

**FAKS YOLUYLA YAPILAN İSTİNAF BAŞVURUSUNUN NE
ZAMAN YAPILDIĞI KONUSU İLE İLGİLİ BİR ALMAN FEDERAL
MAHKEME KARARININ TERCÜMESİ¹**

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN*

Karar Tarihi: 25.04.2006

Karar No: IV ZB 20/95

Kararı Veren Daire: IV ZS Beschluss²

Faks yoluyla gönderilen istinaf dilekçesinin süresinde ulaşıp ulaşmadığının tespiti, sadece gönderilen sinyallerin istinaf süresinin geçmesinden önce mahkemenin faks aleti tarafından tamamen belleğe alınıp (kaydedilip) alınmadığına bağlıdır.

aa) Eyalet Yüksek Mahkemesi³, yerleşmiş Federal Mahkeme Kararları ile öğretideki hâkim görüşe uygun olarak, faks yoluyla gönderilen bir

¹ Karar Metni için bkz., FamRZ 2006/16, s. 1193 vd. Bu arada karar dergiden alındığı için, kararın başlangıcındaki şekli bilgilere yer verilmeyip (dergide yapıldığı gibi) doğrudan kararın metninin tercümesine geçilmiştir. Kararın tümü için bkz., <http://bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>.

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

² Alman Federal Mahkemesi kararlarını yaptıkları incelemeye göre iki bölüme ayırmak mümkündür. Yüksek Mahkeme ilk olarak, temyiz talebinin mesmu (kabule şayan) olup olmadığı (Zulässigkeit) konusunda inceleme yapar. Mahkeme, temyiz talebinin mesmu olmadığını saptarsa (zamanında yapılmaması veya gerekçelendirilmiş olmaması gibi sebeplerle), talebi reddeder. Bu ret kararını sözlü yargılama yaparak veya yapmayarak verebilir. Yüksek Mahkeme sözlü yargılama yapmadan kararını verirse, bu karar “Beschluss” dur. Buna karşılık, sözlü yargılama yaptıktan sonra kararını verecek olursa, bu kararı “Urteil” dir.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme temyiz talebini mesmu görürse, bu sefer talebin haklı olup olmadığı konusunda (Begründetheit) inceleme yapmaya başlar. Yüksek Mahkeme talebi yerinde bulursa, ya hüküm bozup alt derece mahkemesine geri gönderir (die Zurückverweisung) veya uyuşmazlık hakkında kendisi karar verir (Eigene Sachentscheidung) (Bkz., **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl, Heinz, Gottwald, Peter**, Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage, München 2004, § 144 Nr. 1 vd.).

Bizim burada incelediğimiz Federal Mahkeme Kararı da “Beschluss”dur. Bu kavram, usule ilişkin karar şeklinde tercüme edilebilir. Ancak biz burada geçen “Beschluss” kavramlarını aynen vermeyi uygun bulduk.

³ Bu mahkeme Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesidir.

dilekçenin, kural olarak mahkemenin faksından onun çıktısının tamamen alınmasından sonra mahkemeye ulaşmış sayılacağını kabul etmiştir (BGH 4.5.1994 - XII ZB 21/94-, FamRZ 1994, 1098 = NJW 1994, 2097; 10.04.194 – VI ZB 3/94-, NJW 1994, 1881; 12.12.1990 – XII ZB 64/90-, FamRZ 1991, 548 = VersR 1991, 894) telgraf için krş., BGHZ 105, 40, 42 vd..45 = FamRZ 1988, 1142; BGHZ 101, 276, 279 vd.; krş. ayrıca, BGH, Urteil 7.12.1994 – VIII ZR 153/93-, FamRZ 1995, 552 = NJW 1995, 665, aşağıda II. 3. b) bb) aaa); Albers. in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., §519 Rz. 22; MünchKomm/Feiber, ZPO, 2. Aufl. § 233 Rz. 104; Gerken, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. §519 Rz. 20; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 130 Rz. 56; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. §129 Rz. 12; Zimmermann, ZPO, 7. Aufl., §519 Rz. 8; şu kararlarda ise konu hakkında karar verilmemiştir: BGH Beschluss 24.7.2003 – VII ZB 8/03-, FamRZ 2003, 1830 = NJW 2003, 3487, aşağıda II. 2. b).

Ancak, gelen sinyallerin hiç veya hemen (tam) alınamamasının, faks aletinin bozuk olmasından veya yanlış kullanımından kaynaklandığı konusunda yeteri kadar belirti varsa, bu kuralın istisnası kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, mahkemenin faks aleti gelen sinyali almasına rağmen, arıza veya çalışmaya hazır tutulmaması gibi mahkemeden kaynaklanan nedenlerden dolayı dilekçe okunamıyor veya çıktı tam ve okunaklı alınamıyorsa, hukuk devleti ile güvenin korunması ilkeleri gereği, cihazın düzenli bir şekilde dilekçeyi aldığı ve çıktısını verdiği ve bu şekilde dilekçenin mahkemenin hâkimiyet alanına girdiği kabul edilmelidir (BGH, Bschlüsse 4.5.1994, yukarıda verilen tarih ve sayı numaralı karar; 19.4.1994 yukarıda verilen tarih ve sayı numaralı karar, aşağıda II. 2. a) ve b); 12.12.1990 yukarıda verilen tarih ve sayı numarası karar; BGHZ 105, 40, 42 vd.; BGH, Urteil 14.3.2001 – XII ZR 51/99-, NJW 2001, 1581, aşağıda 2. b); krş. ayrıca BGH, Urteil 7.12.194 yukarıda tarih ve numarası verilen karar; BGH, Beschluss 23.11.2004 – XI ZB 4/04-, FamRZ 2005, 434 = NJW-RR 2005, 434, aşağıda II. 2.; Albers age ve yer; Ball, age ve yer; Gerken, age ve yer; Reichold age ve yer; Zimmermann, age ve yer).

Bu (yukarıdaki) olaylarda, süresinden önce mahkemenin faks aleti tarafından tamamen belleğe alınan dilekçenin zamanında verildiği kabul edilmiştir.

bb) Federal Mahkeme 5. Ceza Dairesi, 9.11.2004 tarihli kararında (Beschluss) bu içtihattan ayrılmış değildir. Adı geçen daire, Hamburg asliye mahkemesinin bir kararını Federal Başsavcının talebindeki gerekçelere dayanarak kaldırmıştır. Federal Başsavcılık önce faks yoluyla gönderilen kanun yolunun gerekçelendirilmesine ilişkin dilekçenin kural olarak mahkemenin faks aletinden çıktığı anda mahkemeye ulaşmış sayılacağını ortaya koymuştur. Ancak, mahkeme, aynı zamanda somut olayda davalı taraftan faks yoluyla gönderilen 342 sayfalık temyiz gerekçelerine ilişkin dilekçesinin sürenin son

gününde mahkemenin faks aletindeki kaydediciye kaydolmasından sonra (dilekçenin 90 sayfasından itibaren olan kısmı ancak bir sonraki günde faks aletlerinde kâğıt ikmali yapıldıktan sonra tamamlanabilmiştir), bu dilekçenin süresinde yapılmış olduğuna da karar vermiştir. Mahkemeye göre yoğun kâğıt trafiği olayından farklı olarak, faks cihazında kâğıt kalmaması durumu teknik bir arıza olmamakla birlikte, süresinde mahkemenin hâkimiyet alanına giren dilekçenin mahkemeden kaynaklanan bir durumdan dolayı gecikmesi söz konusudur (Federal Başsavcılığının 2.9.2004 tarihli dilekçesi – 5 Str 380/04-, s. 2 vd.; BVerfG, NNJW 1986, 244= BVerfGE 69, 381, 385 vd. kararlarına işaretlerle; krş. ayrıca Maul, in: Karlsruhe Kommentar zur StPO, 5. Aufl., § 43 Rz. 19; Meyer-Gessner, StPO, 48. Aufl., Vor § 42 Rz. 18; Pfeiffet, StPO, 5. Aufl., § 43 Rz. 2).

cc) Federal Mahkemenin görüşü Federal Finans Mahkemesi (Bundesfinanzhof) tarafından da paylaşıldı. Federal Finans Mahkemesine göre de, mahkemeye faks yoluyla gönderilen bir dilekçe, çıktı alımının faks cihazının fonksiyonlarından veya kullanımındaki hatadan dolayı gecikmiş olmaması şartıyla, faks aletinden çıktı tamamen alındığı zaman mahkemeye ulaşmış sayılır (BFH/NV 2004, 519 vd.; BFH/NV 2004, 358; BFH/NV 1992, 532 vd.; krş. ayrıca BFHE 186, 491, 492 vd.). Ancak Federal Finans Mahkemesinin kararlarına konu olan olaylarda, sadece çıktı alımı değil, aynı zamanda karşı taraftan gelen sinyallerin de faksın belleğine tam olarak alınması süre geçtikten sonra gerçekleşmiştir. Bu nedenle, Mahkemenin bu kararlarını buradaki karara konu olan olaya dayandırmak mümkün değildir.

dd) Buna karşılık Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG, NJW 1996, 2587, aşağıda B I) ve Federal İş Mahkemesi teknik bir arıza veya kullanım hatasına dışında kalan gecikmeli çıktı alımlarında da bunların mahkemeye zamanında ulaşip ulaşmadığını, sadece gönderici sinyallerinin süresinde faks aleti tarafından kaydedilip edilmediğine bağlamaktadırlar. Kaydedilen sinyallerden çıktı alınmasının süre geçtikten sonra olması önemli görülmemiştir. Bu görüş de öğretilerde (Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. § 167 Rz. 9; Gummer/Hessler, ZPO, 25. Aufl., § 519 Rd. 18 d.; von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 3. Aufl., § 57 Rz. 16) savunulmuştur.

ee) Daire sonuncu görüşe öncelik vermiştir.

aaa) Çıktının alındığı tarihi ölçü alan içtihatlar iletişim alanında meydana gelen gelişmeler karşısında artık haklılığını yitirmiştir. Bu düşünce, tarafların sürenin geçmemesi için teleks kullandıkları iki tane davaya dayanmaktadır (BGHZ 101 276 vd.; 105, 40 vd.). Bu iletişim araçlarıyla, hak arayan vatandaşlara belli bir süre içinde verilmesi gereken dilekçelerini sinyal yardımıyla daha hızlı ve kural olarak daha güvenli bir yol ile resmi makamlara ve mahkemeye ulaştırma imkânı verilmiştir. Bu şekilde gönderilen bu bilgiler bu

kurumlara aynı anda ulaşacak ve ulaştığı gibi çıktısı alınabilecektir (BGHZ 105, 40, 42).

Günümüzdeki faks aletleri açısından artık her zaman “kayıt” ve “çıkıtı” aynı zamanda gerçekleşmeyebilir. Bu aletler genelde farklı kayıt ayarlarına sahiptirler ve kullanıcıya göre bunlar farklı şekilde programlanabilir. Örneğin bunlar, kayıtların geldiği sırada değil de, gelen kayıt tamamen bittikten sonra çıkıtı alınacak şekilde ayarlanabilir. Yapılan ayarlama göre faks aleti bilgilerin tamamen kayıt edilmesinden sonra çıkıtı vermeye başlayabilir veya faksın aletin belleğine göre, önce yüzlerce sayfa bellek tarafından kayıt altına alındıktan sonra, saatler sonra, hatta ertesi gün çıkıtı alınabilir. Uygulamada bazı mahkemeler bu yolu benimsemişlerdir. Örneğin Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi gece gelen faks iletilerinin çıkıtlarını hep ertesi gün almaktadır (krş. BGH, Beschluss 17.5.2004 – II ZB 22/03-, FamRZ 2004 1276 = NJW 2004, 2525, aşağıda II. 1). Bu uygulama oldukça yerindedir. Çünkü, böylelikle, saatlerce faksın kesilmesi ile göndermenin tekrarlanmasını gerektirebilecek faks yoğunluğunun (krş. BGH, Beschluss 23.11.2004 – XI ZB 4/04-, FamRZ 2005, 434= NJW-RR 435 vd.; daire kararı⁴ 2.10.1991 – IV ZR 68/91-, FamRZ 1992, 296 = NJW 992, 244 vd.) saatlerce fark edilmemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Çıkıtı alımının bu şekilde bilerek geciktirilmesinin taraf aleyhine kullanılamayacağı açıktır (krş. BGH, Beschluss 17.5.2004 yukarıda anılan karar). Mahkemeler kendilerine ulaşan kayıtların çıkıtlarını alma zamanını kendi ihtiyaçlarına göre değişik şekillerde belirleyebilme imkânına sahip olduklarından, faks yoluyla gönderilen belgelerin süresinde veya geç mahkemeye ulaştığı sorusu ile ilgili olarak, artık bu belgelerin çıkıtlarının alındığı tarihin değil de, bu belgelere ait sinyallerin mahkeme faksı tarafından tam olarak algılandığı (kaydedildiği) zamanı almak daha uygundur. Bu zaman (karşı taraftan gelen sinyallerin faks tarafından belleğe kaydedildiği zaman), Alman Telekom’un ayrıntılı bağlantı raporu hizmeti sayesinde herhalde güvenilir bir şekilde tespit edilir (Bu hizmetin, aksi ortaya konulmadığı için, Saat Ayarlanmasına İlişkin Kanuna -Gesetz über Zeitbestimmung- göre ayarlandığı kabul edilir –BGH, Beschluss 24.7.2003, age. II. 2. c-). Bu tespit, söz konusu olayda olduğu gibi, bazen zamanı bile tam olarak tespit edilemeyen çıkıtı zamanı ile farklılık gösterebilir.

bbb) Bu husus Medeni Usul Kanunu (ZPO) tarafından da göz önünde bulundurulmuş teknik gelişmelere uygundur. 1.8.2001 tarihinden beri Medeni Usul Kanunu’nun 130a maddesi, Federal Hükümet ile Eyalet Hükümetlerine mahkemelerdeki yazışmalarda elektronik bilgilerin kullanılması imkânını veriyor. Medeni Usul Kanunu’nun 130a maddesinin üçüncü fıkrasına göre,

⁴ Daire kararı (Senatsurteil) ile kastedilen, tercümesini yaptığımız kararı veren IV. Hukuk Dairesinin kendi kararıdır.

elektronik yollardan gelen belgeler mahkemede bulunan bir cihaz tarafından kaydedildiği anda, o belgeler mahkemeye ulaşmış sayılır. Kanun koyucunun iradesine göre, bu konuda geçerli olması gereken zaman, gönderilen belgelerin çıktısının alındığı zaman değil, aksine bunların cihaza kaydedildiği zamandır (BT-Drucks. 14/4987, s. 24; Greger, yuk. age, § 130a Rz. 6; Musielak/Stadler, ZPO, 4. Aufl., § 130a Rz. 5).

Gerçi, bu konuda hâkim olan görüşe göre (Daestner, NJW 2001 3469 vd.; Leipold age. § 130a Rz. 5; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 63. Aufl., § 129 Rz. 44 §130a Rz. 1; Greger, age. Rz. 2; aksi görüşte MünchKomm/Peters, ZPO, 2. Aufl., § 130a Rz. 2), Medeni Usul Kanununun 130a maddesi faks ve bilgisayar faksları hakkında uygulanmaz. Çünkü, bu hükmün getirildiği 2001 yılından önce mahkemeler zaten bu aletleri kullanıyorlardı ve kanun koyucunun zaten kullanılan cihazlar için bir düzenleme yapması veya onları sınırlaması söz konusu olmaz (Daestner, age ve yer). Bu nedenle, bu görüşe göre, bu hüküm, elektronik mektup (e-Mail) gibi kayıtları ve kullanımları ayrı bir teknik ve organizasyon hazırlığı gerektiren elektronik belgeleri kapsamaktadır (BT-Drucks. 14/5561, s. 20). Ancak, tele faks ve bilgisayar faksının da elektronik yollarla belge gönderdikleri; dolayısıyla bu şekilde gönderilenlerin de geniş anlamda elektronik belge olduklarına dikkat edilmelidir (krş. BT-Drucks. 14/4987, s. 19; BT-Drucks. 14/5561, age. ve yer; GmS-OGB, BGHZ 144, 160 vd.; BGH, Urteil 10.5.2005 – XI ZR 128/04-, FamRZ 2005, 1241 = NJW 2005, 2086 vd.).

Bu bilgiler doğrultusunda, başvurunun zamanında yapıлып yapılmadığının tespiti konusunda, elektronik mektup ile gönderilen belgelerde bunların mahkemenin yazı işlerindeki bilgisayardan çıktılarının alındığı zamanda değil de, mahkemenin cihazına kaydedildiği tarih esas alınırken, faks yoluyla gönderilenlerde kural olarak bunların çıktılarının alındığı tarihi esas almak kabul edilebilecek bir şey değildir.

ccc) Mahkemenin verilen dilekçenin içeriğini ancak bu dilekçelerin çıktılarının alınmasından sonra bilgi sahibi olduğu bir gerçektir (BGH, Beschluss 4.5.1994, age.ve yer); aşa. II. 2.). Aynı şekilde, gelen bilgilerin elektronik ortamda faks aletinde kayda alınması yazılı şeklin (krş. § 130 Nr. 6 ZPO) yerine geçemeyeceği de doğrudur (doğru olarak Gerken, age. ve yer). Ancak bunlar, mahkemeye yapılan başvurular açısından, mahkeme faksındaki bilgilerin çıktısının alındığı anı geçerli kabul etmek için yeterli sebep olamazlar.

(1) Cihazın bozuk olması, başka bir ifade ile mahkemenin faks cihazının fonksiyonlarında bir hata olması veya yanlış kullanımdan dolayı çıktı alınması gecikmişse, bu düşünceler hukuk devleti ve güvenin korunması ilkelerinden dolayı zaten geçerliliklerini kaybetmişlerdi (BGH, Beschluss 4.5.1994 age. ve yer; BGHZ 105, 40, 50).

Faks Yoluyla Yapılan İstinaf Başvurusunun Ne Zaman Yapıldığı Konusu

(2) Aslında normal durumlarda mahkemeye bir posta kutusu tahsis edilmişse, mahkeme bu posta kutularına gelen dilekçelerin içeriğini hemen öğrenmez. Mahkemenin dilekçenin içeriğini öğrenebilmesi ve bu dilekçenin şekli şartlara (§130 Nr. 6 ZPO) uygun olup olmadığını inceleyebilmesi için, dilekçenin önce posta kutusundan alınması ve sonra zarftan çıkartılması gerekir. Buna rağmen, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının tespitinde, dilekçenin süresinde mahkemenin posta kutusuna atılması yeterli görülmüştür (BGHZ 80, 62, 63 vd.; BGH, Beschluss, 21.6.2204 – II ZB 18/03 -, FamRZ 2004, 1480 = NJW-RR 2005, 75 a. II. 2.).

Dilekçenin posta kutusundan alınması ve zarfın içinden çıkarılması, mahkemenin dilekçe üzerinde işlem yapmaya devam etmesidir. Aynı şekilde, mahkemenin faks cihazı da posta kutusu olarak algılanılmalı çıktı alma işlemi de mahkemenin bu posta kutusundan (faksın belleğinden) belge alması gibi algılanmalı mahkemenin bir iç işlemi olarak kabul edilmelidir (krş. Gummer/Hessler, age. ve yer).

Federal Mahkemenin daireleri kendilerine sorulması üzerine, bir muhtemel karşı içtihatla ısrar etmeyeceklerini bildirdiler⁵.

⁵ Tercümesi yapılan kararda IV. Hukuk Dairesi, Federal Mahkemenin bazı daireleri tarafında daha önce verilen kararlardan farklı bir sonuca vardığı için, onlara, bu yeni ve kendi eski içtihatlarından farklı olan görüşü kabul edip etmeyecekleri sorulmuş ve bu daireler eski görüşlerinde ısrar etmeyeceklerini bildirmişlerdir.