

# İSTİNAF YARGILAMASINDA DAVA MALZEMESİ\*

*Subject Matter of the Case in Appellate Instance*

**Prof. Dr. Reinhard GAIER\*\***

**Çev. Cenk AKİL\*\*\***

## ÖZET

Medeni Usul Reform Yasası ile istinaf derecesi yeniden düzenlenmiştir. İstinaf derecesi, bundan böyle önceki düzenleme zamanında olduğu gibi davanın bir devamı niteliğinde değildir. İstinaf mahkemesinin görevi esas olarak ilk derece mahkemesinin maddi hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı ve yapmış olduğu vakıa tespitlerinin doğru ve tam olup olmadığını denetlemektir. Bununla birlikte, yeni istinaf düzenlemesi, temyizden farklı olarak, itiraz edilen kararın sadece hukuki kontrolüne imkân tanıyan bir yasa yolu değildir. Reform Yasası'nda da düzenleme boşluklarına rastlanılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Medeni Usul Hukuku, Medeni Yargıda Reform Yasası, yasa yolu, istinaf, istinaf sebepleri.

## ABSTRACT

The appellate instance has been reformulated with the Civil Procedure Reform Bill. The appellate instance is no more a sequel of the case as it was during the previous regulation. The duty of the court of appeal mainly is to

---

\* Makale için bkz. NJW 2004/3, s. 110 vd.

\*\* Yazar, Alman Federal Temyiz Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi üyesidir.

\*\*\* Dr., (akilcenk@yahoo.com).

supervise if the court of first instance has applied the substantive law properly or not and if the determinations of fact that the court has made are correct and complete. However unlike cassation, the new appeal regulation is not a right to appeal which enables only the juristical control of the decision to which an objection made. Legal loopholes are noticed alsı in the Reform Bill.

**Keywords:** Civil Procedure Law, right to appeal, appeal, grounds of appeal.

Medeni Usul Reform Yasası ile istinafin fonksiyonu yeniden tanımlanmıştır. İstinaf artık ilk derece mahkemesindeki yargılamanın devamı niteliğinde olmadığı gibi uyuşmazlığın Alman Medeni Usul Yasası eski m. 525 uyarınca yeniden ele alınması anlamına da gelmemektedir. Aksine, istinafin yeni görevi, ilk derece mahkemesinin maddi hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının, ilk derece mahkemesinin tespitlerinin doğru ve tam olup olmadığının ve muhtemel hataların giderilip giderilmediğinin kontrolüdür. Yasa, istinaf mahkemesinin dava malzemesi hakkında sadece kısmi bazı kurallar ihtiva etmektedir. Bu çalışma ile kurallardaki boşlukların nasıl doldurulabileceği üzerinde durulacaktır.

### I. İstinaf Sebepleri

Medeni Usul Reform Yasası'nın<sup>1</sup> yeniliklerinden bahsedilirken şu anda Alman Medeni Usul Yasası (AMUY) m. 513, I'de yer alan iki istinaf sebebine de değinilmektedir. Bunlardan birincisi -AMUY m. 546'ya atıf yapılmak suretiyle belirtilmiş olan- itiraz edilen hüküm verilirken hukukun ihlal edilmiş olmasına dayanılması; ikincisi ise AMUY m. 529'un vakıa temellerinin başka bir kararı haklı kılmasıdır. Birinci istinaf sebebiyle istinaf mahkemesinin, istinaf konusu kararı, bir hukuk normunun uygulanmış olup olmaması ya da doğru uygulanmış olup olmaması bakımından incelemesi kastedilmektedir. Kontrol, öncelikle yasaya başvurulması ve yasanın yorumu ile olayın doğru bir şekilde altlanıp altlanmadığını kapsamaktadır<sup>2</sup>. Buna karşılık ikinci istinaf sebebi ile önceki derecede yapılan tespitlerin doğruluğu

<sup>1</sup> 27.7.2001 tarihli Medeni Usul Reform Yasası, BGBl I, 1877.

<sup>2</sup> *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO, Aktualisierungsbd, (2002), § 546 Rdnr.3; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 21. B., (1994), §§ 549, 550, Rdnr. 24, 27; *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1899).

ve tamlığı hakkındaki kuşkuvarın farklı bir kararın verilmesine yol açabilecek yeni tespitlerin yapılmasını gerektirdiği ya da istisnai olarak istinaf derecesinde ileri sürülmesine izin verilen yeni iddia ya da savunma sebepleri temelinde (AUMY m. 529, I, Nr.2) başka bir kararın verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>3</sup>. Buna göre, yeni istinaf düzenlemesi, temyizden farklı olarak, itiraz edilen kararın sadece hukuki kontrolüne imkân tanıyan bir yasa yolu değildir. AMUY m. 529, I, Nr. 1 düzenlemesinde yer alan şartlar altında, yani ilk derece mahkemesinin hükmünde yer alan tespitlerin doğruluğu ya da tamlığı hakkında somut şüphe bulunması durumunda, istinaf mahkemesi bizzat (yeniden) tespit yapabilme yetkisine sahiptir. Ancak, bunun için AMUY m. 538, II uyarınca, istisnai olarak, davanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi şartlarının gerçekleşmemiş olması gerekir. Bundan başka, ilk defa yapılacak (“yeni”) vakıa tespitleri istinaf mahkemesi tarafından da lüzumlu görülmüş olabilir<sup>4</sup>. Bu, sadece yeni iddia ve savunma araçlarının AMUY m. 531, II uyarınca ikinci derecede dikkate alınabilmesi durumunda<sup>5</sup> değil, aksine istinaf mahkemesinin delil ikamesi taleplerini ilk derece mahkemesinden farklı olarak önemli sayması durumunda da söz konusu olabilecektir<sup>6</sup>.

İstinaf mahkemesinin, istinaf derecesinde, kendi tespitleri ve -istisnai olarak- caiz yeni beyanlar dışında hangi vakıa ya da dava malzemesi<sup>7</sup> temelinde karar vereceği yasa metninden kolaylıkla anlaşılammaktadır. İstinaf mahkemesinin itiraz edilen kararı hukukun uygulanmasındaki muhtemel hatalar bakımından kontrol etmesini gerektiren dava malzemesinin hangisi olduğu belirsizdir. Bunun yanı sıra hangi dava malzemesi ile iddia ya da savunma araçlarının AMUY m. 529, I, Nr. 2, 531, II hükümleri anlamında “yeni” olduğu da açık değildir.

## II. AMUY m. 529, I Nr. 1 Hükümü Tahdidi midir?

AMUY m. 529, I, Nr. 1 hükmünün istinaf derecesinin dava malzemesi bakımından tüketici bir kural olduğunun kabul edilmesi yanılıcıdır<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1899).

<sup>4</sup> *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 529 Rdnr. 10; *Musielak/Ball*, ZPO, 3. B., (2002), § 529 Rdnr. 12; *Zöller/Gummer/Heßler*, ZPO, 24. B., (2004) § 529 Rdnr. 2.

<sup>5</sup> *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn.2), § 529 Rdnr. 30; *Musielak/Ball* (yuk. dn.4), § 529 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr.12.

<sup>7</sup> Burada kastedilen teknik anlamda tespit edilen vakıaların yanı sıra AMUY m. 282 uyarınca tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunma araçlarıdır. Yani, özellikle ispat taleplerinin yanı sıra tarafların vakıa iddialarıdır.

<sup>8</sup> Aksi görüşte: *Grunsky*, NJW 2002, 800.

Düzenleme, dava malzemesinin sadece bir kısmını, yani sadece teknik anlamda tespit edilmiş olan vakıaları kapsamaktadır. Bunun için ilk derece mahkemesinin söz konusu olan vakıa iddiasının gerçek olup olmadığı hakkında karar vermesi şarttır. Böyle bir tespit, -AMUY m. 559, II hükmü hakkındaki içtihatlarla dayanmak suretiyle- maruf ve meşhurluk, mahkeme tarafından bilinirlik<sup>9</sup> ya da yasal karineler<sup>10</sup> temelinde, toplanan delillerin değerlendirilmesi suretiyle yapılır. Buna karşılık, AMUY m. 529, I, Nr. 1'in bağlayıcı etkisi<sup>11</sup>, sadece gerçek vakıalar için, yani salt çekişmeli olan ya da olmayan taraf beyanlarının yeniden ileri sürülmesi bakımından (karş. AMUY m. 313, I, Nr.5, II)<sup>12</sup> geçerlilik taşımamaktadır. Bu, özellikle temyiz mahkemesinin, istinaf mahkemesi hükmünde sabit kabul edilen vakıalarla bağlılığını düzenleyen AMUY m. 559 hükmü ile yapılan kıyaslamadan anlaşılmaktadır. Bu hüküm, taraf beyanları hakkındaki tespitler (fıkra 1) ile vakıa iddiaları hakkındaki tespitlerin gerçek ya da gerçek dışı olması (fıkra 2) arasında açıkça ayırım yapmaktadır. Tarafların ileri sürdükleri hususların AMUY m. 529, I, Nr. 1'de zikredilmemesi dolayısıyla, bu beyanların söz konusu bağlayıcı etkinin kapsamına girmediği aşikârdır. Ancak bu, ilk derece yargılamasındaki tüm dava malzemesinin -ilk derece mahkemesi kararına yapılan istinaf başvurusu çerçevesinde (AMUY m. 528, c.1)- istinaf derecesine de aktarılacağı anlamına gelmemektedir. Eğer bir hukuki uyuşmazlık, ilgili uyuşmazlık malzemesi olmaksızın bir üst dereceye aktarılsaydı, sadece soyut hukuki mesele olarak ya da AMUY m. 529, I'in düzenlediği durumda, sadece birkaç nokta ile sınırlı olarak olay unsurları ile intikal ederdi. Gerçi yasa koyucu, dava malzemesinin sözlü yargılama yolu ile istinaf mahkemesi önünde gerçekleşmesi yönündeki -çoktandır aşılış bulunan- AMUY eski m. 526'yı devralmaktan vazgeçmiştir. Fakat özellikle -aksi takdirde lüzumsuz olacak olan- AMUY m. 531, I hükmünün gösterdiği<sup>13</sup> üzere yeni düzenleme, dava malzemesinin ilk derece

<sup>9</sup> BGH, NJW 1993, 2674 (2675).

<sup>10</sup> *Rimmelpacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn.2), § 529 Rdnr. 30; *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 19.

<sup>11</sup> *Vorwerk*'in savunduğunun (in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion (yuk. dn. 11), s. 7 vd.) aksine AMUY m. 314 ile 529 arasında bir çelişki ortaya çıkmamaktadır.

<sup>12</sup> *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 8; *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 559 Rdnr. 21; takiben: *Rimmelpacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion, 2003, s. 12.

<sup>13</sup> *Rimmelpacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 529 Rdnr. 4.

mahkemesinden direkt istinaf derecesine aktarıldığı savından hareket etmektedir<sup>14</sup>. İstinaf derecesinin yargılama malzemesi, önceki dilekçelere dahi atıf yapılmaksızın<sup>15</sup>, ilk derece yargılamasında ileri sürülmüş bulunan taraf beyanları (vakıa iddiaları ve deliller) ile –AMUY m. 531, I uyarınca haklı olarak reddedilmiş bulunan iddia ve savunma sebeplerinin reddi göz önünde tutularak- ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen vakıa tespitlerinden (AMUY m. 529, I, Nr.1) meydana gelmektedir. Buraya AMUY m. 529, I, Nr.1 hükmünde düzenlenmiş olan kuşkunun ya da ilk derece aşamasında aydınlığa kavuşturulmamış ispat meselelerinin varlığı halinde istinaf mahkemesinin bizzat yapmış olduğu tespitler eklenebileceği gibi AMUY m. 529, I, Nr. 2 uyarınca AMUY m. 531, II hükmünde yer alan şartlar altında yeni, ilk defa istinaf derecesinde ileri sürülen iddia ve savunma araçları da istinaf mahkemesince yapılan tespitlere dâhil edilebilir.

### **III. İlk Derece Yargılama Malzemesinin Soruşturulması (Tahkikatı)**

Bu ara sonuca göre ilk derece mahkemesinin dava malzemesinin nelerden oluştuğunun aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir. Burada ilke olarak akla iki kaynak gelmektedir: Dava dosyasının içeriği (buna, sözlü yargılamanın sonuna kadar örneğin AMUY m. 139, V; 283 hükümleri uyarınca sunulan dilekçeler de dâhildir) ya da ilk derece mahkemesi hükmündeki tespitler. Temyiz derecesi için AMUY m. 559, I hükmü bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre, ilke olarak, sadece ilk derece mahkemelerinin hükmünden ve tutanaklardan anlaşılan taraf beyanları dikkate alınacaktır. Fakat istinaf yargılaması için bu hükümden yararlanılamaz. AMUY m. 559 hükmü -AMUY m. 545 ve 546 ile birlikte -temyiz derecesini yasa yolu olarak nitelendiren bir düzenlemedir<sup>16</sup>. Buna karşılık, AMUY m. 513 hükmü, en son içtihatlarla göre, istinaf derecesini münhasıran bir yasa yoluna dönüştürmüş değildir<sup>17</sup>. Medeni yargı yasa yollarının sistematığı, AMUY m. 559, I hükmünün ikinci derecede kullanımını (uygulanmasını) olanaksız kılmakta ise dava dosyasının

<sup>14</sup> *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 529 Rdnr. 4, özellikle *Musielak/Ball* (yuk.dn.4), § 529 Rdnr. 3; *Grunsky*, NJW 2002, 800 (801).

<sup>15</sup> Yapılacak genel bir atıf caiz değildir ve böylelikle etkisizdir, karş. BGH, LM § 295 ZPO Nr. 9.

<sup>16</sup> BGHZ 139, 214 (221)= NJW 1998, 2972.

<sup>17</sup> *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 513 Rdnr. 3; *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium (yuk. dn. 11), s. 17.

içeriğine başvurulmasında herhangi bir engel görülmemektedir. Daha önce sunulmuş dilekçelere AMUY m. 137, III/1 uyarınca zımnem atıf yapılması ile verilen dilekçenin bağlantılı olduğu<sup>18</sup> varsayımı bakımından, dava malzemesinin tespiti için dava dosyasının içeriğine başvurulması düşünülebilir. Bununla beraber bu durum, aslında ilk bakışta AMUY m. 314 hükmü ile uyumlu değildir. Bu düzenlemeye göre, dosya içeriği değil; aksine hükmün vakıa unsurları<sup>19</sup> sözlü yargılama için delil teşkil etmektedir. Buna göre, AMUY m. 314 hükmü, ilk derece yargılamasının dava malzemesinin sadece istinafi istenen hükmün vakıa unsurlarından çıkarılacağına delil gösterilebilir.

Ancak bu yaklaşım, AMUY m. 314 hükmünden, fiilen –hâlâ- hükmün vakıa unsurlarının, geleneksel anlayışa göre bu unsurlara düşen negatif ispat gücü çıkarılabilmesi durumunda doğru kabul edilebilirdi<sup>20</sup>. O takdirde sadece, tarafların, hükmün vakıa unsurunda yer alan hususları da beyan etmiş oldukları değil; aksine vakıa unsurunda zikredilmemiş beyanları da ileri sürmemiş oldukları kabul edilirdi. Buna göre, hükmün vakıa unsuru, ilk derece yargılamasındaki dava malzemesinin ne olduğunu kesin bir biçimde ortaya koyardı. Fakat son zamanlarda, hükmün esas aldığı dava malzemesine en azından mevcut medeni yargılama hukuku bakımından negatif ispat gücü tanınmayacağı görüşü savunulmaktadır<sup>21</sup>. Bu görüş lehine delil olarak, yasanın bizzat AMUY m. 313, II'de, mahkeme hükmünde, taraf beyanlarının önemli noktalarının özet şeklinde yer almasını emrettiği gösterilmektedir. Bu durum dikkate alındığında hükmün esas aldığı dava malzemesinin, artık taraf beyanlarını tümüyle aktarma ödevinin bulunmadığı söylenebilir. Fakat böylelikle negatif ispat yükünün kabulü için mevcut temel de ortadan kalkmış olacaktır<sup>22</sup>. Olayın anlatımının önemli içeriğinin teksifi, tamlığı (tümlüğü) garanti edemez ve yasa, bunu, ihtiyatlı bir biçimde hareket ederek gerekli görmemiştir. Önemli sayılıp sayılmama hakkında karar verecek olan

<sup>18</sup> Karş. BGH, NJW-RR 1996, 379 diğer gerekçelerle birlikte.

<sup>19</sup> Bu, şekli anlamıyla değil; kararın gerekçesindeki olgusal (maddi) tespitler de dâhil olmak üzere anlaşılmalıdır. Karş. BGHZ 119, 300 (301)= NJW 1998, 2972.

<sup>20</sup> Halihazırda bu şekilde: RGZ 4, 418 (420); RG, JW 1887, 38; JW 1896, 72; JW 1897, 52 (53); daha yeni, örneğin: BGH, NJW 1981, 1848; NJW 1983, 885 (886); NJW-RR 1990, 1269; *Musielak*, in: MünchKomm-ZPO, 2. B., (2002), § 314 Rdnr. 4.

<sup>21</sup> *Ball*, in: Festschr.f. Geiß, 2000, s. 3, 20 vd.; *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 7, § 559 Rdnr. 17; *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 7; *Gaier*, *Urteilstatbestand und Mündlichkeitsprinzip*, 1999, s. 168 vd.

<sup>22</sup> *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 7, § 559 Rdnr. 17; *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 7.

sadece vakıa unsurunu formüle eden mahkemedir. Öyle ki, -alternatif hukuki çözümler için uygun- genel olarak altlanmaya elverişli vakıa unsuru şeklinde değil, en iyi ihtimalle vakıa malzemesinin kendi hukuki düşüncesine uygun düşen bir şekilde ortaya konması umulabilir<sup>23</sup>. Tarafların, bu şartlar altında, AMUY m. 320 uyarınca vakıa unsurlarını düzeltme imkânına sahip olmalarından yola çıkılarak, mahkeme tarafından kaleme aldırılan vakıa unsurunun tam olmaması (kusurlu olması) halinde onların sorumlu tutulmasını izah etmek kolay değildir<sup>24</sup>. Nihayet, vakıa unsurlarına tanınmış olan negatif ispat gücünün temellerinin, menşe itibarıyla, medeni yargının saf bir sözlü usul olarak mevcut olduğu yönündeki çoktandır terk edilmiş bulunan medeni yargılama düşüncesinde yer aldığı belirtilmelidir<sup>25</sup>. Günümüzde medeni yargılama sözlü ve yazılı yargılamanın bir karışımı mahiyetinde olduğundan, hükmün vakıa unsurunda tespit edilmiş bulunan dava malzemesinin tamamlanması için direkt dava dosyasına müracaat etmek gerekebilir. İstisnaen caiz olan yazılı yargılamayla (karş. AMUY m. 128, II; 495a) olan sınırlar bu söylenenle karıştırılmamalıdır. Sözlü yargılamada sadece yazılı olarak değil, sözlü olarak da beyanda bulunma imkânının mevcudiyeti önemli bir fark olarak kalmaktadır<sup>26</sup>.

#### IV. Dava Malzemesi Bakımından Çıkarılan Sonuçlar

Eğer burada savunulan düşünce kabul edilecek olursa, ilk derece mahkemesinin dava malzemesi, istinaf derecesine aktarılırken şu sonuçlar ortaya çıkacaktır: Taraf beyanları iptali istenen hükmün vakıa unsurlarından ve yazılı olarak bildirilen beyanlardan meydana gelecektir<sup>27</sup>. Hükümde anlatılan dava tasviri içerik olarak taraf dilekçelerindeki gerisinde kalırsa, dava malzemesinin tamamlanması için AMUY m. 320 uyarınca vakıa unsurlarının düzeltilmesine ihtiyaç kalmayacaktır<sup>28</sup>. Buna karşılık, hükmün vakıa unsurlarında yer alan olay tasviri dilekçelerdekiyle çelişiyorsa, yani

<sup>23</sup> Bu durum *Rimmelspacher* tarafından gözden kaçırılmıştır. Bkz. *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium (yuk. dn. 11), s. 13.

<sup>24</sup> Aksi görüşte: *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 7.

<sup>25</sup> *Gaier* (yuk. dn. 21), s. 178 vd.

<sup>26</sup> O bakımdan, *Rimmelspacher*'in yazılı yargılama ile aradaki sınırların ortadan kalkacağı yönündeki endişesi boşa çıkmaktadır. Bkz. *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium (yuk. dn. 11), s. 13.

<sup>27</sup> Sonuncusu elbette anlatılan karineye karşılık ispat edilebilir biçimde yazılı beyanlara dayanılmamışsa geçerli olmayacaktır.

<sup>28</sup> *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 7, § 559 Rdnr. 17; *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 7.

vakıa unsuru eksik değil de hatalı ise AMUY m. 314 uyarınca vakıa unsurlarının sahip olduğu pozitif ispat gücünden dolayı farklı sonuca ulaşmak gerekecektir. Burada başvurulacak yol olarak geriye sadece vakıa unsurlarının düzeltilmesi kalmaktadır<sup>29</sup>. Buna karşılık, hükmün vakıa unsurlarının negatif ispat gücünde ısrar edilirse her ihtimalde -buraya tespitlerdeki eksiklik de dâhildir- vakıa unsurlarının düzeltilmesi yoluna başvurmak gerekli hale gelecektir<sup>30</sup>. O takdirde ilk derece yargılaması aşamasında düzeltme yoluna daha fazla gidilecek<sup>31</sup> ve -kural olarak gerekli sözlü yargılamadan (AMUY m. 320, III/1) dolayı- mahkemelerin iş yükü önemli derecede artacaktır.

Diğer sonuçlar pratik açıdan büyük önem taşımaktadır. Şayet ilk derece mahkemesi, tarafların yazılı olarak sundukları beyanları gözden kaçırarsa, ihmal etse ya da salt karar bakımından önemli görmediği için zikretmese bile, ilgili taraf, vakıa unsurlarının düzeltilmesi yoluna başvurmak mecburiyetinde değildir. Taraf beyanları, ilk derece yargılaması bakımından dava malzemesi niteliğini haiz olmakla kalmaz; istinaf derecesinde de dava malzemesi olarak göz önünde tutulurlar. Aksi yöndeki düşünce, yasa koyucunun, taraf beyanlarının mümkün olduğunca ilk derece yargılaması aşamasında ileri sürülmesini sağlamaya yönelik amacı bakımından ölçünün kaçırılması anlamına gelecektir<sup>32</sup>. Zira burada söz konusu olan hallerde, ilk derece yargılamasında usulüne uygun olarak beyanda bulunulmuştur. Beyanların dikkate alınmamış olmasından taraflar değil, mahkeme sorumludur. Beyanların ilk derece mahkemesi tarafından göz önünde tutulmaması durumunda, tarafların bunların dikkate alınmasını sağlamak için –temyiz derecesinde olduğu gibi<sup>33</sup> – bunu usulî bir hata olarak ileri sürmek zorunda olup olmadıkları da ayrı bir mesele teşkil etmektedir. AMUY m. 529, II/1 hükmü, bu itirazın yapılması gerektiği biçimde yorumlanmaya elverişlidir<sup>34</sup>. Buna karşılık, istinaf yargılaması bakımından itiraz yükümlülüğü sadece re'sen dikkate alınmayan usulî hatalar bakımından mevcuttur. İtiraz edilmesi gerekli olan ve olmayan usulî hataların tespiti

<sup>29</sup> *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 559 Rdnr. 6; *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 4.

<sup>30</sup> Bu yönde: *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 529 Rdnr. 4; karşı. *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1901); özellikle *Grunsky*, NJW 2002, 800 (801).

<sup>31</sup> Bilindiği kadarıyla uygulamada bu, zaten dikkate alınmaktadır.

<sup>32</sup> *Grunsky*, NJW 2002, 800 (801); karşı. Eski hukukun istinaf derecesi bakımından hatalı sevkinin izahı için bkz. Begr. des RegE, BT-Dr 14/4722, s. 59 vd.

<sup>33</sup> Karşı. *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 559 Rdnr. 3, 7.

<sup>34</sup> *Musielak/Ball*, itiraza taraftardır. Bkz. *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 7.



konusunda temyiz için geçerli olan (AMUY m. 557, III-AMUY eski m. 559, III) ilkelere müracaat etmek gerekecektir<sup>35</sup>. İstinaf mahkemesinin AMUY m. 286'da kendisine yüklenen görevleri yerine getirip getirmediği ve önemli dava malzemesini kapsamlı bir şekilde inceleyip incelemediği meselesi, temyiz aşaması bakımından mutlak ve AMUY m. 557, III uyarınca re'sen dikkate alınması gereken usulî hatalardan sayılmaktadır<sup>36</sup>. Bununla birlikte, AMUY m. 559, I/1 hükmünün koyduğu koşul nedeniyle, AMUY m. 551, III/2 lit.b hükmü uyarınca yapılacak itirazdan temyiz derecesinde vazgeçilmesi mümkün değildir. Buna göre istinaf hükmünden ya da tutanaklardan anlaşılamayan taraf beyanları, temyiz mahkemesi tarafından da dikkate alınamayacaktır. AMUY m. 559, I/2 ve 551, III, Nr.2 lit.b hükmü yoluyla ileri sürülecek usulî itiraz, temyiz mahkemesinin yaptığı kontrolün kapsamını, ileri sürülmüş bulunan taraf beyanlarının eksikliğinin de dikkate alınmasını sağlayacak şekilde genişletecektir<sup>37</sup>. Buna karşılık, bu bakış açısı, istinaf yargılaması için herhangi bir önemi haiz değildir. Çünkü AMUY m. 559 hükmü burada geçerli değildir ve ilk derece yargılama malzemesi doğrudan doğruya istinaf derecesine aktarılır. Bundan dolayı, istinaf mahkemesi, itirazın yapılmasına ihtiyaç duymaksızın, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararda önemli bir dava malzemesini dikkate alıp almadığını kontrol eder<sup>38</sup>.

Şu halde, istinaf mahkemesinin, ilk derece yargılaması temelinde, dava dosyasından anlaşılan ve hükmün vakıa unsurları ile çelişki içerisinde bulunmayan beyanları olayın çözümü için kullanabileceği ve ilk derece mahkemesinin tespitlerini gereksiz kılan hukuki bir yöntem denemesi yasaklanmış değildir<sup>39</sup>. AMUY m. 529, I, Nr. 1 anlamında ilk derece mahkemesince yapılan tespitlerin doğruluğu ya da tamlığından kuşkulanması gerekip gerekmediği sorusu önemli değildir.

<sup>35</sup> *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1901); *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn.2), § 529 Rdnr. 38; *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 20 vd.

<sup>36</sup> *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn.2), § 557 Rdnr. 27.

<sup>37</sup> Karş. *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn.2), § 557 Rdnr.7; *Gaier* (yuk. dn. 21), s. 205 vd.

<sup>38</sup> Bu yönde, özellikle *Bath*, NJW 2002, 1702 (1703); *Vorwerk*, in: NJW Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion (yuk. dn. 11), s. 7; *Zöller/Gummer/Heßler* (yuk. dn. 4), § 529 Rdnr. 7; *Gaier* (yuk. dn. 21), s. 205 vd.

<sup>39</sup> *Vorwerk*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion (yuk. dn. 11), s. 6 vd.; aksi yönde: *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion (yuk. dn. 11), s. 16.

Burada savunulan görüşe göre, ilk derece yargılamasında dikkate alınmayan dava malzemesi ve hatta hükmün vakıa unsurları kısmında olayın eksik anlatımı, AMUY m. 529, I, Nr. 1 anlamında tespitlerin doğruluğu ve tamlığından haklı olarak şüphe edilmesi sonucunu doğurabilir<sup>40</sup>. Ayrıca bir iddia ya da savunma aracının “yeni” sayılması ve böylelikle onun AMUY m. 531, II’deki şartlar altında dikkate alınıp alınmayacağı meselesi, sadece ilk derece mahkemesi hükmünün vakıa unsurları temelinde değil, ayrıca taraflar arasında teati edilen dilekçeler de dikkate alınmak suretiyle karara bağlanır. İlk derece mahkemesi önündeki sözlü yargılamanın sonuna kadar ileri sürülmemiş olan beyanlar “yeni” sayılır<sup>41</sup>. Burada savunulduğu gibi, hükmün vakıa unsurlarına negatif etki tanınmazsa, bundan ilk derece dava malzemesinin bağlayıcı etkiye sahip olduğu sonucu çıkmaz<sup>42</sup>. Bundan dolayı, tarafların, ilk derece yargılaması sırasında sunmuş oldukları dilekçelerde mahkeme hükmünde yer almayan başka beyanlar bulunmaktaysa bunlar -hatalı olmaları durumunda dahi - ilk derece yargılamasının dava malzemesine dâhil sayılmak zorundadır.

## V. Sonuçların Kontrolü

Nihayet burada savunulan sonucun, Medeni Yargıda Reform Yasası’nın istinaf mahkemesine tanımış olduğu amaca ve istinaf yargılaması için öngörülmüş bulunan diğer düzenlemelere uygun düşüp düşmediği denetlenmelidir.

### 1. İstinafin Amacı

İstinafin amacı (yeniden) tanımlanmıştır. Buna göre, istinafin amacı, ilk derece mahkemesi hükmünü, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı ve yapılan tespitlerin doğruluğu ve tamlığı noktasında denetlemek ve muhtemel hataları ortadan kaldırmaktır<sup>43</sup>. Tevdi edilen bu ödev karşısında istinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasının dava malzemesinin parçalarını dikkate almaksızın ilk derece mahkemesine nazaran başka vakıa malzemeleri temelinde karar vermek zorunda olsa idi bu, gerçekten yargılamanın sakıncalı bir biçimde şekillendirilmesi olurdu.

<sup>40</sup> *Vorwerk*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposion (yuk. dn. 11), s.7; aksi görüşte: *Rimmelpacher*, NJW 2002, 1897 (1901).

<sup>41</sup> *Rimmelpacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 520 Rdnr. 58; *Musielak/Ball* (yuk. dn. 4), § 531 Rdnr. 14.

<sup>42</sup> Aksi görüşte: *Rimmelpacher*, in: MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 2), § 520 Rdnr.61.

<sup>43</sup> Bu şekilde: *Begr. des RegE*, BT-Dr 14/4722, s. 64.

Nihayet, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını inceleyemez ve gerekli hallerde düzeltmez; aksine başka bir hukuki uyumsuzluk hakkında hüküm verirdi. İstinaf davacısının, vakıa unsurlarının düzeltilmesi yolu ile hükmün vakıa unsurlarının tamamlanmasını sağlama imkânına sahip olmasına itiraz edilemez. İstinaf davacısı bu yola yönlendirilemez. Çünkü - yukarıda (III) numaralı başlık altında izah edildiği üzere- bizzat AMUY m. 313, II hükmü, taraf beyanlarının tamamıyla tekrarlanmasını değil; aksine sadece “önemli içeriğinin” ortaya konmasını gerekli görmektedir. Düzeltme usulü dikkate alındığında, hükmü kaleme alırlarken mahkemelere yüklenen ödevlerden daha fazlasının taraflardan beklenmesini haklı bulmak güçtür. Bunun dışında, vakıa unsurlarının düzeltilmesi usulü, hiçbir şekilde hükmün vakıa unsurlarının tamamlanmasını garanti etmemektedir. İlk derece mahkemesi bu konuda, kural olarak itiraza tâbi olmayan bir karar verir (AMUY m. 320, IV/4)<sup>44</sup>. Aksi takdirde ilk derece mahkemesi, istinaf aşamasında hiçbir kontrole tâbi olmaksızın, ikinci derece yargılamada kullanılacak dava malzemesini, istinaf mahkemesine dikte ettirebilirdi.

## 2. İstinaf Yargılaması İçin Hükümler

İlk bakışta yasanın burada tartışma konusu yapılan güçlüğün önemli bir kısmı için hâlihazırda kurallar tanzim etmiş olduğu görülmektedir. Çünkü AMUY m. 531, II/1 Nr. 1 hükmü, ilk derece mahkemesinin gözden kaçırmış olduğu ya da önemsiz addettiği bir bakış açısına ilişkin yeni iddia ve savunma araçlarına izin vermektedir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm yakından incelendiğinde düzenlemenin ilk derece yargılaması aşamasında ileri sürülmüş ve fakat karar verilirken dikkate alınmamış bulunan taraf beyanlarını kapsamadığı anlaşılmaktadır<sup>45</sup>. Düzenleme, ilk derece yargılaması aşamasında ileri sürülmüş bulunan iddia ve savunma araçları için geçerli değildir. Çünkü onlar “yeni” beyan sayılmamakta ve ilk defa istinaf aşamasında ileri sürülmemektedirler. Aksi takdirde –tıpkı yasada öngörülmüş olduğu gibi- ilk derece tarafından gözden kaçırılmış ya da önemsiz addedilmiş sayılamazlardı. Bu sebepten, AMUY m. 531, II/1 Nr.1 hükmünün fonksiyonu (işlevi) -özellikle dava malzemesinin aydınlatılmasında olduğu gibi- tamamıyla başka bir yöne kaymaktadır. AMUY m. 139 hükmünün bir gereği olarak, taraflara istinaf mahkemesinin

<sup>44</sup> İstisnalar için bkz. *Musiak* (yuk. dn. 4), § 320 Rdnr. 10 diğer gerekçelerle birlikte.

<sup>45</sup> Aksi görüşte: *Rimmelspacher*, in: NJW-Sonderheft zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium (yuk. dn. 11), s. 14.

kendilerinden farklı hukuki değerlendirmesine karşı görüşlerini açıklayabilme ve bu değerlendirme karşısında yeni iddia ve savunma araçlarını ileri sürebilme imkânı tanınmalıdır. Taraflar, ilk derece mahkemesince karara etkili bulunmayan hususlar hakkında da ihtiyaten beyanda bulunmak zorunda bırakılmamalıdır<sup>46</sup>. Düzenlemeden, tarafların ilk derece mahkemesindeki iddia ve savunma araçlarını, istinaf mahkemesi önünde bir kez daha ileri sürmeleri gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır.

---

<sup>46</sup> Begr. zu § 531, II/1 Nr.1 RegE, BT-Dr 14/4722, s. 101.