

KANUN YOLLARI HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI* **

Çeviren: Dr. Fazlı DOĞAN***

I. Yasal Düzenleme

Kanun yolları, İmparatorluk zamanında yapılmış yasal düzenlemelerden beri; istinaf, temyiz ve itirazdan ibarettir (bugün için bkz. md. 511-577 ZPO; md. 296-358 StPO). Kanun yolları taraflardan birinin kendisi lehine görmediği bir kararı formel olarak kesinleşmeden önce bir üst mahkemede inceleyerek, ortadan kaldırılmasını sağlayan “usulü vasıtalar”dır (remedia). Buna göre kanun yolları, kararın kesinleşmesini engelliyor ve hukuki uyuşmazlığın sürdürülmesi imkanını veriyor (suspensif etkisi). Diğer bir özellikleri ise meseleyi karara bağlanmak üzere bir üst mercie taşımalarıdır (devolatif etkisi). Daha sonra ortaya çıkan diğer yargı dallarının usul yasaları da kanun yolu konseptini, terminolojisi ve sistemiyle birlikte devralmışlardır (örneğin. md. 64-78, 87-96a ArbGG).

II. İşlevi

İnsan çok sık hata yapar, doğal olarak hakim de. Bu nedenle hukuk, taraflara ve savcılığa kararın inceletilmesine ve düzeltilmesine imkan veren vasıtalar tanımıştır. Üstte de değinildiği gibi [olağan] kanun yolları bu vasıtaların en gelişmiş örnekleridir. İncelemenin öncelikli amacı kararların doğruluk derecesinin yükseltilmesidir (doğruluk güvencesi ilkesi). Yani kanun yolu incelemesi ile takip edilen subjektif hakların elde edilmesi, devletin kovuşturma görevinin isabetli bir şekilde gerçekleştirilmesi ve tarafların menfaatinin en iyi şekilde temsil edilmesine imkan sağlanması hedeflenmektedir. Bu nedendir ki, kanun yolu süreci bir başvuru ile genellikle de taraflardan birinin başvurusu ile başlamaktadır. Kanun yolunun ikinci bir işlevi de (objektif) hukukun korunması ve geliştirilmesidir. Üst kademedeki mahkemeler alt

* Bu makale, Sn. Dr. Jürgen Weitzel’in “Juristische Schulung” dergisinin Ağustos 1992 sayısında yayımlanan makalesinin aynen çevirisidir.

** Madde numaraları verilen yerlerde kanun adı verilmemiş ise ZPO sözkonusudur.

*** Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı - fazlidogan65@gmail.com

kademedeki mahkemelerin kararların kontrol etmek suretiyle hukukta kalite ve yeknesaklığın sağlanmasına katkı da bulunmalıdırlar. Soyut olarak formüle edilen hukuki meselelerin (kanun yolu mahkemelerince) yeknesak değerlendirilmesi sadece bireysel adaletin sağlanmasının vazgeçilmez bir şartı olmayıp, yüksek mahkeme içtihatları aynı zamanda hukukun gelişmesinin de en önemli yoludur. Tarihi gelişimi açısından bakılırsa, kanun yolunun nihai kararı siyasi nedenlerle düşürecek bir merciin önüne getirmek için ihdas edildiği de söylenebilir.¹

Kanun yolunun sınırlarını, yargılamada makul bir uzatma ve masraf göze alınarak, yeniden karar vermek suretiyle doğru sonuca ulaşma gayreti belirlemektedir. Mahkemenin vereceği karar hatalı bile olsa, hukuki uyuşmazlığın bir defalığına mahkeme önünde görülmesi zorunlu² ve hukuk düzeninin güvencesi altında olduğundan, yargılamanın süre ve ekonomik yükünün, kanunun da öngördüğü³ gibi, hem toplum hem de birey için, uyuşmazlığın önemi ile orantılı olması gerekir. Davanın maddi değeri hukuki uyuşmazlığın önemi açısından bir göstergedir. Bu bağlamda, günümüz itibarıyla malvarlığı değerlerine ilişkin hukuk uyuşmazlıklarında istinaf sınırının miktarı 1200 DM (§ 511a), iş davalarında 800 DM'dir. Bir hukuki uyuşmazlığın önemini belirlemede maddi değer yegane unsur olmadığından, malvarlığı değerlerine ilişkin olmayan ve değeri 60 000 DM'nin altında kalan meselelerde, istinaf her halükarda, temyiz ise, hukuki yarar olmak kaydıyla, ancak söz konusu uyuşmazlığın esaslı öneme haiz olması⁴ veya kararın, BGH'nın ya da "Federal Yüksek Mahkemeler Ortak Kurulu"nun⁵ bir içtihadından ayrılması ve bu farklılığa dayan(dırıl)ması halinde mümkündür (md. 546).

1 Weiizel, in: Erter-Kaufmann (Hrsg.), HRG IV, Sp. 315ff. [Kralın yönetim merkezinin bulunduğu yerde bulunan en üst yargı merciine kararların gelmesini sağlayarak, orada hoşla gitmeyen kararları etkisiz hale getirmek veya istenilen istikamete çevirmek için].
2) Kesinleşme buna hizmet etmektedir; bkz.Schiller, in: Görilz (Hrsg.), Hukuk Bilimi El Sözlüğü, 1972. Sp. 326.
3 Karşılaştır BVerfGE 54, 291 ff.
4 Aydınlatılmaya ihtiyacı olan bir hukuki sorunun somut olayı aşan genel bir önemi olmalıdır. Sorunun açıklaması ayrıca hukuk düzeninin birliğine ve gelişmesine hizmet etmelidir. Karşılatır Prutting. Temyiz izni, 1977, S. 125ff.
5 Md. 2 ,11,16 RsprEinhG.

III. İşleyişi

1. Mahkemenin İç Kontrolü ve Dış Kontrol

Kararın kanun yolu marifetiyle kontrolü kural olarak üst derece mahkemece yapılır (iudex ad quem)⁶. Bu durum nihai kararlar için istisnasız böyledir⁷. Olay mahkemesi verdiği nihai kararı artık değiştiremez (md. 318). Basit, başka bir deyimle, süresiz itiraza tabi olan kararlar dışarıdan kontrol ilkesinin istisnasını oluştururlar. Bunlar madde 318'deki bağıllık etkisinin dışındadırlar (arg. md. 577 III ZPO, 18 FGG). Burada kararına itiraz edilen mahkeme veya başkanı (iudex a quo) itirazı kendisi inceler ve yerinde görürse gereğini yapar (bkz. md. 567, 571 ile md. 577 III ZPO, md. 304, 306 II ile md. 311 III 1 StPO). Bu sebeple bu itiraz türünde başvuru, hukuk davalarındaki diğer kanun yollarının aksine, kararı veren mahkemeye (iudex a quo) yapılır (md. 569 I ZPO, 306 I StPO). Mahkeme veya başkanı itirazı yerinde görmezse, dosyayı (md. 571 ZPO, 306 II StPO) itiraz mahkemesine (iudex ad quem) gönderir. Ancak dosyayı göndermesine rağmen kararı veren mahkemenin (itiraz yönünde) değiştirme yetkisi devam eder. İtiraz mahkemesinin kararı itiraz uyarınca değiştirmesi halinde mahkemenin bu yetkisi sona erer. Ancak itiraz mahkemesi başvuruyu, geçersiz olması veya yerinde bulmaması nedeniyle, reddederse⁸ (gönderen) mahkemenin (iudex a quo) değiştirme yetkisi yine devam eder. Kararı veren mahkemenin (iudex a quo) kanun yolu başvurusuna rağmen karara müdahale edebilmesi aslında bir üst mahkemenin incelemesi ilkesinin (devolutif etkinin) sadece gerçek olmayan bir istisnasını oluşturur.

2. Tam veya kısmi inceleme

Kanun yolu bir kararın tamamının veya sadece bazı kısımlarının ya da belli yönlerinin incelenmesine izin verebilir. Kanun, kanun yolu bakımından, davanın tamamen yeniden görülmesi şeklinde tezahür eden

6 Adli yargı mercilerinin sırası GVG de tespit edilmiştir: Mahkeme kararları için istinaf mahkemesi esas itibarıyla LG' dir (madde 72, madde 94), nesep ve aile davalarında OLG' dir (madde 119 Bent 1), birinci derecedeki LG kararları için istinaf mahkemesi OLG' dir (madde 119 Bent 3). Temyiz mahkemesi BGH' dir (madde 133 Bent 1; Bayern' deki hususiyetler, karşılaştır EGZPO madde 8, EGZPO madde 7). Diğer mahkeme dallarının merci sıralaması ilgili mahkeme usul kanunlarında düzenlenmiştir.

7 Dolayısıyla 338. Maddeye göre itiraz ve 319. Ve 320. Maddelere göre hüküm ve hadisenin unsurlarının düzeltilmesi talepleri kanun yolu değildir. (yani diğer mahkeme usul kanunlarının benzer düzenlemeleri). İlaveten karşılaştır Weitzel, hadisenin unsurları ve karar kalitesi, 1990.

8 Bettermanu, ZP 88 (1975), 365 (408); Jauemig, ZPR, 23. Aull-(1991), madde 75 III.

„istinaf“⁹ (md. 525 ZPO, 318 StPO) ve sadece hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi olanak veren “temyiz” (md. 549, 550 ZPO, 337 StPO) olmak üzere tipik bir ayrıma gitmiştir. Bu meyanda, temyiz sürekli sonuncu, genelde istinaftan sonra devreye giren bir kanun yoludur. İtiraz ile ara kararlar,¹⁰ hakimlik kararları ve usulü işlemlerin, hem hukuki hem de maddi mesele bakımından, denetimi sağlanmaktadır (örneğin md. 570 ZPO, 308 II StPO). İş davaları için de Federal İş Mahkemesine, temyiz baz alınarak yapılandırılan, itiraz yolu (md. 92-96a ArbGG) öngörülmüştür. Bu nedenle bu yargı dalında yapılan itiraz, sadece Eyalet İş Mahkemesinin hukukun bir normunu uygulamadığı ya da yanlış uyguladığı iddiasına dayandırılabilir (md. 93 I ArbGG; bkz. md. 550).

İstinaf ve temyiz ayırımından zaruri olarak, maddi mesele ile hukuki meselenin birbirinden ayrılması mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Ceza yargılamasında, maddi ve hukuki meselenin sınırlarının belirlenmesi klasik bir problem alanıdır.¹¹ Hakim görüş göre, olayların tespiti ve hukuki değerlendirmenin mantıklı bir ayrımı, özellikle net tanımlanmamış hukuk kavramlarının (örneğin md. 226 StGB'deki “ağır bir değişiklik”=“erhebliche Entstellung”) temyiz kabiliyetinin tespiti bakımından mümkün değildir. Hukuk davalarında bu ayırım özellikle irade açıklamalarının yorumunda sorun çıkarmaktadır. Uygulamada mahkemeler, problemler alanlarda, kural olarak, temyiz mahkemesinin yeniden araştırma yapmak durumunda kalıp kalmadığı sorusunu baz almaktadırlar (yapmak durumunda ise temyizi kabil değil, diğer deyimle hukuki mesele değil). Eğer temyizi istenen mesele; yorum kuralları, fikir yürütme esasları, genel hayat tecrübeleri, bilimsel veriler veya izahdan vareste hadiseler dikkate alınmadan bir sonuca bağlanabiliyorsa meselenin temyiz kabiliyetinin bulunmadığı kabul edilmekte yani maddi meselenin sınırları içerisinde yer almaktadır.¹²

Kanununa belirlenen çerçeve dahilinde, kanun yolu denetimi, tarafların tercihine göre, kararın tümünü kapsayabileceği gibi sınırlandırılabilir de. Hem hukuk hem de ceza yargılamasında (md. 557 I, 344 I StPO) bir

9 Bazen istinafin “ikinci bir ilk derece” açtığı ifade edilir.-istinaf yolunun temel soruları hakkında Bccht, JuS 3990, 829, 1000; jUs 1991, 59, 134; ayrıca karşılaştır C.-D. Schumann, hukuk davalarında istinaf, 4. Baskı (1990).

10 İstisnai olarak hatta nihai karar/-ların (bölümleri): madde 9911, madde 72! VI Nr. 1.

11 Sarstedt-Hamm, Ceza Davalarında Temyiz, 5. Baskı (1982), Rdiun. 324ff.; Roxin, Ceza Davaları, 22. Baskı (1991), madde 53 D II, III.

12 Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 74 VII 2d.

kararı kısmen kanun yoluna götürmek mümkündür. Ancak “itiraz edilen”¹³ kısmın ayırık olarak değerlendirmeye ve hakkında karar vermeye elverişli olması gerekmektedir. Bu durum, hukuk davalarında, kendi talebinin mahsubunun istenmesi ve kendi talebi (alacağı) karşılanmadan ifayı reddetmesi, hallerinde söz konusudur, mesela. Yine iddia ve savunma vasıtalarının her biri yargılama konusunun hukuki-maddi olarak bağımsız bölümlerini oluştururlar. Ceza davalarında birden çok failin fiilleri, bir failin birden fazla fiili, hakeza birbiri ile ilişkileri¹⁴ bakımından suç ve ceza konuları yargılamanın bağımsızlaştırılabilir bölümlerindedir. İtiraz edilen kısımların sınırlandırılması esas olarak, kanun yolu başvuruları ve başvuruda gösterilen gerekçelerin kavramsal nitelendirilmesine bağlıdır (örneğin md. 519 III Nr. 2, 554 III). Ancak ayrıntıda çoğu şey belirsiz ve tartışmalıdır.¹⁵

3. Kasasyon ve Reformasyon

Geçerli olarak yapılan ve sonuna kadar sürdürülen kanun yolu davası zorunlu olarak iki farklı karar tarzı ile karşı karşıyadır: Kısmen de olsa kasasyon eden, kaldıran, (iudicium rescindens) hal) ve reforme eden, değiştiren (iudicium rescissorium) hal. Kasasyon ve reformasyonun birbiri ile irtibatlandırılış tarz ve biçimi ile alt ve üst mahkeme arasındaki yetki paylaşımı, temelde farklı türlerde kanun yolu sistemlerini ortaya çıkarmaktadır. 1877’den beri devam eden Alman hukukunun kanun yolu sistemi, düşünülebilecek versiyonlardan sadece bir tanesidir.

Tam kasasyon sistemi, geçerli başvuru halinde, üst mahkemeye hatalı ya da hukuka uygun olmayan kararı, sadece bozma ve ortadan kaldırma hakkı veren bir sistemdir. Bu sistemde üst mahkeme yalın kasasyon divanı olarak kendini göstermektedir. Hukuki uyumsuzluğun her yönden değerlendirilmesi ve karara bağlanması tamamen alt mahkemelerin işidir. Kasasyondan sonra da dava tamamen ve istisnasız onların yetki alanına geri döner ve orada kasasyon kararına bağlı (olma mecburiyeti) olmaksızın tamamen yeniden görülür. Kasasyon davasının konusu ile (alt) mahkeme kararı arasında hiçbir bağlantı yoktur. Kasasyon mahkemesinin olumlu yönde kararı etkilemesi ancak aynı davada kanun yoluna birden çok defa geçerli olarak başvurulması halinde mümkün

13 İtiraz ve etmek“ fiilinin birlikte kullanıldığı yerlerde, „itiraz kanun yolu“ değil, tüm kanun yolları bağlamında, kararı kanun yoluna götürme, kararı yanlış bulma kastedilmektedir.

14 Roxin (yukarıdaki 11. Dipnot), madde 51 B III.

15 Müller-Rabe, NJW 1990, 283 ff.

olabilir. 1790'dan beri köklü bir geleneğe sahip olan Fransız Yüksek Mahkemesi, "*cour de cassation*", bu kanun yolu sisteminin öncüsüdür.¹⁵

Tarihi temelleri olan doktriner bir görüş Alman hukuk sistemi içerisindeki kanun yollarını dahi kasasyon artı takip eden reformasyon şeklinde anlamaktadır.¹⁶ Bu sistem, (alt mahkeme) kararı(nı) değiştiren karar verilmeden evvel, öncelikle kasasyonla alt mahkeme kararının ortadan kaldırılması esprisine dayanmaktadır. Alt derecenin kararını kasasyona taşıyan kanun yolu başvurusu, reformasyonla karşılaştırıldığında, kendi başına bir yargılama amacı olarak algılanmalıdır. Buna göre, kanun yolları öncelikle, usulü vasıtalar olarak, istinaf ve temyiz; genel ve özel dava şartları bulunan, alt derecedekinden farklı ve bağımsız dava konusu olan, kurucu davalardır. Dava konusu ise taraf talebi üzerine belli bir mahkeme kararının kaldırılmasıdır. Bu sisteme göre, itiraz edilen karar kaldırıldıktan, yani başvuru başarılı olduktan sonra, kanun yolu mahkemesinin baştaki (alt mahkemenin) dava konusu hakkında karar verme yetkisi doğmaktadır. Eğer kanun yolu denetimi bir üst derece mahkeme tarafından yapılıyorsa, bu ilke orada evleviyetle geçerlidir. Verilmiş, tefhim edilmiş bir mahkeme kararına müdahale edilmesi bu kanun yolu sisteminde belirleyici unsur olduğundan, itiraz edilenin kesinleşmiş ya da kesinleşmemiş bir karar olması, hükmüm kesinleşmesinin durdurulup durdurulmadığı, kararın, veren mahkemece mi (iudex a quo) üst mahkemece mi (iudex ad quem) kaldırıldığıнын bir önemi yoktur. Bu anlamda, kanun yolları (Rechtsmittel) bir karara itiraz etmeye ve ortadan kaldırmaya yarayan tüm "usulü vasıtalar"dır (Rechtsbehelfe): Yargılamanın iadesi (md. 578-591 ZPO, 3359—373 a StPO), gıyapta verilen karara itiraz hakkı (md. 338), istinaf, temyiz ve itiraz¹⁷.

Kanun yollarına dair hakim görüşten ayrılan bu teori, en azından bakışımızı kanuni sistematığın özellik arz eden hususlarına yoğunlaştırmaktadır. Böylelikle bir kere tefhim edilmiş olan mahkeme kararının özgün bir değerinin olduğunun, bunun da sadece bir devlet işi olmasından ötürü değil, aksine ciddiye alınması gereken bir mesai performansının sonucunu olarak ortaya çıkmasından kaynaklandığının altı çizilmektedir. Buna karşılık, kanun yolları hakkındaki mevcut yasal

15) Sonnenberger-Schurinbergtr, Fransız Hukukuna Giriş, 2. Baskı (1986), S. 172f., 183f.

16) Gilles, Hukuk Mahkemeleri Usulünde Kanun Yolu, 1972

17) Karşılaştır Gilles' in kitabına ilişkin müzakereler; Beilenuimn, ZJP 88 (1975), 365ff.; Arms, AcP 173 (1973), 473; Lindather, FamRZ 1973, 279; Ritter,}-/. 1975, 360; Habscheid, NJW 1974, 635.

sistem, ilk derecenin kararını sıfıra indirgeme, ilk derece yargılamasını da bağlayıcılığı olmayan, üst mahkeme tarafından daha sonra verilecek „asıl“ karar için bir ön alıştırma seviyesine düşürme tehlikesini içinde barındırıyor¹⁸.

Kanun yolu sisteminin temel konsepti, reformasyon yolu ile kasasyon olarak tanımlanabilir. ¹⁹ Davada ileri sürülen uyuşmazlık konusunun, reforme eder şekilde yeniden ele alınması ya da incelenmesine devam edilmesi, kanun yolu davasının üzerinde o derece etkili ki (kanun yolu davasının) kendi uyuşmazlık konusu bile bulunmuyor. Kanun yolu başvuruları (md. 519 III Nr. 1, 554 III Nr. 1), yeni bir dava açmaya yönelik olmayıp, aksine davanın devamın isteyen taleplerdir. Son tahlilde üst derecenin sonucu ile ilk dereceninkinin karşılaştırılması ve ilk derece kararının kaderi hakkında bir kanaate varılması gerektiğinden, ilk derecenin kararı ancak (üst) derecenin yeniden incelemesinin sonunda tekrar devreye giriyor. Hüküm ise şu şekilde formüle ediliyor:

„Davacının ... Eyalet Mahkemesinin ... tarihli kararına karşı yaptığı istinaf başvurusu reddedilmiştir.“

Ya da

„Davalının istinaf istemi üzerine ...Eyalet Mahkemesinin ... tarihli kararı kaldırılmıştır“.

Hükümde bunu, esasa, masraflara ve geçici icra edilebilirliğe dair kararlar izler.

1877 tarihli kanun yolu sistemi, geleneksel bir kaprisin sonucu olarak değil, daha ziyade bir zorunluluk olarak kesinleşme kriterine bağlıdır. Kanun yolları kesinleşmeyi engeller, işin doğası gereği durdurucu (suspensif) etkileri vardır. Kesinleşme bu zamana kadar, diğer birçok Avrupa hukuk sisteminde halen olduğu gibi, belirleyici bir kriterdir. İlk derece kararını marjinalleştirilmesi nedeniyle, “reformasyon yoluyla kasasyon” sürecinde başvuru ile birlikte yetki de üst mahkemeye geçmektedir. Bu durum yukarı taşıma (devolutif) etkisini de kanun yollarının tabi karakteri haline getirmektedir. Basit itiraz yukarıda „iç kontrol- dış kontrol“ başlığı altında açıklanan yukarı taşıma ilkesinin tanımına uymadığı gibi, süresiz bir kanun yolu olarak durdurma etkisi de yoktur. ZPO başka yerlerde de kanun yolu sisteminin önemli bir unsuru

18 Weitzel, DuR 1975. 353 ff.; Gilles, in: dm. (Hrsg.). Humancjusoz.»77. S. 154. 166.

19 Bctlermann, ZP 88 (1975). 369ff.. 386.

olarak „itiraz etme“²⁰ talebine tamamen duyarsız kalamamıştır. Bu nedenle zaman zaman, yargılamanın halen sürüyor olması açısından bakıldığında, mevcut kanun yollarının, „itiraz etme“²¹ prensibinin unsurlarını da içinde barındıran, çift tabiatlılığından bahsedilir.²²

Daha önceki olağanüstü kanun yolları, 1877 tarihinde kendilerine özgü „usulü vasıtalara“ dönüştüler. („Yargılamanın iadesi“ md. 578ff. ZPO, 359ff. StPO). Mevcut haliyle itiraz büyük oranda yeniden kurgulanmıştır.²³ İtiraz, basit yani süresiz ve acele itiraz yani süreli itiraz şeklinde ortaya çıkmıştır (md. 567, 577 II 1). Acele itiraz kanunda zikredildiği hallerde mümkündür. „İleri“ itiraz („weitere“ Beschwerde) itiraz mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraza denmektedir (§§ 568 II, 568a). Eğer ilk itiraz „acele itiraz“ idiye, bu („ileri“ itiraz) da acele itirazdır. İtiraz kanun yolu, öğrenme davalarından ziyade, itirazdan başka kanun yolu da öngörülme, icra davalarında²⁴ ve FGG25 davalarında, önem kazanmaktadır.

IV. Başvuru Koşulları

Kanun yolu başvurusunun başarısı, kanunda öngörülen koşullara uygun olmasına ve „itiraz edilen“²⁶ sebebin haklı gerekçelere dayan(dırıl)masına bağlıdır. İtiraz edilen sebeplerin incelemesine geçilmeden önce, davada olduğu gibi, başvurunun kanuni koşulları taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.²⁷ Kanun yolu koşulları ile hedeflenen kanun yolu davasını birbirinden ayırmak gerekir. Başvuru koşullarından farklı olarak, kanun yolu davası onun haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığı ile ilgilidir. Genel olarak dava şartları ve özel olarak da kanun yolu koşulları mevcutsa başvuru geçerlidir. Aşağıda inceleyeceğimiz kısım sonuncu yani tamamı res’en dikkate alınması gereken kanun yolu koşullarıdır.

1. Kanun yolunun öngörölmüş olması

Öncelikle kanun yolu caiz olmalıdır. Kanun yolunun caiz olması demek, „itiraz edilen“²⁸ karar karşı o kanun yolunun öngörölmüş olması demektir

²⁰ Bkz. Dipnot 13.

²¹ Bkz. Dipnot 13.

²² So Arens, AcP,173 (1973), 474.

²³ Zu ihr Lüke, JuS 1979, 863 ff.

²⁴ Madde 704 ff, madde 793; kısmen Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu düzenlemelerine atıfta bulunan Rekabet, Uzlaşma ve Cebri Arttırma Usulleri.

²⁵ FGG madde18ff.; karşılaştır Luke, JuS 1979. 866.

²⁶ Bkz. Dipnot 13.

²⁷ Jauernig. in: Festschr. f. Schiedermaier, 1976. S. 289; ders. (yukarıdaki 8. Dipnot), §33 V 4..

²⁸ Bkz. Dipnot 13.

(§§ 519b, 554a I, 574 Satz 1). İstinaf, AG ve LG'nin ilk derece olarak (md. 511) verdikleri son kararlarına ve yasal olarak son kararlarla eşdeğer tutulmuş bazı ara kararlara karşı öngörülmüştür (örneğin md. 280 II, 304 II). İstinaf ayrıca md. 513 II, 345 gereği gıyapta verilen ikinci karara karşı da öngörülmüştür.

Temyiz OLG'nin istinaf derecesi olarak verdiği son kararlara karşı öngörülmüştür (md. 545-547, 621 d). Burada bazı ara kararlar son kararlara denktir. Şunu da belirtmek gerekir ki kanunun izne tabi temyiz ile kıymete bağlı olmayan (md. 547, 621 d II) ve dahi kıymete dayalı temyizi (md. 546 I) çok karmaşık bir şekilde OLG iznine tabi temyiz (md. 546. 621 dl) ile BGH'ce gerçekleştirilen kabule şayanlık incelemesini (md. 554b) de kapsayacak şekilde genişletmesi ayrıca kıymete bağlı temyizi BGH'nin kabule şayanlık incelemesinin yanında OLG'nin iznine de bağlamasından beri, temyize ilişkin bazı unsurlar oldukça tartışmalıdır.²⁹

Bu geniş alana ilişkin sadece şu kadarını belirtmekte fayda var: BGH değeri yeniden tespit edip 60 000 DM üzerine çıkarmak suretiyle temyiz hakkı tanıyabileceğinden, malvarlığına ilişkin meselelerde OLG tarafından belirlenen kıymetten bağımsız olarak ilgilisinin temyiz (hakkı) vardır, md. 546 II 2, 554 II.³⁰ Buna karşın malvarlığına dair olmayan uyuşmazlıklarda temyiz hakkı, sadece, OLG'nin kararında, meselenin ilke bazındaki önemi ya da içtihat birliğinin korunması nedeniyle, açıkça izin vermesi halinde vardır.³¹ Bu denklemde BGH, OLG'nin verdiği temyiz izni ile bağlıdır (§ 546 I 3). Değerin (ki bu durum BGH'nin değeri yükseltmesinden sonra da ortaya çıkmış olabilir) 60 000 DM üzerinde ise ve md. 554 b'ye göre yapılan kabule şayanlık incelemesi çerçevesinde, kanun yolu başvurusunun sonuç itibarıyla başarılı olma şansı mevcutsa, „ilke bazında önem“ eksikliği neden ile başvuru reddedilemez çünkü bu BGH'nin kendi iş yükünü kanuna aykırı olarak kendisini tespit etmesine yol açabilecektir.³² Anayasa tarafından takdir hakkının kısıtlandığı bu gibi durumlarda esasen gerçekte bir “kabule bağlı temyiz”in (Annahmrevision) varlığından bahsedilemez. İş yargı dalında sadece “izne bağlı temyiz” (Zulassungsrevision) mevcuttur (md. 72,72a ArbGG). LG ve iş mahkemelerinin ilk derece kararlarına karşı

29 Prütting, NJW 1980, 361 (365); Jauring (yukarıdaki 8. Dipnot) madde 74 II.

30 Lassig, NJW 1976, 271 (.Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 74 II 2.

31 BGH, NJW 1980, 785.

32 BVerfGE54. 277 (293); 55. 206.

md. 566a ZPO, md. 76 ArbGG gereği istinaf yerine temyiz mümkündür. Ancak bu atlama temyiz (Sprungrevision), eğer sadece ilke bazında önemli olma ihtimali olan hukuki meselelerde ihtilaf söz konusu ise bir anlam ifade eder.

İtiraz ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde (özellikle md. 71 II, 91 a II, 99 II, 135 III, 387 III), ve duruşma gerektirmeyen, hüküm niteliğinde olmayan, dava ile ilgili bir talebin reddedilmesine dair kararlara, karşı mümkündür (md. 567 I). OLG kararlarına karşı kural olarak itiraz öngörülmemiştir (md. 567 III). Eğer “hukuk uzmanı” (Rechtspfleger) karar vermişse, öncelikle “hatırlatma” yoluna başvurulmalıdır (md. 11 RPfIG). İçtihatlar, itirazı, en nihayet bu haliyle öngörülmemiş olan ya da ait oldukları dava icabı kanunda öngörülmemiş kararlar için de kabul etmiştir.³³

2. Şekil ve Süre

Kanun yolu başvurusu kural olarak bir dilekçe ile mahkemeye yapılır (örneğin md. 518, 553, 569). Hukuk yargılamasında başvuru, istinaf ve temyizde, kanun yolu mahkemesine,³⁴ itirazda ise her halükarda kararı veren mahkemeye (iudex a quo) yapılır. Kanun yolu başvuru dilekçesinin, kanun yolu mahkemesinde avukatlık yapmasına izin verilmiş, bir avukat tarafından imzalanması zorunludur. Uygulamada telgraf, faks ve elektronik posta yoluyla yapılan başvurularda kabul edilmektedir.³⁵

Basit itiraz dışındaki tüm kanun yolları süreye bağlıdır. İstinaf ve temyiz başvurusu, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, ancak en geç tefhimden itibaren beş ay içinde yapılmalıdır (md. 516, 552 ZPO, 661, 72 V ArbGG). Acele itiraz iki haftalık kesin bir süre içinde yapılmalıdır (md. 577 II).

İstinaf ve temyiz başvuruları mutlaka gerekçeli olmak zorundadır (md. 519, 554). İtirazda gerekçe zorunluluğu sadece bazı özel durumlar için öngörülmüştür (örneğin md. 621 e, 629a II). Gerekçe başvuru dilekçesi ile birlikte de verilebilir. Ancak uygulamada gerekçe, genellikle, ayrı bir şekilde kanun yolu başvuru tarihinden sonraki bir ay içinde verilmektedir. Gerekçe süresi kesin bir süre olmamasına rağmen md. 233 eski hale getirme imkanı tanımaktadır. Gerekçe yazısının da bir kanun

33 BGHZ 34, 251; BGH. NJW 1964, 1418.

34 iudex a quo daki ceza davalarında. CMK madde 314 I. madde 341 I.

35 BGH, NJW 1983, 1498

yolu mahkemesi avukatı tarafından imzalanmış olması gerekmektedir. İstinaf ve temyiz gerekçesinin zorunlu bir muhtevası vardır (md. 519 III, 554 III). İstinaf başvuru sahibi³⁶ kararın hangi noktalarına itiraz ettiğini, kararda hangi kısımların değiştirilmesini talep ettiğini açıklamak durumundadır. Bu istinaf talepleri³⁷ yeniden görülecek davanın ve verilecek kararın çerçevesini belirlemektedir (md. 525, 536). Bunun yanında istinaf sebepleri açıkça ve tek tek sırlanmalıdır. Yani hangi olayların yanlış tespit edildiğinin ve alt mahkemenin hangi hukuki görüşlerinin yanlıcı görüldüğünün açıklanması gerekmektedir. Kararın ya da esas alınan bilirkişi raporunun yanlış olduğuna dair genel iddialar gerekçe olarak yeterli değildir.³⁸ Md. 519 III Nr. 2'nin lafzına rağmen ("tek tek sırlanan sebepler...") tartışmalı olan sadece bir noktada yeterli bir gerekçe ortaya konmuşsa, bugün artık istinaf tümüyle geçerli kabul edilmektedir.³⁹ Birden fazla talep sozkonusu ise, her talep için (en az) noktasal olarak bir gerekçe ortaya konmalıdır. Detayda, istinaf gerekçesinin içeriğinin, derece mahkemesinin başvuru sebeplerinin haklı olup olmadığına dair incelemesini, hangi ölçütlere göre hangi oranda etkileyeceği, md. 519 III 2 ile md. 537, 525 arasındaki sürtüşmeli etkileşim nedeniyle tartışmalıdır.⁴⁰ Taraf yeni olaylar ve deliller ileri sürmek istiyorsa, bunlar gerekçede mutlaka ve net olarak gösterilmelidir. İlgili taraf bunu yapmamışsa, bunları daha sonra ileri sürmesinin engellenmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir (md. 527 I, 296 I). Temyiz başvuru sahibi de kararı, hangi noktalarda temyiz ettiğini ve kararın hangi kısımlarının kaldırılmasını istediğini açıklamak zorundadır. Kıymete dayalı temyiz gerekçesi, meselenin neden „ilke bazında önem“e haiz olduğunu ortaya koymalıdır.⁴¹ İhlal edildiği iddia edilen hukuk normu belirtilmelidir (md. 559 II de dikkate alınmalı!). Usul kuralları ihlal edilmiş ise, usul ihlali iddiasını gerekçelendiren olaylar açıklanmalıdır. Burada md. 278 gereği (taraf) açıklamalarına (savunmasına) yeterince imkan verilmemesi, md. 139'a göre mahkemece haklarının yeterince izah edilmemesi, taleplerin göz ardı edilmesi, delillerin yanlış değerlendirilmesi gibi hususlar söz konusu olabilir.

³⁶ Kanun yolu h.M. ye göre dava olmamasına rağmen, istinaf ve temyiz davacısı, veya davalısı bizzat kanunda kullanılmıştır.

³⁷ Örnek: itiraz edilen hükmü iptal etmek ve davayı iptal ve reddetmek; ya da: ilk derece hükmünü tadil ederek davalıyı DM ödemeye mahkum etmek. W Hinw. Baur, ZPR, 6. Baskı, 1989). Rdnr.219.

³⁸ BGH, NJW 1981. 1620f.; Sthumann (yukarıdaki 9. Dipnot). madde 11 I.

³⁹ Müller-Rabe, NJW 1990, 284; BGH, NJW 1984, 177; 1985, 2828

⁴⁰ Müller-Rabe, NJW 1990, 287ff.

⁴¹ BGHZ 66, 276 ya göre ilkeselliğin temyiz gerekçesine bağlanması yeterlidir.

3. Hukuki Yarar

Kanun yoluna başvurusuna vize verilip verilmeyeceği hususu, başvuranın buna yararı var mıdır sorusunun cevabına bağlıdır. Çünkü sadece, bir karar nedeniyle menfaatine dokunulanların, dikkate alınmaya değer hukuki koruma ihtiyaçları mevcuttur.

Kanun başvuru koşullarını doğrudan değil de dolaylı olarak (md. 2, 546, 554 b 1) ve başvuru meblağları tespit etmek suretiyle düzenlemiştir. Bu nedenle yararın belirlenmesine ilişkin kriterler konusundan birkaç noktada tartışma vardır.

Maddi ve şekli yarar ayrımı söz konusudur. Başvuru sahibi karar nedeniyle bir şekilde maddi olarak zarar görmüşse, karar onun hukuki durumunu madden haleldar etmiş demektir. “İtiraz edilen”⁴² kararın hüküm kısmı, başvuranın, kararı veren derecedeki talebinden aleyhine olarak sapmış ise, başvuran karardan şekli olarak (formel) olumsuz etkilenmiş demektir. Önceki derecedeki davacının, dava nedeniyle, şekli olarak zarar görmüş (yararının zedelenmiş) olması şarttır. Mesela, talebinden daha azına hükmedilmesi, ancak ek bir talep ile sonuca ulaşması veya tümü talep edildiği halde, davalının parti parti ödemesine hükmedilmesi gibi.⁴³ Son örnekteki ihtimal de gösteriyor ki yararın olup olmadığı her zaman son kararın içeriğine dayanmak zorunda değildir. Sadece kararın gerekçesi tek başına yararın ihlalini oluşturmaz. Ancak kararın hüküm fıkrası yoruma muhtaç ise, tam anlaşılmıyorsa, gerekçe de anlam bakımından yararın ihlaline esas alınabilir.

Davalı için her halükarda yeterli olan şekli yararın yanı sıra, maddi yararın hangi oranda yeterli olacağı tartışmalıdır. Özellikle içtihatlar büyük oranda (davalı için de) maddi yararı yeterli görmektedir, yargılama esnasında davalı talebi kabul etmiş (md. 307) olsa dahi.⁴⁴ Aslında burada davalı korunmaya muhtaç görünmemektedir. Bu durumda ancak davalının hiçbir talep ileri sürmemiş olması halinde, kanun yolu başvurusu tek başına maddi yarara dayandırılabilir. Bu yasak değildir (md. 331, 333) ve sınırlı taraf serbestisi nedeniyle davalıya karşı gıyabında karar verilemeyen boşanma davasında (md. 612 IV) dahi usul ekonomisine katkısı nedeniyle yadırganmamaktadır. Boşanma davalarında karardan olumsuz etkilenmeyen yani şekli olarak yararı

⁴² Bkz. Dipnot 13.

⁴³ BGHZ48, 357, BGH, NJW 1982. 1048.

⁴⁴ BGH NJW, 1955, 54.5 . Rspr.

zedelenmeyen davacı dahi, üst derecede boşanma davasından vazgeçmek için,⁴⁵ (evliliğin devamı için) kanun yoluna başvurulabilir.

Mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, itiraz hariç,⁴⁶ kanun yolu başvurusu net olarak belirlenmiş, parasal sınırlara bağlanmıştır (md. 511 a, 546). Burada kıymete bağlı temyiz için esas alınan yarar sınırı ile istinaf ve dava masrafları için belirlenen başvuru sınırı ayırımından bahsedilebilir. Bu sınır ile kastedilen, kanun yolu başvurusunda bir önceki derecenin kararının değiştirilmesine yönelik somut taleptir. Yararın değeri, başvuru dilekçesinden bağımsız olarak, kanun yolu davacısının önceki derecenin kararı ile oluşan zararına göre belirlenir. Bu nedenle “itiraz edilen”⁴⁷ miktar yarar değerinin (görülen zararın) altında olabilir, örneğin kanun yoluna başvuran talebinin bir kısmını takip etmekten vazgeçerse.

V. Kanun Yolu Davası

Kanun yolu mahkemesi öncelikle başvuru şartlarının mevcut olup olmadığını inceler (md. 519b I, 554a I 1). Bu inceleme duruşmasız yapılabilir. Bu durumda gerekli şartları taşımayan başvuru (dosya üzerinden verilen) kararla reddedilir. Sair hallerde duruşma için gün belirlenir. Başvurunun geçersiz olduğu duruşmalı inceleme esnasında ortaya çıkarsa, burada verilecek bir kararla başvuru esastan reddedilir. Başvurunun reddedildiği aşamalara göre buna karşı kanun yolları da farklı farklı olur.⁴⁸

Kanun yolu davası, kanunda farklı özel düzenlemeler (md. 511 vd. veya 544 vd.) olmadığı sürece, ilk yargılaması için geçerli olan kurallara göre yürütülür. Farklı düzenlemeler de öngörülmüştür (md. 523, 557). Kanun yolu yargılamasının ilk derecedeki kurallara tabi olması, prensipte tüm taraf işlemlerinin (örneğin talebin değişmesi, karşı dava) ve karar türleri (örneğin kısmi kararlar), istinaf davasında da geçerli olması demektir. Bu dava ilk derecenin devamı niteliğinde olduğundan, her iki derecenin, duruşmaları, isticvaplari ve delilleri birlikte geçerlidir. Yeni talepler ve istinaf gerekçesi daha belirleyici olmak kaydıyla, kural olarak ilk derecenin taraf pozisyonları geçerliliğini korur. İstinaf davalısı (sadece) başvurunun esastan reddini ya da (istemin) kısmen reddini talep edebilir.

45 J auernig (yukarıdaki 8. Dipnot). madde 91 II 17; BGH, NJW-RR 1987, 387.

46 Ters istisna: madde 567 II

47 Bkz. Dipnot 13.

48 Meyer, JZ 1961,414.

İlk derecenin kararının kendi lehine (düzeltmesini) iyileştirilmesini istiyorsa katılma yoluyla istinaf (md. 521) başvurusu yapmak zorundadır. İstinaf mahkemesi ilk derecenin kararları ve değerlendirmeleri ile bağlı değildir. Ancak ilk derecenin kararındaki tespitlerin, orada taraflarca ileri sürülenlerin (md. 314) delili olduğu unutulmamalıdır. İstinaf mahkemesi bir tanık ifadesini farklı değerlendirmek, tanıklardan birinin ifadesinin inandırıcılığına farklı bir nazarla bakmak istiyorsa, bu tanığın ifadesini yeniden almak zorundadır.⁴⁹

Alman hukukunda, istinaf davası taraflarına önceleri sınırsız olarak tanınan yeni olay ve delil ileri sürme hakkı, zamanla zorlaştırılmış ve sınırlandırılmıştır. Yeni vakıa ileri sürülmesinin gecikme nedeniyle engellenmesi bugün, md. 523, 527, 528 aracılığıyla geniş bir çerçevede mümkündür.⁵⁰

Temyiz davasının konusu da temyiz davacısının talepleri ile belirlenmektedir (md. 554 III Ziff. 1, 559). İncelemenin sadece hukuki meselenin değerlendirilmesi ile sınırlı olması nedeniyle, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi mümkün değildir (md. 561). Tam da bu nedenle yeni taleplerin ileri sürülmesi ve kural olarak davanın değiştirilmesi de caiz değildir. *BGH*, temyiz mahkemesi olarak, istinaf mahkemelerinin maddi meseledeki tespitleri ile bağlıdır (md. 561 II). Yeni vakıaların dikkate alınmamasının istisnaları olarak; “itiraz edilen”⁵¹ bir usul kuralına (örneğin md. 55f Nr. 2 i.V. ve md. 554 III Nr. 3b), re’sen gözetilmesi gereken bazı dava şartlarına (bkz. md. 549 II) ve içtihatlarla göre, muhtemel yargılamanın iadesi sebebine (örneğin md. 580 Nr. 3) ilişkin vakıaların ileri sürülmesi mümkündür.⁵²

BGH bu incelemede ileri sürülen temyiz sebepleri ile bağlı değildir (md. 559), aksine konuyu hukuki yönü itibariyle tamamen incelemek durumundadır. Dolayısıyla sınırlamalar re’sen gözetilmesi gereken usul hataları için geçerli değildir (md. 549 II, 559). İnceleme kapsamı maddi hukuk yönüyle de, temyiz kabiliyeti olan yani temyiz davasında incelenebilir hukuk normu ihlali (md. 549 I, 550) kavramı ve “itiraz edilen”⁵³ kararın (bu) hukuk ihlaline dayanması mecburiyeti (md. 549 I, 551) ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Hukuk normu ile md. 561’in temyiz

⁴⁹ BGH, NJW 1982, 1053.

⁵¹ Karşılaştır Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot). madde 73 V.

⁵² Bkz. Dipnot 13.

⁵³ Konuya dair karşılaştır Gottwald, *olgular mercii olarak temyiz mercii*. 1975.

⁵⁴ Bkz. Dipnot 13.

mahkemesi için bağlayıcı maddi meseleye ilişkin tespitlerin aksi olarak md. 549, 550'de öngörülenler kastedilmektedir. Kanunlar ve yönetmelikler, örf-adet kuralları, tüzel kişilerin tüzükleri⁵⁴ (sözleşme) genel kurallar(ı) içinde yer alan tipik şartlar hukuk normlarıdır⁵⁵. Böyle bir hukuk normu, sadece Federal Hukuk içinde ise ya da bir OLG'nin yetki çevresinin dışına taşan bir geçerlilik alanına sahip ise temyiz kabiliyeti vardır.⁵⁶ ZPO sadece böyle durumlarda içtihatların birleştirilmesine ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda ZPO'ya göre yabancı hukukun da temyiz temyizi mümkün değildir⁵⁷. Her hukuk normunu temyiz edilebilir gören md. 73 I ArbGG farklılık gösteriyor. Alt mahkemenin temyiz kabiliyeti olmayan kanunların varlığına ve içeriğine ilişkin görüşü temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır (md. 562). Temyiz de davanın devamı çerçevesinde inceleme yaptığından, temyiz mahkemesi, alt derecenin kararını tefhiminden sonra meydana gelen yasal değişiklikleri dikkate almak durumundadır. Aynı şey temyiz kabiliyeti olmayan normlar için de geçerlidir.

Bir hukuk normu hiç uygulanmamış veya yanlış uygulanmış ise hukuk ihlal edilmiş olur (md. 550). Bu bağlamda, normun her türlü yanlış anlamlandırılması, kanunun tanımında yer alan unsurların yanlış yorumlanması, olaya yanlış kanun maddesinin tatbiki, sayılabilir. Hukuk normu olmamasına rağmen olayların değerlendirmesine hizmet eden tecrübe kuralları (örng. dilin yaygın kullanım tarzı) ve genel düşünme kuralları buraya girer. Bunlar da aynen yorum kurallarına aykırılık gibi temyiz kabiliyetine haizdirler.⁵⁸ Kanun yolunun davanın devamı olması ilkesi gereğince, ilk yargılaması sona erdiğinde henüz mevcut olmayan kanunun uygulanmaması da bu kapsamdadır.

Eğer ihlal kararın verilme sebebini oluşturuyorsa, itiraz edilen karar kanunun ihlali üzerine kurulmuş demektir. Maddi hukukun ihlali hallerinde ihlalin davanın sonucuna belirlediği kolayca görülebilir. Usul kurallarının ihlalinde durum farklıdır. Kanun bu nedenle madde 551'de ağır usul ihlallerini mutlak temyiz sebebi olarak açıklamıştır. Bunların var olması halinde, illiyet bağının varlığı aksi iddia edilmeyecek şekilde kabul edilmektedir. Madde 551'in dışında usul ihlallerinde genel görüşe göre, kararın onların üzerine kurulmuş olabilirliği yeterlidir. Önceki

54 BGHZ 21,304.

55 BGHZ 8, 55; BGH, NJW 1970, 321.

56 BnyObLG'nin varlığından dolayı Bayern'deki hususiyetler, karşılaştırmalı hukukun 6. Dipnot.

57 Fakat aynı zamanda BGHZ 40, 200; 49, 387; Kermaeus, ZfP 99 (1986) 166 ff. ile karşılaştır.

58 RGZ 156, 133; BGHZ 9, 276 ff.

derecenin sonucu (kararı) başka hukuki nedenlerden ötürü doğru ve korunması (onanması) gerekiyorsa, karar bir hukuk ihlaline dayanıyor olsa dahi temyiz (başvurusu) geçersizdir (md. 563).

VI. Kanun Yolu Mahkemesi Kararı

Koşulları taşımayan başvurular dosya üzerinden ya da duruşmalı inceleme sonucunda reddedilir. Geçerli nedenlere dayanmayan istinaf veya temyiz başvuruları (duruşmada verilen bir kararla) reddedilir. Kabul edilen başvurular, ne talebin ötesine geçilebilir ne de “itiraz edilen”⁵⁹ karar başvuru sahibinin aleyhine değiştirilebilir (md. 536, 559 I). İstinaf mahkemesi, başvuru gerekçelerini tamamen ya da kısmen haklı bulursa, ilk derece kararını kaldırarak, kendisi esas hakkında bir karar verir.⁶⁰ Md. 538, 539’de sayılan durumlarda kararın kaldırılarak dosyanın ilk dereceye geri gönderilmesi mümkündür, bu istinaf mahkemesinin takdirindedir ancak uygulamada bu yol çok nadir kullanılmaktadır. İstinaf kararının yazılması konusunda md. 313’le karşılaştırıldığında md. 543 kolaylıklar öngörmüştür.

Kararda birbiri ile çelişen sonuçlar bulunması halinde temyiz sebebi vardır ve karar kaldırılmalıdır (md. 546). Davlar, genellikle yeterli araştırma yapılmadığı için BGH tarafından OLG’ye (bozularak) geri gönderilmektedir (md. 565 I). Bu durumda OLG önceki istinaf davasına devam eder.⁶¹ İstinaf mahkemesi BGH’ca dava hakkında yapılan hukuki değerlendirme ile bağlıdır (md. 565 II ZPO, 72 V ArbGG),⁶² ancak maddi meselede serbesttir. İstisnaen de olsa mesele başkaca araştırmaya mahal bırakmadan karar verilecek kıvamda gelmiş ise BGH davayı nihai olarak karara bağlar (md. 565 III).

VII. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Katılma Yolu ile Kanun Yolu Başvurusu

Uygulama ve öğreti, başvuru sahibinin menfaatlerinin, o ana kadar elde ettiği konumunun, kanun yolu başvurusu ile kötüleştirilemeyeceği hususunun hukukun koruması altında olduğunda tamamen hemfikirdirler. Kanun yolu sürecini çok katı bir şekilde davanın devamı prensibine bağlayan karşı görüşün, “hukuk devleti ilkeleri” ile bağdaştırılmayacağını

⁵⁹ Bkz. Dipnot 13.

⁶⁰ Baur’ da hüküm metni örnekleri (yukarıdaki 33. Dipnot), Rdnr. 220.

⁶¹ RGZ 158, 196.

⁶² Bağlayıcılığın etki sahası hakkında; BGH, NJW 1970, 754; Tiedtke, JZ 1978, 626.- BGHZ (GmS) 60, 396 ff. Temyiz Mahkemesinin bağlayıcılığı meselesi hakkında

söylemek, en azından medeni yargılama açısından abartılı görünmektedir.⁶³ “İtiraz edilen” ve incelenecek olan sadece kararın, kanun yolu davacısı açısından, haksız kısmıdır. Dolayısıyla onun için tek risk sadece başvurusunun başarısız olması ihtimalidir. Talebin kararda (sadece) kısmen karşılandığı durumda, kararın tamamen yanlış olduğu ortaya çıksa dahi, karar başvuran aleyhine değiştirilemez.

Davanın devamı prensibinin yumuşak karnı sayılabilecek bu çelişkili durum zaman zaman aşağıdaki şekilde okunması gereken madde 536’ya bağlanmaktadır: “... sadece başvuranın istediği kadar değiştirilmelidir.” Paralel bir düzenleme olan madde. 308’in anlamının ötesine geçen bu okuma tarzı, aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağını zaten gerekli kılmaktadır. Sadece „tarafaların“ taleplerinden sözeden madde 559 da bunu göstermektedir. Hâkim görüşe göre de, kanun yolu davasında, esasen sadece davacı (başvurun) etkin talepler ileri sürmektedir. Önceki derecede kısmen başarılı olmuş olan kanun yolu davacısına karşı kanun yolu davalısı sadece başvurunun reddini talep edebilir, davanın reddini talep edemez. Bu yönüyle kanun yolu davası başvuruya bağlı olarak tek taraflı belirlenen bir davadır. Kanun yolu yargısında davalı ve davacı ilk derecede olduğu gibi bir ilişki içinde değildirler.

Kanun yolu davacısı aleyhe değiştirme yasağını ancak katılma yoluyla kanun yolu başvurusu yapmak suretiyle aşabilir (md. 521-522a, 556, 577a). Bu başvuru ile o, kanun yolu davacısı konumunu kazanmaz (karşı davadaki gibi olmaz) ancak kanun ona böylelikle kanun yolu davacısı aleyhine değişiklik yapılmasını konusunda tam talep yetkisi vermektedir. Dava lehine sonuçlanmış olan davacı istinafta davasını genişletmek istiyorsa katılma yoluyla istinaf başvurusu yapmak zorundadır. Yararı bulunmamasına rağmen bu imkân ona verilmiştir. Kavram olarak öyle anlaşılmasına rağmen, ağırlıklı görüşe göre katılma (katılma yolu ile istinaf, temyiz ve itiraz) aslında bir kanun yolu olmayıp, aksine özgün bir usulü vasıtasıdır.⁶⁴ Bu yola, öngörülen başvuru süresi geçtikten sonra da, başvurudan vazgeçilmiş olsa da kanun yolu davası süresince her zaman başvurulabilir (md. 521 I) ve hakim görüşe göre katılmak suretiyle başvuranın yararının bulunması da aranmaz.⁶⁵ Bu biraz tuhaf görünen düzenlemenin amacı, bir kere geçerli bir şekilde yapılmış bir başvuru ile

⁶³ So Areas, ZPR, 4. Baskı (1988), Rdnr. 389

⁶⁴ Baskın literatür anlayışı ve içtihat, a. A. z.B. Kla-maris, ek istinaf kanun yolu, 1975; Prutting, 95, 502 f..

⁶⁵ Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 72 VI; BGH, NJW 1980, 702.

kanun yolu süreci başladıktan sonra, kendisinin de (zamanında) kanun yoluna başvurabilme imkanının bulunmasından bağımsız olarak, diğer taraf da her yönüyle tam bir savunma imkanının tanınmasıdır. İkinci başvuru (karşı başvuru) dilekçesi katılma başvurusu olarak tanımlanmamış olsa da, o şekilde anlaşılmasa da, kanun onun katılma yolu ile başvuru olarak işlem görmesini öngörmüştür. İstinaf başvurusunun geri alınması veya geçersizlik nedeni ile reddedilmesi ihtimaline karşılık, madde 522 II başvuru süresi içinde verilen katılma dilekçesini bağımsız bir kanun yolu başvurusu olarak kabul ediyor ve ilk başvurunun akıbetinden (vazgeçme v.s.) ayrı olarak devam etmesini öngörüyor. Buna karşılık başvuru süresi geçtikten sonra yapılan katılma başvurusu, ilk başvurunun durumuna (akıbetine) bağlıdır. Katılma yolu ile başvuru, BGH'nın temyiz başvurusunu (ilk başvuruyu) davanın esaslı öneme haiz olmaması nedeniyle, reddetmesi halinde de etkisini yitirir (md. 556 II 4,554b).

VIII. Başvurudan Vazgeçilmesi ve Başvurunun Geri Alınması

Davadan vazgeçildiği (md. 306) gibi kanun yolundan da vazgeçilebilir (md. 514, 566). Vazgeçmenin sonucu olarak vazgeçen bu başvuru hakkını kesin olarak kaybeder.⁶⁶ Kanun sadece kararın açıklanmasından sonraki vazgeçmeden bahsetmektedir. Bu hem mahkemeye karşı yapılan hem de karşı tarafa yapılan (vazgeçme) açıklamalarını kapsar. Her iki taraf da vazgeçerse karar kesinleşir. Taraflar arasında, haricen, kararın açıklanmasından hemen öncesine kadar, kanun yolundan vazgeçme anlaşması yapılabilir. Anlaşmaya rağmen yapılan başvuru, karşı taraf def'i yolu ile buna karşı çıkarsa, geçersiz olarak reddedilmelidir. Her ne tarzda olursa olsun haricen yapılan vazgeçme anlaşmaları kararın kesinleşmesini sağlamaz. Vazgeçme ve geri alma arasındaki fark kesin (nihai) olup olmama şeklinde kendini göstermektedir (md. 515, 566). Geri alma somut olarak yapılan bir başvurunun geri çekilmesi olup, süresi içerisinde başvuru her zaman yeniden yapılabilir.

IX. Yanlış Formatta Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları

Hukuk devleti ilkelerine göre, yanlış formatta verilmiş bir kararın ilgisi, bu karara karşı kendini savunmak için var olan imkanları kısıtlanamaz. Duruşmalı verilmesi gereken bir karar dosya üzerinden verilmişse, yüzüze verilmesi gereken bir karar yokluğunda verilmişse, en çok gözetilme prensibi geçerli olur: Bu durumda ilgili, dilerse mahkemenin verdiği formatta kararlar için öngörülen kanun yolunu, dilerse de,

⁶⁶ Karşılaştır Rimmelsspracher, JuS 1988, 953 ff.

mahkeme kararını doğru formatta vermiş olsaydı geçerli olabilecek olan kanun yolunu tercih edebilir.⁶⁷ Doğru formatta verilecek karara karşı bir kanun yolu öngörülmemişse, fiilen verilmiş olan karara karşı da bir kanun yolu söz konusu değildir.⁶⁸

67 BGH, NJW 1978, 1112.

68 BGHZ 46, 113f.

