

ALMAN HUKUK PROSEDÜRÜNDE İTİRAZ YOLU

Ord. Prof. Dr. Adolf Schönke

I

İstinaf ve temyiz kaide olarak nihai hükümlerin, itiraz ise kanunen tahdit olunan ufak kıymetteki hükümlerin, hususile kararların yüksek dereceli mahkeme tarafından bozulmasını istihdaf eden bir müracaat yoludur. İtiraz halinde itiraz olunan mahkeme kararı hukukî ve madî noktalarından yeniden incelenmekte ve hiç bir tahdidata tabi olunmadan yeni vakıalara ve yeni delillere istinad olunabilmektedir (§ 570).

Kanun alelâde itiraz (bz. No. II - VII) ve acele itiraz (bz. No. IX) olmak üzere iki türlü itirazı tefrik etmektedir. Acele itiraz hususile kanunun tayin ettiği süre içerisinde dermeyan olunabilmesi bakımından alelâde itirazdan ayrılmaktadır (§ 577 II). Kanunun mücerret itirazdan bahsettiği hallerde alelâde itiraz anlaşılmalıdır.

İtiraz mercileri sulh mahkemelerinin kararlarına karşı asliye mahkemeleri(*); işin mahiyetine göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemeleri (§ § 72, 104 GVG.), asliye hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı da istinaf mahkemeleridir (§ 119 GVG.).

İstinaf mahkemelerinin kararlarına kaideten itiraz olunamaz. Almanyanın harp sonrası İngiliz işgal mıntukasında istisnaen ve muvakkat mahiyette olarak istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı itiraz yolu açılmışsa da bittabi bu halde itiraz olunan kararların istinafı mümkün değildir. Bu suretle istinaf mahkemelerinin kararlarına itiraz olunan hallerde itiraz mercii en yüksek dereceli mahkeme olmakta ve bu halde pratik bakımdan istinaf yerine itiraz yolu açılmaktadır (bz. Revisions VO. § 27).

Temyizi kabil olmıyan hükümlere itiraz olunabilir mi ?

Esashi merasime riayetsizlik veyahut da hükümün kanunen emrolunan gerekli unsurlarından mahrum bulunması gibi mucip sebepler bulun-

(*) Resmî Gazetenin RGBI. I S. 351 nci sayısında yayınlanan 26 Temmuz 1941 tarihli nizamname (VO.) ikinci maddesile, hususile deniz nakliyeciliği işlerinden çıkacak olan ihtilâfların halli için tesis edilmiş olan (Schiffahrtsgerichte) denilen sulh mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf mahkemesinde itiraz yolunu istisnaen kapamıştır.

sa bile kaide olarak temyizi kabil olmıyan hükümlere itiraz olunamaz (RG. JW. 1936 S. 876). Okadar ki, hükmün kanun yoluna müracaat edilmeden iptal olunamayacağı keyfiyeti ile kanunen kendiliğinden batıl ad-dolunabileceği haller kanunda tespit ve tefrik olunmamıştır. Mevzu hukuk kanunen kapatılmış olan bir müracaat yolunun esashi merasime ri-ayet edilmemiş olması sebebiyle açılabilmesine dair hiç bir kaydı ihtiva etmemektedir (RGZ. 144/88; RG. JW. 1936 S. 2458). Şu var ki, bir ka-nun yoluna müracaat imkânı kanunen sarih olarak kabul edilmeyen hal-lerde dahi (meselâ §§ 157 II S. 2, 707 II, S. 2) hâkimin takdir hakkı her türlü müdahaleden masum bulundurulmak istenmektedir; bu bakımdan kanunun müracaat yolunu açmaması sebebiyle itiraz olunamayan bir kararın onu ittihaz etmiş olan yargıç tarafından ancak kesin kanunî bir süre içerisinde islâh edilebilmesi kabul ve tasviye olunur. Alman hukuk usul kanununun tatbikatında, bir kararın ittihazında taraflarca doğru-dan doğruya istinad olunup tatbiki talep olunan, yahut da tersine ola-rak iddia ve müdafaanın müstenidi olan hükümlere tamamen yabancı olan kanun hükümlerinin tatbik veya ihmal olunup olunmadığının ihti-lâf konusu olduğu bütün hallerde kanunî müracaat yolları kapatılmış-tır (bz. meselâ KG. JW. 1928 S. 1316; OLG. Braunschweig JW. 1928 S. 1317; OLG. Düsseldorf JW. 1937 S. 1435). Nitekim Alman Yargıtayı (RGZ. 141/309) sayılı kararında bu içtihadı kaide olarak kabul ettiği gibi mahkemelerin görevleri dışında ittihaz ettikleri temyizi kabil olmı-yan hükümlere karşı kanun yollarına müracaat olunabileceğini tasrih et-miştir. Yargıtayın bu mevzudaki müstakar kararları için bz. (RGZ. 168/396).

Kanun bazı hükümlerin temyizine ancak muhtevaları, yani hallettik-leri maddî mesele bakımından cevaz vermemektedir. Bu türlü hüküm-lerde itiraz olunamayan ancak işin, ihtilâfın zati mahiyetine nazaran maddî kısmıdır. Bu itibarla Alman hukuk prosedüründe temyizi kabil olmıyan bu hükümlere özel bir terimle dâva konusu ihtilâfın aynına taallûk eden hüküm (sachliche Entscheidung) denmektedir. Bu cümle-den olmak üzere kanun bir hükmün muhtevası bakımından islâhına dair karara (Beschluss über die Tatbestandsberichtigung) itiraz olunamıya-cağını tasrih etmiştir, Bz. (§ 320 IV).

Temyizi kabil olmıyan hükümlerde hükmün maddî kısımlarına iti-raz olunamaması, usul hatalarından ötürü itiraza mâni teşkil etmez. Bu bakımdan meselâ, usulî sebeplere müsteniden bir dâva arzuhalinin red-dine karar verilmişse, dâva mevzuu itibariyle temyizi kabil olmıyan bir meseleye taallûk etse bile bu karara itiraz olunabilir. Bz. (RGZ. 47/398).

Temyizi kabil olmıyan hükümlere dâva konusu ihtilâfın zati mahiyeti itibariyle itiraz olunamaması, dâva giderleri noktasından da itiraza mâni olmaz. Hükmün dâva giderlerine taallük eden kısmına itiraz tahdit olunmamıştır. Bz. (RG. JW. 1936 S. 2544; RGZ. 152/250). Alman hukuk prosedüründe muhakeme masraflarını tespit eden hüküm parçasına (Kostenentscheidung) denmektedir.

a) Adliyenin idaresinde idarî mürakabeyi istilzam ettiren itiraz (Dienstaufsichtsbeschwerde) teknik mânasında itiraz sayılmaz. Teknik mânasında itiraz hususile adalet bürolarının ve mahkeme sekreterliklerinin (kalemlerinin) idarî mürakabelerini dâvet eden şikâyetten ibarettir. Hâkimler şikâyet üzerinde veya şikâyetten mücerret olarak resen görevli buldukları mahkemeye bağlı olan sekreterliklerin hallettikleri işlerin idarî mürakabesinde hareket tarzlarını bizzat kendileri tayin ederler. Şikâyetlerin usulü ve şikâyet üzerine yapılacak muameleler hakkında Hukuk usulü muhakemeleri kanununun itiraza dair hükümleri değil, bilâkis adalet teşkilâtının tevhidine dair 20 mart 1935 tarihli nizamnamenin (VOGVG.) § § 16 II, 17 nci maddeleri tatbik olunur. Bz. (RGBl. I S. 403).

Yapılan son adli istatistiklere göre, 1938 senesinde Almanyada asliye mahkemeleri 97019, istinaf mahkemeleri ise 36620 itirazı tetkik ve karara bağlamışlardır. Bz. (DJ. 1939 S. 1203); 1939 yılı rakkamları için bz. (DJ 1940 S. 1430).

II

İstinaf ve temyiz hallerinde olduğu gibi mücerret itiraz hakkından feragat caiz değilse de, bu haktan doğduktan sonra kullanılmadan serbestçe ve tek taraflı olarak vazgeçilebilir. İtiraz hakkının doğduktan sonra kullanılmadan vazgeçilebilmesi hakkı mutlaktır. İtiraz hakkını kullanmaktan vazgeçme halinde Usulün 514 üncü maddesi tatbik olunur. İtiraz hakkı kullanılmışsa hasmın muvafakati şartıyla itirazın geri alınması itirazdan vazgeçmeyi tazammun eder. Bz. (Naunburg JW. 1930 S. 3866).

İtirazın hükmün taraflara tebliği tarihine kadar geri alınabilmesi için hasmın muvafakati şartı aranmaz. Bz. (RG. JW. 1935 S. 2898). Tersine olarak hükmün taraflara tebliğinden sonra dahi hasmın muvafakati olsa da itirazın geri alınabilmesi itiraz merciinin uygun kararına muallâktır. Bz. (OLG. Königsberg HRR. 1932 Nr. 560).

İtiraz ya buna dair sözlü yargulama celsesi içerisinde, sözlü yargulama celsesi açılmadığı hallerde ise yapıldığı şekilde, hususile Usulün

569 II nci maddesine uygun olarak geri alınır. İtirazın tek tarafı olarak geri alınabildiği hallerde mahkemenin geri almayı ve buna terettüp eden hüküm veya neticeleri tespit eden bir karar ittihaz etmesi gerekmez Bz. (KG. Rspr. 19 S. 127).

III

İtiraz hakkı bir itiraz arzuhalı verilmek suretiyle kullanılır. Bz. (§ 569 II S. 1). İtiraz arzuhalinin nasıl yazılacağı kanunda tasrih edilmemişse de bu arzuhalde herhalde itiraz olunan hükmün hülâsası, tarih ve numarası, hükmü ittihaz eden mahkeme, hükme karşı serdolunan itirazın istinad olunan mucip sebepleri ve itiraz eden kimsenin sıfatı, yani kim olduğu herhalde tasrih olunmak lâzımdır.

Adli müzaheret temin olunan işlerde veya dâvaya sulh mahkemelelerinde bakıldığı yahut da itirazın şahitler veyahut da exper'ler (bilirkişiler) tarafından yapıldığı hallerde (§ 569 II S. 2) itiraz hakkı, itiraz mahkeme kaleminde görevli bulunan bir adalet memuruna beyan olunmak ve bu beyan zapta geçirilmek suretiyle kullanılır. Bir tarafın Usulün §§ 141 III, 272 b IV, 499 b III, 619 III üncü maddelerine tevfikân cezalandırılması üzerine itiraz etmesi halinde de itirazın mahkeme kaleminde görevli bulunan sekreterlerden birine beyan olunmak surtiyle tespiti kabildir.

İtiraz iradesinin herhalde baroda kayıtlı avukat marifetiyle vekâleten izharı gerekmez. İtiraz merciinin yüksek dereceli mahkeme, hususile istinaf mahkemesi olduğu hallerde bile kanun tarafların yüksek dereceli mahkemelerde kendilerini avukat marifetiyle temsil ettirmeleri mecburiyeti kaidesine (Anwaltszwang) bu noktada bir istisna kabul etmiştir. Bz. (§ 78 II); No. VII/4.

İtiraz iradesi prensip itibariyle hükmüne itiraz olunan mahkemeye *iudex a quo*; mücbir ve acele hallerde ise itiraz merciine *iudex ad quem* bildirilir. Bz. (§ 569 I). Mücbir veya acele halin bulunup bulunmadığını itirazı tetkik edecek olan mahkeme serbestçe takdir eder. Bu mahkeme takdirine göre mücbir veya acele halin bulunduğunu kabul etmezse itiraz kendiliğinden sukut etmez; keyfiyet itiraz sahibine bildirilebildiği gibi itiraz arzuhalı hüküm mahkemesine havale olunabilir.

IV

İtiraz, itiraz merciine değil de hükmüne itiraz olunan mahkemeye arz olduğunda bu mahkeme itirazlı hükmünü itirazın varit ve yerinde olup olmadığını anlamak maksadiyle derhal tetkik eder; bu tetkik neti-

cesinde itirazı varit gördüğünde hükmünü itirazın taallük ettiği haklı noktalarından tashih ve islâh eder. Bz. (§ 571). İtirazın varit olup olmadığının tetkikinde itirazlı hükmün sadece hukuki noktaları değil, maddî noktaları da aralarındaki sebep münasebetleri bakımından yeniden tetkik olunur. Bz. (KG. DR. 1939 S. 1336). Kanun itiraz hakkının kullanılmasını kesim bir usule bağlamış olmadığından itirazın usulüne uygun olup olmadığının tetkiki gerekmez.

Hükmüne itiraz olunan mahkeme (iudex a quo) kaide olarak itiraz süresi içerisinde hükmünü itiraz olunmadan, resen, yani itirazdan mücerret olarak da tashih ve islâh edebilir. Hükmüne itiraz olunan mahkeme yersiz veya mesnetsiz bulduğu itirazı nihayet bir hafta içerisinde merciiine arz etmek mecburiyetindedir. Bz. (§ 571). Hükmüne itiraz olunan mahkeme kanunun itiraza cevaz vermediği hallerde bile süresi içerisinde vaki bir itirazı merciiine arz etmek mecburiyetindedir. Süresi içerisinde vaki bir itirazı resen şu veya bu sebeple reddetmek veya nazarı itibara almamak hüküm mahkemesinin yetkisi dışındadır. İtirazın caiz olup olmadığı meselesinde karar verecek olan ancak itiraz merciidir. Bz. (RGZ. 130/348). İtiraz hüküm mahkemesince nazarı itibara alınmaması veya reddolunması halinde doğrudan doğruya merciiine müracaat olunabilir. Bu halde itiraz süresinin hesabında evvelki müracaat müktesep hak teşkil eder. Kanun itirazın caiz olup olmadığının tetkiki meselesinde itiraz mercilerinin görev bakımından yetkilerini tahdit etmemiştir; mahallen yetkili olan bir yüksek dereceli mahkeme daima itiraz mercii addolunur. Bz. (§ 568 I).

V

İtiraz aşağıdaki istisnalar haricinde kaide olarak talikî bir netice (aufschiebende Wirkung) husule getirmez; ezcümle muhakemenin devamına mâni olmadığı gibi itiraz olunan hükmün icrasına da mâni olmaz.

1. İtiraz, meselâ mahkemenin cezaî kararlarına veyahut da şahitlere ve bilirkişilere karşı ittihaz ettiği cezrî ve inzibatî (disiplin) tedbirlerine karşı (bz. § § 380, 390, 409) dermeyan olduğunda istisnaen talikî netice husule getirir. Bz. § 572 I).

2. Yukarıki 1 No. da işaret ettiğimiz istisnai haller mevcut bulunmasa bile mahkeme serbest takdirine göre gerekli addettiği hallerde arz olunan itirazı talikî bir neticeye bağlandığına karar verebilir. Bu cümleden olmak üzere gerek hükmüne itiraz olunan mahkeme, gerekse itiraz mercii itirazlı hükmün icrasının itirazın tetkiki neticesine kadar

durdurulmasına karar verebilir. Bz. (§ 572 II). İtiraz mercii bundan başka, başka suretle, ezcümle ittihaz edebileceği ihtiyati tedbir kararıyla icranın devamını yahut da durdurulmasını muayyen bir şarta, meselâ teminat şartına bağliyabilir. Bz. (§ 572 III). İtiraz mercii itirazın neticesine taliken ittihaz edebileceği bu türlü muvakkat kararlarını, husu-siyle itirazın tetkiki bitmeden kaldırabilmek hakkını daima muhafaza eder. Bz. (KG. JW. 1938, S. 1841).

VI

İtirazın arzolunduğu itiraz mercii ilk defa itirazın caiz olup olmadığını inceler. Bz. (§ 574). İtiraz, mercii tarafından kabul olunabilmek için şu aşağıdaki şartların bulunması lâzımdır :

1. İtiraz usulüne uygun olarak dermeyan olunmalıdır. Bz. No. III.
2. İtiraz olunan mahkeme kararı itirazı kabil (beschwerdefähig) hükümlerden olmalıdır. Kanunda tasrih olunan veyahut da sözlü yargı-lama yapılmadan ittihaz olunabilen veya hadis bir iddianın mücerret reddini tazammun eden hükümler itirazı kabil hükümlerdendir. Bz. (§ 567 I).

İstinabe olunan hâkimlerin ve kanunda yazılı yargı tasarruflarının icrasına yetkilendirilmiş olan mahkeme sekreterlerinin kararlarına karşı alelâde itiraz yolu kabul edilmemiştir. (Acele itiraz hakkındaki mülâhazalarımız için bz. aşağıda IX 2). Bu suretle münferiden itiraz olunama-yan bü türlü kararlar gerçekte dâvaya bakan hüküm mahkemesinin (Prozessgericht) kararında tekemmül ettiğinden, itiraz yolunun ancak dâvayı halleden hüküm mahkemesinin kararlarına karşı açılması yerin-dedir. Bz. (§ 576 II).

a) Adli müzaheret taleplerinin reddine veya ref'ine (bz. § 127), yargılamada şahsen bulunması emrolunan taraf hakkında kasten bulun-mamasından veyahut da diğer bir sebepten ötürü ittihaz olunan tedbir cezalarına (bz. §§ 141 III, 619, 640) şahitlerin ve bilirkişilerin gereğinde yine inzibatî mahiyette olmak üzere bedenen veya nakten cezalandırılma-larına dair cezrî tedbir (bz. §§ 380, 390, 402, 409) kararlarına karşı iti-raz kanunda sarahaten kabul olunmuştur. Acele itiraza cevaz verilen hal ler için bz. No. IX 1.

b) Bir mehlin verilmesi veyahut da kanunun veya hâkimin tayin ettiği bir sürenin kısaltılması talebinin reddi gibi sözlü yargılamayı istil-zam ettirmeyen usule müteallik taleplerin reddi kararlarına karşı da

itiraz olunabilir. Buna mukabil Usulün 145 inci maddesi gereğince itti-haz olunan bir iddiânın ve dâva ile karşılıklı dâvanın tefriki, muhakeme-nin taliki (bz. § 227 III). İspat usulünün tayin ve tebdili (bz. § 360) ka-rarlarına karşı itiraz olunamaz.

3. İtiraz eden kimse itirazı ettiği mahkeme kararından ötürü mü-kellefiyet altına girmiş olmalıdır. İtiraz olunan hüküm veya karar iti-raz eden kimse üzerinde hukukî bakımdan hiç bir bağlayıcı netice husule getirmemişse bu kimseye itiraz hakkı tanınmaz. Dâva veya müracaat hakkı mânasında her salâhiyet gibi kanun yoluna müracaat salâhiyeti-nin de umumî bir şartı menfaattir. Mahkemenin ittihaz ettiği bir karar bir taraf hakkında hukuken bağlayıcı bir netice husule getirmiyorsa, o tarafın bu karardan müteessir veya menfaati haleldar olup olmadığı mevzubahis olmaz. Alman Yargıtayına göre, taraflar arasında farklı bir durum tevlit etmeyen mahkeme kararları kaide olarak tarafların men-faatlerine dokunamaz. Bu itibarla bir mahkeme kararı taraflar arasında farklı bir durum tevlit etmişse aleyhine farklı durum hasıl olan tarafa itiraz hakkı tanınmak gerekir. Bz. (RGZ. 130/100). Bu kriteriyumu gö-zönünde bulunduran Breslav İstinaf Mahkemesi bir kararında, talebi veçhile karar verilen tarafın bu karara esbabı mucibeden ari olması se-bebiyle itiraz edemiyeceğini kabul etmiştir. Bz. (OLG. Breslau HRR. 1936 Nr. 569).

İtiraz eden tarafın menfaati noktasından itiraza hakkı olup olmadığı itiraz mercii tarafından herhangi diğer bir tetkikattan evvel araştı-rılmak ve menfaatin itiraz anında (in Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels) mevcut olup olmadığına dikkat edilmek lâzımdır. Alman Yargıtayına göre, bir tarafın mahkûm edildiği para alacağıının miktarı yanlış hesap olunduğu için bu yanlışlık hükme de aksetmiş, fakat bu hüküm bu sebeple kanun yoluna müracaat olunmadan yanlış miktar (maddi hata) tashih olunmak suretiyle islâh olunmuşsa kanun yoluna müracaat hakkı düşer. Bz. (RGZ. 130/100). Kezalik bir para alacağına mahkûm edilen dâvalı mahkûmiyet kararına karşı kanun yoluna müracaat olunmadan borcunu kendiliğinden öderse mahkûmiyet kararına karşı tarafların kanun yoluna müracaat hakları sukut eder. Bz. (RGZ. 149/31; RG. Warn 1935 Nr. 76).

Bir mahkeme kararı taraflardan birine masraf tahmil etmişse, bu tarafın bu sebeple itiraz hakkı yoktur. Bz. (§ 99).

4. İtiraz, mercii tarafından kabul olunabilmek için yukarıda işa-ret olunan şartların bulunması kâfidir. Kanun itiraz ve temyiz hakkının

kullanılabilmesi için aradığı başkaca şartları itiraz hakkında aramamıştır. Bu itibarla :

a) İstinaf ve temyiz aksine olarak itirazda itiraz olunan hüküm ve kararda müddeabihin muayyen değerden aşağı kıymette olmaması şartı aranmamıştır. Bir halde ki, hâlen Almanyanın İngiliz işgal mıntakasında ısdar edilen muvakkat bir hükümle, muhakeme masraflarına ve adalet harçlarına taallük eden kararlarda karara esas olan dâvanın değer veya kıymeti 50 Alman Markından (Deutsche Mark) aşağı ise itiraza cevaz verilmemiştir. Bz. (ZVO, Art. 2 Nr. 38).

Amerikan işgal mıntikasında itiraz hakkı bu noktadan daha şümüllü olarak takyit olunmuş, ezcümle bu takyidat tekmil alacak dâvalarına teşmil olunmuştur. Bu suretle halen Almanyanın Amerikan işgal bölgesinde müddeabihi 50 Alman Markından aşağı olan dâvalara mütedair kararlara karşı itiraz yolu kapatılmıştır. Bz. (RechtsmG. § 4 IV).

b) Yine istinaf ve temyiz aksine olarak itiraz hakkı muayyen bir müddetle takyit olunmamıştır. Şu var ki, kanun itiraz hakkının kullanılmasını muayyen kesin bir müddete bağlamamış olmakla beraber bu hakkın istinaf süresinin mürurundan sonra da kullanılabilmesi mümkün değildir. Aşağıda No. IX. 2 ile mukayese ediniz.

c) İtiraz taleplerinin itiraz arzuhallerinde belli gerekçelere müsteniden etraflıca belirtilmesi kanunen mecburi değildir. Kezalik itirazın gerçek sebeplerinin anlatılması mecburiyeti de yoktur Bz. (RGZ. 152/318, 319).

VII

İtirazın tetkikinde tatbik olunacak usulü muhakemeye dair kanunda kabul edilmiş hükümler pek azdır. Bu itibarla, itirazın tetkikinde hususiyle sevk edilmiş olan istisnai hükümlerden başka Usulün (§§1 - 252)nci maddeleri ve istinafta tetkikat usulünün umumi hükümleri tatbik olunmak lâzımdır.

İtirazın tetkikinde tatbik olunacak usul hükümlerinin şu aşağıdaki esaslara bağlanması kabildir :

1. İtiraz merciinde yeni vakıalara ve yeni delillere istinad olunabilir; yeni vakıa ve dellilere istinad olunabilmek için bunların ne zaman hadis oldukları veyahut da itiraz sahibinin bunları ne zaman öğrendiği araştırılmak gerekmez. Bz. (§ 570); yeni vakıa ve dellilerin zamanında beyan ve ibraz olunmamalarından ötürü reddolunmaları ancak istinaf usulünde kabul olunmuştur.

2. İtirazın tetkiki için herhalde duruşma yapılmak gerekmez; itirazın tetkikinde duruşma yapılmasının gerekip gerekmediğine karar vermek, itiraz merciinin serbest takdirine tabidir. Bz. (§ 573 I). Kaide, itirazın duruşma yapılmaksızın dosya içerisinde evrak üzerinde tetkikidir.

3. Kanun itirazın tetkikinde hasmın mutlaka dinlenmesini emretmemiştir. İtiraz mercii kat'iyen lüzum görmedikçe itiraz hasmı dinlenmeden tetkik olunur.

4. İtiraz merciinin derecesi ne olursa olsun itiraz iradesinin baroda kayıtlı bir avukat tarafından dermeyanı gerekmezse de, itiraz mercii müphem gördüğü bu iradenin tavihini lüzumlu addeder ve bu maksatla itiraz sahibinin itirazını tavih eden mütemmim bir lâyiha vermesini emrederse bu mütemmim lâyihanın vekâlete yetkili bir avukat tarafından yazılıp takdim edilmesi mecburidir. Bz. (§ 573 II).

5. İtirazın hallinde yeni delil gösterilmesi isteniyorsa, delillerin ibrazında cari olan umumî hüküm ve şekillerin uygulanması gerekmez. Bz. (KG. JW. 1931 S. 3565); itiraz usulünde mütemmim delillerin ibrazında daha ziyade serbest delil (Freibeweis) sistemine dair hükümler tatbik olunur.

VIII

İtiraz olunan hüküm ara kararı veyahut da nihai hüküm olsa bile itiraz merciinin hükmü karar mahiyetinde olduğundan, umumiyetle hükümlerin tabi oldukları şekle bağlı değildir ve kesindir. Bununla beraber itiraz mercii;

1. Yukarıda işaret olunan şartları yerinde olmıyan itirazları kabul etmemek lâzımdır. Bz. (§ 574).

2. Kabul edilen itiraz yersiz olduğu anlaşıldığında derhal reddolunmalıdır.

3. Kabul olunan itiraz haklı görülürse itiraz olunan hüküm iptal olunur. İtiraz olunan hükmün iptalinden sonra itiraz merciince dâvanın esasından rüyeti yahut da bu dâvaya bidayeten bakmış olan mahkeme yargıcına (iudex a quo) iadesi itiraz merciinin serbest takdirine tabidir. Bz. (§ 575).

İtiraz olunan hükmü itiraz merciince iptal olunarak kendisine iade olunan bidayet mahkemesi itiraz merciinin iptal kararına uymak ve davayı yeniden incelemek mecburiyetindedir. Bz. (§ 565 II; RGZ. 53/318; RG. JW. 1903 S. 101; LG. Berlin JW. 1931 S. 2181.

IX

İtirazın hususî bir nevi acele itirazdır (sofortige Beschwerde). Acele itiraz alelâde itirazın aksine olarak muayyen ve kesin bir mehil içerisinde dermeyan olunmak mecburidir, aksi halde mesmu olmaz, mahkeme hükmü de kesinleşmiş olur. Bz. (§ 577).

Acele itirazın prensipleri şu noktalarda kısaca belirtilebilir :

1. Acele itiraz ancak kanunda sarahaten tayin olunan hallerde kabul olunmuştur.

Şu aşağıdaki hallerde hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı acele itiraz olunabilir :

Hâkimin, mahkeme sekreterinin ve bilirkişilerin reddi taleplerinin kabul edilmemesi (bz. §§ 46, 49, 406); mahkeme sekreterleri veyahut da avukatların vesair görevlilerin inzibatî mahiyette cezalandırılmaları (bz. § 102, III); masrafların tespiti; gösterilmiş bir teminatın iadesi talebi üzerine ittihaz olunan karara karşı; muhakemenin taliki talebinin reddi (bz. § 252); hüküm ve kararın islâhı (bz. § 319); giyap kararı talebinin reddi (bz. § 336); istinaf talebinin reddi (bz. § 519 b); bir islahaneye yatırılmak (bz. § 656); Hacir talebinin reddi, hacrin kaldırılması (bz. §§ 663, 678, 680); icra emri çıkarılması talebinin reddi (bz. § 699); mevzuu cebri icra olan bilûmum kararlara karşı (bz. § 793); ihtiyati tedbir veya haczin kaldırılması (bz. §§ 934, 936); Aufgebotsverfahren denilen gaiplik usulü muhakemesinde gaibin haklarını düşüren gaiplik hükmü (Ausschlussurteil) talebinin reddi (bz. § 952); ödemelerin tatilinin kaldırılması (Aufhebung der Zahlungssperre) (bz. § 1022); hakem tayini (bz. § 1045; § 7 VO. 6.2.943 «RGBl. I. S. 80»).

Ara kararlarına karşı acele itiraz fer'i müdahalenin kabulü veya reddi (bz. § 71); bir avukatın kendine tevdi olunmuş bir senedi iade etmesine mahkûmiyeti (bz. § 135) hallerinde ve bir şahidin şahadetten imtina hakkı olup olmadığına dair nizalarda kabul olunmuştur.

Nihai hükümlere karşı acele itiraza gelince, ancak mahkemelerin muhakeme masraflarını ayrı ve müstakil bir hüküm parçasından tespit etmeleri halinde kabul edilmiştir. Bz. (§ 99 III).

2. Acele itiraz iki haftalık kat'i bir müddet içerisinde dermeyan olunmak mecburidir. Bu iki haftalık müddet karar veya hükmün tebliğinden, giyab ve gaiplerin haklarını düşüren gaiplik kararlarında (Ausschlussurteil) ise hükmün tefhiminden (bz. §§ 336, 952) itibaren başlar. (bz. § 577 II S. 1). Alman Yargıtayının bir kararına göre, kat'i me-

hâl yürümeğe başlamadan evvel de acele itiraz olunabilir. Bz. (RG. JW. 1926 S. 809).

İadei muhakeme şartlarının bulunması halinde kat'î mehlin müru-rundan sonra da acele itiraz yapılabilir; fakat bu halde mutlak butlan veyahut da istirdat dâvaları (Nichtigkeits- oder Restitutionsklagen) hakkında kabul olunmuş olan kat'î mehiller (bz. § 586) içerisinde der-meyan olunmak lâzımdır Bz. (§ 577 II S. 3).

Dâvaya esasından bakan mahkeme tarafından ittihaz olursa idi iti-raz merciî tarafından acele itiraz üzerine iptal olunabilecek olan karar-ların istinabe olunan mahkemeler tarafından verilmiş olması hallerinde hususî hükümler kabul olunmuştur; ezcümle bu gibi hallerde istinabe olunan mahkeme kararının mücerret tedbili talebi (Abänderungsgesuch) acele itiraz mahiyetinde hüküm mahkemesince kabul olunur; acele iti-raz hüküm mahkemesine müracaat talebine bağlı ve mücerret bu taleple beraber yapılmış sayılır. Bz. (§ § 576, 577 IV).

3. Alelâde itirazda olduğu gibi acele itirazda da itiraz mevzuu olan dâvanın muayyen bir değer veya kıymetten aşağı olmaması gerekmez. Bz. yukarıda No. VI. 4/a.

4. Acele itiraz hüküm mahkemesine (iudex a quo) veya itiraz mer-ciine bildirilebilir; işin okadar acele hareketi icap ettirmediği hallerde doğrudan doğruya itiraz merciine arz olunmak gerekmez. Bz. (§ 577 II S. 2).

Acele itiraz halinde de itirazın varit olup olmadığı keyfiyeti evvelâ hüküm mahkemesince tetkik olunmak kaidedir. Bz. (§ 571). Şu var ki, hüküm mahkemesi acele itiraza mahal veren hükmünü ancak açık yanlışlıklar (offensichtliche Unrichtigkeiten) ve görünür hatalar (offen-sichtliche Fehler) bulunması halinde tashih edebilir (bz. § 577 III); bu hallerde (§ 577 III) dar tefsir olunmak lâzımdır.

Hükmüne acele itiraz olunan mahkeme bu itirazın kanunî müddeti içerisinde dermeyan edilmediği hallerde kanunen gerekli ise eski hale getirme kararı verebilir.

X

İtirazın bir nevi olarak geçikmiş itiraz (Anschlussbeschwerde) gös-terilebilir. Bz. (OLG. München, ZZP. 55 S. 427; KG. JW. 1930 S. 361, 1935 S. 2293; LG. Altona DRichtZ. 1935 Nr. 465; RGZ. 120/275). Geçik-miş itirazın caiz olup olmadığı meselesile ne vazı kanun tarafından, ne de mahkeme içtihatlarile pratik hukuk noktasından fazlaca meşgul olun-mamıştır. Geçikmiş itiraza dair kanunda sarih bir hüküm yoktur. Geçik-

miş itiraz kanunen menedilmediği gibi bilâkis bunun kabulü prosedür hukukunun icaplarına uygun olduğundan, gecikmiş itiraz müessesesini kanunda aksine sarahat bulunmadığı hallerde istinaf usulüne dair hükümlerin tatbik olunacağı kaidesine göre tanzim etmek yerinde olur. Bu bakımdan Usulün (§ § 521, 522) nci maddelerinin itirazda hasım olan kimse hakkında da tatbiki gerekir.

Acele itirazda bulunabilmek için kanunun tayin ettiği süre geçmiş olsa bile bir dâvacının dermeyan etmiş olduğu itiraza iştirak (Anschliessung) olunabilir. İtiraza iştirak hususunda (§ 569) uncu madde kıyasen tatbik olunur.

Gecikmiş itiraz hususile mücerret masraflara dair ittihaz olunan hüküm parçalarının iptaline (bz. § 99 III) ve masraf tespit eden kararlara karşı yöneltildiğinde pratik bir ehemmiyeti haizdir.

Kanunda derpiş olunan itiraz hallerinde tezahür eden itiraz sahibi ile hasmı arasındaki menfaat mücadelesi (Interessenkampf) gecikmiş itirazda mevcut olmadığı noktasından gecikmiş itiraza cevaz verilemeyeceği kabul olunamaz. Bz. (§ § 102, 380, 390).

XI

İtiraza itiraz olunamaz. Kezalik itiraz merciinin itiraz üzerine ittihaz ettiği karara da itiraz kaide olarak caiz değildir. İtiraz merciinin itiraz hakkındaki kararına karşı itiraz ancak itiraz olunan karar ilk dereceli bir sulh mahkemesinin kararı ise mümkündür. Bz. (§ 567 III). Bu halde hususile şu aşağıdaki noktaların gözönünde bulundurulması gerekir:

1. İtiraz merciinin itiraz hakkındaki kararına karşı itiraz ancak yüksek dereceli istinaf mahkemesinde mümkün olabilir.

2. İtiraz merciinin itiraz hakkındaki kararına karşı itiraz hususi mahiyette fevkalâde bir itiraz (Oberbeschwerde) olmayıp, bilâkis alelâde itiraz mahiyetinde bir müracaat yoludur. Bu itibarla itiraz merciinin itiraz üzerine ittihaz ettiği karara itiraz alelâde itirazın şartlarına tabidir. Bz. (RGZ. 57/318).

3. İtiraz merciinin kararına itiraz olunabilmek için itiraz salâhiyetinin umumî şartlarından başka itiraz merciinin kararında yeni ve müstakil bir itiraz sebebi (neuer selbstständiger Beschwerdegrund) bulunmak lâzımdır. Bz. (§ 568 II). *Duae conformes*, yani itiraz yolunda iptali istenilen hükümle itiraz merciinin kararı muhtevaları bakımından birbirine tetabuk etmeleri halinde yeni bir itiraz sebebi mevcut değildir.

Yeni ve müstakil itiraz sebebi ancak itiraz merciinin kararının itiraz olunan hükümden ayrılan noktaları üzerinde mevzuubahis olabilir; bu halde ikinci itiraz sadece bu naktalara taallük eder. Bz. (KG. JW. 1938 S. 1841).

İtiraz üzerine itiraz merciince ittihaz olunan karara karşı ikinci bir itiraz caiz olup olmadığı meselesinde şu aşağıdaki iki nokta tespit olunabilir :

a) İtiraz merciinin itiraz talebini hukukî bakımdan mesnetsiz, esbabı mucibeden ari (unbegründet) bulduğu için reddettiğine dair kararına karşı kaideten ikinci defa itiraz olunamaz.

İtiraz sahibi itiraz üzerine merciin ittihaz ettiği karardan ve itirazın tetkikinde takip olunan usullerden ötürü ızzar edildiği şu aşağıdaki hallerde istisnaen itiraz merciinin kararına da itiraz edebilir:

İtiraz mercii itirazı reddeden kararını esaslı usul hükümlerini ihlâl ederek ittihaz etmiş veya usulüne tevfikan toplanmadan veyahut da vazifesi haricinde karar vermişse (bz. RGZ. 42/355), itirazın tetkikinde usule aykırı olarak yeni vakıa ve yeni delillerin dermeyanına müsaade etmemişse (bz. § 570), delillerin kifayetine dair kararını itiraz sahibine tebliğ etmeden şahit dinlemiş ve bu şahadete istinaden hükmetmişse. Bz. (KG. JW. 1931 S. 3565).

Kanunun muhteva itibariyle yanlış tatbiki tarafı ızzar etmedikçe yeni ve müstakil bir itiraz sebebi teşkil etmez. Bz. (KG. JW. 1938 S. 2237).

b) İtiraz merciinin itirazı caiz olmadığı (unzulässig) sebebiyle iptali yeni bir itiraz sebebi teşkil etmesi itibariyle buna dair karara itiraz olunabilir. Bz. (OLG. Darmstadt JW. 1934 S. 1184).

4. Asliye mahkemelerinin muhakeme masraflarına (bz. § 568 III) ve adli müzaheret taleplerinin reddine veya kaldırılmasına dair kararlarına karşı ikinci defa itiraz olunamaz. Bz. (§ 127).

Birinci derece mahkemelerinin muhakeme masraflarına dair kararları itiraz üzerine bozulmuşsa, bu kararlara karşı da ikinci bir itiraz ka-bil değildir. Bz. (§ 568 III; OLG, Stettin HRR. 1931 Nr. 2080).

Dr. Adolf Schönke

Tercüme eden :

Dr. Necmeddin M. Berkin

KISALTMALAR

DJ.	Deutsche Justiz
DR.	Deutsches Recht
DRichtZ.	Deutsche Richterzeitung
HRR.	Höchststrichterliche Rechtssprechung (bis 1927: Die Rechtspredung, Beilage der Zeitschrift Juristische Rundschau).
GVG.	Gerichtsverfassungsgesetz
KG.	Kammergericht
OLG.	Oberlandesgericht
JW.	Juristische Wochenschrift
LG.	Landgericht
RG.	Reichsgericht
RGZ.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBl.	Reichsgesetzblatt I = Teil I, II = Teil II
RevisionsVO.	Verordnung zur Durchführung der MilRG. VO. Nr. 98 über die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für die britische Zone vom 17 November 1947, VOBl. BZ. S. 149.
Rspr.	Rechtspredung der Oberlandesgerichte
RechtsmG.	Gesetz über Rechtsmittel in der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit (am Z.), Bayern G vom 10 April 1946, GVBl. S. 300, Hessen G vom 7 September 1946, GVBl. S. 174, Württemberg—Baden G vom 9 Oktober 1946, RGBl. S. 244.
VO.	Verordnung
VOGVG.	Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung vom 20. März 1935 (RGBl. I. S. 403).
ZZP.	Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.