

Medeni Yargılamada Yeni Kanun Yolu Hukuku İstinaf Derecesi ve Somut Olay Adaleti* **

*Neues Rechtsmittelrecht
im Zivilprozess-Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit*

Prof. Dr. Herbert Roth***

Çev.: Araş. Gör. Cenk Akil****

ÖZET

2002 tarihli Medeni Yargı Reform Kanunu istinaf sebeplerini yeniden düzenlemiş ve istinaf mahkemesinin yaptığı kontrolün kapsamını daraltmıştır. Alman Temyiz Mahkemesi dikkat çeken bir dizi kararında istinaf ve temyiz farklı fonksiyonlarını vurgulamış ve istinaf mahkemesinin vakta mahkemesi özelliğine değinmiştir. İstinaf mahkemesi için hala maddi bakımdan doğru karar verilmesini sağlama görevi ön plandadır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Yargılama Hukuku, Reform Kanunu, kanun yolu, temyiz, istinaf.

ABSTRACT

The Reform Code of Civil Procedure dated 2002 has rearranged the reasons of appeal and restricted the scope of supervision that the Court of Appeal makes. The Federal Court of Justice has emphasized the different functions of appeal and cassation and mentioned the Court of Appeals' feature of being a trial court in its a range of conspicuous decisions. The duty of enabling to render a judgement according to material fact is still at the forefront for the Court of Appeals.

Keywords: Civil Procedure Law, The Reform Code, appeal, cassation, appeal from first instance.

* Bu makale tercümesi hakem incelemesinden geçmiştir.

** 27.1.2005 tarihinde *Goslar*'da gerçekleştirilen 43. Trafik Mahkemeleri Gününde sunulan tebliğ. Tebliğ için bkz. JZ 4/2005 s. 174 vd. Bu tercüme, makalenin yazarı Prof. Dr. Herbert Roth'tan alınan izinle yapılmış ve yayımlanmıştır.

*** Regensburg Üniversitesi.

**** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

2002 tarihli Medeni Yargı Reform Kanunu istinaf sebeplerini yeniden düzenlemiş ve istinaf mahkemesinin yaptığı kontrolün kapsamını daraltmıştır. Alman Temyiz Mahkemesi dikkat çeken bir dizi kararında istinaf ve temyiz farklı fonksiyonlarını vurgulamış ve istinaf mahkemesinin vakia mahkemesi özelliğine değinmiştir. Çalışma bu kararlardan çıkan hukukî sonuçları araştırmaktadır.

I.Mevcut Durum

Kanun koyucu, Reform Kanunu¹ ile istinaf mahkemelerini bugüne kadar ikinci bir vakia mahkemesi ve istinaf derecesini de ilk derecenin devamı olarak gören anlayıştan (eski AMUK m. 525) ayrılarak bu konuda yeni bir düzenlemeye gitmiştir. Bugün, bir hukuki çare olarak istinaf, kural olarak, ilk derece mahkemesinin vakia tespitlerine bağlı olmak kaydıyla onun hatalarının kontrolü ve giderilmesi görevini üstlenmiştir (AMUK m. 513, I, 529)². Yeni anlayışa rağmen ya da ondan dolayı AMUK m. 513’de düzenlenen iki istinaf sebebi ve onunla bağlantılı olarak AMUK m. 529’da düzenlenen istinaf mahkemesinin kontrol kapsamı, istinaf avukatları ve hâkimler için sorun teşkil etmiştir. Problemin kaynağında, istinafın fonksiyonunun temyizinkine ne ölçüde yaklaştığı ya da istinaf ile temyiz farkının halen önemini koruyup korumadığının tespiti bulunmaktadır. İstinafın gelecekte de öncelikle somut olay adaletini mi gerçekleştireceği yoksa temyize benzetilmek suretiyle bu amacın ikinci plânda mı kalacağı istinafın fonksiyonunun tespitine bağlıdır.

1. İçtihatlardaki Eğilim

Alman Temyiz Mahkemesi’nin son içtihadı³ ile yeni istinaf anlayışının sınırları çizilmek zorunda kalındı⁴. Bu içtihat, her şeyden önce, sunumunda tartışma misali olarak vazife görecek trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davası için büyük öneme sahiptir⁵. Konuyu basitleştirmek için içtihatlarda beliren iki eğilim birbirinden ayrılmalıdır:

- 1 27.7.2001 tarihli Kanun. Bkz. BGBl.1, S. 1887. Kanun esas olarak 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 2 Hükümet Taslağı Gerekçesi. Bkz. BT-Dr. 14/4722, S. 64, 65, 94. Önceki Reform tartışmalarında bu konuda geniş ölçüde görüş birliği sağlandı, diğer gerekçelerle birlikte örneğin *H. Roth JZ* 1996, 805, 808 vd.
- 3 Temyiz Mahkemesinin temel öneme sahip kararı için bkz. NJW 2004, 1876 (istinaf mahkemesinin kontrol görevinin kapsamı); 2004, 2751 (ferdi (bireysel) sözleşmenin ilk derece mahkemesi tarafından yorumunun kontrolü); 2004, 2825 (Maddi vakianın tespitinde ilk derece mahkemesinin hatası); 2004, 2828 (ilk derece mahkemesinin hatalı ispat ölçütü); 2004, 1458 (yeni vakia beyanlarına verilen iznin temyiz edilebilirliği). Konuya genel bir bakış için bkz. *Gaier NJW* 2004, 2041; *Gehrlein MDR* 2004, 661.
- 4 Son derece eleştirel, fakat pozitif hukuku farklı hukuk politikası düşünceleriyle harmanlamış, *Greger JZ* 2004, 805, 811; istinaf ile temyiz farkının vurgulanmasına karşı ve istinafın temyize yaklaştırılmasına taraftar: *Musielak / Ball, ZPO*, 4. Aufl. 2005, § 529 Kn.1 ve çeşitli yerlerde; *Lechner NJW* 2004, 3593, 3599 kanun koyucuya çağrı.
- 5 Bu konuda daha önce: *Rixecker NJW* 2004, 705.

Kararların bir kısmı kanun koyucunun istinaf yargılamasında usul ekonomisini sağlamak konusundaki aşırı beklentisini aşağı çekmiştir. Böylelikle, yargı uygulamasında o zamana kadar mevcut olan ve kanun yollarında yapılan reform ile ilk etapta Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin iş yüklerinin hafifletilmesinin amaçlandığı yönündeki yanlış anlayış reddedilmiştir (aşağıda II numaralı başlık altında)

İkinci karar grubu ise istinaf mahkemesinin fonksiyonunun doğru algılanmasına ilişkindir. Temyiz Mahkemesi'nin takdire şayan görüşüne göre, istinaf mahkemesi, reformdan sonra da -sınırlı da olsa- vakıa derecesi olup temyiz görevi görmemektedir⁶. Bundan dolayı istinaf mahkemeleri öncelikle somut olay adaletini gerçekleştirmekle yükümlü olup, temyiz kanun yolunun önde gelen amaçlarıyla sınırlandırılmış değildir. Bu, bazı olay grupları için, pek çok Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin sınırlayıcı kararlarına karşın, istinaf mahkemelerinin inceleme yetkisini genişletici niteliktedir. Bu konuya daha sonra yeniden değineceğim (aşağıda III numaralı başlık altında).

Reform İhtiyacı

Kanun koyucunun hedefleri hakkında birkaç söz söylemek gerekirse: Bir yandan kontrolsüz biçimde istinaf mahkemesinin fonksiyonu elinden alınır ve öte yandan daire prensibiyle tartışmasız biçimde bağlı bulunan karar kalitesi düşürülürse istinaf mahkemesinin hukuk ve vakıa kontrolü zayıflatılmış olunur. Bundan dolayı, kanun koyucu, *Bonn* şehrinde gerçekleştirilen 65. Alman Hukukçular Günü'nde alınan kararları bu konuya ilişkin olarak detaylı biçimde değerlendirmesi gerekirdi. Bu, hem açıkça temelsiz (gerekçesiz) istinaf başvurularının -yeknesak (standart) biçimde uygulanmayan- oybirliğiyle reddine ilişkin kararların (AMUK m. 522, II) iptaline imkân sağlanması suretiyle sınırlandırılmasına yönelik öneri hem de istinaf derecesinde tek hâkimin karar vermesini sağlayan düzenlemenin (AMUK m. 526) iptali bakımından yapılmalıydı⁷. İstinaf mahkemesi kararını anlaşılır kılmak için ilk derece mahkemesi kararına atıf zorunluluğu getiren (AMUK m. 540) dava konusu vakıaların ve karardaki gerekçelerin verilmesi suretiyle istinaf mahkemesi hükmünün içeriğinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemenin isabetli olduğu da fiilen kanıtlanamamıştır⁸.

6 Esas olarak: *BGH* NJW 2004, 2751; 2004, 1458, 1459 (hiçbir şekilde tam vakıa derecesi değil); *Vorwerk* NJW-Sonderheft 2003, 4 zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion.

7 65. Alman Hukukçular Günü Kararları (Bonn 2004), A. Yargılama Hukuku Kısmı, TOP 12.2., 12.3., 13.1; NJW 2004, 3241 vd. (karş. *Bormann*, Tagungsbericht, JZ 2005, 178 vd., bu sayıda). Çok daha önce *Debusmann*'ın önerileri: *Verhandlungen des 65. DJT, Berichte A* (2004), S. 43, 46 vd; aynı şekilde: *Gottwald: Festschrift für Beys*, 2003, S. 447, 452. 25.1.2004 tarihinde gerçekleştirilen adalet bakanları konferansının fonksiyonel iki derecelilik hakkındaki üzerinde iyice düşünülp taşınılmamış (ham) kararı, buna göre ilk derece mahkemesi kararına karşı ilke olarak sadece bir kanun yolu öngörülmelidir (NJW 51/2004, XXXVI), bu kararın kendisi aydınlatılmaya muhtaçtır.

8 65. Alman Hukukçular Günü Kararları (Bonn 2004 (dn. 7), TOP 14; daha sert (katı) talepler için ayrıca bkz. *BGH* MDR 2003, 1128; daha fazlası için: *Fellner* MDR 2004, 981.

II. Bizatihi Bir Amaç Olmayarak İş Yükünün Hafifletilmesi

Yukarıda zikredilen içtihatların istinaf mahkemelerinin iş yüklerinin azaltılmasına yönelik beklentisine değinilen eğilim ışığında kısaca göz atmak yeterli olacaktır. Çünkü bu kısım sadece trafik davalarından kaynaklanan özel güçlüklerle yakından ilgilidir.

1. İlk Derece Yargılamasının Dava Malzemesi

Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararla⁹ ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine yönelik olarak en sık dile getirilen delil ya da vakıa dermeyanının gözden kaçırıldığı yönünde en çok rastlanan itiraz konusuna ilk kez değindi. Temyiz Mahkemesi için öngörülenden (AMUK m. 559, I) farklı olarak, istinaf mahkemesinin değerlendirmesi, sadece tarafların ilk derece mahkemesi hükmünden ya da tutanaklarından çıkarılan beyanlarına tâbi değildir. Aksine caiz bir kanun yolu başvurusu sonucunda, dava dosyasından ilk derece yargılaması sırasında getirildiği anlaşılan tüm dava malzemesi doğrudan doğruya istinaf derecesine aktarılmaktadır¹⁰. Bağlayıcı olmayan kanun gerekçesinde¹¹ileri sürülenin aksine istinaf mahkemesi, dava dosyasının tümünü resen incelemek zorundadır. İstinaf mahkemesi, sadece böylelikle AMUK m. 513, I/2, 529, I/1'de hükme bağlanmış bulunan ödevini ifa etmiş sayılabilir ve vakıa tespitlerinin doğruluğu ve tamlığını şüpheye¹² düşürecek somut dayanak noktalarının¹³ ileri sürülmesi üzerine ilk derece mahkemesi hükmünü inceleyip muhtemel hataları giderebilir.

Kaldı ki, bu inceleme, AMUK m. 520, III c. 2/3 uyarınca özel bir itirazın ileri sürülmesini değil; salt caiz bir istinaf başvurusunun yapılmasını şart koşturmaktadır. Bunun için sadece AMUK m. 520, III c. 2, Nr.2-4'de zikredilen istinaf sebeplerinin usulüne uygun biçimde ileri sürülmesi yeterlidir¹⁴. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin delil takdirinin (değerlendirmesinin)¹⁵ kontrolü anlamında da AMUK m. 513, I/2 hükmüne dayandırılan vaka kontrolü için, AMUK m. 529, I hükmü

9 BGH NJW 2004, 1876.

10 BGH NJW 2004, 1876, 1878; uygulamada ağır basan görüş de bu yönde, örneğin *Debusmann* (dn. 7), s. 43, 45; sonuç itibarıyla aynı kanıda: *Stackmann*, Rechtsbehelfe im Zivilprozess, 2005, Kn. 313; fakat sınırlı olarak: Kn. 316; aksi görüşte: özellikle *Rimmelspacher* NJW-Sonderheft 2003, 11, 13 f. zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion; istinaf mahkemesinin, usul hatası konusunda kapsamlı araştırma ödevi olduğuna karşı çıkan görüş için bkz. MünchKommZPO/*Rimmelspacher*, Aktualisierungsband, 2. B., 2002, § 529 Kn. 14.

11 BT-Dr. 14/4722, S. 101.

12 Kavramın aydınlığa kavuşturulduğu bir karar için bkz. *BGH NJW 2004, 2828, 2829.*

13 Kavramın aydınlığa kavuşturulduğu bir karar için bkz. *BGH NJW 2004, 2828, 2829.*

14 Gecikmiş olarak ileri sürülen istinaf sebepleri için kabul edilen ağır sonuçlar için bkz. Kanun Gerekeşi, BT-DR. 14/4722, S. 95, 96.

15 BGH NJW 2004, 1876'daki karara atıfla bu yönde: *Gaier* NJW 2004, 2041; *Gottwald*, delil takdirinin kontrolünü hukuki hatalarla sınırlandırma görüşünde bkz. 65. Alman Hukukçular Günü Görüşmeleri (dn. 7), S. 107, 116. Buna karşılık, tespitlerin tam olmadığı ya da hatalı olduğu konusunda somut dayanak noktaları var ise usuli bir hata olmaksızın yapılan vakıa tespitleri § 529, I/1 ZPO istinaf derecesi için bağlayıcı değildir: *BGH NJW 2004, 2751, 2753; aşağıda III 2.*

AMUK m. 529, II hükmüne nazaran özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Böylelikle, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin usuli hatası konusundaki şüphesi, örneğin, AMUK m. 286 hükmüne veya hâkimin işaret etme ödevine (AMUK m. 139) aykırılık ya da hukuki dinlenilme hakkının ihlali (Alman AY m. 103, I) gibi usuli hatalardan kaynaklanıyorsa, bu durumda, itiraza dahi ihtiyaç yoktur. Ayrıca ilk derece mahkemesinin gözden kaçırmış olduğu taraf beyanının dava dosyasındaki yerine işaret edilmesi zorunlu değildir. Avukat için daima tavsiye edilir nitelikte olsa da delil takdirine ilişkin usuli hata itirazı ileri sürmek stratejik önemi haiz değildir¹⁶. Yüksek Mahkeme'nin isabetli kararlarına göre ilk derece mahkemesinin maddi (olgusal) karar temelini kontrolü için münhasıran AMUK m. 529, I hükmü belirleyicidir¹⁷.

Nihayet, ilk derece yargılaması sırasında gözden kaçmış beyanlar, hükmün gerekçesinde gösterilmemişse, istinaf derecesinde ileri sürülebilir. Bu, her şeyden önce, AMUK m. 314 hükmüne rağmen, yazılı olarak bildirilen taraf beyanları hakkındaki (AMUK m. 313, II) kısıtlamalardan dolayı vakta unsurlarına olumsuz ispat gücü tanınmamasına dayandırılmaktadır¹⁸. Yeni içtihatlarda dava malzemesinin olduğu gibi istinaf derecesine intikali, istinaf yargılamasının (temyiz derecesinden farklı olarak) AMUK m. 513, I/2 uyarınca sadece hukuki kontrole değil; aksine hatalı vakıa tespitlerinin kontrolü ve düzeltilmesine de hizmet etmesine dayandırılmıştır¹⁹. Hükmün gerekçesinde yazılı olarak sunulan taraf beyanlarına yer verilmemişse, bu içtihat sayesinde taraflar AMUK m. 320 uyarınca gerekçenin düzeltilmesi yoluna başvurmadan tasarruf etmiş olmaktadırlar. Tarafların halen aşırı ölçüdeki düzeltme başvurularında düşüş beklenmelidir²⁰. Buna karşılık, tıpkı hükmün gerekçesine hatalı olarak geçirildiği iddia edilen taraf beyanlarında olduğu gibi düzeltme yolu, halen, sözlü yargılamada, yazılı olarak sunulmamış taraf beyanları bakımından önemini korumaktadır²¹.

2.Yeni Beyanlar (AMUK m. 531, II)

Bu bağlamda yeni bir problem kaynağını da yeni beyanlar oluşturmaktadır. Ret kararının verilmesi yeni beyanlara izin verilmesi durumunda davanın sürüncemede kalmasına bağlı olmadığından AMUK m. 531, II'da düzenlenmiş bulunan yeni iddia ve savunma araçlarına²² verilen izin, tartışma konusu yapılmıştır. Aşırıktan (ifrattan) kaçınmak için bu konuda kullanılan slogan şudur: Bizatihi amaç olarak hak düşümü.

16 Başka yönde bir değerlendirme: *Rixecker* NJW 2004, 705, 709; § 529 ZPO'nun farklı yönde anlaşılması özellikle bkz. *Rimmelspacher*, in: Festschrift für Beys, 2003, s. 1333, 1350 vd (Özet).

17 *BGH* tarafından onanan 16.9.2004 tarihli giyap hükmü-III ZR 283/03.

18 *BGH* NJW 2004, 1876, 1879.

19 *BGH* NJW 2004, 2152, 2155 (*Barth*'a yapılan atf ile *Barth*, NJW 2004, 1702, 1703) ; esas olarak aynı yönde: *Gaier* NJW 2004, 110.

20 Konu hakkında bkz. *Debusmann* (dn. 7), s. 43, 46; kısmen farklı görüşte: *Fellner* MDR 2003, 721; *Crückeberg* MDR 2003, 199.

21 Haklı olarak: *Gaier* NJW 2004, 2041, 2044.

22 Kavram hakkında: *BGH* NJW 2004, 2828, 2830.

Taraflar arasında çekişmeli olmayan yeni beyanların ileri sürülmesi engellenmiş değildir. Nitekim yüksek yargı da şimdi bu yönde bir karar vermiştir²³. Aynı şey, ilk derece aşamasında reddedilen ve fakat sonradan çekişmeli olmaktan çıkan beyanların kabul edilmesi bakımından da geçerlidir. Gerçi o, AMUK m. 531, I hükmü kapsamındadır. Ancak burada normun amacından hareket edilmelidir. Zira redde ilişkin diğer tüm normlar sadece çekişmeli ve ispata muhtaç beyanlara ilişkindir²⁴.

İlk defa istinaf derecesinde ileri sürülen ve yargılamanın gecikmesine sebebiyet vermeyen ve doğru bir kararın verilmesini sağlayan zamanaşımı definin AMUK m. 531, II /3 hükmü uyarınca reddedilmesinin gerekip gerekmediği şüphelidir. Defi, ilk derece yargılama aşamasında ihmalkârlıktan dolayı ileri sürülmemişse Nr. 3'ün lafzı ret kararını desteklemektedir. Fakat burada yargılamanın hızlandırılması ilkesinin ihlalinden endişe edilmemelidir. Öte yandan söz konusu norm -zikredilmiş olduğu gibi- hiçbir şekilde bu ilkeye dayanmamaktadır²⁵. Bundan dolayı, kanun koyucu, anayasaya aykırılık oluşturmaksızın, ilk derece yargılaması sırasında genel davayı yürütme ödevinin kınanabilir derecede (hatta sadece hafif ihmalle) ihlaline karşı böyle bir yaptırımı öngörebilirdi. Çünkü sadece bu şekilde ilk derece yargılamasında istenen konsantrasyon sağlanabilir²⁶.

Elbette bu ya da diğer durumlarda, istinaf mahkemesince yeni beyanlara verilen müsamahakâr izin AMUK m. 531, II hükmünü ihlal etse de hukuken sonuçsuz kalacaktır. Temyiz Mahkemesi'ne göre bu usuli hatalar (eski düzenleme zamanında da olduğu gibi) temyiz aşamasında dikkate alınmaz. Çünkü usul ekonomisine uygun bir yargılama, izni verilmesinden sonra zaten bir daha gerçekleştirilemez²⁷. Taraflar, istinaf derecesinde toplanan dava malzemesinin temyiz derecesinde yeniden elimine edileceğine güvenemezler.

III. Maddi Hakikate Uygun Karar Verme Emri (Buyruğu)

Usul ekonomisi ilkesi düşüncesinin ötesinde (yukarıda II numaralı başlık altında) istinaf mahkemesinin inceleme kapsamı için hukuk devleti ilkesi ile ondan çıkarı-

23 *BGH*, Urteil vom 18.11.2004-IX ZR 229/03; *OLG Nürnberg* MDR 2003, 1133; *OLG Hann* NJW 2003, 2325; benzer şekilde: *Thomas / Putzo / Reichold*, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 531 Kn. 1; *Pellner* MDR 2004, 241, 243; başka detaylar için bkz. *Würfel* MDR 2003, 1212; aksi görüşte: *OLG Oldenburg* NJW 2002, 3556, *BGH* NJW 2004, 1458, 1459 yer alan kararında aydınlığa kavuşturulmadı.

24 *Gottwald* (dn. 15), s. 107, 116; *Fellner* MDR 2004, 241; eski hukuk hakkında benzer şekilde: *BGHZ* 76, 133, 141=JZ 1980, 322.

25 *BGH* NJW 2004, 1458, 1459; *OLG Düsseldorf* FamRZ 2004, 1222 (mirasta sınırlı sorumluluk itirazı); daha önce yapılan hukuk politikası tartışması için bkz. örneğin: *H. Roth* JZ 1996, 805, 810; Nr. 3'ün anayasaya uygunluğu, yargılamanın gecikmesinden endişe duyulmayan her durumda şüpheli: *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 28. B., 2003, § 73 V (s. 302 vd.); aynı yönde: *W. Lücke*, Zivilprozessrecht, 8. B., 2003, Kn. 401.

26 Sonuç olarak bu yönde: *OLG Oldenburg* MDR 2004, 292; *Stackmann* (dn. 10), Kn. 64; buna karşılık, zamanaşımı definin dikkate alınmasına taraftar: *Rixecker* NJW 2004, 705,707.

27 *BGH* NJW 2004, 1458, 1459 vd. Karar hakkında yazılan notla birlikte: *Rimmelspacher / Bolkart* LMK 2004, 170.

lan maddi hakikate uygun karar verme gerekliliğini kapsayan (yukarıda I numaralı başlık) kararlara geçiyorum²⁸. Her iki karar da AMUK m. 513, I'da bahsi geçen istinaf sebeplerine ilişkindir:

AMUK m. 513, I/1 uyarınca istinaf mahkemesine hukuki kontrol vazifesi yüklenildiği ölçüde, onun kontrolünün kapsamı, AMUK m. 546'ya yapılan atfa rağmen, Temyiz Mahkemesi'nin temyiz denetimi için öngördüğü ölçüyle örtüşmemekte; aksine onu aşmaktadır (aşağıda 1 numaralı başlık altında)

AMUK m. 513, I Alt. 2 uyarınca ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerine yönelik itirazlar bakımından da aynı şey geçerlidir. AMUK m. 559, II hükmünden kaynaklanan sınırlamalara tâbi temyiz mahkemesinden farklı olarak, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu tespitlerin hatalı ya da eksik olduğuna ilişkin somut dayanak noktaları mevcutsa, AMUK m. 529, I Nr. 1'de zikredilen şartlar altında ilk derece mahkemesinin usulen hatasız tespitleriyle bağlı değildir (aşağıda 2 numaralı başlık altında).

1. Hukuka Aykırılık (AMUK m. 513, I/1)

Hukuki kontrolden neyin anlaşılması gerektiği konusunda, istinaf mahkemeleri, bugüne kadar AMUK m. 513, I/1'dan AMUK m. 546'ya yapılan atfı kendilerinin temyiz mahkemesinin yapacağı denetimin sınırlarında kalmalarını gerektiren bir emir olarak algılıyorlardı.

a) İçtihat

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin, bir uçağın iniş yaparken posta güvercini nedeniyle gördüğü zarardan dolayı açılan davada işletme tehlikesi ile hayvan tutulmasından kaynaklanan tehlikeyi dikkate alarak uçak sahibi ile güvercin sahibini yarı yarıya sorumlu tuttuğu kararını onamıştır. Mahkeme kararında şu sözlere yer vermiştir: “İki tarafın zarardan ne ölçüde sorumlu olduğunun tespiti olay hâkimin görevidir. İstinaf mahkemesi, yeni düzenlemeye göre, sadece dava malzemesinin tümüyle incelenmiş olup olmadığını ve sorumluluk belirlenirken düşün kurallarına ve tecrübe ilkelerine riayet edilip edilmediğini kontrol edebilir”²⁹.

b) Temyiz Mahkemesince Verilen Kararların Emsal Olma Niteliği

Yukarıda anılan karar ile temyiz mahkemesinin AMUK m. 546 hükmünü yorumlarken belirleyici olduğunu kabul ettiği sınırlamalar aynen benimsenmiştir. Buna göre, hukuk normu hiç uygulanmamış ya da yanlış uygulanmışsa hukuk ihlal edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, ilke olarak, tüm hukuki sonuç çıkarımlarını denetleyebilir. Temyiz Mahkemesi istikrar kazanmış kararlarında ölçü ve dere-

28 Özellikle: *BGH NJW* 2004, 2751. Karar hakkında yazılan notla birlikte: *Weigel LMK* 2004, 168.

29 *OLG Hamm MDR* 2004, 998.

ce kavramlarına yapılan atlamalarda kendisi için sınırlamalar kabul ettiğinde³⁰, bunun sebebi, iki tarafın sorumluluk derecelerinin (paylarının) tespitinin temyizi kabil olmayan bir maddi mesele olması değildir. Aksine burada temyiz edilemez bir hukuki meselenin mevcudiyeti kabul edilmiştir. Somut olayın diğer olaylar bakımından emsal olma niteliği bulunmadığından temyiz, hukuk birliğinin sağlanması, ilkesel hukuki meselenin aydınlatılması, hukukun gelişimi gibi amaçları burada denetimi gerekli kılmamaktadır³¹.

c) İstinaf Mahkemesi Kararlarının Emsal Olma Niteliğinin Bulunmaması

İstinaf mahkemesi, yeni düzenleme karşısında da tıpkı önceden olduğu gibi, sınırlandırılmış da olsa vakıa derecesidir (olay mahkemesidir) ve böylelikle ilk etapta somut olay adaletinin sağlanmasını gerçekleştirmekle yükümlüdür³². AMUK m. 513, I/1'in AMUK m. 546'ya yaptığı atfa rağmen temyiz mahkemesi için geçerli kısıtlamaların istinaf mahkemesi için de geçerli olduğu söylenemez. Ölçü ve derece meselelerinin değerlendirilmesinde örneğin, birlikte gerçekleşen işletme tehlikelerinin ya da müterafik kusurunun tespitinde ilk derece mahkemelerine istinaf mahkemelerince denetime tâbi tutulacak bir takdir (değerlendirme) yetkisi tanınmamıştır. Bu, ilk derece mahkemesinin değerlendirmesinin hukuken savunulabilir olup olmadığına ya da olgusal (maddi) bakımdan ikna edici olup olmamasına da bağlı değildir. İstinaf mahkemesi, ölçü ve derece meselelerinin değerlendirilmesinde kendi kanaatine göre hareket etmek zorundadır.

Söylenen sadece biraz önce bahsedilen olay grupları için değil aynı şekilde hakkaniyete uygun bir tazminatın belirlenmesinde (AMK m. 253, II), AKTK m. 7 (m. 11 c.2) ya da AMK m. 823, I'ye dayandırılan taleplerin taraflar arasında çekişmeli olduğu hallerde de geçerlidir. Durum AMK m. 829 uyarınca hakkaniyete uygun tazminat yükümlülüğünün belirlenmesinde de benzerdir. Gerçi burada öncelikle bir ölçü ya da derece problemi bulunmamaktadır. Ancak ortada münferit, genelleştirilmesi kabil olmadığı gibi genelleştirilmeye de ihtiyaç duymayan bir olay olduğundan münferit bir hukuki değerlendirme gerekmektedir. Bu ilkeler, istinaf mahkemesinin kendi değerlendirmesiyle dahi bağlı olmadığı AMUK m. 287 uyarınca yapılan zarar tespiti (değerlendirilmesi) için de uygulanabilir³³. Nihayet, ferdi (bireysel) sözleşmelerin yorumu ilk derece mahkemesinin savunulabilir bir sonuca ulaşmış olmasıyla sınırlanmış da değildir. Aksine istinaf mahkemesi, bizzat inandırıcı (ikna edici) bir yorum aramak zorundadır³⁴. Bu bağlamda, örneğin, kaza yerinde yapılan borç ikrarı yorumu için bir rol oynayabilir.

30 Örneğin: *BGHZ* 20, 290, 292 (AMK m. 254'e göre yapılan değerlendirme).

31 Tamamı hakkında: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. B., 2004, § 141 V (s. 1010 vd); *Prütting*, *Die Zulassung der Revision*, 1977, s. 191 vd.

32 Takdire şayan açıklıkla: *BGH NJW* 2004, 2751, 2752 vd.

33 Başka görüşte: *Rixecker NJW* 2004, 705, 706.

34 Haklı olarak: *BGH NJW* 2004, 2751; hâlâ başka şekilde: *KG MDR* 2004, 647.

d) Sonuç

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar karşısında bir hukuk normunun ihlal edildiği ileri sürülmüşse (AMUK m. 513, I/1) istinaf yargılamasının hukuki sonuçlar bakımından hâlâ tamamıyla temyiz benzeri bir yapıda olduğu söylenemez.³⁵ İstinaf mahkemelerinin yukarıda bahsedilen problemlili alanlarda, hukuki meselenin kontrolünü mümkün kılan imkânların tüketilmemesi anlamında kendi kendilerine uyguladıkları oto-kısıtlama temyizi kabil bir hukuki hata oluşturur ve bu hata Temyiz Mahkemesi tarafından düzeltilebilir.

2. Vakıa Tespiti (AMUK m. 513, I/2)

Buraya kadar bahsedilen fikirler, vakıa tespitleri alanında da önemi haizdir. Yeni istinaf hukukunun merkezinde istinaf mahkemesinin AMUK m. 529, I/1 çerçevesinde ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleriyle bağıllığının derecesi bulunmaktadır. Kanun'un gerekçesinde istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin doğru ve tam vakıa tespitleriyle bağıllı olduğu ifade edilmiştir.

“İlk derece mahkemesinin ikna edici ve tam olarak yaptığı tespit, istinaf derecesinde de geçerlidir”³⁶.

a) Salt Yöntem (Usul) Kontrolü Değil

Yaygın olan yanlış bir anlayışın aksine istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin doğru tespitleriyle daima bağıllı değildir. Keza ilk derece mahkemesinin delil değerlendirilmesinin kontrolünün sadece hukuki hatayla sınırlı olduğu da söylenemez³⁷. Aksi yöndeki görüş, ne AMUK m. 529, I/1'in lafzından ne normun amacından ne de kanunun yapım sürecinden çıkmaktadır³⁸. İlk derece mahkemesi hadisenin tespitinde usuli hatalar yapmışsa, somut dayanak noktaları, ilk etapta ilk derece mahkemesinin kararı bakımından etkili olan tespitlerin doğruluğu ya da tamlığı konusundaki şüpheyi haklı kılacak ve bundan dolayı yeni bir tespitin yapılmasını gerektirecektir (AMUK m. 529, I/1) .

Bu bağlamda, deliller hatalı olarak toplanmışsa ya da değerlendirilmişse, örneğin delil değerlendirilmesi tam değilse ya da kendi içinde çelişkili ise ya da eğer delil değerlendirmesi düşün kurallarına ya da tecrübe kurallarına aykırı ise³⁹, tarafların vakıalar hakkındaki beyanları ihmal edilmişse ya da ileri sürülen vakıalar değerlendirilmemişse böylesi hataların mevcudiyeti kabul edilir⁴⁰.

35 Farklı görüş için bkz. özellikle: *Bamberger ZRP* 2004, 137, 139; farklı bir bakış açısı için ayrıca bkz. *Pukall / Kiessling WM* 2002 Sonderbeilage 1, 28 (saf hukukî kontrol derecesi).

36 BT-Dr. 14/4722, s. 64 vd.

37 Fakat bu yönde: *Gottwald* (dn. 15), s. 107, 116.

38 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Rimmelspacher, Zivilprozessreform 2002* (2002), Einführung XXII.

39 *BGH NJW* 2004, 1876.

40 *BGH NJW* 2004, 2152, 2153; 2004, 2825, 2826; 2004, 2828, 2829; Ayrıntılar için bkz. *Stackmann JuS* 2004, 878.

b) İçerik Kontrolü

Denetim imkânları somut olay adaleti ölçüsünde tanımlanan istinaf mahkemele-
rinin kontrol imkânları sadece usul hatalarıyla sınırlandırılmış değildir⁴¹. Nitekim
hukuk komisyonunun gerekçesine göre, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu
vakıa tespitleri istinaf mahkemesince bilinen vakıalarla çelişiyor ya da tarafların
beyanı teorik düzeyde kalan bir şüpheyle sınırlı kalmıyorsa ilk derece mahke-
mesinin tespitlerinin kontrolü uygun olabilir⁴². Ayrıca, somut şüphe, bizzat iptali
istenen hükümden çıkarılabilir⁴³.

Usuli hata gösterilmeksizin oluşan şüphe tarafların mantıki beyanlarına bağlanama-
yabilir. İstinaf mahkemesi dışarıdan bir bakışla herhangi bir güçlük karşılaşmak-
sızın tespitlerin doğruluğundan şüphe duyabilir. Kanımca, Temyiz Mahkemesi'nin
tamamıyla doğru formülasyonuna göre, istinaf mahkemesi, usuli bir hata işleme-
miş olsa dahi ilk derece mahkemesinin tespitleri ikna edici değilse, daima yeniden
vakıa tespiti yapabilir⁴⁴. Şüphe, elbette, tamamıyla sübjektif bir değerlendirilmeye
terk edilmekle birlikte objektif olarak da savunulabilir olmak zorundadır⁴⁵. *Meyer-
Seitz*'ın haklı olarak belirttiği gibi burada bir yöntem (usul) kontrolü değil aksine
ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu tespitlerin bir vakıa mahkemesi olan isti-
naf mahkemesince içerik bakımından kontrolü söz konusudur⁴⁶.

Sınırlamalar

Elbette AMUK m. 529, I/1'de anılan şartlar altında emredilen içerik kontrolü,
istinaf davacısının ilk derece mahkemesinin delil takdirine yönelik her bir soyut
itirazının istinaf derecesinde delillerin yeniden toplanması sonucunu doğurmaz.
Federal Anayasa Mahkemesi'nin talihsiz formülasyonunun⁴⁷ zıddına salt farklı
bir delil değerlendirilmesi imkânının gösterilmesi tek başına istinaf mahkemesi-

41 Özellikle vurgulanmış: *Zöller / Gummer / Heßler*, ZPO, 24. B., 2004, § 529 Kn. 2 (hatta
AMUK m. 529, I/1'in uygulanması ilk derece mahkemesinin hata yapmamış olması haliyle sı-
nırlandırılmış); *Wieczorek / Gerken*, ZPO, 3. B., 2004, § 529 Kn. 16; kanaat verici: *Heiderhoff*
JZ 2003, 490, 493; tereddütlü: *Musielak*, Grundkurs ZPO, 7. B., 2004, Kn. 521; *Löhnig FamRZ*
2004, 245, 248; *Schnauder JuS* 2002, 68, 75; tamamıyla reddi yönünde: *Stackmann NJW* 2002,
781, 787 bu konudaki güçlüğü (zorluğa) işaret eden bir örnekle birlikte (bundan böyle tespite
yönelik itiraz mümkün değildir).

42 BT-Dr. 14/6036, s. 123 vd.

43 *BGH NJW* 2004, 2828, 2829.

44 *BGH NJW* 2004, 2751, 2753; ilk derece mahkemesinin ikna edici delil değerlendirmesine işa-
ret etmiş: OLG Koblenz VersR 2004, 642; açıkça: *Meyer-Seitz* in: *Hannich / Meyer-Seitz*,
ZPO-Reform 2002 (2002), § 529 Kn. 24; aşikâr surette başka yönde: *Rimmelspacher NJW*
2002, 1897, 1902 li.Sp.; bu olay grubu tamamıyla ihmal edilmiş: *Baumbach / Lauterbach /*
Albers, ZPO, 63. B., 2005, § 529 Kn. 3.

45 Hukuk komisyonu (Rechtausschuß), BT-Dr. 14/6036, s. 123 vd.

46 *Meyer-Seitz* in: *Hannich / Meyer-Seitz* (dn. 44), § 529 Kn. 20, 24.

47 BVerfG NJW 2003, 2524, aynı görüşte: *Hirtz*, in: 65. Alman Hukukçular Günü Toplantısı,
2004, (dn. 7), s. 53, 62; haklı olarak daha dar: OLG Dresden NJW-RR 2004, 210; *OLG Rostock*
OLGR 2004, 60; *Jansen NZBau* 2004, 521, 523; soyut şüpheyi yeterli görmemekte: *Rixecker*
NJW 2004, 705, 709.

nin delilleri tekrar toplaması için yeterli değildir. Farklı değerlendirme imkânı, AMUK m. 286'nın serbest delil takdirinde içkindir⁴⁸.

İlk derece mahkemesinin delil takdirinde hukuki bir hata bulunmuyorsa, kararın sonucunu etkileyecek bir taraf beyanı gözden kaçırılmamışsa ve pek çok emare kapsamlı bir biçimde dikkate alınmışsa, takdir, kendi içinde tutarlı ve çelişkisizse aynı zamanda istinaf mahkemesinin bakış açısından ilk derece mahkemesinin genel değerlendirmesi sadece savunulabilir fakat ikna edici değilse istinaf mahkemesinin delilleri yeniden ikame etmek mecburiyetinde olup olmadığı konusunda yüksek mahkeme henüz görüş bildirmemiştir⁴⁹. İstinafın somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki fonksiyonu vurgulanacak olursa⁵⁰, şimdiye kadarki açıklamalar karşısında istinaf mahkemesinin yeniden delil toplaması gerektiği sonucuna varılır. Her şeyden önce tanık beyanlarının ya da emarelerin farklı yönde değerlendirilmesi önem arz etmektedir⁵¹. Delil ikamesinin sonuçları yargılama hatası yapılmaksızın ortaya çıkmışsa ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine karşı yöneltilen itirazlar başarıya ulaşacaktır.

AMUK m. 529, I/1 uyarınca varlığı aranan şüphe istinaf mahkemesinin bakış açısına göre, deliller yeniden toplandığında ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu vakıa tespitlerinin varlığını sürdürmemeleri yani hatalı oldukları belli bir ihtimal-ancak zorunlu olarak yüksek değil- dâhilindeyse delillerin yeniden istinaf mahkemesi tarafından toplanması gerekir⁵². Bunun dışında, AMUK m. 529, I Nr. 1 uyarınca varlığı aranan şartlar gerçekleşmeden istinaf mahkemesinin delil ikamesi, ilk derece mahkemesinin tespitlerinden çıkan sonucun tersini göstermişse, istinaf mahkemesinin tespitlerinin hatasız olması koşuluyla bu durum bozma sebebi değildir. Bu, maddi bakımdan doğru karar verilmesi emrinden çıkan bir sonuçtur⁵³.

Sonuç ve Özet

İstinaf mahkemesi, yeni düzenleme karşısında da temyiz mahkemesine dönüşmemiştir. Aksine sınırlandırılmış olmakla beraber vakıa mahkemesi olarak kalmıştır.

İstinaf mahkemesi için maddi bakımdan doğru karar verilmesi emrini gerçekleştirme vazifesi bakidir. O ne hukuki meselelerdeki değerlendirmeye bağlıdır ne de maddi mesele bakımından temyiz mahkemesi için öngörölmüş bulunan sınırlandırmalara tâbidir.

48 Greger NJW 2003, 2882, 2883; bu yönde: KG DAR 2004, 387; KGR Berlin 2004, 269; oldukça muğlak: OLG München OLGR 2003, 206 (LS 4).

49 Konu hakkında daha detaylı: Reinert LMK 2004, 166, 167.

50 Jansen de genel olarak daha kapsamlı kullanımından yana: Jansen NZBau 2004, 521, 524; aynı doğrultuda: Zimmermann, ZPO-Fallrepetitorium, 5. B., 2004, Fall 351.

51 Musielak / Ball (dn. 4), § 529 Kn. 14; Zöller / Gummer / Heßler (dn. 41), § 529 Kn. 7.

52 BGH NJW 2004, 2825, 2826; 2003, 3480, 3481; Gehrlein MDR 2004, 661, 664 vd; G. Müller VersR 2004, 1073, 1080.

53 Gehrlein, Zivilprozessrecht, 2. B., 2003, s. 288 vd. Kn. 78.

Kanun koyucunun Reform Kanunu ile ıslah edilmiş (reforma tâbi tutulmuş) usul ekonomisine yönelik beklentileri, istinaf mahkemesinin AMUK m. 513, I, 529'da kaleme alınmış bulunan ödevlerinden daha az öneme sahip olmak zorundadır. İstinaf mahkemesi, caiz istinaf başvurusu üzerine, ilk derece mahkemesinin kararını dayandırdığı temelleri bu konuda tarafların herhangi bir itirazına gerek olmaksızın resen kontrol edebilir.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuki hata iddiasına binaen kontrol ederken ölçü ve derece meselelerinin, takdire bağlı karar ve hakkaniyet uyarınca verilen kararlar ile ferdi (bireysel) sözleşmelerin yorumunun değerlendirilmesi hususunda işlenen usul (yöntem) hatalarıyla sınırlı bir inceleme yapmak zorunda değildir. Onun kararları emsal olma vasfına sahip olmadığından kendisi açısından ikna edici olduğuna inandığı kararlar verebilir ve bu konuda ilk derece mahkemesinin salt savunulabilir hukuki görüşüyle bağlı değildir.

İlk derece mahkemesi usuli bir hata işlememiş olsa dahi yapmış olduğu vakıa tespitleri ve delil takdirini ikna edici değilse istinaf mahkemesi AMUK m. 529, I Nr. 1'deki şartlar altında doğru karara ulaşmak için bizzat delil toplayabilir.

KISALTMALAR CETVELİ

AKTK : Alman Karayolları Trafik Kanunu

AMK : Alman Medeni Kanunu

AMUK : Alman Medeni Usul Kanunu

AY : Anayasa

B. : Baskı

Bkz. : Bakınız

Çev. : Çeviren

c. : cümle

dn. : dipnot

JZ : Juristen Zeitung

Kn. : Kenar Notu

m. : madde

s. : Sayfa