRIM, Nevhis, “*İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri*”, Prof. Dr. Özer Seçili'ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2006. (İstinafın Gerekçelenendirilmesi)

DOĞANGÜZEL, Betül, “*Tanzimat Döneminde Şeriye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi*”, Adalet Dergisi, C 1-2, S 62-63, 2019.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, C 1, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C 2, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C 3, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

DURAN, Osman, Medeni Usül Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020.

DÜĞER, Sırrı, “*Koronavirüs Salgını Sebebiyle Alınan İdari Kolluk Tedbirlerinin Hukuka Uygunluğu ve Farklı Ülkelerdeki Durum ile İlgili Bir Değerlendirme*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 20, S 1, Ocak 2021.

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1993.

ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 20, S 2, 2012.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, “*TCK’nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni Kavramı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 52, S 1, Mart 2003.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, Ekim 2021.

EROĞLU, Orhan, Medeni Usül Hukukunda Ön İnceleme, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020.

ERSEN PERÇİN, Gizem, “*Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1, Haziran 2015.

ERSÖZ, Oğuz, “*İstinaf Kanun Yoluna Başvuru Süreleri*”, İstanbul Barosu Dergisi, C 91, S 5, Eylül 2017.

GAIER, Reinhard / AKİL, Cenk, “*İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 61, S 1, Mart 2012.

GAUDUMET, Eugene / GÜRSOY, Kemal, “*1804 tenberi Fransız Medeni Kanununun Fransa’da yorumlanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 2, S 1, 1944.

GILLES, Peter / HAŞHAŞ, Abdulkadir, “*Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşrutiyet*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C 16, Özel S 2014.

GÖSSEL, Karl Heinz / YENİSEY, Feridun, “*İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistematik Açıklama*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 12, S 159-160, s. 57-94, 2017.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C II, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2003.

GÖZLER, Kemal, “*Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 56, S 2, 2007.

HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Ocak 2009. (Davada Menfaat)

HANAĞASI, Emel, “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C 32, S 1, Mart 2016. (Anonim Ortaklık)

HATEMİ, Hüseyin, “*Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 9. Baskı, Legal Kitabevi, Eylül 2021.

Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Kasım 2016. (El Kitabı)

HUN, Sinem, “*Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde Bekletmelerin Trans Özelliklere Etkisi*”, Ankara Barosu Dergisi, S 4, Y 2015.

İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, “*Hukuk Yargılamasında Davaya Sebep Üzerine Bir İnceleme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 106, Mayıs 2013.

KALE, Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010.

KARAASLAN, Mehmet, “*Tanzimat ve Şurayı Devlet*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 54, S 3, 2005.

KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

KARAYALÇIN, Yaşar, İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Kaza Mercileri, 1. Baskı, Günay Matbaacılık Ve Gazetecilik, Ankara, 1950.

KAR, Bektaş, “*İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 15, Özel S, 2013.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul, Ekim 2020.

KARTAL, Ümit, “*Boşanma Davasında Resen Araştırma İlkesi ve İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C 9, S 95, Temmuz 2014.

KATAYIFÇI, Derya Ece, Yargı Kararları Işığında Medeni Usül Hukukunda İstinaf, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2020.

KAYAK, Sevgi, “*Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu*”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul, 2012.

KILIÇOĞLU, Evren, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeleri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 8, 2012.

KIYAK, Emre, “*Türk Hukuk Usulünde İstinaf*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C 11, S 123, Kasım 2016.

KİNG, Edward / HAWLEY, Joseph / çvr. LÜTEM İlhan, “*İngiliz Common Law’unun Gelişmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 16, S 4, 1959.

KOCA, Geylani, “*Hukuk Yargılamasında Görev ve Yetki Sorununun Çözümüne İlişkin Bir Öneri*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C 7, S 68, Nisan 2012.

KOLLY, Gilbert, “*Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C 28, S 1, Haziran 2021.

KONURALP, Haluk, “*Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 50, S 1, Mart 2001. (Fransız Hukukunda İstinaf)

KONURALP, Haluk, “*İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*”, Medeni Usül Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medeni Usül ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 133-198.

KONURALP, Haluk / HANAĞASI Emel, “*Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu*”, Legal Hukuk Dergisi, S 54, Haziran 2007. (İptal Amaçlı İstinaf)

KORKMAZ, Fırat, “*İstinaf’ın Diğer Kanun Yollarıyla Karşılaştırılması*”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1, s. 200-211, Ocak 2016

KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergis, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, Temmuz 2021.

KURT KONCA, Nesibe / DAMAR, Ceren, “*İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu*”, TBB Dergisi, C 29, S 125, Temmuz 2016.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Değiştirilmiş 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2009. (Ders Kitabı)

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Birinci Tıpkı Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, Ağustos 2016. (İstinaf Sistemine Göre)

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Beta Basım Yayınevi, C 2, İstanbul, Mayıs 2001 (HMK Ciltli 2)

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Beta Basım Yayınevi, C 5, İstanbul, Mayıs 2001 (HMK Ciltli 5)

KUTLU, Mustafa, “*Yargıç Kamu Düzeni Konformizm*”, Bursa Barosu Dergisi, C 29, S 78, Temmuz 2005.

KÜTÜKÇÜ, Doğan, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017.

MAZLUM, Nagihan, “*Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 70, S 1, 2021.

MERİÇ, Nedim, “*Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf Ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı Ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi*”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C 4, S 2, 2014.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2017.

NUHOĞLU, Ayşe, “*İstinaf Kanun Yoluna Giriş*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 12, S 159, Kasım 2017.

OĞUZ, Habip, “*Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay’ın Bir Kararının İncelenmesi*” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*”, C 0, S 8, Ocak 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C 1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2015.

OKAY TEKİNSOY, Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2011.

OKAY TEKİNSOY, Özge, “*Avrupa Kamu Düzeni Kavramı*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1, Haziran 2011.

ORTAN, Ali Necip, “*Medeni Yargılama Hukukunda Görev Bağlamında Kamu Düzeni Mevzuatçılığının Uygulanmasındaki Kayıtsızlık*”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 2, S 3, Ocak 2016.

ÖKSÜZ, Enis, “*Feodal Düzen ve Sosyal Değişmeler*”, *Istanbul Journal of Sociological Studies*, C 0, S 18, Eylül 2011.

ÖKÇÜN, A. Gündüz, *Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.

ÖZBAY, İbrahim, “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 69, S 1-2, 2011.

ÖZBEK, Veli Özer, “*Olağan Kanun Yolu Olarak İstinaf (CMK m. 272-285) Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C 11, S 30, s. 7-28. Nisan 2016.

ÖZÇELİK, Volkan, *Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2020.

ÖZEKES, Muhammet, “*Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:134, Şen Matbaası, 1.Baskı, Şubat 2008. (Yeni Kanun Yolu Sistemi)

ÖZEKES, Muhammet, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2009. (Üstündağ’a Armağan)

ÖZEKES, Muhammet, Sorularla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usül Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. Baskı, TBB Yayınları, Ekim 2011. (Sorularla HMK)

ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medeni Usül Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Nisan 2016.

ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2009.

ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden, “*Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 16, S 1-2, 2010.

ÖZMUMCU, Seda, “*Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 70, S 2, 2013. (Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar)

ÖZMUMCU, Seda, “*Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi*”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C 4, S 2, 2014. (Resen Araştırma İlkesi)

ÖZTEK, Selçuk, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Nisan 2018. (İstinaf Reformu)

ÖZTEK, Selçuk / NAMLI, Mert, “*İsviçre Medeni Usül Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 154, Mayıs 2021.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usül Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

PEKCANITEZ, Hakan / ERİŞİR, Evrim, “*Medeni Yargıda İstinaf İle İlgili Hükümlerim Zaman İtibariyle Uygulanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 65, S 4, 2016.

PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, vd. Medeni Usül Hukuku, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, C I, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usül 1)

PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, vd. Medeni Usül Hukuku, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, C II, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usül 2)

PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, vd. Medeni Usül Hukuku, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, C III, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usül 3)

PLATON / çvr. EYYÜBOĞLU, Sabahattin, Devlet, 31. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021.

PRÜTTING, Hanns / AKİL, Cenk, “Alman Yasa Yollarının Gelişim Çizgisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 62, S 1, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques / çvr. YERGUZ, İsmail, Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2012.

SAATÇIOĞLU, Onur Can, “Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında Kamu Düzeni Müdahalesi” Public and Private International Law Bulletin, C 38, S 1, Haziran 2018.

SARI, Mehmet, “Kanun Yoluna Başvurunun Süre Yönünden Reddi Halinde Kesinleşme Sorunu”, THD, S. 38, s. 93-99, Ekim 2009.

SERT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 118, 2015.

SÖĞÜTLÜ, Özlem, Roma Özel Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2020.

SÜRAL, Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 100, 2012.

ŞAHİN, Çağatay Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C 21, Özel S, 2019.

ŞEŞEN ÇELİK, Hülya, Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2018.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2013.

ŞENSOY, Naci, “İstinaf” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 12, S 4, 1946.

ŞENOL ERCOŞKUN, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 74, S 2, 2016.

ŞİMŞEK, Aslı, Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni Kavramı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2012.

TANRIVER, Süha, “*İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*”, Medeni Usül Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007, Medeni Usül ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, s. 133-198. (İstinafta Kamu Düzeni Kavramı)

TANRIVER, Süha, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 16, Özel Sayı, 2014.

TANRIVER, Süha, “*Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 147, 2020.

TANRIVER, Süha, Medeni Usül Hukuku, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, C I, Ankara, Ekim 2020.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, “*İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 30, S 134, Ocak 2018.

TEKİNSOY, Özge Okay, “*Avrupa Kamu Düzeni Kavramı*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1, Haziran 2011.

TEPE, Harun, “*Yargı Etiği Ya Da Yargıda Etik Nasıl Olunur*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 7, S 1, 2017.

TOPUZ, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

TULUMLU, Mehmet Akif, “*Davanın Yenilenmesinde Hukuki Yarar*”, Terazi Hukuk Dergisi, C 2, S 14, Ekim 2007, s. 105-109.

TURAN, Burcu, “*Kamu Düzeninde İnsan Onuru ve Bireyin Kendine Karşı Korunması*”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 5, S 1, Ocak 2020.

ULER, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, Anayasa Yargısı S 15, Ankara 1998.

ULUKAPI, Ömer, “*Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usül Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlanma İlkesi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 6, S 1-2, 1998.

ÜNAL KAYA, Hilal, “*Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C 78, S 4, 2021.

VALENTIN, Lawarée, Public Policy in English and American Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Belçika, 2014.

VATANSVER ÖZTÜRK, Merve, Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 13, S 171-172, 2018.

WINFİELD, Percy, Public Policy in the English Common Law, Harvard Law Review, Vol 42, No 1, November 1928.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “*Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması*”, Public and Private International Law Bulletin, C 33, S 2, Mart 2016.

YAYLA MERAKLI, Deniz, Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Mart 2014.

YILMAZ, Ejder, “*Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 1, S 1, Ocak 1988.

YILMAZ, Ejder, “*Usul Ekonomisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 57, S 1, 2008. (Usul Ekonomisi)

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019. (HMK Şerhi)

YILDIRIM, Kâmil, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2003.

YILDIRIM, Kâmil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım Yayın, Ağustos 2019.

YILMAZ, Mehmet, Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2007.

YILMAZ, Oğuz Gökhan, “*Kişilik Hakkı Kavramı ve Medeni Kanun Kapsamında Kişiliğin Korunması*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C 7, S 1, Mayıs 2020.

YÜKSEL, Kemalettin, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler*”, Bankacılar Dergisi, S 67, Aralık 2008.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, Temmuz 1973.

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Mehmet Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

<https://www.academia.edu/>

<https://adb.adalet.gov.tr/>

<https://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.ankarabarsu.org.tr/>

<https://app.e-uyar.com/>

<https://www.barobirlik.org.tr/>

<https://www.bursabarsu.org.tr/>

<http://www.dergipark.org.tr/>

<https://hhgm.adalet.gov.tr/>

<https://higm.adalet.gov.tr/>

<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/>

<http://www.istanbulbarsu.org.tr/>

<http://www.jurix.com/>

<http://www.kazanci.com/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/>

<https://tez.yok.gov.tr/>

<http://www.yargitaydergisi.gov.tr/>