



İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması*

Hans-Jürgen Ahrens** , Nevhis Deren-Yıldırım*** 

I. KanunYolu Mahkemeleri Aracılığıyla Mahkemenin Sağladığı Hukuki Korunma

1. Bir Derece Mahkemesi ile Sınırlama?

Neden medeni yargıda kanunyollarına gereksinim duyuyoruz? Konusuna hâkim bir mahkemenin taraf dilekçelerinde ileri sürülmüş vakıaları aydınlatacağı, ihtilaflı vakıalar için delil ikame edeceği ve bunlara maddi hukuku uygulayacağı düşünülebilir.

Aslında Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan adaleti temin talebinin ikinci derece mahkemeye başvurma hakkını kapsamadığına hükmetmiştir¹. Ancak bu tartışmalı bir konudur. Özellikle mahkemenin şu anki Başkanı Voßkuhle Freiburg Üniversitesi'nde profesör iken farklı bir görüşü savunuyordu². Tabii ki Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararından sonra da şu esas geçerliliğini korumaktadır: Kanunkoyucu bir kanunyolu derecesini düzenlemişse, bu derece mahkemesine başvuru keyfi olarak engellenemez³.

Anayasa Mahkemesince belirlenen asgari standartlar, alt yapıya uygun düşecek ideal bir adli örgütün oluşumunu sağlamayabilir. İşleyen bir hukuk yapısı, okullar, hastaneler ve yollar gibi bir devletin alt yapısına dahildir. Bununla kanunyolu mahkemesinin işlevine dönelim.

¹ BVerfGE 107,395,401 vd (Plenum)= NJW 2001,1924; BVerfG WM 2010,794,795 bunun için Rosenberg, SchwabundGottwald, *Zivilprozessrecht*, (17Auflage) §133, kn11.

² Voßkuhle, 'Rechtsschutzgegen den Richter' (1993) 298 vd; Aynı yazar, NJW 1995, 1377, 1381 vd; Aynı Yazar, NJW 2003, 2193, 2197 vd. M.w.N.; Aynı şekilde M Stürmer, *DieAnfechtungvonZivilurteilen*, (2002) 66 vd; 78 vd.

³ Kanunyollarına başvuruda ve kanunyolunun gerekçelendirilmesinde sürelerin kaçırılmasına ilişkin yerleşik kararlar için bkz: BVerfGE 74,228,234; BVerfG NJW 2005,814,815; BGHZ 151,221,227.

* Bu metin 8.3.2011 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ve 10.3.2011 tarihinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilmiş olan konferansların genişletilmiş halidir.

** Hans-Jürgen Ahrens (Prof. Dr.), Osnabrück Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Osnabrück, Almanya. ORCID: 0000-0001-5167-0109

*** Nevhis Deren-Yıldırım (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi/Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: nyildirim@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-1374-838X

Atf: Ahrens HJ, Deren-Yıldırım N, "İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması" (Nevhis Deren Yıldırım çev, 2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2131. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0014>



2. Hukukun Uygulanmasının Kontrolü

Maddi hukukun uygulanmasının bir üst mahkeme tarafından kontrolüne duyulan gereksinim kolayca anlaşılabilir. Devletin tüm egemenlik alanı için merkezi bir mahkemeye hukukun yeknesak yorumlanması görevi verilir. Yeknesak hukuk metinleri hukukun yeknesak uygulanmasını garanti etmezler. Bu yüzden, Avrupa Birliği Hukuku için Avrupa Birliği Adalet Divanı'na, milli hukuk için ise Almanya'da Federal Mahkeme'ye ve Türkiye'de temyiz mahkemesine ihtiyaç duyulmuştur. Orta derece mahkeme (*Mittelinstanz*) olarak istinaf mahkemesinin kurulması da amaca uygun olacaktır. Böylece üçüncü derece mahkeme olan eyalet mahkemesinin ağır iş yükü altında kalması önlenmiş olacaktır. İstinaf mahkemelerinin faaliyeti hukuk düzenlemelerinin daha iyi gelişmesine de hizmet eder. Literatürde bu sorunun çözümü için çeşitli görüşler ortaya konulmaktadır. Bilim insanlarında olduğu gibi, hâkimler arasında da hukuki açıdan görüş farklılıkları mevcuttur. Taraflar arasındaki karşılıklı diyalog ve doktrindeki görüşler ileri sürülen çözümlerin işlevselliğini ortaya koymaktadır. Söz konusu diyalog hiyerarşik bir biçimde yapılandırılmış derece mahkemelerinde iyice belirginleşebilir.

3. Vakıa Tespitinin Yeniden Yapılması

İki dereceli yargılamada hukuki kontrolün tekrarlanmasında kullanılan gerekçeler, yeniden vakıa tespiti için geçerli değildir. Ancak yine de iki derece mahkemesinin birden işlev görmesinde bazı haklı nedenler bulunabilir. İlk derece mahkemesi önündeki vakıa tespitinde çeşitli engellerle karşılaşılabilir: Şöyle ki hâkimlerde de bazı insani zaafklar olabilir; titiz çalışan hâkimlerin yanında tembel hâkimler, iş yükü altında ezilmiş hâkimler, eşleri veya çocukları ile olan sorunlarından ötürü işe yoğunlaşamayan hâkimler, uzun zamana gereksinim duyduklarından ötürü çok yavaş çalışan hâkimler de hükme esas alınacak vakıaların aydınlatılmasını engelleyebilir.

Taraflar açısından da sorunlar mevcuttur. Hâkim ancak davanın tarafları veya onların avukatlarının getirdiği hayat olayını maddi hukukun öngördüğü biçimde tespit edebilir. Avukatlar hukuki durumu yanlış değerlendirebilirler ki, bu iyi hukukçuların da başına gelen bir şeydir, bunlar kısa bir süre içinde özensiz biçimde çalışmış olabileceği gibi, müvekkillerine de gerekli vakıa ve delilleri soramamış olabilirler. Müvekkiller vakıaları ortaya koymak zorundadır, ama sıklıkla bu hemen değil, yargılama süreci içinde gerçekleşmektedir. Vakıalar en iyi karşılıklı diyalogla aydınlanır, yine tarafların karşılıklı sundukları dilekçeler ve avukat ile müvekkil arasındaki çeşitli görüşmeler yoluyla da vakıaların aydınlanması söz konusu olabilir. Anılan diyaloglar için zamana ihtiyaç vardır. Öte yandan etkin hukuki korunma bakımından yargılama fazla uzatılmamalıdır. Yargılama hukuku bu nedenle denge gözetmek zorundadır.

II. Almanya’da Kanun Yolu İncelemesinin Gelişimi:

Medeni yargıya ilişkin kararların üst mahkemeler aracılığı ile kontrolü, geleneksel olarak istinaf derecesi ve temyiz derecesi arasında kesin biçimde ayrılmıştır: 2001 yılında yapılan Medeni Usul Hukuku Reformuna kadar istinaf mahkemesi tam anlamı ile ikinci derece olay mahkemesi konumunda iken; temyiz mahkemesi, yani Federal Mahkeme’nin işlevi hukuki kontrolden ibarettir. Hukukun uygulanmasının denetimi, Almanya’da hukuk birliğini sağlamakla görevlendirilen Federal Mahkeme’nin göreviydi.

Hukukun hatalı uygulanması, maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi yargılama hukuku için de söz konusu olabilir. Yargılama hukukunun uygulanmasında hata varsa, bundan genellikle vakıa tespiti etkilenebilir. Bu durumda temyiz mahkemesi kararı bozacak ve vakıaların tekrar aydınlatılması için geri gönderecektir. Yalnızca istisnai durumlarda, Federal Mahkeme usul hatalarının varlığına rağmen nihai hükmünü verebilir ki, bu hayat olayı daha fazla aydınlatılmıyorsa veya hukuki uyumsuzluk hakkında hüküm verilecek durumdaysa söz konusu olur.

2001 reformuna kadar 5000 Avro’yu aşan dava konusu değerlerinde istinaf mahkemesi, yani eyalet mahkemesi önünde istinaf dilekçesiyle birlikte yeni vakıalar ileri sürülebiliyordu. Şayet bu vakıalar ihtilaflı ise, istinaf mahkemesi bunlar hakkında delil ikame etmek zorundaydı. İlk derece mahkemesi delil ikame etmişse, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın yeniden delil ikame edilmesi mümkündü. Yine taraflar da istinaf derecesinde yeni deliller getirebilmekte, özellikle yeni tanıklar dinletebilmekteydiler. Yeni tanıkların istinaf mahkemesinde dinlenmesi, çoğunlukla, bunların ilk derece mahkemesinde dinlenen tanıklarla yüzleştirilmesi zorunluluğu doğuruyordu, bunun da anlamı, bütün delil ikamesinin tekrarlanmasıydı.

Ancak henüz 2001 reformu gerçekleştirilmeden dahi Alman Medeni Usul Kanunu’nun 282’nci paragrafındaki tarafların yargılamaya katkıda bulunma yükümlülüğü çerçevesinde, yeni vakıa sunma ve delil getirme hakları sınırlandırılmıştı. Söz konusu yükümlülük halen geçerliliğini korumaktadır. Bunun anlamı, tarafların iddialarını ve delillerini süresinde yargılamanın özenli yürütülmesi esasının öngördüğü biçimde sunmalarınıdır. Geç getirilen iddia ve savunma araçları; eğer geç getirmenin mahkemenin serbest değerlendirmesine göre tarafın hatasına dayandığı tespit edilirse, ilk derece ve ikinci derece mahkemelerce ZPO § 296/II çerçevesinde reddolunabilir.

Kanaatimce eskiden geç getirilen malzemenin reddinden çekiniliyordu. Buna karşın, istinaf derecesinde yeni delil taleplerinin yöneltmediği durumlarda bu konuda istatistikler bulunmasa da, pek yeni delil ikamesi yapılmıyordu. Ben yalnızca

istinaf mahkemesi dairesindeki deneyimlerimden şu hususu aktarabilirim: Biz o dönemde de istinaf mahkemesinin görevinin hukuki kontrol olduğu görüşündeydik ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin yaptığı vakıa tespiti ve delil değerlendirilmesine somut itirazların varlığını arıyorduk. Sadece ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesinde çelişki varsa ya da taraf dilekçelerindeki vakıalar tamamen göz önünde tutulmamışsa, istisnai olarak delil ikamesini tekrarlama yoluna gidiyorduk.

Bu noktada, Almanya’da tanık ifadeleri ve bilirkişi sorguları hakkında tutanak tutulmadığı göz önünde tutulmalıdır. Hâkim, daha ziyade tanık beyanlarını kendisi özetleyerek tutanağa geçirip bu metni tanıklara ve bilirkişilere doğrultma yoluna gider. Tanık beyanlarının kalitesine yönelik dolaylı bir etkileşim söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla delillerin değerlendirilmesine ilişkin en önemli ilke; bir tanığı bizzat dinlememiş olan hâkimin onun beyanlarını, bu tanığı bizzat dinleyen hâkimden farklı olarak değerlendiremeyeceğidir. Gerekirse tanık beyanının farklı değerlendirilmesini sağlamak üzere, (inandırıcılığı açısından) tanığı bir kez daha dinleme yoluna gitmelidir.

III. Alman Medeni Usul Kanunu’nda Yapılan 2001 Reformu

1. Yeni Vakıa ve Delillerin Değerlendirilmesinin Sınırlandırılması

2001’deki Medeni Usul Reformu, istinaf mahkemesinin görevlerini köklü biçimde yeniden tanımladı. Kanunkoyucunun iradesine göre, ilk derece mahkemesi medeni yargıya ilişkin uyuşmazlığı etraflı biçimde aydınlatmalı ve hakkında karar vermelidir, istinaf mahkemesi ise, geçmişe oranla daha ağırlıklı olarak ilk derece mahkemesinin kararının hukuki kontrolü ve bununla “*hata denetimi ve hatalardan arındırma*” üzerinde yoğunlaşmalıdır, ki bu husus kanun gerekçesinde ifade edilmişti⁴. Federal Mahkemenin yeni bir kararında şu ifadeye yer verilmiştir: “İstinaf artık tam bir ikinci derece olay mahkemesi değil, öncelikle ilk derece mahkemesinin maddi hukuku doğru uygulayıp, uygulamadığının, vakıa tespitini tam ve doğru yapıp, yapmadığının denetlendiği ve varolan hataların ortadan kaldırıldığı bir mercidir⁵. Yeni vakıaların sunulmasına ise, sınırlı durumlarda izin verilir. Aynı sınırlamaya yeni delil sunma talepleri de dahildir.

Hâkimin bilinçli olarak hatalı hüküm vermeyeceği düşünüldüğünden, mahkemelere vakıa tespitinin sınırlandırılması kolay gelmedi. Buna karşı, sınırlı vakıa temeline dayanan kararın hatalı olmayabileceği; bunun daha çok yargılama usulüne uyulduğunun bir göstergesi olup, sonuç itibarıyla doğru olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁶. Bu husus, etkin hukuki korumayı sağlamak üzere, dava zamana

⁴ BT-Drucks 14/4722 101.

⁵ Federal Mahkeme 7. Hukuk Dairesi NJW 2010,376 Tz.8.

⁶ Münih Eyalet Mahkemesi OLGRep 2007,356=ZIP 2006,2122

bağlı olarak bizi bu sonuca götürdüğü takdirde isabetlidir; vakıaların aydınlatılması yalnızca usul kanunu çerçevesinde gerçekleşmeli ve burada her zaman tüm amaçlara aynı anda ulaşılması aranmamalıdır.

İstinaf mahkemesi sadece anılan sınırlar içinde olay mahkemesidir. Bunun sonucu, tarafların iddia ve savunmalarını ağırlıklı olarak ilk derece mahkemesi önünde ve tüm özeni göstererek sunmak zorunda olmalıdır⁷. Orada hükme esas olacak hayat olayı aydınlatılmalıdır. 19. yüzyılın işe yaramaz ilkesi, teksif ilkesi yeniden canlandırılmıştır. Taraflar, hâkim açısından hüküm için önem taşıyan tüm vakıaları her ihtimale karşı ileri sürmek zorundadırlar. Hâkimin ne yönde hüküm vereceğini, en iyi avukat dahi tahmin edemeyebileceğinden, gerektiğinden çok fazla vakıa ileri sürülerek dosya şişebilir.

⁷ Bu şekilde Federal Mahkeme 7. Hukuk Dairesi NJW 2010,376 Tz.8.

2. Hukuki Temeller

a) Çıkış noktası: İlk derece mahkemesinin tespitleri

Yeni istinaf mahkemesine ait temel hükümler, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 529 ve § 531 hükümleridir. Anılan düzenlemelerle istinaf mahkemesi incelemesinin kapsamı önemli ölçüde daraltılmaktadır. Kanunun gerekçesinde şu ifadeye yer verilmektedir: "... *Ekonomik olmayan ve hukuk devleti bakımından gerek duyulmayan ikinci derece olay mahkemesinden...*" vazgeçilmektedir⁸.

ZPO § 529 uyarınca, ilk derece mahkemesinin hükme etkili tespitlerinin doğruluğundan ve tamlığından şüphe edip yeni bir tespite ihtiyaç duymadığı takdirde istinaf mahkemesi, duruşmasında ve kararında ilk derece mahkemesinin tespitlerini esas almak zorundadır. Bunun dışında, ZPO § 529 fıkra I, yalnızca göz önünde tutulmasına izin verilen yeni vakıaların ele alınabileceğini düzenlemektedir.

b) İstisna: Yeni vakıa tespitleri

ZPO § 531/I öncelikle ilk derece mahkemesi tarafından reddolunan iddia ve savunma sebeplerinin ikinci derecede ileri sürülmesini yasaklamaktadır⁹. İstinaf hâkimi burada yalnızca ilk derece mahkemesinin geç getirmeye ilişkin tespitinin haklılığını inceler. Böylece aslında 2001 reformu öncesinde geçerli olan esaslar tekrarlanmış olmaktadır.

§ 531/II hükmünde yeni iddia ve savunma sebeplerinin istisnai olarak ileri sürülebildiği üç seçimlik koşul öngörülmüştür. İkinci fıkrada, ilk derece mahkemesinin açıkça atladığı veya önemsiz saydığı durumlarda buna imkân tanınmaktadır.

İkinci fıkranın ikinci bendinde ilk derece mahkemesi önünde mahkemenin usul hatasından ötürü dermeyan edilmeyen vakıalarından söz edilmektedir. Burada özellikle ilk derece mahkemesinin ZPO § 139 çerçevesinde aydınlatma ödevi gereğince tarafların dikkatini çekmediği itirazı düşünülmelidir.

İkinci fıkranın 3'ncü bendi ise, tarafların kusuru olmaksızın ilk derece mahkemesi önünde sunulamayan iddia ve savunma sebeplerine ilişkindir. Burada yine ilk derece mahkemesinin ZPO § 139 çerçevesinde tarafları uyarmadığı itirazı konu edilmektedir. Mahkemeye ilişkin uyarı yükümlülükleri sürpriz kararları önlemek içindir¹⁰.

¹⁰ Federal Mahkeme 6. Hukuk Dairesi kararı için VersR 2010,1616.

3. Federal Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Federal Anayasa Mahkemesi 2005 yılında § 531/II/b3 hükmündeki sınırlamaya eğildi ve anılan düzenlemeyi yasal düzenleme olarak kabul edip, onun olay mahkemeleri tarafından somut biçimde uygulanmasına onay verdi¹¹.

Karara konu olan medeni yargıya ilişkin uyuşmazlığın konusu, davacının dört yıl önce aldığı evdeki rutubetin bodrumda yol açtığı zararlarıdır. Davacının satıcıya karşı açtığı davada başarılı olması, onun davacıya evi satarken bodrumun izolasyonun yetersiz olduğunu bildiğini ve bundan alıcıya kötüniyetli olarak haberdar etmediğini kanıtlanmasına bağlıdır. Burada davalının bodrumdaki suyu boşaltırken tanıklar tarafından görülüp görülmediğinin tespiti de önemlidir. İlk derece mahkemesi önünde dinlenen tanıklar, beyanları ile bu hususu kanıtlamamışlardır. Davacı, istinaf mahkemesi önünde, ilk derece mahkemesi önündeki aşamada da dinletebileceği başka tanıkları dinletmek istedi. Ancak onların dinlenmesi talebi istinaf mahkemesince reddedildi.

Federal Anayasa Mahkemesi, burada adaleti temin talebine ve iddia ve müdafaa hakkına bir aykırılık tespit etmedi. Anılan karara göre, (1) birden fazla derece mahkemesini hazır tutup tutmayacağı, (2) kanunyolu mahkemelerine hangi koşullar altında başvurulacağını ve (3) temyiz mahkemesinin inceleme yetkisinin düzenlenmesinde kanunkoyucu yetkilidir. Kanunkoyucunun düzenleme alanı, olay incelemesini sınırlama ve vurguyu hukuki kontrole indirgeme imkanını da kapsar.

ZPO 531/II/3 hükmü, bu açıdan bakıldığında, iddia ve savunma sebeplerinin ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmesini ve dinlenmesini ve bunların ikinci derece mahkemesinde dermeyanını sınırlamamaktadır; yasak, ilk derece mahkemesinde vakıanın ileri sürülmemesinin tarafın ihmalden kaynaklanması halinde söz konusu olmaktadır. Federal Mahkeme taraflardan sunumlarını toplu olarak ve zamanında, kanunyolu süresini uzatmaksızın yapmalarını beklemek suretiyle tarafların yargılamaya katkıda bulunma yükümlülüklerine vurgu yapmıştır.

Federal Anayasa Mahkemesi, ZPO § 531/II/3 hükmünün de ilk derece mahkemesince Anayasa'ya uygun biçimde uygulandığı fikrindeydi. Davacı sonradan dinletmek istediği tanıkları ilk derece mahkemesindeki tahkikattan sonra getirmişti. Ona yapılan suçlama, neden bu tanıklara ilk derece mahkemesi önündeki yargılamada başvurulmadığının gerekçesini ortaya koymamasıydı. Bununla davanın tarafına, şayet iddiasını onun bildiği ve ilk derece mahkemesi önünde ismini verdiği tanıkla doğrulamak istiyorsa, geniş bir araştırma yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır. Anayasa Hukuku açısından bu asgari standart kabul edilebilir niteliktedir. Burada medeni usul hukukuna ilişkin bir hakkın varlığı söz konusu değildir.

¹¹ Federal Anayasa Mahkemesi kararı için NJW 2005,1768.

Sonuç itibarıyla, delillerin ilk derece mahkemesi önünde belirtilmesi ve delil ikamesinin talep edilmesi zorunludur. Bu, hem tanık delili hem de bilirkişi delili bakımından geçerlidir¹². İlk derece mahkemesi önünde dermeyan edilen tanıktan feragat ise tehlikelidir. Böyle bir durum, delil ikamesi için davet edilen tanık gelmemişse ve bu delili ikame eden duruşmanın ertelenmesini davanın uzamaması için önlemek isterse, ortaya çıkabilir. Tanığa sonradan yeniden başvurulması ise, ZPO § 531/II/3'deki yeni vakıa getirme yasağına girer¹³.

IV. ZPO § 531 II 3 uyarınca Yeni Vakıa ve Delillere İzin Verilmesi

1. Kusurun Olmaması

Mevcut dava malzemesine ek yeni vakıa ve delillerin ikamesine, ancak istinaf mahkemesi önündeki geç getirme veya talepte bulunma ihmale (taraf kusuruna) dayanmıyorsa, izin verilmektedir. Kusurun olmaması halinde bu delilin dermeyanına izin verilmesi zorunludur, aksi takdirde, iddia ve savunma hakkı zarar görür¹⁴. Usuli ihmalden (kusurdan) kasıt, hafif kusurdur¹⁵. Taraf, özrünün gerekçelerini belirtmekle yükümlüdür.

İlk derece mahkemesi önünde bir delilin dermeyanından davada taktik kullanmak için bilinçli olarak kaçınmak, mahkemenin dava malzemesi üzerinde ne düşündüğünü anlamaya çalışmak ise kusurlu davranışlardır¹⁶.

Şayet taraflardan biri dinlettiği tanığın vakıayı ispat ettiğini düşünüyorsa, istisnai olarak ilk derece mahkemesi önünde listedeki diğer tanıklara başvurmasına gerek kalmadığı sonucuna varabilir; lakin bu durumda mahkemenin anılan delili yetersiz bulduğunu açıkça belli etmesi gerekir¹⁷.

Tarafın kendi açısından bilmediği vakıalarda ve dava arkadaşları ile birlikte ileri sürülen hayat olayını yeniden ele almaya gereksinim olmayan durumlarda ise, delillerin ibrazından bilinçli kaçınma veya başka delilleri araştırmada yetersiz kalmadan söz edilemez¹⁸.

¹² Bilirkişi delili için karşı: KG MDR 2010,345.

¹³ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,99.

¹⁴ Karşı: Federal Anayasa Mahkemesi 105, 279, 311=NJW 2002, 2626, 2631; Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011, 49, Tz.11.

¹⁵ KG MDR 2004, 1438; KG VersR 2010, 1471; Rostock Eyalet Mahkemesi OLGRep 2009, 215.

¹⁶ ¹⁶ Federal Mahkeme 4. Hukuk Dairesi VersR 2007, 373 Tz.9; Federal Mahkeme 6. Hukuk Dairesi VersR 2009,1683 Tz.3; Federal Mahkeme (Xa. Hukuk Dairesi) WM 2010, 2004 Tz.28.

¹⁷ Münih Eyalet Mahkemesi InstGE 8, 254.

¹⁸ Federal Mahkeme VersR 2009, 1683.

2. Delilin Daha Sonraki Evrede Ele Geçirilmesi

Birçok istinaf mahkemesi, sözlü yargılamanın bitiminden sonra delilin ele geçirilmesi durumunun tarafa, herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu delili istinaf mahkemesi önünde sunma hakkı verdiğini kabul etmektedir¹⁹. Ancak bu sorun tamamen çözüme kavuşmamıştır. Tarafı bilmediği vakıaları dermeyana zorlayan genel bir yükümlülük mevcut değildir²⁰. Yalnız mahkemeler bir delilin uygunluğundan şüphe ettiği durumlarda tarafı başka delilleri araştırmakla yükümlü tutmaktadırlar. Bu noktada, somut olaya göre mahkemeye ihtilafa yol açabilecek geniş bir takdir hakkı vardır.

3. Sonradan Oluşan Deliller

Farklı bir delil türü ise ilk derece mahkemesindeki sözlü duruşmanın bitmesinden sonra oluşan delillerdir. Bu konuda “*Simply the Best*” şeklindeki reklama ilişkin Federal Mahkeme kararına değinmek istiyorum.

Davanın tarafları, rekabet halindeki işletmelerdi; ürettikleri mallar ise ıslak tıraş bıçaklarıydı. Davanın konusu bu nitelikteki tıraş bıçaklarına yönelik aldatıcı reklamın yasaklanması idi. Reklamda tıraş bıçağı altın madalyayla birlikte gösterilmekte ve bu açıkça en iyi anlamındaki “*Simply the Best*” (*Einfach der Beste*) sloganıyla bütünleştirilmekteydi. Bir ürünün özelliklerine yönelik “*en iyi*” ifadesinin reklamda kullanılmasına ancak reklam yapmanın böyle bir üstün hizmetinin olması durumunda izin verilir.

Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi, anılan sloganı sloganın doğruluğunun davalı tarafça kanıtlanmadığı gerekçesiyle yasakladı. Davalı, istinaf dilekçesine Ürün Testleri Vakfı'nın yeni bir test sonucunu ekledi. Anılan vakıf, kamu kaynaklarına desteklenmekte ve karşılaştırmalı ürün testlere tüketicinin aydınlatılmasına hizmet etmektedir. Tıraş bıçağına ilişkin test ise, ancak ilk derece mahkemesinin kararından sonra yayımlanmıştı. Karşılaştırmanın galibi davalının tıraş bıçağı idi. Hamburg İstinaf Mahkemesi, istinaf talebini net olmayan bir gerekçeyle reddetti. Kararda, bu delilin göz önünde tutulması ZPO § 531/II/3 çerçevesinde reddolunmuştu; buna göre davalı reklamını, reklamın yapıldığı anda mevcut olan vakıalara dayandırmalıydı²¹. Federal Mahkeme, temyiz talebini kabul etti²². Karara göre, test sonucu, ilk derece mahkemesindeki sözlü duruşma sırasında elinde olmayan yeni bir delildi. ZPO § 531/II hükmü ise, ilk derece mahkemesindeki sözlü yargılama sonrasında oluşan delilleri kapsamamaktaydı.

¹⁹ Bu şekilde Zweibrücken Eyalet mahkemesi OLGRep 2003,34; Rostock Eyalet Mahkemesi OLGRep 2009,215. Aksi yönde: KG MDR 2003, 971 (bir tanığın adresine ulaşılması hakkında); Saarbrücken Eyalet Mahkemesi OLGRep 2003, 239.

²⁰ Federal Mahkeme (Xa. ZS) WM 2010, 2004 Tz.28.

²¹ Hamburg Eyalet Mahkemesi: OLGRep2009,781.

²² Federal Mahkeme NJW-RR 2010,1478=WRP 2010,880.

4. Talep Koşulunun Sonradan İleri Sürülmesi

Yüksek Mahkeme nezdinde, ZPO § 531/II/3 hükmünün maddi hukuka ilişkin bir talep şartının ilk derece mahkemesindeki yargılamadan sonra meydana geldiği ve bundan ötürü, ancak istinaf derecesinde ileri sürülebildiği durumlara uygulanıp, uygulanamayacağı sorusu cevaplandırılmamıştır. İnşaat davası örneğinden yola çıkabiliriz:

Bir binanın inşası eser sözleşmesi olarak nitelendirilir. Yüklenici (inşaat firması), incelenebilir nitelikte bir son hesap belgesi ibraz etmek zorundadır. Sözleşme açısından anılan belge sözleşme bedelini muaccel kılar. Son hesap belgesi yetersiz ise, yüklenici firma (=inşaat firması) istinaf dilekçesiyle birlikte dava ettiği talebi temellendiren titizce hazırlanmış yeni bir belge ibraz edebilir, bu yeni bir vakıa sayılır. Hesap belgesi ve buna dayalı dava malzemesi aslında daha titiz davranılmak suretiyle ilk derece mahkemesine verilebilirdi. Brandenburg Eyalet Mahkemesi, burada ZPO § 531 II 3 anlamında bir ihmalin olduğu sonucuna vardı²³. Ben bu görüşe katılmıyorum. Burada aslında davanın usuli bakımdan kötü yürütülmesi söz konusudur. Nitekim Federal Mahkeme de bu görüştedir²⁴.

Doktrinde ve içtihatlarda çok tartışmalı olan bir husus da, ihtilaflı olmayan vakıalara dayalı bir zamanaşımı definin ilk defa ikinci derece önünde ileri sürülüp sürülmeyeceğidir. Federal Mahkeme'nin dairelerince farklı kararlar verildiğinden sorun, buna izin veren Hukuk Genel Kurulu'nca çözüldü²⁵. Buna göre davaya bakan derece daha sonra başka bir sorunun çözümü için yeni bir delil ikamesi gerekiyorsa zamanaşımı def'inin göz önünde tutulabileceğine hükmetti²⁶. Somut olayda çözülmesi gereken diğer bir sorun alacağın varlığının henüz aydınlatılmaya muhtaç vakıalara bağlı olduğu hallerde bir ödeme emrinin gönderilmesiyle zamanaşımının kesilip kesilmediği hususudur ki, gerçek koşulların varlığının aydınlatılması buna bağlıdır.

Zamanaşımına ilişkin kararın gerekçesinde yeni usulün ve istinafin amacına ilişkin yorumlar yer almaktadır: İstinaf hâkimince olayın incelenmesi esas ve hukuki bakımdan kabul edilebilir ve adil bir karara yol açmalıdır²⁷. İstinaf mahkemesi, temeli taraflardan hiçbirinin sunmadığı vakıaya dayalı maddi bakımdan hatalı bir karar vermek zorunda bırakılmamalıdır.

V. İhtihatlarda Yeni Düzenlemelere Yönelik Sınırlamalar

Federal Mahkeme, kanunkoyucunun öngördüğü yeni istinaf mahkemesinin sadece hata kontrolü ve hatanın bertarafı ile yetineceğine ilişkin sınırlamasını²⁸ çeşitli kararları ile sınırlandırdı. Bunlardan yalnızca ihtilafsız vakıaların dermeyanı ile ilgili olanını ele alacağım.

1. Sözleşmelerin Yorumu

İstinaf mahkemesi bireyler arasındaki sözleşmeyi ikna olana kadar bütün yönleriyle ele alabilir. Hatta onu ikna etmeyen kabul edilebilir nitelikteki yorumların yerine uygun bulduğu yorumları koyabilir²⁹. Tanık tarafından doğrulanan bir irade beyanı yeniden dinlenmesine gerek olmaksızın farklı yorumlanabilir, bu, istinaf mahkemesinin olayları ilk derece mahkemesinden farklı yorumlamasına yol açma ve objektif bir açıklama değeri³⁰ muhatabın bakış açısı bakımından (Alman MK § 133,157) yapılırsa söz konusudur.

2. İhtilafsız Vakıaların Dermeyanı

Yalnız ihtilafli vakıalar için delil ikame edilmesi gerekir. Taraflar sundukları dilekçelerde bir vakıanın ihtilafsız olduğunu ortaya koymuşlarsa, ispata gerek kalmaz. Bir vakıa, ilk derece mahkemesinden istinaf mahkemesine aktarılırken de ihtilafsız hale gelebilir.

ZPO § 531/II hükmüne rağmen ihtilafsız yeni vakıalar istinaf mahkemesi nezdinde, bunların ileri sürülmesiyle hüküm için önemli hususlar değişse ve istinaf mahkemesi önünde yeniden delil ikamesi gerekse dahi, ileri sürülebilirler³¹.

Federal Mahkeme yeni sınırlayıcı hükümlerin sadece ihtilafli ve ispata muhtaç vakıalar bakımından geçerli olduğundan yola çıkmıştır. Buna karşı taraflar arasında ihtilafli olmayan yeni bir vakıanın dermeyanında ZPO § 531/II hükmü uygulanmaz. Bu karar biraz tartışmalı, ancak sempatik bir karardır. Federal Mahkeme, yerinde bir vakıa tespitine yönelik menfaatin ve maddi bakımdan doğru bir kararın önceliğini açıkça vurgulamıştır. Anılan amaç, maddi hukukun ilk derece mahkemesince uygulanmasının kontrolü ve hataların bertarafı biçimindeki kanun yolu incelemesinin işleviyle de örtüşmektedir.

Hatta Federal Mahkeme, ihtilafsız yeni vakıaların zorunlu kıldığı delil ikamesini de yapacak biçimde ileri gitmiştir³². İlk derece mahkemesi, bir müvekkilin mali danışmanına karşı hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan maddi tazminat talebi

²⁸ Resmi gerekçe bu yöndedir. BT-Drucks 14/4722, (n 4) 64.

²⁹ Federal Mahkeme (8.HD) 160,83 Tz.13 vd.=NJW 2004,2751

³⁰ Federal Mahkeme NJW 1998,384,385: Taraflardan birinin yönetim kurulu tarafından anonim şirkette istifasının istenmesi.

hakkında karar vermek zorundaydı. Zamanaşımından ötürü maddi tazminat talebi reddolunmuştu. İkinci derecede, mali müşavirin zamanaşımı definden feragat ettiği ihtilafsız hale gelmişti. Zamanaşımı definin etkisiz hale gelmesi sonucunda tazminat talebinin gerçek temellerinin aydınlatılması gerekmiştir.

Bunun tersi, yani hayat olayının ilk derece mahkemesi nezdinde ihtilafsız hale getirilmesi ve daha sonra istinaf mahkemesi nezdinde dermeyanı mümkün değildir; ZPO § 529/I/1 hükmünün bağlayıcı etkisi ilk derecenin ihtilafsız vakıalarına da yansıtılmaktadır³³.

VI. İlk Derecenin Tespitleriyle Bağlı Olmama

ZPO § 531/II hükmünün koşullarına uyulmak istenmiyorsa, ZPO § 529 hükmünün bağlayıcılığından kurtulunmalıdır. Bunun için ilk derece mahkemesinin vakia tespitinin doğruluğundan ve tamlığından şüphe edilmelidir. Bunun ne anlama geldiği konusuna gelince, Federal Mahkeme yeni tespitlere izin vermek suretiyle cömert kararlar vermektedir.

1. Usuli Hata Taşımaya Dahil Hatalı Olan Tespitlere Ait Somut Veriler

Temyiz mahkemesinde vakia tespitine müdahale, usuli bir hatanın ispatıyla mümkündür. İstinaf mahkemesine daha hafif koşullar getirilmiştir. Usuli hatanın varlığı, gerekli somut şüphe için aranmamaktadır. İlk derece mahkemesi usul hatası yapmaksızın vakia tespitinde bulunsa dahi, onun bu tespitleri, tespitlerin eksik ve yanlış olduğu konusunda somut veriler bulunduğu taktirde, bağlayıcı değildir³⁴. Bununla ZPO § 529/I hükmü hayat bulmaktadır.

İstinafa başvuran, delillerin değerlendirilmesi konusundaki somut endişelerini dile getirmeli ve istinaf mahkemesini ikna etmelidir. Yalnızca bu durumda delil ikamesi tekrarlanır. Buna karşı, istinafa başvuranın delil değerlendirilmesindeki sonucu iptali istenen karardan farklı biçimde değerlendirmesi, örneğin ilk derece mahkemesinin hâkiminin aksine tanığa inanmaması, yeterli değildir³⁵. İlk derece mahkemesi hâkiminin onun getirdiği delilleri nasıl değerlendireceği, delillerin serbestçe değerlendirmesi (ZPO § 286) ilkesi uyarınca kendi takdirindedir. Dinlediği tanıklar, bilirkişiler ve taraflar konusunda doğrudan şahsi kanaat elde eden ilk derecenin değerlendirmesinde istinaf hâkimi, delillerin değerlendirilmemesinden şüphe etmeyecektir. Değerlendirme konusunda şüphe, doğrudan hükümden doğabileceği gibi tutanaklar aracılığıyla da doğabilir³⁶.

³³ BGHZ (V. HD) 158,295,299 ve = NJW 2004,2152; BGH NJW 2010,376 Tz.9.

³⁴ BGHN (VIII.HD) 162,313 Tz.5-7 = NJW 2005,1583.

³⁵ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,99; KG OLGRep 2009,836; KG MDR 2010,345.

³⁶ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,89.

2. İstinaf Mahkemesi Aracılığıyla Yapılan Delil İkamemesinin Sonuçları

Eğer istinaf mahkemesi hâkimi iptali istenen hükümdeki vakıa tespitlerinden şüphelenirse, delilleri yeniden değerlendirmelidir. Bu her zaman olmasa da sıklıkla delil ikamesinin tekrarlanması anlamına gelir. Tekrarın nedeni delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesidir. Hatta Federal Anayasa Mahkemesi delil ikamesinin tekrarlanması zorunluluğuna ilişkin kurallara uyulmamasını iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görmektedir³⁷. Ancak ben burada Anayasa Hukuku bakımından yanlış bir hukuki nitelendirme olduğu kanaatindeyim.

a) İstinaf Mahkemesi Önünde İlk Derecenin Tanık Deliline Başvurması

Delil ikamesindeki doğrudanlık ilkesine uymak adına tanığın ikinci defa dinlenmesinin gerekip, gerekmediği içtihatlarla sık sık konu olan eski bir hukuk problemidir. Bu soruna çoğunlukla ilk derece mahkemesinde, şayet delil ikamesi ile son sözlü duruşma arasındaki dönemde hâkim değişikliği gerçekleşmiş ve yeni hâkim delil ikamesinin sonuçlarını yalnızca tutanaktan takip edebiliyor ise rastlanmaktadır. İstinaf hukuku reformundan sonra benzer düşüncelerle başka bir hâkimin delil değerlendirmesinden vakıa tespitinin ZPO § 529/I/1 uyarınca incelenmesinde sapabileceği gündeme gelmiştir³⁸. Burada geçerli olan esaslar istinaf reformu öncesinde uygulananlardır³⁹.

Tutanakla tespit edilmiş tanık beyanının tamlığından veya doğruluğundan şüphe edilmesi her zaman tanığın yeniden dinlenmesini gerektirmez. İstinaf mahkemesi, farklı biçimdeki değerlendirmesini tanık beyanının objektif ifade içeriği ile gerekçelendirebiliyorsa, bundan feragat edebilir. Ancak bu durumda, tanığın, ne temyiz kudreti, hafızası veya doğruluğu ne de ifadesinin yeterliliği ve çelişkiden yoksun olması gibi sebeplere dayanılabilir⁴⁰. İstinaf mahkemesinin vakıa tespitini onayladığı, fakat farklı hukuki sonuçlar çıkardığı bir durumda ise, beyanın farklı değerlendirmesi söz konusu değildir⁴¹.

Sürekli kullanılan formüle göre tanığın yeniden dinlenmesi yoluna şu durumlarda gidilmelidir; eğer istinaf mahkemesi tanık beyanına ilk derece mahkemesinden daha farklı bir ağırlık vermişse veya beyanına onun kelime anlamından daha farklı yorum vermek istiyorsa veya tutanaktaki şekliyle tanık beyanlarını çok kuru ve açıklanmaya muhtaç görüyorsa⁴². Aynı husus taraf isticvabı için de geçerlidir⁴³.

³⁷ Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011, 49.

³⁸ Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011,49.

³⁹ Federal Mahkeme VersR 2006,949 Tz.2.

⁴⁰ Federal Mahkeme NJW 2011,49 Tz.14; BGH NJW 1991,3285,3286; NJW 1998,2222,2223; NJW-RR 2009, 1291 Tz.s.

⁴¹ KG Rep2001,389.

⁴² BGH NJW 1984,2629; BGH NJW-RR 1989,380; NYW 1991,1183; NJW-RR 1991,829; NJW 1992,741 VD; NJW 1993,64,66 (bu haliyle BGHZ 119,283 değil); NJW 1993,668; NJW-RR 1993, 510; NJW 1996,663; NJW-RR 1998,1601,1602, NJW 1998,385 vd; NJW 1998,2222,2223; NJW 1999,363,364; NJW 1999,2972,2973; NJW-RR 2000,432,433; NJW 2000,1199-1200; NJW 2000,3718,3720; NJW-RR 2001,1430; NJW-RR 2002,1500; NJW-RR 2002,1649,1650; BGH Rep 2003,453; NJW-RR 2006,109-110; VersR 2006,949 Tz.2; NJW-RR 2009,1291; BAG NZA 1990,74.

⁴³ Federal Mahkeme NJW 1999,563,564.

Yine tanığın istinaf mahkemesince yeniden dinlenmesi tanığın beyanını ilk derece mahkemesinden farklı olarak inandırıcı bulmadığı durumlarda da zorunludur⁴⁴. Bu çerçevede birbiriyle çelişen ve ilk derece mahkemesince inanılmayan beyanlardan birine de yeniden dinlenmeksizin dayanılmamalıdır. Tanığın hafızası farklı değerlendirmeye tabi tutulacak ise, şahsi kanaat de önem taşır⁴⁵.

Yine ilk derece mahkemesinin yetersiz, yani şekli bir delil değerlendirmesi yaptığı ve inandırıcılığı değerlendirmesinde tanığın yarattığı etkinin önem taşıdığı durumlarda da aynı husus geçerlidir⁴⁶. Tanığın yeniden dinlenmesi zorunluluğu, tanık beyanının değerlendirme dışı bırakıldığı, fakat bu beyanın diğer emarelerin delil değerinden ayrı biçimde değerlendirilemediği durumlarda da ortadan kalkmamaktadır⁴⁷.

b) Bilirkişi Delili

aa) Bilirkişi Raporunun Doğruluğundan Şüphe Edilmesi

ZPO § 529/I/1 çerçevesinde istinaf mahkemesinin ilk derecenin vakia tespitleriyle bağlılığı, bilirkişi raporundaki tespitler için de söz konusudur⁴⁸. Bu bağlılık hükmüne esas alınan tespitlerin doğru ve yeterli olduğundan şüpheyi haklı kılacak somut noktaların olması halinde ortadan kalkmaktadır; böyle bir şüphe raporun yetersizliği halinde de doğar⁴⁹.

bb) Sınırlama: Bilirkişiyeye Başvurmanın İhmal Edilmiş Olması, Yeni Özel Uzman Raporu

İlk derece mahkemesinin bilirkişiyeye başvurmayı ihmal ettiği durumda bilirkişiyeye istinaf mahkemesi tarafından ancak ZPO § 531 çerçevesinde başvurulabilir. İlk derece mahkemesine sunulan rapora ilişkin olarak istinaf mahkemesi önünde yöneltilen talep, ZPO § 531/II/1/1 ve 2 hükmüne uygun olmalıdır, mesela ilk derece mahkemesinin resen bilirkişiyeye başvurusunun zorunlu olduğu (ZPO § 411/III)⁵⁰ durum veya bilirkişiyeye başvuru talebinin ilk derece mahkemesince haksız biçimde reddi halinde olduğu gibi⁵¹.

⁴⁴ Federal Mahkeme NJW 1991,3285 vd; NJW 1997,466 (Beyanın doğruluğunun objektif karinelere dayalı olarak reddi); Federal Mahkeme Rep 2002,391; BGH Rep 2005,671.

⁴⁵ Federal Mahkeme NJW 1984,2629

⁴⁶ Federal Mahkeme NJW-RR 2000,432,433= VersR 2000,227,228.

⁴⁷ Federal Mahkeme BGH Rep 2005,671.

⁴⁸ Federal Mahkeme VersR 2004,1575,1576.

⁴⁹ Federal Mahkeme VersR 2005,1555,1556, Bkz: ayrıca BGH NJW 2006,242,243.

⁵⁰ Federal Mahkeme NJW 2004,2828

⁵¹ Federal Mahkeme VersR 2005,1555.

1990 yılında getirilen ZPO § 411/IV/1 hükmü uyarınca rapora yönelik bütün itirazlar, talepler ve tamamlayıcı sorular belirli bir süre içinde yöneltilmelidir. Mahkeme, belirli bir süre tayin edebilir (§ 411/IV/2,1), sürenin dolmasından sonra § 296/I uyarınca talep reddolunur.

İstinaf mahkemesine sunulan ilk derece mahkemesince alınan bilirkişi raporundan farklı olan ve kendiliğinden aydınlatılması gereken özel uzman raporunun sunulmasına ZPO § 531/II/3 uyarınca izin verilebilir, ancak bunun için tarafın ispat yükü kurallarına göre ilk derecede bilirkişi deliline başvuru zorunluluğunun olmaması aranır⁵². İlk derecede sunulmuş makul sonuç çıkarılmaya müsait dava malzemesi içeren dilekçe, istinaf gerekçelendirme dilekçesinde yeni malzeme olarak nitelendirilmeksizin somutlaştırılabilir⁵³.

VII. Sonuç

1. Medeni yargılamada istinaf kanun yolu reformu, yeni vakıaların ve delillerin istinaf mahkemesine sunulmasını önemli ölçüde sınırlandırmış, ancak bu imkânı tamamen ortadan kaldırmamıştır. Vakıa tespiti, ilk derece mahkemesi önünde etraflı biçimde yapılmalıdır.

2. İlk derecede taraflar vakıaları etraflı biçimde sunmalıdır. Bunun yanı sıra bütün delillerini ikame etmelidirler. Ancak taraflar, hâkimin onların sundukları vakılardan hangi hukuki sonuçları çıkaracağını her zaman öngöremezler. Bu nedenle, objektif bakımdan gerekmediği halde fazla dava malzemesi getirebilir, yine taraflarca delillerin kalitesi de önceden bilinmeyeceğinden, taraflar için delil ikamesinin sonucu belirsizdir. Tanık listesinin sonradan verilmesi bazen geç sunulan malzeme olarak addedilebilir. Dolayısıyla yalnızca tanıkların bir kısmına dayanma bir yargılama riski oluşturur.

3. Vakıa tespitinin ilk derecede yoğunlaşmasından ötürü bir davadaki başarı veya savunma ağırlıklı olarak avukatların başarısına ve profesyonelliğine bağlıdır.

4. İlk derece mahkemesi hâkimi taraflarla yoğun bir diyalog kurmaya zorlanmaktadır. İlk derece yargılaması sırasında hâkimin aydınlatma yükümlülüğünü ihmal etmesi, ZPO § 139 hükmü uyarınca istinaf derecesinde itiraz nedenidir ve itirazın kabulü durumunda dava malzemesi tamamlanır.

5. Hangi çerçevede yeni vakıaların ve delillerin sunulmasına ilk derece mahkemesinin hatalı olmadığı durumlarda izin verileceği, istinaf hâkiminin tarafların usuli özen gösterme yükümlülüğüne (*prozessuale Sorgfalt der Parteien*) bakışına bağlıdır.

⁵² Karş: Federal Mahkeme VersR 2004,83,84 (Eski istinaf hukuku için); Federal Mahkeme VersR 2004,1177,1179 (Yeni istinaf hukuku için)

⁵³ Federal Mahkeme VersR 2004,1177,1179.

