

**YARGITAY İÇTİHAADI BİRLEŞTİRME
BÜYÜK GENEL KURULU KARARI**

ESAS NO : 2015/1
KARAR NO : 2016/1

1- GİRİŞ

a. İctihatları Birleştirme Başvurusu

1. Av. Ramazan Zeybek 01.07.2014 tarihli dilekçesinde özetle; 04.02.1948 günlü 10/3 sayılı İctihadi Birleştirme Kararının¹ bozmadan sonra ıslah yapmayı yasakladığını ancak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun² 177/1. maddesinin tahkikat sonuçlanıncaya kadar ıslah yapılabileceğini öngördüğünü, bu sebeple Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında tahkikat safhasına dönüleceğinden bozmadan sonra ıslah yapılabileceğini, 6100 sayılı HMK'nın 177. maddesinin yanlış yorumladığını, 1948 tarihli İBK'nın 6100 sayılı HMK karşısında güncelliğini kaybettiğini, bozma kararı sonrasında ıslah yapılabileceği konusunda 4., 9., 10., 15. ve 21. Hukuk Daireleri kararları arasında görüş ayrılığı bulunduğunu ileri sürerek bu ayrıklığın ıctihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istenmiştir.

b. Görüş Aykırılığının Giderilmesi İstemine Konu Kararlar

2. Görüş ayrıklığı olduğu ileri sürülen kararlar;

Dördüncü Hukuk Dairesinin	07.02.2012 tarih ve E:2011/14957 K:2012/1589,
Dokuzuncu Hukuk Dairesinin	01.11.2011 tarih ve E:2011/33835 K:2011/42324, 20.01.2014 tarih ve E:2014/580 K:2014/653,
Onuncu Hukuk Dairesinin	05.06.2014 tarih ve E:2014/8558 K:2014/13953,
Onbeşinci Hukuk Dairesinin	20.11.2013 tarih ve E:2013/3973 K:2013/6135,
Yirmibirinci Hukuk Dairesinin	12.07.2010 tarih ve E:2010/7643 K:2010/8292, sayılı kararlardır.

c. Görüş Aykırılığının Giderilmesi İstemine Konu Hakkında Belirtilen Görüşlerin Özeti

i. Bozmadan Sonra Islah Yapılabileceği Görüşünde Olanlar:

3. Yargıtay 1., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 15., 18., 20., 22. ve 23. Hukuk Daireleri bozma kararının niteliğine göre bozmadan sonra ıslah yapılabileceğine karar verildiğini ancak davanın usulden reddine karar verilmesi halinde bozmadan sonra ıslah yapılabileceğini kabul etmektedirler.

ii. Bozmadan Sonra Islah Yapılamayacağı Görüşünde Olanlar:

4. Yargıtay 2., 11., 13., 14., 19. ve 21. Hukuk Daireleri, 1948 tarihli İBK'nın geçerliğini devam ettirdiği düşüncesiyle bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını kabul etmektedirler.

d. İctihatları Birleştirmenin Konusu ve Önsorun

5. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 17/04/2015 tarihli ve 71 sayılı Kararı ile; "Bozma kararı sonrasında ıslah yapılabileceği" konusunda Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin E:2011/14957 K:2012/1589; Dokuzuncu Hukuk Dairesinin E:2011/33835 K:2011/42324, E:2014/580 K:2014/653; Onuncu Hukuk Dairesinin E:2014/8558 K:2014/13953; Onbeşinci Hukuk Dairesinin E:2013/3973 K:2013/6135; Yirmibirinci Hukuk Dairesinin E:2010/7643 K:2010/8292 sayılı kararları arasında görüş ayrıklığı bulunduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; ayrıklığın ıctihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca giderilmesi gerektiği konusunda raportör üye görevlendirilmesine karar verilmiştir.

6. İctihadi Birleştirme konusu ilk önce "bozma kararı sonrasında ıslah yapılabileceği" olarak belirlenmiştir.

7. Raportör üyenin ek görev talep etmesi üzerine, Birinci Başkanlar Kurulunun 11.06.2015 tarihli ve 110 sayılı karar ile; 04.02.1948 Tarih ve E.1944/10, K.1948/3 Sayılı İctihadi Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda raportör üye görevlendirilmesine karar verilmiştir.

8. Ek görevlendirme ile birlikte İctihadi Birleştirme konusu "bozma kararı sonrasında ıslah yapılabileceği" olarak belirlenmiştir.

¹ Bundan sonra "1948 t. İBK" olarak ifade edilecektir.

² Bundan sonra "6100 s. HMK" olarak ifade edilecektir.

d. Önsorun

9. Yürürlükte bulunan 04.02.1948 Tarih ve E.1944/10, K.1948/3 Sayılı İçtihadî Birleştirme Kararına rağmen, değiştirilmediği veya kaldırılmadığı sürece bağlayıcı olan bu karara aykırı olarak verilen Özel Daire kararları dikkate alınarak içtihatların birleştirilmesine karar verilip verilemeyeceği önsorun olarak düşünülmüştür.

2- İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

a. Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki³ Düzenleme

İslah

MADDE 83 - İki taraftan her biri usule mütaallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen islah edebilir. Aynı davada her taraf ancak bir kere islah hakkını kullanabilir.

MADDE 84 - İslah, tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmyanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılabilir.

Tahkikatın hitamı ve muhakeme

MADDE 375 - Tahkikat hakimi, iki tarafın iddia ve müdafalarıyle delillerini ve dava dosyasını tetkik eder ve talep vukunda netice müddealarını mübeyyin birer layiha verebilmeleri için de bir müddet tayin eder. Bu müddet içinde hakim verilen layihaları dosya ile birleştirir ve tahkikatın hitamını teftih eder ve dosyayı mahkeme reisine takdim eyler. Tahkikatın hitamından sonra da mahkeme iki tarafa layiha vermelerini emredebilir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İslah İle İlgili Düzenleme

İslah ve Maddî Hataların Düzeltilmesi

Kapsamı ve sayısı

MADDE 176- (1) Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen islah edebilir.

(2) Aynı davada, taraflar ancak bir kez islah yoluna başvurabilir.

İslahın zamanı ve şekli

MADDE 177- (1) İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.

(2) İslah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya islah talebi duruşma dışında yapıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir.

Tahkikatın sona ermesi

MADDE 184- (1) Hakim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklamalar yapabilmeleri için söz verir.

(2) Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığı görürse, tahkikatın bittiğini taraflara teftih eder.

3- DEĞİŞTİRİLMESİ İSTENEN 04.02.1948 TARİH VE 1944/10 ESAS, 1948/3 SAYILI YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI

10. Bir davanın tahkikat ve yargılaması sonunda verilmiş olan hüküm Yargıtay'ca bozulduktan sonra da tarafların islah isteminde bulunmalarına usul hükümlerince cevaz olup olmadığı hususunda Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 03.11.1934 tarih ve 2473/3316 ve Dördüncü Hukuk Dairesinin 26.11.1943 tarih ve 4549/3301 sayılı kararlarını havi ilamları arasında meydana gelen ayrılığın, içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözülmesi hususu Yargıtay Birinci Başkanlığınca tenzip kılınmış olmasına mebni uyumsuzluk konusunu teşkil eden ilam örnekleri çoğaltılarak 04.02.1948 tarihine rastlayan Çarşamba günü saat 09.30'da müzakerenin başlayacağı Genel Kurul Üyelerine bildirilmiştir.

11. Bugün toplanan kurula (ellibir) zatin iştirak ettiği görüldükten ve müzakere nisabı tahakkuk ettikten sonra Birinci başkan Halil Özyörük'ün Başkanlığında müzakereye başlanarak uyumsuzluk konusu kağıtlar Birinci Başkan tarafından okunduktan ve olayın özeti anlatıldıktan sonra söz alene;

12. Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Sabir Erbil; tahkikata tabi olan mevadda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar islah yapılabilir. Nakızdan sonra muhakemenin devamıdır. İslah müessesesinin tevsii caiz değildir. Dördüncü Hukuk Dairesinin kararı doğrudur dedi.

13. Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı Fevzi Bozer; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun altıncı faslına göre islah talebi; biri usule diğeri davanın esasına taalluk eder. İkinci Hukuk Dairesinin ilamından anlaşıldığına göre hadise; bir boşanma davasıdır, hüküm defaatla nakzolunmuştur. Davacı bozmadan sonra boşanma sebebini değiştirmiş, Usulün seksen sekizinci maddesi mucibince davayı tamamen islah etmiştir. Dairemize ait kararda islahın şekle yahut esasa ait olduğu hakkında bir sarahat yoktur. Belki Yüksek Heyet usule müteallik islah ile esasa müteallik islahla bir fark görmeyecektir (Seksen üçüncü maddeyi aynen okudular). Bu maddeye göre zühul neticesi bir hatanın islahı, hüsnüniyet sahibi kimseler içinde bir defaya mahsus olmak üzere kabul olunmuştur. Hakim suistimaline meydan verilememek için mükerrem islah kabul olunmamıştır. Çünkü, mükerrem islah; davaların uzamasını mucip olacağı gibi diğer tarafı da ızrar ve ızac eder. Bundan başka islah; tahkikata tabi davalarda tahkikatın hitamına kadar ve tahkikata tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar dermehan olunabilir. Muhakemenin hitamından maksat, duruşmanın hitamıdır. Binaenaleyh tahkikat veya muhakeme bittikten sonra, islah talebi hakkı; sakıt olur hüküm bozulduktan sonra bu hak, avdet etmez.

³ Bundan sonra "mülga 1086 sayılı HUMK" olarak ifade edilecektir.

14. Birinci Hukuk Dairesi Başkanı Şefkati Özkutlu; Kanun gayet sarıhtır, tahkikat bitinceye kadar diyor. Bidayette mahkemeler müctemi iken bilahare müctemi mahkemeler azaldı ve tek hakimli oldu. Usulde tahkikat bitinceye kadar dediğine göre davayı rüyet eden münferit hakim de olsa muhakemeyi bitirinceye kadar götürülebiliriz. Tahkikat bitti müdafaya davet ediyoruz deyinice,

artık muhakeme safhası başlamıştır. Sulh işleri muhakeme bitinceye kadardır. Muhakeme bitince artık islah olamaz.

15. Temyiz bozdu yeniden tahkikat başladı denecek olursa işte bu nokta şaşırtır. Nitekim İkinci Hukuk Dairesini de şaşırtan bu nokta olmuştur.

16. Bir hüküm bozulunca dava arzuhaline kadar işi geri götürmez, maddi hukuka taalluk eden vakırlar ve sebepler islah edilemez, yalnız usule müteallik olanları islah eder.

17. Beşinci Hukuk Dairesi Başkanı Y. K.Arslansan; islah, tahkikat ve muhakemenin sonuna yani hüküm verilinceye kadar mi, yoksa bozmadan sonraya da şamil midir? Tatbikatta husule getirdiği ve getireceği sonuç bakımından bu önemli mevzu üzerine bihakkın durulmak ve etraflı inceleme yapılarak Usulün seksen dördüncü maddesi hükmü ihtiyaca uygun bir şekilde yorumlanmak icap eder.

18. 1086 yürürlüğe girdikten sonra gıyap, islah, eski hâle getirmeye müteallik hükümler ve bunların uygulama tarzı davalarin sonuçlandırılmasına engel teşkil edip etmediği yolunda ve fayda ve mahzurları hakkında ilmi münakaşalar oldu. 2026 sayılı kanun ile ihtiyaca uygun bir şekilde değiştirilen gıyap hükümleri tatbikatta umulan gayeyi sağlayabildiği hâlde islah eski hâle getirme hükümleri ihtiyacımıza uygun bir şekilde düzenlenemedi. Tatbikat ile de şimdide kadar layıkı veçhile aydınlanamayan bu hükümlerin ihtiyaca uygun bir şekilde değiştirilmesi ve yorumlanması gereklidir.

19. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununuzun seksen üçüncü maddesinde iki taraftan her birinin usule müteallik yaptığı muameleyi, tamamen veya kısmen islah edebilmesi esası kabul olunmuştur. Diğer tarafın muvafakatına ve mahkeme kararına da bağlı olmaksızın islah ile bir davada yapılmış muameleler tamamen veya kısmen kalkıyor. İşte bu suretle tamamen islah ile dava yeniden baştan görülebilir. Kısmen islah ile de yalnız bir kısım muamele tekrar görülüyor. Bazı usul sarihleri islahı, davayı uzatan bir usul olarak basvıflandırmalardır. Hatta İsviçre'de Bern, Argovi gibi kantonlarda Usul kanunlarından islah faslı kaldırılmıştır.

20. Ancak bir dava açıldıktan sonra teslimi dava olunan malın ziyası gibi bir sebeple teslimi imkânsızlığından dolayı iddiaya ifa yerine tazminata çevirmek ve sonradan öğrenilen dava sebebi olan vakırları düzeltmek ve deliller safhasında öğrenilen ve elde geçirilen delilleri ikame etmek ve belgeleri ibraz eylemek gibi iyi niyet sahibi taraflara bir defaya mahsus olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları düzeltmek ve unutulmuş şeyleri tamamlamak imkânını veren ve ileri bir hukuk düşüncesi olan bu fasıl hükümlerinin faydaları şüphâlidir. Yalnız bu fasıl hükümlerinin davanın her hangi bir safhasında uygulanması davalarin sonu alınamayacak bir şekilde uzamasına yol açar ve bu hükümlerden beklenen gayeye aykırı neticeler tevtil eder. Binaenaleyh bu önemli ve faydalı hükümlerin sade ve çabukluk esasını hedef tutan usul hüküm ve kurallarına uygun bir tarz ve şekilde sınırlandırmak zaruridir.

21. Usul Kanunumuzun mehazi olan Noşatlı Usul Kanununun bahis konusu seksen dördüncü maddemize tekabül eden yetmiş sekizinci maddesinde islahın duruşmanın sonuna kadar ve teşkilatımızı hedef tutan seksen dördüncü maddede islahın asliye işlerinde tahkikat ve sulh işlerinde de muhakeme bitinceye kadar yapılacağı gösterilmek suretiyle islahın hüküm verilinceye kadar olan yargılama safhasına masruf ve münhasır olduğu anlaşılmalıdır. Temyiz faslında hususiyle 430. maddede islahın esasa mütedâbir bozmalardan sonra da cari olabileceğine dair sarih veyâ zımnî bir hüküm mevcut değildir; Binaenaleyh bu istisnai yolun bozmadan sonraki safhalara da teşmilini gerektirir ortada bir sebep yoktur.

22. Islah hükümlerinin bozmadan sonraya teşmilini bozma kararıyla husule gelen mütesep hakları ihlal edebileceği gibi tamamen islah ile de mahiyeti değişen davanın neticelenmesini önlere uzamasına sebep olur. Binaenaleyh seksen dördüncü maddeye göre islah tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yani iş hükmüne bağlanıncaya kadar yapılabiliş hükmüne bağlandıktan sonra bir suretle cari olamayacağı mütaalaasındayım.

23. Ticaret Dairesi Başkanı Faiz Yörükoğlu; Tahkikat safhası fiilen kalkmıştır. Hüküm verilinceye kadar tâbirinden istifade edeceğiz. Islah yalnız tahkikat bitinceye kadar hakikdir diye takyit ederse islah müessesesini kaldırmış oluruz.

24. Bozmadan sonra islah talebi kabul olunabilir mi? Bu hususta kat'î bir şey söylenemez. Çünkü, bozmanın mahiyetine göre iş değişir, tebligattan dolayı bozma vuku bulunduğ takdirde tahkikat yeniden başlıyor demektir. Şu hâlde bozmanın mahiyetine göre bozmadan sonra da iş cari olabilir dedi.

25. Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Sabir Erbil; Sayın Kemal Aslansan'ın mütaalaarında bahsettikleri Profesör Sabri Şakir'in sözleri maddenin metnine göre doğru değildir. Sayın Ticaret Dairesi Başkanı Faiz Yörükoğlu bir bakımdan islah talebinin kabul olunabileceğini beyan buyurduklar, kanaatimca bozmadan sonraya teşmil doğru değildir. Noktai nazarlarını kabul ettiğimiz takdirde namütenahi devam eder gider. Kanunun kastı zühulü bir defaya mahsus olmak üzere düzeltilmektedir. Islahı ilk mahkemede baskı altında bırakmak çok yerinde olur dedi.

26. İcra ve İflas Dairesi Başkanı Abdullah Aytemiz; Nakızdan sonra islahın caiz olup olmadığı ihtilâflıdır. İkinci Dairece bozmadan sonra islah suretiyle bir davanın mahiyetinin değiştirilebileceği Dördüncü Dairece de muhakeme bittikten ve hususiyle hüküm Temyiz Mahkemesince bozulduktan sonra islah talebinin dinlenmeyeceği içtihat edilmiştir.

27. Birinci Hukuk Dairesi de 10.06.1937 ve 09.10.1939 tarihlerinde nakızdan sonra islah caiz olmadığına Genel Kurulda 12.06.1940 tarihinde mahalli mahkemelerin ısrar kararını tasvip etmek suretiyle islahın cevazına karar vermiştir. Şu hâlde ihtilaf yalnız iki daire arasında olmayıp Birinci Daire, Dördüncü ve Umumi Heyet de İkinci Daire gibi karar vermiştir.

28. Birinci ve Dördüncü Daire içtihatlarını daha isabetli görüyorum. Çünkü, nakızdan sonra islah yolu açık bulundurulacak olursa aleyhine bozma yapılan taraf, hasmı lehine emri makzî hâline gelen bir cihet islah yoluyla hükümsüz bırakmış ve şu suretle mütesep bir hakkı ihlal etmiş olur. Bu mahzurdan dolayı kaide olarak nakızdan sonra islah olamaz. Şu kadar ki, nakız hasım tarafına bir hak tevtil etmemiş ise mesela tebligatın yolsuzluğu, zamanlaşımının husulü vazife ve salahiyetsizlik gibi bir sebeple bozulmuş ise ortada bir hüküm kalmamış ve diğer taraf için de bir hak doğmamış olduğundan

bu gibi hallerde istisnaen islah caiz olmalıdır. Zira islah müessesesi bir yanılmayı veya daha evvel düşünülmemeyen bir hususu düzeltmek için kabul edilmiştir. İmkân görülen yerlerde bu hakkın kullanılması maslahata uygun ve yerinde olur.

29. İslahın usule ve dava müteallik olmak üzere ikiye ayrılmasına itiraz olundu. Halbuki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu islahı iki gruba ayırmıştır. Seksen üçüncü maddede iki taraftan her biri usule müteallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen islah edebilir. Seksen sekizinci maddede islah eden taraf davasını kamilen islah ettiği ve bunun tebliği tarihinden itibaren üç gün zarfında yeni bir dava ikame eylemediği hâlde davası iptal olunur denmektedir. Bunlardan seksen üçüncü madde usule seksen sekizinci madde de dava müteallik islahatın bahsetmektedir.

30. Hulasa: Kaide olarak nakızdan sonra islah caiz değilse de, müstesna hâllerde caizdir.

31. Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı Fevzi Bozer; İslah; zararı faydasına galip bir müessesedir. Yeni hukuk usul muhakemeleri kanunu tasarısı hazırlanırken islah faslı tamamen kaldırılmıştır.

32. Komisyon, mahzurlarını bertaraf edici kayıtlar konmak şartıyla ve muhakeme bitinceye kadar dermeyeran olunmak şartıyla bu müessesenin ibkasım münasip görmüştür. Fakat nakızdan sonra islah talebinin mesmu olamayacağına tereddüt edilmemiştir. Hükümün mesela tebliğin yolsuzluğundan dolayı bozulması hâlinde islah caiz olur mu? Maddenin sarahati buna manidir. Çünkü, maddenin metninde "İslahın muhakeme bitinceye kadar dermeyeran olunabileceği" tasrih olunmuştur. Bu bir nevi islah talebi için müddet tayinidir. Kanunun tayin ettiği süre bitince islah talebi hakkı sakit olur. Binaenaleyh nakızdan sonra islah, hiç bir vechile caiz değildir.

33. Ticaret Dairesi Başkanı Faiz Yörükoğlu; Bugünkü duruma göre kanunun verdiği bu hakkı biz tevhibi içtihatla nasıl nez edebiliriz.

34. Birinci Başkan; Tahkikata tâbi olmayan işlerde duruşma neticelenmiş, o sayfaya kadar davanın taayyün eden şekil ve mahiyetinde bir değişiklik olmadığı ve bu hâliyle hükme iktiran eyledikten sonra geçen safha, bu hükme müteferri temyiz tetkikine taalluk eder.

35. Artık dava hükme raptolunduktan sonra temyizın nakızı o şekliyle muayyen davaya lahik olmuş hükme teferru edeceği için nakızdan sonra islah bahis mevzuu olmamak lazım gelir, demeleriyle neticede;

36. 1086 ile usul hükümleri meyanına giren islah müessesesi ile; açılmış olan bir davada usule müteallik olmak üzere yapılan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere tamamen veya kısmen düzeltmek imkânı sağlanmıştır. Nitekim bir dava açıldıktan sonra teslimi istenen malın telef ve ziyai gibi bir sebeple teslimin imkânsızlığından dolayı iddia, ifa yerine tazminata çevirmek ve davayı, sebebi olan vaktalar sonradan öğrenilerek düzeltmek ve deliller safhasında da yeni deliller ikame etmek lüzum ve zarureti hasıl olabilir ve iyi niyet sahibi olan taraflar bu yanlışlıkları ve unutulmuş şeyleri islah yoluyla düzeltir veya tamamlayabilirler. Bu fasıl hükümünün sağladığı bu önemli faydelerine mukabil davanın her hangi bir safhasında bu hükümlerin uygulanması davaların sonu alınamayacak surette uzamasına da yol açabileceğinden bu değerli ve faydalı hükümlerin sadelik ve çabukluk esasını hedef tutan umumî usul prensiplerine uygun bir şekilde hızlandırılması da tabikatin gösterdiği lüzum ve icaplardan bulunmaktadır.

37. Konunun aydınlanması ve anlaşmazlığın çözümü bakımından olaya temas eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesi hükümü Kanunumuzun mehazi olan Noşatel Usul Kanununun işbu seksen dördüncü maddemize tekabül eden yetmiş sekizinci maddesi hükümü ile birlikte mütalaa edilmek icap eder. Noşatel Usul Kanununun yetmiş sekizinci maddesinde "İslahın duruşmanın sonuna kadar Jusgu'a la eloture deş debats" ve teşkilatımızı hedef tutan seksen dördüncü maddede islah; tahkikata tâbi olan davalarda tahkikat bitinceye ve tâbi olmayanlarda muhakeme hitamına kadar yapılabilir" denilmekle bahis konusu yetmiş sekiz ve seksen dördüncü maddelerin açık ibarelerinden islahın yalnız tahkikat ve yargılama safhalarında yani tahkikat bitinceye ve hüküm verilinceye kadar mümkün olabileceği kastedildiği ve tahkikat ve yargılama devresinden sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır. Kanunumuzun temyiz faslında ve hususiyile 430'uncu maddede hüküm temyizen bozulduktan sonra da islahın cari olabileceğine dair sarih ve zimni bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile takyid edildiğine göre seksen dördüncü maddenin mücerret itlakına bakılarak bu istisnai yolun hükümün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da şumulünün kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen islah suretiyle davanın değiştirilmesi hâllerinde de işin sonuçlanması güçleşir. Ve bu suretle bu müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer.

38. Sonuç: Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkânını veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen islahın; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesinin açık hükümü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabilir Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olamayacağına mevcudun üçte ikiye aşan oyçokluğu ile 04.02.1948 tarihinde karar verildi.⁴

4- GÖRÜŞLER VE GEREKÇE

a. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda Görüşmeler Sırasında İçtihadı Birleştirme Kararının Değiştirilmesi Gerekliği Yolunda İleri Sürülen Düşünceler

39. 6100 sayılı HMK'nın 141/2 maddesine göre karşı tarafın muvafakati ile iddiannın ve savunmanın her aşamada değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkündür. Mevcut bu düzenlemeye göre bozma kararından sonra davalı tarafın kabulü ile

iddianın, davacının kabulü ile de savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi imkanı varken bozmadan sonra islah yapılamayacağı kabul edilmesinin izah edilir bir yönü bulunmamaktadır.

40. Bozma kararından sonra muhakeme, bozma kararının içeriğine göre dilekçeler, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarına dönülebilmektedir. Sözlü yargılama ve hüküm aşamasına dönülmesine yol açan bozma kararları bir kenara bırakılacak olursa, diğer bütün hallerde bozmadan sonra islah yapılabileceğinin kabul edilmesi gereklidir. Sözlü yargılama ve hüküm aşamasına dönülmesi halinde ise bir daha tahkikat yapılmayacağı için artık islah yapılabilmesi mümkün değildir. Örneğin, usulüne uygun kısa karar kurulmaması veya kararların sözlü yargılamaya davet edilmesini nedeni ile karar bozulmuş ise artık tahkikat aşamasına dönülmediği için bozmadan sonra islah yapılması mümkün değildir. Ancak diğer hallerde bozmadan sonra islahın yapılmasına imkan tanınmalıdır.

41. 28.04.1959 tarih ve 1957/13 E. 1959/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının “bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyiz mahkemesince bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyulmasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir.” şeklindeki gerekçesi dikkate alındığında bozma kararından sonra tahkikatın yeniden başlayacağı kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da 6100 sayılı HMK'nın 177/1 maddesine göre islah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğine göre bozmadan sonra devam eden tahkikat aşamasında da islah yapabileme imkanı tanınmalıdır.

42. 6100 sayılı HMK'da iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı konusunda mülga 1086 sayılı HUMK'dan farklılık bulunmaktadır. Mülga 1086 sayılı HUMK'da iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi açısından dava dilekçesi, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi açısından ise cevap dilekçesi ile başlayan bu yasak, 6100 sayılı HMK'da cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile birlikte başlamaktadır. Ayrıca 6100 sayılı HMK'da ön inceleme duruşmasına katılan taraf, diğer tarafın yokluğunda iddia ve savunmasını değiştirme ve genişletme hakkına da sahip bulunmaktadır. Bütün bunların yanında 6100 sayılı HMK'nın 141/2 maddesinde iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda islah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri de saklı tutulmuştur. Mevcut bu durum hukuk muhakemesi usulündeki felsefesinin değiştiğini göstermektedir. Bu değişiklikler dikkate alındığında 1948 tarihli İBK'nın değiştirilmesinin zorunluluğu ortadadır.

43. 1948 tarihli İBK'dan sonra 1961 Anayasası, 1982 Anayasası ve 6100 sayılı HMK gibi mevzuatta bir takım köklü değişiklikler yapılmıştır. Ön önemlisi ise Anayasa'nın 90. maddesi ile bağlayıcılığın kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen makul sürede yargılama hakkı ve mahkemelere ulaşım gibi ilkeleridir. 1948 tarihli İBK'nın alındığı dönem itibarı ile bakıldığında haklı hukuki gerekçeler bulunduğu açıktır. Ancak yukarıda belirtilen mevcut değişiklikler ve hukukumza giren ilkeler dikkate alındığında 1948 tarihli İBK kaldırılmasa bile en azından değiştirilmesini düşünülmesi gereklidir.

44. İçtihadı Birleştirme Kararının alındığı 1948 tarihinde yürürlükte olan mülga 1086 sayılı HUMK'nun 87/son cümlesi “müddei islah suretiyle müddeabihli tezyit edemez” şeklindeydi. İçtihadı birleştirme kararının alındığı dönem itibarı ile bakıldığında haklı hukuki gerekçeler bulunmaktaysa da müddeabihin islah ile arttırılmasını engelleyen mülga 1086 sayılı HUMK 87. maddesinin son tümesinin Anayasa Mahkemesine ait 20/7/1999 gün ve 1999/1 E., 1999/33 K. sayılı ilamı ile iptal edilmesi üzerine miktarın da arttırılması yolu açılmıştır. Pratikte, miktarın bozmadan sonra islah ile arttırılmayacağını kabul edilmesinin ne gibi haksızlıklar ortaya çıkardığı bütün dairelerin bilgisi dahilindedir. Örneğin: haksız fiile dayalı bir tazminat davasında %50 kusurlu kabul edilen davacı, bu kusur oranı dikkate alınarak belirlenen ve hüküm altına alan mahkeme kararını temyiz etmiştir. Temyiz istemi kabul edilmiş ve karar kusur oranının yanlış belirlenmesi nedeni ile bozulmuştur. Bozma kararına uyan mahkeme kusur raporu almış davacının kusurunun azalması nedeni ile ilk karardan daha fazla bir tazminat miktarı belirlenmiştir. İşte bu halde karar temyiz eden ve lehine sonuç alan davacı bozmadan sonra islah ile dava miktarını arttıramayacaktır. Bu haksızlık, haksız fiil sorumluluğuna bakan Özel Dairelerce bilinmektedir. Bu nedenle 1948 tarihli İBK değişmelidir.

45. Bozmadan sonra islah yapılamayacağını savunan Sayın Üyeler görüşlerinde bozmadan sonra açılacak ek dava yolu ile hakka kavuşabileceğini savunmuşlardır. Ancak bunun pratik olmadığı açıktır. Ek davanın zamanasınca defii ile karşılaşma ihtimali ayrıca yeni bir dava olan ek davada usul hükümlerinin baştan itibaren uygulanacağı dikkate alındığında islah yolu ile hakka ulaşmanın daha pratik olduğu açıktır. Ek dava hakkın elde edilmesinde davacı tarafa ekstra yükler yükleyecektir. Bu da 6100 sayılı HMK'nın 30. maddesine aykırıdır. Bu nedenle bozmadan sonra islah yapılmasına imkan sağlanacak şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir.

46. 6100 sayılı HMK'da ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat aşamasına geçilir. Yine aynı Kanun'un 184/2 maddesine göre de tahkikat, hakimnin tahkikatın bittğini ilan etmesine kadar devam eder. Temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması ile birlikte bozmanın niteliğine göre muhakemenin çeşitli aşamalarına geri dönlmektedir. Sözlü yargılama aşaması öncesinde herhangi bir aşamaya dönülmesi halinde tahkikatın bitmediği açıktır. Örneğin; dava dilekçesinin esasa kayıt edilmesinden sonra dilekçeler aşaması tamamlanmakta akabinde ise dava şartları incelenmektedir. Bu aşamada görevsiz olduğunu düşünen mahkeme dava şartı yokluğu nedeni ile usulden ret kararı verebilmektedir. Bu usulden ret kararının bozulması üzerine yapılan yargılama davacının islah hakkını kullanamayacağını kabul etmenin izah edilebilmesinin mümkün olduğu görülmüştür.

47. Esasa dair bozmal bir tarafa bırakılacak olursa usule dair her türlü bozma kararı davacının doğmamış islah hakkının ölmesine neden olacaktır. Örneğin; mahkeme önüne gelen bir davada yetkisizlik kararı vermiştir. Bu yetkisizlik kararının onanması halinde devam eden muhakemede davacı islah hakkını kullanabilecektir. Ne var ki, yetkisizlik kararının bozulması halinde devam eden muhakemede tarafların islah hakkını kullanamaması izah edilemez.

48. Sayın Üyeler, bozmadan sonra islah yapılabileceği kabul edilirse bozmadan sonra yapılacak tam islah ile davanın tamamen değiştirilmesi imkanı ortaya çıkar ki bu da karşıtalara ve bitmeyen davalara neden olur görüşü savunulmuştur. Buna katılmak mümkün değildir. Ayrıca eşer davacı bozmadan sonra tam islah yaparak davasını değiştirmek istiyorsa böyle bir usul işlemi davanı uzamasından başka bir iş yaramayacaktır ki bu da davacının takdirinde olan bir şeydir. Hiçbir davacı davasını uzatmak istemez. Ayrıca kötü niyetli islah yapılması halinde kanun koyucu para cezası verilmesini de öngörmektedir. Bu nedenle bu görüşü kabul etmek mümkün değildir.

b. Bu görüşlere Çoğunluk sıra ile şu gerekçelerle katılmamıştır:

49. Öncelikle eldeki sorunun kaynağı belirlenmelidir. Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre "içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar." denilmektedir. Bu açık düzenlemeye rağmen, yürürlükte olan ve bugüne kadar değiştirilmemiş 1948 tarihli İBK varken, Daireler bağlayıcı olan bu karara aykırı karar vermektedir. Sorun da işte buradan kaynaklanmaktadır. 6100 sayılı HMK, 1948 tarihli İBK'ni yürürlükten kaldırmadığına göre bu karar bütün yargı mercileri tarafından öncelikle ve tartışmasız uygulanması zorunludur. Buna aykırı davranılması içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırıdır. İctihadi birleştirme kararına aykırı karar verilerek, devamında ise içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılmasını istemek doğru değildir. İctihadi birleştirme kararının yürürlükteki mevzuata aykırı olduğunu düşünen Dairelerin nasıl harekete etmesi gerektiği Yargıtay Kanunu 45/1 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yol kullanılmadan bağlayıcı olan 1948 t. İBK aleyhine hükümlerin verilmesi hukuk güvenliği ni zedelemektedir.

50. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi 1'nci ve 2'nci fıkralarında içtihadı birleştirme müessesesi açıklıktan sonra 3'üncü fıkrada "içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasını istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır" denilmiş ve açıkça içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilebileceği veya kaldırılabileceği esas benimsenmiştir. Ancak hangi hallerde değişiklik yapılabileceği konusunda bir hüküm getirilmemiştir. Değiştirme şartları hakkında bir şart getirilmemesi de normaldir. Değişme şartlarının oluştuğunun takdiri uygulayıcı olan Kurul üyelerine aittir. Ne var ki, eldeki içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi talebine bakıldığında bugün itibarı ile şartların oluşmadığı açıktır. Çünkü içtihadın birleştirildiği 1948 yılında sonra 6100 sayılı HMK'da içtihadın kaldırıldığına yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Mülgâ 1086 s. HUMK'daki islah hükümleri ile 6100 sayılı HMK'da benzer düzenlemeleri getirmiştir. Bu nedenle değiştirme şartları oluşmamıştır.

51. Tahkikatın bozmadan sonra da devam ettiği düşüncesi 28.04.1959 tarih ve 1957/13 E. 1959/5 K. sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararının "bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyulmasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir." gerekçesine dayandırılmaktadır. Bu gerekçe ile tahkikatın bozma kararından sonra devam ettiğini kabul imkan yoktur. 28.04.1959 gün ve 1957/13-5 sayılı içtihadı birleştirme kararı görevsizlik kararının her aşamada verilebileceğine dair bir karardır. İctihadi birleştirme kararları gerekçeleri ile açıklayıcı sonucu ile bağlayıcıdır. Kararın sonucu da görevsizlik kararının her aşamada verilebileceğine dairdir. Bu nedenle 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararındaki bu gerekçenin eldeki tartışmalara bir katkısı bulunmamaktadır.

52. Bozmadan sonra islah yapıp yapılmayacağı konusu sadece davacı açısından tartışılmaktadır. Ne var ki bu şekilde bir müzakere bizi yalnızca götürcektir. Süresinde cevap dilekçesi veren ama zamanasını defini ileri sürmeyen davalının cevap dilekçesini islah ederek zamanasını ileri sürmesi bugün Daire uygulamalarında kabul edilmektedir. Örneğin; bozmadan sonra cevap dilekçesini islah ederek cevap dilekçesinde ileri sürmediği savunmalarını bu kapsamda zamanasını savunmasını da ileri sürmesi halinde yargılama içinden çıkılmaz bir hal alacaktır. Bu durum usul ekonomisi ilkesine göre fayda sağlamayacağı açıktır.

53. Bozmadan sonra islah yapılması yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan adil yargılanma hakkını zedelediği ileri sürülmüş ise de, bu yasak bireysel başvuruya taşınmış, ne var ki Anayasa Mahkemesi, Suzan Tekin (Kavurkacı) Ve Diğerleri Başvurusu'nda (Başvuru Numarası: 2013/1932) ihlal tespit etmemiştir. Söz konusu başvuruda, başvuru destekten yoksun kalma ve manevi tazminat davasında islah taleplerinin bozmadan sonra islah yapılmayacağı gerekçesiyle reddedilmesi ve yargılanmanın uzun sürmesi nedenleriyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. 9 yıl 8 ay süren yargılamada makul süre açısından ihlal bulan mahkeme (B. No: 2013/1932, 17/07/2014, § 66), ek dava açma hakkının bulunduğuna işaret edilerek mahkemeye erişim hakkı yönünden ihlal bulunmadığına hükmetmiştir (B. No: 2013/1932, 17/07/2014, § 53). Mahkeme bir diğer başvuruda da aynı neticeye ulaşmış ve ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. (B. No: 2013/5934, 26/2/2015, § 61 ve § 72). Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görüşünün dayanağı kalmamıştır.

54. 6100 sayılı HMK'nın 177/1 maddesinde "islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" denilmekle maddenin açık ibaresinden islahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hakim tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkün olabileceğinin kastedilmektedir. Bu aşamadan sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır.

55. 6100 sayılı HMK'nın temyiz hükümlerinde hükmün temyizen bozulmasından sonra da islahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile sınırlama getirildiğine göre bu istisnai yolun hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da genişletilerek kabul edilmesi bozma kararlarıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen islah suretiyle davanın değiştirilmesi hallerinde de işin sonuçlanması güçleştirir ve islah müessesesinden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer. Her ne kadar, yeni bir usul kanunu yürürlüğe girmiş ise de bozmadan sonra islah yasağının hak ihlali olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararları ve yasa koyucunun 1948 t. İBK'ni bilmesine rağmen bunu kaldırır veya değiştiren bir hüküm getirmemesi dikkate alındığında mevcut kararın değiştirilmesini gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır.

5. SONUÇ

56. Yukarıda açıklanan nedenlerle; "bozma kararı sonrasında islah yapılmayacağı ve İctihadi Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine" dair 06.05.2016 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Hukuk yargılama'nın amacı adaletli karar vermektir. Bunun için kararın maddi gerçekleri yansıtması ve yapılan yargılamanın ucuz basit ve çabuk olması gerekir.

Hukuk yargılama düzenimizde taraflar iddia ve savunmalarını belli bir zaman dilimi içinde bildirmek zorundadırlar. İddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı Usul Yasası'nda yerini almış önemli ilkelerden biridir.

Tarafların davanın başında iddia ve savunmalarını tam ve doğru olarak bildirmeme ihtimali mevcuttur.

İslah, tarafların yaptıkları usul işlemlerinde, yanlışlıkları düzeltmeye eksiklikleri tamamlamaya ve böylece adil karar verebilmeyi sağlamaya yönelik bir yoldur.

İslahın konusu, tarafların yaptıkları usul işlemleridir. Örneğin, İslah ile davacı önceden tazminat istemiş ise, sonradan taşınmazın tescilini isteyebilir, davanın konusunu artırabilir, tespit davasını eda davasına dönüştürebilir, davalı islahla cevap dilekçesini genişletebilir.

1086 sayılı Kanun'un 84. maddesinde islahın, tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar, tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılacağı düzenlenmiştir.

01 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177.maddesinde İslahın, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun koyucu islahı belirli bir zaman dilimi ile sınırlamış ise de, Yasada bozmadan sonra islah yapılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Hukuk yargılama'nın katı biçimselliğini yumuşatan taraflara adaletli bir karar noktasında imkan sağlayan islahın yapılma zamanını yasaya aykırı olacak şekilde sınırlı tutmak doğru olmayacaktır.

İslahın yapılma zamanına ilişkin Yargıtay'da farklı kararlar verilmesi üzerine 4 Şubat 1948 tarihinde, İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiş, anılan karar ile, Yargıtay'ca hükmün bozulmasından sonra islahın mümkün olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

İçtihadı Birleştirme Kararları ilke kararlarıdır ve bu kararlara uyulması bir zorunluluktur. Bu zorunluluk Yargıtay Kanunu 45. maddesinde düzenlenmiştir.

Yargıtay daireleri arasında bozmadan sonra islahın mümkün olup olmadığı konusunda farklı uygulamalar vardır. Kimi daireler kesin bir şekilde bozmadan sonra islahın hiç mümkün olmadığına yönelik kararlar vermekte, kimi daireler ise usule ilişkin bozmadan sonra islahın mümkün olduğuna bozmadan sonra tahkikat devam ediyorsa islah yapılabileceğine karar vermektedir. Farklı uygulamalardan dolayı, Şubat 1948 tarihli İçtihat Birleştirme Kararının değiştirilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir.

Bozmadan sonra islah yapıp yapılmayacağı konusunun çelişkili kararlardan kurtararak, net bir uygulamaya kavuşturmak, çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Bu konu hak arama özgürlüğünü sınırlamamak, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırmak değil kolaylaştırmak noktasında büyük önem arz etmektedir.

Adil yargılama gereklerinden biri olan usul ekonomisi ilkesi gereğince, yargılamanın en az giderle, en kısa zamanla gerçekleşmesi ve boş yere davalar açılmasının önlenmesi esastır.

Bir dava ile halledilebilecek bir uyuşmazlığın, bir başka dava konusu olması usul ekonomisine uymamaktadır. 1948 tarihinde yürürlükte olan 1086 H.U.M.K.'nin 87. maddesinde düzenlenen müddeabihin islah yoluyla artırlamayacağına ilişkin hüküm 1999 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığı, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırladığı gerekçelerine yer verilerek iptal edilmiştir.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren H.M.K.'nin 30. maddesinde usul ekonomisi ilkesi yargılamaya hakim olan ilkeler içinde sayılmış hakime yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamayı bir yükümlülük olarak yüklemiştir.

Anayasa'nın 141/ son maddesinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu düzenlenmiştir.

Usul ekonomisi ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile de doğrudan ilgilidir. Türkiye 18 Mayıs 1954'de sözleşmeyi onaylamıştır.

Öncelikle tahkikatın ne zaman başlayıp bittiğinin netliğe kavuşturulması gerekir.

Tahkikat, tarafların duruşmaya çağrılmalarıyla başlayan, davaya konu ihtilafa ilişkin ileri sürülen tüm delillerin toplanmasıyla biten bir evredir. Aslında yargılamanın tamamına yakın bir bölümünü kapsadığını söylemek yanlış olmaz.

Yeni 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen ön inceleme aşamasından sonra tahkikat aşamasına geçilir.

Tahkikat aşaması, davaya konu ihtilafa doğru bir sonuca ulaşmak için mahkemece yapılan inceleme ve araştırma bölümüdür. Bu aşamada, hakim tarafların dayandıkları delillere göre şartları varsa tank dinleyebilir, keşif yapabilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir, taraflardan açıklama isteyebilir, yemin icra ettirebilir.

Bu işlemler, yani tüm delillerin toplanması ve araştırma aşamasının sonunda mahkemece, hazır bulunan taraflardan tahkikata ilişkin beyanlarını alır ve tahkikatın bittiğini teftih eder.

Tahkikat aşaması bu şekilde tamamlandıktan sonra mahkemece taraflara son sözleri sorularak, hüküm verilir.

Mahkemece verilen hükmün, temyizi üzerine Yargıtay, inceleme ve araştırmanın hükmü kurmaya elverişli olmadığı, yetersiz olduğu gerekçesiyle hükmü bozduğunda, bozma ilamına uyan mahkemece tahkikat aşamasına yeniden dönecektir.

04.02.1959 tarihli 13/9 sayılı İċtihadı Birleştirme Kararında, mahkemece verilen kararın Yargıtay'ca bozulması halinde, mahkemenin bozma kararına uyması ile davanın yeniden duruşma yani muhakeme yani tahkikat safhasına girmiş olacağı, duruşmanın yani tahkikatın bitemiş olduğu belirtilmiştir.

Kanun koyucu, eğer isteseydi, gerek eski 1086 sayılı Kanun'da gerekse 6100 sayılı yeni Usul Yasası'nda bozma kararından sonra ışlahın m¼mk¼n olmadığına ilişkin bir d¼zenleme yapabilirdi. Her iki Yasada da , ışlahın tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği h¼k¼m altına alınmıştır.

İċtihadı Birleştirme Kararı, 1086 sayılı Kanun y¼r¼rl¼kte olduğu d¼nemde kabul edilmiştir. 1 Ekim 2011 tarihinde H.M.K. y¼r¼rl¼đe girmiştir. H.M.K.'da İċtihadı Birleştirme Kararı'nı ortadan kaldıracak bir d¼zenleme yoktur.

İċtihadı Birleştirme Kararında usul ve esas ayırımı yapılmaksızın, bozmadan sonra ışlahın m¼mk¼n olmayacağı kabul edilmiştir.

İċtihadı Birleştirme Kararları bağlayıcıdır. Uyuma zorunluluğu vardır. Ancak yasa h¼k¼mleri de bağlayıcıdır ve yasalara uymak da zorunludur.

Bir yanda tahkikat bitinceye kadar ışlahı imkan tanıyan Yasa h¼km¼, diğer yanda usul ve esas ayırımı yapmaksızın, bozmadan sonra ışlahı yasaklayan İċtihadı Birleştirme Kararı.

Örneğin, usule y¼nelik yetkisizlik, g¼revsizlik, dava şartı yokluğundan ret kararlarının temyizi sonucu, Yargıtay kararı bozduğunda, bozmaya uyan mahkemece, tahkikata bozmadan sonra başlanacaktır.

Bu durumda, Yasa'da taraflara tanınan ışlah hakkı daha doğmadan ortadan kaldırılmış olmayacak mıdır? B¼yle bir hal, yani hakkı doğmadan yasaklamak ağır bir hak ihlali oluşturmayacak mıdır?

Mahkemelerce esasa ilişkin verilen kararlar Yargıtay'ca tahkikatın yetersiz olduğu, yapılan araştırmanın h¼k¼m kurmaya elverişli olmadığı gerekçesiyle bozulabilmektedir.

Bozmadan sonra bozmaya uygun olarak tahkikata devam edilmişe, bu aşamada ışlahın yapılamayacağını savunmak Yasa h¼km¼ne açık bir aykırılık teşkil edecektir.

şubat 1948 tarihli ve şubat 1959 tarihli İċtihadı Birleştirme Kararları ile yasa h¼km¼ birlikte değerlendirilerek, bozmadan sonra ışlahın, hangi hallerde m¼mk¼n olduğu belirlenmeli, uygulamada birliğin sağlanması gerekmektedir.

Usule ilişkin verilen kararda mahkemece tahkikata hiç başlanmamıştır. Verilen kararın bozulmasından sonra, bozma kararına uyulmasıyla, tahkikat başlayacaktır. Tahkikatın eksik yapıldığı gerekçesiyle h¼km¼n, esastan bozulması halinde de, bozmaya uyulmakla, bozmadan sonra tahkikat yeniden başlayacaktır.

Bozmadan sonra ışlahın sınırlarını net ortaya koyacak şekilde; İċtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin; hak arama ¼zg¼rl¼đ¼n¼ daraltmak ve sınırlamak değil, genişletmek ve kolaylaştırmak adına, Avrupa İnsan Hakları S¼zleřmesi'nin 6. maddesinde d¼zenlenen adil yargılanma hakkı Anayasa'nın 141/ son maddesi, H.M.K. 30. maddesinde d¼zenlenen usul ekonomisi ilkesi gereğince zorunlu olduğunu d¼ř¼nd¼đ¼mden, İċtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine y¼nelik çoğunluk g¼r¼ř¼ne katılmıyorum.

KARŞI OY YAZISI

Sayın çoğunluk 04/02/1948 tarih, E: 1944/10, K: 1948/3 sayılı İBK uyarınca, bozma sonrası islah yapılamayacağına, islah edilen kısmın reddi gerektiğine temaslara yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

İslah doktrin ve uygulamada kısaca; davanın taraflarının karşı tarafın rıza ve muvafakatı ile hakimnin iznine bağlı olmadan (tahkikata tabi davalarda tahkikatın sona ermesine, tahkikata tabi olmayanlarda ise yargılamanın bitimine kadar) yargılama boyunca bir defa olmak üzere taraflarca yapılmış olan bir usul işleminin tamamen yavaya kısmen düzeltilmesi (HMK 176 vd, HUMK 83 VD mad.) olarak tanımlanabilir.

1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu sırada Yüksek Yargıtay Büyük Genel kurulunca 04.02.1948 Tarih 1944/10 E.1948/3 karar sayılı olarak verilen "Yargıtaya hüküm bozulduktan sonra islahatın faydalanmanın mümkün olmayacağına" ilişkin İBK'da aşağıda belirtilen gerekçelerle değişiklik yapılarak usuli kazanılmış hakkın doğmadığı durumlarda Yargıtay Bozma kararı sonrasında İslah Yapılabilmelidir.

Şöyleki;

2797 sayılı Yargıtay kanununun 45.maddesinde içtihatların birleştirilmesinin usulü düzenlenmiştir. Mevcut bir İBK'nin değiştirilmesi ve kaldırılmasındaki usul aynı kanunun 45/3. maddesindeki gönderme ile içtihatların birleştirilmesindeki usul olan 45/1.fıkranın uygulanacağı belirtilmekle zaman içinde mevzuat ,toplumsal ilişkiler hukuki yorumlardaki değişimler nedeniyle mevcut İBK'nin da değiştirilebileceği öngörülmüş olup Yargıtay Büyük Genel kurulunca bu şekilde daha önceki yıllarda İBK'nin değiştirilmesine ihtiyaç duyulduğundan değişiklik yapılmıştır.

6100 sayılı kanuna göre Hukuk Yargılamasının 5 safhada yapılması (dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm) öngörülmüş olup islah; davacı için cevaba cevap, davalı için 2. cevap dilekçesinin verilmesi sonrasında (ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz gelmediğinde diğer gelen taraf için ön inceleme duruşması sonununda) başlayıp tahkikat safhasının sona ermesine kadar yapılabileceği belirtilmiştir. (HMK 177/1 md.)

Buna göre HMK'da islahın Yargıtay temyiz incelemesi (bozma kararı) öncesinde yapılması şart kılınmadığı gibi bozma kararı sonrasında özellikle tahkikat safhasının devam ettiği-tamamlanmadığı-aşamada-delillerin toplandığı veya toplanmaya devam edildiği hallerde islahın yapılamayacağına ilişkin getirilen bir yasak yoktur.

Kanunun getirmedeği İslah yapma hak ve yetkisinde yasak halini biz uygulayıcıların- bozma sonrasında tahkikatın devam ettiğinde şüphe bulunmayan haller olan eksik deliller toplansada, tahkikat devam etsede İslah yapılamaz şeklindeki düşünce-islahın yapılma safhasının kanunda bozma ile sınırlanmadığı tahkikatın (delil toplanmasının) devam ettiği sürece yapılmasına imkan verdiği taraflara kanunla tanınmış olan "İslah yapma hak ve yetkisinin" İBK ile yasak getirilmesi olur.

Yargılama Usulünde Tahkikat safhası; davanın açılması ve dilekçelerin teatisi safhası sonrasında ön inceleme duruşmasını müteakiben başlayıp, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile bunların ispatı için gösterilen delillerin (keşif, tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi ve yemin gibi kanıtların) toplanması ve incelemesi safhasıdır.

Delillerin toplanması ve incelemesi bitince tahkikat safhası sona ermiş olur. Bundan sonra sözlü muhakeme safhasına geçilip en sonunda da hüküm verilir.

1948 Tarihli "Bozma sonrasında islah yapılamaz" şeklinde özetlenebilen İBK o tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'nun yürürlüğe girmesinden sonraki 21 yıllık uygulama sonrasında aittir.Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin 1999 yılındaki 1086 sayılı HUMK'nun 87/son cümlesinde "müddei islah suretiyle müddeabihî tezyit edemez" şeklindeki islahın uygulamasını daraltan kanundaki düzenleme "Kısmi dava olarak açılan davalarda başlangıçta dava konusu edilmeyen kısım bakımından İslah yapılmasına engel olan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile Yargılamadaki Usul Ekonomisi İlkesine aykırı görülebileceği" karar verilmesi sonrasında İslah kurum uygulamada EK DAVAYA BİR alternatif olarak İSLAH İŞLEMİ pratiklik kazanmış Usul ekonomisi ilkesine uygun olarak daha çok başvurulan bir yol olmuştur.

1948 tarihli kısıtlayıcı İBK sonrasındaki tarihsel süreçte yürürlükte olan 1924 Anayasası kaldırılmış 1961 tarihli anayasa yürürlüğe girmiş ve daha sonra bu Anayasada kaldırılarak 1982 tarihli anayasa kabul edilerek yürürlüğe girdiği gibi 1927 tarihli HUMK kaldırılarak 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmiş, Avrupa İnsan hakları sözleşmesi TBMM tarafından onaylanarak iç hukukun bir parçası haline gelecek Ek protokol 6.madde ile Adil Yargılama İlkesi kabul edilmiştir.

1086 sayılı HUMK hükümleri genelde yazılı yargılama usulünün uygulandığı heyet (toplu) mahkemeler esas alınarak düzenlemeler getirdiği halde HMK ise mahkemeler tek hakimli olarak kabulü ile düzenleme yapmış, heyet mahkemeler ayrıca düzenlenmiştir. (HMK 185. md Toplu mahkemelerde tahkikatın nasıl ve kim tarafından yapılacağı ve sona erme şekli düzenlenmiş) Bu nedente islah müessesinin yapılmasında süre sınırı her iki kanunda tahkikat safhasının tamamlanması olmasına rağmen önceki ve sonraki usul kanunlarında tahkikat safhasının başlangıcı ve tamamlanması aynı değildir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK öncesinde uygulanan 1927 tarihli HUMK'un 84.maddesinde islahın Tahkikata tabi olan davalarda tahkikatın bitimine kadar yapılacağı düzenlenmiş olup tahkikatın ise Layihaların verilmesi sonrası başlayacağı tahkikat bitiminin ise 375. maddesine göre (HUMK'da Asliye Mahkemesinin Toplu yani heyet mahkemeleri olarak çalışması öngörüldüğünden) tahkikat hakiminin taraflara en son diyeceklerini bildirmeleri için süre verip bu süre sonunda üye hakimnin tahkikatın bittiğini tefhim ederek dava dosyasını dilekçeler ve delillerle birlikte son diyeceklerinin açıldığını verilmişse dilekçelerle mahkeme reisine verilmesi ile Tahkikatın Biteceği Sözlü yargılama ve hüküm safhasına geçileceği belirtilmiştir.

6100 sayılı kanunda ise 177/1.maddesinde islahın "Tahkikatın tamamlanmasına kadar yapılacağı" belirtilmiş, tahkikatın ise Ön inceleme duruşması sonrasında başlayacağı ve aynı kanunun 184.maddesine göre, tarafların iddia ve savunmalarına göre tüm delillerin toplanıp toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verilir; tarafların tahkikatın tümü hakkında açıklamalarından sonra, tahkikati gerektiren bir husus kalmadığının görülmesi halinde, tahkikatın bittiğinin taraflara tefhimi ile sona erecektir.

Görüldüğü üzere eski ve yeni usul kanunda yargılamadaki "Tahkikat" safhasının başlangıcı ve sona erme düzenlenmesi bakımından önemli bir fark yok veya hiç bir fark yok demek mümkün değildir.

Bununla birlikte 1948 Tarihli İBK ile -Bozma sonrası ıslah yapılamaz denildiğinden;

6100 sayılı HMK'ya göre dilekçelerin teatisi safhası sonrası 145.mad. göre dosya üzerinde ÖN İNCELEME yapılması sırasında yani henüz tahkikat (delil toplama) safhasına hiç başlanmadığı hallerde; görevsizlik, yetkisizlik ve husumet yokuğu gibi usuli kararlar verildiği hallerde bu kararın Yargıtay tarafından bozulması halinde bu kararı veren mahkemece daha önce hiç başlanılmayan tahkikat işlemlerinin yapılması gerekecek bu meydana delil toplama ve değerlendirme gibi TAHKİKAT işlemleri gerçekleştirilecek ve bu safhada 1948 tarihli İBK katı şekilde uygulanması halinde artık taraflar bozma sonrasında da tahkikat işlemleri yapıldığı ve tahkikata devam edildiği halde ve kanunda Bozma sonrası-tahkikatın devamı halinde-ıslah yapma yasağı bulunmamasına rağmen İSLAH yapılamayacak; ancak bu görevsizlik, yetkisizlik gibi nedenlerle verilen usuli kararlar onanıp dosya yeni görevli ve yetkili mahkemeye gönderildiğinde ise HMK'da ve İBK'da onama kararı sonrası için dosyaya yeni bakan mahkeme bakımından ıslah yapma yasağı bulunmadığından Tahkikat yeni görevli mahkemede devam ettiği sürece ise İSLAH yapılabilecektir.

Bu durum ise aynı nitelikte olan davalar bakımından verilen kararlar Usuli karar olduğu halde temyizdeki Onama veya bozma durumuna göre bağlanan sonuçlar bakımından adaletsizlik doğurup kendi içinde çelişki meydana getirecektir.

Yani bozma öncesinde hiçbir delil toplanmadan ön inceleme safhasında dava şartı yokuğu (görev yetki husumet ve hukuki yarar yokuğu gibi) nedeniyle verilen usuli kararlar sonrasında bozma yapıldığına dava konu edilen talep artırılmak istenildiğinde Anayasa mahkemesinin iptal kararı ile geçerlilik kazandırdığı ıslah müessesesi fonksiyonel olmayacak ıslah yapılamayacak Anayasanın 141.maddesindeki "usul ekonomisi ilkesi" ile AİHS'nin Adil Yargılanma hükmüne aykırı olacak şekilde ayrı bir ek dava açılmak zorunda kalınarak uygulama yapılması gerekecektir.

HMK göre bozma sonrasında tahkikat devam ettiği (delillerin toplanmaya devam edildiği) halde sırf 1948 tarihli İBK var diye taraflara Ek dava açma külfeti yüklenecek bu ek davada harç ve delil avansı, yargılama gideri yatırma gibi maddi külfet getireceği gibi dilekçeler safhası, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm safhasının geçmesi beklenip (ki en az 6 ay sürtecektir kısmi davada bu açılan ek davanın birleştirilmesi beklentisi sorun yapılarak) Birleştirme kararı ile daha önce açılan kısmi dava ile birleştirilebilecek, bu durum ise Anayasal ilke olan Yargılamanın hızlı ve ekonomikliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu anlamı somutlaştırdığımızda; Asliye Hukukta açılan bir davanın Aile Mahkemesinin görevinde olması nedeniyle tedbir tahkikat aşamasına (yani henüz deliller toplanmaya başlanmadan) geçmeden dosya üzerinde ön inceleme yapılarak (duruşmada yapılmadan) görevsizlik kararı verildiğini kabul ettiğimizde mahkemece Görevsizlik nedeniyle usulden verilen red kararı onandığında dosya görevli Aile mahkemesine gittiğinde İBK da ve yasada onama sonrası ıslah yapılması bakımından yasak getirilmediğinden Aile Mahkemesinde ki yargılama sırasında ıslah yapılabilecek, ancak görevsizlik nedeniyle verilen usulden red kararının bozulması ve davaya yine aynı kararı veren Asliye hukuk mahkemesinde devamı halinde ise bozma sonrasında tahkikata yeni başlanıp delil toplandığı halde 1948 tarihli İBK nedeniyle ıslah yapılamayacaktır.

Bu örneğe göre aynı durumda olan-bozma halinde ve onama halinde-dosyanın gönderildiği mahkemelerde tahkikat safhası yeni başladığı halde iki mahkemede tahkikat değişimiz delil toplama ve değerlendirme safhası olan safhalar aynı olmasına rağmen ıslah yapılabilecek bakımından uygulama farklılığı ortaya çıkacaktır.

Bu durumda aynı durumdaki dosyalar arasında onama ve bozma kararlarına göre ve kanunda ıslah için getirilen tek sınır olan tahkikatın tamamlanması iken bozma sonrası için ıslahın yasaklanması suretiyle tahkikatın tamamlanmasına kadar ıslah yapma hak ve yetkisi kanunun tarafından taraflara tanındığı halde 1948 tarihli İBK ile kaldırılmış olması ile uygulamada doğan bu çelişki nasıl izah edilebilir?

Zaman içinde ihtiyaç hasıl olması halinde Anayasalar, kanunlar ve mevzuat değişebildiği halde hukuk kurallarının olaylara yorum yolu ile uygulanması olan Yargı içtihatlarının (İBK) değişmezliğini kabul etmek veya bu değişikliği çok katı kurallara bağlamak hukuk sisteminin ve toplumsal gelişiminin hızlı olduğu hallerde Yargısal uygulamanın toplumun ihtiyaçlarının gerisinde kalmasına sebebiyet verecektir.

Önceki İBK'dan beri aradan geçen yaklaşık 70 yıllık sürede toplumu oluşturan kişiler arasındaki ekonomik, sosyal ve hukusal ilişkilerinde, zaman içinde meydana gelen değişiklikler ile Anayasa mahkemesinin kısmi davalardaki ıslah yasağını kaldırarak kısmi olarak açılan davalardaki ıslahın yapılmasının önünü açık ek davaya alternatif olarak ıslahı gündeme getirmesi ile iptal kararı sonrası Yargıtaydaki 23.Hukuk Dairesinden en azından 15.Hukuk Dairesinin ve HGK'nun uygulamaları bakımından yargıtayın bazı bozma kararları sonrasında da tahkikat safhasının-yani delil toplanmıy- devam ettiği hallerden olan eski tahkikat nedeniyle veya Usule ilişkin (görev, yetki, husumet gibi) verilen kararlar sonrasındaki bozma hallerinde 1959 tarihli İBK'nın "usule ilişkin ret kararlarının bozulmasına karar verilmesi sonrasında tahkikat safhası devam eder" şeklinde olan karar gerekçesi dayanak alınmak suretiyle bozma sonrasında ıslah yapılabileceği şeklinde kararlar verilmesinde ihtiyaç duyulmuş zorunlu hukuk hisedilmiş kararlar verilmiş ve verilmiştir.

1948 tarihli İBK'nın varlığına rağmen tamamen 1961 Anayasası sonrasında Anayasalarımıza giren 6100 Sayılı HMK'da düzenlenen "USUL EKONOMİSİ İLKESİ" gereğince İHTİYAÇ duyulduğu için zorlama ile de olsa yasadaki düzenleme dikkate alınarak sırf usule ilişkin kararlarda bozma sonrası tahkikat (delil toplama) devam ettiğiğinden İSLAH yapılması yaygın bir hal alarak kabul edilmiştir.

Yüksek Yargıtayın 23.Hukuk Dairesinden 15.Hukuk Dairesinin ve HGK'nun usule ilişkin kararlarda Bozma sonrasında 1948 yılındaki yasaklayıcı İBK'nın 1958 yılındaki İBK'nın gerekçesindeki bir cümle dayanak gösterilmek suretiyle yani "Tahkikat safhasının bozma kararı sonrasında devam ettiği hallerde" Yargıtay bozma kararı sonrasında ıslahın mümkün olduğu şeklinde karar verme ihtiyacı duymaları bile bu 1948 tarihli İBK'da değişen mevzuat, toplum yapısı, sosyal ve ekonomik ilişkiler ile hukusal işlem ve düşünceler nedeniyle İBK'da değişiklik yapmaya ihtiyaç olduğunu açıkça göstermektedir.

Şu anda bu 1948 tarihli İBK'nın değişikliğine gerek yok demek bu kadar Hukuk Dairesi ve HGK uygulaması ile kararlarının verilmesindeki zorunluluğu hukusal ve toplumsal dinamikleri, değişim ihtiyacını görmezden gelmektir.

Tabiki zaman içinde toplumsal kurallarda ve yorumlamada değişiklikler olabilir ve bu durumlarda yargısal yorum ve içtihatlarda değişiklik yapılabilir. Bizden önceki büyüklerimiz, ustalarımız bu kurum veya eski düzenlemeleri yorumlayıp (o tarihte kısmi dava sonrasında dava değerinde ıslahyapılmasında mümkün olmadıgından) 948 tarihli İBK'ni vermişlerdir.

Tekrar bu konuda içtihat değişikliği yapmaya gerek yok demek Anayasa mahkemesinin iptal kararı ve 6100 sayılı kanundaki değişiklik sonrası Anayasanın 141. maddesinde yerini bulan Hukuk devleti ve Usul Ekonomisi İlkesine aykırılık oluşturacak 1948 tarihli İBK nı değişmez yani bir tabu haline getirecektir.

Anayasanın 141.maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir şeklindeki düzenleme ile 6100 Sayılı HMK 26. maddesinde Taleplere Bağlılık, 30.maddesinde Usul Ekonomisi ve 31.maddesinde ise Hakimin davayı aydınlatma ödevi ve ilkeleri düzenlenmiş olup bu ilkelerin getiriliş amacı yargılamaların adil, hakkaniyete uygun ve makul süre içinde en az giderle ve düzenli bir biçimde yürütülüp sonuçlandırılması ve hukuki gerçekliğe ulaşılması amaçlanmıştır.

1948 Tarihli İBK da değişiklik yapılmaması halinde Anayasa Mahkemesinin ıslahı pratik hale getirip uygulanabilir kılan EK DAVA AÇILMASINA İHTİYAÇ BIRAKMAYAN iptal kararı sonrasında 1959 tarihli İBK'nın gerekçesinin dayanak alınmak suretiyle Usule ilişkin Kararların Bozulması sonrasında zorunluluktan ve yasadı engelleyici hal bulunmadığından dolayı ıslaha cevaz veren HGK ve dairelerin karar ve uygulamaları havada kalacaktır.

Konuya doktrin perspektifinden baktığımızda 1948 yılı sonrasında bu İBK eleştirilmiş (SAİM ÜSTÜNDAĞ MEDENİ YARGILAMA HUKUKU s.537,İLHAN POSTACIOĞLU Medeni Usul hukuku S.375, Necip Bilge Medeni Yargılama hukuku S.318)" ve Mahkemece esasa girilmemiş olmak ve bütün dava safahatı içerisinde birden fazla yapılmamış olmak kaydıyla ilk hükmün Usuli nedenlerle verilmiş olması ve bozma üzerine (bozma sonrasında) esasa girilişen (tahkikatın devam ettiği) aşamalarda yargılama bitinceye kadar ıslah yapılabilmesi" belirtilmiştir. (Prof Dr Ejder YILMAZ MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ISLAH 2013 baskı s. 517)

Yargıtay'ın en önemli görevi görevine giren konularda bütün yurttaki hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanmasını sağlamak olup ülkede içtihat birliğini tesis etmektir.Mahkemelerin ve Yargıtay Dairelerinin benzer olaylar karşısında farklı kararlar vermesi Any.10. Mad eşitlik ilkesini zedeler, adalet duygusunu incitir. Üst mahkeme olarak yargıtay dairelerinin kendi arasında veya hukuk genel kurulunun kararları arasındaki içtihat uyumsuzluklarının içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesi gerekir.

1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu sırada Yüksek Yargıtay Büyük Genel Kurulunca 04.02.1948 Tarih 1944/10 E.-1948/3 Karar sayılı olarak verilen Yargıtayca hüküm bozulduktan sonra ıslahın faydalanmanın mümkün olmayacağına ilişkin İBK nın aradan geçen 70 yıllık sürede Anayasa, yasalar, toplumsal, ekonomik ilişkiler ile hukuksal işlem ve kurumlar ve değer yargılarındaki değişmelerinde dikkate alınarak usule ilişkin verilen kararların bozulması sonrasında esasa girilen durumlarda tahkikat (delil toplama ve değerlendirme) safhası devam ettiğinden bu hallerde ıslahın yapılabilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan HMK'nun 177.maddesine, toplumsal ve hukuksal gerçeklikle uyumayan 1948 tarihli İBK nin da bu şekilde değişikliğe gidilmesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle Sayın çoğunluğun 04/02/1948 tarih, E: 1944/10, K: 1948/3 sayılı İBK'da değişiklik yapılmasına gerek olmadığı hakkındaki görüşüne katılmıyoruz. 12/05/2016

1. Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları (İBK)

1.1 Yargıtay İBK'nın Niteliği

Hukuk Muhakemesinde adliye mahkemelerince verilen kaar ve hükümlerinin son inceleme mercii, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu (YK) 1 e göre Yargıtay'dır. Ayrıca adli yargı yolunda içtihat birliğini sağlamak, YK 15/2-a gereği Yargıtay'ın görevidir. Bu görev de aynı Kanun 16/5 e göre, içtihatların birleştirilmesi kararıyla (İBK) yerine getirilmektedir.

Yargıtay İBK, YK 45 gereği " benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını. Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. " Yerleşik içtihatlarla belirtildiği gibi, İBK konularıyla sınırlı, gerekçeleriyle açıklayıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır. Buna göre, İBK nin norm olarak uygulanması mecburi olan bölümü, sonuç kısmıdır.

1.2 Yargıtay İBK Çıkarılması, Kaldırılması ve Değiştirilmesi

YK 45/1 gereği, belirli bir konu hakkında Yargıtay daireleri veya genel kurullarının 1/ kendi içtihatları arasında çelişki veya istikrarsızlık varsa yahut 2) aynı konu hakkında bir daire veya genel kurul ile diğer(ler)i arasında içtihat farklılığı olursa, Birinci Başkan kurum içi istek yahut "diğer merci veya kişilerin" talebi üzerine ya da re'sen içtihatların birleştirilmesini, ilgili kuruldandır.

YK 45/3 e göre İBK değiştirilmesi veya kaldırılması da aynı usule tabidir.

Burada şu husus önemle belirtilmelidir. Toplumun huzur ve refahı için hukuk uygulamalarında istikrar ve güvenin önemi tartışılmazdır. Ancak hukuk kuralları da canlı bir organizma gibi sürekli gelişmekte, büyümekte, değişmekte, hatta ölmekte; yerine yeni kurallar getirilmekte veya eskisi günün ihtiyaçlarına göre güncellenmektedir. Bu da eşyanın tabiatı gereğidir. Zira hukuk kuralları, toplu halde yaşamak zorunda olan insanların, aralarında ortaya çıkan uyumsuzlukları çözmek içindir.

Akıl ve iradenin gereği ve sonucu olarak, insanlık sürekli mükemmellik istikametinde seyir halindedir. Bunun zorunlu sonucu. İnsanlar arasındaki ilişkiler hakkındaki arazların ve usullerin zamanla gelişmesi ve dolayısı ile değişmesidir. Hukuk da, toplumdaki ilişkileri düzenlediğine göre mecburen bu değişime ve gelişime ayak uyduracaktır. Bunun açık örneği kanunlarda görülmektedir. İki asır öncesi itibarıyla pek çok devletin " Medeni Kanun" adı altında tek bir kanunu vardı. Zaman zorladığından arkasından " Borçlar Kanunu" müstakil bir norm olarak düzenlendi. Bunu "Ticaret Kanunu" izledi. Bu da yetersiz kalınca çekler hakkında ayrı kanun, kredi kartları hakkında başka bir kanun çıkarılması zaruret halini aldı ve çıkarılarak yürürlüğe koyuldu. Bu gelişme ve ihtisaslaşma ila nihaye devam edecektir. Bazen de belirli bir normun, zaman içerisinde toplumun kültürüne ve günün ihtiyaçlarına göre değiştirilmesi veya güncellenmesi de söz konusu olmaktadır.

Bu nedenledir ki müzakereler sırasında dile getirilen "İBK'nın kanunlardaki boşluğu doldurduğu, kanun gibi bağlayıcı olduğu, uzun müzakerelerden sonra üretildiği, esasen hepsi doğru olan içtihat arasında en doğru olanının tercih edilmesini ifade ettiği, bu yüzden sıklıkla ve ulu orta değiştirilmesinin doğru olmadığı" yönündeki görüşler isabetli değildir.

Çünkü raporör üye Mustafa Ateş'in tespitlerine ve rapora ekli içtihatlarla göre 23 hukuk dairesinden 14 ünün fiilen İBK nı uygulamaması açık ve zaruret derecesindeki ihtiyacı ispatlamaktadır. Bu konuda "uygulamayan daireler uygulasin, İBK sonuç kısmında belirtildiği gibi, bozmadan sonra hiçbir surette islahi kabul etmesi" şeklindeki itiraz da yerinde değildir. Zira aşağıda izah edileceği üzere esasen İBK baştan itibaren kanuna aykırı ve hatalıdır.

2. 1948 Tarih ve 10/3 Sayılı İBK

Mahkemeler ile Yargıtay daire veya genel kurulların açısından uygulanması zorunlu olan T:04.02.1948 ve E: 1944/10, K:1948/3 sayılı İBK nin sonuç bölümü aynen şöyledir: " Sonuç: Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkanı veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen islahın; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 84. Maddesinin açık hükmü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabiliş Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olmayacağına mevcudun üçte ikiyeye aşan oyçukluğu ile 04.02.1948 tarihinde karar verildi."

Alıntı yapılan metinden de açıkça anlaşıldığı gibi bozmadan sonra hiçbir istisna getirilmeksizin islah yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Oysa yukarıdaki değinildiği gibi hukuk dairelerinin büyük çoğunluğu ve Hukuk Genel Kurulu "bozma usule ilişkin" İBK'nı uygulamamaktadır.

3. Ön Sorun Meselesi

İBK müzakeresi için başlangıçta "aynı konuda mevcut bir İBK'nın varlığı karşısında içtihatların birleştirilmesine karar verilir verilemeyeceği" ön sorun olarak gündeme alınmıştır.

Evela ön sorun, ifade tarzı açısından sorunludur. Eğer kastedilen " bir konuda İBK varken yenisini çıkarmaya gerek var mıdır? Şeklinde ise, cevap aşıkardır; dolayısı ile bunun ön sorun yapılması abestir. Yok eğer kast edilen "İBK olmasına rağmen aykırı içtihatlar verilmektedir, değiştirilmesi gerekli midir" şeklinde ise, bu soru ön sorun değildir, işin esasına ilişkindir. Bu kez, bunun ön sorun olarak gündeme alınması doğru değildir.

Müzakereler sonrası ön sorun olarak "1948 tarihli İBK değiştirilsin/değiştirilmesin" şeklinde yapılan oylama sonucu, üçüncü turda "değiştirilmesin" görüşü salt çoğunlukla kabul edilmiştir. Buna göre işin esası ön sorun olarak halledilmiştir. Müzakere usul ve yöntemindeki isabetsizlik ortadır.

4. Konuya İlişkin Muhakeme Kavramları

4.1 İslah

İslah yargılama sırasında taraflara yaptıkları usul işlemini bir kereye mahsus düzeltme veya değiştirme hakkı veren bir usul müessesesidir. (HMK 176-182/HUMK 83-90). Karşı tarafın muvafakati gerekmediği gibi usuli kazanılmış hakkın da istisnasıdır. Örneğin davalı, süresinde zamanasını def'inde bulunmayarak davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hakka rağmen sonradan cevabını islah etmek suretiyle zamanasını savunmasını ileri sürebilir (HMK 176 gerekçesi). Ancak hur usuli kazanılmış hakkın islahla bertaraf edilmesi de mümkün değildir.

İslah, HMK'na göre "tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" (HMK177/1). Humkna göre ise "tahkikata tabi davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda mahakemenin hitamina kadar yapılabilir" (HUMK 84)

Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir (HMK 176/2, HUMK 83)

4.2 Tahkikat

Yargılama faaliyeti dava dilekçesiyle başlayıp kararın kesinleşmesi ile biten ve birbirine bağlı basamaklar halinde veya bir silsilen halkaları şeklinde devam eden bir süreçtir. Sürecin ilk basamak veya halka ile başlayıp sıralı sistemle birbirini takip ederek son basamak veya halkaya kadar devam etmesi zorunludur.

HMK'na göre yargılama birbirleriyle bağlantılı veya birbirini takip eden dört bölümden oluşmaktadır. 1) Lahiyaları teatisi veya dilekçeler safhası 2) Ön inceleme, 3) Tahkikat, 4) Sözlü Yargılama ve hüküm.

Tahkikat HMK'da yazılı yargılama usulü için üçüncü kısım beşinci bölümünde düzenlenmiştir. (HMK 147-183) HUMK da ise İkinci Babın Dördüncü Faslı, 213-221 arası, Tahkikata ayrılmıştır. Aslında ispat ve delillere ilişkin dördüncü kısım da (HMK 187-293) niteliği gereği tahkikata ilişkindir. Aynı şekilde HUMK 222-374 arası da. Çünkü tahkikat yargılamada, ön incelemede çerçeveye alınıp sabitlenen uyumsuzluk hakkında, tarafların delillerini incelenip tahlil, müzakere ve münazarasının yapıldığı safhadır.

4.3 Hukuk Muhakemesinde Bozmadan Sonraki Yargılamanın Nitelendirilmesi

Bozma ile birlikte, bozulan mahkeme hükmü ortadan kaldırılmaktadır. Diğer bir deyişle kararın bozulan kısımları artık yok hükmündedir. Bozulan kısımların bozma doğrultusunda tekrar yapılması gerekmektedir. Nitekim 2004 sayılı İİK 40 gereği, icra ve infaz edilen yerli mahkeme kararı, bozma sonrası geri sarılır ve “ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur.”

Bu durumda, bozma sonrası yargılamanın hangi safhasına döneleceğinin tespiti, yine bozma ilamının içeriğine göre belirlenecektir. Örneğin davacıya yapılan tebligatın usulsüzlüğü dolayısıyla davalının cevap ve savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle karar bozulmuşsa, yargılama layihalar teatisine dönecektir. Bozma nedeniyle ön inceleme durumu tekrarlanacaksa, yargılama ön inceleme duruşmasına kadar geri sarılacaktır. Keza, tahkikat safhasındaki eksiklikler, örneğin keşif veya bilirkişi raporundaki noksanlıklar, eksik inceleme, tanıkların dinlenmesi gibi nedenlerle bozma yapılmışsa, mahkeme tahkikat safhasına dönecek ve hatalı yahut eksik işlemler tekrarlanacaktır.

Buna karşılık, “toplanan deliller göre davanın kabulü gerekirdi, reddi doğru değildi” gerekçesiyle karar bozulmuşsa, sözlü yargılamanın tekrarlanması yeterlidir, daha geriye gitmeye gerek yoktur, doğru da olmayacaktır.

5. Somut Olguda Talebin Tahlihi

Müzakere konusu olguda, yerel mahkeme kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine yeniden yapılan yargılama safhasında ıslah yapıp yapılmayacağı tartışılmaktadır.

HMK'da ıslahın açıkça tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği, HUMK da ise tahkikata tabi davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bozma sonrası muhakemenin hangi noktaya kadar geri sarılacağıının belirlenmesi yeterlidir. Buna göre, bozma üzerine muhakeme, sözlü yargılamanın başlangıcından önceki bir noktaya dönmüşse ıslah mümkündür. Diğer bir deyişle bozma sonrası yeniden yargılama yapan hakim, tahkikatın bittiğini bildirdiği ana kadar (HMK 184/2, HUMK 375) ıslah yapılabilir. Görüldüğü gibi, aslında kanunun lafzında ve sözünde bile bir tereddüt yoktur. Binaenaleyh aslında İBK çıkarılmasına da gerek yoktur. İhtiyaç olmadan çıkarılan İBK'nın sonuç bölümü de, anılan açık kanun hükmüne aykırı olmuştur.

Diğer taraftan İBK'na ihtiyaç olduğu varsayılsa dahi, 1948 tarihli İBK hatalıdır. İBK'nın gerekçesi özet olarak iki sebebe dayandırılmıştır: 1) bozmadan sonra ıslahın kabulü halinde, usulî kazanılmış haklar ihlal edilir ve 2) bozma sonrası ıslah kabul edilecek olursa davalar gereksiz yere uzar.

Gereğe sırasıyla irdelenirse: Evvela yukarıda değinildiği gibi, ıslah usulî kazanılmış hakkın istisnasıdır. Örneğin cevap dilekçesinin ıslahı ile zamanın işinde bulunmak böyledir. Hiçbir istisna da aykır tutulduğuna göre bu gerekçe hukuki dayanaktan yoksundur. ıslah için belki, bozma ve bozmayla uyumlakla oluşan usulî kazanılmış hakların ıslahla bertaraf edilmeyeceği kabul edilebilir. Mesela, tapu iptal ve tescil davasında “davanın reddi gerekirken” gerekçesiyle bozma üzerine, yerel mahkemenin bozmayla uymasından sonra, davacının “ben davamı ıslah ediyorum, davamı tazminata çeviriyorum, tapu iptal ve tescil talebimi değiştiriyorum” şeklinde ıslah yapmasının engellenmesi tartışılabilir.

İkinci gerekçe de hukuki olmadığı gibi, maddi yönden gerçek de değildir. Her şeyden önce “yargılamanın uzaması” hakkın ihlaline gerekçe yapılamaz. Hak hızla feda edilemez. Elbette ki, “usul ekonomisi” ve “hızlı adalet” evrensel ilkelerdendir. Fakat şurası da unutulmamalıdır: Belirtilen ilkeler usul kuralıdır. Usulün varlık nedeni de esas hizmet emektir. Usul kuralı, en hızlı, en kolay ve en ucuz şekilde, hakkın hak edenine eline verilmesi ve hakkın yerine ulaşması için gerekli araçları ve yöntemleri belirlemektedir. Dolayısıyla usul kuralı, varlık nedenini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmayacağı gibi, bu şekilde de yorumlanamaz. Diğer bir deyişle “usul esasın önce gelir ve fakat esas usule feda edilemez” yahut “esas usule boğdurulamaz”

“ıslah nedeniyle yargılamanın uzaması” iddiası gerçekçi değildir. Zira özellikle ıslahla müddeabihin artırılabilmesi imkanı sağlandıktan sonra, çok büyük oranda ıslah alacak ve tazminat davalarında sonuç talebinin artırılmasında kullanılmaktadır. Bu türden davalarda ıslah da genellikle sonuç talep hakkında bilirkişi raporunun dosyaya sunulmasından sonra yapılmaktadır. Bu yöntemin de yargılamayı gereksiz yere uzatmadığı aşikardır.

“ıslah yerine ek dava açılın” gerekçesi de hukuki dayanaktan yoksundur. Zira kanunun açıkça verdiği yetkinin engellenmesi söz konusu olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar nedeniyle 1948 tarihli İBK'nın gerekçeleri hatalıdır. Dolayısıyla varılan sonuçta doğru değildir. ıslah hakkında kanunun verdiği “tahkikatın sonuna kadar” yapılabilmesi hak ve yetkisi varken, İBK “bozmadan sonra ıslah yapılmayacağı” hükmünü getirerek açıkça kanuna aykırı bir sonuca ulaşmıştır. Oysa yapılması gereken, bozma ve bozmayla uyumlakla geri dönülen noktayı tespit, bunun sözlü yargılamadan önceki bir yer olması halinde ıslaha yol vermek olmalıdır.

Kanunla İBK'nın çatışması halinde şüphesiz kanunun önceliği vardır.

Bu arada, müzakereler sırasında dile getirilen “İBK iki doğrudan birinin tercihidir” yahut “bu gün ileri sürülen bütün fikirler 1948 de tartışılmış ve yükümlerimiz bir karar vermiş, değişmesini gerektirecek sebep yoktur” şeklindeki itirazın da doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 1948 tarihli İBK doğumundan itibaren sakattır.

Nitekim raporör  ye Mustafa ATEŞ in tespitlerine göre, öğretide 1948 tarihli İBK nın içerik ve sonuç olarak hatalı olduğu hususunda görüş birliği vardır.

Müzakereler sırasında dile getirilen bir başka hususta “bozmadan sonra ıslahın kabulü halinde davalının sürekli baskı ve tehdit altında tutulmasının “ kabul edilemeyeceğine dair görüŐtür. Açıklanan nedenlerin yanı sıra meselenin Şu yönüne de dikkat çekmek isterim: İslah büyük oranda davacılar, diğer bir deyişle mağdurlar yani hak sahipleri tarafından yapılmaktadır. Yorumu ihtiyaç olduğu farz edilse bile, tercih söz konusu olan bir durumda hakkı ihlal eden yerine hak sahibi lehine tavır alınmalı ve yorum yapılmalıdır. Böylece tam anlamıyla hakkın yerini bulması sağlanmış olacaktır. Davalının uzun süre baskı altında kalmasına karşılık, esas davacı uzun süre hakkına kavuŐmanın hasretini yaŐamaktadır. Üstelik çoğu zaman bunda hiçbir kusuru da yoktur. Yargılama sonuna dava reddedilecekse zaten davalının bir kaybı ve dolayısıyla sorun da yoktur.

6. Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle, T:04.02.1948 ve E:1944/10, K: 1948/3 sayılı İBK nın kaldırılması, en azından sonuç kısmının “ bozma ilamına uyulmakla oluşan usuli kazanılmış haklar ıslahla bertaraf edilemez” Şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluğunun g r Őine katılmıyorum. 06/05/2016

KARŞI OY

Yargıtay'ın “bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı”na dair İBK'ına;

1-Zaten tüm yargılama süreci boyunca taraflarca ancak bir kereye mahsus kullanılabilen olan “ıslah” hakkının, bir kere bile kullanılamayacak sonuç yaratması, bu sonucun da Anayasa m.36 ve 14 hükümlerinde bulunan “ hak arama özgürlüğünün” özünü zedeleyecek nitelikte olması;

2-Keza bu İBK'ndaki sonucu destekleyecek hiçbir mevzuat h km nen bulunmaması;

3-Ayrıca tarafların hatalarını “ıslah” yoluyla düzeltme hakkı tanımadan verilecek mahkeme kararlarının adil sonuçlar yaratmayacağı sebebiyle katılmıyorum.

1948 tarihindeki Yargıtay Tevhidi İçtihat Heyeti, 04.02.1948 tarihli 10/3 sayılı içtihadıyla;

“Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkanı veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen ıslahın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 84’ncü maddesinin açık hükmü dairesinde, tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabiliyor, Yargıtay’ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olmadığına” üçte iki aşan çoğunlukla karar vermiştir. Karar; iki temel gerekçeye dayanmaktadır. Birincisi; “bu yolun, hükmün Yargıtay’ca bozulmasından sonraki safhalara da şümulünün kabul edilmesi, bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebilecektir.” İkincisi; “tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hallerinde de işin sonuçlanması gecikecek, bu suretle bu müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşecektir.” Karar; bir davanın tahkikat ve yargılması sonunda verilmiş olan hüküm Yargıtay’ca bozulduktan sonra da tarafların ıslah isteminde bulunmalarına usul hükümlerinin cevaz verip vermediği hususunda Yargıtay İkinci Hukuk Dairesininin 3.11.1934 tarihli 2473/3316 sayılı kararıyla, Dördüncü Hukuk Dairesininin 26.11.1943 tarihli 4549/3301 sayılı kararları arasında meydana gelen aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla çözülmesi için alınmıştır. Karar, bozmadan sonra (içeriğine bakmaksızın) ıslahı kesin olarak yasaklamıştır. 2000’li yıllara kadar Yargıtay Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu, bu içtihadi birleştirme kararına hemen hiçbir sapma göstermeden uymuşlardır.

Bu içtihadi birleştirme kararının revize edilmesini gerekli kılan sebepler şunlardır:

1-1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 87nci maddesinin son fıkrasında yer alan “Müddei, ıslah suretiyle müddeabihii tezyit edemez” hükmü, Anayasa Mahkemesininin 20.07.1999 tarihli 1/33 sayılı kararıyla Anayasa’ya aykırı görülerek iptal edilmiştir. İptal kararından sonra, ıslahla müddeabihinin artırılması mümkün hale gelmiştir.

2-İslah; davacı bakımından iddianın, davalı bakımından da savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yaşıyan bir istisnasıdır. Yasak başlıktan sonra, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesinin gerekmesi halinde, davanın tarafları bunu, ya karşı tarafın “açık olur” vermesiyle veya ıslahla yapabilirler. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yaşıya dava ikamesi ile (m.185); savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yaşıya ise, davalının cevap layihasını hasmına tebliğ ettirmesiyle (m.203) veya cevap için tayin edilen müddetin cevap verilmeksizin geçmesiyle başlamakta iken, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davacı bakımından iddianın, davalı bakımından da savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yaşıyanı, kimi hallerde dilekçeler safhasının sona ermesiyle (m.141/1- ilk cümle), kimi durumlarda ise ön inceleme duruşmasının tamamlanmasıyla (m.141/1-son) başlatmaktadır. Dolayısıyla, Yargıtay’ın, dilekçelerin yaradıkları verilmesi safhasındaki bir eksikliğe veya ön inceleme aşamasındaki bir işleme taalluk eden bir bozma kararı, ıslah yolundan yararlanmaya engel oluşturmayacaktır. “Bir hükmün Yargıtay’ca bozulmasından sonra ıslah yolundan yararlanmanın mümkün olmadığına” ilişkin 1948 tarihli Tevhidi İçtihat Kararı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu sistemiyle uyumlu değildir.

3-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, “davanın açıldığı tarihte alacağı miktarın yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklıya, hukuki işlikiyi ve asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle dava açma” imkânını tanımıştır. (m.107/1) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağı miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemesinin mümkün olduğu anda, davacı, iddianın genişletilmesi yaşıyanına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilecektir. (m. 107/2). Kimi hallerde, özellikle haksız fiilden kaynaklanan cismani zararın tazminine ilişkin davalarda tazminat miktarı, Yargıtay’ın “kusur oranındaki ve tazminat hesabındaki eksikliğe” dayanan bozma kararından sonra belirlenilebilmektedir. Böyle bir bozma kararından sonra, davacının karşısına 1948 tarihli tevhidi içtihat kararı çıkmaktadır. Dolayısıyla davacının, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107/2. maddesi hükmüne karşın, başlangıçta talep ettiği tazminat miktarını arttırmasına ilişkin ıslah talebinin mahkemece kabul edilmesini sebebiyle, hak ettiği tazminatın önemli bir kısmından mahrum kalmış olacaktır. Böyle bir halde, davacının, saklı tuttuğu fazlaya ilişkin kısımına ilgili ek dava açmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak, ek dava da, bağımsız bir davadır ve bağımsız davanın tabi olduğu usule tabidir. Aynı hukuki işliğin kaynaklanması sebebiyle ilk dava ile birleştirilse bile, dava açılıncı yatırılması gereken harç ve gider avansı ek dava için de yatırılacak, bağımsız bir dava olması sebebiyle dilekçeler aşaması, ve ön inceleme safhası ek dava için de işletilecektir. Anayasa’ya göre, “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.” (Anayasa m.141/son) Bu görev, aynı hukuki işliğin kaynaklanan bir olacak için, ikinci bir davaya sebebiyet vermemeyi, uyumsuzluğın açılması olan dava içinde nihai olarak karara bağlanmasını, gereksiz giderden kaçınılmasını da gerektirir. Ek davaya konu edilen uyumsuzluğun, aynı dava içinde çözülmesi “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına” ilişkin Anayasanın ve Medeni Yargılama Usulü’nün de bir gereğidir. Ek dava uygulamasına, 1948 tarihli içtihadi birleştirme kararı yol açmaktadır. Dolayısıyla bu içtihadi birleştirme kararı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yukarıda yer verilen hükmü ile de çatışmaktadır.

4-Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunun tanınmasından sonra 2012/1052 numaralı bireysel başvuruda; başvurucunun Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı tam yargı davasında, bilirkişi raporu ile belirlenen maddi zararını öğrendikten sonra, başlangıçta talep ettiği tazminat miktarının artırılmasına ilişkin ıslah talebinin, mahkemece kabul edilmesini sebebiyle hak ettiği tazminatın önemli bir kısmından mahrum kalmış olması sebebiyle yaptığı bireysel başvuruyu emesten inceleme ve ıslah isteginin Askeri Yüksek İdare Mahkemesince kabul edilmesininin, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği, dolayısıyla Anayasa’nın 36’ncı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesininin 6’ncı maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşarak hak ihlaline karar vermiştir. Oysa, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; başvurucunun tazminat miktarının artırılmasına ilişkin ıslah talebinin; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 46’nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan kurala dayanarak kabul etmemiştir. Başka bir ifade ile ıslah talebinin kabulüne yasa engel teşkil etmektedir. İhlale yol açan 1602 sayılı Kanunda yer alan “...Taraflar sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalarına veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” hükmü idi. Bu hükmün,

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda 11.4.2013 tarihli 6459 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Kişinin, hak ettiği tazminata ulaşmasının kanun hükmüyle engellenmesi ile içtihadı birleştirme kararıyla buna engel olunması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan 1948 tarihli 10/3 sayılı tevhidî içtihat kararının, adil yargılanma hakkının kapsamına dahil olan “mahkemeye erişim hakkı” karşısında yeniden gözden geçirilmesi gereklidir.

5-04.02.1948 tarihli 10/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının dayandığı temel ve birinci gerekçe, “bozmaya uyulmakla ile taraflardan biri yararına usuli kazanılmış hakkın zedelenmemesi”dir. Kararın oturduğu temel gerekçe budur. Usuli kazanılmış hakkın kendisi tartışmalı bir kavramdır. Tartışmanın düğümlendiği nokta da şudur; usul hukuku, bir borç veya hak doğurmaz, bir hakka mahkemeler üzerinden ulaşmanın yolunu ve yöntemini gösterir. Hakkın ortaya çıkmasına kaynaklık eden maddi hukuktur. Usul hukukuna ilişkin bir kural oluşturarak maddi hukuk açısından bir hakkın mevcut olup olmadığı tayin edilemez. Bu denli ciddi olarak tartışılan “usuli kazanılmış hak” kavramına sıkı sıkıya bağlı kalınarak, 4.2.1948 tarihli 10/3 sayılı tevhidî içtihat kararının ayakta tutulması, hukuki açıdan ciddi sorunlar doğurmaktadır. Bu itibarla sözü edilen içtihadı birleştirme kararının, günümüzün sosyal ve hukusal ihtiyaçları karşısında yeniden gözden geçirilmesi ve revize edilmesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun, aksi yöndeki görüşüne katılmak mümkün olmamıştır. Saygılarımızla. 06.05.2016

KARŞI OY

Önce kusursuz sorumluluk halleri ve olayımızdan davalı BOTAŞ'ın sorumluluğunun dayanağını açıkladıktan sonra olayı irdeleyelim.

Hukukumuzda kişilerin doğan zararları kusurları olmasa dahi sorumlu tutulmaları kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. TBK'nuna göre kusursuz sorumluluk halleri; Hakkaniyet Sorumluluğu, Özen Sorumluluğu ve Tehlike Sorumluluğu olarak 3'e ayrılmaktadır.

Özen Sorumluluğu, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu, Ev Başkanının Sorumluluğu, Yapı Malikinin Sorumluluğu, Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu gibi MK ve BK düzenlenmiş sorumluluk halleridir. Özen sorumluluğunu düzenleyen TBK 66,67,69 ve TMK 369-730 maddeleri kişiye sorumlu olduğu şey veya kişi üzerinde denetim, gözetim ödevi yüklemiştir. Bu görevin ihlali halinde sorumlu kişi meydana gelen zararı gidermek zorundadır.

Yapı malikinin sorumluluğu ve MK 730 yer alan taşınmaz malikinin sorumluluğu hallerinde yasa sorumluluğu ağırlaştırılmış ve sorumlu kişiye sorumluluktan kurtulması imkanı (kurtuluş kanıtını) tanımamıştır. Bu tür özen sorumlulukları ağırlaştırılmış özen sorumluluğudur. Diğer özen sorumlulukları hallerinde kişi özen gösterme ödevini yerine getirdiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Oysa yapı maliki binanın yapımında ve bakımında gösterdiği özensizlik kusur derecesine ulaşmasa bile, yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinden meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür. Özel kurtuluş nedeni yoktur. Ancak genel kurtuluş nedenleri yani illiyet bağı kesen sebepler sorumluluğu ortadan kaldırır.

Yapı malikinin sorumluluğu için oluşan zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Bilindiği gibi illiyet bağı mücbir sebep; zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusuru ile kesilir. Şayet zarar illiyet bağı kesecek yoğunluktaki bu nedenlerden biri sonucu oluşmuşsa işte bu genel kurtuluş nedenleri sonucu yapı maliki sorumluluktan kurtulur.

Yine bilindiği gibi mücbir sebep sorumlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, mutlak kaçınılmaz, öngörülemez ve kaçınılmaz olaylardır. Mücbir sebep umulmayan hale göre mutlak bir kaçınılmazlık arz eder. Mücbir sebep işletme dışında gerçekleşir. Oysa, umulmayan hal işletme için bir olay da olabilir. Mücbir sebep illiyet bağı her zaman keser. Umulmayan hal her zaman tek başına illiyet bağı kesmez. Örneğin; fabrika kazanlarının birinin patlaması mücbir sebep sayılmaz. Bu bilgiler ışığında somut olayı inceleysek;

Zarara yol açan patlama terör saldırısı sonucu meydana gelmiştir. Patlayan boru içerisindeki ham petrol araziye akarak yayılmış ve zarar meydana gelmiştir. Davalı BOTAŞ boru hattının sahibi olarak ilk bakışta kusursuz sorumlu ise de; patlama öngörülemeyen, kaçınılmaz işletme ve faaliyet dışında terör olayı sonucu gerçekleşmiş ve zarar meydana gelmiştir. Olayda üçüncü kişinin kaçınılmaz kusurlu davranışı yeni terör saldırısı davacının uğradığı zararın tek sebebidir. Illiyet bağı kesilmiştir. Terörün kusurunun yoğunluğu tek sebeptir. Şayet üçüncü kişinin illiyet bağı kesmeyecek yoğunluktaki kusuru ve mücbir sebep teşkil etmeyen umulmayan hal zarara yol açmış olsa idi yapı maliki BOTAŞ sorumlu olacaktı. Oysa, terör saldırısı sonucu yeni mücbir sebep ile illiyet bağı kesildiği için BOTAŞ sorumlu olamaz diyoruz. Zira, artık yapı eserindeki bozukluk ve bakım eksikliğinden söz edilemez.

Kaldı ki, devlet öngörülemeyen terör olayları nedeniyle 5233 sayılı terör ve terörlere mücadele eden doğan zararların karşılanması hakkında kanun çıkarmış ve zarar görenleri zararların kanun da belirtilen yöntem ve süreye göre karşılamaktadır. Bu dahi Devletin örtülü olarak yapı malikinin sorumluluğunda terör olayı nedeni ile illiyet bağı kesildiğini kabul ettiğini göstermektedir. Çıkardığı özel kanun ile mücbir sebep ile oluşan zararı üstlenmiştir.

KARŞI OY

Yargıtay'ın en önemli görevlerinden birisi de, bütün yurttaki hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanmasını sağlamak bir başka deyişle içtihat birliği sağlamaktır. Yargıtay Dairelerinin, mahkemelerin benzer olaylar hakkında farklı yani çelişkili kararlar vermeleri, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyeceği gibi, toplumun adalete olan güven duygusunu da sarsar. Mahkemelerin benzer konulardaki kararları arasında çelişki olmaması, ilk önce, Yargıtay dairelerinin her olay hakkında verdikleri kararlarla sağlanır. Bir Yargıtay Dairesinin kendi kararları arasında ve kendi kararları ile diğer yargıtay daireleri arasında uyum varsa, kanunlar bütün yurttaki aynı şekilde yorumlanıp uygulanıyor demektir. Doğrusu da budur.

Yargıtayın bir dairesinin kendi kararları arasında veya farklı dairelerinin kararları arasında bir uyum yoksa, yani benzer olaylarda farklı kararlar veriliyorsa o zaman, kanunların bütün yurttaki aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için Yargıtay kararları arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Bu ise içtihatların birleştirilmesi yolu ile sağlanır.

İçtihatların birleştirilmesine ilişkin ilk düzenleme 1926 yılında 834 sayılı Mahkeme Temyiz Teşkilatının Tevsiine Dair Kanun ile kabul edilmiştir. Daha sonra da 1928 tarihli 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun, 1973 tarihli 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ve son olarak ta halen yürürlükte bulunan 1983 tarihli 2797 sayılı Yargıtay Kanununda içtihatların birleştirilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Devletin görevlerinden birisi de kişilerin haklarını hukuka aykırı tecavüzlere karşı korumaktır. Yargılama, kişilerin haklarını koruyacak biçimde düzenlenmeli ve bu yargılama, maddi anlamda doğru karar verme amacı taşımaldır.

Yargı fonksiyonunu üstlenmiş olan devlet, medeni yargı içinde özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda, tarafın başvurusu üzerine hukuki korumayı garanti eder.

Medeni Muhakeme Hukuku, uyumsuzluk çözüm yöntemlerini ve bu konuda en klasik çözüm yöntemi olan mahkemelerin işleyişi ile mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalıdır. (Prof. Dr. Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınevi, 3. Baskı, 2012 s.59)

Özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda mahkemeye başvurulduğunda, mahkemenin, bu uyumsuzluğu nasıl çözümleneceği, ne tür bir yöntem uygulayacağı usul hukukunun konusunu oluşturur.

Hem hakim hem yargılamanın tarafları ve hatta hem de üçüncü kişiler, yargılamada uygulanacak olan usul kurallarını önceden bilmek durumundadırlar. Bu sayede bir yandan, hakimnin bütün uyumsuzluklarda davanın taraflarına eşit uzaklıkta kalarak ve aynı kuralları uygulayarak keyfi davranışının önüne geçilir; diğer yandan, davanın taraflarının da yargılama sırasında hak ve yükümlülüklerinin ne olduğunu bilmeleri sağlanarak onların menfaatleri korunmuş olur. (Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Yetkin Yayınevi s.36)

Hukuk yargılamasının önemini anlayabilmek ve daha iyi uygulayabilmek için amacının bilinmesinde fayda vardır. Medeni usul hukukuna temel olan ilkeler bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder ve bunun için kabul edilmişlerdir. Devlet bizzat hak elde etmeyi yasaklamıştır. Hukuk yargılaması bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileri sebebiyle ortaya çıkan ihtilafları belirli kurallar içerisinde adil bir biçimde çözerek hukuki barışın korunması ve kapsamda maddi geçreğin ortaya çıkarılmasını amaçlar.

Tarafların yargılama sırasında yapmış oldukları usul işlemlerini düzeltip değiştirilebilmesi olanak veren islah kurumunun (HMK m. 176 vd) varlık nedeninin anlaşılabilirliği, amacına uygun biçimde uygulanabilirliği ve eğer varsa olması gereken hukuk bakımından nasıl düzenlenebileceğinin saptanabilmesi, yargılama hukukunun bazı ilkelerinin gözönünde bulundurulmasını zorunlu kılar.(Yılmaz, age. s. 25)

Hukuk Yargılamasının amacını "adaletli karar vermek" olarak belirledikten sonra, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için yargılamaya hangi ilkelerin egemen olması gerektiğinin tespiti de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. (Yılmaz, age. s.35)

Medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler, usul hukukunda yıllar boyunca süren uygulamalar sonunda varılan temel ilkeleri ifade etmektedir. Bu ilkeler, anayasa hukukunun yargıya ve ve yargısız temel haklara ilişkin ilkeleri ile medeni usul hukukunun önemli prensipleridir. Bu çerçevede, yargılama içerisinde taraflarla hakimnin yetkilerinin dağılımı ve yargılamanın yürütülmesi ilgili temel kurallar benimsenmiştir. Bu ilkelerin bir kısmı Anayasa'da, diğer kısmı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık veya zımni olarak yer almaktadır. Bu ilkelerin içeriği, usul hukukunun amacıyla da doğrudan ilişkilidir. (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Prof. Dr. Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 14. Baskı, 2013. s.353)

Hukuk yargılamasına temel olan başlıca ilkeler, tasarruf ilkesi, taraflarca hazırlama ilkesi, teksif ilkesi, yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi, davayı aydınlatma ilkesi, doğrudanlık ilkesi, hakimnin delilleri değerlendirmesi ilkesi, adil yargılama ilkesi, hukuki dinlenme ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, alenilik ilkesi, sözlülük-yazılılık ilkesi ve dürüstlük ilkesidir.

Sıralanan bu yasa hükümlerine göre, hukuk yargılama düzenimizde, dava (yargılama) üzerinde ağırlıklı bir biçimde tarafların egemen olduğu açıkça görülür. Bu nedenle yargıç davanın yanlış açıldığını veya davalının savunmasının yanlış olduğunun farkına varsa bile, bunları yargıcin bizzat kendisi re'sen düzeltmez (bkz.m.31) eğer taraflar, daha sonra, yaptıkları yanlışlığın veya eksikliğinin farkına varırlarsa, bunları ancak kendilerinin düzelterbilmesi veya tamamlayabilmesi olanagi vardır ve (karşı tarafın değişikliğe rıza göstermemesi durumunda) bu olanagi taraflara sağlayan yol, "islah" kurumudur. (HMK.m.176-182) (Yılmaz, age. s.37) İslah kurumunun amacına uygun uygulanabilirliği ve yorumlanabilmesi için yargılama hakim olan bu ilkelerin gözönünde bulundurulması gerekir.

Medeni hukuk yargılamasında taraflar iddia ve savunmalarını kanunda belirtilen zaman dilimleri içerisinde usulüne uygun şekilde ileri sürmek zorundadırlar. Kural olarak taraflar, bu iddia ve savunmalarını daha sonra değiştiremezler. Bu kural hukuk yargılamasında iddiannın ve savunmanın değiştirilmesi yasagi olarak adlandırılır.

Hukuk Yargılamasının, bu kuralcılığı yanında, tarafların davanın başında bütün iddia ve savunmalarını tam ve doğru olarak belirtmemesi olasılıklarının bulunduğu da bir gerçektir. Yani, toplumdaki yaygın deyişle, unutmak, atlamak ve "yanılmak, insanlara özgüdür" (erare humanum est). (Yılmaz, age.s.45)

Hukuk yargılamasının katı kuralları ile tarafların unutmaları, yanılmaları ile ortaya çıkacak hak kayıpları zaman zaman çatışabilmektedir. Hukuk yargılamasının katı kurallarını mutlak olarak uygulamamız halinde, hukuk yargılamasının amacına ulaşamayabiliriz. Bir taraftan hukuk yargılamasına ilişkin kuralları uygularken, diğer taraftan hukuk yargılamasının hedeflediği sonucu elde etmemiz gerekir. Kuralları uygularken, amaçtan uzaklaşmak gibi bir riskle karşı karşıyayabiliriz. İstenilmeyen bu sonucu önleyecek kurumlardan birisi de, "islah" kurumudur.

Davanın tamamen veya kısmen islahı mümkündür. Davanın tamamen islahı talep sonucunun veya dava sebebinin tamamen değiştirilmesi, kısmen islah ise talep sonucunun veya dava sebebinin kısmen değiştirilmesidir. Davanın tamamen islahını ancak davacı yapabilir. Davalının tamamen islah imkanı bulunmamaktadır.

İslahla müddeabihin artırılmasını yasaklayan HUMK'nun 87/son cümlesi Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (RG. 4.11.2000 tarih ve sa.24220)

Hukuk Muhakemeleri Kanununda Anayasa Mahkemesinin kararı dikkate alınarak islahla müddeabihin artırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısı ile islahla müddeabihte artırılabilir.

Yukarıda açıklandığı gibi "islah", "iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağını" bir istisnasıdır. Bu yüzden "islah" kurumunun iyi anlaşılabilmesi için "iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağını" bilinmesi gerekir.

"Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez" (HMK.md.141/1).

"İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar" (HMK. md. 319).

Görüldüğü gibi iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağı "yazılı yargılama" usulüne tabi davalarda cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilmesiyle (dilekçeler teatisinin tamamlanması ile), basit yargılamaya tabi davalarda ise dava dilekçesinin ve cevap dilekçesinin verilmesiyle başlamaktadır.

Bir başka deyişle yazılı yargılama usulünde taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilmesinden önce (dilekçeler teatisinin tamamlanmasından önce) iddia ve savunmalarını istedikleri gibi değiştirebilirler. Bunun için karşı tarafın veya mahkemenin muvafakatine ihtiyaçları yoktur. Yasağın başlamasından sonra ise iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi islah veya karşı tarafın açık muvafakati ile mümkündür. Diğer taraf izin verirse iddia ve savunma genişletilip değiştirilebilir. Ancak diğer taraf izin vermezse tarafların iddia ve savunmalarını ancak usulüne uygun bir islah işlemiyle genişletip değiştirebilir. İslah kurumu iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesinin bir aracıdır.

İslah hakkının da kendi içerisinde bir takım kuralları vardır. Dolayısı ile islah hakkını kullanırken tarafların bu kurallara uyması gerekir. Her şeyden önce islah davanın açılmasından sonra belirli bir zamana kadar (HMK. md. 177) (bu zaman diliminin bitimi içtihadı birleştirme konusunu oluşturmaktadır) ve her davada bir kez (HMK. md. 176) kullanılabilir.

İslah için karşı tarafın veya hakimin iznine gerek yoktur. İslah tek taraflı bir irade açıklamasıdır. İslah bir dava olmaduğı gibi bir kanun yolu da değildir. Kendine özgü bir hukuksal çözüm yoludur.

Doktrinde islah kurumunun tek bir tanımı yoktur.

"İslah, taraflardan birinin yapmış olduğı bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir"(Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Demir Yayınevi, 2001, s.3965)

"İslah, karşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın (iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı kapsamındaki) usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasadada belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal bir çaredir". (Yılmaz, age. s.52)

"İslah tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılan yenilik doğrucu bir haktır. Bu sebeple islah için karşı tarafın izni ya da mahkemenin onayı aranmaz. Sadece islah için aranan şartların yerine getirilmesi yeterlidir". (Karşılı, age. s.676-677)

"İslah, iddia ve savunmanın teksifi (yoğunlaşması) ilkesinin katı uygulandığı sistemimizde bu katlığı yumuşatmanın bir yolu olup iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya değiştirilmesi yasağını bertaraf eden bir kurumdur". (Prof. Dr. Adnan Deyneklı, Medeni Usul Hukukunda İslah, Bilge Yayınevi, 2013, s.16-17)

"Tarafların, davada iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı sebebiyle yapamadıkları işlemleri yaparak verdikleri dilekçeleri tamamen veya kısmen düzeltilmelerine islah denir".(Pekcanitez, Atalay, Muhammed Özekes, age. s.615)

İslahı dava açıldıktan sonra konusunda, sebebinde, delillerde ve sair hususlarda usule ilişkin olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkanı veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen bir usul işlemi olarak tanımlayabiliriz.

Hukuk yargılaması bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileri sebebiyle ortaya çıkan ihtilafları belirli kuralları içerisinde adil bir biçimde çözümlenerek hukuki barışın korunması ve bu kapsamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlar.

Doğaldır ki, uyumsuzluğı çözen karar, hızlı, basit ve en az masraf yapılarak yapılan bir yargılama sonucunda verilmişse, işte o zaman adil bir karardır. Hukuk yargılamasının katı kuralları uygulanarak verilen karar adil bir karar olmayabilir. Katı kuralları uygulanarak yapılan bir yargılama sonucunda verilen bir kararın yalnızca biçimsel olarak adil olduğundan bahsedilebilir. Hukuk Yargılamasının amacı ise salt biçimsel olarak adil bir karar vermek olmamalıdır. Kurallara uymak maddi gerçeğin bir başka çıkarılmasında ve sonuç olarak adil bir karara ulaşmakta bir araç olmalıdır. Elbette hukuk yargılamasının disiplinli bir şekilde yürütülmesi için bir kısım kuralları olacaktır. Bu kuralları hakkaniyete uygun kuralları olmalıdır.

Hukuk yargılamasına hakim olan ilkelere birbiriyle usul ekonomisidir. "Hâkim, yargılamanın makul süresi içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (HMK. md. 30). Ücretsiz, basit hızlı ve kurallara uygun olarak yapılan yargılama adil bir yargılamadır. Böyle bir yargılama aynı zamanda usul ekonomisine uygun bir yargılama olarak nitelendirilebilir. Hukuk yargılamasının amaçlarından birisi de yargılamanın usul ekonomisine uygun

yapılması ve yeni davaların açılmasının önüne geçmektir. Bu yüzden "İslah" kurumu tamda bu ilkeye hizmet etmek için ortaya çıkmış bir kurumdur.

"Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen islah edebilir (HMK.md.176/1)". Kanunda islahın konusunu taraf usul işlemleri olduğu genel olarak belirtmiş, fakat usul işlemlerinin neler olduğu konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Taraflardan birinin yapmış olduğu ve yargılamanın yürütülmesine yarayan, dava sonucuna etki eden, hüküm ve sonuçları yargılamaya hukukunca belirlenen işlemler taraf usul işlemleri olarak adlandırılırlar. Usul işlemleri tek taraflı usul işlemleri ve iki taraflı usul işlemleri olarak ikiye ayrılır. Yetki sözleşmesi gibi davanın taraflarınca yapılan iki taraflı usul işlemleri islahın konusu olamaz. İslahın konusu genellikle iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına giren, iddia ve savunmaları içeren tek taraflı usul işlemleridir. Şunu da belirtmek gerekir ki tek taraflı da olsa bütün usul işlemlerinin islah edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Kabul, sulh ve feragatın maddi hukuk işlemi mi, yoksa usul işlemi mi olduğu tartışılmalı olmakla birlikte, usul işlemi olarak kabul edilse bile islahları mümkün değildir. Yine usul işlemi olmakla birlikte islahla tanık listesi değiştirilemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez.

Öte yandan tarafların veya mahkemenin dava dosyasında bulunan belgelerdeki açık yazı ve hesap hatalarını, karar verilişince kadar düzeltilmeleri de islah olarak nitelendirilemez ve bu maddi hataların düzeltilmesi için islah yapılması da gerekmez. (HMK md. 183/1)

İddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı (HMK.md.141, 319) islahla aşılabilmekte ve böylece taraflar tek taraflı usul işlemlerine ilişkin iddia ve savunmalarını değiştirebilmekte veya genişletebilmektedir. İslah istisnai bir hukuksal eylemdir. Ancak bu yola başvurulabileninde bir takım koşulları vardır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde taraflar karşı tarafın iznine ve mahkemenin onayına gerek bulunmadan, belirli bir zaman diliminde ve ancak bir kez islah yoluna başvurulabilir.

İslah kurumuna başvurulabilmesi için her şeyden önce islahla elverişli, tek taraflı bir usul işleminin bulunması gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi her usulü işlem islah edilemeyeceği gibi, maddi hukuka ilişkin işlemler, iki taraflı usul işlemleri ve mahkeme işlemleri islah edilemez. Örneğin ilk itirazlar (HMK.md.116) cevap dilekçesiyle ileri sürülebilir ve tek taraflı bir usul işlemi olduğu halde niteliği gereği islahla ileri sürülemez.

Hukuk yargılama süreci davanın açılmasından başlayıp, hükümlün kesinleşmesine kadar devam eden bir süreci kapsar. Yargılama usulünde gerek taraflarca gerekse mahkeme tarafında yapılacak usul işlemleri de dahil olmak üzere bütün işlemlerin belirli bir süre içerisinde yapılması gerekir. Bu sürelerin bir kısmı "cevap süresi, temyiz süresi gibi" kanun tarafından belirlenmiş, bir kısım sürelerin belirlenmesi ise hakime bırakılmıştır. İslah yoluna da diğer usul işlemleri gibi belli bir zaman dilimi içerisinde başvurulabilir. Bir başka deyişle taraflar istedikleri zaman islah yoluna başvuramazlar.

İhtilafın çözümü yargılama sırasında islah işlemine ne zaman başvurulabileceğine ilişkin sorunun cevabıyla ilgilidir. İslah işlemine başvurulabilmesinin bir başlangıç anı birde son anı söz konusudur. Başlangıç anı da önemli olmakla birlikte esas önemli olan islahın yapılabileceği son anın ne zaman olduğudır. Kanunda islahın, tahkikatın sona ermesinde kadar yapılabileceği düzenlenmiştir (HMK.md.177/1) Başlangıç anı belirtilmemiş, sadece islahın ancak tahkikat bitinceye kadar yapılabileceği vurgulanmış kesin bir süre verilmemiştir.

İslah yoluna başvurulma anının başlangıçı iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağının başlangıcı ile ilgilidir. Bir başka deyişle iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağının başlangıcı, aynı zamanda, islah yoluna başvurulma anının başlangıcıdır. Çünkü iddia ve savunmanın değiştirilme yasağının başladığı andan önce taraflar iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirebilirler. Hatta tarafların iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirebilecekleri dönemde iddia ve savunmalarını islah yaparak değiştirmeleri halinde bile bu işlem islah olarak nitelendirilmemelidir. İddianın ve savunmanın değiştirilmesi anının başlangıcı yazılı (HMK. md. 118-142) ve basit (HMK. md. 316-322) yargılama usulüne tabi davalarda farklılık gösterir. Kural olarak yazılı yargılamaya usulüne tabi davalarda iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı davacı yönünden cevap dilekçesinin verilmesiyle, davalı yönünden ise ikinci cevap dilekçesinin verilmesiyle başlar. Bunun yanında ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakatı aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. (HMK. md. 141/1)

Basit yargılamaya tabi davalarda ise iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar. (HMK. md. 319)

Davanın her aşamasında karşı tarafın muvafakatı ile iddia ve savunmasının değiştirilme hakları saklıdır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda islah maddesinin 83 ila 90 maddeler arasında düzenlenmiştir. HUMK'nu tahkikata tabi ve tabi olmayan dava ayrımı yapmıştır. Buna göre islah, tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılabiliyordu (HUMK.md.84). Ancak Kanunda ki bu düzenleme uygulamada ve öğretide bir takım duraksamalara sebep olmuştur. Tahkikatın bitmesi veya muhakemenin bitmesinin ne anlama geldiği ve bu kapsamda bozma kararından sonra islah yapıp yapılamayacağı tartışma konusuydu. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1934 yılında verdiği bir kararında (2. HD 3.11.1934, 2473/3316. (4.2.1948 tarih ve 10/3 sayılı İBK'da anılmıştır.) bir hükmün Yargıtaya bozulmasından sonra islah yapılabileceğini kabul etmiştir. Ne var ki Yargıtay sonraki yıllarda bu karardan vazgeçmiş ve bozmadan sonra islahın mümkün olmadığını karar vermesiyle başlanmıştır. Yargıtay kararları arasındaki 4.2.1948 tarih ve 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda da islah kurumu kabul edilmiş ve Kanununun 176 ila 182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu Kanunda da islahın yapılma anı ile ilgili olarak HUMK' nun da ki düzenlemeye benzer bir düzenleme yapılmıştır. Kanunun 177/1. maddesine göre islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Yukarıda açıklandığı gibi HUMK döneminde islahın yapılma zamanı bakımından bir ayrım yapılmaktaydı. Buna göre tahkikata tabi davalarda islah tahkikat bitinceye kadar, tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın sona ermesine kadar islah yapılabilmekteydi. 6100 sayılı HMK ile bu ayrım kaldırılmış ve ve tüm davalarda tahkikat bitinceye kadar islahın mümkün olduğu kabul edilmiştir.

HMK'nun da yapılan bu değişiklik 4.2.1948 tarih ve 10/3 sayılı İitihadı Birleştirme Kararını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Sadece bütün davalar yönünden ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğini düzenlemiştir. Gerçek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında da bunun aksine bir düşünce dile getirilmemiştir. Dolayısı ile söz konusu İitihadı Birleştirme Kararının 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonrada geçerliliğini devam ettirdiği tartışma konusu değildir. Sonuç olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu da ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğini kabul etmiştir.

ıslahın yapılma anının tespiti için Kanun belirli bir zaman belirlememiş, bu zamanı bir başka usul işlemini olan tahkikatın sona ermesi olarak belirlemiştir. Dolayısı ile sorunun çözümü için "tahkikatın" ve tahkikatın ne zaman sona ereceği konusunun tartışılması ve belirlenmesi gerekmektedir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda da Medeni Hukuk Yargılaması belirli evrelere ayrılmıştır. Bu evrelerden en önemlilerinden birisi de tahkikat evresidir. Tahkikat kavramı, layihalarla yeterince aydınlanmamış olan bir davada, tarafların duruşmaya çağırılmalarıyla başlayıp, çekişmeli yönlere ilişkin taraf delillerinin toplanmasıyla biten ve uygulamada, davaların tamamına yakın bölümünde gerçekleşen bir evreyi ifade etmektedir.

Konumuz olan "ıslah" kurumu da her iki kanunda tahkikat evresi içerisinde düzenlenmiştir.

Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat aşamasına geçilir.

Ön inceleme aşamasından sonra, tarafların iddia ve savunmaları, bu iddia ve savunmalara göre sunulan deliller çerçevesinde ortaya çıkan uyumsuzluk noktaları o anda hüküm vermeye yeterli değilse, yani dava hüküm için yeterince aydınlanmamışsa, tahkikat yapılacaktır. (Pekantez, Atalay, Özkes, s. 584)

Ön inceleme aşamasında tarafların anlaşıp anlaşamadıkları konuları tespit eden ve hangi vakaların uyumsuzluk konusu olduğunu tespit eden ve bunu tutanağa geçiren mahkemenin, tahkikat aşamasında yapacağı faaliyeti (iş) uyumsuzluk konusu olayları incelemek, bunlar hakkında tarafların gösterdiği delilleri , ilerde vereceği hükme esas almak üzere ispat hukuku kurallarına göre değerlendirmekdir. (Yılmaz, age. s.869)

Tahkikatın amacı, tarafların iddia ve savunmalarının doğruluğunu araştırmak, hakimin karar verebilmesi bakımından bunların aydınlatılmasıdır. (Pekantez, Atalay, Özkes, age. s. 581)

Mahkeme, ön inceleme aşamasından sonra, başkaca bir tahkikat işleminde yapılmasına gerek olmadığını görürse, yani mevcut dosya içeriği ile usul ya da esas sakımından bir karar vermek mümkünse tahkikat aşamasına geçmeden davayı sonuçlandırabilir.

Tarafların dilekçeler aşamasında ileri sürdükleri, iddia ve savunmaların doğruluğu bir başka deyişle gerçek olup olmadıkları mahkemeye kabul edilirse hükme esas alınabilir. Tahkikat, tarafların dilekçeler aşamasında ileri sürdükleri iddia ve savunmalarının doğru olup olmadığının mahkemeye araştırılmasıdır.

"Tarafların davada ileri sürdükleri bütün iddia ve savunmalar birlikte incelenir.

Hâkim, muhakemeyi basitleştirmek veya kısaltmak için resen veya taraflardan birinin talebi üzerine tahkikatın her aşamasında iddia veya savunmalardan birinin veya bir kısmının değerinden önce incelenmesine karar verebilir" (HMK. md.143/1-2).

Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkikatın konusu başlıklı 143. maddesi 1086 sayılı Kanunun 373. maddesinin dilinin sadeleştirilmiş halidir.

Yargıtayın 1957 tarihli aşağındaki kararını incelediğimizde 1086 sayılı Kanun ile 6100 sayılı kanun arasında tahkikatın konusu açısından bir farklılık bulunmadığını kolayca anlaşılabilecektir.

"Mahkeme, her şeyden önce dava dilekçesindeki esaslar ile davalı tarafın cevap dilekçesindeki esasları gözönünde tutarak üzerinde uyumsuzluk bulunan ve bulunmayan vakatları tespit etmek ve üzerinde uyumsuzluk bulunan vakatlar arasında, verilecek hüküm üzerinde tesiri bulunacak olanları ayırıp edip bunlar hakkında delil toplamağa mükelleftir" (Yarg. 4. HD 7.6.1957 tarih ve 1957/1012-3829 sayılı karar).

Tahkikat aşamasında hakim tahkikatın amacına uygun olarak tarafları dinleyebilir (HMK. md. 144), duruşma yapar (HMK. md.147), şartları varsa gerektiğinde tanık dinler (HMK. md. 240/265), bilirkişi incelemesi yaptırır (HMK. md. 266-287), keşif yapar (HMK. md. 288-292), taraflarca bilimsel mütalaa verilmişse gerektiğinde uzman dinler (HMK. md. 293), taraflardan birisi yemin teklifinde bulunmuşsa yemin işlemini yerine getirir (HMK. md. 225-239) ve tarafların iddia ve savunmalarının doğruluğunu anlayabilmek için gerekli diğer araştırmaları yapar. Bu usuli işlemlerin yapıldığı evreye yukarıda belirtildiği gibi medeni yargılamada tahkikat denir.

Basit yargılama usulüne tabi davalarla tahkikatla ilgili Kanunun 320. maddesinde ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. Ancak tahkikata ilişkin buradaki düzenleme yazılı yargılamaya tabi davalardaki usulden farklı değildir.

Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir (HMK.md. 184/1).

Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikati gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara teħhim eder (HMK.md. 184/2).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 184. maddesi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 375. maddesinin dilinin sadeleştirilmiş hali olup özünde bir değişiklik bulunmamaktadır.

"Toplu mahkemelerde, tahkikati yapmakla görevlendirilen hâkim, tahkikatın tamamlandığı kanaatine varırsa, tarafların davanın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için dosyayı mahkeme başkanına verir.

Toplu mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse tahkikat için görevlendirilen hâkim tarafından dinlenen tanıkları ve bilirkişiye tekrar çağırıp dinleyebileceği gibi, davanın maddi vakatları hakkında gösterilen ve mahkemeye verilememiş veya getirilmemiş olan delillerin verilmesini veya getirilmesini de kararlaştırabilir. Kurul, eksik görüldü tahkikati kendisi tamamlayabileceği gibi hâkimlerden birine de verebilir"(HMK.md. 185).

Görüldü gibi kanun tahkikatın sona ermesine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Hakim tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceleyecek, duruşmada hazır bulunanlara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verecektir. Duruşmada hazır bulunan taraf bu konuda sözlü beyanda bulunabileceği gibi yazılı olarak ta beyanda

bulunabilir. Taraflar bunun için süre talebinde de bulunabilir. Taraflardan birisi henüz tahkikatın bitmediğini, örneğin bir kısım delillerinin toplanmadığını, tanıklarının dinlenmediğini ileri sürerse hakim bu konuyu inceleyecek, gerçekten toplanmayan delil, dinlenmeyen tanık varsa bu eksikleri tamamlayacak bir başka deyişle tahkikata devam edecektir. Tarafların açıklamalarının sonra tahkikat aşamasında yapılacak başka bir işlem kalmadığı veya açıklamaları sonunda tespit edilen eksik işlemlerin tamamlanmasından sonra tahkikatı gerektirecek (araştırılacak) bir husus kalmadıysa hakim tahkikatın bittiğini duruşmada hazır bulunanlara tehim edecek ve bunu duruşma zaptına yazacaktır.

İşte Kanunun emredici şekilde düzenlediği bu tehim işleminin yapılmasıyla tahkikat sona erer ve sözlü yargılama aşamasına geçilir. Tahkikatın tamamlandığından tehim edilip sözlü yargılama aşamasına geçilmesinden sonra tahkikat aşamasında yapılmayan eksiklik bulursa bile tahkikat aşamasına tekrar dönülemez.

Ne var ki hükmün bu eksiklik sebebiyle temiz edilmesi sonucunda Yargıtayca bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması durumunda tahkikat yeniden başlayacaktır.

Tahkikatın ne şekilde sona ereceğine ilişkin 184. madde yazılı yargılama usulüne tabi davalarda uygulanacak usul kuralları içerisinde düzenlenmiş ise de bu Kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacağından basit yargılamaya tabi davalarda da uygulanacaktır (HMK.md.322).

Varılan bu sonuç, 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan *"Bir Mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temizece bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyması ile dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiştir"* şeklindeki değerlendirmeye de paralel niteliktedir.

Tahkikatın bu şekilde yeniden başlaması durumunda, bozma ilamı doğrultusunda işlemlerin tamamlanmasından sonra Kanunun 184. ve 185. maddesindeki işlemlerin tekrarlanması gerekmektedir. Bozma kararından sonra yapılan işlemlerin tahkikat olarak nitelendirilmesi halinde bozmadan sonra kanunun 184. ve 185. maddelerinin uygulanmaması gerekir. Bir taraftan tahkikat yeniden başlamaz deyip, diğer taraftan hakimın Kanunun 184. maddesine göre tahkikatın sona erdiğini tehim etmesi kendi içerisinde bir çelişki oluşturur.

Kanun koyucu isteseydi açıkça bozma kararından sonra islah yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanunlaşması sırasında bu tartışmalar bilindiği halde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki düzenleme tekrar edilmiş, ısrarla "islahın tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceği" düzenlemiştir. (HMK.md.177/1)

Maddenin gerekçesinde de "İslahın tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceği kabul edildiği, bu hüküm, esas olarak 1086 sayılı Kanunun 84 üncü maddesinde düzenlenmiş ve orada tahkikata tabi olan davalarda, tahkikat sona erene kadar, tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar yapılabileceği belirtilmiş, bu düzenleme çerçevesinde, tahkikata tabi olan ve tabi olmayan dava yargılamasına gerek duyulmadığı için, islahın tahkikatın sonuna kadar yapılması esasının kabul edildiğine" vurgu yapılmıştır. Tahkikatın sona ermesine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır.

Halen Yargıtay, 2, 11, 13, 14, 19 ve 21. Hukuk Daireleri bozma ilamından sonra hiç bir şekilde islah yapılamayacağı düşüncesinde oldukları, ayrıca bu dairelerden 11. Hukuk Dairesi 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi için haklı bir nedenin bulunmadığını, 13 ve 19. Hukuk Daireleri 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında içtihadların birleştirilmesi yoluna gidilemeyeceğini, 14. Hukuk Dairesi yeni bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç olmadığını bildirmişler, 2 ve 21. Hukuk Daireleri ise 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında bozmadan sonra islah yapılamayacağını bildirmişler ve yeniden bir içtihadların birleştirilmesi veya mevcut içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi konusunda görüş beyan etmemişlerdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 18, 20, 22 ve 23 Yargıtay Hukuk Dairesi ise aralarında küçük farklılıklar olsa da genel olarak bozmadan sonra islah yapılabileceğini bildirmişlerdir.

Öte yandan;

Yargıtay 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 18, 20, 22 ve 23 Hukuk Daireleri bozmadan sonra yalnızca davanın usulden reddine karar verilmesi halinde bozmadan sonra islah yapılabileceğini bildirdikleri halde,

1. Hukuk Dairesi (2008/10337-2009/2647 sayılı, 3.3.2009 tarihli, 2012/12779-2013/1366 sayılı 6.2.2013 tarihli, 2013/18987 -2014/5693 sayılı 17.03.2014 tarihli, 2014/9563-2014/17421 sayılı, 11.11.2014 tarihli, 2013/21084-2014/10670 sayılı, 29.05.2014 tarihli)

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (2008/12643- 2008/15265 sayılı 22.09.2008 tarihli)

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (2010/14211-2011/142 sayılı, 17.01.2011 tarihli, 2012/3041- 2012/4634 sayılı, 22.03.2012 tarihli, 2013/4318- 2013/5798 sayılı, 28.03.2013 tarihli)

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi (2008/4444- 2008/4216 sayılı 22.09.2008 tarihli, 2014/24200- 2015/1236 sayılı 29.01.2015 tarihli, 2014/25975- 2015/1312 sayılı, 9.2.2015 tarihli, 2014/27110-2015/1992 sayılı, 12.02.2015 tarihli)

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, (2006/2812 - 2006/4983 sayılı 8.5.2006 tarihli)

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, (2014/14393 - 2014/20664 sayılı 11.11.2014 tarihli, 2014/12232- 2014/21354 sayılı, 20.11.2014 tarihli)

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, (2012/10707- 2013/4335 sayılı, 26.03.2013 tarihli, 2012/1437-2012/11684 sayılı, 3.12.2012 tarihli)

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, (2008/14820-2008/1399 sayılı, 03.11.2008 tarihli , 2014/14105- 2014/16823 sayılı, 9.9.2014 tarihli, 2009/5528-2009/12039 sayılı, 2.7.2009 tarihli)

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, (2010/2147- 2010/4477 sayılı, 15.09.2010 tarihli,

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, (2013/16239-14441 sayılı, 31.10.2013 tarihli, 2013/21080 esas, 2014/6986 karar sayılı, 15.04.2014 tarihli, 2014/7786-10875 sayılı, 19.06.2014 tarihli, 2014/9076-11516 sayılı, 26.06.2014 tarihli)

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, (2013/6092-11445 sayılı, 10.12.2013 tarihli, 2013/4244-8823 sayılı, 7.10.2013 tarihli, 2014/7046-10212 sayılı, 4.12.2014 tarihli, 2013/10203- 2014/1911 sayılı, 17.02.2014 tarihli)

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, (2013/7020-2014/5725 sayılı, 13.03.2014 tarihli, 2014/7722 - 2014/21302 sayılı, 03.07.2014 tarihli, 2014/8416- 2014/14557 sayılı, 27.05.2014 tarihli)

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2013/8304- 2014/1764 sayılı, 10.03.2014 tarihli kararlarında bozmanın niteliğine bakılmaksızın bozmadan sonra tahkikat devam etse bile islahın mümkün olmadığına karar vermişlerdir.

Yargıtay 12, 16 ve 17. Hukuk Daireleri ise konuyla ilgili görüş bildirmemişlerdir.

Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 4, 9, 10, 15 ve 21. Hukuk Dairelerinin içtihatları arasında ayrırlık bulunduğunu, bu ayrırlığın 4.2.1959 tarih ve 1959/13-5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 4 ve 10. Hukuk Dairelerinin içtihatları doğrultusunda birleştirilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Sonuç olarak Yargıtay 4 ve 21. Hukuk Daireleri bozma kararından sonra islah yapılamayacağına, 9 ve 15. Hukuk Daireleri ise yapılabileceğine karar vermiş ve adı geçen dairelerin içtihatları arasında ayrırlık bulunmaktadır. Öte yandan adı geçen daireler dışındaki, dairelerin kararları arasında ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile daireler arasında da bozmadan sonra islah yapıp yapılamayacağı konusunda içtihat ayrırlığı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında içtihadı birleştirme kararının usule ilişkin bozma kararlarını kapsamadığını kabul etmiştir.

“Önemle belirtilmelidir ki; İçtihadı Birleştirme Kararları konularıyla sınırlı, gerekçeleriyle açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcı nitelik taşırlar.

İçtihadı Birleştirme kararıyla kabul edilen, bozmadan sonra islahın mümkün olmadığı yönündeki kural, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesi hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, bir davadaki istem/istemler hakkında mahkemeye tahkikat (tarafın duruşmaya çağırılması, çekimeli yönlere ilişkin delillerin toplanması, toplanan delillerin değerlendirilmesi) yapılarak, bunların ortaya koyduğu sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulduğu ve Yargıtay'ın ilgili Dairesinin de, kurulan bu hüküm, herhangi bir nedenle usul ve yasaya aykırı görerek bozduğu hallerle sınırlı bir içeriktir. Somut olaydaki gibi, yerel mahkemenin, davadaki istemlerden biri veya daha fazlası hakkında açıklanan şekilde bir tahkikat yapmadığı, bu konuda olumlu veya olumsuz herhangi bir karar vermediği; kurulan hükmün de bu eksiklik nedeniyle bozulduğu durumlar, anılan kararın kapsamı dışında kalmaktadır” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 16.03.2005 tarihli, 2005/13-97-2005/150 sayılı kararı)

Hukuk Genel Kurulu ve bir kısım daireler usule ilişkin bozmalardan içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında olduğunu kabul etmişlerse de doktrinde bu görüş kabul edilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi de “aynı davada her tarafın ancak bir kere islah hakkını kullanabileceğine” dair 6186 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 83. maddesinin ikinci fıncesinin Anayasaya ayrırlığı iddiasıyla yapılan bir başvuru sebebiyle verdiği bir kararında, 4.2.1948 günlü 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına göre bozmadan sonra islahı gidilemeyeceğini ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre İçtihadı Birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağladığını, bu nedenle, bozma kararından sonra islahı gidilemeyeceğinden, bakılmakta olan davada, 83. maddenin ikinci fıncesinin uygulanma olanağı bulunmadığını kabul etmiştir. (Any. Mah. 21.01.2010 tarihli , 2000/1 - 2000/2 sayılı kararı; R.G. Tarih-Sayı :10.03.2000-23989)

İçtihadı birleştirme kararı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde kabul edilmiştir. Daha sonra 01.10.2011 tarihinde 1086 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, yerine 6100 sayılı HMK'nu yürürlüğe girmiştir. Ancak HMK'da içtihadı birleştirme kararının hukuki varlığını ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılmamıştır. İçtihadı birleştirme kararının halen hukuki varlığını devam ettirdiği konusunda doktrinde de bir tartışma yoktur. 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlarda da içtihadı birleştirme kararının hukuki varlığını sürdürdüğü kabul edilmiştir.

İçtihadı birleştirme kararının usule ilişkin bozma kararlarını kapsamadığı kabul edilirse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Daireleri arasındaki çelişkili içtihatların birleştirilmesi talebi, kapsadığı kabul edilirse de İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi tartışılmalıdır.

İçtihadı birleştirme kararının gerekçesi ve sonuç kısmında ki "Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkânını veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen islahın; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesinin açık hükmü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabili Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olmayacağına" karar verildiğinin belirtilmesi karşısında söz konusu içtihadı birleştirme kararının usule ilişkin bozma kararlarını da kapsadığını kabul edilmesi gerekir. Doktrinde de içtihadı birleştirme kararının usule ilişkin bozma kararlarını da kapsadığı kabul edilmekte, ancak bu husus eleştirisi konusu yapılmaktadır.

Yargıtay daire ve kurulları, benzer hukuki konularda içtihadı birleştirme kararı ile bağlı olduklarından, bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiği kanısına varsalar ve bu hususta güçlü gerekçelere sahip olsalar bile, içtihadı birleştirme kararına aykırı bir karar veremezler. Bu yüzden 04.02.1948 tarih ve E.1944/10, K.1948/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında bozma kararından sonra islah yapılabileceğine ilişkin bütün kararların söz konusu içtihadı birleştirme kararına aykırı olduğu söylenebilir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın, daha önce verilmiş bir içtihadı birleştirme kararına aykırı olması halinde, içtihadı birleştirme kararına aykırı karara karşı karar düzeltme yoluna gidilmelidir. Çünkü İçtihadı Birleştirme Kararları, ilke kararlarıdır ve benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. (Yarg. K. md.45/5) (Kuru, age. s.4970)

Yukarıda yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, 04.02.1948 tarih ve E.1944/10, K.1948/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında, bir davada verilen hükmün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra hiç bir şekilde islah yapılamayacağı kabulü gerekmektedir. Mevcut içtihadı birleştirme kararı ve içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu gözetildiğinde bir hükmün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra islah edilebileceğine dair kararlar ile edilemeyeceğine dair kararlar arasındaki çelişki yeni bir içtihadı birleştirme kararı ile giderilemez.

Dolayısı burada 04.02.1948 tarih ve E.1944/10, K.1948/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi tartışılmalıdır.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi 1 ve 2 nci fıkralarında içtihadı birleştirme müessesesini açıkladıktan sonra 3 üncü fıkrada "içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır" denilmiş ve açıkça içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilebileceği veya kaldırılacağı esası benimsenmiş ancak hangi hallerde değişiklik yapılabileceği konusunda bir hüküm getirilmemiştir.

"Mevcut bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması için ortada haklı nedenler bulunmalıdır. Şu husus da belirtilmelidir ki içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması görüşmelerinde o kararların çıkarılması sırasında ortaya konulan düşüncelerin, gerekçelerin yeniden gündeme getirilerek tekrar bir değerlendirilmenin yapılması ve sonra gidilmesi söz konusu değildir. Zira İçtihadı Birleştirme Kurullarının toplanma usulleri dikkate alındığında, kurulların yeni oluşumu değerlendirme farklılıklarına yol açacağından içtihadı birleştirme kararlarının sık sık değiştirilmesi veya kaldırılması durumu ile karşılaşılacaktır ki bunun hukukta istikrarsızlığa yol açacağı ve içtihadı birleştirme usulünün kabulündeki amaçla çelişeceği tartışma götürülmeyecek kadar açık bir gerçektir. O halde, bu esasların sonucu olarak yukarıda da açıklandığı gibi bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması için ortada bir durum haklı gösteren bir neden mevcut olmalıdır. Kuşkusuz haklı bir nedenin var olup olmadığı sorunu objektif bir kurala bağlanamaz; bunun her konuda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir". (16.03.1990 gün ve ½ Sayılı Yarg.İçt. Bir. Gen. Kur. Kar)

Bu nedenle mevcut içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır.

Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararının henüz yayınlanmadığı bir tarihte 1948 yılında doğru olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır.

Pek yeni olan ve henüz yayınlanmamış bulunan 4/2/1948 tarihli İçt. Brl. de bunu teyid etmektedir. Bu kararlar isabetsiz ve mücip gerekeşilye çelişik gibi görünmektedir. Evet, islah tahkikat bitinceye kadar yapılacaktır. Fakat hüküm bozulunca bu tahkikat olduğu gibi kalmakta mıdır? Yoksa yeniden bir tahkikata lüzum olacak mıdır? Olacaksa tahkikat bitmiş değildir. Yargıtay hükmün tasdikinden sonra islah olmaz deseydi bu esabı mucibe tutardı. Karara daha hukuki ve kuvvetli gerekçe lazımdı. (Ordinaryus. Prf. Sabri Şakir Ansay. Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara Yeni Cezaevi Matbaası. 3. Bası.1948. s.157)

Yargıtayın daha sonraki bir İçtihadı Birleştirme Kararında da kabul edildiği gibi, " bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyması ile dava yeniden duruşma (muahakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiştir". Islah tahkikat (veya yargılama) bitinceye kadar yapılabileceğine göre (HMUK. md.84), bozmadan sonraki (yeni) tahkikat (ve yargılama) sırasında da islah mutlak olarak caiz (mümkün) olmalıdır.

Nakızdan sonra islah ancak, mahkemenin esas hakkında bir hüküm vermiş olması halinde yasaktır. Nakzedilen hüküm bir usuli hüküm ise, henüz bu hüküm ile işin esasına girilmemiş olduğu için, bu safhada dahi islahı yasaklamaktaki zaruretlere ortadan kalkmış sayılır. (Prf. Dr. Saim Üstündağ. Medeni Yargılama Hukuku. Formül Matbaası. İstanbul.1984.s.470)

Zaman bakımından islahın en son ne zaman yapılabileceğine ilişkin kanundaki sınırlandırma "tahkikatın bitimi" olarak belirlenmiştir. Buna göre, tahkikat aşamasının sona ermesine kadar islah yapılabilir (HMK. md. 177/1). Gerek Hukuk Usulü Muhkemeleri Kanununda gerekse Hukuk Muhkemeleri Kanununda hükümün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra ilk derece mahkemesinde yargılamaya devam edilmesi halinde islah yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen 04.02.1948 tarih ve E.1944/10, K.1948/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı hükmün Yargıtay tarafından bozulması halinde bozmadan sonra hiç bir şekilde islah yapılamayacağını kabul etmiştir.

Diğer taraftan, 04/02/1959 tarih , 1959/13-55 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise bozmadan sonra, bozma kararına uyulması ile davada yeniden tahkikata başlanılmış olacağı kabul edilmiştir. Bu iki içtihadı birleştirme kararının birlikte değerlendirilmesi ve buna göre bozma kararına uyulmasında sonra islah yoluna başvurulup başvurulamayacağını tespiti gerekir. Bozma kararına uyulmasından sonra islah yoluna başvurulmasının nedeni, içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği gibi yerel mahkemenin bozmaya uymasından sonra oluşan usuli müktesep hakkın korunmasıdır. Islah yolu ile usuli müktesep hakkın ortadan kaldırılmayacağı doğrudur. Bu sebeple usuli kazanılmış bir hakkı ortadan kaldıracak sonucu doğuracak bir konuda islah yoluna gidilememesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki bozma kararı için esasına ilişkin değil de usule ilişkin ise, usule ilişkin müktesep hak söz konusu olmayacaktır.

Hukuk Muhkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte dava şartı yokluğu sebebiyle "davanın usulden reddine" (HMK. md. 115/2) ve dava dilekçesindeki eksiklik sebebiyle "davanın açılması sayılması" (HMK. md. 119/2) gibi kararlar verilebilecektir. Diğer yandan yine davanın esasıyla ilgili olmayan ve davayı sonuçlandırmayan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının Yargıtay tarafından mahkemenin görevli veya yetkili olduğu gerekçesiyle bozulması halinde, bu bozma kararına mahalli mahkemenin uyup yargılamaya devam etmesi halinde taraflar açısından usuli kazanılmış bir hak bulunduğundan söz edilemez.

Tahkikatın eksik yapıldığı örneğin, tarafların delillerinin tamamının toplanmadığı, bir kısım tanıkların dinlenmediği, mahallinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılmadığı gibi bir gerekçeyle hükmün esasın bozulması da mümkündür. Tüm bu hallerde, mahalli mahkemenin bozma kararına uyması halinde, yargılama bozma kararına uygun şekilde usulden red ve açılmaması sayılma kararlarında dilekçeler teatisinden, görevsizlik ve yetkisizlik kararlarında ön inceleme aşamasından, eksik inceleme ve tahkikat sebebiyle bozulması halinde de tahkikat aşamasından yeniden başlayacaktır. Her durumda tahkikat aşamasına yeniden dönmüş, bir başka deyişle tahkikat henüz sonuçlanmamış olacaktır. Usulden red, açılmaması sayılma, görevsizlik, yetkisizlik gibi kararlarda daha tahkikat hiç başlamadan tarafların islah hakkı, yani bu hakkın kullanma süresi başlamadan bitmiş olacaktır.

Dolayısı ile bozmannın usulden mi yoksa esasın mı olduğu konusu da aslında bir kriter olarak kabul edilmemelidir. Örneğin maddi tazminat talebine ilişkin bir davada verilen hüküm, davacı tarafın temyizi üzerine Yargıtay tarafından zararın bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilmesi yönünden bozulmuş ve mahkeme bozma kararına uyarak bozma ilamı doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırmışsa daha önce islah yoluna başvurmamış davacı, dava değerini, bozma kararı

üzerine mahkemece tahkikata devam edildiğine, bir başka deyişle tahkikat henüz sonuçlanmadığına göre artırılabilir. Bozmadan sonra islah yapılmasına bir sınırlandırma getirilecekse bu sınırlandırma bozmanın usule ilişkin veya esastan olmasına göre belirlenmemelidir. Yukarıda ki örnekte olduğu gibi esastan bir bozma sonrasında da daha önce islah yapılmamış islah yapılabilir. Aksi takdirde davacının kararı temyiz edip bozmasında hukuki bir yararı olmayacaktır.

Hukuk yargılamasının katı kuralları ile tarafların unutulmaları, yanılmaları ile ortaya çıkacak hak kayıpları zaman zaman çatışabilmektedir. Hukuk yargılamasının katı kurallarını mutlak olarak uygulamamız halinde, hukuk yargılamasının amacına ulaşamayabiliriz. Bir taraftan hukuk yargılamasına ilişkin kuralları uygularken, diğer taraftan hukuk yargılamasının hedeflediği sonucu elde etmemiz gerekir. Kuralları uygularken, amaçtan uzaklaşmak gibi bir riskle karşı karşıyayabiliriz. İstenilmeyen bu sonucu önleyecek kurumlardan birisi de, "islah" kurumudur. Mahalli mahkeme verilen hükmün Yargıtay tarafından bozulması halinde islah yapılamayacağına ilişkin kabul islah kurumunun amacıyla da örtüşmez.

Anayasa Mahkemesi "Müddei islah suretiyle müddeabihi tezyit edemez." şeklindeki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 87. maddesinin son cümlesini Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında özellikle "müddeabihin islah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması dâvâların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağını, dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "islah" yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kuralın, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesinin aykırı olduğunu, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksanz kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi anlamına geleceğini ve dâvâcıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırladığını, itiraz konusu kuralın, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarnı engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı" vurgulanmıştır. (Anayasa Mahkemesinin 20.04.1999 gün ve 1/33 sayılı kararı. R.G. 20.07.2000)

Hukuk yargılaması bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileri sebebiyle ortaya çıkan ihtilafları belirli kurallar içerisinde adil bir biçimde çözümlenerek hukuki barışın korunması ve bu kapsamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlar. Anayasa'nın 141. maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, "dâvâların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir. Mevcut İçtihadı Birleştirme Kararı Anayasanın bu hükmüne ve HMK'nun 177. maddesine açıkça aykırıdır.

Kanun islahın tahkikat bitinceye kadar yapılabileceğini düzenlemiş, mahkeme tarafından verilen hükmün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra islah yapılamayacağına ilişkin bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bozma kararı ile taraflardan biri lehine oluşacak usulü kazanılmış hakkın islahla ortadan kaldırılamayacağı gerekçesiyle içtihadı birleştirme kararıyla böyle bir sınırlandırma getirilmesi doğru olmamıştır. Kaldı ki yukarıda örneklerle açıklandığı gibi bozma kararından sonra tahkikatın devam ettiği davalarda islah yapılamayacağına ilişkin kabul, Kanunda olmayan bir sınırlandırma olacaktır. Öte yandan içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde belirtildiği gibi her bozma kararı taraflardan biri lehine usulü kazanılmış bir hak da doğurmamaktadır. "İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde belirtildiği gibi, bozmadan sonra islah yapılmasının tek sakıncası "bozma ile kazanılan hakları (usulü kazanılmış hakkı) ihlal etmesi" ise, mahkemenin bozma kararına uyması ile meydana gelen usulü kazanılmış hakkı etkilememek şartıyla bozmadan sonra da islah yapılabilir" denebilir. Bundan başka, karşı tarafın muvafakatı ile bozmadan sonra davanın veya savunmanın değiştirilmesinin usulü kazanılmış hakkın bir istisnasını teşkil etmesinde olduğu gibi, bozma dan sonra islah yapılması da usulü kazanılmış hakkın bir istisnası olarak kabul edilebilir. (Kuru.age.s.3981)Kanımca "usulü kazanılmış hak" kavramı da sorunun çözümünü için yeterli değildir. Örneğin mahkemenin görevsizliğine ilişkin kararın bozulmasından sonra, davacının davasını tamamen islah etmesi halinde, islah dikkate alındığında mahkeme görevli olmayabilir. İlk kararın, görev yönünden bozulmuş olması taraflar açısından usulü bir hak ortaya çıkarmaz. Bu durumda sınırlandırma usulü kazanılmış hakkı etkilememek olarak belirlenirse, islahla ortaya çıkan yeni durum karşısında görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Bu durumda ise davalının temyizi üzerine mahkemenin görevli olduğu şeklinde bozma kararı verilmişse, davalının bozma ile elde ettiği hukuki sonuç islahla ortadan kaldırılmış olur. Bu sebeple usulü kazanılmış hakkı da kapsayacak şekilde daha geniş bir sınırlandırma yapılmalıdır. Sınırlandırmanın Kanunun lafzına ve ruhuna uygun olacak şekilde yapılması gerekmektedir.

Mevcut İçtihadı Birleştirme Kararının "bozma kararı doğrultusunda tahkikata devam edilmesi halinde bozma kararı ile ortaya çıkan hukuki durumu ortadan kaldırmamak şartı ile bozmadan sonra islah yapılabilir" şeklinde değiştirilmesi hukuk yargılamasının ve islah kurumunun amacına uygun olacaktır. Bu sebeplerle sayın çoğunluğun "bozma kararından sonra islah yapılamayacağına ilişkin 04.02.1948 tarih ve E.1944/10, K.1948/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesine gerek olmadığına ilişkin görüşüne katılmıyoruz.

KARŞI OY

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nda bozma kararı sonrasında islah yapıp yapılamayacağına ilişkin olarak Yargıtay 4., 9., 10., 15. ve 21. Hukuk Daireleri arasındaki görüş ayrılığının, içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istenilmiştir. Sayın Raportör üye tarafından, bu konuya ilişkin halen geçerliliğini sürdüren 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı bulunduğu ve öncelikle bu kararın değiştirilip değiştirilmeyeceği ve geçerliliğini sürdürüp sürdürmediği hususunun değerlendirilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir. Bunun üzerine Büyük Genel Kurul'da oylan ve tartışılan konu, bozmadan sonra islah yapılamayacağına ilişkin 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekli olup olmadığı hususudur.

Bu konudaki görüşlerimize geçmeden önce, ilgili içtihadi birleştirme kararına konu olan hususlara ilişkin olarak, islah kavramı, islahın amacı, islahın şekli, islahın konusu, islahın çeşitleri ile içtihatların birleştirilmesi kararları ve mevcut bir içtihadi birleştirme kararının değiştirilmesi konularına değinilmesi yarar vardır.

I. Islahın Tanımı, Amacı, Şekli, Konusu ve Çeşitleri

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yaşağının istisnası olan islah, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 176. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu-HUMK 83) maddesinde, " taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzelmesi" olarak tanımlanmıştır. Islahın amacı, davada taraflardan birinin eksik bıraktığı veya yanlış bildirdiği vakaları, dava konusunu veya talep sonucunu tahkikat bitinceye kadar düzeltmesidir. Taraflarca hazırlama ilkesi gereği, hukuk yargılamasında kural olarak hakim tarafların iddia ve savunmalarına göre karar vermek ve uyumsuzluğu çözmekle yükümlüdür. Bu ilkenin taraflar bakımından yansıması ise, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yaşağıdır. HUMK göre, taraflar dava ve cevap dilekçesindeki iddia ve savunmaları ile bağlı olup bu aşamadan sonra ancak karşı tarafın rızası veya islah yolu ile iddia ve savunmalarını değiştirebilirler. HMK da ise, iddia ve savunmayı değiştirme yaşağı cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile başlar. Ön inceleme aşamasında bu yasak iki durumda aşılabilir. Biri karşı tarafın açık muvafakatı, diğeri ise ön inceleme duruşmasına bir tarafın mazersiz olarak girmemesi halidir ki, bu durumda gelen taraf olmayan tarafın yokluğunda serbestçe iddia veya savunmasını genişletip değiştirebilir. Tahkikat aşamasında ise bu yaşağın yine iki istisnası vardır. İlki, diğer tarafın açık muvafakatı, diğeri ise islahtır (Ejder Yılmaz, Islah, Ankara 2013, s. 45;Hakan Pekcantez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, s. 403; Mahmut Bilgen, Islah, Ankara 2010, s.1).

Tarafların bir usul işleminde hata yaptığında, bir defaya mahsus olmak üzere bunu düzeltebilmesinde ve eksiklikleri tamamlayabilmesinde olanak tanıyan islah, mahkemeye yöneltilen açık ve tek taraflı bir irade beyanı olduğundan karşı tarafın ve mahkememin kabulüne bağlı değildir (Pekcantez/Atalay/Özkes, s.403). Islah bir davada ancak bir kez başvurulabilen bir yol olup tahkikat bitinceye kadar sözlü veya yazılı olarak yapılabilir (HMK.177).

Islahın konusu, tarafların kendi yaptıkları usul işlemleridir. Islah ile taraflar, belirttiıkları vakaları (dava sebebinin), dava konusunu ve talep sonucunu değiştirebilirler. Dava sebebi, genel olarak hukukumuzda davanın dayandığı vakaları ifade etmektedir. Azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre ise, dava vakalarından çıkartılan hukuksal ilişkiyi esas almaktadır. Yılmaz ise dava sebebinin, talep sonucunu çıkartmaya elverişli olan vakaları anlamaktadır (Yılmaz, s.154).

Dava konusunun islahı dava dilekçesindeki dava konusunun değiştirilmesi (tenkis davasının mirasta iade davasına islahı, kira bedeli alacağı ercimisile islahı vb) şeklinde olabileceği gibi, dava konusunun artırılması şeklinde de olabilir. Dava konusunu belirleyen talep sonucudur. Bu bakımdan islah ile dava konusu ve talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi bir özdeşliği ifade eder (Yılmaz, s.188). Talep sonucunun artırılması, HUMK 87/son cümlesinin Anayasa Mahkemesinin 20/7/1999 tarih ve 1/133 sayılı kararı ile iptalinden sonra mümkün hale gelmiş olup kararın gerekçesinde, anılan hükmün AN.141. maddesinde yer alan yargılamamın en az giderle ve mümkün olan süratle bitirilmesi hükmüne aykırı olduğu, talebin fazla kısmı için islah hakkı veremeyerek ikinci bir dava açmaya zorlanmasını mahkemelerin işi yükünü gereksiz yere arttıracığı ve boş yere emek, zaman ve para harcanmasına sebep olacağı, hak arama özgürlüğünü sınırlanmış olacağı ve bu durumun demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağı hususlarına yer verilmiştir.

Usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması şartı ile davanın tamamen veya kısmen islahı mümkündür. HGK ise 3/7/2002,9-564/572 sayılı ilamında "HUMK'un 83. maddesinde islah, taraflardan birisinin yaptığı bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmıştır. Islah, davanın tamamen veya kısmen islahı şeklinde yapılabilir. Davanın tamamen islahı durumunda, dava dilekçesinden itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması HUMK'un 87. maddesi hükmü gereğidir" demek suretiyle islah çeşitlerinden bahsetmiştir. Davanın tamamen islahı davacı ve varsa karşı davacı tarafından yapılabilecek olup davanın, dava dilekçesi aşamasından itibaren islah edilmesidir. Davanın islahıta dava dilekçesinden itibaren tüm usul işlemleri yapılmamış sayılır. Dava sebebinin veya dava konusunun değiştirilmesi tamamen islah hallerinin tipik örnekleridir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. cilt, s. 3990; Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 406). Davanın kısmen islahında ise, dava dilekçesinden sonraki bir usul işleminin islahı söz konusudur. Burada davacı eski dava dilekçesini aynen muhafaza etmekle birlikte, yargılamaya yeni vakalar sokmak veya talep sonucuna yeni talepler eklemek suretiyle islah yapmaktadır. Dava sebebinin veya dava konusunun genişletilmesi veya kısmen değiştirilmesi halleri ise tipik kısmen islah halleridir (Kuru, s.3992, Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 407). Tamamen islahtaki bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılmasının aksine kısmi islahıta, kısmen islah edilen işlemlerin konusu olan ve daha önce yapılan işlemler yapılmamış sayılır. Tamamen islahıta, davaya yeni dava dilekçesindeki haliyle devam edilir, kısmen islahıta ise sadece islah edilen kısım bakımından yeni durum dikkate alınır (Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 411). Yargıtay "...davacının aynı davada müddeabini artırma ve davanın genişletmesi hallerinde kısmi islahıtan söz edilir..."(14.HD.7521/7922,10/11/2003) demek suretiyle talep sonucunun artırılmasının kısmi islah olduğunu kabul etmiştir.

II. İctihatların Birleştirilmesi Yolu ve Mevcut Bir İctihadi Birleştirme Kararının Değiştirilmesi

Yargı içtihatları esas olarak somut olaya kanun hükmünün uygulanması faaliyetinin bir sonucu olup somut olayın özellikleri ile sınırlı olarak uyumsuzluğu çözerler. Hukukun yardımcı kaynaklarından olan içtihatların birleştirilmesi yolu ise, genel ve soyut kural koymayı hedefleyen ve bu anlamda kanun yapma tekniğine uygun olarak genel ve soyut kural ortaya koyma araçlarıdır. Yargıtay Kanunu 15/2 ve 16/5. maddelerinde, benzer nitelikteki olaylar hakkında iki ayrı, yani birbirleriyle

çelişkili Yargıtay kararının varlığı halinde içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulabilecek olup bu yolun hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesinin sağlanmasındaki rolü yadsınamaz.

Dünyadaki değişim, gelişim ve etkilediğinden ortaya çıkan toplumsal değişim ve dinamizme hukukun kayıtsız kalması söz konusu olmaz. Bu bağlamda, değişen koşullara uygun olarak yeni kanunların yapılmasının yanı sıra yargı içtihatlarının da değişmesi kaçınılmazdır. Somut olay bazında uyumsuzluğun çözümüne ilişkin yargısal faaliyetlerde bu değişimin dosya ve olay düzleminde somut uyumsuzluğa yanıtlanması mümkündür. Soyut ve genel kural koyan içtihadı birleştirme kararlarının değişen kanunlar ve koşullara göre yeniden ele alınarak değiştirilmesi veya kaldırılması da bir gerekliliktir.

III. Değerlendirme ve Sonuç

Sayın Büyük Genel Kurul'un önündeki uyumsuzluk, bozmadan sonra islah yapılamayacağına ilişkin 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesini gerekli olup olmadığı hususuna ilişkindir. Bir içtihadı birleştirme kararının hangi hallerde değiştirileceği veya kaldırılacağı konusu Büyük Genel Kurul'da üç oturumda ve ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Sayın çoğunluk tarafından özellikle bunlardan ikisine vurgu yapılmış, gerek kanun hükümlerinde değişiklik olmadığı gerek ilgili içtihadı birleştirme kararında konunun tüm yönlerinin tartışılmış olup ortada açık bir husus bırakılmadığı gerekçeleriyle ilgili içtihadı birleştirme kararının aynen uygulanması istenilmiştir. İlgili 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmemesi yönündeki görüşe katılmak şu gerekçelerle mümkün olmamıştır:

A. Sayın çoğunluk tarafından islah müessesine ilişkin hükümlerde herhangi bir değişiklik olmadığı, HUMK. 84. maddesindeki islah tanımı ile yeni HMK. 177. maddesindeki islah tanımının noktası virgüllüne aynı olduğu, bu nedenle de 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki görüşün değiştirilmesini gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce sayın çoğunluk tarafından 1948 tarihinde tartışılan islah ile 2016 tarihinde tartışılan islahın farklı müesseselere işaret ettiği, islah ilişkisi olarak gerek HMK. nin yürürlüğü ile usul hukukunda gerek Anayasa Mahkemesi'nin HUMK 87. maddesindeki "islah ile müddeabihin artırılmayacağı" ilkesini iptal ettiği göz ardı edilmiştir. Her ne kadar, islah ilişkisi olarak HUMK. 84 ve HMK. 177. maddesi hükümleri aynı ise de, islah müessesesine ilişkin kanunlardaki tek hüküm bu olmayıp, HUMK. 84 ve HUMK. 87/son cümlesi bir bütündür. Bu anlamda, HUMK. 84. maddesinde yer alan ve klasik anlamda bildiğimiz taraflardan birinin yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen islah ile HUMK. 87/son cümlesindeki talep sonucunun islah yoluyla artırılmayacağı kuralı birbirini tamamlayan hükümlerdir. Zaten bu iki hükmün birlikte uygulanması nedeniyle uzun süre, bozmadan sonra islah yapılamayacağına ilişkin 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Yargıtay tarafından istikrarlı olarak uygulanmıştır. Bu uygulamadan sapan kararlar verilmesini gerektiren husus, islah ilişkisi HUMK. 87/son cümlesinin Anayasa Mahkemesinin 20/7/1999 tarih ve 1/133 sayılı kararı ile iptalidir. Böylelikle islah ile genel olarak bilinenin aksine, talep sonucunun da artırılabilmesine imkan tanımının ve bu nedenle Anayasa mahkemesinin iptal kararına geçecek üzere talebin fazla kısmı için islah hakkı tanınarak tarafların ikinci bir dava aşamada aynı davada talep sonucunu arttırmalarını yolu açılmıştır. Bu iptal kararı sonrasında Yargıtay daireleri arasında özellikle islah ile talep sonucunun artırılması bakımından, bozmadan sonra islah yapılmasına olanak tanındığı ve 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararından farklı uygulamaların olduğu görülmüştür. Bir hukuk hükmünün uygulanmasında yorum yöntemlerinden olan "*Yasa Koyucunun İradesi-Ratio legis*" ilkesi anlamında bakıldığında, bilinen islah müessesesi ile Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile öngörülmesi müessesesinin farklılaştığı ve islahın format değiştirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dayanak yapılarak tek davada bozmadan sonra islah ile uyumsuzluğun çözümüne ilişkin kararlar alınmasının bu değişiklik gerekçeleri ile uyumlu olduğu söylenmek gerekir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı gözétilerek HUMK.'da islah müessesesi düzenlenmiş ve burada da islah yoluyla talep sonucunun artırılmasına olanak tanınmıştır. Şu durumda öncelikle iptal kararı ve sonrasında buna uygun düzenleme yapan HMK. ile 1948 tarihindeki islah ilişkisi hükümlerde değişiklik olduğu hususu açıktır.

Yine değişiklik olan hususlardan biri ise, islahın yapılabildiği zamana ilişkindir. HUMK. da islah tahkikat aşamasında yapılabilmekte iken, HMK. ile yargılamaızca ön inceleme aşaması getirilmiş ve artık hem ön inceleme hem de tahkikat aşaması bakımından islah yapma olanağı getirilmiştir. Bu kanun değişikliği de islah müessesesinin yeniden tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Özellikle bozmadan sonra islah yapılamayacağı ilkesinin katı şekilde uygulanması, bu yeni hükümler karşısında bazı hak kayıplarına neden olacak gözükmektedir. Şöyle ki; ön inceleme aşamasında davanın (ön inceleme sonucu verilecek kararlara dayalı olarak) reddine ilişkin bir kararın, daha sonra Yargıtay tarafından işin esasına girilmesi gerektiğinden bozulduğu hallerde, bozma yapılmış olduğundan artık tahkikat aşamasına geçildiğinde islah yapılmasının öntü kesilmesi olacaktır. Bir tarafın, tahkikat aşamasında da islah yapabileceğine ilişkin kanun hükmü ve buna dayalı hakkı, sırf bozma yapıldı diye, bozma kararı ile daha hak doğmadan ortadan kalkması olacaktır. Bu hususun hak arama hürriyeti ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı hususu izahatn vâresteritir. Sonuç olarak islah ilişkisi hükümlerde 1948 tarihinden bu yana köklü değişiklikler yapılmış olduğundan 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi gereklidir.

B. Sayın çoğunluk tarafından ilgili içtihadı birleştirilme kararında, değişiklik sebeplerinden olan tartışılması gereken ve açık bırakılan husus bulunmadığından değişikliğin gerekli olmadığı fikri ileri sürülmüştür. Ancak, 1948 tarihinde tartışılan islah ile bugün tartıştığımız islah müessesesinin birbirinden farklı olduğu gözden kaçırılmamıştır. Bir başka ifadeyle, 1948 tarihindeki içtihadı birleştirme kararında tartışılan islah, yalnızca HUMK. 84. -87. maddesinde yer alan ve klasik anlamda bildiğimiz, talep sonucunun artırılmasına imkan tanımayan, taraflardan birinin yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen islahına ilişkin, bugün tartışılan islah talep sonucunun artırılması da dahil olmak üzere bir tarafın usul işlemlerini kısmen veya tamamen değiştirmesi işlemidir. Yine 1948 yılında yalnızca tahkikat aşaması var ve bu aşamada islah mümkün iken, bugün tartıştığımız islah hem ön inceleme hem de islah aşamasında mümkündür. Bu hususlar 1948 yılında mevzuatımızda bulunmadığından, bu hususların ilgili içtihadı birleştirme kararında tartışılmadığı ve tartışılmasının mümkün olmadığı da açıktır. Bu nedenle 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, islah ilişkisi her hususun tartışıldığı ve tartışılması gerekli başka bir açık yön bırakılmadığı görüşüne katılmak mümkün görülmüş olduğundan, ilgili içtihadı birleştirme kararında bu hususların tartışılması ve karara bağlanması için değişiklik yapılması gereklidir.

C. Büyük Genel Kurul görüşmeleri sırasında, bölge adliye mahkemeleri kurulunca istinaf aşamasında islahın yasak olduğu, istinaf da bile islahla izin verilmediği halde bozmadan sonra islah yolunun açılmasının uygun olmayacağı ve bu düzenlemeyle çelişeceği görüşü dile getirilmiştir. Bilindiği üzere istinaf bir kanun yoludur. Burada ilk derece mahkemesindeki yargılama yenilenmemekte, aksine ilk derecede yürütülen yargılama ve verilen karar incelenerek denetlenmektedir. Bu nedenle, ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyle iddia ve vakıaların istinaf aşamasında ileri sürülmesi ve dikkate alınması düşündürülemez. Nitekim bu nedenle HMK'da istinaf aşamasında, açıkça yeni vakıaların ileri sürülemediği, talep sonucunun genişletilip değiştirilemeyeceği, islah yapılamayacağı, karşı dava açılmayacağı, davaların birleştirilemeyeceği hususları hükme bağlanmıştır. Bu nedenle bozmadan sonra islah yapıp yapılamayacağına ilişkin Büyük Genel Kurul'da yapılan tartışma, tamamen ilk derece mahkemesince bozmadan sonra islah yapıp yapılamayacağı tartışmasına ilişkindir. Bu nedenle de istinaf aşamasında islah yapılamaması kuralının eldeki uyuşmazlığın görüşülmesinde uygulama yeri yoktur.

D. Büyük Genel Kurul Görüşmeleri sırasında, 20 Temmuz 2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlayacağı ve belki de bu içtihadı birleştirme görüşmelerinin bir anlamı kalmayacağı, temyiz sonrası dosyaların bölge adliye mahkemelerine gönderileceği ve bölge adliye mahkemelerinin kurulması hususunu da değerlendirilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Yukarıda da ifade edildiği üzere, islah ilk derece yargılamasına özgü bir müessesedir. Bu nedenle islah konusunun ve eldeki içtihadı birleştirme kararının istinaf yargılamasından ayrı olarak düşünülmesi gerekir. Her ne kadar bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra bir kısım dosyalar Yargıtay'a gelmeyecek ise de, özellikle bölge adliye mahkemelerinin başvurusunu esaslan reddine ilişkin kararlarının temyiz incelemesi sonucunda, bozma kararı verilmesi halinde dosya ilk derece mahkemesine gönderileceğinden bozmadan sonra islah yapıp yapılamayacağı hususunu tartışılmasına yarar olduğu açıktır. Bu nedenle de, Büyük Genel Kurul tarafından, bozmadan sonra islah yapıp yapılamayacağı hususundaki bu incelemenin yapılmasını gerektirir.

IV.SONUÇ

Yukarıda sayılan nedenlerle 04.02.1948 tarih 1944/10-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının yeniden gözden geçirilerek değiştirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan sayın çoğunluğun ilgili içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine gerek olmadığına dair görüşüne katılmamaktayım.

KARŞI OY YAZISI

Yargıtay Büyük Genel Kurulu sayın çoğunluğu tarafından 06.05.2016 tarihli üçüncü toplantıda 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas, 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesine gerek olmadığına karar verilmiş ve böylece bozmadan sonra islah yapılamayacağına ilişkin 04.02.1948 gün ve 1948/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına devam olunacağı kararlaştırılmıştır.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi" başlıklı 141. maddesinde ; "Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakatı ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakatı aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirilebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.

(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda islah ve karşı tarafın açık muvafakatı hükümleri saklıdır" denilmektedir.

Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birisi karşı tarafın açık muvafakatı, diğeri de islahtır. Birincisi karşı tarafın iradesine bağlanmışken, ikincisi ise iddia veya savunmasını genişletmek yahut değiştirmek isteyen tarafa tanınmış bir haktır.

Buna göre, mahkeme hükmünün Yargıtay'ca bozulmasından sonra, hatta birden fazla bozma yapılmasından sonra dahi, taraflardan birinin, karşı tarafın açık muvafakatı ile iddia veya savunmasını genişletip değiştirmesine bir engel bulunmamaktadır. Bozmadan sonra iddia veya savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının iki istisnasından biri olan karşı tarafın muvafakatı kabul ettiğimize göre, diğer istisna olan islah yapılmasını neden kabul etmeyeceğiz? Karşı tarafın muvafakat iradesine değer verdiğimizize göre, islah yapmaktan isteyen tarafın değiştirme ve genişletme iradesini kabul etmemesi için haklı bir gerekçe bulunmakta mıdır? Her iki istisna da aynı sonucu doğurduğuna göre, bozmadan sonra birini kabul edip, diğeri kabul etmemek kabul edilemez. Bu nedenle bozmadan sonra islah yapılamayacağına dair 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas, 1948 /3 karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi gerektiğini, bozmadan sonra islahın mümkün olduğunu düşündüğümden sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.