

## ISLAHLA MÜDDEABİHİN ARTIRILMASI VE ZAMANAŞIMI

**Av. M. İhsan DARENDE**

İslah, Yargıtay kararlarında en çok tartışılan, farklı yönde kararlara konu olan, tutarsız uygulamalarla hukukçuların bile aklını karıştıran bir müessesedir. Bu geniş müessese, birçok yönüyle tartışılmış ve farklı uygulamalara konu olmuştur. Ancak buradaki inceleme, birbiriyle bağlantılı iki yönle sınırlandırılacaktır: Birincisi, kısmi dava formunda ikame edilmemiş bir talep, ıslahla artırılabilir mi? İkincisi ise zamanaşımı savunması, ıslah yoluyla ileri sürülebilir mi?

Bu iki konu, Yargıtay kararlarında aynı bağlamda ele alınmıştır: Maddi hukuka ilişkin sonuç doğuran hak kayıplarının, ıslahla geri alınamayacağı kabul edilmiş, kısmi dava yerine tam dava açıldığında, asıl hakkın kalan bölümünden zımnen feragat olduğu ve bu sebeple, ıslahla müddeabihin artırılmayacağı ileri sürülmüştür. Aynı şekilde, zamanaşımı savunması, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmemekle, karşı yan yararına kazanılmış hak doğduğu, bu hakkın, ıslah yoluyla ortadan kaldırılamayacağı iddia edilmiştir.

### **Yargıtay kararlarında sorunun ele alınışı:**

Önce bu yöndeki kararlardan örnekler verelim:

Hukuk Genel Kurulunun (HGK) 14.04.2004 tarih ve 4-200/227 sayılı kararında, konu doktrinden de alıntılarla ayrıntılı olarak incelenmiş ve şu sonuca varılmıştır:

“Feragat iradesi ister zımni, isterse açık şekilde ortaya konulmuş olsun, feragat edilmiş bir hak, dava yoluyla tekrar talep edilemeyecektir. Dava yoluyla bir hak talebinde bulunulabilmesi için, o hakkın maddi hukuk bakımından mevcut olması gerekir; hiç var olmayan veya başlangıçta var olmakla birlikte zımni de olsa feragat nedeniyle bizzat hak sahibi tarafından ortadan kaldırılan (böylece, borçlu yönünden söndürülen) bir hak için, usul hukukunun kurum ve kuralları kullanılarak talepte bulunulması mümkün değildir.”

“Nitekim, alacak miktarını gerçekte olduğundan daha az bildiren ve fazlaya ilişkin hakkını da saklı tutmayan alacaklının, bu şekilde, alacağını bu az miktarla sınırladığı, dolayısıyla da, fazla kısım yönünden zımni bir feragatte bulunmuş olduğu, öğretilde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C:2, s. 1530 vd. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, sayfa: 233; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.03.1986 gün ve Esas:1984/4-797, Karar: 1986/299; ayrıca, 15.11.1989 gün ve Esas: 1989/4-415, Karar: 1989/587 sayılı kararı).”

“Yine, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı için kısmi dava olarak nitelendirilmesine olanak bulunmayan, o nedenle de tam dava olarak kabulü gereken bir davadan sonra, alacağın kalan bölümü için ayrı (ek) bir dava açılması durumunda, önceki (tam) davada mahkemenin alacağın tamamı hakkında karar vermiş olması karşısında, kesin hüküm nedeniyle ek davanın reddi gerekeceği, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarında ve bir kısım Alman Hukukçuları tarafından benimsendiği anlaşılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi BGHZ 34.sh: 337 vd, BGHZ 34 sh. 367-368, İsviçre Federal Mahkemesinin SJZ 28 sh:325 (Baki Kuru, age sh: 1538 dip not 255 ve 256).”

“Bazı hallerde, gerek zımnî feragat ve gerekse kesin hüküm olgusuna dayalı görüşler aynı sonuca varmaktadır. Nitekim, Yargıtay uygulamasında da, bazen her iki görüşe birden yer verildiği görülmektedir. (Örneğin: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.1986 gün ve Esas: 1986/4-797, Karar: 1986/299 sayılı kararı). Ancak, kesin hüküm görüşünün, sadece, önceki davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra ek dava açılması (ya da, ek dava devam ederken ilk davadaki kararın kesinleşmesi) hali için geçerlilik taşıdığı, buna karşın, önceki dava sürerken açılan ek davanın reddi için yetersiz kaldığı, hatta, ilk davada, alacak miktarının davalının muvafakati ile artırılmasına engel olamadığı kabul edilmektedir (Kuru, age. s.1540).”

“Öğretiye ve Yargıtay uygulamasına ilişkin olarak yapılan bu açıklamalar; ister zımnî feragat, isterse kesin hüküm görüşüne dayanılsın, hem kısmi dava niteliğinde olduğunun anlaşılmasına olanak bulunmayan, dolayısıyla tam dava olarak kabulü gereken bir davada alacağın kalan bölümü yönünden alacaklının herhangi bir talepte bulunamayacağını ortaya koymaktadır.”

**“O halde, davasında fazla hak bakımından ihtirazi kayıt bildirmemiş olan bir alacaklının, HUMK. m. 185/2 çerçevesinde davalının muvafakat etmesi hali dışında, bu alacak bölümü yönünden, ıslah veya ek dava yoluyla talepte bulunamayacağını kabulü gerekir.”**

Görüldüğü gibi bu kararda, doktrindeki, “fazla haklar saklı tutulmadan açılan davada, zımnî feragat mevcuttur; ‘kesin hüküm’ müessesesi, bu sorunu çözmeye yeterli değildir” görüşüne<sup>1</sup> dayanılmıştır. Üstelik dayanak alınan bu görüşle ters düşecek şekilde, “ıslahla artırılmayan müddeabihin, davalının rızasıyla yükseltilebileceği” açıklanarak, büyük bir çelişkiye yaratılmıştır.

Çünkü doktrindeki bu görüş, aslında kararda açıkça belirtildiği gibi, fazla hakların saklı tutulmaması durumunda zımnî feragatin varlığını ileri sürerken, kesin hükmün sorunu çözmeye yeterli olmadığı esasına dayandırılmıştır. Gerçekten de, Alman Hukukunda fazla haklar saklı tutulmadan açılan dava karara bağlandıktan sonra, ek zarar için dava açılmaması, kesin hüküm müessesesine bağlanmaktadır<sup>2</sup>. Prof. Kuru, ilk dava kesin karara bağlandıktan sonra, kesin hükmün meseleyi çözebildiğini, ancak, ilk dava devam ederken çözümsüz bıraktığını belirterek, “zımnî feragat” görüşünün tercih edilmesi gerektiğini ileri sürmekte, gerekçe olarak da, feragatin esas hakkı ortadan kaldırdığını, bu sebeple, hatanın ıslahla düzeltilmeyeceğini ve ortada esas hak bulunmadığından, müddeabihin, davalının muvafakatiyle dahi artırılmayacağını bildirmektedir. Bu görüş aşağıda tartışılacaktır. Ancak burada dikkat çekmek istediğimiz husus, HGK'nın, “zımnî feragat” görüşünü kabul etmesine rağmen, müddeabihin davalının rızasıyla artırılabilirliğini ileri sürerek çelişkiye düştüğüdür. Gerçekten de, feragat varsa esas hak ortadan kalkmıştır ve ortada esas hak yoksa, müddeabihin muvafakate artırılması da mümkün değildir.

İkinci örneğimiz ise 4. HD'nin 30.09.2002 tarih ve 5913/10502 sayılı kararıdır. Bu kararda, zamanaşımı savunmasının ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceği hükme bağlanırken, şu açıklama yapılmıştır:

“HUMK'un 83. ve devamı maddelerinin hükümlerine göre davalının da usule ilişkin olarak yapmış olduğu muameleyi tamamen ıslah edebilme hakkı vardır. Ancak genel usul kurallarına göre **ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz.** Esasen davalının yapmış olduğu işlem HUMK'un 83. maddesine uygun bir ıslah da değildir.

Çünkü ıslahla ancak usule ilişkin bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somut olayda davalının bu istemi **usule ilişkin olmayıp** buradaki amacı savunmanın niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş bulunan zamanaşımı defini eklemek suretiyle **savunmayı genişletip** davanın bu nedenle reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan **kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır**. Buna usulen olanak yoktur. Bu doğrudan doğruya **savunmanın genişletilmesi olup kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir davranıştır.**”

Görüldüğü gibi bu kararda, zamanaşımının süresinde ileri sürülmemesi sebebiyle, maddi hukuka ilişkin bir sonuç doğduğu açıklanarak, bu hakkın, ıslahla ortadan kaldırılamayacağı belirtilmektedir. Kararın dayandığı görüşü tartışmayı aşağıya bırakarak, şimdilik şunu belirtelim ki, ıslah, iddia veya savunmayı değiştirme ya da genişletme imkânı sağlayan bir yoldur. Savunmanın genişletildiği gerekçesiyle ıslahın kabul edilmemesi, bizatihi kavramın özüne aykırıdır.

Üçüncü örneğimiz, 11. HD'nin, 28.05.2004 tarih ve 2003-11314/6003 tarihli kararıdır. Bu karar öncekilerden de ilgi çekicidir. Çünkü burada, “ıslah” ile “karşı tarafın muvafakati”, birbirine alternatif oluşturan müesseseler olarak kabul edilmiş, rızayla genişletme yolunu seçen tarafın, rıza bulunmaması halinde ıslah yoluna da gidemeyeceği açıklanmıştır. Karar şöyle kaleme alınmıştır:

“Bir davada davalı taraf cevap dilekçesinde ileri sürme hakkına sahip olduğu ve davanın reddini gerektiren savunma sebeplerinden zamanaşımı definde bulunmadığı takdirde önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki savunmayı genişleterek bu defii daha sonra ileri sürmesi, veyahut da HUMK'un 202/3. maddesinin kendisine tanıdığı aynı Yasa'nın 83. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan ıslah müessesesine dayanarak, cevap dilekçesini ıslah etmek suretiyle bu savunma hakkına dayanması mümkün olabilecektir.”

“Savunmanın genişletilmesi yolunu tercih eden davalı, masrafsız ve külfetsiz bir yolu tercih etmekte, ne var ki karşı tarafın savunmanın genişletilmesine muvafakat etmemesi halinde bu defii hakkını kullanılması önlenilmekte olup bundan sonra ancak davanın esası hakkında savunma sebeplerini ileri sürebilmek imkânına sahip bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, bu yolun tercihi davalı tarafa büyük bir risk getirmektedir. Davalının tercih edebileceği ikinci yol ise HUMK'un 86/1. maddesinin kendisine yüklediği parasal yükümlülüğü yerine getirmek suretiyle ıslah yoluna başvurarak cevap dilekçesinde kullanmadığı savunma hakkına, bu yolla kavuşabilmesidir.”

“Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere davalı taraf, (bildiği halde) cevap dilekçesinde zamanaşımı definde bulunmadıktan ve mahkemece işin esasına girilip, taraf delilleri toplandıktan sonra ve davalının riskli bir usulü yol olan savunmanın genişletilmesi yolu ile ileri sürmeye çalıştığı zamanaşımı defini, davacı tarafın karşı çıkması ile ileri sürememesi sonucu bu usulü sorun kendi mecrasında davacı taraf yararına bu şekilde çözülmüş bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra, davalı tarafın yasanın öngördüğü koşulları dahi yerine getirmeden, bu defa ıslah yolu ile sürdüğü zamanaşımı defin kabulü yoluna gidilmesi isabetsizdir. HUMK'un 202/3. maddesinin ancak aynı maddenin 2. fıkrasındaki yola başvurmayan davalı tarafa tanınan bir usul müessesesi olduğunun kabulü yargılamanın kısa sürede ve adil bir çözüme kavuşturulması ilkesinin bir sonucu olmalıdır.”

Bu kararda, maddi hukuka ilişkin sonuç doğuran bir hakkın varlığına dayanılmış değildir. Bununla birlikte, HUMK'ta kullanımı sınırlandırılmamış olan iki ayrı hak, birbirine alternatif gösterilmek suretiyle, maddi gerçeği şekle feda etmekten kaçınılabilme yolları kısıtlanmıştır. Yerel Mahkeme bu karara karşı direnmişse de, karar kesinlik sınırı içerisinde kaldığından, HGK'ca incelenememiştir<sup>3</sup>, böylece, bu kararlar getirilen ve kanunda yer almayan sınırlandırma, henüz ortadan kaldırılamamıştır.

13. HD ise 01.12.2000 tarih ve 9903/10802 sayılı kararında, bir başka çözüm tarzı benimsemiştir:

“Bu tanımlamadan sonra hemen belirtmek gerekir ki, bir davada cevap dilekçesinin verilmesi de bir usulî işlemdir. Davalı, cevap dilekçesinde ileri sürmediği bir savunmayı özellikle zamanaşımı defini cevap dilekçesini ıslah ederek ıslah edilmiş bu cevap dilekçesiyle ileri sürebilir. Ancak davalının bu nitelikte bir ıslah işlemini yapabilmesi, her şeyden evvel daha önce süresinde verilmiş bir cevap dilekçesinin varlığını gerektirir. Somut olayda, davalı davaya yasal cevap süresi içinde cevap vermemiş, esasen bu dilekçede ileri sürülen zamanaşımı defii de davacının savunmasının genişletilmesi itirazı ile karşılaşmıştır. Bu durumda, davalı ıslah yoluyla süresinde verilmeyen ceza dilekçesini, süresinde verilmiş hale getirmek için ıslah yolunu kullanan Kullanmış olması da hukuki sonuç doğurmaz.”

Bu içtihatdaki görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü süresinde cevap vermeyen davalı, davayı inkâr etmiş olur. Bu, HUMK'un 201. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmüdür. O halde, hiç cevap vermeyen davalı, kanunen, davayı inkâr etmiş demektir ve tabiidir ki, bu da bir cevaptır. İçtihadı göre, bu kişi, cevap vermemek yerine, bir tek satırlık bir cevapla, “davayı inkâr ediyorum” demiş olsa, ıslah yoluna gidebilecek, ama aynı inkârı, cevap vermemekle ileri sürdüğü için bu imkânı kullanamayacaktır. Bu sonuç adil olmadığı gibi, HUMK'un 201/1. maddesine açıkça aykırıdır.

Sorunun çözümü, öncelikle ıslah müessesinin hangi amaçla geliştirildiğini tespit etmeye bağlıdır. Bunun içinse önce, medeni yargılama hukukunun amacı gözden geçirilmelidir.

### **Medeni Yargılama Hukukunun Amacı:**

Medeni yargılama hukuku, “şeklî gerçeği” ortay çıkartmayı amaçlar. Ceza yargılama [hukukundan](#) farklı olarak, maddi gerçek, medeni yargılama hukukunun ilgi alanında doğrudan yer almamaktadır. Gerçekten de, ceza yargılama hukukunun amacı, suç işlenmekle gerçekleşen maddi olguyu tüm çıplaklığı ile oraya çıkartmak ve bu suretle, maddi olgunun yarattığı etki ve sakıncaları giderebilecek en uygun araçlar ve yaptırımı belirlemektir. Suçtan kaynaklanan toplumsal gerginlik, ancak bu gerginliğin niteliği ve failin kişiliği tüm açıklığıyla ortaya çıkartılarak, buna uygun önlemler alınabildiğinde ortadan kaldırılabilir. Bu sebeple de, maddi gerçeğin tüm çıplaklığıyla belirlenmesi zorunludur.

Oysa, medeni yargılama hukukunun konusu, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Özel hukuk alanında ise bir yandan değiş-tokuşun hızla ve güvenle yapılabilmesi ihtiyacı, diğer yandan ise hak ve alacakların tedavüle çıkartılabilmesinin, ancak ciddi şeklî kuralların tespitiyle mümkün olabilmesi, ilişkilerin belli biçimsel kalıplarda gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Tedavülü sağlayacak olan, hak ya da alacağı, önceden tespit edilmiş biçimde gösterebilmektir. Hak ve alacakların, hızlı ve güvenli şekilde değiş-tokuşu, ancak, bunların varlığında şüphe bırakmayan dış kalıplara,

çerçevesi önceden tespit edilmiş biçimlere uygun olarak ortaya konmasıyla sağlanabilmektedir. Hak ya da alacağın varlığı, çok kez, bu biçimde tecessüm etmesine bağlı değildir. Ancak değiş-tokuş için bunlar belli kalıba bağlanmaktadır. Daha önemli bazı hak ve alacaklar ise, sadece önceden belirlenmiş kalıplara uygun biçimde işlem yapılmak suretiyle doğar. Özetle, hız, tedavül ve güven ihtiyacı, özel hukuk ilişkilerinde şekli çok önemli hale getirmiştir.

Medeni yargılama hukuku, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmeyi konu aldığından, zorunlu olarak, şekli gerçeği ortaya çıkartmayı hedeflemektedir. Özel hukuk ilişkilerindeki hız ve güven ihtiyacı kadar, bundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de sürat ihtiyacı mevcuttur. Yani uyuşmazlıkların süratle çözüme bağlanması sağlanamadığı takdirde, özel hukuk ilişkisinin kendisine duyulan güven de ortadan kalkacaktır: Özel hukuk ilişkisindeki hız ihtiyacı, bundan doğacak uyuşmazlığın da aynı hızla çözülebilmesini zorunlu kılmaktadır. Böyle olduğu için, medeni yargılama hukukunda, süratli yargılamayı temine yönelik olarak, tüm işlemler süreye ve şekle bağlanmıştır. Bu sürelerin kaçırılması ya da şekle aykırılık, ilke olarak, ya hakkın ileri sürülebilme imkânını ortadan kaldırmakta ya da dikkate alınmadan hüküm kurulmasına sebebiyet verebilmektedir.

Böyle olduğu için, maddi gerçek, şekle feda edilebilmektedir. Amaç şekli gerçeği ve en kısa sürede ortaya çıkartmak olduğu için, maddi gerçek araştırılmamakta, hak ve alacaklar, belli kalıpların dışında ileri sürülememektedir. Bunun sonucunda ise birçok hak kayıpları ortaya çıkabilmekte, maddi anlamda doğmuş ve geçerli olan hak veya alacak, şekli kalıplara uygun olarak ileri sürülmediği için kullanılamamaktadır. Böyle olunca da maddi gerçek, şekle kurban edilmekte, hız ve güven ihtiyacı, özünde mevcut olan hakkın ortadan kalkmasına sebebiyet verebilmektedir. Üstelik bu konuda eğitim almış olmayan taraflar, süreler ve şekille ilgili ayrıntıları gözden kaçırabilmekte, bunun sonucunda ise hak kaybına uğrayabilmektedir.

### **İslahın Amacı:**

Özel hukuk ilişkilerindeki şekil ve sürat ihtiyacı hangi derecede olursa olsun, özünde mevcut hakkın şekle feda edilmesi, sonuçta, hukuka duyulan güveni de ortadan kaldıracaktır. Bu sebeple, şekil ve hız ihtiyacı sebebiyle konulmuş usul kurallarına aykırılığın doğurabileceği maddi hak kayıplarının telafisi için imkân tanınması zorunludur. İşte islah, bu amaçla düzenlenmiş bir müessesedir: Amaç, hızlı ve şekle bağlı yargılamanın ortaya çıkarabileceği maddi hak kayıplarını telafi etmektir; maddi gerçeği şekle kurban olmaktan kurtarmaktır. Ancak süratli yargılama ihtiyacı devam ettiği için, islah sadece bir kez kullanılabilir (HUMK 83/son cümle) ve kullanılabilmesi de bazı aşamaların geçirilmemiş olmasına bağlıdır (HUMK 84).

İslahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan, hak ve alacağı bu sürecin dışında ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin islah yoluyla düzeltilebilmesi, elbette ki mümkün değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, islahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, vev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir), maddi hukuk işlemi mahiyeti taşımaktadır<sup>4</sup> ve bu sebeple, bu işlemlerin de islah yoluyla düzeltilmesi imkânsızdır. Çünkü islah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımnî hak kayıplarının telafisi için öngörölmüş bir

müessesedir; açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslahın konusu olamaz.

Zımnî feragat, asıl hakkı ortada kaldıran bir işlem olduğundan, varlığından söz edilebilmesi için, kanunda açıkça düzenlenmesi şarttır. Bir başka deyişle, ancak kanunda özel olarak düzenlenen durumlarda zımnî feragatten söz etmek mümkündür. Gerçekten de, herhangi bir davranışın, asıl hakkı ortadan kaldırdığını ileri sürmek, yani bir davranışı, açık bir irade beyanı gibi değerlendirebilmek için, kanunda bunun düzenlenmesi, yani belli bir davranışın böyle bir sonuç doğuracağını, herkes tarafından önceden bilinmesi zorunludur. Aksi takdirde, önceden bilinip listelenmemiş davranış kalıplarının, birçok hak kaybına sebebiyet vermesi gündeme gelecektir ve hukuka duyulan güven zedelenecektir. Örneğin, BK'nın 362. maddesi, istisna sözleşmesindeki ayıba ilişkin haklardan zımnî feragati düzenlemektedir<sup>5</sup>. Bunun gibi, HUMK 89 uyarınca: “Davasını tamamen ıslah eden müddei iptal tarihinden itibaren üç ay zarfında yeniden dava ikame eylemezse davasından feragat etmiş addolunur.”

Bu ve benzeri hükümler, zımnî feragat sonucu doğuran davranışları düzenlemektedir. Bu durumlarda belirtilen davranışlar, esas hakkı ortadan kaldıran açık bir irade beyanı gibi sonuç doğurur. Ancak kanunun açıkça belirttiği durumlar dışında, herhangi bir davranışa, hak kaybı sonucunu bağlamak, keyfiliğe yol açacak, bireylerin, hukuka ve toplumsal düzene duydukları güveni yok edecektir. Dolayısıyla, kanunda açıkça öngörülmemiş durumlarda, zımnî feragatin kabul edilmemesi gerektiği kanısındayım. Bu sebeple de, Prof. Kuru'nun, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadan açılan davada, alacağın bakiyesinden zımnî feragat edildiğine ilişkin görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü kanunlarımızda, böyle bir davranışa böyle bir sonuç bağlanmış değildir. Burada söz konusu olan, tam anlamıyla, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlı sitemine aykırılığın, maddi hakkın kaybına yol açması durumudur. Böyle olduğu için de bu kaybın ıslahla giderilebilmesi gerekir.

Tekrar olsa da belirtelim ki, **ıslahın amacı, medeni yargılama hukukunun şekil ve süreye bağlı sisteminin sebebiyet verdiği maddi hak kayıplarını telafi etmektir.** Deyim yerindeyse **ıslah tam olarak, zımnî kaybedilmiş hakları kazanmaya yönelik bir müessesedir.** Böyle olduğu için de, fazla hakların saklı tutulmamış olmasıyla ortaya çıkan hak kaybının, ıslah yoluyla düzeltilmesi gerekir. Bir kez daha açıklayalım ki, bu davranış, yani fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması, kanunlarımızda açıkça düzenlenmiş bir zımnî feragat biçimi olmadığından, maddi hukuka ilişkin bir işlem değildir: Tam tersine yargılama hukukuna ilişkin bir işlemin -dava dilekçesindeki bir açıklama eksikliğinin- maddi hukuka ilişkin doğurduğu sonuçtur; hak kaybıdır. Böyle olduğu için de, tam olarak ıslahın konusunu teşkil etmektedir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarih ve 1999/1E-1999/33K sayılı kararı ile HUMK'un, “müddeabihin ıslah suretiyle artırılamayacağını” hüküm altına alan 87. maddesinin son fıkrası iptal edilmiştir. Böylece müddeabihin artırılması imkânı doğmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında, veya gerekçede, bunun, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmadığı davalar için de uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmamış, hatta meseleye, “ek dava açma imkânı mevcut iken, aynı davada artırıma izin vermemenin usul ekonomisiyle bağdaşmadığı” gerekçesiyle yaklaşmış olsa da, ıslahın, usul işlemlerindeki şekle bağlılığın doğurduğu hak kayıplarını düzleten bir müessese olması karşısında, mevcut hukukumuzda, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmuş olmasa dahi, ıslah yoluyla müddeabihin artırılması gerektiği düşüncesindeyim. İptal kararından önce, 87. maddenin son cümlesinin, zımnî

feragati düzenlediği kabul edilebilirdi. Ancak bu hükmün iptali sonucunda, fazla hakların saklı tutulmamasının, zımnî feragat olarak kabulü gerektiğini ortaya koyacak bir pozitif hukuk kuralı kalmamıştır.

Bunun gibi, zamanaşımı savunmasının ıslah yoluyla ileri sürülmesinin önünde de hiçbir engel yoktur. Özellikle bu durum, ıslah için en güzel örneklerden birisidir. Çünkü burada, tam olarak, şekle ve süreye aykırılığın yol açtığı bir hak kaybı söz konusudur. Zamanaşımı savunması, esasa cevap süresinde yapılmadığı için, bu savunmayı ileri sürme hakkı ortadan kalkmıştır. Yargılama hukukunun şekli prensipleri, çok önemli bir savunma hakkını ortadan kaldırmıştır ve elbette maddi hukuka ilişkin olarak sonuç doğuracak olan bu kaybın telafisi imkân dâhilinde olmalıdır. Bu sebeple, yukarıda açılanan Yargıtay kararlarından, bilhassa 4 ve 13 HD'ye ilişkin olanlara katılmak mümkün değildir. 11. HD'nin kararı ise, zamanaşımı savunmasının ıslah yoluyla yapılmasını mümkün kılmakta, ancak, bu yola başvurmak için, savunmanın rızayla genişletilmesi yoluna gidilmemiş olmasını şart koşmaktadır. Bu görüşün, savunma hakkına, kanunda yer almayan bir sınırlandırma getirdiği ve katılma imkân olmadığını yukarıda açıklamıştık. 2. HD ise artık yerleşmeye yüz tutan içtihatlarında, meseleye en sağlıklı çözümü getirmiştir: Zamanaşımı, ıslah yoluyla ileri sürülebilir<sup>6</sup>.

Yargıtay kararlarında yaşanan bu kargaşanın en kısa sürede çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Uygulamada birliği sağlamakla görevli yüksek Mahkemenin, aynı konuda bu kadar farklı içtihatlar oluşturması, uygulamayı daha da güçleştirmektedir.

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beşinci Baskı, Cilt: 1, Sayfa: 978

<sup>2</sup> Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beşinci Baskı, Cilt: 1, Sayfa: 977

<sup>3</sup> HGK'nın 06.07.2005 tarihli 11-448/437 sayılı kararında, mesele, kesinlik sebebiyle irdelenememiştir.

<sup>4</sup> Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beşinci Baskı, Cilt: 3, Sayfa: 2557

<sup>5</sup> BK 88'in de zımnî feragat hallerinden olduğu doğrultusundaki görüşümü, Sayın Gülçin KAYA'nın uyarısı sonucunda değiştirmiş bulunuyorum. Gerçekten de, BK 88'de düzenlenen, zımnî feragat durumu değil, "karine"dir ve aksi kanıtlanabilir.

<sup>6</sup> 2. HD'nin 02.03.2004 tarih ve 1098/2590 sayılı kararı (bu kararın içeriği, muhalefet şerhinden anlaşılmaktadır).