

ALMAN YASA YOLLARININ GELİŞİM ÇİZGİSİ*

The Development Tendency of German Legal Remedies

Hanns PRÜTTING**

Çev.: Cenk AKİL***

ÖZET

Alman hukukunda 1877 yılında kabul edilen Usul Yasası ile yasa yolları sınırlı sayıda düzenlenmeye çalışılmıştır. Alman hukukunda istinaf, temyiz ve şikâyet olmak üzere üç yasa yolu mevcuttur. Bunların yanı sıra hem nihai olan hem de nihai olmayan kararlara karşı gidilebilen hukuki çareler öngörülmüştür. Yasa koyucu bu hukuki çareleri tüketici biçimde saymaya çalışmıştır. Buna rağmen, mahkemeler uzun zamandan beri bir yandan mevcut hukuki çareleri genişletmiş öte yandan yeni hukuki çareler kabul etmişlerdir. Bu gelişimi göz önünde bulunduran yasa koyucu, medeni yargılama hukukundaki hukuki çare imkânlarını sınırlandırmak zorunda kalmıştır. Yasa koyucu bu sınırlandırmayı özellikle temyiz yoluna ilişkin olarak gerçekleştirmiştir.

Anahtar Sözcükler: Medeni Usul Hukuku, Hukuki Çareler, İstinaf, Şikâyet, Yargılamanın Yenilenmesi

* Makale için bkz. Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 851 vd. Bu çalışma hocam, merhum Halûk Konuralp'ın anısına ithaf edilmiştir.

** Prof. Dr. Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

*** Dr. (akilcenk@hotmail.com).

ABSTRACT

It has been tried to regulate the legal remedies according to the principle of numerus clausus with the Civil Procedure Law enacted in 1877 in German law. There exist three legal remedies in German law which are appeal, cassation and objection. In addition to these, legal remedies have been stipulated which may be resorted against both final and provisional judgments. The legislator has attempted to count these legal remedies according to the principle of numerus clausus. However courts have enlarged the means of legal remedies on the one hand and have adopted new legal remedies on the other hand for a long time. The legislator has had to limit the legal remedies in civil procedure law by taking this development into consideration. The legislator has implemented this limitation especially regarding the cassation.

Keywords: Civil Procedure Law, Legal Remedy, Appeal, Objection, Resumption of Proceedings

Plân: I. Giriş, II. Mesele, III. Yazılı Olmayan Hukuki Çareler, 1. Olağanüstü İstinaf, 2. Yasaya Aşikâr Aykırılık Nedenine Dayandırılan Olağanüstü Şikâyet, 3. § 826 BGB Yoluyla Kesin Hükümün Ortadan Kaldırılması, 4. Diğer Hususlar, IV. Yazılı Olmayan Hukuki Çarelere Dair Yargısal Yasak?, 1. Olağanüstü Şikâyet Hakkında Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin İçtihadı, 2. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30.04.2003 Tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı, 3. § 826 BGB' ye Aykırılık, V. Karşı İtiraz Yolunun Özel Durumu, VI. Sonuç

I. Giriş

Alman Medeni Yargısı'nın tüm sistemi, yeni bir ulus devletinin kurulmasına yol açan 19. Yüzyılın bir ürünüdür. 1806 tarihinde Kutsal Roma İmparatorluğu'nun (Habsburger'li İkinci Franz'ın, 06.08.1806'da Alman İmparatorluk Tacı'ndan feragat etmesiyle Alman İmparatorluğu şeklen ortadan kalkmıştır) yıkılmasından sonra, Alman Topraklarında, aralarında Prusya ve Avusturya'nın öne çıktığı küçük ve orta büyüklükteki devletler, renkli bir tablo oluşturmaktaydı. İlk defa, 1870/71 Alman-Fransız savaşı, Prusya liderliğinde yeni bir Alman İmparatorluğu'nun kurulmasına yol açtı. Bu yeni İmparatorluk, tüm hukuk alanlarında uygulanmak üzere

acilen yeknesak ve modern yasalara ihtiyaç duydu ve 1870 ilâ 1900 yılları arasında önemli ölçüde yasalastırma çalışması yaptı. Usul hukuku alanında, 1877 tarihli İmparatorluk Adalet Yasaları ön plana çıktı. Bu yasalar arasında Mahkeme Teşkilatı Yasası, Medeni Usul Yasası, Ceza Usul Yasası ve İflâs Yasası bulunmaktaydı. 1878'de yeknesak İmparatorluk Avukatlık Yasası kabul edildi. Bunu, 1890'da Ticaret Mahkemesi Yasası ile 1893'te Çekişmesiz Yargı Yasası takip etti. Böylelikle, usul hukukunun o zamanlar bilinen, önemli alanları meydana çıkarıldı.

1877'de kabul edilen Medeni Usul Yasası çerçevesinde, yasa koyucu, tüm usul hukukunu ve özel olarak yasa yollarını eksiksiz bir şekilde yasalastırmayı denedi. Dar bir yasa yolu anlayışı çerçevesinde, 1877'den günümüze kadar, AMUY m. 511 uyarınca istinaf (ilk derece mahkemesi hükümlerine karşı), AMUY m. 542 uyarınca temyiz (ikinci derece mahkemelerince verilen hükümlere karşı) ve AMUY m. 567 uyarınca, acele şikâyet ve itiraz olmak üzere (ara kararlarına karşı) üç olağan yasa yolu mevcuttur. Almanya'da bu yasa yollarının karakteristik özelliği olarak aktarma etkisi (hukuki uyuşmazlığın bir üst dereceye intikali) ile erteleme etkisi (hükümün şekli anlamda kesinleşmesinin geçici olarak engellenmesi) kabul edilmektedir.

Bunların dışında, teknik anlamda yasa yollarının şartlarını taşımaksızın, nihai olmayan yargısal kararlara karşı gidilebilen ve açıkça düzenlenmiş bulunan hukuki çareler de vardır. Bu çarelere, ilamsız icra takibine karşı itiraz (AMUY m. 694), hacze ve ihtiyati tedbirlere karşı itiraz (AMUY m. 924, 936), gıyap hükmüne karşı itiraz (AMUY m. 338) ile icra kararına karşı gidilen itiraz (AMUY m. 700), hakem kararına karşı gidilen iptal yolu (AMUY m. 1059), cebri icrada çeşitli hukuki işlemlere karşı ihtar (AMUY m. 573, 766, 732, 777), icra edilebilirlik kaydı için açılan dava ya da icra edilebilirlik kaydına karşı açılan dava (AMUY m. 731, 768), icraya karşı korunma davası (AMUY m. 765a), icra takibine itiraz davası (AMUY m. 767, 785, 786), müdahale yoluyla dava (AMUY m. 771, 772, 773, 774) örnek gösterilebilir.

Nihayet, Alman Medeni Usul Yasası'nda kesinleşmiş hükme karşı başvuruyu sağlayan olağanüstü hukuki çareler de vardır. Bunlara özellikle, eski hale iade (AMUY m. 233), yargılamanın butlan ya da iade davası yoluyla iadesi (AMUY m. 578 vd.), değişiklik davası (AMUY m. 323) ile

kısa süre önce kabul edilen hukuki dinlenilme hakkının ihlaline itiraz yolu (AMUY m. 321a) örnek verilebilir.

II. Meselenin Takdimi

Alman Hukuku'ndaki olağan yasa yolları ile diğer hukuki çarelere kısaca göz atıldığında yapılan düzenlemeler ile bu kurumların tüketici biçimde sayıldığı ve düzenlendiği fikri uyanmaktadır. Bu düzenlemeye rağmen, Almanya'da mahkemelerin uzun zamandan beri tüm hukuki çareleri genişletmek ve ayrıca yeni hukuki çareler yaratmak konusundaki çabaları şaşkınlık yaratmaktadır. Bu gelişme, yasa koyucunun yakın zaman içerisinde yeniden Alman Medeni Yargılama Hukuku'ndaki yasa yolu imkânlarını daraltmayı denemesine yol açtı. Yasa koyucu, temyiz yasa yoluna ilişkin olarak önemli kısıtlamaya gitti. Buna göre, 2002'den itibaren geçerli olmak üzere, temyiz yoluna ancak ikinci derece mahkemesi açıkça izin verirse ya da Alman Federal Temyiz Mahkemesi izin verilmemeye karşı gidilen şikâyeti kabul ederse gidilebilecektir.

III. Yazılı Olmayan Hukuki Çareler

1. Olağanüstü İstinaf

Yasal olarak kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş hukuki çareler bakımından yargı içtihatları ile pek çok şekilde, yasal sınırların dışına çıkılması ya da tamamıyla müstakil mahiyette hukuki çarelerin caiz olduğunun kabul edilmesi şaşkınlık yaratmaktadır. İlk derece mahkemesince verilen nihai hükümler bağlamında, AMUY m. 511a hükmünde daha önce zikredilen istinaf meblağının altında kalan iptal imkânlarının genellikle ortadan kaldırılması durumuyla karşılaşılıyordu¹. Bu meblağ sınırının istisnası AMUY m. 513, II'de düzenlenmişti. Söz konusu hükümde AMUY m. 345'e göre teknik anlamda ikinci bir gıyap hükmünün iptali durumunda uyuşmazlığın değeri dikkate alınmamaktaydı. Bu norm, pek çok şekilde kıyas yöntemi temel kabul edilmek suretiyle bütünüyle farklı olaylarda olağanüstü istinafin caiz olarak görülmesine kapı araladı. Bu bağlamda, örneğin, o zamanki AMUY m. 128, II ve III uyarınca yazılı yargılama usulünde taraflardan birinin hakkı, dilekçelerin ibrazı için gerekli süreyi kaçırmak suretiyle düşmüş ise onun istinaf yoluna başvurabileceği kabul

¹ AMUY m. 511a hükmü 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

edildi². Keza, AMUY m. 283 uyarınca tanınmış bulunan dilekçe sunma süresinin geçirilmesinden sonra da istinafa başvuru imkânı benzetme suretiyle genişletildi³. Bunun yanı sıra, istinafa başvuru imkânı, yasal bir temeli olmaksızın AMUY m. 495a uyarınca basit yargılama usulü çerçevesinde hukuki dinlenilme hakkının temin edilmemiş olması durumunda da kabul edildi⁴. Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi, olağanüstü istinaf hakkındaki içtihadı genişleterek, yasa yoluna başvuran tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü her durumda, AMUY m. 513, II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle istinafa başvurulabileceğini kabul etti⁵. *Wiesbaden* Sulh Hukuk Mahkemesi de sonuç itibarıyla benzer şekilde hukuki dinlenilme hakkının temin edilmemesi durumunda verilen kararın genel olarak varlık kazanamayacağına hükmetti⁶.

Metodik açıdan, yazılı olmayan bu tip hukuki çarelerin yorum yoluyla Alman Medeni Usul Yasası'nın öngörmüş bulunduğu yasa yolları arasına monte edilmesinin düşünülüp düşünülemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu, o zaman yürürlükte bulunan AMUY m. 511, 511a, 513, II hükümlerinin lafzı karşısında olanaksız idi. Çünkü bu hükümler, yargı içtihatlarıyla yasa yolu imkânlarının geliştirilmesine taban tabana zıt ifadeler içeriyorlardı. Bunun yanı sıra, tarihi ve sistematik yorum da farklı bir sonuca götürmemektedir. Zira yasa koyucu, bilinçli olarak, uyuşmazlıklar için tespit edilmiş belirli meblağ sınırlarıyla kendi kendine yeten bir yasa yolu sistemi düzenlemişti. Yasa koyucunun niyeti bakımından AMUY m. 513, II hükmünün, uyuşmazlık değeri kriterinin bir istisnasının nihai olarak düzenlenmiş olduğu özel bir durum arz ettiği tartışmasızdı. Aslında amaçsal yorum da farklı bir sonuca götürmemektedir. Yasa yoluna getirilen sınırlamaların amaçsal olarak değerlendirilmesi, şekli anlamda kesinleşme ile doğrudan doğruya bağlantılıdır ve şekli anlamda kesinleşme olmaksızın hukuki kesinlik ve açıklık mümkün değildir. Bundan dolayı, yasa yoluna getirilen sınırlamalar ile tümüyle kati ve öngörülebilir bir şekli anlamda kesinleşmenin temin edilmesi amaç edinilmiştir.

² LG Dortmund, NJW 1986, 2959; LG Frankfurt, NJW 1985, 1171; LG Kiel, AnwBl. 1984, 502; LG Zweibrücken, JZ 1989, 50.

³ LG Dortmund, NJW 1986, 2959; LG Hannover, NJW-RR 1989, 382.

⁴ LG Essen, NJW-RR 1993, 576; LG Bochum, NJW-RR 1995, 1342.

⁵ LG Frankfurt, NJW 1987, 2591.

⁶ AG Wiesbaden, NJW-RR 1995, 702.

Eğer normal yasa yorumu açıkça elverişsiz olarak nitelendirilip bir kenara bırakılırsa, mahkemeler tarafından, AMUY m. 513, II hükmünden hareketle, olağanüstü istinafin kıyas yoluyla uygulanması bir sonraki mütalaa olarak gündeme gelmektedir. Fakat burada, gizli bir yasa boşluğunun mevcut olup olmadığı tartışılmak zorundadır. AMUY m. 511a ile 513, II hükümlerinin sistematik bağlantısı, burada sınırlı sayıda (tahdidi) bir düzenlemenin amaçlandığını göstermektedir. Kim, gizli bir yasa boşluğu olduğunu iddia ediyor ise, o, yasa koyucunun öngörmediği bir durumun varlığını göstermek zorundadır. Yasa koyucu böyle bir durumu tespit etse idi, AMUY m. 513, II'ye benzeyen özel bir düzenlemeye giderdi. Mahkemelerin olağanüstü istinafa başvurulması gerektiği sonucuna vardıkları tüm hallerde aslında, sonuç itibarıyla hukuki dinlenilme hakkın ihlali söz konusu olduğundan bu başvurular kabul edilmemelidir. Fakat yasa koyucunun hukuki dinlenilme hakkının ihlali meselesini bilmemesi ya da dikkate almaması olanaksızdır. Bundan başka, AMUY m. 513, II hükmünün kıyasa temel alınması tamamıyla yersizdir. Zira onun AMUY m. 345'e göre ikinci kıyas hükmüne ve oradaki itirazın olanaksızlığı düzenlemesine yaptığı atıf öylesine spesifik ve ikinci kıyas hükmünde mevcut hukuki koruma boşluğuna yaptığı atıf ise öylesine somuttur ki, normun kıyas yoluyla uygulanması olanaksızdır. Bu durum, bilhassa, AMUY m. 700, VI hükmünün ilâmsız icra takibine uygulanmasında görülmektedir. Nihayet, olağanüstü istinafin kabulü bağlamında zikredilen hukuk yaratımının gelenek hukuku bakımından süreklilik kazandığı kesinlikle kabul edilemez. Çünkü burada zikredilen kararların tümü hakkında çok sayıda farklı görüş ileri sürülmüştü.

Olağanüstü istinaf bakımından sonuç açıktır: Yazılı olmayan bir hukuki çare olarak olağanüstü istinaf metodik açıdan kesinlikle savunulamaz.

2. Yasaya Açık Aykırılık Nedeniyle Olağanüstü Şikâyet

Mahkeme kararlarında geçen yazılı olmayan hukuki çareler arasında en büyük pay -hukuki bir temeli olmaksızın- yasaya açık aykırılık nedeniyle kabul edilen olağanüstü şikâyet yoluna aittir. Bu içtihada göre iptali kabil olmayan kararlar, eğer bunlar (çok sık başvuru formüle göre) yürürlükteki hukuk düzeni ile genel olarak uyumsuz iseler iptal edilebilmelidirler. Çünkü onlar her türlü yasal temelden yoksundurlar ve içerik olarak yasaya

yabancıdırılar⁷. Yargı içtihatları AMUY m. 567'nin lafzını kesin olarak aşarak, olağanüstü şikâyet yolunu, bir iptal imkânının yasa tarafından öngörülmemiş olduğu hallerde kabul etmiştir. Ayrıca, iptal imkânı, iptalin yasada açıkça yasaklandığı durumlarda da kabul edilmiştir. Buna örnek olarak AMUY m. 281, II, c.2 hükmüne göre verilen ve iptali kabil olmayan gönderme kararı verilebilir. Cebri icranın taliki (AMUY m. 707, 719) ya da evliliğe ilişkin davalardaki geçici tedbirlere ilişkin kararlar (AMUY m. 620 vd.) bakımından da durum aynıdır.

Yasada öngörülmemiş bulunan olağanüstü şikâyetin gelişim çizgisine metodik açıdan yakından bakıldığında, her şeyden önce bu hukuki çarenin tıpkı olağanüstü istinaf gibi yorum yoluyla hiçbir şekilde yasadan çıkarılamayacağı tespit edilmektedir. Ayrıca, kıyas yolu ile hukuk yaratılması düşüncesi de dikkate alınmaz. Yargı içtihadında da olağanüstü şikâyet yolu bakımından uygun bir normun bulunmaması nedeniyle kıyas yoluna başvurulmamıştır. Zaman zaman gelenek hukuku bağlamında süreklilik kazandığı ileri sürülen, tekrar tekrar gerçekleştirilmeye çalışılan hukuk yaratımı praeter legem (yasa yanında) kalmaktadır. Buna rağmen, bu konuda gelenek hukuku tezinin ileri sürülmesi pek de ikna edici değildir. Çünkü bu, genel bir içtihadın şartlarına sahip değildir. Öğretide ve zikredilmesi gereken azınlık görüşünde karşı tezler ileri sürülmesine rağmen, uygulamada, istikrar kazanmış mahkeme kararının mevcudiyeti halinde derhal gelenek hukukunun aradığı sürekliliğin gerçekleştiği iddia edilmektedir. Daha da önemlisi ise, burada hukukun caiz bir şekilde yaratılmasının söz konusu olup olmadığı ya da olağanüstü şikâyet yolunda yasaya aykırı biçimde hukuk yaratılmasının söz konusu olup olmadığı meselesidir. Çünkü yasanın yanında, hukukun caiz bir biçimde yaratılması, hukuk yaratımının, yasayı ve yasa koyucunun iradesini bilinçli olarak boşa çıkarmaması ve nihayet, aslında bu haliyle yasa koyucuya bırakılması gereken yeni hukuki kararların verilmiş olmasını şart kılar. Yasaya aykırı olarak gelişen böyle bir içtihat, olağanüstü şikâyet durumunda kabul edilebilirdi. Zira yasa yolu sisteminde ve onun (daha önce tasvir edilen) şekli

⁷ Hepsi yerine karşı. BGHZ 119, 372; BGHZ 121, 397; BGH, NJW 2000, 960; BGH, NJW 2002, 754; BGH, NJW 1993, 135. Öğreti bakımından özellikle karşı. Schmidhals, Die greifbare Gesetzwidrigkeit, Diss. Jur. Köln 1992; Tappenier, Die außerordentliche Beschwerde im Zivilprozess, Frankfurt 1998; Kutsch, Das Institut der außerordentlichen Beschwerde nach dem ZPO-Reformgesetz, Frankfurt 2004.

anlamda kesinleşme ile bağlantısı hukuki kesinlik ilkesi açısından merkezi öneme sahiptir ve bu, hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsurudur. Bundan dolayı, bu ilkenin sağladığı hukuki koruma sisteminin yargıç tarafından yaratılan değişiklikler ile tehlikeye atılması, yasaya aykırı sayılmalıdır⁸.

3. AMY m. 826 Uyarınca Kesin Hükümün Ortadan Kaldırılması

Buraya kadar tartışılan yazılı olmayan hukuki çarelere, içtihatlarla uzun zamandan beri kabul edilmiş bulunan AMY m. 826 uyarınca kesin hükmün ortadan kaldırılması imkânı da dâhildir. Burada İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi tarafından geliştirilmiş bir araç söz konusudur. Yargılamanın iadesi normlarının (AMUY m. 578 vd.) yanında ve fakat ondan bağımsız olarak dava yoluyla özel bir yöntemle kesinleşmiş bir hükmün ortadan kaldırılması söz konusudur⁹. Bu davanın şartları, hükmün hatalı olması, hükmün hileyle elde edilmiş olması ya da istismar edilmesi ve bunlardan ilam sahibinin haberinin olmasıdır. Bu hukuki çare, kural olarak, yukarıda anlatılan, yazılı olmayan hukuki çareler içerisinde zikredilmemesine rağmen, burada ondan da söz etmek gerekir. Çünkü AMY m. 826'ya istinaden açılan bu dava, şartları, amacı ve içeriği bakımından sonuç itibarıyla yargılamanın iadesi yoluna denk gelen olağanüstü bir hukuki çaredir. Fakat (esas olarak, tartışmasız biçimde) bu hukuki çare aslında AMY m. 826'ya dayandırılmamakta; aksine tazminat normu, kesinleşmiş bir karara karşı yöneltilen itirazın yazılı olmayan formu için sadece harici bir bağlantı noktası olduğundan kesin hükmü ortadan kaldıran bu imkân, yazılı olmayan hukuki çareler arasında sayılmak zorundadır.

AMY m. 826'ya istinaden açılan bu davanın caizliği hakkında, her şeyden önce bu hukuki çarenin yukarıda zikredilen diğer hukuki çareler gibi yürürlükteki hukukun bir yorum tarzından çıkarılmadığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte, burada hukukun caiz olarak yaratıldığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu düşünceye kesinlikle karşı çıkılmamalıdır. Bilindiği üzere, yargı içtihatları, AMY m. 826'da istinat ettirilen davanın AMUY m. 578 vd.

⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki 20.04.2003 tarihli kararı için bkz. NJW 2003, 1924, 1928.

⁹ İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadı bakımından karşı. RGZ 61, 359; RGZ 67, 151; RGZ 75, 213; RGZ 78, 389; RGZ 155, 55. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin içtihadı bakımından karşı. BGHZ 40 130; BGHZ 50, 115; BGH, NJW 1974, 557; BGH, NJW 1987, 3256 ve 3259.

maddelerine entegre edilmesini hep reddetmişlerdir. Eğer kesin hüküm kurumu tümüyle tehlikeye atılmak istenmiyorsa, AMUY m. 578 vd. maddelerinin öngördüğü sistemin ötesinde yasa boşluğu olduğu fikri kesinlikle reddedilmelidir. AMY m. 826 uyarınca kesin hükmün ortadan kaldırılabilmesi, gelenek hukuku bakımından süreklilik kazanılmış olmasına dayandırılmaz. Çünkü kesin hükmün ortadan kaldırılmasına ilişkin yargı içtihatları, öğretilerde daima sert ve kapsamlı bir şekilde eleştirilmektedir¹⁰.

4. Diğer Bağlantı Noktaları

Yazılı olmayan hukuki çareler hakkında buraya kadar yapılan açıklamalar, şüphesiz, yargı içtihatlarında en bilinen ve en sık rastlanan gelişim çizgisine ilişkindir. Bununla birlikte, buraya kadar sayılanların tüketici olduğu sanılıyorsa, ortada bir yanlış anlaşılma var demektir. Yargı içtihatları, başka hallerde de yasa yoluna getirilen yasal sınırlamalara uymamaya ve farklı şekillerde hukuk yaratmaya devam etmiştir. Bu bağlamda, örneğin, önceki düzenleme zamanında AMUY eski m. 568, II, c.1 uyarınca diğer şikâyet imkânı önemli ölçüde sınırlandırılmıştı. Daha önce diğer şikâyet yolu, sadece, ilk karar ve şikâyet mahkemesinin verdiği karar birbirinden önemli derecede farklı hükümler içermekte ise gündeme geliyordu. Bu yasa yolu sınırlaması, yargı içtihatlarında ağır usuli hataların daima diğer şikâyet yolu için çıkış noktası olarak kabul edilmesiyle ortadan kaldırıldı¹¹. Buraya, AMUY m. 321a uyarınca yapılan dinlenilmeme itirazının yasada zikredilmeyen unsurlara teşmil edilmesini kısa süre önce kabul eden yargı içtihatları da dâhildir¹². Yazılı olmayan hukuki çarelerin bu ya da diğer durumlarda genişletilmesi hususunu burada ayrıca tartışmaya gerek yoktur. Açıktır ki, onların caiz olup olmadığı da buraya kadar anlatılan yazılı olmayan hukuki çareler gibi değerlendirilebilirler.

¹⁰ Tümü hakkında karşı. Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln, 2. B., 1994, s. 41 vd., 77 vd.

¹¹ Nihayet karşı. BGH, NJW 1990, 838.

¹² Karşı. OVG Lüneberg, NJW 2006, 2506; daha fazla bilgi için bkz. MüKo-ZPO/Musielak, 3. B. 2008, § 321a, Rdn. 14.

IV. Yazılı Olmayan Hukuki Çarelerin Yargısal Olarak Yasaklanması?

1. Olağanüstü Şikâyet Hakkında Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin İçtihadı

Yasa yolu ve hukuki çare hakkındaki düzenleme, 2002'de yürürlüğe giren Alman Medeni Usul Yasası Hakkındaki Reform Yasası ile önemli ölçüde değiştirildi. Özellikle AMUY m. 511, II, Nr. 2 ile istinaf yoluna erişim genişletildi, temyiz yoluna erişim AMUY eski m. 554b (AMUY m. 546 ile bağlantılı olarak) önemli ölçüde sınırlandırıldı, istinaf ve şikâyet yolları içerik olarak yeniden tanzim edildi, süresiz şikâyet ile diğer şikâyet usulü tamamıyla kaldırıldı, yeni erişim kriterleriyle itiraz yolu kabul edildi. Nihayet, dinlenilmeme itirazını düzenleyen AMUY m. 321a ile tamamıyla yeni bir hukuki çare kabul edildi.

Bu değişikliklere rağmen hiç kimse, yazılı olmayan hukuki çareler hakkındaki içtihadın değişeceğini hesaba katmadı. Bundan dolayı, Alman Federal Temyiz Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 07.03.2002 tarihli kararında¹³, Reform Yasası ile şikâyet yolunun yeniden düzenlenmesinden ve AMUY m. 321a'nın kabulünden sonra, yazılı olmayan olağanüstü yasa yolu ile Alman Federal Temyiz Mahkemesi'ne başvurunun, kararın, şikâyetçinin usuli temel bir hakkını ihlal etmiş ve diğer sebeplerle yasaya açıkça aykırı olması durumunda dahi, olağanüstü yasa yolu ile Alman Federal Temyiz Mahkemesi'ne başvurulmasının caiz olmadığını kabul etmesi büyük bir şaşkınlık yarattı.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararında yasanın metnine sıkı sıkıya bağlı kaldı ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi'ne erişimin münhasıran AMUY m. 574, I'de zikredilen hallerde caiz olduğunu kabul etti. Yasada sayılan haller dışında, şikâyet edilen mahkemenin kararının yasaya açıkça aykırı olduğu hallerde dahi olağanüstü yasa yoluna başvurulamayacağına hükmetti. Alman Federal Temyiz Mahkemesi, bu bağlamda, özellikle sisteme aykırı kural boşluğunun mevcudiyetini de reddetti. Çünkü Yüksek Mahkeme'ye göre, yasa koyucu, AMUY m. 321a ile bundan böyle, usuli temel hakların ihlali durumunda uygulanabilecek bir kural koydu. Sonuç olarak, Alman Federal Temyiz Mahkemesi, yasaya açık

¹³ BGHZ 150, 133.

aykırılık nedeniyle olağanüstü şikâyet yoluna başvurulabileceğine ilişkin içtihadını açıkça terk etti.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararı, buraya kadar yazılı olmayan hukuki çareler hakkında yapılan açıklamalara paralel olarak pek çok açıdan doğru tespitler içermektedir. Nitekim Alman Federal Temyiz Mahkemesi, haklı olarak, yasa metninin ve hukuki güvenlik ile yasadaki yasa yollarına ilişkin maksada aykırı kural boşluklarının bulunmadığını vurgulamıştır. Buna karşılık, Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı beklenildiği gibi itiraza uğramıştır. Bu itiraz, yasa koyucunun her şeyden önce AMUY m. 321a hükmünü uygulanma alanı bakımından olağanüstü dar biçimde sınırlandırmış olduğu yönündedir. Ayrıca, yasaya ilişkin dökümanlarda, yeni dinlenilmeme itirazı ile yasaya ağır aykırılık nedeniyle gidilen olağanüstü şikâyet yoluna başvurma imkânının bundan böyle ortadan kalkacağına yönelik işaretler bulunmaktadır¹⁴. Yasanın lafzına, sistematığına ve yasa koyucunun eski (tarihi) anlayışına yapılan bu atıflar, orijinal halinde çok dar kapsamda düzenlenmiş bulunan dinlenilmeme itirazının mevcudiyeti ile, yasaya ağır aykırılık nedenine dayanan olağanüstü şikâyet yolunun tamamıyla kaldırılmasının gerekçelendirilmesinin çok güç olduğunu göstermektedir. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin tamamıyla doğru çıkış noktasına rağmen 07.03.2002 tarihli kararın tamamıyla tatmin edici olduğu söylenemez. Bundan dolayı, Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararının yargı kararlarında ve öğretide önemli ölçüde taraftar bulmaması şaşırtıcı değildir¹⁵.

2. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30.04.2003 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı

30.04.2003 tarihli karar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Birinci Dairesi'ne intikal eden, eyalet yüksek mahkemelerinden birinin istinaf üzerine vermiş olduğu kararın, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline rağmen temyiz derecesinde iptal edilemediği bir davadan önce verilmiştir. İstinaf mahkemesi, temyize izin vermemiş ve o zaman yürürlükte bulunan hukuka göre temyiz sınırına ulaşılmamış olduğu için Alman Federal Temyiz Mahkemesi temyiz başvurusunu caiz olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

¹⁴ Karş. BT-Drucks. 14/4722, s. 69.

¹⁵ Örneğin, karş. BFH, NJW 2004, 2854; Vollkommer, Festschrift für Schlosser, 2005, 1016; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 5. B., 2004, § 78 Rdnr. 8.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bu kararına karşı, temyiz başvurusu reddedilen taraf anayasa şikâyeti yoluna başvurmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Birinci Dairesi hem eyalet yüksek mahkemesinin hem de Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararını iptal etmek istemiştir. Fakat bunun İkinci Daire'nin kararına aykırılık teşkil edeceğini anladığından 16.01.2002 tarihli kararıyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na başvurmuştur¹⁶.

Genel Kurul, bir usul yasasında, bir mahkemenin karara etki edecek derecede hukuki dinlenilme hakkını çiğnemesine karşı uzmanlık mahkemesi nezdinde başvurabilecek hukuki bir yol öngörmemiş ise bu durumun Federal Alman Anayasa'sın 103. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil edeceği sonucuna varmıştır. Genel Kurul, kararında, her şeyden önce Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında hükme bağlanan hukuki korunma hakkı ile hukuk devleti ilkesinden çıkarılan adaleti temin talebi üzerinde durmuştur. Genel Kurul, her iki garantiyi de yorumlamış ve birbirinden farkını ortaya koymuştur. Genel Kurul, bu bağlamda, hukuk devleti ilkesi gereğince her bir hukuki uyuşmazlığın hukuki güvenlik ve hukuki barış temelinde belli bir zaman sonra sonuçlandırılması gerektiğini vurgulamıştır. Belli bir zamandan ne anlaşılacağını ise yasalarda yazılı olacaktır. Farklı menfaatleri ölçmek ve dengelemek suretiyle uyuşmazlığın çözümü için bir yargılama derecesinin mi yoksa birden fazla yargılama derecesinin mi hizmete sunulacağı yasa koyucuya düşen bir görevdir. Bu noktada yasa koyucu, hukuki çare sisteminin tanziminde geniş bir hareket serbestisine sahiptir. Yasa koyucu bu sistemi tanzim ederken yargılamaya katılan diğer ilgililerin menfaatleri ile mahkemelerin işlevlerini yerine getirebilmelerine yönelik gereklilikleri de göz önünde bulundurmak zorundadır¹⁷. Sonuç olarak, hukuki koruma sistemini daha ayrıntılı bir şekilde tanzim etmek ve özellikle yasa yolları ve hukuki çareler için usulî şartları tespit etmek sadece yasa koyucuya düşen bir görevdir. Yasa koyucu, yargılama usulünü öyle tanzim etmelidir ki, bir yandan her bir hak arayan için etkin hukuki koruma temin edilmeli öte yandan aynı zamanda hukuki güvenlik de sağlanmalıdır¹⁸.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu görüşün bir sonucu olarak, hukuki dinlenilme hakkının mahkeme tarafından ihlal edilmiş olduğu

¹⁶ Karş. BVerfGE 104, 357.

¹⁷ BVerfG, NJW 2003, 1924, 1927.

¹⁸ BVerfG, NJW 2003, 1924, 1926.

itirazının bizzat davaya bakan mahkeme tarafından incelenmesi ve ortadan kaldırılmasının hukuk devleti ilkesine uygun olduğunu vurgulamıştır. Adaleti temin talebi, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline karşı her bir yargılama derecesinde teminat sağlamaktadır. Bu hukuki korunma teminatı, taraf, önceki yargılama derecesinde konu hakkında açıklama yapmış olduğu için sona ermemektedir. Alman Federal Anayasası'nın 103. maddesinin birinci fıkrası, herhangi bir şekilde konu hakkında açıklamada bulunma hakkından daha fazlasını, (örneğin, sürpriz kararlara karşı korunma hakkını da) sağlamaktadır¹⁹. Buna göre, söz konusu temel yargılama ilkesinin, her bir usul yasasının öngörmüş olduğu son yargısal derecede gerçekleşmesi ve ihlalin karar bakımından önemli olması durumunda, ilgili usul kanunu, bu ihlale karşı, müstakil bir yargısal çare öngörmek zorundadır.

Sonuç olarak, mevcut hukuki koruma sistemi bu gereklilikleri kısmen karşılamaktadır. Her ne kadar böylesi yargılama ilkesi ihlalleri genel yasa yolu sisteminde ortaya çıkabilirse de denetim için, ek olarak, aralarında dinlenilmeme itirazının da yer aldığı hukuki çareler ihdas edilmiştir. Ancak yine de hukuki koruma sisteminde boşluklar bulunabilir. Bugüne kadarki sistemde yer alan böylesi boşlukların, pozitif hukukun dışında yargı içtihatları tarafından olağanüstü hukuki çarelerin ihdası suretiyle doldurulması, yasa yollarının belirliliğine ilişkin anayasal gereklilikleri karşılamaya yetmemektedir. Hukuki çareler, pozitif hukukta yer almalı ve onlara başvuru şartları vatandaşlar bakımından kavranabilir olmalıdır. Bu, aynı zamanda yasa yollarının belirliliği önkabulünü de bünyesinde barındıran hukuk devleti ilkesinde yer alan hukuki kesinlik ilkesinin bir gereğidir²⁰.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadına, yapılan tahlil ve ulaşılan sonuç itibarıyla katılmak mümkündür. Genel Kurul'un düşünceleri, yukarıda "III" numaralı başlık altında, yazılı olmayan hukuki çareler hakkında ileri sürülen eleştirilerle büyük ölçüde örtüşmektedir. Yasa koyucu da Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünü benimsemiş ve 09.12.2004 tarihli Dinlenilmeme İtirazı Yasası ile tüm usul yasalarında dinlenilmeme itirazını ihdas etmiş, özellikle AMUY m. 321a'daki durum

¹⁹ BVerfG, NJW 2003, 1924, 1926 vd.

²⁰ BVerfG, NJW 2003, 1924, 1928.

bakımından itiraz yolunu önemli ölçüde genişletmiş ve iptali kabil olmayan tüm hüküm ve kararlara teşmil etmiştir²¹.

3. Alman Medeni Yasası m. 826'ya Aykırılık

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30.04.2002 tarihli içtihadı isabetli bulunmuştur. Söz konusu içtihat aynı zamanda, olağanüstü şikâyet yoluna ilişkin olarak verilmiş bulunan Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin 07.03.2002 tarihli kararının doğruluğunu da teyit etmiştir. Bununla birlikte, hâlâ, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı ile yazılı olmayan hukuki çareler arasında yer alan olağanüstü istinaf ile olağanüstü şikâyetin açıkça anayasaya aykırı olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Aksine, bu karar, yazılı olmayan her türlü karar için geçerli olmak zorundadır. Buna AMY m. 826 uyarınca kesin hükmün ortadan kaldırılması imkânı da dâhildir. Şu halde, İmparatorluk Mahkemesi ile Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin istikrar kazanmış kararı ile 30.04.2003 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı çelişmektedir. Bunun kapsamlı sonuçları olabilir. Bundan dolayı, yasa koyucu da mesele hakkında kısmen açıklık taşıyan içtihadı, yasada yapılacak bir değişiklik ile AMUY m. 580'e monte edebilir. Bununla birlikte, içtihatların birleştirilmesi kararı ışığında, AMY m. 826 yoluyla kesin hükmün ortadan kaldırılmasına yönelik olarak öğretide uzun zamandır ileri sürülen eleştirinin doğru olarak görüldüğünü tespit etmek gerekir²².

V. Karşı İtirazın Özel Durumu

Yasa tarafından düzenlenen hukuki çare sisteminde, karşı itiraz bakımından şüphe ve belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Acaba o, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin hükmü kapsamında yazılı olmayan bir hukuki çare olarak kabul edilebilir mi? Onun bir hukuki çare olarak niteliği nasıl takdir edilecektir? Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa şikâyetinin taliliği nedeniyle hukuki başvuru yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi için karşı itirazın da yapılmasını gerekli gören kararı ile muhtemel

²¹ 9.12.2004 tarihli Dinlenilmeme İtirazı Yasası (BGBl. I 3220). Söz konusu Yasa 1.1.2005'te yürürlüğe girmiştir.

²² Böylelikle, *Prütting/Weth*'in, bu içtihadın caiz sayılmayan bir hukuk yaratımı olduğu yönündeki görüşleri teyit edilmiştir. Bkz. *Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln*, 2. B., 1994, s. 77 vd.

bir anayasa şikâyeti başvurusu ne tür bir ilişki içindedir²³? Bu sorular dahi potansiyel belirsizlikleri göstermektedir.

Öğretide, sıklıkla, karşı itiraz usulünün, mahkemece verilmiş bir kararın değiştirilmesi amacıyla, kararı veren mahkemeye yapılan ve herhangi bir şekle ve süreye tâbi olmayan bir başvuru olduğu yönünde ifadelere rastlanmaktadır. Karşı itiraz yoluna başvurulmasının amacı mahkemenin vermiş olduğu bir kararın değiştirilmesi olduğundan, karşı itiraz, kural olarak hukuki çareler arasında değerlendirilmektedir. Fakat kural olarak, karşı itirazın, başvuran tarafın mahkemeye getirtilmesi hakkını bahşetmediği vurgulanır. Karşı itiraz yolunda daha yüksek dereceli bir mahkemenin kontrolü de söz konusu değildir. Aksine, karşı itiraz, mahkemeye daha önce vermiş olduğu kararı kontrol etmesi yönündeki bir teşvikten ibarettir.

Şu halde, karşı itirazın özünü sadece mahkeme kararlarının kontrolü yönünde bir teşvikin oluşturduğu; yoksa onun mahkemenin bir karar vermesine yönelik bir talebi içermediği tartışmasızdır. Bununla birlikte, karşı itirazın, yazılı olmayan bir hukuki çare olarak görülmek zorunda olup olmadığının belirlenmesi gerektiği iddiası kuşkulu görünmektedir. Bu, AMUY'da ve diğer yargılama yasalarında, mahkeme tarafından resen değiştirilebilen ve bundan dolayı tarafların kontrol yönünde talepte de bulunabilecekleri kararların mevcudiyetine aykırı düşmektedir. Bu tip kararlar örneğin, AMUY m. 107, 112, III, 150, 227, I, 360, 572, I ile AÇYY m. 18, I'de yer almaktadır. AMUY m. 318'in yargılama içi bağlayıcı etkisine sahip olmayan bu kararların mevcudiyeti, karşı itirazın en azından dolaylı olarak yasada tayin edilmiş olduğu görüşünün ileri sürülmesine yol açmıştır. Bunun yanı sıra, karşı itiraz, özü itibarıyla AAY m. 17'nin (dilekçe hakkı) ana fikrinin kapsamına sokan görüşler ileri sürülmüştür. AAY m. 17 uyarınca, herkes, birey olarak, her türlü istek ve şikâyetini yetkili mercilere iletme hakkına sahiptir. Buradaki yetkili merciden maksadın –hangi tür olursa olsun- kamu kurumları olduğu tartışmasızdır. Bunların arasına mahkemelerin girdiği de tartışmasızdır. Bundan başka, böyle bir mercie yöneltilmiş, bir işlemin yapılmasına matuf her türlü teşvikin, istek ve şikâyetin geniş anlamda dilekçe olarak kabul edildiği de tartışmasızdır. Bu bağlamda karşı itiraz, dilekçe hakkının özel bir görünüm biçimi olarak anlaşılabilir. Bundan dolayı, karşı itiraz, sonuç itibarıyla anayasa hukuku

²³ Bu içtihat hakkında çoğu yerine karşı. BVerfG, NJW, 1983, 1900.

bakımından tanınmış ve ana fikri bağlamında yasal olarak düzenlenmiş bir çare olarak anlaşılacak zorundadır. Başka bir sorun ise karşı itirazın teknik anlamda hukuki çare olarak görülüp görülemeyeceğidir. Hukuki çare, her şeyden önce, tâbi olduğu şekilden bağımsız olarak mahkemeye yöneltilmiş olan ve en geniş anlamda bir mahkeme kararın değiştirilmesini gaye edinen her türlü taleptir. Karşı itiraz da bu tanım kapsamında kalmaktadır. Fakat bundan hareketle, gerçek hukuki çarelerin her zaman başvuru mahkemesinin vermiş olduğu kararın değiştirilmesine yönelik bir talebi içermek zorunda olduğu anlaşılmalıdır. Bu cümleden olmak üzere, karşı itiraz, gerçek bir hukuki çare olarak görülemez. Mahkemeye yönelik bir teşvik olarak gerçek hukuki çare sisteminin dışında kalmaktadır ve bundan dolayı Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30.04.2003 tarihli içtihadı birleştirme kararında dile getirilmemiştir. Bu açıklamalar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin daha önce karşı itirazı (belirli olaylarda) hukuki başvuru yollarının tüketilmesi bağlamında hukuki bir çare olarak kabul etmesinin ne kadar kuşku olduğunu göstermiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu görüşü, 30.04.2003 tarihli içtihadı birleştirme kararında bilinçli olarak muhafaza edilmemiştir. Böylelikle, karşı itirazın, anayasa hukuku bakımından caiz bir başvuru yolu olduğu; buna karşılık, gerçek bir hukuki çare niteliği taşımadığı yönünde ulaşılan sonuç bakidir.

VI. Sonuç

Yukarıda söylenenler, yargı içtihatlarıyla geliştirilen ve yazılı olmayan olağanüstü istinaf ve olağanüstü şikâyet hukuki çarelerinin metodik açıdan genel olarak reddedilmesi gerektiğini göstermiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30.04.2003 tarihli içtihadı birleştirme kararı da anayasal gerekçelerle bunu teyit etmiştir. Yazılı olmayan tüm hukuki çareler konusunda hem metodik açıdan ileri sürülen düşünceler hem de anayasal ilkeler bazında yapılan değerlendirmeler dikkate değerdir. Buna içtihatlar tarafından kabul edilmiş bulunan AMY m. 826 uyarınca kesin hükmün ortadan kaldırılması usulü hakkında ileri sürülen fikirler de dâhildir. O da Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararının kapsamındadır ve bundan dolayı devam ettirilmemelidir. Kesin hükmün ortadan kaldırılması hakkındaki içtihat haklı bir esasa işaret ettiği ölçüde, yasa koyucu, AMUY m. 580 hükmünün uygulanma alanını genişletmeye davet edilmelidir. Gerek metodik ilkeler gerekse Alman

Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararı uyarınca AMUY m. 321a hükmünün kıyas yoluyla diğer yargısal temel haklara teşmil edilmesi fikri reddedilmelidir. Çünkü yasal olarak düzenlenmiş hukuki çarelerin, kendilerini genelleştiren bir uygulamaya elverişli olmadıkları ortaya çıkmıştır. Sadece karşı itiraz, yukarıda dile getirilen eleştirilerden ve anayasa hukuku bağlamında verilen içtihattan muafır. Temel yapısı bakımından bu usule anayasa hukuku bağlamında (AAY m. 17 yoluyla) izin verilmiştir. Karşı itiraz teknik anlamda hukuki çare özelliğine sahip değildir. Bundan dolayı, yukarıda söylenenler bu yol bakımından geçerli değildir.

KISALTMALAR CETVELİ

AAAY	: Alman Anayasası
AÇYY	: Alman Çekişmesiz Yargı Yasası
AG	: Amtsgericht
AMUY	: Alman Medeni Usul Yasası
AnwBl.	: Anwaltsblatt
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz
B.	: Baskı
BFH	: Bundesfinanzhof
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGHZ	: Entscheidungssammlung des BHG in Zivilsachen
BT-Drucks.	: Bundestagsdrucksache
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
c.	: cümle
Diss.	: Dissertation
JZ	: Juristische Zeitung
karş.	: karşılaştırınız
LG	: Landgericht
m.	: madde
MüKO-ZPO	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW-Rechtsprechungs-
Report Zivilrecht	
OVG	: Oberverwaltungsgericht
Rdn.	: Randnummer
RGZ	: Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı